

SENTENCIAS E AUTOS

DERE
SOC
REVISTA
GAT.FGA

3100 **Recurso nº 4.533/00**

S.S. DESPEDIMENTO. ANTIGÜIDADE DO TRABALLADOR. CÓMPUTO DA CORRESPONDENTE A UN CONTRATO ANTERIOR CUNHA EMPRESA INTERPOSTA. FRAUDE DE LEI NA RESOLUCIÓN DUN CONTRATO INDEFINIDO E CONCERTACIÓN SUBSEGUINTE DE CONTRATO TEMPORAL CON PACTO DE PROBA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a ocho de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación nº 4.533/00 interpuesto por la empresa “H.T., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don E.G.R. en reclamación de despido siendo demandada las empresas “H.T., S.A” y “T., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 275/00 sentencia con fecha 21 de junio 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 E.G.R., prestó servicios para la empresa “T., S.L.”, desde el 15 de junio de 1999 mediante un contrato por tiempo indefinido con la categoría profesional de chofer, habiendo cesado en la misma en fecha 20 de marzo de 2000 firmando el finiquito que consta en autos y que se da por reproducido. SEGUNDO.- En fecha 22 de marzo de 2000 suscribió con la empresa “H.T., S.L.”, un contrato para obra o servicio determinado, de naturaleza eventual, por aumento de pedidos, en el que se establecía un período de prueba de 15 días en su cláusula cuarta, con la categoría profesional de conductor y con un salario de 145.732 pts., incluida prorrata de pagas extras. TERCERO.- El actor estuvo de baja desde el día 27 de marzo

hasta el día 3 de abril de 2000. CUARTO.- En fecha 6 de abril de 2000 “H.T., S.L.”, remitió al actor carta del siguiente tenor literal, que fue recibida por esta el día siguiente: “A/A de: don E.G.R.- D.N.I... Muy Sr. mío: La mercantil “H.T., S.L.”, con domicilio en Ourense y NIF..., por la presente le COMUNICA: Que la dirección de la empresa ha decidido la extinción de su contrato de trabajo con fecha 04.04.00 por no haber superado el período de prueba pactado.- A partir de la fecha de la presente comunicación la empresa pone a su disposición la liquidación correspondiente a los días trabajados. Lo que comunico a los efectos oportunos, en Ourense a 4 de abril de 2000.- Recibí: (el trabajador).- Fdo. don J.F.S.Q.- Gerente”. QUINTO.- La empresa “H.T., S.L.”, compró en fecha 4 de marzo de 2000 el camión matrícula... por importe de 100.000.- pts. a la empresa “T., S.L.” “H.T., S.L.” adquirió en fecha 29 de septiembre de 1999 de “T.C., S.A.” el vehículo... El actor mientras prestó servicios para “T., S.L.”, condujo los citados vehículos, primero el matrícula... y desde el 22 de diciembre de 1999 el vehículo... y vino realizando el transporte de material desde diversas graveras para “H.T., S.L.” El actor realiza con frecuencia traslados de áridos desde la gravera propiedad de “G.C., S.L.”, a “H.T., S.L.” firmando el recibí de la mercancía, en facturas expedidas a nombre de “H.T., S.L.”. El actor continuó realizando las mismas funciones desde que pasó a prestar servicios para “H.T., S.L.” y conduciendo los mismos vehículos. SEXTO.- La empresa “T., S.L.”, ha tenido en alta tres trabajadores en los siguientes períodos:

Nombre	fecha alta	fecha baja
-C.F., E.	27.01.2000 a	20.03.2000
-G.R., E.	15.06.1999 a	20.03.2000
-B.G., J.	04.04.2000	—

SÉPTIMO.- Las vidas registrales de “T., S.L.”, y “H.T., S.L.”, por constar en autos se dan por reproducidas. OCTAVO.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo representativo de los trabajadores. NOVENO.- En fecha 8 de mayo de 2000 se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C., con resultado “Sin Efecto”, presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social Decano el 10 de mayo de 2000.

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

formulada por don E.G.R. contra las empresas “H.T., S.L.” y “T., S.L.” debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido del actor, condenando conjunta y solidariamente a las empresas demandadas a que en plazo de cinco días opten entre readmitirle en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abonen una indemnización de ciento setenta y tres mil seiscientos sesenta y cuatro pesetas (173.664.- pts.), con abono en todo caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente sentencia.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia, que estimando la demanda formulada por E.G.R. contra las empresas “H.T., S.L.” y “T., S.L.” declaró improcedente el despido del actor, condenando conjunta y solidariamente a las empresas demandadas a que en el plazo de cinco días opten entre readmitirle en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abonen una indemnización de ciento setenta y tres mil seiscientos sesenta y cuatro pesetas (173.664 pesetas), con abono en todo caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente sentencia, se alza en suplicación la codemandada “H.T., S.L.” articulando su recurso en base a cuatro motivos.

SEGUNDO. En el primero de los motivos del recurso, punto uno, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la revisión de los hechos declarados probados. Conviene tener presente que, como ha venido manifestando esta propia sala en anteriores ocasiones, “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 referido motivo primero, la mercantil recurrente, auspicia la adición de determinados hechos, que, más que enumerar, titula con las letras a), b) y c), en aras, asevera, de “demostrar que no existe cesión ilegal de trabajadores”, basándose en “las pruebas documentales, como a las testificales y a la prueba de confesión” y por más que difícilmente podría calificarse de ortodoxo el método seguido por la recurrente en aras de la revisión que solicita, el texto que propone es del tenor literal siguiente: La actividad principal de “T., S.L.” es el transporte y la distribución, comercialización y venta de material de construcción.

a) La actividad principal de “H.T., S.L.” es la fabricación y comercialización de hormigón.

b) “T., S.L.” en la actualidad tiene actividad, que nunca se produjo el cese en la misma:

c.1) Siempre mantuvo la propiedad de varios vehículos.

c.2) Tiene afiliado a su nombre trabajadores, figurando de alta en el régimen de autónomos a su gerente.

c.3) Tiene clientela consolidada entre los que se encuentra “H.T., S.L.”

Invoca, en pro de sus pretensiones, en relación con el hecho consignado en los apartados - Da) y b), relativo a las actividades de las empresas los documentos de los folios 992, certificación del registro mercantil; 1086, parte de alta de un trabajador; 1081 a 1083, T C2 de “T., S.L.”; 1013, certificado del registro mercantil relativo a “H.T., S.L.”; 1039 a 1042, IAE de “H.T., S.L.” y en lo atinente al apartado c.1) los documentos de los folios 1031, 1033, emitidos por la jefatura de tráfico; el documento del folio 26, emitido por la Tesorería y folio 1085 justificante de pago a autónomos por parte del

gerente de “T., S.L.”; 1080 a 1083 boletines de cotización, en cuanto al c.2) y el folio 923 vuelto, confesión rendida en acta de juicio, en lo que atañe al c.3. No ha de obtener éxito la revisión pretendida en el motivo primero del recurso pues, con independencia de que no se determina a que ordinal u ordinales deba adicionarse el texto que propone, que ni siquiera enumera de forma adecuada, lo cierto es que, si en relación con los apartados a) y b) cabe expresar que la propia sentencia objeto de recurso ya recoge, bien que por remisión, tales datos pues el hecho probado séptimo de la resolución “a quo” determina que “las vidas registrales de “T., S.L.” y “H.T., S.L.” por constar en autos se dan por reproducidas”, la misma suerte desestimatoria ha de acompañar al apartado c) habida cuenta de que, si en cuanto al punto 3 de tal apartado, la prueba invocada, a la sazón contenida en el acta del juicio, no es hábil a efectos revisorios pues no se trata de documental ni pericial, en lo que concierne a los puntos 1 y 2, los documentos invocados no evidencian la concurrencia de error del juez de instancia en la valoración e interpretación de los medios de prueba llevados a cabo en autos, siendo así que los documentos de los folios 1031 a 1033 se refiere a un vehículo turismo y a una furgoneta, en ambos casos con la mención servicio particular, el documento del folio 26, emitido por la tesorería, refleja una relación de tres trabajadores, uno de ellos el actor, a la que ya se refiere el hecho probado sexto de la sentencia impugnada al hacer mención de los trabajadores que tuvo en alta la mencionada empresa “T., S.L.” y los folios 1085 y 1080 a 1083 recogen, respectivamente, el abono de la cuota de autónomo del gerente y boletines de cotización en los que se hace referencia a datos relativos al propio actor y a otro trabajador así como a la empresa en cuestión, sin que lo allí contenido avale y sirva de apoyo a las pretensiones de revisión de la mercantil recurrente; en consecuencia, el motivo primero del recurso ha de ser desestimado.

CUARTO. Interesa, asimismo, la empresa recurrente, en el punto segundo del motivo primero, la revisión del hecho probado quinto párrafo tercero en sus dos primeras frases, proponiendo la siguiente redacción en los términos que, literalmente, pasamos a reseñar: “La redacción de la primera frase (hasta el primer punto) del párrafo a revisar incluyendo lo marcado entre “ ”, y suprimiendo las expresiones entre ()”: “El actor mientras prestó servicios para “T., S.L.” condujo los citados vehículos, primero matrícula... y desde el 22 de diciembre de

1999 el vehículo... “realizando entre otros transportes” (y vino realizando el transporte desde diversas graveras para) “el transporte de material desde “G.C.” hasta “H.T., S.L.” servicio éste que no se producía todos los días”. “La redacción de la segunda frase del párrafo a modificar (hasta el segundo punto) incluyendo lo marcado entre “ ” y suprimiendo las expresiones entre (): el actor realizaba con frecuencia traslados de áridos desde la gravera, propiedad de “G.C., S.L.” a “H.T., S.L.” firmando (el recibí) “la entrega” de la mercancía, (facturas) “en albaranes de entrega” expedidas a nombre de “H.T., S.L.”.

QUINTO. Conviene no olvidar que, dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación en atención a la “ut supra” invocada doctrina, la modificación ha de atenerse a las formalidades prevenidas en la normativa vigente al respecto sin que sean acogibles las revisiones que se apoyen en conjeturas o hipótesis más o menos razonables, sin que tampoco pueda tener éxito la alegación de inexistencia de prueba que avale el criterio del juzgador (lo que doctrinal y jurisprudencialmente se denomina “prueba negativa”), pues no puede ampararse en tal cuestión la modificación propugnada, como se colige, entre otras, de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 septiembre 1995, siendo así que la recurrente, en el meritado motivo segundo, argumenta en aras de la modificación pretendida que no consta en ningún documento ni confesión o testifical lo recogido en el hecho tercero de la sentencia, llevando a cabo, realmente, una nueva y subjetiva interpretación de la prueba pretendiendo sustituir el objetivo criterio del juez de instancia por el suyo propio, lo que no es procedente a la luz de la doctrina antes expresada, sin que pueda olvidarse que, como reiteradamente tiene proclamado el Tribunal Supremo en las sentencias, entre otras, de 17 de mayo de 1963, 26 de noviembre de 1986 y 9 de diciembre de 1989 “no pueden ser combatidos los hechos probados si han sido obtenidos por el magistrado del mismo documento en que la parte pretende amparar su recurso”, siendo así que el juez de instancia ya valoró la documental de los folios 44 a 917 - es intrascendente que se refiera a facturas y no a albaranes, como pretende la empresa recurrente - por lo que no cabe sustituir el convencimiento alcanzado por el juzgador por el parcial e interesado de la parte que propone la revisión; en consecuencia, el hecho probado quinto de la sentencia de instancia ha de permanecer inalterado en su redacción.

SEXTO. Aún cuando la recurrente dedica el motivo segundo de su recurso a la denuncia de las infracciones jurídicas allí reflejadas,

como quiera que, a continuación, en el motivo tercero, solicita la revisión de los hechos declarados probados, deviene procedente resolver lo concerniente al referido motivo tercero y a continuación, sustanciar lo atinente al examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia a que se contrae el resto de los motivos contenidos en el recurso formulado por “H.T., S.L.”. Así las cosas, en el motivo tercero, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa, en el ámbito de la revisión de los orinales que constituyen el relato histórico de la sentencia de instancia, la adición de los hechos siguientes, que pasamos a transcribir literalmente: a) el actor se presenta en “H.T., S.L.” como demandante de empleo inscrito en la oficina de empleo como desempleado (documental, folio 984). b) el día 3 de abril el actor entrega parte de alta en IT a “H.T., S.L.” (documental, folio 1044) y el representante legal le comunica verbalmente que no cumpliendo las expectativas de la empresa esta decide rescindir su contrato en base a no superar el periodo de prueba y se le indica que pase al día siguiente para cobrar la liquidación (confesión del representante legal de “H.T., S.L.” folio 923). c) Desde el día 3 de abril, el actor no pasa ni a cobrar la liquidación devengada por los días trabajados (testifical, folio 924) y es por lo que, por prudencia, la empresa opta por notificar por escrito el 6/4 lo que en su día había comunicado al trabajador. Como tiene establecido reiterada doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, que por abundante nos releva de su cita, la revisión de los hechos probados, a tenor del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral requiere del recurrente que proponga el concreto sentido en el que ha de efectuarse, especificando si es para modificar, adicionar o sustituir el texto del relato fáctico cuya revisión se pretende y los concretos términos en los que debe quedar redactado, no pudiendo la sala sustituir a la parte en la función de construir el recurso que sólo a ella corresponde, siendo así que, en el presente supuesto, la entidad recurrente invoca la adición de hechos que ni siquiera enumera correctamente e incluye en el propio texto que propone la mención a los medios de prueba que, a su juicio, avalan su tesis, lo que además de resultar incorrecto en orden a la formulación del recurso, deviene improcedente en lo referente a las pruebas de confesión y testifical, pues, como es sabido, “ex artículo” 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral sólo las pruebas documental y/o pericial son hábiles a efectos de la revisión, en tanto que, respecto de los

documentos que alega en su apoyo, no evidencian error del Juzgador de instancia en la valoración de la prueba practicada a efectos de la confección de los ordinales que constituyen el relato histórico de la sentencia de instancia; por lo antedicho, ha de rechazarse la revisión fáctica solicitada por la codemandada recurrente en el motivo tercero de su recurso.

SEPTIMO. Entrando en el examen de las infracciones normativas de carácter sustantivo o de la jurisprudencia, a que se contraen los motivos segundo y cuarto del recurso formulado por la mercantil “H.T., S.L.”, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, cabe expresar que, en el motivo segundo denuncia la infracción, por incorrecta aplicación, del artículo 43 Estatuto de los Trabajadores y por no aplicación de los criterios jurisprudenciales en relación a los requisitos que viene exigiendo para su aplicación el Tribunal Supremo, aseverando, asimismo, que acertó el juzgado, sin embargo, al considerar que no había sucesión de empresa, entendiéndolo, la recurrente, que no concurren los requisitos y presupuestos jurisprudencialmente exigidos; en el motivo cuarto, denuncia la infracción por no aplicación del artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, alegando que la comunicación de rescisión ya se le había practicado verbalmente al actor y que la escrita se hizo posteriormente por prudencia empresarial, denunciando, en segundo lugar, la infracción por aplicación incorrecta del artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores, manteniendo que, con anterioridad, no había prestado las mismas funciones en la empresa y, en tercer lugar, la infracción por no aplicación de los criterios jurisprudenciales del valor liberatorio del finiquito definida por el Tribunal Supremo en su Jurisprudencia, solicitando la recurrente, en definitiva, la revocación de la sentencia de instancia y que se declare procedente el despido efectuado por “H.T., S.L.”. Ha de desestimarse la censura jurídica a que se contraen los motivos de recurso, que a tal efecto, formula la empresa recurrente, antes reseñados y es que, con carácter previo, conviene no soslayar que la otra empresa codemandada, “T., S.L.”, se aquietó con los pronunciamientos de la sentencia de instancia que condenó conjunta y solidariamente a ambas empresas en los términos antes referidos, siendo así que la resolución “a quo” llega a la consideración de que el finiquito a que se hace mención en el ordinal primero del relato histórico es irrelevante pues el actor firmó, a continuación, otro contrato con lo que el juez de instancia denomina “empresario real”, sin que hubiese transcurrido un plazo de

veinte días para ejercitar la acción de despido, argumentando que “es además un elemento común del fraude el dejar transcurrir uno o varios días para romper la continuidad en la prestación de servicios y luego dar de nuevo de alta al trabajador en la empresa”, siendo así que, en efecto, deviene harto elocuente que el actor hubiese accedido, el día 20.03.00 a resolver su relación laboral con aquella empresa, que, conviene recordar, era de carácter indefinido, desde el día 15.06.99 y dos días más tarde, el 22.03.00, suscribiese contrato temporal, para obra o servicio determinado, con un período de prueba de 15 días, con la recurrente, pues como establece el relato de hechos probados de la sentencia combatida, el actor continuó realizando las mismas funciones desde que pasó a prestar servicios para “H.T., S.L.” y conduciendo los mismos vehículos, así como que, mientras prestó servicios para “T., S.L.” condujo los vehículos..., en primer lugar, y desde el 22.12.99 el..., realizando el transporte de material desde diversas gravas para la recurrente, que adquirió el vehículo citado en último lugar el 29.09.99, esto es, cuando el actor aún no había suscrito contrato con dicha empresa y teóricamente prestaba servicios para “T., S.L.”, lo que deja patente que el actor prestó servicios, en el referido período, también para la empresa ahora recurrente, pues no puede entenderse de otra forma el hecho de que condujese sus vehículos, firmase el recibí de entrega de mercancía en los albaranes que obran en autos, siendo al efecto intrascendente que el juez se refiera a facturas, siga efectuando las mismas funciones después de suscribir el contrato con la recurrente, conduciendo los mismos vehículos, siendo interesante destacar el ínfimo lapso temporal - dos días - transcurrido entre uno y otro contrato, sin olvidar que el suscrito con “T., S.L.” era de carácter indefinido, como refleja el inalterado e incombato ordinal primero de la sentencia de instancia, evidenciándose una situación de cese por conveniencia de la parte demandada cuyo carácter fraudulento, a que alude el fundamento jurídico de la sentencia de instancia invalida y deja sin efecto el finiquito de referencia sin que, pueda olvidarse, que la eficacia jurídica liberatoria que, con carácter general, se atribuye al citado documento, no implica que el mismo tenga carácter “sacramental”, de modo que se imponga aquella eficacia en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción, estando sometido al control judicial, de manera que, acreditada la prestación de servicios para las empresas demandadas en los términos y circunstancias referidos no se ajusta a derecho el cese efectuado por la

recurrente, pues con independencia del momento en que le fue comunicado al actor, por más que la comunicación verbal a que se refiere la recurrente no ha quedado demostrada, es lo cierto que el demandante ya venía desempeñando las mismas funciones y pilotando los vehículos antes señalados.

OCTAVO. En consecuencia, procede la desestimación del recurso articulado por la mercantil "H.T., S.L." y la confirmación de la sentencia de instancia, y de conformidad con lo establecido en el artículo 233.1 de la Ley Procesal Laboral, procede acordar la expresa imposición de condena en las costas del recurso a la parte recurrente vencida en el mismo, que deben comprender el pago de la minuta de honorarios del Letrado de la parte impugnante, en la cuantía que esta Sala, señalará en la parte dispositiva de esta resolución judicial.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por la empresa "H.T., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, de fecha 21 de junio de 2000, en autos nº 275/00, sobre despido, seguidos a instancia de E.G.R. contra las empresas "H.T., S.L." y "T., S.L.", confirmamos dicha resolución e imponemos a la empresa recurrente las costas del recurso, que deberán comprender los honorarios del letrado de la parte impugnante en la cuantía de 25.000 pesetas.

3101 Recurso nº 4.878/00

S.S. EXTINCIÓN DO CONTRATO POR VONTADE DO TRABALLADOR. PRAZO DE PRESCRICIÓN DA ACCIÓN DUN ANO. INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN ESPAÑOLA: NON DEBE ESTIMARSE. A EXTINCIÓN DEBE SER MOTIVADA POR UN INCUMPRIMENTO GRAVE E CULPABLE DO EMPRESARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Mariño Cotele

A Coruña, a oito de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación nº 4.878/00 interpuesto por la empresa "P., 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 F.D.E. en reclamación de resolución de contrato siendo demandado "P., S.A." y la empresa "S.H.C.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 175/00 sentencia con fecha treinta y uno de julio 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.- Don F.D.E., con DNI..., viene prestando servicios para la empresa "P., S.A." y la empresa "S.H.C.L.", desde el 06.12.73, con la categoría profesional de jefe de máquinas, y desarrollando su trabajo, últimamente en Sudáfrica./ Segundo.- El salario que percibe el actor es el siguiente: Salario base: 82.000 ptas. Antigüedad: 8.006 ptas. 580 por tonelada de pescado y 580 pts por tonelada calidad. Promedio mensual comisiones 370.194 ptas. (último año) TOTAL 460.200 PTS. Este salario se lo abona "P., S.A." está dado de alta en la Seguridad Social española./ Tercero.- A finales de febrero de 2000 recibió carta de "S.H.C.L.", fechada el 21.01.00, y a través de "P., S.A.", que le comunica lo siguiente: "Estimado Sr.: grado y ajuste de remuneración.- como usted ya sabe, nuestras autoridades Sudafricanas de la Seguridad Marítima (SANSA) han rechazado concederle una exención para navegar con la categoría de maquinista de 2ª clase a bordo de nuestros buques-congelados.- La razón de esta decisión es que consta que usted no tiene el certificado equivalente requerido por SANSA. Esto ha sido confirmado por "P., S.A."/España.- SANSA está dispuesta a otorgarle la exención MM2 bajo solicitud y que pueden retirar la exención en cualquier momento.- En vista de lo siguiente debemos informarle que su remuneración deberá ser ajustada de acuerdo con el resto de los empleados.- A "P., S.A." ya se le ha informado este asunto (véase adjunto) y sintiéndolo mucho por tonelada, efectivo en el momento de embarque de su próximo viaje en el OV

III.- Confiamos en que comprenda esta decisión.- Si tiene alguna pregunta no dude en contactar con el abajo firmante".- Cuarto.- El 10 de marzo el actor presentó papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación, celebrándose acta el 23 de marzo, que resultó sin avenencia y sin efecto.- Quinto.- El 12 de enero de 1978, se inscribió en el registro de empresas pesqueras conjuntas la sociedad sudafricana "S.H.C." en la cual participaba "P., S.A." con un 40% del capital social.- Sexto.- Con fecha 22.02.00 "P., S.A." remite a "S.H.C.L." Telefax siguiente: "Se han reunido conmigo los tripulantes españoles F.D.E., C.C.B., A.P.G. y M.C.G., que manifiestan su disconformidad con la remuneración propuesta en las cartas que han recibido.- Les informo que, de acuerdo con la legislación española, esta modificación significaría una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o un incumplimiento contractual, que puede provocar el derecho de los trabajadores a rescindir su contrato de trabajo, con derecho a una indemnización. Como quiera que la relación laboral inicial de estos trabajadores ha sido con "P., S.A." lo que nos colocaría en una difícil situación.- Espero que se tomen en consideración estos argumentos, con la finalidad de negociar un acuerdo con los afectados, o bien reajustando sus condiciones económicas, o bien negociando su salida de la empresa "indemnizada", sin esperar a llegar a demandas judiciales. En su momento se informó a "S.H.C.L." del posible coste por rescisión de contratos con los españoles".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda planteada por don F.D.E., contra "P., S.A." y "S.H.C.L.", debo declarar y declaro la resolución del contrato que ligaba a ambas partes, condenando a la empresa demandada "P., S.A.", a que abone al actor la indemnización de dieciocho millones trescientas noventa y seis mil cuatrocientas noventa y cinco pesetas (18.396.495,-):"

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 estimando la demanda planteada por F.D.E. contra "P., S.A." y "S.H.C.L.", decla-

ró la resolución del contrato que ligaba a ambas partes, condenando a la empresa demandada "P., S.A." a que abone al actor la indemnización de dieciocho millones trescientas noventa y seis mil cuatrocientas noventa y cinco pesetas (18.396.495 pesetas), se alza en suplicación la mercantil "P., S.A." invocando, en pro de sus intereses, así motivos encaminados a la modificación de determinados ordinales de la sentencia de instancia, como dirigidos a denunciar la infracción del derecho aplicado en la meritada resolución.

SEGUNDO. En el ámbito de la modificación del relato histórico de la resolución "a quo", con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende, en el primero de los apartados del motivo primero, la revisión del primer inciso del ordinal tercero, a fin de que la frase que dice "A finales de febrero de 2000..." se sustituya por otra que diga "El día 12 de febrero...". Invoca en apoyo de sus pretensiones de modificación del texto en cuestión, la certificación de la sentencia nº 318/00 recaída en el procedimiento 234/00 del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de fecha 11 de septiembre del 2000, en concreto, el hecho declarado probado II de tal resolución. Al efecto, y con carácter previo, debe pronunciarse este tribunal acerca de si ha de accederse a la admisión de los documentos acompañados con el recurso, uno de los cuales, es precisamente la sentencia que invoca como base de la revisión, siendo así que al tratarse de documentos posteriores al acto del juicio deviene procedente su admisión, aunque, es obvio, sin perjuicio del alcance que la sala les otorgue a los efectos pretendidos y de la valoración que de los mismos se haga en la presente resolución, no considerando esta sala la necesidad de dar traslado a la contraparte habida cuenta de que en el escrito de impugnación del recurso, dedica un primer motivo, que denomina "incidental", a dejar constancia de sus criterios en orden a la incorporación de la documental de referencia, aseverando, en definitiva, que "no puede (la sala) tener en consideración los documentos aportados extemporáneamente e irregularmente a la hora de la resolución del presente recurso". Sin embargo, aún accediendo a la incorporación de la documental antes referida, por lo que atañe a la revisión del ordinal tercero, cabe expresar que, como ha venido manifestando esta misma sala en anteriores ocasiones, "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 desdenarse el hecho de que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del juzgador. La aplicación de la antedicha doctrina al caso que nos ocupa determina la decadencia de la pretensión revisora auspiciada por la empresa recurrente y es que la sentencia recaída en el juicio 243/00 del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo no constituye documento hábil a tal efecto y ello por cuanto no solo, en el ámbito personal, se refiere a personas distintas del demandante, aún cuando la parte demandada sea la misma que en el presente caso, sino que el citado procedimiento versa sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ni siquiera consta su firmeza, no vinculando, en forma alguna, a este tribunal las consideraciones allí vertidas y, en concreto, el contenido de los ordinales que constituyen el relato histórico de la invocada resolución; en consecuencia, ha de permanecer inalterado el hecho probado tercero de la sentencia de instancia.

TERCERO. En el apartado segundo del propio motivo relativo a la revisión de la resultancia fáctica, pretende la adición de un nuevo hecho probado, que sería el 3º bis, con el tenor siguiente: “La decisión tomada por “S.H.C.L.” fue debido a que las Autoridades Sudafricanas de la Seguridad Marítima (SAMSA) no le permiten al actor navegar con la categoría de maquinista de 2ª debido a que no tiene el certificado equivalente requerido por SAMSA.” Apoya su solicitud de revisión en el hecho probado tercero de la propia sentencia de instancia; en los folios 1 y 2, en donde, dice, consta la carta que recibió el actor dándole la empresa una explicación de porqué no

puede seguir trabajando como maquinista de 2ª; folio 50, donde constan los antecedentes laborales del actor; folio 54 y 55, carta del Oficial principal de Samsa al Jefe de División de Arrastreros de “S.H.C.L.”, folios 57 y 58 carta de Samsa al jefe de flota de “S.H.C.L.”; folios 60 a 63 donde, asevera, constan los reglamentos de tripulación a aplicar en Sudáfrica. Ha de prosperar la modificación pretendida pues, aún cuando la inhabilidad del ordinal tercero de la propia sentencia de instancia y de los folios 1 y 2 de autos, en que se contiene la demanda rectora de la litis a los efectos de constituir base azaz para la revisión, se ofrece de modo diáfano, el resto de la documental invocada, singularmente la obrante en los folios 50, 54, 55, 57, 58, 60 y 63, constituye base hábil y suficiente para amparar la revisión pretendida, habida cuenta de que ponen de manifiesto, los antecedentes laborales del actor, las comunicaciones remitidas por el Samsa (Autoridad Sudafricana de Seguridad Marítima) al Jefe de la división de arrastreros y al jefe de flota de “S.H., C.P.”, respectivamente, y lo que allí se denomina reglamentos de tripulación, en concreto de maquinistas navales, refiriéndose a la solicitud del SAMSA de la prueba de validez de los certificados antes de otorgar más permisos que permitiesen que los barcos tuvieran a bordo maquinistas que no estaban en posesión de los certificados establecidos por el reglamento de tripulación, después de referirse al título exhibido por el actor; en consonancia con lo antedicho, debe añadirse un nuevo ordinal, que será el 3º bis, con la redacción pretendida por la mercantil recurrente, reseñada en el párrafo primero de este propio fundamento jurídico tercero.

CUARTO. Aún en el ámbito de la modificación del relato histórico de la resolución “a quo” auspicia, la empresa recurrente, la modificación del ordinal 5º a fin de que se le añada, al texto original, la siguiente frase: “La empresa “P., S.A.” mantiene a los actores de alta en la Seguridad Social y paga sus salarios por cuenta de “S.H.C.L.”, ya que desde el año 1991 la empresa “P., S.A.” deja de tener participación en “S.H.C.L.”, y esto lo hace para beneficiar a los actores”, invocando en apoyo de su pretensión el hecho declarado probado V de la antes citada sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, sobre cuya inidoneidad a tal efecto ya nos hemos pronunciado “ut supra” y, asimismo, en la testifical, que tampoco puede servir de apoyo a la revisión como se desprende de lo establecido en el propio artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento

Laboral que se circumscribe, a efectos de revisión, a “las pruebas documentales y periciales practicadas”; en consecuencia, no ha de tener éxito la modificación relativa al ordinal 5º, que ha de permanecer inalterado.

QUINTO. Ya en el ámbito de lo jurídico, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia, en primer lugar la infracción, por interpretación errónea de los artículos 21.1. y 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, alegando, como ya hizo en el juicio celebrado en la instancia, la excepción de incompetencia de jurisdicción de los tribunales españoles para la resolución del presente asunto litigioso. No ha de prosperar el óbice procesal alegado por la parte demandada recurrente y es que desprendiéndose de lo establecido en el relato histórico de la sentencia de instancia, singularmente en los ordinales 1º, 2º y 6º, que el demandante presta servicios para la empresa recurrente, así como que dicha mercantil, a la sazón “P., S.A.” es la que le abona el salario y que, asimismo, el actor está dado de alta en la Seguridad Social Española, se ofrece inconcusa la competencia de los órganos de la jurisdicción – laboral – españoles y, en concreto, el juzgado de instancia y ésta Sala de lo Social para la sustanciación de la presente controversia, precisamente en aplicación de la normativa que la recurrente invoca como infringida, así como en atención a lo dispuesto en los artículos 1, 2.a) y 7.b) de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEXTO. En el punto segundo del motivo 2º, en sede jurídica, y con carácter subsidiario al planteamiento de la excepción de incompetencia de Jurisdicción, cuestión a que acabamos de referirnos, invoca la empresa recurrente la infracción por no aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral. En esencia, alega que debe estimarse la excepción de caducidad de 20 días, que, en su opinión, se ha sobrepasado en el caso de autos, teniendo en cuenta que la papeleta de conciliación se presentó el día 10.03.00 y remitiéndose al ordinal 3º de la sentencia de instancia, a tenor de la modificación instada por la propia recurrente, siendo así que, si por un lado la revisión del ordinal 3º, en el que pretendía que se hiciese constar el día 12 de febrero de 2000 como fecha de recibo de la carta remitida al actor por “S.H.”, no fue atendida por la sala, tal como se ha expuesto en el fundamento jurídico segundo de esta propia resolución y por las razones allí

expresadas, lo que conduciría a la desestimación de lo alegado por la recurrente en orden a la caducidad, no puede soslayarse que, a tenor del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores “Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación”, y la ejercitada en el presente procedimiento es incardinable, en opinión de la sala, en el ámbito de aplicación de dicho precepto, por lo que en modo alguno habría de prosperar la pretensión de la recurrente, pues invoca la parte actora, al interponer la demanda rectora del procedimiento que nos ocupa, el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y no el artículo 41 del mismo texto legal, siendo al respecto abundante la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias, entre otras, de 22 diciembre 1988 y 5 febrero 1990, entre otras), y doctrina del desaparecido Tribunal Central de Trabajo, sentencias de 29 octubre 1985, 25 febrero 1986 y 7 julio 1987 que “la acción resolutoria del contrato de trabajo al amparo del art. 50.1 del Estatuto de los Trabajadores no está sujeta en modo alguno al plazo de caducidad del estatutario artículo 59.3”, sin soslayar la existencia de abundantes resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia que comparten el criterio antedicho, pudiendo citarse, por todas la sentencia de 24.09.96 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana donde se expresa que “Debe añadirse que hay una rígida separación entre la acción resolutoria fundada en la causa del artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores que es la ejercitada en ambos y las de impugnación de los medios empresariales vía artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de instituciones dispares y así aparece reafirmado por la Ley 11/1994, de 19 mayo por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores. Esta Ley añade, al artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, un nuevo ordinal 4, por el que se extiende el plazo de caducidad de 20 días establecido en el número 3, para “el ejercicio de la acción contra el despido” a “las acciones contra las decisiones empresariales en materia de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo”, añadiendo que “el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización en su caso, del período de consultas”. Implícitamente señalada queda referida, legalmente, a las acciones - impugnación de la decisión empresarial o rescisión del contrato de trabajo - atribuidas al trabajador frente a decisiones empresariales en

materia de “movilidad geográfica” y “modificaciones sustanciales del contrato de trabajo” previstas en los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, únicas en las que, en su caso, se establece un período de consultas, lo que nunca ocurre en el supuesto del artículo 50 del estatuto, cuya acción resolutoria, a falta de disposición específica, estará sujeta a la prescripción general de un año”.

SÉPTIMO. En cuanto al fondo del asunto, para el caso de que, como aconteció, se desestimase las excepciones alegadas, invoca la recurrente la infracción por aplicación indebida del artículo 50.1.a), b) del Estatuto de los Trabajadores, entendiendo que, para el caso de admitirse la modificación del ordinal 3º de la resolución de instancia, resultaría obvio que “la codemandada “S.H., C.L.” actuó atendiendo a lo impuesto por la Autoridad Sudafricana de Seguridad Marítima, por lo que no habría incurrido en responsabilidad alguna y mucho menos habría incurrido en responsabilidad “P., S.A.” Al respecto cabe establecer que, partiendo de la modificación operada en el relato histórico de la resolución de instancia al haber tenido acogida la solicitud de la recurrente en relación con la adición de un nuevo hecho probado, a la sazón el 3º bis, no puede soslayarse que, de la doctrina reiterada en la materia que nos ocupa, se colige que la extinción del contrato laboral por decisión del trabajador tiene su asiento en una conducta del empresario que varíe sustancialmente las condiciones en que se venía llevando a cabo la relación laboral, de modo tal que el trabajador no venga obligado a soportar dichos cambios al desembocar condiciones contractuales perjudiciales para aquel y decisivas para la continuidad de la relación entre las partes del vínculo, al suponer una perturbación esencial en las prestaciones justificativas de la quiebra del contrato laboral, guardando cierto paralelismo lo dispuesto en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, y la resolución por incumplimiento que se perfila en el artículo 1.124 del Código Civil, y siendo además, necesario que se afecte a la formación profesional y la dignidad personal del operario, sin que pueda soslayarse que aún participando de un cierto matiz objetivista, es innegable que la incidencia de la culpa del empresario en situaciones como la que nos ocupa, se revela determinante para la suerte de la acción ejercitada al amparo del artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, como ya estableció la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15.03.91 al manifestar que “frente a la tesis objetivista en el supuesto de incumplimiento contractual del

empresario, actualmente la Jurisprudencia se inclina por la tesis subjetivista, que exige, en el caso previsto en el artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores que dicho incumplimiento, además de grave, sea culpable, o sea imputable a título de dolo o culpa” y en la sentencia de 3.4.97 “el artículo 50 del ET, ni el artículo 1.124 CC señalan qué caracteres ha de reunir el incumplimiento a efectos de procedencia de la resolución del contrato, pero la jurisprudencia recaída en el ámbito de ambos órdenes jurisdiccionales, ha declarado que el incumplimiento determinante de la resolución ha de ser grave, es decir, hacer referencia a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su prestación e insta la resolución (SSTS Sala 1ª de 7 de marzo de 1983, 24 de julio de 1989 y 21 de septiembre de 1990; SSTS Sala 4ª de 7 de julio de 1983, 14 de marzo de 1990 y 8 de febrero de 1993) y también voluntario, entendiendo por tal, no sólo una conducta reveladora de un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de la obligación que patentice la existencia de una voluntad optativa al incumplimiento, sino también una voluntad rebelde al cumplimiento manifestado en la prolongada actividad o pasividad del deudor (SSTS Sala 3ª de 24 de julio de 1989 y 4 de abril de 1990 y 14 de junio y 7 de julio de 1988; SSTS Sala 4ª de 15 de noviembre de 1986, 15 de enero de 1987 y 11 de abril de 1988)”, es decir, la extinción del contrato de trabajo ex artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, exige un doble requisito, a saber, que la empresa de manera unilateral lleve a cabo una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, que implique un voluntario y grave incumplimiento de sus obligaciones, revelador de su resolución de variar el normal desarrollo de la relación laboral en la forma en que ésta se venía desarrollando y que tal modificación suponga un perjuicio para la formación profesional del trabajador o menoscabe la dignidad de éste, siendo así que, aún en la consideración de que la segunda premisa pudiera concurrir en el caso que nos ocupa, es lo cierto que no puede afirmarse que la mutación de las condiciones responda a una voluntad unilateral, deliberada y caprichosa por parte de la patronal demandada, que actuó de la forma en que lo hizo en acatamiento de las directrices de la autoridad administrativa sudafricana de seguridad marítima, esto es, no se colige que la modificación aludida constituya un incumplimiento imputable a la parte empresarial, que se limitó a amoldarse a las exigencias que le venían impuestas por la administra-

ción competente, en cuya virtud se produjo una novación en orden a los requisitos, que hasta entonces, le eran exigidos al actor a efectos del desarrollo de la actividad profesional que venía desempeñando, de manera que por lo que implicando necesariamente, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, la preexistencia de un incumplimiento empresarial grave, ha de demostrarse, para el éxito de la acción, que la actitud del empleador sea injustificada y especialmente cualificada o vejatoria de la dignidad personal del mismo, lo que, a tenor de lo antedicho, no concurre en el presente supuesto y en consecuencia, rechazando las excepciones articuladas por la recurrente "P., S.A.", ha de acogerse la pretensión auspicada en cuanto al fondo por dicha mercantil y con revocación de la sentencia de instancia - no sin reseñar que en el fallo de la resolución "a quo" nada se expresa en relación con la mercantil "S.H., C.L." aunque en el fundamento jurídico cuarto se determina que "no es dable pronunciarse sobre la empresa sudafricana, por carecer de jurisdicción sobre ella", no habiendo recurrido sino la codemandada "P., S.A." desestimar la demanda rectora del procedimiento.

Fallamos

Rechazando las excepciones articuladas por la recurrente "P., S.A." y estimando, en su pretensión relativa al fondo del asunto, el recurso de suplicación articulado por la referida empresa contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, de fecha 31 de julio de 2000, en autos nº 175/00 sobre resolución de contrato seguidos a instancia de F.D.E. frente a "P., S.A." y "S.H., C.L.", revocamos la sentencia de instancia y desestimando la demanda formulada por el actor, absolvemos a la parte demandada de las pretensiones allí contenidas.

3102 Recurso nº 5.479/00

S.S. CONTRATO DE OBRA OU SERVICIO. CESAMENTO ANTERIOR Á FINALIZACIÓN DO SERVICIO. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE. EFECTOS: INDEMNIZACIÓN E PAGAMENTO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a diecisiete de enero de dos mil uno.

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

En nombre del rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 5.479/00 interpuesto por don D.O.R., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don D.O.R. en reclamación de despido siendo demandado "T.A., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 602/00 sentencia con fecha veintiocho de septiembre 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 D.O.R., cuyos datos personales constan en autos, vino prestando sus servicios para la empresa "T.A., S.L.". Dedicada a la actividad de ebanistería con domicilio en..., Lugo, con las siguientes circunstancias laborales: antigüedad 2 de diciembre de 1999, categoría profesional peón, salario mensual 153.554 pesetas incluida prorata de pagas extras. El actor no ostenta ni ostentó la representación de los trabajadores. Está afiliado a la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.). SEGUNDO.- El actor celebró contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo con la demandada, al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en fecha 2 de diciembre de 1999, para realizar los pedidos extras de cajas mixtas de madera y cartón para Polonia. TERCERO.- Con fecha 19 de julio de 2000 la empresa demandada dirige escrito al actor del siguiente tenor literal: "Muy señor nuestro: por medio del presente escrito, ponemos en su conocimiento que el día 19 de julio de 2000 termina el contrato de trabajo, modalidad por obra, concertado en su día con esta empresa y por tanto finaliza el trabajo en la misma, lo que hacemos saber a los efectos oportunos. Sin otro particular, le saludamos atentamente agradeciéndole los servicios prestados". CUARTO. Se presentó papeleta de conciliación el 3 de agosto de 2000, celebrándose el preceptivo acto el 18 del

mencionado mes, con el resultado de intentada sin efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguientes: “FALLO: Que, desestimando la demanda presentada por don D.O.R. contra la empresa “T.A., S.L.” absuelvo a la demandada de todas las peticiones formuladas en la demanda”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda de despido, absolviendo a la empresa demandada, en base a considerar que el contrato se había extinguido, no por despido, sino por realización de la obra o servicios objeto del mismo. Decisión judicial que es recurrida en suplicación por el trabajador, que pretende como primer motivo de recurso, y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicione un nuevo ordinal el 5º del tenor literal siguiente: “As caixas de pedidos a Polonia ascendían a 552 en novembro do 99; 552 en decembro do 99; 576 en xaneiro do 2000; 504 en febreiro do 2000; 642 en marzo do 2000; 624 en abril do 2000; 456 en xullo do 2000; 48 en agosto do 2000; 480 en setembro do 2000; 264 en outubro do 2000; 72 en novembro do 2000; e 0 en decembro do 2000. O número total por países (Polonia incluída), así como o número total por vehículos, ascendeu a 1.872 en novembro do 99; 1680 en decembro do 99; 1.464 en xaneiro do 2000; 1.800 en febreiro do 2000; 2.160 en marzo do 2000; 2.208 en abril do 2000; 1680 en xullo do 2000; 696 en agosto do 2000; 2.688 en setembro do 2000; 2.736 en outubro do 2000; 2.352 en novembro do 2000; e 2.088 en decembro do 2000. O pedido correspondente ó período de novembro do 99 a abril do 2000 fíxose por fax remitido pola factoría de “P-C.” de Vigo en data de 09.12.99, con entrada na empresa “T.A., S.L.”. En data de 25.07.00 o “Programa de fabricación” remitido dende Vigo o 09.12.99 non sería firme ata xaneiro do 2000, e o “programa de fabricación” remitido dende Vigo o 27.06.00 non sería firme ata setembro do 2000”. Adición que se acepta al estar acreditada por la prueba documental obrante en autos, si bien es intrascendente,

salvo el primer párrafo, de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento jurídico de la sentencia.

SEGUNDO.- Como segundo motivo sobre –examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida–, con adecuado amparo procesal, que articula en dos apartados diferentes, se denuncia: por un lado infracción del art. 5.4 de la LOPJ y 24 de la Constitución Española, por entender que se había producido indefensión en la valoración de la prueba practicada y en segundo término, infracción del art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 2.1 y 2.2.b) del Real Decreto 2.720/1998, alegando fundamentalmente, que el servicio para el que había sido contratado no gozaba de la necesaria autonomía y sustantividad propia y que en la fecha del cese, el pretendido servicio determinado referido en exclusiva a Polonia no había finalizado. Con relación al primer motivo de censura jurídica, en el que se alega indefensión, sobre la base de una supuesta vulneración de las normas referentes a la valoración de la prueba practicada, no merece la menor consideración, pues, aparte de que por el recurrente en ningún caso pide la nulidad de las actuaciones, no se produce vulneración del art. 24 de la Constitución Española, pues, el Magistrado de instancia ha valorado el conjunto de la prueba practicada conforme a las reglas de la sana crítica y en el libre ejercicio de las facultades que le confiere el art. 97.2 de la L.P.L. y de la L.E.C.

La cuestión que se debate en la presente litis consiste en determinar –si como se sostiene por la empresa y se sostuvo por la Magistrado de instancia– el contrato se extinguió por la realización de la obra o servicio objeto de aquel, o, –como se sostiene por la parte actora, ahora recurrente–, se ha producido un despido, que cabe calificar de improcedente, al no gozar el servicio que fue objeto de contrato de la necesaria autonomía y, no haber finalizado.

Para una más acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta: que el contrato temporal para obra o servicio determinado –autorizado por el art. 15.1.a) ET –viene regulado por el Real Decreto 2.720/1998 de 29 de noviembre, que establece, como objeto del mismo en su art. 2.1, “la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta” precisando su apartado 2.b) que “su

duración será la del tiempo exigido para la realización de obra o servicio” y el art. 8.2 que “se extinguirá cuando se realice la obra o servicio objeto del contrato”. De esta formulación legal se deduce clara y repetidamente que la duración del contrato no viene determinada por un mero dato temporal –su establecimiento no hubiera podido ampararse en el art. 15.1 del ET–, sino por la realización efectiva de la obra o servicio contratado, de modo que la referencia a un periodo de tiempo ha de tener carácter de simple previsión y no el de inserción de un término cierto y fatal (sentencia del TS de 28.12.93), es decir: el contrato es temporal porque su extinción se basa en un hecho que ciertamente, va a sobrevenir: la realización del servicio, pero sin embargo es incierto en cuanto a la fijación exacta de tal ejecución. Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de unificación de doctrina de 08.06.99 señala: “no cabe objetar que la realización de este tipo de trabajos constituya la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en este contrato”.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa, se estiman como probados los siguientes hechos, (tal como resulta del relato fáctico de hechos probados y de la revisión en la parte afectada): el demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada dedicada a la actividad de ebanistería, desde el 02.12.99, con la categoría profesional de peón, percibiendo una remuneración mensual de 153.554 ptas. incluida la parte proporcional para pagas extras, en virtud de contrato de trabajo a tiempo completo en la modalidad por obra o servicio determinado al amparo del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, siendo su objeto realizar: “los pedidos extras de cajas mixtas de madera y cartón para Polonia”; con fecha 19 de julio de 2000 la empresa demandada dirigió escrito al actor del siguiente tenor literal: Muy Señor nuestro: Por medio del presente escrito, ponemos en su conocimiento que el día 19 de julio de 2000 termina el contrato de trabajo, modalidad por obra, concertado en su día con esta empresa y por tanto finaliza el trabajo en la misma, lo que hacemos saber a los efectos oportunos.- Sin otro parti-

cular, le saludamos atentamente agradeciéndole los servicios prestados”. En el momento de ser contratado, el total de pedidos extras de cajas para Polonia era de 552 en diciembre de 1999; 576 en enero de 2000; 504 en febrero del 2000; 624 en marzo del 2000; 624 en abril del 2000; 456 en junio del 2000; 48 en agosto del 2000; 480 en septiembre del 2000; 264 en octubre del 2000; 72 en noviembre del 2000 y 0 en diciembre del 2000.

Por lo que en aplicación de la doctrina expuesta, a los hechos declarados probados, esta Sala entiende que ya se considere el contrato celebrado por las partes un contrato para obra o servicio determinado -que es en principio lo pactado-, o merezca otra calificación, lo cierto y real es que el servicio u obra, “atención de pedidos extras de cajas mixtas de madera y cartón para Polonia”, no había terminado en la fecha del cese, -19 de julio del 2000,- pues si bien es cierto que los pedidos bajaron, aunque no sensiblemente, continuaron hasta diciembre del 2000, en que se redujeron a 0; por lo que se ha de entender que al tiempo del cese “el servicio u obra no estaba terminado”, sin que se acepte la argumentación del recurrente, de acumular los pedidos de todos los países, pues, la empresa demandada cuenta con una plantilla de unos 50 empleados, siendo el caso que el pedido para Polonia, fue nuevo y motivó dicha contratación, pues los pedidos para otros países ya estaban cubiertos con la plantilla de la empresa; por lo que procede declarar el cese como despido improcedente, con las consecuencias inherentes; ahora bien, dado que el contrato temporal finalizó en diciembre del 2000, no procede condenar a la empresa a la readmisión del trabajador, sino a que le abone una indemnización sustitutiva de 230.339 ptas., así como los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la terminación del contrato, -diciembre del 2000-, a razón de 5.119 pts. diarias. En base a lo que, al no ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia estimar el recurso y revocar el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por don D.O.R. contra la sentencia de fecha veintiocho de septiembre de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Lugo, en proceso promovido por don D.O.R. frente a la empresa “T.A., S.L.” y revocando la misma, debemos declarar y

declaramos improcedente el despido del actor, condenando a la empresa demandada a que le abone una indemnización de 230.339 ptas. así como los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la terminación del contrato, diciembre del 2000 a razón de 5.119 ptas. diarias.

3103 Recurso nº 3.912/97

S.S. RECARGO DE PRESTACIONES. INADMISIÓN DO RECURSO DE SUPPLICACIÓN. FALTA DE CITA DE XURISPRUDENCIA DO TS. FALTA DE EFICACIA REVISORA DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO. FALTA DE ELEMENTAIS MEDIDAS DE SEGURIDADE E SAÚDE.

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

A Coruña, a diecinueve de enero de dos mil uno.

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 3.912/97, interpuesto por el letrado don R.D.I., en nombre y representación de la empresa “C.M., S.L.”, contra sentencia del Juzgado de lo Social nº tres de los de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 238/96 se presentó demanda por la empresa “C.M., S.L.”, sobre recargo en prestaciones por I.L.T. derivada de accidente de trabajo, frente al INSS y a don J.M.M.D. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de mayo de 1997 por el juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- El día 27.02.95 tuvo lugar un accidente de trabajo grave sufrido por el trabajador J.M.M.D., que prestaba sus servicios para

la empresa “C.M., S.L.”. 2.- El accidente tuvo lugar por caída de distinto nivel cuando el accidentado estaba ayudando en la descarga de unos palets de ladrillo en la planta 3ª del edificio en construcción. El gruiista y otros trabajadores más, entre los que se encontraba el accidentado descargaban en la planta palets de ladrillo, a través de una abertura en el perímetro de dicha planta. Para la descarga de ladrillos no se utilizó la plataforma volada que prevé el Plan de Seguridad e Higiene de que dispone la obra, sino que el gruiista dejaba el palet de ladrillos sobre el forjado de la planta. Debido al desplazamiento de la carga al colocar el portapalets se desequilibró el accidentado, que se agarró al plástico que envolvía los ladrillos y al tabique en ejecución. El plástico se rompió y el tabique, recién ejecutado se desmoronó, lo que provocó la caída del accidentado desde la planta 3ª sobre el forjado del patio (2 plantas de altura). TERCERO.- Con fecha 4 de enero de 1996 se formuló por la actora reclamación previa ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que solicita se deje sin efecto el recargo impuesto a la empresa “C.M., S.L.”, en el expediente de responsabilidad empresarial nº 27/95/56 AT”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO Se desestima la demanda de la empresa “C.M., S.L.”, contra el INSS y don J.M.D., absolviendo a los demandados de las pretensiones de la demanda. Notifíquese... etc.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda por la que la empresa pretendía dejar sin efecto el recargo de prestaciones –50 %– fijado en vía administrativa, por infracción de medidas de seguridad. Frente a ella, en el apartado revisorio –art. 191.b) LPL– el recurso solicita que se dé nueva redacción al segundo de los hechos declarados probados: “El accidente tuvo lugar por caída a distinto nivel cuando el accidentado se encontraba ejecutando un tabique de ladrillo en la planta tercera del edificio en construcción. El gruiista y otros trabajadores descargaban en la misma planta donde trabajaba el accidentado, palets de ladrillo, a través de una abertura en el perímetro de dicha planta. Los trabajadores que

ponían el portapalets para desplazar la carga recibieron la ayuda del trabajador accidentado, que dejó su tarea para colaborar en la colocación del portapalets y desplazar la carga sobre aquel a través de la planta; siendo su intervención espontánea y sin que hubiera recibido orden de abandonar la tarea de colocación de ladrillos que estaba realizando”. En el capítulo de examen del derecho, el recurso denuncia haberse infringido las SSTSJ Galicia 27.O76.94 [sic] y 20.09.95, así como la STS 28.04.92.

SEGUNDO.- Lo anteriormente indicado pone de manifiesto que el recurso no contiene un correcto apartado de examen del derecho, con la consiguiente inadmisión de aquél y la innecesariedad de toda revisión fáctica. 1.- Es doctrina consolidada la de que la redacción del art. 191.c) LPL que consiente basar el recurso de suplicación en “infracciones... de la jurisprudencia”, no permite el acceso a este extraordinario medio de impugnación fundamentándose en las sentencias de los Tribunales Superiores o en una sola sentencia del Tribunal Supremo, habida cuenta de que el art. 1.6 CC define la jurisprudencia como “la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo”. 2.- Una vez más ha de indicarse (por citar algunas recientes, las SSTSJ Galicia 21-enero-00 R. 5.254/99, 25-febrero-00 R. 5.918/96, 3-marzo-00 R. 499/00, 20-marzo-00 R. 2.630/98, 14-abril-00 R. 1.723/97, 17-abril-00 R. 3.795/98, 28-abril-00 R. 4.446/98, 4-mayo-00 R. 943/00, 18-mayo-00 R. 4.946/98, 28-junio-00 R. 2.814/97, 20-octubre-00 R. 2.337/99, 23-octubre-00 R. 1.698/99, 26-octubre-00 R. 2.424/99, 26-octubre-00 R. 2.454/99, 27-octubre-00 R. 1.619/99, 31-octubre-00 R. 2.878/99, 8-noviembre-00 R. 3.016/99, 7-diciembre-00 R. 3.739/97, 18-diciembre-00 R. 4.681/87...) que el recurso de suplicación no se halla exento de un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los art. 188 y sigs. LPL y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el art. 194 LPL (“en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare”; “en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas”; y “también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión”). Y este precepto –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– obli-

ga no sólo a indicar los concretos medios revisorios que evidencien el error judicial en la valoración de la prueba y a expresar la nueva redacción que se propone como modificación o añadido del texto de instancia, sino también a justificar adecuadamente toda pretensión modificativa de la parte fáctica de la sentencia. A la par que presupone denunciar y razonar adecuadamente la infracción de una específica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre –exclusivo objeto final del recurso– únicamente es rectificable en virtud de una apreciada vulneración infracción normativa que previamente se hubiese señalado y argumentado, siendo incontestable doctrina jurisprudencial la de que la ausencia de apartado de examen del Derecho en el recurso y/o la falta de una correcta denuncia de vulneración de disposiciones legales o Jurisprudencia, determinan que el recurso devenga estéril y deba ser desestimado; en la misma forma que esa naturaleza extraordinaria del recurso –STS 7-mayo-1996 Ar. 4.381– implica que el tribunal de suplicación tan sólo deba examinar –cuestiones de orden público procesal aparte– aquellas infracciones legales que hayan sido aducidas por los recurrentes, no siéndole hacedero abordar las infracciones no denunciadas o que no lo hubiesen sido con arreglo a las referidas formalidades, porque –STS 24-junio-1992 Ar. 4.669– el incumplimiento de tal carga procesal de la parte no puede ser suplida por el órgano judicial, abocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos exigidos por el art. 75 de la LPL que, en la fase actual del recurso, actúa como causa de inadmisión. 3.- Y como también tenemos reiteradamente indicado, este planteamiento en nada compromete la tutela judicial efectiva, pues –han de ser citadas las SSTC 37/1995 y 93/1997, de 8-mayo– “el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas”, y el recurso de suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de se trata de una segunda instancia, resultando ser –SSTC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– “un recurso de naturaleza extraordinaria, en el que el tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes”.

TERCERO.- De todas formas queremos destacar que en todo caso no podría

resultar exitosa la modificación propuesta, y ello por dos razones fundamentales. En primer lugar porque los informes y las propias Actas de la Inspección de Trabajo carecen de toda virtualidad revisoria, aún a pesar de que sus autores sean funcionarios públicos y tengan conocimientos especializados que atribuyen a sus intervenciones cualidad de imparciales e independientes, hasta el punto de que sus criterios sean considerados como una prueba testifical documentada y muy cualificada, pero sin que llegue a estar dotada de la fehaciencia que permita atribuirles cualidad revisoria (sobre tales extremos, SSTS 12-febrero-85 Ar. 644, 25-enero-86 Ar. 1.124, 23-mayo-86 Ar. 2.649, 15-junio-87 Ar. 4.366, 23-febrero-88 Ar. 1.454, 19-abril-88 Ar. 2.995, 21-abril-88 Ar. 3.390, 16-junio-88 Ar. 5.404), 27-junio-88 Ar. 5.471, 24-octubre-88 Ar. 10.109, 25-octubre-88 Ar. 7.867, 7.868 y 7.873, 12-abril-89 Ar. 2.964, 18-diciembre-89 Ar. 9.040, 1-febrero-90 Ar. 735, 12-febrero-90 Ar. 902, 8-marzo-90 Ar. 2.016, 14-marzo-90 Ar. 5.073, 15-marzo-90 Ar. 1.828 y 2.021, 16-marzo-90 Ar. 1.829, 5-octubre-90 Ar. 7.529, 15-diciembre-92 Ar. 1.659, 18-septiembre-92 Ar. 6.911 y 5-octubre-93 Ar. 7.161; y SSTSJ Galicia 10-junio-94 AS 2.508, 17-junio-96 R. 2.821/96, 29.10.96 R. 4.626/96, 12-marzo-97 R. 4.148/94, 6-febrero-98 R.2.327/95, 20-marzo-98 R.2.596/95 y 10-marzo-00 R. 314/97); aparte de que la presunción de veracidad atribuida a las actas es simplemente *uris tantum*, no limita la soberana valoración judicial de la prueba y únicamente es predicable respecto de los hechos constatados por el Inspector actuante (art. 52.1 LISOS). Y en segundo lugar, porque el autor del recurso toma del Acta de Infracción (folio 21) y de la propia sentencia las afirmaciones que le interesan, con la censurable técnica del “espiguelo”, pasando por alto que en manera alguna son coincidentes (así, por ejemplo, para el Inspector, “los trabajadores que ponían el portapalets para desplazar la carga desequilibraron al accidentado...; mientras que para la decisión recurrida, “debido al desplazamiento de la carga al colocar el portapalets se desequilibró el accidentado...), ofreciendo así una versión de los hechos del todo subjetiva, interesada y artificiosamente construida.

CUARTO.- Como también nos parece oportuno resaltar el obvio fracaso que correspondería al apartado de examen del derecho. Y como antes, por dos razones. De entrada, porque la STS 28-abril-92 (Ar. 2.675), en manera alguna sostiene lo que el recuso afir-

ma y ni siquiera llega a sentar doctrina ninguna sobre la cuestión litigiosa planteada, sino que alude exclusivamente el criterio de la de instancia, relativo a que la imprudencia del trabajador excluye el recargo por infracción de medidas, pero no entra a resolver el fondo por defecto de planteamiento en el recurso y por falta de contradicción entre las sentencias invocadas. Y aparte de ello, es claro que el fracaso de la pretensión revisoria y el mantenimiento de la redacción de instancia (“El accidente tuvo lugar por caída de distinto nivel cuando el accidentado estaba ayudando en la descarga de unos palets de ladrillo en la planta 3ª el edificio en construcción. El gruiста y otros trabajadores más, entre los que se encontraba el accidentado descargaban en la planta palets de ladrillo, a través de una abertura en el perímetro de dicha planta. Para la descarga de ladrillos no se utilizó la plataforma volada que prevé el Plan de Seguridad e Higiene de que dispone la obra, sino que el gruiста dejaba el palet de ladrillos sobre el forjado de la planta. Debido al desplazamiento de la carga al colocar el portapalets se desequilibró el accidentado, que se agarró al plástico que envolvía los ladrillos y al tabique en ejecución. El plástico se rompió y el tabique, recién ejecutado se desmoronó, lo que provocó la caída del accidentado desde la planta 3ª sobre el forjado del patio”) son bien expresivos de palmaria infracción de seguridad (arts. 110 OGSHT y 87 y siguientes de la Ordenanza de la Construcción), por inexistencia de plataforma volada prevista en el Plan de Seguridad e Higiene de la obra (contrariamente a lo que el recurso entiende, la descarga del material por tal vía hubiese excluido el accidente, pues el desplazamiento de la carga no se habría producido junto a la abertura por la que se precipitó el accidentado) y por la falta de barandillas sólidas, plintos o rodapiés en la abertura, que innegablemente hubieran obstaculizado la caída al vacío. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por “C.M., S.L.”, confirmamos la sentencia que con fecha 30-mayo-1997 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 al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a don J.M.M.D. Pérdida de depósito y destino legal para la consignación.

3104 Recurso nº 5.241/00

S.S. CONTRATO EVENTUAL. NON PROCEDE PARA O INICIO DE ACTIVIDADE EMPRESARIAL OU A APERTURA DO CENTRO DE TRABALLO. INEFICACIA LIBERATORIA DO RECIBO DE LIQUIDACIÓN. IMPROCEDENCIA DE SANCIÓN POR NON COMPARECENCIA Á CONCILIACIÓN PREPROCESUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a diecinueve de enero de dos mil uno.

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

En nombre del rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 5.241/00 interpuesto por "C.L., S.C." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.M.I.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "C.L., S.C.", representada por don E.P.G. y don J.M.G. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 489/00 sentencia con fecha treinta y uno de agosto 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 la actora prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la codemandada Sociedad Civil "C.L., S.C." formada por don E.P.G. y don J.M.G., en la cafetería que bajo el mismo nombre se encuentra sita en la c/..., de la ciudad de Santiago de Compostela, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de eventuales por circunstancias de la producción, suscrito en fecha veintidós de febrero de dos mil, para la prestación de servicios como ayudante de cocinera, con idéntica categoría profesional, percibiendo un salario

mensual de ciento cuarenta y cuatro mil doscientas cuarenta y cinco pesetas (144.245 ptas.) mensuales, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras. El contrato tenía una duración de tres meses y por objeto la acumulación de tareas como consecuencia de la puesta en marcha de la actividad.- SEGUNDO.- Que la actora era la única persona que prestaba servicios en la cocina, junto con el codemandado E.P.G.- TERCERO.- Que en fecha veintiuno de mayo de dos mil la actora fue cesada por fin de contrato, recibiendo la cantidad de veintiocho mil ochocientas cuarenta y nueve pesetas (28.849 ptas.) brutas, en concepto de liquidación y firmando el correspondiente finiquito.- CUARTO.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese.- QUINTO.- Que en fecha doce de junio de dos mil tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el S.M.A.C. de Santiago, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de los demandados".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña R.M.I.C., don E.P.G., don J.M.G., en nombre y representación de "C.L., S.C.", debía de declarar y declaraba la improcedencia del despido efectuado, condenando a los demandados, de forma solidaria, a estar y pasar por esta declaración y a que opten, en término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenía antes del despido, o abonarle la cantidad de cincuenta y cuatro mil noventa pesetas (54.090 ptas.) en concepto de indemnización por despido y a que le abonen, en todo caso, la cantidad de cuatrocientas noventa mil quinientas dieciséis pesetas (490.516 ptas.), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario, de cuatro mil ochocientos ocho pesetas (4.808 ptas.) desde este día hasta la fecha de notificación de esta sentencia, imponiendo a los demandados, igualmente de forma solidaria, sanción pecuniaria en cuantía de treinta mil pesetas (30.000 ptas.) y condenándoles al pago de idéntica cantidad, en concepto de honorarios de la Letrada de la parte actora".

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.- Frente a la resolución de instancia que acogió la demanda rectora de los autos y declaró como despido improcedente el cese de la actora, se alzan los codemandados, admitiendo el relato fáctico y, en sede jurídica, con amparo en el art. 191.c) LPL, se efectúa una primera denuncia por aplicación indebida de los art. 54 y 55 LET en relación con los arts. 6.4 y 7.2 Código Civil, así como no aplicación del art. 49.1.c) en relación con el art. 15, ambos de LET, y otra de los art. 56 y 49 de dicho Estatuto, argumentando en el sentido de que autorizada la contratación temporal no cabe presumir el fraude en la misma, máxime cuando la actividad de la empleadora no precisa de cocinera pues se trata de una cafetería y por ello su apertura al público permite presumir un incremento de su actividad que exija tal contratación, si a ello se añade -en su razonar-, que extinguido el contrato se firmó un finiquito por la actora sin llegar a impugnar dicho documento en ningún momento, se vulnera por la resolución recurrida los citados preceptos pues no existió despido sino vencimiento del tiempo pactado en el contrato, por lo cual insta su revocación, y en segundo lugar que en todo caso no caben salarios de tramitación mas allá de la fecha de vencimiento del contrato. Los motivos no pueden ser acogidos por las siguientes razones: en cuanto a la validez de la temporalidad del contrato: la norma reguladora aplicable viene constituida por el art. 15 LET y el R.D de 18.12.98, núm. 2.720/1998 que regula tal tipo de contratos, y según el art. 3 de este RD “el contrato eventual es el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa; el contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo”, igualmente el Art. 9.3 determina que “se presumirán por tiempo indefinido los contratos de duración determinada celebrados en fraude de ley”. Conforme a dicha normativa el contrato celebrado entre las partes no se corresponde con el aquí definido como eventual por circunstancias de la producción, pues esta modalidad contractual se admite cuando la contratación del trabajador tenga por objeto atender un incremento inusual y transitorio de la acti-

vidad de la empresa que no puede ser cubierto con la plantilla ordinaria de la misma, pues tiene como única finalidad la de atender puntuales y episódicos incrementos de la actividad productiva, es decir, situaciones en las que el ritmo de producción se ve imprevistamente incrementado, de forma transitoria y coincidente con el período de contratación del trabajador, para luego descender a sus niveles ordinarios y habituales. La existencia de pedidos excepcionales, el aumento no habitual de las ventas, o la concurrencia de cualquier otra causa que requiera la utilización de personal adicional en la actividad en funcionamiento, más no cabe cuando la actividad ni siquiera se ha iniciado y por tanto ni siquiera se puede señalar cual es el volumen normal u ordinario de la misma; como señala, entre otras STSJ de Canarias Las Palmas de 24.09.1999 que cita la de fecha 25.06.99, “la esencia de esta modalidad contractual, viene motivada por el aumento del trabajo provocado por las circunstancias expresadas, esto es, el incremento de la actividad productiva de la empresa pero no para atender las necesidades derivadas de la apertura del centro de trabajo, por la sencilla razón de que no ha podido existir aumento alguno en la actividad productiva de la empresa por comenzar su funcionamiento en el mismo momento de la contratación del trabajador”, por ello la celebración del contrato sin causa legal que lo justifique lleva a entender que la relación laboral de la actora, desde su inicio, es indefinida y por tanto su cese constituye despido pues no existe causa de temporalidad que ampare la decisión patronal, por ello no vulnera la resolución recurrida los preceptos que se denuncian art. 15, 49 y 54 LET.

SEGUNDO.- En cuanto al no devengo de salarios de tramitación, y la existencia de un finiquito firmado, tampoco vulnera la resolución recurrida los preceptos invocados por cuanto al establecerse que el contrato que vinculaba a las partes era indefinido desde su inicio no cabe aplicar aquí la doctrina relativa al vencimiento de los contratos temporales y la limitación en cuanto a los salarios de tramitación; en cuanto a la existencia de un documento de finiquito, firmado por la parte actora, siguiendo la doctrina sentada por la STS de 28.02.00 y 19.06.90 “la firma de un finiquito en el que se alega causa inapropiada para la extinción del vínculo laboral ha de entenderse que manifiesta negocio jurídico con causa torpe, lo que ha de determinar su carencia de eficacia, impidiendo que pueda ser considerado como manifestación de mutuo disenso”,

esto es, firmado dicho finiquito como liquidación de un contrato temporal que se extingue por vencimiento del plazo pactado y declarado que tal contrato era indefinido, dicho finiquito solo alcanza el valor de liberador de las cantidades que se declaran percibidas por su firmante sin ninguna otra transcendencia relativa a la extinción del vínculo contractual, en similar sentido STS de 29 de marzo de 1993, 19 de junio de 1990, 6 de julio de 1990 establecen que “carece de eficacia el recibo de saldo y finiquito que se suscribe después de que la empresa comunicara al trabajador su cese por terminación del contrato temporal, cuando dicho contrato se había celebrado en fraude de ley, encubriendo una relación laboral de carácter indefinido”; igualmente STSJ de Cataluña 03.05.00, por todo lo expuesto no incurre la resolución recurrida en ninguno de los vicios que se le imputan procediendo su confirmación, previa desestimación del recurso planteado.

TERCERO.- En cuanto al pronunciamiento que contiene la resolución recurrida, relativo a la sanción por incomparecencia al SMAC de los demandados y honorarios de letrado de la parte actora en la instancia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 202.2 LPL, dichos pronunciamientos deben ser revocados en base a los siguientes argumentos: a) en primer lugar por cuanto el fundamento judicial consiste en la inasistencia al SMAC, y si bien es cierto que el art. 66 LPL establece la obligación de comparecer al acto de conciliación administrativa, sin embargo la incomparecencia no lleva aparejada de modo directo e inmediato una sanción como si tal ausencia constituyera una infracción, la literalidad de dicho precepto no permite extraer dicha conclusión; b) por cuanto, la parte actora no pidió en la instancia tal pronunciamiento ni este fue objeto de debate en juicio, al menos nada consta al respecto en el acta (folio 28 y 29 de los autos), por lo que no existió trámite alguno en el que los demandados pudieran justificar los motivos de la ausencia a dicho acto administrativo; c) por último y como resulta del documento obrante al folio 11 de los autos, la inasistencia a aquel acto, a pesar de lo que afirma el acta de conciliación, se debió a la falta de citación en forma pues del sobre del SMAC remitido a la mercantil demandada se lee “ausente el 321/6/2000, pasa a lista” lo que permite concluir que dicho sobre no le fue entregado con anterioridad a la celebración del acto de conciliación el 12.06.00, por lo que mal podía acudir a un acto para el que

no había sido citada, por ello se revoca la sanción impuesta y la obligación de abonar los honorarios de letrado de la parte actora en la instancia.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 202 LPL al confirmarse la resolución recurrida procede decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir y dése a las consignaciones efectuadas el destino legal. Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 233 LPL, procede imponer las costas del presente recurso al recurrente, condenándole al abono de 25.000 ptas. en concepto de honorarios de letrado de la parte actora impugnante del recurso, estimándose que la revocación que se establece en el precedente no permite incluir el supuesto en el art. 201.3 LPL. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por el demandado “C.L., S.C.” contra la sentencia dictada el 31.08.00 por el Juzgado de lo Social nº1 de Santiago de Compostela en autos nº 489-2000 sobre despido, seguidos a instancias de R.M.I.C. contra la recurrente, revocando únicamente el pronunciamiento relativo a la sanción por incomparecencia de la misma al SMAC y abono de honorarios de letrado de la actora en la instancia.

3105 Recurso nº 5.349/00

S.S. CONTRATO DE OBRA OU SERVICIO DETERMINADO. NON FINALIZACIÓN DO SERVICIO. A DURACIÓN TEMPORAL NO CONTRATO TEN VALOR MERAMENTE ORIENTATIVO. CESAMENTO QUE CONSTITÚE DESPEDIAMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a diecinueve de enero de dos mil uno.

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

En nombre del rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 5.349/00 interpuesto por don R.G.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 483/00 se presentó demanda por don R.G.S. en reclamación de despido siendo demandado el “M., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de julio de 2000 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- El demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta de la mercantil “M., S.L.” con domicilio social en el... de Cádiz dedicada a la actividad económica de la pesca marítima, desarrollando las funciones propias de la categoría profesional de engrasador, con una antigüedad que data del 12 de febrero de 2000 y percibiendo un salario mensual de doscientas noventa y cinco mil pesetas (295.000 ptas.) con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras.- SEGUNDO.- Las partes celebraron, en fecha 12 de febrero de 2000, contrato de trabajo de duración determinada, para la realización de una obra o servicio determinado, cuyo objeto era el desempeño de las labores de engrasador, a jornada completa, en el buque “F.”, durante 79 días (hasta el 30 de abril de 2000), consistiendo la obra o servicio en “duración licencia Mauritania”, y habiéndose pactado como cláusula adicional que el contrato quedaría prorrogado hasta su llegada a puerto en caso de que expirase en la mar. El capitán del barco comunicó verbalmente al actor, unos 10/12 días antes de desembarcar en Dakar el 10 de mayo de 2000, que no se le renovaría el mismo. En la libreta de navegación del demandante consta que desembarcó en Dakar el 10 de mayo de 2000 por fin de contrato, produciéndose su baja ante la T.G.S.S. en esta fecha por la misma causa.- TERCERO.- Que el convenio pesquero con Mauritania aún tiene un año más de duración, aproximadamente.- CUARTO. Que el demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante legal o delegado sindical de los trabajadores.- QUINTO.- Que en fecha 6 de junio de 2000 tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje

y Conciliación de la Xunta de Galiza, con el resultado de sin efecto.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por don R.G.S. contra la mercantil “M., S.L. (M/P F.)”, debo absolver y absuelvo a dicha empresa de las pretensiones deducidas en su contra en este procedimiento.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Recurre el actor la sentencia de instancia que desestima la demanda sobre despido para denunciar la infracción del artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 2.2.a) del Real Decreto 2.720/1998 de 18 de diciembre, alegando que el contrato de trabajo suscrito entre las partes lo era para la realización de una obra o servicio determinado, siendo este la duración de la licencia con Mauritania y estando fijado a la hora de suscribirlo una duración del contrato hasta el 30.04.00, el mismo deviene fraudulento, añadiendo que el actor ha sido cesado sin que haya concluido la obra o servicio, ya que el convenio pesquero con Mauritania aún tenía un año más de duración, aproximadamente. El juzgador de instancia rechaza la pretensión actora porque aunque el objeto de la obra o servicio era su realización en cuanto “duración licencia Mauritania”, ello no puede impedir que las empresas puedan celebrar contratos de trabajo de duración determinada, fijando en los mismos un término inferior a la mencionada vigencia de dicho convenio. Para una mejor comprensión de los hechos que concurren conviene señalar lo siguiente: a) las partes celebraron, en fecha 12 de febrero de 2000, contrato de trabajo para la realización de una obra o servicio determinado, cuyo objeto era el desempeño de las labores de engrasador en el buque “F.” durante 79 días (hasta el 30 de abril de 2000), consistiendo la obra o servicio en “duración licencia Mauritania”, y habiéndose pactado como cláusula adicional que el contrato quedaría prorrogado hasta su llegada a puerto en caso de que expirase en la mar. El capitán del barco comunicó verbalmente al actor unos 10 o 12 días antes de desembarcar

en el puerto de Dakar, el 10 de mayo del 2000, que no se le renovaría el mismo. En la libreta de navegación del demandante consta que desembarcó en el puerto de Dakar el día 10 de mayo de 2000 por fin de contrato, siendo dado de baja en la T.G.S.S. en dicha fecha; y b) según el incombato hecho probado tercero de la resolución recurrida, el convenio pesquero con Mauritania aún tenía un año más de duración, aproximadamente. El objeto del contrato para obra o servicio determinado se delimita con arreglo a un doble criterio, material uno ya que ha de referirse a obra o servicio determinado que posea, además, "autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa (artículo 2.1 RD 2.720/1998 de 18 de diciembre por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada) y otro temporal "cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es de duración incierta (artículo 2.1 del mencionado Real Decreto). En el caso objeto de enjuiciamiento la obra o servicio consiste en "duración licencia de Mauritania" y, si la causa específica de este contrato temporal es, pues, la realización de una obra o servicio determinado cuya identificación es fundamental o esencial a fin de evitar que quede al arbitrio de una de ellas elemento tan relevante como el relativo a la duración, que ha de estar en función de la obra o servicio cuya ejecución se ha concertado, no es posible compartir el argumento esgrimido por el Juzgador de instancia si como declara probado el convenio pesquero con Mauritania aún tenía un año más de duración, ya que la exigencia legal es que la duración del contrato sea la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio, pues el que las partes hayan fijado un término, éste deberá considerarse de carácter meramente orientativo (artículo 2.b) del mencionado Real Decreto 2.720/1998), de suerte que la discrepancia entre el plazo pactado y el cumplimiento de la obra se salda a favor de éste último. Distinto hubiera sido que la obra o servicio viniera supeditada a la duración de la licencia otorgada al buque en cuestión para pescar en aguas de Mauritania durante la vigencia del convenio; pero al margen de que dicha particularidad no consta en el contrato, ni siquiera ha venido alegada por la parte demandada. Por ello, toda vez que el referido contrato suscrito por las partes no había llegado a su fin, ha de estimarse la demanda interpuesta por el actor y declararse improcedente el despido con las consecuencias inherentes a tal declaración.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación formulado por don R.G.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Santiago de Compostela de fecha 26 de julio de 2000 y revocando la resolución recurrida, debemos declarar la improcedencia del despido, toda vez que el contrato suscrito por las partes no había llegado a su fin, condenando a la empresa demandada a optar, en el plazo de cinco días, entre la readmisión en las mismas condiciones que venían rigiendo antes del cese o al abono de una indemnización de 110.621 Ptas. (s.e.u.o) más el abono de los salarios de tramitación.

3106 Recurso nº 5.470/00

S.S. DESPEDIMIENTO POR OFENSAS FÍSICAS OU VERBAIS. MÁIS GRAVE A INFRACCIÓN CANDO VAI DIRIXIDA ÓS SUPERIORES XERÁRQUICOS. SEN EMBARGO, SE A AGRESIÓN É MUTUA ENTRE EMPRESARIO E TRABALLADOR, NON CABE QUE UNHA DAS PARTES SANCIONE Á OUTRA CON DESPEDIMENTO. IMPROCEDENCIA.

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

A Coruña, a diecinueve de enero de dos mil uno.

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

En nombre del rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 5.470/00 interpuesto por don A.G.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de La Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don C.A.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado don A.G.F. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 822/99 sen-

tencia con fecha doce de septiembre 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 demandante don C.A.P. vino prestando sus servicios para la demandada A.G.F. con antigüedad de 20.11.98, con la categoría profesional de ayudante de camarero, percibiendo un salario mensual de 148.038 pesetas con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias./SEGUNDO: Que en fecha 04.10.99 se le notificó carta de despido con efectos de la misma fecha, al amparo del art. 54.2.c) del E.T. alegando para ello: “Agresión física al empresario el sábado día 2 de octubre de 1999 a las 20 horas en presencia de la empleada doña A.R.D. y de otros clientes de establecimiento, que motivó su caída al suelo, produciendo cierta agravación en la dolencia que padece y perdiendo por consiguiente el equilibrio al caerse las muletas que sujetaba dado su estado de salud...”./TERCERO: Que el día 2 de octubre de 1999 en la trastienda del establecimiento denominado “P.V.” centro de trabajo del demandante se produjo una disputa entre el actor y el demandado, que motivó una agresión mutua entre ambos, y que dio lugar a que por parte del demandante se presentase denuncia ante la Jefatura Superior de Policía de esta ciudad, así como su asistencia por los servicios médicos de Atención Primaria del Servicio Galego da Saúde, por agresión./CUARTO: En fecha 20.10.99 se celebró acto de conciliación ante el Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación con resultado de sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda promovida por don C.A.P. contra la empresa “A.G.F.” debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido efectuado a la actora en fecha 04.10.99 condenando a la demandada a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o el abono de la cantidad de 212.931 ptas. en concepto de indemnización y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de esta resolución a razón de 4.935 pesetas diarias.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada no siendo impugnado de contra-

rio. 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 estimación de la demanda, con declaración de improcedencia del despido, al amparo del art. 191.b) LPL se interesa dar nueva redacción al tercero de los HDP, en los términos que siguen: “El día 2 de octubre de 1999 alrededor de las 20 horas en la trastienda del establecimiento denominado “P.V.”, centro de trabajo del demandante, y con ocasión de tratar de las condiciones laborales de éste último y provocado por él mismo, se produjo un incidente entre actor y demandado, en presencia de una empleada del local y de un cliente del citado establecimiento, llegando el demandante a agredir al empresario y proferir múltiples insultos, el cual éste último se apoyaba en unas muletas para poder bipedestar, dado que tiene implantada una megaprótesis de fémur con cadera bipolar, y quien hubo de soportar las citadas agresiones. Los citados hechos dieron lugar a que por el empresario se presentase denuncia ante el juzgado de guardia de La Coruña, denunciando asimismo el trabajador, denuncias que dieron lugar a los autos de juicio de faltas nº 728/99-M”. No puede aceptarse en su integridad la variación propuesta: tiene justificada acogida la referencia a que el recurrente tiene implantada una megaprótesis de fémur y se apoya en muletas para deambular, puesto que así lo acreditan los varios informes médicos oficiales que al efecto se citan en el recurso (folios 103 a 107); y en la misma forma también tiene éxito la indicación a que el mismo denunció al trabajador ante el juzgado de guardia de La Coruña, dando lugar a los autos de juicio de faltas nº 728/99-M. Revisiones que se aceptan aún a pesar de que la Sala no les atribuya trascendencia alguna a los efectos de la parte dispositiva de la sentencia, que no ha de alterar, siendo así que —como tenemos resaltado en muchas otras ocasiones: últimamente, sentencias de 10-enero-01 R. 3.424/98 y 7-diciembre-00 R. 3.312/97— al no ser este trámite de suplicación el último grado de jurisdicción y resultar siempre factible que contra la presente sentencia se interponga recurso de casación, de manera que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo bien pudiera apreciar en forma diversa la trascendencia de los hechos que el recurso pretende incorporar al relato fáctico, tales circunstancias determinan que la Sala deba ya dejar definitivamente configurada la visión que tiene de los

hechos, sin que pueda excluir respuesta a los motivos revisorios por considerar que los aducidos son intrascendentes para el pronunciamiento que haga (SSTS 23-febrero-99 Ar. 2.018, 19-enero-98 Ar. 997, 22-mayo-96 Ar. 4.610...). Pero en manera alguna puede aceptarse la iniciativa y exclusividad que en insultos y agresión se atribuyen al trabajador recurrido, siendo así sobre tales extremos no se cita prueba alguna –hábil a efectos revisorios– que evidencie error valorativo alguno en la versión ofrecida por la magistrada, que entiende mediaron disputa y agresión mutua. Y es más la versión ofrecida por la Juzgadora se nos presenta plenamente ajustada a las obligadas reglas de la sana crítica, por cuanto que si bien los únicos testimonios parecen confirmar la versión del empresario, los mismos ofrecen unas circunstancias personales que le restan credibilidad (nos remitimos al acta de juicio y a la propia denuncia efectuada ante el Juzgado de Guardia, que hablan por sí solas), a la par que el relato del empleado no deja de tener un cierto apoyo en el informe de atención médica (folio 26). A tal efecto no cabe olvidar –STSJ Galicia 21-enero-00 AS 103– que 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 272/94, de 17-octubre), lo que implica –desde la perspectiva del magistrado “a quo”– que el juzgador de instancia pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas (STC 175/1985, de 17-diciembre), por cuanto –conforme a la STS 31-mayo-90 Ar. 4.524– la facultad de libre apreciación de la prueba otorgada al Juez de instancia 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 24/1990, de 15-febrero), 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 las Sentencias del TCT 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, 21-enero-00 AS 103, 11-febrero-00 R. 2.066/08, 17-abril-00 R. 359/97, 30-junio-00 R. 2.962/00 y 3.217/00, 13-julio-00 3.217/00, 13-octubre-00 R. 2.500/97, 20-octubre-00 R. 3.877/97, 3-noviembre-00 R. 1.832/97, 3-noviembre-00 R. 2.886/97 y 16-noviembre-00 R. 3.643/97– 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, de modo que lo que pretende el recurrente es sustituir el criterio objetivo e imparcial de la magistrada sentenciadora por su criterio propio y subjetivo en favor de sus intereses o cuando los razonamientos que han llevado a éste 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 LECiv) o al sistema legal si se trata de prueba documental (art. 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.

SEGUNDO.- En el apartado de examen del derecho –por el cauce del art. 191.c) LPL– el recurso denuncia la infracción de los art. 54.2.c) ET, 40 del Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal para el Sector de Hostelería, del art. 55.4 ET, de los art. 108 y 109 LPL, y de diversa doctrina jurisprudencial. 1.- Ha de admitirse por obvio (STSJ Galicia 3-julio-97 R. 2.739/97, 25-noviembre-1998 R. 4.263/98, 17-diciembre-98 R. 4.717/98, 11-mayo-99 R.

1.522/99, 21-enero-00 AS 103 –R. 5.385/99) que la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (SSTS 4-marzo-91 Ar. 1.822 y 28-junio-88 Ar. 5.486), partiendo de la idea cardinal de que los “más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano” (STS de 21-marzo-88 Ar. 2.333), de tal forma que en la valoración de esta conducta no cabe emplear meros criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos), aplicando un planteamiento que no sólo sea individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de manera gradualista y buscando la necesaria proporción ante la infracción y sanción; pero ello partiendo de la idea cardinal de que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio básico de la buena fe, que es elemento normativo delimitador del contenido obligatorio derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta arreglada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro, conforme evidencias los art. 5.a) y 20.2 ET (SSTS 31-octubre-84 Ar. 5.360, 18-diciembre-84 Ar. 6.408, 27-febrero-87 Ar. 1.133, 2-julio-87 Ar. 5.060, 16-marzo-88 Ar. 1.950, 21-marzo-88 Ar. 2.333, 18-julio-88 Ar. 6.171, 31-octubre-88 Ar. 8.189, 16-enero-90 Ar. 128, 28-febrero-90 Ar. 1.248, 6-abril-90 Ar. 3.121, 24-septiembre-90 Ar. 7.040, 21-febrero-91 Ar. 854, 4-marzo-91 Ar. 1.822, 16-mayo-91 Ar. 4.171, 2-abril-92 Ar. 2.590, 10-diciembre-92 Ar. 10.074...). 2.- Tratándose de ofensas –verbales o físicas– en concreto, ciertamente ha de admitirse que la casuística jurisprudencial –lo recordábamos en las sentencias de 15-septiembre-94 AS 3.410 y 21-enero-00 AS 103)– “se hace más contundente cuando las referidas ofensas van dirigidas al personal directivo, pues si bien la dignidad personal del mismo ha de ser respetada y protegida en forma idéntica a la de cualquier otro miembro de la empresa ni más, ni menos, de todas formas no cabe omitir que en el ataque ver-

bal o material a los superiores compromete muy acusadamente la disciplina y jerarquía, que son indispensables para la organización y desenvolvimiento del trabajo” (STS 30-marzo-67 Ar. 1.275), pues si el “orden y autoridad son necesarios en toda colectividad humana, resultan indispensables si quienes la integran tienden al logro de un resultado común, que es la buena marcha de la empresa” (STS 27-septiembre-84 Ar. 4.490). 3.- En la misma forma que la doctrina de los Tribunales tiene a considerar que el trabajador contendiente en riña mutuamente aceptada incurrir en conducta sancionable con despido, no siendo –ni siquiera– necesario que se precise cuál de los trabajadores inicia la discusión o la agresión, bastando para que concorra tan grave incumplimiento contractual el hecho de que exista una situación de riña mutuamente aceptada (SSTSJ Galicia 25-febrero-00 AS 305, Canarias/Las Palmas 24-septiembre-99 AS 7.088, Castilla/La Mancha 16-octubre-98 AS 3.965, Cataluña 13-marzo-96 AS 634...). 4.- Pero en el caso de autos concurre la decisiva circunstancia de que la agresión mutua –sin constar dato alguno de iniciativa– tuvo lugar entre empresario y trabajador. Y nos parece absolutamente inicuo entender que pueda ser sancionado con despido el comportamiento del trabajador, si a la par el empresario ha incurrido en igual desconocimiento de sus obligaciones, con conducta que de ser unilateral hubiese podido determinar una válida extinción del contrato a instancia del empleado. En un plano contractual y personal las dos conductas son igualmente censurables e incumplidoras de sus obligaciones, por lo que elementales principios de justicia determinan que haya de operar adecuada “compensación” entre ellas, siquiera a la sala no se le escape la escasa posibilidad de que en tales circunstancias las tareas ordinarias puedan ser llevadas a cabo en paz y con el mutuo respeto necesarios en el trabajo (SSTS 6-abril-90 Ar. 3.121 y 23-septiembre-86 Ar. 5.142), y de que hubiese de imponerse –como así ha sido en autos– la solución de optar por indemnizar al trabajador (folio 180). En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por don A.G.F., confirmamos la sentencia que con fecha 12-septiembre-2000 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número cuatro de los de A Coruña, a instancia de don C.A.P. y por la que se acogió la demanda formulada.

3107 Recurso nº 5.571/00

S.S. ANULACIÓN DE ACTUACIÓN. XA QUE SE FORMULOU UNHA DEMANDA DE TUTELA DOS DEREITOS DE LIBERDADE SINDICAL, AÍNDA QUE INDEBIDAMENTE ACUMULADA CON OUTRA DE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL, HAI QUE CUMPRILLOS REQUISITOS E SEGUILOS TRÁMITES DA MODALIDADE PROCESUAL CORRESPONDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a diecinueve de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 5.571/00 interpuesto por “K.E.E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don S.B.B. en reclamación de modificación de condiciones de trabajo y violación de derechos fundamentales siendo demandado “K.E.E., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 534/00 sentencia con fecha treinta y uno de octubre 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. Don S.B.B., mayor de edad, D.N.I..., fue contratado el 01.02.89 por la empresa “K.E.E., S.A.”, prestando servicios, con anterioridad al cambio de puesto de trabajo, con categoría profesional de oficial primera, en régimen de jornada continua de trabajo, y una retribución de 216 ptas. mensuales[sic], incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. Ostenta la condición de delegado de personal y de prevención de riesgos.- II.- A 27.08.99 fue objeto de despido disciplinario, e, impugnado judicialmente, declarando improcedente con opción del trabajador a

favor de la readmisión.- III.- Y el 30.03.00 fue objeto de sanción disciplinaria, e, impugnada judicialmente, conciliándose retirando la empresa la sanción.- IV.- Por orden de la empresa, desde 01.07.00, el trabajador comenzó a prestar servicios de soporte en el departamento comercial, sin alteración de sus retribuciones. No se le comunicó el carácter definitivo de cambio de puesto de trabajo.- V.- Con fecha 28.07.00 la empresa le comunicó que “Como consecuencia de la baja voluntaria en la empresa del director comercial, la dirección acomete una reestructuración del departamento comercial con el ánimo de reforzar urgentemente ese departamento, que hubo de sufrir también la baja del técnico comercial. Teniendo en cuenta la necesidad de una personal que tuviera conocimientos, al menos del idioma inglés, conociera los productos que vendemos, o al menos algunos componentes; la dirección pensó en Ud., en su condición de Oficial 1º, y así pasó Ud. a primeros de junio a colaborar en el desarrollo de las funciones de soporte al personal actual del departamento comercial. Como el 15 de septiembre próximo termina el horario de verano de la oficina, en la que está integrado el departamento comercial, le comunicamos que a partir del próximo 18 de septiembre pasará a prestar sus servicios con el siguiente horario: De 9 a 14 horas y de 15 a 18 horas, que es de su departamento. Al mismo tiempo que se le comunica a Ud. esta decisión, se hace lo mismo a los demás delegados de personal. Todo ello sin perjuicio de los derechos que le puedan asistir”.- VI.- El puesto de trabajo dejado vacante por el trabajador fue ocupado por un trabajador puesto a disposición por una empresa de trabajo temporal, hecho denunciado ante la Inspección de Trabajo.- VII.- Presentada el 08.08.00 la papeleta de conciliación, se celebró el 25.08.00 con el resultado de sin avenencia ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: FALLO: Estimando la demanda interpuesta por don S.B.B. contra la entidad mercantil “K.E., S.A.”, declaro la existencia de vulneración del derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva, derivada de la decisión empresarial del cambio de puesto de trabajo, y, en su consecuencia, anulo esa decisión, ordenando a la reposición de la situación anterior.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la demanda, interpuesta por el actor declarando la existencia de vulneración del derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva derivada de la decisión empresarial de cambio de puesto de trabajo, y en su consecuencia anula esa decisión ordenando a la empresa le reponga en la situación anterior. Y contra esta resolución formula recurso de suplicación la empresa, pretendiendo, por un lado, la revisión de los hechos declarados probados, y por otro, censurar el derecho aplicado, denunciando infracción por no aplicación del art. 59.4 e infracción por interpretación errónea del art. 41 del E.T., alegando fundamentalmente que la acción estaría caducada y que en todo caso concurrían razones suficientes que justificaban el cambio de puesto y jornada de trabajo. Siendo misión de los tribunales velar por la pureza del procedimiento analizando y corrigiendo de oficio los defectos que observen, a la vista de lo actuado y dado que en la demanda se ejercita una pretensión de impugnación de traslado de puesto de trabajo y cambio de jornada, que el juzgador “a quo” fundamenta en razones discriminatorias y en una persecución sindical motivada por su condición de delegado de personal, y por tanto de violación de Derechos Fundamentales, resulta evidente, que en el procedimiento seguido al efecto se infringieron normas o garantías esenciales del procedimiento que produjeron indefensión, pues, fundándose la pretensión de la demanda en la Tutela de Derechos Fundamentales, -aún cuando indebidamente se haya acumulado una acción de modificación de las condiciones esenciales de trabajo, que se postula como petición subsidiaria-, el proceso a seguir, era, en este caso, el previsto en el capítulo XI, del vigente Texto Refundido de la L.P.L., ya que tanto si se sigue el cauce procesal del art. 175 y siguiente de la Ley Adjetiva Laboral, como si el juez utiliza las facultades que le confiere el art. 177.4 del mismo texto, debe entenderse que son aplicables a la tramitación correspondiente las singularidades de esta modalidad procesal, como son la urgencia y sumariedad, la necesaria y efectiva presencia del Ministerio Fiscal (que aquí no se ha observado), la posible personación de sindicatos (174.3), las especiales reglas sobre la prueba que señala el art. 179.2 de la Ley y la imposibilidad de acumular acciones de otra naturaleza (art. 176), pues, estas normas especiales no nacen en texto articulado de la ley, sino que arrancan de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el proceso Laboral como cauce adecuado para la protección juris-

dicional de los derechos fundamentales, de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y la Ley de Bases de Procedimiento Laboral. Por ello, al no haberse observado las reglas especiales señaladas, en concreto, la citación del Ministerio Fiscal como parte en el juicio, y al haber acumulado indebidamente una acción diferente, vulnerando normas o garantías de procedimiento, y ante la eventual indefensión ocasionada -sin necesidad de entrar en el análisis de los motivos alegados por la recurrente-, debe decretarse de oficio la nulidad de las actuaciones desde la providencia de admisión a trámite de la demanda, para que por el juzgador de instancia, se de al proceso el tramite señalado en los arts. 175 y ss. de la referida Ley Procesal, citando a juicio a todas las partes y decidiendo, en su caso, el litigio con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción y todo ello, de conformidad con el art. 24 y 14 de la C.E. y art. 238 de la L.O.P.J.

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos de oficio la nulidad de las actuaciones seguidas a instancia de don S.B.B. contra la empresa “K.E.E., S.A.” -sobre tutela de derechos fundamentales- del Juzgado de lo Social nº uno de Pontevedra, en la que recayó sentencia de fecha treinta y uno de octubre de dos mil, retrotrayendo las actuaciones al momento de la providencia de admisión a trámite de la demanda a fin de que por el juzgador de instancia, se tramite el proceso de conformidad con los art. 175 y ss. de la L.P.L., citando a juicio a todas las partes y decidiendo en su caso, el litigio con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción.

3108 Recurso nº 4.505/97

S.S. RECARGO DE PRESTACIONES DE SEGURIDADE SOCIAL. INEXISTENCIA DE LITISPENDENCIA POR NON SER FIRME UNHA DEMANDA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSENCIA DE DISPOSITIVOS DE SEGURIDADE NOS EQUIPOS DE TRABAJO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José M^a. Cabanas Gancedo

A Coruña, a veintidós de enero de dos mil uno.

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

En nombre del rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 4.505/97 interpuesto por la empresa "I.M.G., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 349/97 se presentó demanda por don L.L.L. en reclamación de recargo por falta de medidas de seguridad siendo demandada la empresa "I.M.G., S.L.", el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de julio de 1997 por el juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor don L.L.L., prestó servicios para la empresa demandada desde el día 02.12.93 hasta el 31.07.95, fecha en que causó baja por despido, ostentando la categoría profesional de oficial de primera montador y percibiendo un salario mensual por todos los conceptos de 119.970 ptas./SEGUNDO.- El día 17.08.94 el actor y don J.M.S.G., se encontraban trabajando en el polígono industrial de San Criprián de Viñas, en la C/..., realizando tareas en una nave de reparación consistentes en colocar tirantes metálicos en las cerchas de la nave. Para realizar el trabajo habían instalado un andamio tubular metálico de 4 módulos superpuestos, siendo la altura de unos 8 m. aproximadamente, los trabajadores citados habían sujetado con cuerdas la parte superior del andamio a la cercha, así como habían colocado en la parte inferior de apoyo del andamio unas maderas largas, ya que el suelo era de arena. En un momento determinado, cuando los trabajadores tenían que mover el andamio, el actor procedió a quitar las cuerdas que lo ataban a la cercha, y al bajar del andamio, cosa que hizo por la parte lateral, se produjo su vuelco, cayendo el actor, produciéndose lesiones en su rodilla derecha./TERCERO.- En esta fecha inició situación de baja laboral derivada de accidente de trabajo, percibiendo las correspondientes prestaciones de la mutua universal -"M."- permaneciendo en dicha situación hasta el 14 de julio de 1995 en que se le dio de alta

con informe propuesta emitido por dicha mutua./CUARTO La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social por resolución de 29.05.96 declara al actor afecto de una Invalidez en grado de Invalidez Permanente total con derecho a percibir una pensión en cuantía del 55% de su base reguladora de 120.027 ptas. con efectos económicos del 16 de noviembre de 1995, siendo declarado responsable de su pago la mutua./QUINTO.- Por sentencia de este juzgado de fecha 26.11.96, autos 668/96 y 734/96, se confirmó dicha resolución administrativa, desestimando las demandas presentadas por el actor y por la mutua universal -"M."-. Dicha sentencia se encuentra recurrida por la mutua citada./SEXTO.- En fecha 21.10.96 el actor presentó demanda en reclamación de responsabilidad contractual derivada de accidente de trabajo, demanda que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad en autos 675/96 de 02.04.97. Dicha sentencia fue recurrida por el actor, que presentó escrito de formalización del recurso fechado el 02.05.97, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido y en cuyo suplico se solicita el que se dicte resolución en la que se declare la existencia de responsabilidad contractual derivada de accidente de trabajo, condenando a la empresa demandada a indemnizar al actor en las cuantías señaladas en el suplico de la demanda, con los intereses legales correspondientes./SÉPTIMO.- Con motivo del accidente sufrido por el actor, la Dirección Provincial de Trabajo levantó acta de infracción en la que se imponía a la empresa demandada una sanción de 70.000 ptas. por falta de adopción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, al no haber instalado el andamio de forma estable, declarándose infringido lo dispuesto en el art. 20.4 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en relación con el 66 de su Reglamento. La infracción fue calificada de "grave" imponiéndose la sanción correspondiente al grado mínimo. Esta sanción devino firme al no haber sido recurrida por la aquí demandada./OCTAVO.- El actor con fecha 06.08.96, solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, y que las prestaciones derivadas del accidente fueran incrementadas en un 50% con cargo a la empresa "I., S.L." ante el silencio del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con fecha 02.05.97 el actor reiteró la solicitud de declaración de responsabilidad empresarial, y la imposición del recargo antes mencionado,

solicitud que no ha sido contestada./NOVENO.- El actor presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano en fecha 04.06.97.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por don L.L.L. contra la empresa "I.M.G., S.L." ("I."), el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo declarar y declaro que el accidente sufrido por el actor en fecha 17 de agosto de 1994 se produjo con infracción de medidas de seguridad, condenando a la empresa "I.M.G., S.L." ("I.") a abonar al actor un recargo del 40% de todas las prestaciones derivadas de dicho accidente debiendo absolverse de la presente demanda al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social."

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.- Disconforme la empresa codemandada con que, en la sentencia de instancia, se declare que el accidente, sufrido por el actor, el 17 de agosto de 1997, se produjo con infracción de medidas de seguridad, y se le condene a abonar a éste un recargo del 40% de todas las prestaciones derivadas de dicho accidente; formula recurso de suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL a fin de que, en el hecho probado segundo de aquélla –donde dice que "el andamio era tubular metálico, de 4 módulos superpuestos, siendo la altura de unos 8 metros aproximadamente", se precise que dicha altura era de unos 4 metros; en segundo, por el mismo cauce, formulándose una crítica al hecho probado séptimo de la sentencia de instancia, en el sentido de manifestar que no quedó acreditada la imposición de la sanción a que se refiere, que lo único que refleja el informe del acta de infracción es que el andamio carecía de barandillas dos meses después de haber ocurrido el accidente, que no se acreditó que el andamio investigado dos meses después de haber ocurrido el accidente fuera el mismo en el que estaba subido el demandante, etc.; en tercero, por igual cauce, poniéndose de relieve que, en el punto tercero de las manifestaciones realizadas por las partes, en el acta de conciliación que se

indica, se dice que queda extinguida la relación laboral entre el actor y la empresa codemandada, sin que aquél tenga nada más que reclamar; en cuarto, por idéntico cauce, poniendo de relieve que la presunción probatoria del acta de infracción queda muy debilitada, por los diversos defectos, que se señalan; en quinto, por el apartado c) del artículo 191 del TRLPL, alegando que el demandante no agotó la vía administrativa; en sexto, por igual cauce, denunciando que existe litispendencia, con cita de los artículos 1.252 del Código Civil y 123 de la LGSS; y, en séptimo, por el mismo cauce, alegando infracción del artículo 20.b) de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y del 66 de su Reglamento.

SEGUNDO.- No ajustándose los cuatro primeros motivos del recurso, formulados por la vía, que proporcionaba al demandante el apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a lo que en este precepto se indica, pues, no obstante establecerse en él que tendrá por objeto revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; se pretende, con el primero, efectuar una modificación fáctica, exclusivamente en base a las declaraciones de dos testigos, cuando este medio probatorio no está en él recogido como apto para fundamentar la revisión; y, se efectúan en los restantes, diversas críticas a la relación fáctica de la sentencia de instancia, pero sin proponer, en ninguno de los casos, las consiguientes redacciones alternativas, en las que, en su caso, quedaren plasmadas las modificaciones pretendidas; no ha lugar a acoger ninguno de los citados motivos.

TERCERO.- No ajustándose el quinto motivo del recurso, que se plantea por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, a lo previsto en este apartado –tendrá por objeto, dice, examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia-, y en el artículo 194.2 del mismo texto –que señala que, en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas-, porque se limita a indicar, sin cita de norma jurídica o doctrina jurisprudencia alguna, que el demandante no agotó la vía administrativa, pues, aunque presentó un escrito ante el INSS, no acreditó, ante el silencio administrativo, haber utilizado el mecanismo de la denuncia de mora; procede, al igual que sucedió con relación a los motivos anteriores, no acogerlo.

CUARTO.- Se alega, mediante el sexto motivo del recurso, que concurre la excepción de litispendencia, porque, en procedimiento planteado por el aquí actor contra la aquí empresa demandada, sobre reclamación de responsabilidad contractual, derivada de accidente de trabajo, ante la desestimación de la demanda por el Juzgado de lo Social, el actor planteó recurso de suplicación, pendiente de resolución, en el que, entre otros extremos, se incluyó un motivo, el cuarto, en el que se denunció infracción “por no aplicación de lo dispuesto en el artículo 123 LGSS”, que es el precepto en el que, precisamente, se basa la acción ejercitada en éste; pero el motivo, tampoco puede prosperar, porque –aparte de que la cita, en el recurso de suplicación mencionado, del artículo 123 del TRLGSS, nada significa, a efectos de litispendencia, pues no deja de ser, además de lógica, ya que, en el punto 3 de dicho precepto, se indica que “la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”; circunstancial-; no concurren las más perfectas identidades, a que se refiere el artículo 1.252 del Código Civil, para que pueda ser viable una excepción como la planteada, ya que las acciones, formuladas en uno y otro, son distintas.

QUINTO.- Finalmente, igual suerte desestimatoria debe correr el séptimo motivo del recurso, ya que, si se tiene en cuenta, por una parte, que resultó acreditado que el accidente ocurrió cuando el demandante y otro se encontraban realizando tareas, en una nave de reparación, consistentes en colocar tirantes metálicos en las cerchas de la misma, para lo que habían instalado un andamio tubular metálico, de cuatro módulos superpuestos, con una altura aproximada de ocho metros, cuya parte superior habían sujetado, con cuerdas, a la cercha, a la vez que habían colocado, para apoyo del mismo, en la parte inferior, y al ser el suelo de arena, unas maderas largas, y cuando, en un momento determinado, al tener que moverlo, el actor procedió a quitar las cuerdas, que lo ataban a la cercha, y al bajar por la parte lateral, el andamio volcó y aquél cayó al suelo, produciéndose lesiones en su rodilla derecha; y, por otra, que, con motivo de lo ocurrido, la Dirección Provincial de Trabajo levantó acta de infracción, imponiendo a la empresa demandada una sanción, que no fue recurrida, de 70.000 pesetas, por falta de adopción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, al no haber instalado el andamio de forma estable y

al entender que había existido infracción de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en relación con el 66 de su reglamento; nada cabe objetar a la decisión del Sr. Juez “a quo”, de entender que existió la infracción señalada en el acta pues, evidentemente, el andamio, en el momento de caer, carecía de los dispositivos de seguridad, que lo evitaren –exigidos en el artículo 20.4 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, para los casos de ejecución de trabajos sobre plataformas móviles-, ya que, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, no existe duda que no se cumple con lo requerido en dicho precepto, si se utilizan como únicos medios de apoyo de un andamio, de cuatro módulos y de 8 metros aproximados de altura, que se coloca sobre un terreno de arena, y por lo tanto no estable, unas maderas largas en la parte inferior y unas cuerdas para su sujeción a las cerchas, de la nave en la parte inferior; y, sobre todo, si en un momento determinado, porque se necesita moverlo, queda solamente con la sujeción inferior; y, ante ello, por otra parte, carecen de todo apoyo las referencias de la empresa recurrente a que la vulneración no fue la causa del accidente, a que ello no resultó probado, y a que no existe negligencia por su parte, dado que poner en duda la relación de causalidad entre la infracción existente, la caída del andamio y la lesión sufrida por el actor, o que ello no resultó probado, es, a la vista de la relación fáctica de la sentencia de instancia, que no quedó alterada con el recurso, carente de toda lógica; y también lo es afirmar que no existió negligencia por parte de la empresa, cuando permitió actuar al actor y a su compañero en el trabajo, de esa forma, con relación al andamio, sin controlar, por los medios de vigilancia, que tenía a su alcance, los deficientes dispositivos de seguridad, empleados para evitar su posible caída. Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por la empresa “I. S.L.”, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. magistrado-juez de lo Social nº 1 de Ourense, en fecha 22 de junio de 1997; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma. Se imponen a la citada empresa las costas del recurso, con inclusión de los honorarios del letrado impugnante, que se fijan en la suma de 50.000 pesetas; y se acuerda la pérdida de las cantidades que consigno para recurrir, a las que se dará el destino legal.

3109 Recurso nº 5.552/00

S.S. DESPEDIMENTO. PRESCRICIÓN DA INFRACCIÓN. TRÁMITES INNECESARIOS PARA A CONCLUSIÓN DO EXPEDIENTE E A SÚA RESOLUCIÓN. NON A INTERROMPEN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José M^a. Cabanas Gancedo

A Coruña, a veintidós de enero de dos mil uno.

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

En nombre del rey
ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 5.552/00 interpuesto por don V.M.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 689/00 se presentó demanda por don V.M.T. en reclamación sobre despido siendo demandada la CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA de la Xunta de Galicia, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 31 de octubre de 2000 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia habiendo desarrollado en el Centro de Servicios Sociales de Póvoa do Caramiñal, como personal laboral fijo, las funciones propias de la categoría profesión de Ordenanza (grupo V, categoría 3), con una antigüedad que databa del 5 de mayo de 1986 y percibiendo un salario mensual de ciento setenta y cinco mil dieciocho pesetas (175.018 ptas.) con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias./ SEGUNDO.- Tras los incidentes acaecidos el 27 de junio de 1996 entre el demandante y un residente del Centro Residencial de la Tercera Edad del que es titular la Xunta

de Galicia en la precitada población, y previa propuesta de la Delegación Provincial de La Coruña de 12 de julio de 1996, la Secretaría General de la mencionada Consellería acordó el 26 de julio de 1996 incoar expediente al actor por la presunta comisión de una falta tipificada como muy grave en el art. 49.3.c).14 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia consistente en los malos tratos de palabra u obra con el público, nombrándose como Instructor del expediente disciplinario a don J.M.L.T.M. y, en fecha 6 de septiembre de 1996, se nombró como secretaria del mismo a doña M.B.V. La notificación del acuerdo de incoación al interesado se produjo el 7 de septiembre de 1996./ TERCERO.- Recibida en la consellería, en fecha 30 de septiembre de 1996, comunicación del Juzgado de Instrucción núm. 1 de los R. acerca de la apertura de las diligencias penales previas núm. 1.110/1996 contra el demandante por un presunto delito de lesiones en agresión, en fecha 21 de octubre de 1996 el secretario general acordó la suspensión de la tramitación del expediente administrativo disciplinario en tanto no recayera resolución por el órgano judicial competente./ CUARTO.- Habiendo aparecido en diversos medios de comunicación la existencia de sentencia penal contra el demandante, en fecha 25 de septiembre de 1998 se acordó por dicha Secretaría poner fin a la suspensión de la tramitación del expediente, formulándose pliego de cargos el 28 de octubre de 1998, habiendo formulado aquél las alegaciones correspondientes./ QUINTO.- En fecha 14 de diciembre de 1998 tuvo entrada en la consellería certificación expedida por la sección quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña sobre la existencia de recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Santiago en el curso del procedimiento abreviado núm. 69/98./ SEXTO.- El Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Santiago dictó sentencia en el curso de procedimiento abreviado núm. 69/98, de fecha tres de julio de 1998, en cuya virtud, tras la pertinente exposición de hechos declarados como probados (que aquí damos por reproducidos íntegramente en aras de la brevedad), resolvió condenar a don V.M.T. como autos de un delito de lesiones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de prisión de seis meses e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena y costas, debiendo indemnizar a don A.C.C. en doscientas cua-

renta mil pesetas (240.000 ptas.)./ SÉPTIMO.- Formulados recursos de apelación ante la A.P. de A Coruña, su sección quinta dictó sentencia en fecha 21 de julio de 1999, en el rollo núm. 3.222/98, desestimatoria de tales recursos y confirmando, consiguientemente, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Santiago./ OCTAVO.- En el procedimiento penal referido con anterioridad no ha sido parte la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia./ NOVENO.- La sentencia recaída en apelación le fue notificada a la Consellería de Sanidade el 22 de octubre de 1999, a instancia de la misma. En fecha 11 de noviembre de 1999, la subdirección general del régimen administrativo remitió a la Secretaría General de la reseñada consellería toda la documentación necesaria en orden a la tramitación correspondiente, con entrada de fecha 17 de noviembre de 1999./ DÉCIMO.- En fecha 31 de enero de 2000, la Dirección General de la Función Pública ofició a la asesoría jurídica general en orden a las dudas suscitadas por la imposición de la sanción de despido del actor y, por ende, solicitando informe sobre la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente, informe expedido el 17 de marzo de 2000 en el sentido de aceptar la sanción propuesta pero motivándola con el rigor necesario./ UNDÉCIMO.- Ordenada la por la Dirección General de la Función Pública, en fecha 4 de abril de 2000, la formulación de una nueva propuesta de resolución del expediente disciplinario, el Instructor del mismo la redactó el 2 de mayo de 2000./ DUODÉCIMO.- La consellería da Presidencia e Administración Pública elevó al Consello de la Xunta en fecha 20 de julio de 2000 propuesta de resolución considerando al actor autor de una falta descrita en el art. 49.3.c).14 del citado convenio./ DÉCIMOTERCERO.- El Consello de la Xunta decidió en sesión celebrada el 21 de julio de 2000 imponer al demandante la sanción de despido, acuerdo llevado a efecto mediante resolución de 27 de julio de 2000 del Sr. Conselleiro da Presidencia e Administración Pública, con efectos del día de su notificación al interesado (3 de agosto de 2000)./ DÉCIMOCUARTO.- El actor no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./ DÉCIMOQUINTO.- Presentada reclamación previa, fue desestimada mediante resolución de 6 de octubre de 2000.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal

siguiente: “FALLO/ Que desestimando como desestimo la demanda formulada por don V.M.T. contra la CONSELLERÍA da PRESIDENCIA e ADMINISTRACIÓN PÚBLICA de la Xunta de Galicia, debo declarar y declaro la procedencia del despido de que fue objeto el demandante mediante la sanción impuesta como resolución del expediente administrativo disciplinario abierto contra el mismo, debiendo absolver y absolviendo a la consellería demandada de todas la pretensiones deducidas en su contra en este procedimiento.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme el actor con que, en la sentencia de instancia, se declare la procedencia del despido de que fue objeto, mediante la sanción impuesta, como resolución del expediente administrativo disciplinario abierto contra el mismo, y con que se absuelva a la consellería demandada de las pretensiones contra ella deducidas; formula recurso de suplicación, en primer lugar, por la vía del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que el hecho probado cuarto de aquélla quede redactado en el sentido de que “habiendo aparecido en diversos medios de comunicación la existencia de sentencia penal contra el demandante, se acordó por dicha secretaría poner fin a la suspensión de la tramitación del expediente, y ello pese al informe de 19 de marzo de 1997, dictado por el jefe del servicio técnico jurídico de la propia consellería en el sentido de mantener la suspensión, formulándose pliego de cargos el 28 de octubre de 1998, habiendo formulado aquél las alegaciones correspondientes. Posteriormente, en fecha 5 de enero de 1999 se notifica al expedientado la propuesta de resolución, dictada por el instructor el 4 de enero, a la que se formula las correspondientes alegaciones en fecha 13 de enero de 1999” y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por interpretación errónea, de los artículos 49.8 y 10 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, y 14 del Reglamento del Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma, aprobado por Decreto 94/1991, de 20 de marzo.

SEGUNDO.- A la vista del contenido de la prueba documental, que cita el demandante, en apoyo de la revisión fáctica, que interesa en el primer motivo del recurso, de la que resulta su certeza, es viable la misma.

TERCERO.- Sostiene el actor, en el segundo motivo del recurso, -entre otra alegación, que no se comparte, porque no se considera correcto tomar como fecha de inicio del cómputo de la prescripción el 25 de septiembre de 1995, día en que la administración acordó poner fin a la tramitación del expediente, toda vez que el procedimiento penal, que lo había originado, seguía en trámite-, que la falta muy grave, que se le imputa, prescribió, porque, entre el 22 de octubre de 1999 -fecha en que fue comunicada a la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, la sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, el 21 de julio anterior, confirmando la condenatoria, dictada el 3 de julio de 1998, por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Santiago-, y el 2 de mayo de 2000 -en que el Instructor redactó una nueva propuesta de resolución del expediente disciplinario-, transcurrieron más de seis meses, con lo que entró en juego lo que dispone el artículo 49.8 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (DOG nº 249, de 28 de diciembre de 1994), acerca de que las faltas muy graves prescribirán a los sesenta días a partir de la fecha en que la administración tuvo conocimiento de su comisión, y, en todo caso, a los seis meses de cometerse; y por la sala, no obstante haber existido, entre esas fechas, una cierta actividad en el expediente -pues, el 11 de noviembre de 1999, la subdirección general del régimen administrativo remitió a la secretaría general de la consellería toda la documentación necesaria en orden a la tramitación correspondiente, con entrada el 17 siguiente; en fecha 31 de enero de 2000, la Dirección General de la Función Pública ofició a la Asesoría Jurídica General en orden a las dudas suscitadas por la imposición de la sanción de despido al actor, solicitando informe sobre la propuesta de resolución formulada por el Instructor del expediente, expidiéndose el informe el 17 de marzo de 2000, en el sentido de aceptar la sanción propuesta, pero motivándola con el rigor necesario; y, en fecha 4 de abril de 2000, la Dirección General de la Función Pública ordenó la formulación de una nueva propuesta de resolución del expediente disciplinario, que redactó el instructor el 2 de mayo del mismo año-, se llega a la conclusión de que la prescripción efecti-

vamente concurre, porque, por una parte, no puede considerarse dicha actuación intermedia como necesaria para la tramitación del procedimiento, ya que, del examen de lo dispuesto en el capítulo III del Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículos 78 a 86, ambos inclusive), que trata de la "Instrucción del procedimiento", no aparece recogida la necesidad de la actividad de referencia -incluso, no cabe incluirla en el ámbito del artículo del artículo 82, que permite solicitar informes, porque su posibilidad se reduce a los casos en que, a efectos de la resolución, sean preceptivos por disposiciones legales, y a los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos; y el que se interesó, en el caso que se analiza, no respondió a ninguna de esas finalidades, sino a la mera conveniencia de resolver las dudas, que se presentaban; y, por otra, no puede pasar desapercibido que, en el mencionado artículo 49.8 del Convenio Colectivo Único se determina que los plazos a que se refiere quedarán interrumpidos por cualquier "acto propio del expediente instruido", y que de ello resulta, "en sensu contrario", que los actos que no sean propios del mismo no servirán para interrumpir la prescripción.

CUARTO.- Lo anterior lleva -una vez que la falta muy grave, imputada al actor, prescribió, y, consiguientemente el expediente caducó-, a la estimación de la demanda. Por lo expuesto.

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por don V.M.T., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. magistrado-juez de lo Social nº 2 de Santiago, en fecha 31 de octubre de 2000; con revocación de su fallo; y con estimación de la demanda, debemos declarar y declaramos improcedente el despido del citado don V.M.T.; condenando a la Consellería da Presidencia e Administración Pública de la Xunta de Galicia a que, a su opción, le readmita en su puesto de trabajo o le abone la indemnización legal, con abono, en cualquiera de los casos, de los salarios dejados de percibir; teniéndose en cuenta para todo ello que venía percibiendo un salario mensual de 175.018 pesetas, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

3110 Autos nº 14/00

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. PACTO LABORAL DE FUSIÓN DAS TRES CAIXAS DE AFORROS DO SUR DE GALICIA. PLUS DE CONVERXENCIA SALARIAL. CORRESPÓNDELLE TAMÉN ÓS TRABALLADORES QUE PROCEDÍAN DE EMPRESAS DE TRABALLO TEMPORAL. CONTRARIA Á IGUALDADE A SÚA EXCLUSIÓN, A VONTADE NEGOCIAL DOS ASINANTES DE DITO PACTO E MAILLO SEU CARÁCTER EXTRAESTATUTARIO.

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

A Coruña, a veintitrés de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes Autos núm. 14/00 a instancia de la Federación de Servicios de U.G.T. representada por don E.H.L. y asistida por el letrado don A.C.C. sobre conflicto colectivo.

Antecedentes de hecho

En los presentes autos núm. 14/00 a instancia de la Federación de Servicios de U.G.T. representada por don E.H.L. y asistida por el letrado don M.M.G., contra “C.N.”, representada y asistida por el letrado don A.C.C. sobre conflicto colectivo.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 7 de noviembre de 2000 se recibió en este tribunal demanda interpuesta por don E.H.L., Secretario General de la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores contra “C.N.” (antes “C.V.” e “C.O.” e “C.P.”), en la que se suplica que se dicte sentencia en la que se declare el derecho al cobro para los 58 trabajadores procedentes de las empresas de trabajo temporal, del complemento de homogeneización salarial previsto en el punto 5 del apartado 4º del PLF, en una

cuantía máxima de 300.000 ptas. anuales, para el personal resultante de la fusión de dichas entidades. Por providencia de fecha 13 de noviembre último, se admitió a trámite acordándose citar a las partes para la celebración de los actos de conciliación y juicio, señalándose al efecto el día 13 de diciembre a las 10 horas y 30 minutos de la mañana; por providencia de fecha 12 de diciembre, se suspenden dichos actos, señalándose nuevamente para el día 10 de enero de 2001, a las 10 horas y 30 minutos, actos a los que asistieron las partes. Abierto el acto, por la representación de la actora ratificó su demanda y por el representante de la demandada se opuso a la misma por los motivos que constan accidentados en autos. Recibido el juicio a prueba por ambas partes se propone documental y testifical, la que fue declarada pertinente acordándose su unión a los autos y celebrándose la testifical con el resultado que en su caso se hará mención. En trámite de conclusiones, las partes después de insistir en sus pretensiones las elevaron a definitivas quedando el juicio visto para sentencia.

Hechos declarados probados

PRIMERO.- Que en 15-marzo-99 se firmó el protocolo de integración de la Caja de Ahorros Municipal de Vigo, la Caja de Ahorros Provincial de Ourense y la Caja de Ahorros Provincial de Pontevedra, en el que se establece como principio rector “la garantía de la continuidad básica en el empleo de todo el actual personal de las tres Cajas de Ahorros integrantes del proceso”. Como calendario, se fijaron dos fases: “1. En la primera, se integrarán la Caja de Ahorros Municipal de Vigo y la Caja de Ahorros Provincial de Ourense. 2. En la segunda fase, se integrarán la Entidad resultante de la fase anterior y la Caja de ahorros Provincial de Pontevedra”. Y en el apartado de “derechos del personal” se dispuso que “Se garantiza al personal procedente de las distintas cajas... la no discriminación de ningún tipo por razón de procedencia”.

SEGUNDO.- Que con fecha 28-junio-99 se firmó el “pacto laboral en la fusión de las Cajas de Ahorros de Vigo, Ourense y Pontevedra”, teniendo por firmantes a la UGT (Unión General de Trabajadores), CSICA (Confederación de Sindicatos Independientes de Cajas de Ahorros), CSI/CSIF (Confederación de Sindicatos Independientes-Confederación de Sindicatos Independientes de Funcionarios), CAIXA DE AFORROS DE VIGO e OURENSE y CAIXA PONTEVEDRA.

TERCERO.- No consta que el indicado pacto laboral hubiese sido negociado con la tramitación contemplada en el ET para los convenios colectivos, no fue remitido a la autoridad administrativa laboral competente, ni registrado, ni enviado para su depósito en la oficina pública, ni publicado en el periódico oficial (DOG).

CUARTO.- Que el PLF cuenta –entre otras– con las siguientes cláusulas: Una. -En su primera “disposición de carácter general” se establece que “Es objeto del presente Pacto Laboral de fusión establecer las condiciones laborales de carácter general que los trabajadores de las plantillas de “C.V.”, “C.O.” y “C.P.” tendrán reconocidas en la caja de ahorros resultante de la fusión entre las tres entidades, con la finalidad de que la subrogación legal que en sus respectivos derechos y obligaciones va a acometer la nueva caja sea realizada en términos armónicos, y con reconocimiento de los derechos de los tres colectivos”. Dos.- En el capítulo –I.C– de empleo se sostiene como finalidad la “conversión de empleo temporal en fijo” y concretamente se señala la existencia de 18 beneficiarios en “C.V.” y siete en “C.P.”, afirmándose que la cita conversión se produciría “al vencimiento del contrato, transformándose por indefinido en la nueva entidad”; y para los “empleados al servicio de ETT” se establece que “los trabajadores sujetos mediante un contrato de puesta a disposición, que cumplan con los requisitos que a continuación se van a mencionar, serán contratados como fijos en plantilla por la nueva caja” ...No se tendrán en cuenta los contratos realizados para sustituciones exclusivamente por vacaciones, por IT, excedencias, liberados sindicales, y contratos para obra o servicio determinado, de duración cierta tales como proyecto EURO y efecto 2000 en el Centro de Informática y Área Internacional, Base de Datos, IRPF, campañas de marketing. El número de beneficiarios es de aproximadamente 50 personas”. Tres.- En el capítulo –IV.5– del salario se dispone sobre “Homogeneización salarial: A fin de alcanzar la homogeneización salarial, de los distintos colectivos de las tres cajas... se estimará como referente, el grado de separación del nivel económico resultante de la agrupación de los conceptos retributivos no contemplados en el convenio colectivo, de carácter personal, previsto actualmente en cada categoría, y dentro de cada caja, respecto de la tabla salarial del indicado colectivo en 18,5 pagas. (Se adjunta lista de conceptos por cada caja). Una vez determinado el grado de sepa-

ración se adoptará, como referente porcentual máximo, el 15% del salario base en 18,5 pagas, con el límite de 300.000 pesetas año, y en tal sentido se garantizará a todos los empleados el referido porcentaje, de manera que en aquellos supuestos en los que la suma de todos los complementos retributivos de carácter personal, según la lista, no alcance dicho porcentaje, se creará y concederá un complemento retributivo de homogeneización por la diferencia. El complemento retributivo que se crea, con independencia de la cifra resultante, no podrá exceder en cómputo anual de la cantidad de 300.000 pesetas. Cuatro.- En el inciso 1 del apartado octavo del mismo capítulo –IV.8.1– del salario se pacta sobre “Diferimiento del coste de la homogeneización salarial”, que “El plus de convergencia u homogeneización regulado en el apartado 5 de este capítulo, se irá reconociendo gradual y progresivamente de acuerdo con el diferimiento que se explica a continuación.

A) Para empleados de “C.V.” y “C.O.”:

1) Plazo de diferimiento: 3 años computados en periodos de doce meses desde el mes de agosto de 1999, éste incluido. 2) Reglas de devengo sucesivo: Primer periodo: agosto 1999-julio 2000: 1/3 de la cantidad total resultante prorrateada en doceavas partes. 2º periodo: agosto 2000-julio 2001: a la cantidad que se venga percibiendo en el periodo anterior se adicionará otro tercio de la cantidad total resultante, prorrateada en doceavas partes. Tercer periodo: agosto 2001-julio 2002: a la cantidad que se venga percibiendo en el periodo anterior, se adicionará el tercio restante de la cantidad total restante, prorrateada en doceavas partes. 3) Devengo total : a partir de agosto del año 2002.

B) Para los empleados de “C.P.”, se aplicará el mismo régimen antes señalado para los empleados de “C.V.” y “C.O.”, a partir de agosto del año 2000, completándose por tanto el devengo total a partir de agosto del año 2003. La cifra que resulte como consecuencia del devengo total se mantendrá en el futuro, bajo la consideración de complemento personal, no revisable y no pensionable, abonándose en doceavas partes”. Cinco.- En el inciso cuarto del octavo apartado del mismo capítulo cuarto –IV.8.4– se acuerda para los “empleados de nuevo ingreso: quien a partir de la fecha de la integración de las plantillas se incorpore con contrato indefinido en la nueva caja, percibirá igualmente la RCR parte fija y variable cuando haya adquirido, conforme al

convenio colectivo, el derecho a la percepción de la totalidad de las pagas previstas (18,5), entrando en el calendario establecido de diferimiento para “C.P.”, acomodándose de acuerdo con el año de entrada”.

QUINTO.- Que en 3-agosto-99 se produjo la fusión entre “C.V.” y “C.O.” y en 4-octubre-99 la incorporación a la plantilla de la entidad fusionada como trabajadores por tiempo indefinido de trabajadores –58– procedentes de las empresas de trabajo temporal y que cumplían los requisitos establecidos en el pacto laboral de fusión.

SEXTO.- Que la demandada no retribuye a los trabajadores integrados en plantilla y procedentes de las ETT el complemento de homogeneización contemplado en el pacto; como tampoco lo hace a los trabajadores de nuevo ingreso que no hubieran prestado servicios en la caja con contrato de puesta a disposición. Muy contrariamente sí lo hace respecto de los trabajadores que previamente tenían vínculo temporal con la entidad, a partir de la fecha en que su contrato pasó a tener cualidad de indefinido.

SÉPTIMO.- Que a través de la presente demanda de conflicto colectivo, el sindicato accionante –UGT– interesa que se declare el derecho de los 58 trabajadores procedentes de ETT y contratados como indefinidos por la demandada a percibir el complemento de homogeneización salarial previsto en el apartado IV del PLF.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se insiste por la parte demandada en la naturaleza extraestatutaria del PLF y en su eficacia limitada, negándole la eficacia jurídica normativa y personal erga omnes que es propia de los convenios colectivos elaborados con arreglo a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores (arts. 37 CE y 82.3 ET). Sin perjuicio de compartir tal opinión –ni siquiera se opuso a ella, formalmente, la parte actora–, por cuanto que no consta que se haya cumplido las prescripciones referidas en los art. 87, 88, 89 y 90 ET (nos remitimos al tercero de los HDP), la sala quiere destacar que tal cualidad en nada afectaría a la cuestión debatida –según entendemos–, para el supuesto de considerar que el acuerdo sobre el complemento contempla al colectivo por el que la UGT litiga, supuesto en el que la naturaleza jurídica –estatutaria o convencional– del pacto no altera la posición de los trabajadores proce-

des de ETT respecto del “complemento de homogeneización”, pues de ser contemplado para ellos en el PLF –como se pretende– tendría la misma eficacia, tanto si se trata de convenio colectivo propio, como si se considera –realmente lo es– como pacto extraestatutario, pues en este caso se impondría a la demandada como estipulación a favor de tercero (art. 1.257 CC). Muy contrariamente la cuestión podría resultar diversa en el supuesto contrario, de que el PLF les haya excluido, pues aún cuando en principio pareciera que el reproche de discriminación –de ser factible, extremo que trataremos luego– sería tan argumentable respecto de un convenio estatutario como de un pacto de eficacia limitada, lo cierto es que bien pudiera parece aplicable doctrina constitucional y jurisprudencial a la que luego aludiremos, que a los efectos de aplicar los principios de igualdad y no discriminación distingue entre las decisiones o convenciones privadas y el convenio colectivo estatutario, por insertarse este último en el sistema de fuentes.

SEGUNDO.- En el examen de la cuestión enjuiciada el primer paso forzosamente ha de ser el dilucidar si los trabajadores procedentes de ETT eran beneficiarios –en la letra o en el espíritu– del citado complemento. Y son varios los datos que nos llevan a una conclusión negativa: 1º.- El protocolo de integración de las tres cajas, al disponer en el apartado de “derechos del personal” que se “se garantiza al personal procedente de las distintas cajas... la no discriminación de ningún tipo por razón de procedencia”, por la fecha en que fue suscrito –15-marzo-99– obviamente no podía contemplar ni estar dirigido a quienes no formaban parte de las plantillas en aquella fecha y respecto de los que ni siquiera se había decidido que llegasen a formar parte de ellas; sin perjuicio de admitir que su integración era una antigua aspiración de los diversos sindicatos (así se puso de manifiesto en el acto de juicio, por la testifical de ambas partes). 2º.- El cálculo del plus se hace –IV.5– a la vista de las diferencias entre los complementos personales de los trabajadores retribuidos por las tres cajas, sin posible referencia al salario de quienes prestaban servicios por contrato de puesta a disposición, que no gozaban de tales complementos y que no eran retribuidos por las Entidades a integrar, sino por la correlativa empresa de trabajo temporal (art. 12.1 LETT). 3º.- La referencia que en el mismo apartado –IV.5– se hace a “la homogeneización salarial de los distintos colectivos de las tres cajas” en manera alguna puede entenderse comprensivo de los trabaja-

dores de ETT, como la demandante sostiene, sino que aludía a personal de plantilla de diversa procedencia –aún dentro de cada caja–, según aclaró el testigo Sr. I. Precisión ésta que corrobora el propio apartado del PLF al aludir –acto continuo– a “los conceptos retributivos no contemplados en el convenio colectivo, de carácter personal”, con lo que se evidencia esa diversidad “colectiva” en plantilla y la imposibilidad de que se aludiese a quienes carecían de esa singularidad en los complementos personales (los trabajadores de las ETT). 4º.- En el inciso 8 –mismo apartado IV– se trata del diferimiento de la convergencia salarial, estableciéndose un reconocimiento gradual para los “empleados” de las tres cajas, con inicio previsto en agosto de 1999 y sin ninguna referencia a quienes a la fecha del pacto –28-Junio-99– estaban todavía ligados con ETT. 5º.- El apartado I.C.2) trata específicamente de los “empleados al servicio de ETT”, utilizando así una terminología –adecuada– que se contrapone a “empleados” de las cajas que con profusión utiliza el pacto y que no consiente la inclusión de aquel colectivo entre los propios de las tres entidades a fusionar, cuando el PLF alude a éstos. 6º.- En el mismo inciso –I.C.2– se acuerda que “serán contratados como fijos en plantilla por la nueva caja”, lo que le atribuye cualidad de “empleados de nuevo ingreso”, que es –IV.8.4– quien “a partir de la fecha de la integración de las plantillas se incorpore con contrato indefinido en la nueva caja” y para el que se hace la exclusiva previsión de hacerle partícipe de la RCR (retribución complementaria por resultados). 7º.- No deja de ser significativo que en la reunión celebrada el 14-diciembre-99 por la comisión de seguimiento del PLF –Acta nº 4, aportada como prueba por ambas partes–, la central sindical demandante afirma que no se está interpretando correctamente el apartado V del pacto laboral, ya que considera que la compensación salarial debe aplicarse a los 58 trabajadores que pasaron a fijos, procedentes originariamente de empresas de ETT; y frente a ello, así como la representación de las cajas adoptó una frontal oposición argumentativa, la del sindicato CSI-SIF manifiesta que “desconoce el problema en problema en profundidad y no pueden pronunciarse”. Y resulta que los asistentes por este sindicato a la citada reunión, los Srs. G. y A., son precisamente dos de los firmantes del PLF; ello induce a pensar que –efectivamente– el pacto no contemplaba la extensión del plus de convergencia a los trabajadores que procedían de ETT.

TERCERO.- Lo anteriormente indicado determina que para la sala se tenga por acreditada una voluntad negocial –común y objetiva– que excluía a los trabajadores de ETT de la homogeneización salarial pactada, la cual se limitaba a quienes ya prestaban servicios para las cajas como trabajadores propios; conclusión que se nos impone desde la cuádruple perspectiva de la literalidad (art. 1.281 CC), de los actos coetáneos y posteriores (art. 1.282 CC), de la interpretación sistemática (art. 1.285) y de la finalista (arts. 1.284 y 1.286 CC), tal como en el precedente fundamento hemos razonado. Y aunque sea factible la existencia de cualquier otra intención en la parte accionante –UGT– respecto del citado extremo, lo cierto es que no se ha objetivado en la redacción del acuerdo como asumida por los restantes sujetos negociales, y por ello resulta irrelevante.

CUARTO.- De esta forma, la cuestión queda reducida a la posible ilegalidad –por contraria a la igualdad o discriminatoria– que pueda significar el excluir del complemento de convergencia a los trabajadores procedentes de ETT y que fueron contratados como fijos de plantilla a consecuencia del PLF. Materia en la que hemos de reiterar criterios generales ya expuestos para diferencias retributivas –entre trabajadores a tiempo completo o fijos y trabajadores a tiempo parcial o temporales– en SSTSJ Galicia de 16-noviembre-00 R. 2.391/97, 3-noviembre-00 R. 2.104/97, 13-marzo-00 R. 5.520/96, 30-junio-99 R. 1.936/96, 24-marzo-99 R. 797/96 y 22-marzo-99 R. 801/96. 1.- En primer término ha de destacarse que aunque desde la ley 11/1994 se haya remitido a la autonomía colectiva y a la individual la regulación de la estructura del salario, ello siempre ha de tener lugar dentro del debido respeto a la ley y a la Constitución, debiendo tenerse en cuenta –a tales efectos– que el canon de la interpretación conforme a la Constitución orienta asimismo en la dirección de no limitar en principio a determinados colectivos de trabajadores los conceptos retributivos que tienen su origen en el trabajo desarrollado (STS 10-noviembre-98 Ar. 9.544). Aparte de que –no cabe olvidarlo– las normas del Estatuto de los Trabajadores, como disposición que recoge el mandato del art. 35 de la Constitución, actúan legalmente como límite mínimo de esa posible regulación colectiva o individual (STS 4-diciembre-98 Ar. 10.196). Y de todas formas, si alguna duda hubiese al respecto, la misma siempre debiera dilucidarse –lo recordábamos más arriba– conforme a los criterios hermenéu-

ticos que resultasen más acordes a la Constitución y a la plenitud de los derechos fundamentales, entre ellos la igualdad, canon de interpretación que orientaría en la dirección de no limitar a los trabajadores fijos los conceptos retributivos que tienen su origen en el tiempo de trabajo desarrollado (STS 10-noviembre-98 Ar. 9.544). 2.- Sobre el alcance general del principio de igualdad, en abstracto, el intérprete máximo de la Constitución le atribuye los siguientes rasgos esenciales (SSTS 76/1990; y 177/1993, de 31-mayo): (a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; (b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; (c) por último, el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. 3.- Para la misma doctrina jurisprudencial, la desigualdad con relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de una "justificación objetiva y razonable" entre situaciones que puede considerarse iguales (SSTS 11-noviembre-86 Ar. 6.322 y 28-septiembre-93 Ar. 7.085); y para que la diferenciación sea constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que además es indispensable que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (SSTS 19-junio-2000 Ar. 5.117 y 22-enero-1996 Ar. 479). 4.- Pero ciertamente ha de admitirse que tratándose más en concreto de materia salarial, tal como recuerda la STS de 19-junio-00 Ar. 5.117, el Tribunal Constitucional ha establecido en la STC 2/1998 (12-enero-98) una importante diferencia entre los casos en los que la desigualdad retributiva se produce en el ámbito de las relaciones entre particulares, y aquellos otros en los que el empresario

o empleador es la administración pública, siempre y cuando la diferencia salarial cuestionada no tenga un significado discriminatorio, por incidir, entre otras, en alguna de las causas prohibidas por la Constitución. En este sentido, la STC 34/1984 (9-marzo) declaró que el art. 14 de la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. Y también se ha declarado, que el convenio colectivo, aunque ha de respetar ciertamente las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988, de 10-octubre; 108/89, de 8-junio; 171/1989, de 19-octubre; 28/1992, de 9-marzo; 2/1998, de 12-enero, entre otras). 5.- Precisamente haciendo esa matización, la STC 177/1993 (31-mayo) afirma que "una interpretación de la cláusula convencional, no sólo a la luz escueta del principio de igualdad sino también desde la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro estado de derecho en conexión con la igualdad efectiva de individuos y grupos, para conseguir así la justicia (SSTC 123/1992 y 98/1993), hace caer por su base la referencia formal a la autonomía colectiva" [como justificación de la diferencia pactada colectivamente]; porque "se pondera que el convenio colectivo, aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación", frente a las "actuaciones singulares de los empresarios privados que corresponden al marco de la autonomía privada [artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores] y no están vinculadas al cum-

plimiento del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución” (así, STS 17-mayo-00 Ar. 5.513; recordando las SSTS 13-mayo-91 Ar. 3.909, 22-mayo-91 Ar. 6.826, 27-noviembre-91 Ar. 8.420, 14-octubre-93 Ar. 8.051 y 7-julio-95 Ar. 5.483).

6.- Aún con mayor claridad, la STS de 17-mayo-00 Ar. 5.513 recuerda que para las SSTS 17-octubre-90 Ar. 7.929 y 23-septiembre-93 Ar. 7.032 “el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado” y “esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 (RTC 1984\34), la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación”. Ello es así porque, según la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el principio de autonomía de la voluntad deja “un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales”, salvo cuando “la diferencia de trato en materia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o por el Estatuto de los Trabajadores”. Para esa misma STS 15-mayo-00, lo anteriormente indicado “diferencia claramente el ámbito del principio de igualdad y el de la prohibición discriminatoria, pues mientras que el primero se vincula a la ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos (STC 161/1991), el segundo extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas relaciones privadas. Por ello, tanto la doctrina constitucional (SSTC 52/1987, 136/1987 y 177/1993, entre otras), como la de esta sala (SSTS 13-mayo-91 Ar. 3.909, 22-mayo-91 Ar. 6.826, 27-noviembre-91 Ar. 8.420, 14-octubre-93 Ar. 8.051, 7-julio-95 Ar. 5.483, entre otras) consideran que es contrario al principio de igualdad el trato diferente no justificado establecido por un convenio colectivo para los

trabajadores temporales. Precisamente –se insiste– en función de la naturaleza pública que el convenio colectivo llega a adquirir por su eficacia vinculante y valor de norma, frente a las actuaciones singulares de los empresarios situadas en el marco de la autonomía privada.

7.- La doctrina se reitera en la STS de 3-octubre-00, referida ya a diferencias salariales por razón de fecha de ingreso en la empresa, que recuerda –aparte de las citadas– el precedente que significan las sentencias del mismo alto tribunal fechadas en 16-febrero-87, 31-julio-91, 27-noviembre-91, 28-enero-93, 28-septiembre-93, 11-octubre-94, 22-enero-96, 22-julio-97, 18-diciembre-97, 2-octubre-98 y 6-julio-00, destacando –se trataba de norma establecida en convenio colectivo– que “establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente... cual es la fecha de contratación rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores quiebra en principio de igualdad, sino existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad... la doble tabla retributiva, que es fruto de un pacto colectivo no de un acuerdo privado o de una decisión aisladamente considerada, conculca el constitucional principio de igualdad, al no ofrecer ninguna justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La única que se explicita, no [es] atinente a la intensidad, naturaleza, duración u otros particulares atinentes a la actividad laboral a desarrollar, sino exclusivamente al momento de la incorporación de los trabajadores como fijos. Se rompe así, como para caso análogo señaló nuestra sentencia de 22 de enero de 1996, el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, que resultan desfavorecidos con relación a sus compañeros más antiguos, por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es el de la fecha de contratación”. Decisión esta última –STS 22-enero-96 Ar. 118– que invoca precedentes de 22-mayo-91 Ar. 6.826, 11-octubre-94 Ar. 7.764 y 15-julio-95 Ar. 6.261) y cita doctrina constitucional (SSTC 177/1993, de 31-mayo; 36/1987, de 22-julio), afirmando que “si no es discriminatorio contratar, además de a personal fijo, a otro, de acuerdo con las posibilidades que admite la legislación vigente, con carácter temporal, sí lo es, en igualdad de condiciones de trabajo, aplicar a este personal privado de estabilidad de empleo, por esta sola causa, salvo en lo que afecta a la temporalidad, un régimen jurídico y económico diferenciado, pues el principio de igualdad ante la ley, con expresión tomada del artículo 14 del convenio 117 de la

OIT, determina que las tasas salariales deben fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor en la misma operación y en la misma empresa" QUINTO.- En una primer impresión, todo lo precedentemente indicado parece que debiera traducirse en la desestimación del conflicto colectivo que ha sido planteado por UGT. 1.- Ciertamente consideramos que a la tesis de la demandada escaso apoyo argumental le proporciona la STS 24-octubre-95 Ar. 8.669 que fue invocada en el acto de juicio, pues si bien en ella se admiten diferencias salariales entre el personal de plantilla y el de nuevo ingreso en dos Cajas de Ahorro fusionadas, acordada en pacto extraestaturario, habría que señalar: (a) que a diferencia del supuesto ahora enjuiciado establecía un mecanismo por el que el personal de nuevo ingreso podría ir paulatinamente equiparando sus retribuciones al personal ya existente en el momento de la fusión; y (b) partía de una doctrina interpretativa del art. 14 CE que no se corresponde con la más reciente, al señalar con carácter general –y sin diferenciar entre los ámbitos respectivos de la desigualdad inconstitucional y la discriminación– que para que una diferencia retributiva atente contra el art. 14 CE es necesario que no se encuentre justificada objetiva ni razonablemente y que carezca de elementos diferenciadores arbitrarios o carentes de fundamento racional, debiendo –a la par– ser adecuada y proporcionada al fin perseguido, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. 2.- Pero de todas formas bien pudiera entenderse –a primera vista– que la desestimación del Conflicto encontraba soporte en la doctrina que expusimos en el anterior fundamento de derecho, por cuanto que al tratarse de convención privada –convenio colectivo extraestaturario– no es aplicable el principio de interdicción de la desigualdad, sino la protección que frente a la discriminación establecen la Constitución y el Estatuto de los Trabajadores. Y reproduciendo texto de la STS 17-mayo-00 Ar. 5.513 –al que podríamos añadir entre corchetes las circunstancias del caso– se habría de decir para tal caso que en este examen “hay que partir de la afirmación... de que no toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que este término tiene en los artículos 14 de la Constitución Española y 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. La discriminación consiste... en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de

trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. Pues bien, [“la inicial prestación de servicios sin estar en plantilla de la demandada y por virtud del contrato de puesta a disposición”] podrá ser un factor que no justifique un tratamiento diferente en la fijación de determinadas condiciones de trabajo [“trabajo”], pero no constituye un factor de discriminación en el sentido precisado, pues no se encuentra enumerado en la relación del artículo 14 de la Constitución Española –nacimiento, sexo, raza, convicciones ideológicas y religión–, ni en las ampliaciones de los artículos 4.1.c) y 17.1 Estatuto de los Trabajadores –estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías– y tampoco puede incluirse en la referencia final del último inciso del artículo 14 de la Constitución Española –“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”–, porque, pese a su aparente amplitud, ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española y es claro que esta analogía no concurre en este caso, pues la [“originaria prestación de servicios a través de una ETT”] no tiene las implicaciones y el significado que, como factores de exclusión o marginación típicos, tienen o han tenido históricamente el nacimiento, el sexo, la raza, la ideología o la confesión religiosa”.

SEXTO.- 1.- Así, todo lo anteriormente indicado se traduciría en las siguientes –resumidas– conclusiones: (a) las partes negociadoras del PLF no quisieron atribuir el complemento unificador más que al personal que a la fecha de negociación y/o integración de las cajas formaban parte de las plantillas, siquiera unidos con vínculos de temporalidad; (b) las previsiones adoptadas para el personal que prestaba servicios en las cajas mediante contratos de puesta a disposición se limitaron a convenir su contratación como personal de plantilla y con carácter indefinido, siempre que cumpliesen determinados requisitos de “antigüedad” en aquellos servicios; y (c) para el personal –denominado de “nuevo ingreso”– que se incorporase a las entidades ya producida ya la fusión –entre ellos ha de incluirse al personal de ETT ya contratado– únicamente

se contemplaba la participación paulatina en la RCR (retribución complementaria por resultados). 2.- De esta forma resultaría que el complemento de convergencia tuvo una comprensible justificación en el proceso de unificación de las tres cajas de ahorro. Y aunque su limitación a la plantilla entonces existente en las tres entidades bien pudiera ser que llevase a un resultado final –existencia de diferente retribución, no compensable, para un mismo trabajo– que admite reproche por resultar razonable e inequitativo, sin embargo carece del menor atisbo discriminatorio y por adoptarse en el marco de un pacto de eficacia limitada resultaría plenamente ajustado a derecho. Juicio de valor negativo –atribuible a la desigualdad retributiva con trabajo idéntico– que en principio merece también la situación de los empleados de nuevo ingreso, en cuya diversa e inferior remuneración coinciden todos los pactantes (en este sentido, el Acta nº 5-continuación, correspondiente a la reunión celebrada el 6-marzo-00). 3.- Es más, a propósito de esa posible falta de equidad en las diferencias salariales que son consecuencia del PLF incluso pudieran citarse –como oportuno corolario– las afirmaciones de conocido autor al tratar monográficamente el tema de la eficacia del principio de igualdad en el orden privado: “No parece tampoco expediente argumental de recibo, aunque sea frecuente en la doctrina que se ha ocupado del tema, la apelación a otros criterios más o menos generales, como pueden ser la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC y 20.2 LET), el abuso de derecho (art. 7.2 CC) o la cláusula general de orden público en las obligaciones contractuales (art. 1.255 CC). En realidad tales expedientes no son sino cobertura retórica, de escasa consistencia técnica, para procurar un modo de penetración de los derechos fundamentales en la realidad por vías distintas de las constitucionalmente previstas”. Porque “una cosa es que el legislador pueda, en su caso, ampliar el radio de acción de los derechos fundamentales, y en concreto de la igualdad (como, p. ej. ha hecho en cierto sentido en el art. 17 LET), y otra distinta, que pueda reclamarse de los órganos jurisdiccionales... que lleven a cabo esa ampliación, superando los concretos límites constitucionales del principio o derecho de igualdad..., basándose en su previsión constitucional como valor... y vistiendo la operación con los ropajes de los conceptos generales de dignidad de la persona, interdicción de la arbitrariedad, etc., [pues ello] puede afectar al

equilibrio constitucional de los dos valores en contraste: libertad e igualdad, distorsionando la funcionalidad constitucional de la segunda a costa de la primera”.

SÉPTIMO.- Pero creemos que llegar a esta conclusión en el caso de autos es quedarse en la superficie de las cosas, por ser mecánica –literal– aplicación del criterio jurisprudencial sin atender al espíritu que en él subyace. Ciertamente que la doctrina del Tribunal Supremo razona que la inserción del convenio colectivo en el sistema de fuentes es lo que determina que a aquél se le aplique el principio de igualdad del art. 14.1 CE, sin limitar –por ello– el posible reproche de antijuridicidad a la discriminación proscrita en el art. 14.2 CE. Sin embargo: 1.- Explícitamente la jurisprudencia no requiere que el convenio –al que aplicar el principio de igualdad– tenga cualidad estatutaria; y es más, aunque la decisión se haya tomado respecto de convenio estatutario, la STS 3-octubre-00 rechaza la doble tabla retributiva cuyo examen se le sometía, porque era “fruto de un pacto colectivo no de un acuerdo privado o una decisión empresarial, aisladamente considerada”; con lo que es claro que contrapone –lo destacamos con el subrayado– los términos “pacto colectivo” y “acuerdo o decisión aislados”, que no entre norma pactada y pacto de eficacia contractual. Y aunque la STS 17-mayo-00 Ar. 5.513 también recuerda la inclusión del convenio en el sistema de fuentes (con lo que parece limitarse al estatutario), sin embargo lo contrapone a las “actuaciones singulares de los empresarios privados que corresponden al marco de la autonomía privada [artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores] y no están vinculadas al cumplimiento del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución”; con lo que igualmente deja abierta la posibilidad de entender que respecto de los convenios extraestatutarios también rige el principio de igualdad, y no sólo la proscripción del tratamiento discriminatorio. 2.- La cuestión bien pudiera considerarse íntimamente vinculada a las tan debatidas significación y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios. Pues si bien resulta claro –desde el punto de vista de la jurisprudencia y prescindiendo del criterio de la doctrina científica– que el convenio colectivo de eficacia normativa y personal general se limita a los que tienen carácter estatutario (SSTC 4/1983, de 28-enero; y 73/1984, de 27-junio), y que la fuerza de obligar de los convenios extraestatutarios

“encuentra fundamento en los artículos 1.091 y 1.254 a 1.258 del Código Civil, quedando su eficacia limitada a las partes que los suscribieron” y a los trabajadores directamente representados (STS 14-diciembre-96 Ar. 9.462; en parecidos términos SSTs 24-enero-97 Ar. 572, 13-octubre-95 Ar. 8.668, 17-octubre-94 Ar. 8.052 y 2-febrero-94 Ar. 784), no lo es menos que en el caso sometido a debate la naturaleza del PLF parece trascender de esa simple contractualidad cuando su eficacia se extiende a la totalidad de los trabajadores de la plantilla entonces existente, lo que supone una eficacia personal general que sitúa la diferencia con un convenio estatutario más bien en el dato exclusivo de quedar integrado aquél en el sistema de fuentes con rango inferior al de la norma pactada (art. 3.1 ET). 3.- Creemos que lo razonado hasta ahora nos permite hacer una aplicación más correcta del criterio jurisprudencial referido en precedentes fundamentos. Con independencia del concreto razonamiento utilizado por el Tribunal Supremo, a nuestro entender el punto de inflexión diferencial entre los acuerdos sometidos al principio de igualdad y los acuerdos únicamente vinculados por la prohibición de discriminación, se encuentra no en la cualidad normativa atribuible a los primeros y contractual a los segundos, sino en la eficacia colectiva o general de los primeros y en la simple trascendencia plural o individual de los segundos. De esta forma se evitaría el absurdo de que un pacto colectivo como el debatido en autos –pacto laboral de fusión– pudiera ser censurado como contrario a la igualdad si hubiese seguido los trámites de negociación y publicación estatutarios, mientras que ha de mantenerse su legalidad por el mero hecho de no haber sido remitido a la Autoridad laboral, registrado y publicado en el periódico correspondiente; y ello pese a que las partes firmantes se hallaban legitimadas para negociar un convenio colectivo propio. 4.- En esta línea hay que indicar –no cabe dudarlo– que “la eficacia general o limitada de un convenio colectivo no depende sólo de las mayorías alcanzadas en el “B.S.” o (“E.”), sino también del cumplimiento de una serie de requisitos formales y procedimentales establecidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores: legitimación para negociar y convenir, presentación ante la autoridad laboral a efectos de registro y publicación en el Boletín Oficial correspondiente; requisitos que no concurren en el presente caso” (STS junio-99 Ar. 5.208; con cita de la STS 22-enero-94 Ar. 3.228). Como tampoco

cabe negar que es legítimo que quienes ostentan legitimación para negociar conforme al Título III del ET, opten por pactar convenio extraestatutario, por cuanto que “el artículo 37.1 de la Constitución ampara por igual a los Convenios Colectivos estatutarios y a los extraestatutarios. Y la libertad de cada sindicato para promover sus fines del modo que estimen más conveniente, *ex* artículo 28.1 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, permite que aquéllos determinen el tipo de convenio –estatutario o extraestatutario– más acorde y adecuado con la defensa de los intereses que les son propios, aunque los miembros... tengan mayoría para pactar un convenio colectivo estatutario” (misma STS 8-junio-99 Ar. 5.208). Pero de todas formas ha de afirmarse que esta posibilidad deja de ser legítima si los fines con ella perseguidos son contrarios al ordenamiento jurídico. En concreto –sentencia citada– cuando se persigue excluir de la negociación a un sindicato (SSTC 73/1984, de 27-junio; y 184/1991, de 30-septiembre); y a lo que entendemos, también cuando con ello se incurre en abuso de derecho (art. 7.1 CC) y fraude de ley (art. 6.4 CC), cual pudiera ser el excluir una consecuencia –nulidad por desigualdad injustificada– que imperativamente habría de imponerse si se adoptasen las formalidades estatutarias. Consideramos que este último supuesto es precisamente el que se somete a nuestra consideración: se eluden las formalidades estatutarias con la consecuencia de que el pacto así obtenido tiene la eficacia general pretendida y consagra la perseguida diferencia retributiva entre la totalidad de la plantilla pactante y los trabajadores de posterior ingreso, pero sin someterse al juicio de igualdad que necesariamente se impondría si se adoptase el ropaje de convenio estatutario. La vía –entendemos– es fraudulenta y abusiva, y el resultado –concluimos– inaceptable, por lo que al convenio extraestatutario le aplicamos igualmente el art. 14.1 CE, y dado que –nos remitimos a la doctrina jurisprudencial detalladamente expuesta en el cuarto de nuestros fundamentos de derecho– no es razonable justificación de la diferencia de trato la diversidad temporal en el ingreso en la empresa, admitimos la demanda en su integridad. Y con mayor motivo si nos atenemos al canon hermenéutico que la CE significa, que se traduce –lo señalábamos más arriba– en igualdad retributiva para idéntico trabajo y en obligada interpretación a favor de la plenitud de los derechos fundamentales (así, STS 10-noviembre-

98 Ar. 9.544; ya citada). 5.- Tampoco está de más indicar que la solución adoptada por el PLF se hace particularmente inícuu al excluir a los trabajadores procedentes de ETT. Es innegable la cualidad empresarial que corresponde a la ETT, puesto que satisface el salario y abona las cuotas de la Seguridad Social (art. 12.1 LETT), así como también hace efectiva la indemnización prevista para la conclusión del contrato (art. 11.2 LEET), y tiene otras obligaciones de naturaleza no salarial (art. 12.3, 22...); pero no es menos cierto que el contrato de puesta disposición establece una clara relación jurídica entre el trabajador y la empresa cliente, al ostentar ésta las facultades de dirección y control (art. 15 LEET), tener obligaciones en materia de información (art. 16.1 LETT) y de protección (arts. 16.2 LEET y 28 LPRL), etc. Y en todo caso se ha acreditado en autos que tales trabajadores –legalmente de la ETT– han venido prestando servicios para la EC –en el caso debatido, hoy “C.N.”– incluso durante años, y que desde el punto de vista de la justicia material no parece razonable que esa adscripción –más formal que otra cosa y hasta la Ley 14/1994 incluso ilegal– a la ETT, pueda llevar a considerarles tan extraños a la empresa cliente como los trabajadores de futuro ingreso; y que resulten merecedores de inferior trato a los que estaban contratados temporalmente por la demandada sobre las mismas fechas, a quienes –se tiene por hecho probado– se les abona el complemento de convergencia a partir de su contratación como trabajadores indefinidos, a la finalización de sus respectivos contratos limitados en el tiempo. Por todo lo indicado, vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

Fallamos

Que estimando íntegramente la demanda que por el trámite de conflicto colectivo ha sido presentada por la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES contra la empresa “C.N.”, declaramos que los trabajadores procedentes de las empresas de trabajo temporal incorporados a la demandada en virtud del pacto laboral de fusión tienen derecho a cobrar el complemento de homogeneización salarial previsto en el punto 5 del apartado IV del referido pacto, en los términos allí convenidos. Y condenamos a la entidad demandada “C.N.” a estar y pasar por la presente declaración, con todas sus consecuencias legales.

3111 Recurso nº 2.971/97

S.S. RECARGO DE PRESTACIONES DE SEGURIDADE SOCIAL. NATUREZA SANCIONADORA E INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. AUSENCIA DE RESPONSABILIDADE POR PARTE DA EMPRESA. NON PROCEDE A SÚA IMPOSICIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Elías López Paz

A Coruña, a veinticuatro de enero de dos mil uno.

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. 2.971/97 interpuesto por don J.R.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 637 y 706-96 se presentó demanda por la empresa “C., S.A.” como demandante en autos número 637-96 y asimismo y como demandante don J.R.S. en los autos acumulados 706-96 en reclamación de infracción de medidas de seguridad siendo demandado en autos 637-96, el INSS, TGSS y don J.R.S. y en los acumulados 706-96, la empresa “C., S.A.” y el INSS, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de abril de 1997 por el juzgado de referencia que estimó la demanda presentada por la empresa “C., S.A.” y desestimó la presentada por don J.R.S.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- El demandante-demandado J.R.S., nacido el..., con D.N.I. núm..., figura afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº... y venía trabajando en la construcción de la autovía Vigo-Porriño, para la empresa “C., S.A.”, desde el 12.03.90, con la categoría de peón ordinario y una base reguladora a efectos de accidentes de trabajo de 161.333 ptas./mes (cotización correspondiente a junio de 1992). La empresa demandante-demandada “C., S.A.”, tiene cubierto el riesgo de accidente de trabajo con la Mutua de Acci-

dentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales nº 61 "F."- 2º.- Que con fecha de 07.07.92, cuando el trabajador demandado-demandante conducía un dumper cargo de escombros (de encendido a manivela) al tratar de encenderlo, sin darle a la manivela, lo dejó embalar cuesta abajo, con una marcha corta (2ª) embragando bruscamente, y en ese momento de embragar el actor salió despedido hacia delante, cayéndose por delante del vehículo, fracturándose la pierna izquierda.- Que el citado dumper era de encendido por manivela y el trabajador llevaba ya algún tiempo utilizando el dumper, de hecho, en este tajo solo lo utilizaba el actor.- Que el citado dumper carecía de pórtico de seguridad en caso de vuelcos.- 3º.- Que el trabajador a consecuencia de aquel accidente sufrió fractura de pierna izquierda (tibia y peroné) pasando a situación de I.L.T., agotando la misma, y pasó a la situación de Invalidez Provisional, de la cual fue dato de alta el 16.12.94 restándole como secuelas: Pseudoartritis bien tolerada en tibia izquierda. Incongruencia articular en tobillo izquierdo y por resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S., de fecha 22.08.94, se declaró al trabajador J.R.S., en situación de Invalidez Permanente Parcial, con derecho a percibir una indemnización a tanto alzado, por una sola vez de 24 mensualidades de la base reguladora, cuyo pago deberá ser efectuado por la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo.- 4º.- Que con fecha de 25.08.92, por el técnico del Centro de Seguridad e Higiene de Pontevedra (de la Consellería de Trabajo e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia) se emitió informe de investigación del accidente, en el cual se consignan como causas del accidente: Acciones inseguras o fallo humano; encendido incorrecto del dumper. Quizás excesiva brusquedad en el embrague del mismo, y condiciones deficientes o fallo técnico, falta de encendido eléctrico en el dumper.- 5º.- Que por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se levantó acta de infracción nº 15/93, considerando la Inspección en el informe que "en el accidente de trabajo ocurrido el 07.07.92, es de destacar que el actor tiene la categoría de peón y por ello se infringió el art. 124.4 de la Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971, en relación con el art. 42 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo". Y la infracción descrita se calificó como falta grave en el art. 10.9 de la Ley 8/1998 de 7 de abril, proponiéndose la sanción en grado mínimo, por importe de 100.000.- ptas. Si bien la Inspección de Trabajo no hizo propuesta de recargo de prestaciones.- 6º.- Que por la Dirección Provincial del I.N.S.S., se inició expediente de recargo por

falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, a instancias del trabajador demandado-demandante, J.R.S. Dictándose resolución por la Dirección Provincial del I.N.S.S., en la que resuelve declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, sufrido por el trabajador J.R.S. el 07.07.92, y declarar en consecuencia la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente citado sean incrementadas en el 30% con cargo exclusivo a la empresa "C., S.A."- Y contra la citada resolución la empresa demandante-demandada "C., S.A." presentó escrito de reclamación previa, solicitando que se deje sin efecto el recargo. Y el trabajador J.R.S., presentó asimismo escrito de reclamación previa, con fecha de 09.09.96, solicitando que se dicte nueva resolución por la que se declare que la empresa "C., S.A." debe pagar el recargo en el porcentaje del 50%.- 7º.- Que con fecha de 08.10.96, la empresa "C., S.A.", presentó demanda ante esta Jurisdicción Social, solicitando la nulidad de la resolución del I.N.S.S., que declaraba la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el accidente sufrido por J.R.S. el 07.07.92, y se imponía a la empresa el incremento en un 30% en las prestaciones de dicho accidente, dando lugar al procedimiento 637/96, seguido en este Juzgado de lo Social.- 8º.- Que con fecha de 12.11.96, el trabajador J.R.S., presentó demanda ante esta Jurisdicción Social, solicitando que se dicte sentencia, por la que manteniendo la existencia de falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, se declare que el porcentaje del recargo que se debe imponer, debía de ser del 50% sobre los 6.778.247 ptas. percibidas por el accidente de trabajo, dando lugar al procedimiento 706/96 seguido en este Juzgado de lo Social.- 9º.- Que con fecha de 12.11.96, por este Juzgado de lo Social se dictó Auto acordando acumular ambos procedimientos, el tramitado con el nº 706/96, con el nº 637/96 y seguirá en lo sucesivo en el procedimiento nº 637/96.- 10º.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del procedimiento, a excepción del término para dictar sentencia, dado el excesivo volumen de asuntos existentes en este juzgado, así como la existencia de asuntos urgentes de carácter preferente.- 11º.- Que con fecha de 09.08.95, J.R.S. presentó demanda ante esta Jurisdicción Social sobre Indemnización de Accidente de Trabajo y con fecha de 13.12.95, por este Juzgado de lo Social, se dictó sentencia desestimando la demanda."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones alegadas y estimando la demanda interpuesta por “C., S.A.”, debo declarar y declaro que procede dejar sin efecto, la imposición del recargo sancionador acordado por el INSS, desestimando la demanda interpuesta por el trabajador J.R.S., contra “C., S.A.”, el INSS y la TGSS.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante en autos 706-96 don J.R.S. siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda y absolvió a la empresa demandada “C., S.A.” (y al INSS-TGSS que también habían sido demandados) del recargo del 50% de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo, se interpone recurso de suplicación por el trabajador demandante, articulándolo a través de dos motivos: En el primero, dedicado a la revisión de los hechos declarados probados, se interesa la modificación del ordinal 2º de la sentencia recurrida, para que quede redactado del siguiente modo: “Las características técnicas del dumper según informe aportado por la empresa demandada son las siguientes: modelo 1500 DS motor diesel monocilíndrico, cuatro tiempos, refrigerado por aire. Potencia 12 CV a 3.000 r.p.m. Consumo medio 2/1 h. Capacidad depósito gas-oil 9.1/21. Capacidad del cárter 1,3 l. de aceite SAE 20 detergente. Embrabre. Monodisco en seco y rígido. El conjunto de presión de acciona mediante pedal que actúa, sobre cojinete, con engrase sellado. Transmisión: Caja de velocidades y diferencial reforzado de concepción especial. Velocidades a 2.500 r.p.m: Cuatro adelante y cuatro atrás mediante inversor de marcha. En 1º 3 Km/h; en 2º 7Km/n; en 3º 12 Km/h y en 4º 18 Km/h. Capacidad de aceite de la caja de cambios: 2 l. de aceite SAE 40 no detergente. Dirección: por piñón y sector en las ruedas posteriores. Radio de giro: 2,84 m. Frenos: mecánicos a las ruedas motrices delanteras. Superficie total de frenado 368 cm². Ruedas: motrices delanteras: 7.50-16 “todo terreno”. Presión hinchado 2,5 Kg/cm². Directrices traseras: 135 SR-13. Presión de hinchado 1,9 Kg/cm². Capacidad: nivel de agua 6001. Rasa 750 L. colmada 1.000

l. Carga Util 1.500 Kg. Pendiente superable a plena carga 30%. Peso del vehículo en vacío 803 Kg.; eje delantero 463, eje posterior 340. Nota: Puede ser equipado con arranque eléctrico y alumbrado”. El motivo no puede ser acogido por la sala, por cuanto las características técnicas del dumper son irrelevantes a los efectos de alterar el signo del fallo. Además, conforme al artículo 97.3 de la LPL, corresponde al magistrado de instancia la facultad de libre valoración de la prueba, apreciando en su conjunto la totalidad de la practicada.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. denuncia la parte recurrente infracción de las siguientes normas sustantivas: - Artículos 7.2, 124.4 y 124.6 de la O.M. S.H.T. de 9 de marzo de 1971. - Artículos 277.2 y 277.4 de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción. - Artículo 93 de la L.G.S.S (Dto. 2.065/1974 de 30 de mayo). En esencia, alega el trabajador en su recurso que fue contratado como peón ordinario, que no tiene carnet especializado para conducir el dumper, que no fue instruido para el manejo del mismo y que el dumper no contaba con ningún medio protector para amortiguar los efectos de un vuelco o caída del vehículo. Se citan en apoyo de sus argumentaciones diversas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia. Son datos a destacar del inalterado relato probatorio los siguientes: A).- El trabajador demandante fue contratado el 12-marzo-1990 por la empresa codemandada “C., S.A.” para desempeñar trabajos de peón. B).- El 7-julio-1992, cuando trabajaba en la autovía Vigo-Porriño, trató de encender el dumper (motovolquete) que iba cargado de escombros; y en vez de accionar la manivela con la que contaba para tal fin, lo dejó embalar cuesta abajo con la segunda velocidad y embragó bruscamente, momento en que salió despedido hacia delante, cayendo y fracturándose la pierna izquierda. C).- El dumper era de encendido por manivela y el trabajador llevaba ya algún tiempo utilizando el dumper, siendo el único que lo utilizaba en el trabajo que se hallaba realizando. El dumper carecía de pórtico de seguridad en caso de vuelcos. D).- El trabajador sufrió fractura de tibia y peroné izquierdos, restándole como secuelas pseudo-artrosis en tibia izquierda (bien tolerada) incongruencia articular del tobillo izquierdo, siendo declarado en situación de Incapacidad Permanente Parcial por resolución del INSS de 22-agosto-1994, prestación a cargo de la Mutua Patronal “F.” E).- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de Inspección,

con proposta de sanción de 100.000 ptas. por falta grave, dada la categoría profesional de peón. Pero no efectuó proposta de recargo de prestaciones. Dicha sanción fue anulada por sentencia de fecha 29-enero-1999 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior. F).- El trabajador demandante también planteó demanda sobre reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad civil extra contractual o subsidiariamente contractual, reclamando 12.310.000 ptas. pretensión que fue desestimada por sentencia de fecha 12-diciembre-1995 del Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Vigo. Y recurrida en suplicación, fue confirmada por sentencia de esta sala, que es firme, de fecha 14-abril-1999 (Rec. 1. 281/96). Pues bien, partiendo de las circunstancias fácticas expuestas debe determinarse si se ha incumplido por la empresa demandada alguna medida de seguridad causante del accidente. Para ello conviene hacer una referencia a la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, partiendo siempre de la base de que la jurisprudencia tradicional ha venido destacando el carácter sancionador y no indemnizatorio del recargo en las prestaciones establecido en el artículo 123 de la L.G.S.S. (antes artículo 90 del Texto de 1974), al sostener que el susodicho recargo constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora. Precisamente, dada la naturaleza sancionadora del recargo y de su obligada interpretación restrictiva, se ha sostenido por la jurisprudencia que su imposición exige como requisitos generales los siguientes: a) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulta cumplidamente acreditado, porque al ser medida sancionadora resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia; b) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo cual ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva (tiene naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presuma; c) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa —a veces se requiere que sea exclusiva y otras veces se admite que sea compartida—, porque la responsabilidad no es objetiva; d) Que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible, que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad y razonabilidad, que son también los recogidos en el art. 16 del Convenio 155 OIT. Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso, y de un exhaustivo examen de la normativa que se

denuncia como infringida, la Sala obtiene la conclusión de que no cabe apreciar un incumplimiento empresarial de la citada normativa, y por tanto no se produjo infracción de medidas de seguridad por la empresa “C., S.A.” como acertadamente entendió la magistrada de instancia. Y ello es así por cuanto el dumper que conducía el empleado, que es un simple motovolquete, como se puede apreciar en la fotografía de características obrante al folio 470 de los autos, se hallaba en perfecto estado de funcionamiento, había sido reparada recientemente; es un dumper homologado y que cumple todos los requisitos técnicos para poder ser comercializado en el estado en que se encontraba, sin necesidad de carcasa protectora o de cinturón de seguridad, por lo que no resulta de recibo que se trate de imputar al empresario un defectuoso manejo por parte del operario que lo conducía, no siendo de apreciar ninguna omisión culposa o negligente del empresario, ya que la causa del accidente no deriva de una relación de causalidad entre omisión de medidas de seguridad y accidente producido. Se cuestiona en el recurso que el trabajador no contaba con la habilitación precisa para conducir el dumper y que no recibió instrucción alguna por parte de la empresa. Estos argumentos como soporte de una infracción de recargo de prestaciones por faltas de medidas de seguridad, teniendo en cuenta la forma en que se produjo el accidente, no se comparten por la Sala, por insostenibles. Y es que, para el manejo de dicho motovolquete no se requiere ninguna cualificación especial. Y si se hubiese requerido —que no es el caso— el operario la tenía pues se halla en posesión de permisos de conducción B-1 B-2, C1 y C2. A mayor abundamiento, en el relato de la sentencia se señala que en ese tajo el actor era el único que conducía el motovolquete, y que ya llevaba algún tiempo haciéndolo, por lo que contaba con la experiencia sobrada para conducir el dumper. Finalmente indicar que la sanción que había sido impuesta a la empresa por la Inspección de Trabajo, por no adecuación trabajos-categoría (el actor había sido contratado como peón), fue anulada por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Galicia, lo que desecha claramente la argumentación del recurrente en el sentido de que un peón no puede conducir el motovolquete; sea cual fuese la categoría del empleado, lo que resulta indiscutible es que el accidente se debió a culpa exclusiva del trabajador accidentado, por llevar a cabo un encendido totalmente incorrecto de la máquina que manipulaba; siendo así que dado el tiempo

que el empleado llevaba conduciendo la misma, sabía y conocía que para arrancar el motovolquete debía emplear la manivela, y no dejarlo embalar en una pendiente; y este incorrecto encendido fue el causante del accidente, atribuible exclusivamente a culpa del trabajador. En resumen, no se dan en este caso ninguno de los requisitos para imputar a la empresa el recargo de prestaciones, por lo que el recurso debe ser desestimando y procediendo la íntegra confirmación de la sentencia recurrida. En consecuencia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don J.R.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Vigo de fecha 14 de abril de 1997, en proceso sobre infracción de medidas de seguridad promovido por el recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y otros, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

3112 Recurso nº 4.256/00

S.S. EXECUCIÓN DE SENTENCIA. ENDO-
SO DE CERTIFICACIÓN DE OBRA DA
EXECUTADA Á RECORRENTE.
RECURSO FRONTE A AUTO QUE
DESESTIMA RECURSO DE REPOSI-
CIÓN. FALTA DE CITA DE PRECEP-
TOS LEGAIS OU RESOLUCIÓNS
XUDICIAIS INFRINXIDOS. FALTA DE
INTERPOSICIÓN DA CORRESPON-
DENTE TERCEIRÍA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veinticuatro de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

Sentencia

En el recurso de suplicación núm. 4.256/00 interpuesto por el "B.E.C., S.A." contra el auto de fecha 28 de abril de 2000 del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por auto de 02.07.98 se inició ejecución frente a la empresa "S., S.A." por un importe total de 16.099.474 ptas. dando lugar a la ejecución nº 78/98. Por Auto de 21.07.98 se inició ejecución contra la referida mercantil por un importe de 12.477.381 ptas. dando lugar a la ejecución nº 82/98. Con fecha 06.06.98 se dictó auto en pieza separada de embargo preventivo, declarando embargadas las cantidades que a la ejecutada adeuden, entre otros, el Concello de Mos, elevándose a definitivo dicho embargo. Por auto de 08.09.98 se acordó iniciar ejecución contra la misma empresa por un importe total de 11.898.777 ptas. dando lugar a la ejecución nº 96/98, habiéndose acumulado las referidas ejecuciones. Las cantidades objeto de ejecución corresponden a salarios y a indemnización por rescisión de contrato.

SEGUNDO.- Con fecha 04.11.99 se recibe escrito del Ayuntamiento de Mos, interesando si el importe de la certificación embargada se puede hacer efectivo a la entidad bancaria "B.E.C., S.A.", al que se endosó la misma con fecha 27.06.96.

TERCERO.- Se convocó a las partes a comparecencia, así como al Fogasa y a "B.E.C., S.A.", teniendo lugar el acto con fecha 01.02.00 con el resultado que obra en acta.

CUARTO.- Con fecha 4 de febrero de 2000 se dictó auto acordando proseguir la ejecución instada, el que fue recurrido en reposición por la representación del "B.E.C., S.A." que ha sido desestimado en auto de fecha 28 de abril siguiente; y frente a éste interpone recurso dicha representación que ha sido impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal se dispuso el pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El primero de los motivos del recurso de suplicación que el "B.E.C., S.A." interpone frente al auto del juzgado de instancia, se construye al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, haciendo una serie de alegaciones, tales como que en el auto recurrido se hace constar expresamente que la certificación objeto de debate fue embargada mediante auto de fecha 06.06.98, en el cual se decretó el embargo de todas aquellas cantidades que a la ejecutada le adeudasen, entre otros, el Concello de Mos, y que

si se hace una lectura completa del citado auto, así como del dictado con fecha 15.06.98, en los mismos se relacionan una por una aquellas certificaciones que se tienen por embargadas, entre las que se encuentra la que es objeto de litis; añadiendo que este hecho es ratificado por el letrado del Fondo de Garantía Salarial en su escrito de fecha 12 de noviembre de 1999, al manifestar que se ha decretado el embargo sobre determinadas cantidades que se adeudaban por el concello a la empresa, y que el propio ayuntamiento de Mos manifiesta en escrito dirigido al juzgado el 4 de noviembre de 1999 que habiéndose dictado embargo preventivo de determinadas cantidades que desde este ayuntamiento se adeudaban a la empresa. Y partiendo de este hecho, acreditado documentalmente en autos, continúa aduciendo la parte recurrente, la interposición de una tercería de dominio no es posible, al ser presupuesto necesario la existencia del previo embargo del bien o derecho objeto de ella y que el bien esté perfectamente identificado; cita la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1946, con transcripción fragmentaria de su contenido. Estimando, por ello, la recurrente, que en el hipotético caso de que se estimase embargado el derecho de crédito objeto de litis, e interpusiera tercería de dominio siendo desestimada ésta por no estar identificado el bien embargado, se estaría incurriendo en una evidente incongruencia jurídica, con expresa vulneración del derecho de defensa de la recurrente consagrado en el art. 24 de la Constitución; y termina manifestando que designa los autos dictados por el Juzgado nº 4 de lo Social de fechas 15.05.98 y 06.06.98, así como los escritos presentados por el Fondo de Garantía Salarial y el concello de Mos. El motivo, así construido, no se acomoda a las exigencias previstas en los art. 191, letra b) y 194.3, ambos de la Ley de Ritos Laboral, ya que la parte recurrente se limita a hacer las manifestaciones que quedan recogidas, sin impugnación de los antecedentes de hecho del auto recurrido, ni proponer adición o rectificación alguna en su texto. De ahí que proceda mantener, en su integridad la situación de hecho reflejada en la resolución de instancia.

SEGUNDO.- En el segundo, y último, de los motivos y al amparo del art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, la recurrente manifiesta, literalmente, lo siguiente: “Que la certificación de obra, tal como consta en autos y constituye un hecho probado, fue endosada por “S.” a favor de mi demandante, desconociendo el endoso el Ayuntamiento de

Mos, produciéndose, en su virtud, un cambio de titularidad del derecho de crédito a favor del “B.E.C., S.A.”, tal como tiene establecido la unanimidad de la doctrina y Jurisprudencia y así viene establecido en la Ley Cambiaria y del Cheque. Dicho endoso se produce con anterioridad al presente procedimiento de ejecución, (“S.” procede al endoso a favor de mi demandante con fecha 27 de junio de 1996, y el Ayuntamiento de Mos lo reconoce con fecha 28 de abril de 1998), estableciéndose desde la fecha del mismo, una nueva relación jurídica entre “B.E.C., S.A.”, como acreedor y Ayuntamiento de Mos como deudor.- Por tanto, el auto que se recurre, incurre a entender de esta parte y con el debido respeto, en un error evidente en su fundamentación jurídica primera, ya que, sin perjuicio de lo alegado en el motivo primero referente a la falta de embargo de la certificación objeto de litis, al momento del embargo el Ayuntamiento de Mos no adeuda la referida certificación a “S.”, sino a mi demandante. -Por último esta parte reitera y da por reproducido lo alegado en el escrito sobre recurso de reposición presentado en fecha 14 de febrero de 2000, que consta en autos al cual nos remitidos para evitar reiteraciones inútiles.” La suplicación es un recurso de carácter extraordinario, aunque menos formalista que la casación, estando circunscrita la actividad de la sala, ineludiblemente, a la pauta marcada por el que recurre; de tal modo que sólo las infracciones normativas o jurisprudenciales denunciadas pueden ser analizadas y decididas por el tribunal; sin que éste pueda examinar la existencia de vulneraciones legales o de la jurisprudencia, aún manifestadas, no invocadas por el recurrente, salvo que por su propia entidad trascendieran, de manera clara y directa, al orden público procesal; y si el que recurre no menciona los preceptos legales o resoluciones judiciales que la sentencia que combate infringe, esta omisión impide que la Sala estudie y decida sobre aquéllos, ya que lo contrario equivaldría a la construcción “ex officio” del recurso, cuando esta actividad está reservada, en exclusiva, a la parte; implicando todo ello, infracción de lo normado en los arts. 191, letra c), y 194.2 de la Ley Rituaria Laboral. Aplicando la expuesto al caso litigioso, al no invocarse por la parte recurrente precepto positivo o doctrina jurisprudencial que pudiera haberse infringido en la resolución que impugna –se limita a invocar, genéricamente, la jurisprudencia, sin cita de resolución alguna, y la Ley Cambiaria y del Cheque- la consecuencia no puede ser otra que la de proclamar la inviabilidad del recurso y dictarse un

pronunciamiento confirmatorio del impugnado. Pero es que, además, a igual conclusión conduciría lo razonado por el juzgador "a quo", en la resolución recurrida, que la sala acepta, de que en el trámite procesal seguido, no se puede entrar en el estudio del mejor derecho de la recurrente, toda vez por ésta no se ha instado la correspondiente tercería - ya que ésta es el cauce procesal adecuado y exclusivo para hacer valer la preferencia crediticia que la parta recurrente se atribuye-, y que el embargo de la cantidad adeudada por el Ayuntamiento de Mos a la empresa ejecutada "S., S. A.", ha sido acordado en el auto de 6 de junio de 1998, recaído en pieza separada de embargo preventivo, al decretarse en el mismo el embargo de todas aquellas cantidades que a la ejecutada le adeudasen, entre otros, el referido ayuntamiento, por lo que dicha circunstancia no admite discusión. En todo caso es de puntualizar que aunque se estimara que en el recurso que se resuelve la censura jurídica - única, por cierto- estuviera referida a los art. 14 y 24 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, por la remisión que a lo alegado en el escrito de fecha 14 de febrero de 2000, sobre recurso de reposición, se hace por la parte recurrente en el último párrafo del motivo segundo del escrito de formalización, lo cierto es que los citados preceptos legales regulan la transmisibilidad y efectos jurídicos de ella derivados de la letra de cambio, por lo que ninguna trascendencia o eficacia habrán de tener a los efectos de la presente controversia. En definitiva, al no existir motivo alguno que impida seguir adelante con la ejecución, como se razonaba en el auto del juzgado de instancia de fecha cuatro de febrero de dos mil -ratificado por el que es objeto de suplicación- y en consecuencia, con el embargo trabado, pues "ab initio" se ha embargado un derecho de crédito que pertenece a la empresa ejecutada, "S., S.A."

TERCERO.- Por lo que queda expuesto procede, con desestimación del recurso, dictar un pronunciamiento confirmatorio del auto impugnado; con imposición al recurrente de las costas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 233 de la Ley Rituaria Laboral. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del "B.E.C., S.A." contra el auto de fecha veintiocho de abril de dos mil, dictado por el Juzgado de lo Social número cuatro de los de

Vigo, en procesos -acumulados- de ejecución de sentencias promovidos por trabajadores de la empresa "S., S.A.," frente a ésta, debemos confirmar y confirmamos, íntegramente, la resolución recurrida. Se condena a la recurrente a que abone a la contraparte, en concepto de honorarios de su letrado que ha actuado en el recurso, la cantidad de veinticinco mil pesetas.

3113 Recurso nº 5.230/00

S.S. INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL. NON CONCORRE. DOENZAS QUE NON IMPIDEN A REALIZACIÓN DAS FUNCIÓNS FUNDAMENTAIS DA PROFESIÓN HABITUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veinticuatro de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

Sentencia

En el recurso de suplicación núm. 5.230/00 interpuesto por el "I.S.M." contra la sentencia del Juzgado de lo Social número cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña E.C.R. en reclamación de INCAPACIDAD siendo demandado el I.S.M. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 264/00 sentencia con fecha seis de junio de dos mil por el juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: PRIMERO.- La demandante doña E.C.R., nacida el 01.12.34, con D.N.I. núm..., figura afiliada a la Seguridad Social, Régimen Especial del Mar, siendo su profesión habitual la de mariscadora./ SEGUNDO.- Con fecha 19.01.00 la actora solicitó que se la declarase en situación de invalidez permanente, efectuándose informe médico de síntesis el día

22.02.00, proponiendo el equipo de valoración de incapacidades el día 25.02.00 declarar a la hoy demandante sin invalidez permanente, propuesta así asumida por la Dirección Provincial del Instituto Social de la Marina por resolución de fecha 29.03.00, contra la cual interpuso la actora reclamación previa, que le fue desestimada mediante resolución de fecha 24.04.00, presentando demanda en fecha 09.05.00./ TERCERO.- La base reguladora mensual asciende a 80.240 pesetas./ CUARTO.- Las dolencias padecidas por la actora consisten en: incontinencia urinaria tipo mixto y urgencia fecal, cervicoartrosis con discopatía C4-C5-C6-C7, lumboartrosis discreta gonartrosis incipiente./ QUINTO.- Se ha agotado la vía administrativa previa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la petición subsidiaria de la demanda interpuesta por doña E.C.R., debo declarar y declaro que la misma se halla en situación de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común y, en consecuencia, condeno al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA a que le reconozca y abone una pensión vitalicia mensual consistente en el 55% de su base reguladora de 80.240 pesetas mensuales, en los términos y con los efectos que reglamentariamente procedan”.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia, estimando en parte la demanda, declaró a la actora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de mariscadora, derivada de la contingencia de enfermedad común, con la prestación correspondiente, al presentar: *“incontinencia urinaria tipo mixto y urgencia fecal, cervicoartrosis con discopatía C4-C5-C6-C7, lumboartrosis discreta gonartrosis incipiente”*; revocando la resolución del I.N.S.S. que le había denegado la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados; decisión judicial que es recurrida por el I.N.S.S., que sin cuestionar los hechos probados, denuncia como único motivo, con adecuado amparo procesal -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, infracción por aplicación indebida del art.

137.4 de la L.G.S.S. Censura jurídica que debe merecer favorable acogida, ya que conformando el relato histórico de la sentencia en los términos indicados, parece evidente que un proceso como el señalado, -al no expresarse que las dolencias articulares lo sean en grado de intenso o severo, ni concretarse el alcance de la incontinencia urinaria y urgencia fecal-, no es suficiente para impedir las fundamentales tareas de su profesión habitual, lo que conduce a la estimación del recurso por infracción del art. 137.4 de la L.G.S.S., que se denuncia, y a revocar el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Social de la Marina, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo, de fecha seis de junio de dos mil, dictada en autos núm. 264/00, y con revocación de la misma debemos desestimar y desestimamos la demanda promovida por doña E.C.R., con absolución del Instituto demandado.

3114 Recurso nº 4.126/97

S.S. ANULACIÓN DE PENSIÓN DE XUBILACIÓN SOVI E REINTEGRO DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: DESESTIMACIÓN. INDEFENSIÓN INEXISTENTE. INEXISTENCIA DE PREJUDICIALIDADE PENAL. NULIDADE DE PLENO DEREITO DO ACTO DE RECOÑECIMENTO INDEBIDO DE PENSIÓN DE SEGURIDADE SOCIAL. NON SOMETEMENTO DA ACCIÓN A PRAZO DE PRESCRICIÓN OU CADUCIDADE. PRESCRICIÓN DE CINCO ANOS ÓS EFECTOS DE DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veinticinco de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 4.126/97 interpuesto por doña P.M.E.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 223/97 se presentó demanda por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación de JUBILACIÓN SOVI siendo demandada doña P.M.E.A. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete por el juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Doña P.M.E.A., con D.N.I. número..., nacida el..., ha percibido, desde el 01.10.87, una prestación de jubilación del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, hasta el 31.08.96, en cuantía total, desde agosto 91, 2.457.487 pesetas. Sin embargo, no existe expediente alguno, ni acto administrativo, de reconocimiento de prestaciones. Y, además, no constan cotizaciones ni al Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, ni al retiro obrero, ni a ningún Régimen de la Seguridad Social. SEGUNDO.- A consecuencia de unas actuaciones penales iniciadas en 1996 sobre obtención fraudulenta de prestaciones sociales, conocidas popularmente como el "Caso Chaparrita", el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL revisó la legalidad de diversas prestaciones, y, entre ellas la de la actora. TERCERO.- Seguido un expediente administrativo de revisión, con intervención de la interesada, se dictó a 12.09.96 una resolución del referido instituto con la siguiente parte dispositiva: "1º.- Anular el derecho al subsidio de vejez - S.O.V.I., tramitado al amparo del Convenio Hispano-Argentino, cuya cuantía actual asciende a 38.205 ptas. mensuales, dándola de baja por reconocimiento indebido del derecho con efectos de 31 de agosto de 1996. 2º.- Que la cantidad abonada indebidamente desde la fecha de efectos económicos iniciales asciende a 3.881.371 ptas., siendo exigible la devolución por su parte del importe de 2.457.487 ptas., correspondiente a las cantidades puestas al cobro durante el período de 07.08.91 a 31.08.96, por aplicación de la retroactividad máxima de cinco años establecida en el art. 43 del Texto Refundido de la Ley Gene-

ral de la Seguridad Social". CUARTO.- Quedó agotada la vía previa administrativa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente la demanda del I.N.S.S., declaro anulada la prestación de jubilación del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez reconocida a doña P.M.E.A., a quien condeno a reintegrar al I.N.S.S. la cantidad de 2.457.487 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 pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y anuló el reconocimiento de la pensión S.O.V.I. reconocida a la demandada doña P.M.E.A., a la que condenó a reintegrar al citado instituto la suma de 2.457.487 pesetas. Y frente a este pronunciamiento se interpone recurso por la demandada al objeto de obtener su revocación, articulándolo a través de SIETE MOTIVOS, dedicando el primero a la revisión de los hechos declarados probados; del segundo al quinto -ambos inclusive- a infracción de normas o garantías del procedimiento y los dos últimos a denuncia infracción normativa y de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, interesa la parte recurrente que se añada al relato histórico de la sentencia lo siguiente: "En el archivo de la Dirección Provincial del I.N.S.S. no existe expediente administrativo alguno a nombre de doña P.M.E.A. La adición se acoge por la sala porque así consta en certificación de la directora del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Pontevedra-Vigo, obrante al folio 6 de las actuaciones, si bien dicha adición carece de trascendencia alguna para alterar el signo del fallo. Asimismo se pretende que se declare probado lo siguiente: "La pensión la percibió la recurrente de buena fe, con desconocimiento de que la pensión era indebida, no existiendo un cobro consciente y engañoso como se pretendía en demanda". La adición no puede ser acogida porque, además de no sustentarse en prueba documental o pericial, como exige el artículo 191.b) de la Ley Procesal Laboral, la misma contiene con-

ceptos jurídicos que resultan incompatibles con su inclusión en el relato probatorio.

TERCERO.- Por el cauce del apartado a) del citado artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, articula la recurrente CUATRO motivos de recurso, y un orden lógico, desde el punto de vista procesal, impone el examen, en primer lugar, de los motivos cuarto (excepción de incompetencia de jurisdicción) y quinto (excepción de litis consorcio pasivo necesario), por afectar dichas cuestiones al orden público procesal. En relación con el cuarto motivo de recurso, alega la parte recurrente que al estar conociendo la jurisdicción penal sobre el delito cometido, se está dando una duplicidad, “sin que pueda la jurisdicción laboral inmiscuirse en dicho proceso”. El motivo carece de todo fundamento y de cualquier rigor jurídico porque ninguna relación ni influencia guardan uno y otro proceso. En efecto, en el orden penal se están ventilando las responsabilidades en que haya podido incurrir la persona que presuntamente incurrió en irregularidades en el reconocimiento de la prestación que la demandada venía lucrando, y en el presente caso se está conociendo un proceso promovido por la entidad gestora al amparo del artículo 145.1 de la Ley Procesal Laboral, solicitando la revisión mediante la presentación de la oportuna demanda ante el Juzgado de lo Social, del acto o resolución por el cual le fue reconocida a la demandada, de forma indebida, la pensión de vejez - S.O.V.I., solicitándose que se anule el derecho a dicha prestación y se condene al reintegro de las cantidades indebidamente recibidas, y para conocer de dicha pretensión la competencia viene atribuida, indiscutiblemente, a esta jurisdicción social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 1 y 2.b) de la Ley Procesal Laboral, por lo que el motivo no puede ser acogido. Y por el mismo cauce del apartado a) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, denuncia el recurrente infracción, por violación, del artículo 45 de la citada Ley Procesal Laboral, alegando la excepción de litis-consorcio pasivo necesario, bajo el argumento de que debían ser llamados al proceso don J.F.T. y don M.F.R., “personas implicadas en la tramitación de esas presuntas pensiones irregulares”, para hacerlos partícipes de la condena que recaiga en los presentes autos. El motivo tampoco puede ser acogido porque es doctrina jurisprudencial constante y reiterada, de ociosa cita, que para que pueda prosperar dicha excepción se requiere que el tercero no

traído al proceso tenga un marcado y definitivo interés en el asunto o que pueda recaer sobre él una potencial responsabilidad, cuyas consecuencias se desencadenarían una vez firme la resolución que recayera en el recurso, y ello con el fin, siempre, de salvaguardar el derecho fundamental de defensa y contradicción sancionado en el artículo 24 de la Constitución. Y nada de ello ocurre en el caso enjuiciado. En este litigio la entidad gestora ejercita una acción destinada a que se anule la prestación S.O.V.I. reconocida a la actora y a que por ésta se proceda a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, por lo que resulta obvio que ningún interés jurídicamente protegible tendrían los dos citados en este proceso, quedando la relación jurídico-procesal perfectamente constituida del modo que la ha sido, procediendo, por tanto, la desestimación de este motivo de recurso.

CUARTO.- Continuando con el examen de infracción de normas o garantías del procedimiento, la parte recurrente, por el mismo cauce del apartado a) del artículo 191, en el segundo de los motivos de recurso denuncia infracción, por violación, del artículo 142 de la citada Ley Procesal Laboral, alegando indefensión por no haber aportado el I.N.S.S. a los autos el expediente administrativo; aduce la recurrente que ello le impide determinar y comprobar si tiene o no cotizaciones suficientes para lucrar la pensión o figurar afiliado al retiro obrero. El motivo no puede acogerse en base a distintas consideraciones: A) En primer lugar, porque en el relato histórico de la sentencia recurrida se contiene un hecho probado -el primero- en el que se hace constar que la demandada no acredita cotizaciones, ni al SOVI, ni al retiro obrero y dicho hecho probado debe quedar inalterado y ser vinculante para la sala, al no solicitarse su modificación o revisión por la parte recurrente. Además, en el segundo fundamento de la sentencia se señala -con evidente valor fáctico- que la demandada nunca había estado afiliada a la Seguridad Social y que no acredita cotizaciones en ningún régimen. B) Por otra parte, la ausencia del expediente administrativo -que en efecto no se acompañó por el I.N.S.S., por obvias razones- no ocasiona la indefensión denunciada, dada la existencia de otros medios materiales -distintos del expediente, a través de los cuales se pueden constatar y acreditar las cotizaciones de la demandada. Así pese a la ausencia del expediente, se ha reconstruido en lo esencial -según se afirma en el F. 21- comprobándose la falta de afi-

liación y de cotizaciones. Por todo ello, no se da la indefensión alegada y este motivo de recurso tampoco puede prosperar.

QUINTO.- Por el mismo cauce procesal, en el tercero de los motivos de recurso, se denuncia infracción, por violación, del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 10, núm. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 4, núm. 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley Procesal Laboral, alegando cuestión prejudicial de carácter penal, alegándose que en la causa penal también se va a determinar la responsabilidad civil de los causantes de las irregularidades y que esa responsabilidad comprende también las cantidades que son ahora objeto de reclamación en el presente litigio. Las argumentaciones del recurrente no se comparten por la sala, por insostenibles, y el motivo no puede prosperar por las siguientes consideraciones: a) No se está en presencia de una cuestión prejudicial penal, ya que ésta, en el procesal laboral, queda reducida, como preceptúa el núm. 3 del artículo 4º de la Ley Procesal Laboral, a la falsedad documental y cuando su solución sea de todo punto indispensable para dictar sentencia, y esta exigencia no se da en el supuesto litigioso, y b) conforme al artículo 45.2 del TRLGSS de 1994, la responsabilidad en este proceso de los que hayan contribuido a la percepción indebida de la pensión, es meramente subsidiaria y no principal, ya que la responsabilidad principal recae, obviamente, en quien percibió indebidamente las prestaciones.

SEXTO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, denuncia la recurrente -en el sexto de los motivos- infracción, por violación, del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, alegando caducidad de la acción porque -según la recurrente- al tratarse de prestaciones reconocidas de carácter periódico y mensual, sería de aplicación al I.N.S.S. la caducidad anual del artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Pero tal motivo no puede prosperar porque esta sala ha declarado (entre otras, en sentencia de 31.03.00), compartiendo el mismo criterio doctrinal seguido, entre otras, por las sentencias del T.S.J. de Madrid de fecha 23.05.98 (Ar. 1.731), del T.S.J. de Castilla-León, con sede en Burgos, de fecha 18.02.97 (Ar. 527) y la del T.S.J. de La Rioja de 26.05.98 (Ar. 2.669), que el acto del Instituto Nacional de la Seguridad Social por el que reconoció a la

demandada la pensión de vejez - SOVI, pese a no reunir las cotizaciones exigidas, es un acto nulo de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicho acto es nulo porque cumple los tres requisitos exigidos por el indicado precepto para poder ser calificado como nulo de pleno derecho, y ello es así, en primer lugar, porque es un acto contrario al ordenamiento jurídico -al infringir normas dictadas en materia de Seguridad Social-; en segundo lugar, otorga derechos -en efecto, reconoce el derecho de la demandada a lucrar una pensión vitalicia por jubilación a cargo del SOVI-, y en tercer lugar, ese derecho se ha adquirido sin reunir los requisitos esenciales para ello -porque, como antes se dijo, la demandada no reunía el período de carencia, 1.800 días de cotizaciones, para obtener la pensión que le fue reconocida-. La nulidad de pleno derecho aparece también sancionada en el artículo 3 del Código Civil, el cual dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho. Sentado, pues, que el acto de reconocimiento de la pensión era nulo de pleno derecho, la acción ejercitada para obtener la declaración de nulidad no se halla sujeta a plazo alguno de prescripción o caducidad. Consecuentemente, cabe resaltar que el plazo de cinco años para el ejercicio de la acción a que se refiere el artículo 145.3 de la Ley Procesal Laboral, no resulta de aplicación a los actos nulos de pleno derecho, como el que se da en el caso enjuiciado, pues, de admitirse lo contrario -como pretende la parte recurrente- se estaría autorizando la pervivencia de aquellas prestaciones indebidamente reconocidas, que quedarían fijas y consolidadas para siempre una vez que hubiese transcurrido el plazo de cinco años. Por otra parte, aun admitiéndose la tesis planteada en el motivo de recurso a los meros efectos dialécticos, relativa a la prescripción quinquenal de la acción, el día inicial de su cómputo se produciría a partir del momento en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social tiene exacto y puntual conocimiento de que venía abonando la pensión a la actora de forma indebida y, según consta en la resolución obrante al folio 10 de las actuaciones y se razona en el fundamento quinto de la sentencia, es en el mes de julio de 1996 cuando se detecta el reconocimiento indebido de la prestación, y habiéndose formulado la demanda en el mes de marzo de 1997, tan sólo habrían transcurrido ocho meses. En cualquier caso,

debe distinguirse entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad de los actos de las Administraciones Públicas, entre los que se encuentran los que emiten las entidades gestoras (I.N.S.S.) y los Servicios Comunes de la Seguridad Social (T.G.S.S.), debiendo entenderse que la prescripción quinquenal a que se refiere dicho artículo 145.3 de la Ley Procesal Laboral se refiere a los actos anulables, pero nunca a los actos nulos de pleno derecho que –como antes se dijo– por su propia naturaleza son imprescriptibles.

SÉPTIMO.- Finalmente, en el séptimo y último motivo de recurso, se denuncia interpretación errónea y aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, consagrada en sentencias de 24.09.96, 05.12.96 (Ar. 9.639), 16.12.96 (Ar. 9.713) y otras del mismo mes de diciembre, 20 y 23.12.96 y 14.01.97 (Ar. 29), sobre las excepciones a la regla general de prescripción de cinco años, solicitando que la devolución se limite a lo percibido durante tres meses, dada la buena fe de la perceptora y una demora injustificada de la Entidad gestora. Por lo que respecta a la invocada infracción del artículo 43 y ss. de la L.G.S.S. esta sala ha declarado, entre otras, en sentencia de 17.03.00, que debe tenerse presente que es doctrina muy consolidada de la Sala 4ª del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de Sala General de 24.09.96, Ar. 6.855), la que ha venido señalando que el plazo normal para el ejercicio del ejercicio de la acción de reintegro de prestaciones indebidas a que se refiere el artículo 56.1 de la L.G.S.S. de 1974 (45.1 de la vigente) es el de cinco años que establece el artículo 1.966 del Código Civil, salvo para determinados supuestos excepcionales, como los de un cambio de la interpretación general de una normativa anterior (sentencias de 12.02. y 28.05.92) o una demora excesiva e injustificada por parte de la entidad gestora en el ejercicio de la acción correspondiente (sentencia de 14.11.91) o la constancia de la conducta del beneficiario informando de su situación anterior, los cuales podrán determinar la aplicación analógica del artículo 54.1 de la L.G.S.S. (43.1 de la vigente), entrando en juego el plazo de tres meses a que alude el referido precepto, habiendo matizado la citada S.T.S. de 24.09.96 lo siguiente: Para aplicar el plazo de tres meses es necesario que concurran dos requisitos: una demora en la regularización y la buena fe del beneficiario. A) Con relación al primero hay que pre-

cisar que la demora es un dato objetivo que surge por el transcurso del tiempo, a partir del momento en que la entidad gestora contaba con los datos necesarios para regularizar la situación. Se trata, por tanto, de un retraso comprobado, manifiesto y significativo, que hay que valorar en el marco de una gestión social que afecta a prestaciones destinadas a la cobertura de situaciones de necesidad. B) Con relación al requisito de la buena fe del beneficiario, ésta deberá ser inequívoca e implica el cumplimiento por parte del mismo de sus obligaciones de información conveniente y puntual a la entidad gestora. Será ésta la que, en su caso, habrá de alegar y probar en el proceso que el beneficiario incumplió tales obligaciones. Y en el presente caso no cabe apreciar que la actuación de la entidad gestora se hubiese producido con un retraso manifiesto y significativo, ya que la concesión de la prestación a la actora se produjo de forma irregular y con omisión de la falta de afiliación de la demandante al desaparecido Retiro Obrero o al S.O.V.I., reaccionando la Gestora cuando tuvo conocimiento de los hechos. Según consta en la resolución obrante al folio 23 de los autos, se inició inmediatamente expediente administrativo de revisión con el fin de anular la pensión de vejez - S.O.V.I. en octubre de 1996, presentándose a reparto la demanda origen de los presentes autos en el mes de enero de 1997, por lo que no cabe apreciar demora por parte de la Entidad gestora, sin que tampoco aparezca clara la completa buena fe de la beneficiaria, tal como se desprende de la sentencia recurrida, en la que el juzgador *a quo* ha llegado a tal conclusión, valorando las pruebas de confesión y documental practicadas en el acto del Juicio, con pleno respeto a los principios de oralidad, intermediación y contradicción, sin que esta sala tenga facultades para apreciar nuevamente dichas pruebas, cuya valoración es privativa del juzgador de instancia. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por doña P.M.E.A. contra la sentencia de fecha 16 de junio de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social nº tres Pontevedra en autos instados por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la recurrente, sobre JUBILACIÓN SOVI, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3115 Recurso nº 4.126/97

S.S. RECARGO DE PRESTACIÓNS DE SEGURIDADE SOCIAL. CARÁCTER SANCIONADOR. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. ABSOLUTA FALTA DE VIXILANCIA E CONTROL POR PARTE DO EMPRESARIO. COMPATIBILIDADE COA INDEMNIZACIÓN. MODERACIÓN POR CONCORRENCIA DE CULPA DO TRABALLADOR.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa María Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veinticinco de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 4.758/97 interpuesto por INSS y don J.G.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de La Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 766/96 se presentó demanda por "F.E.M., S.L." en reclamación de infracción medidas de seguridad siendo demandados el INSS y don J.G.R. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha treinta de julio de mil novecientos noventa y siete 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 trabajador don J.G.R. venía trabajando para la empresa "F.E.M., S.L." cuando el 05.02.92 sufrió un accidente de trabajo cuando realizaba las labores de colocación de un tubo en la parte superior de una base de estructura metálica en la que aproximadamente a dos metros había una línea de alta tensión (20.000 voltios) que transcurría a lo largo de la nave, sufriendo dicho trabajador una descarga eléctrica cuando manipulaba el tubo. SEGUNDO.- Que con motivo del accidente reseñado la delegación provincial de la Consellería de Trabajo, tras Acta de Infracción nº 354/92 y posterior expediente nº 694/92 con motivo de dicho

accidente, resolvió sancionar a la empresa "F.E.M., S.L." con 150.000 pesetas. TERCERO.- Que recurrida en alzada la anterior resolución de la Dirección Xeral de Relacións Laborais de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, con fecha 1 de febrero de 1994, estimó el recurso interpuesto, anulando la sanción impuesta y ello en base a que en el acta levantada por la Inspección de Trabajo se considera infringido el art. 35 del Reglamento de Líneas Eléctricas Aéreas de Alta Tensión, siendo tal disposición aplicable a las empresas propietarias y no al supuesto que nos ocupa. CUARTO.- Que en fecha 29.07.94 don J.G.R. solicitó del I.N.S.S. que le declarase beneficiario del recargo que recoge el art. 93 de la Ley General de la Seguridad Social a cargo de la empresa "F.E.M., S.L." por el accidente acontecido, resolviendo el I.N.S.S. declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y la procedencia de incrementar las prestaciones procedentes en un 40% (Resolución que obra unida a las actuaciones y cuyo contenido se da por reproducido). QUINTO.- Que en fecha 26.06.96 la empresa "F.E.M., S.L." formuló reclamación previa, la cual fue desestimada. SEXTO.- Que después de la resolución de fecha 01.02.94 (firme) de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia por la que anula la sanción impuesta a la empresa, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no levantó nuevamente Acta de Infracción. SÉPTIMO.- Que el trabajador fue declarado en situación de invalidez permanente absoluta en virtud de resolución de fecha 20.07.93, percibiendo el 100% de la pensión anual de 1.224.996 pesetas".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por la representación de "F.E.M., S.L.", contra el I.N.S.S. y don J.G.R., debo declarar y declaro no haber lugar a la existencia de responsabilidad empresarial por "F.E.M., S.L." en el accidente sufrido por el trabajador en fecha 05.02.92, condenando a dichos demandados a estar y pasar por tal declaración".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y revoca la resolución del INSS que imponía a la empresa actora, el recar-

go del 40% por falta de medidas de seguridad; frente a ella recurren en suplicación los demandados, el INSS y el trabajador accidentado don J.G.R., por parte de este último se impugna la relación de hechos probados al amparo de lo dispuesto en el art. 191.b) LPL porque el hecho probado 7º debe ser corregido en el sentido de que el trabajador no está en situación de invalidez permanente absoluta, sino que por sentencia firme de 20-julio-94, es declarado gran inválido percibiendo el 150% de la base reguladora. Se admite la corrección ya que así figura en autos en el folio 96 y 97 la sentencia del Juzgado de lo Social de Ferrol. Asimismo se pretende la adición de un hecho nuevo, el 8º y redactarse de la siguiente forma: "Que debido al accidente de que tratamos hubo un juicio de faltas nº 41/94 seguido de oficio por imprudencia simple con resultado de lesiones; terminándose por sentencia firme de la Audiencia Provincial de La Coruña en fecha 18-diciembre-95 en cuyo fallo condena al empresario a indemnizar al trabajador por una falta de imprudencia simple con infracción de reglamentos." También se admite por constar en las actuaciones dicha sentencia al folio 99 y ss.

SEGUNDO.- Por ambos recurrentes (INSS y Sr. G.R.) se impugna el derecho aplicado en la sentencia recurrida, entendiendo que se infringe por interpretación errónea el art. 65 y 68 de la Orden 9-marzo-71, que aprobó la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en relación con el art. 123 de la LGSS. El art. 65 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971 establece: "Trabajos en proximidad de instalaciones de alta tensión en servicio. 1. Caso de que sea necesario hacer el trabajo en la proximidad inmediata de conductores o aparatos de alta tensión, no protegidos, se realizará en las condiciones siguientes: a) Atendiendo las instrucciones que para cada caso en particular del jefe de trabajo. b) Bajo la vigilancia del jefe del trabajo que ha de ocuparse de que sean constantemente mantenidas las medidas de seguridad por él fijadas, delimitación de la zona de trabajo y colocación si se precisa, de pantallas protectoras." Y el art. 68, señala: "Líneas eléctricas aéreas. 5. Cuando en estos trabajos se empleen vehículos dotados de cabrestantes o grúas, el conductor deberá evitar no sólo el contacto con las líneas en tensión, sino también la excesiva cercanía que pueda provocar una descarga a través del aire; los restantes operarios permanecerán alejados del vehículo y en el caso accidental de entrar en contacto sus elementos elevados, el con-

ductor permanecerá en el interior de la cabina hasta que se elimine tal contacto." Es doctrina jurisprudencial reiterada, recogida recientemente en la sentencia del T.S de 2-0-00[sic] que con relación a este singular recargo en las prestaciones, la jurisprudencia unificadora ha sentado las siguientes líneas generales básicas: a) el recargo ostenta un carácter sancionador y por ende, el precepto legal regulador de este aumento porcentual ha de ser interpretado restrictivamente, por lo que partiendo de aquella naturaleza, se ha declarado que, como regla, no se aplica el recargo a las mejoras voluntarias de la acción protectora pues aunque estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias imperativas de la Seguridad Social (entre otras, SST/IV 20-III-97, -recurso 2.730/1996, 11-VII-97 -recurso 719/97). b) se afirma que el recargo es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo, (entre otras, SST/IV 8-III-93, 7-II-94, 8-II-94, 20-V-94). c) se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva con escasa incidencia de la conducta del trabajador como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene (STS/IV 6-V-98). d) en orden a su abono, está exento de responsabilidad el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su carácter sancionatorio. Además el referido carácter del recargo y su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide pueda ser objeto de aseguramiento público o privado (entre otras SST/IV 8-III-93, 23-III-94, 20-V-94, 22-IX-94). El recargo de prestaciones de la Seguridad Social impuesto en el art. 123 del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por RDL 1/94 de 20 junio, antiguo art. 93 de la LGSS de 1974, cuando deriva omisión de medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo, causantes del accidente, exige, la existencia de nexo causal adecuado entre, el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores, y la

conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos o lugares de trabajo; excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención o por imprudencia del propio trabajador accidentado, cuando no se acogen o utilizan las medidas adoptadas por la empleadora y puestas a su disposición; la omisión puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, criterio éste que no es otra cosa que reflejo y operatividad, en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social del derecho básico en el contenido de la relación laboral, recogido en los art. 4.2 y 19 del E.T. y que con carácter general y como positivación del principio del derecho *alterum non laedere*, elevado a rango constitucional por el art. 15 del texto fundamental y que, en términos de gran amplitud, tanto para el ámbito de las relaciones contractuales como extra contractuales, consagra el Código Civil en sus art. 1.104 y 1.902, debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el art. 7 de la Ordenanza de 09.03.71, ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial, que son criterios coincidentes con los recogidos en el art. 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo de 22-junio-81 y ratificados por España en 26.07.85, en cuanto impone a los empleadores en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores (TSJ Cataluña, 27.03.00). Proyectada esta doctrina al caso de autos en que la sentencia de instancia declara probado que el trabajador venía trabajando para la Empresa “F.E.M., S.L.” cuando el 05.02.92, sufrió un accidente de trabajo cuando realizaba las labores de colocación de un tubo en la parte superior de una base de estructura metálica en la que aproximadamente a dos metros, había una línea de alta tensión (20.000 voltios) que transcurría a lo largo de la nave, sufriendo dicho

trabajador una descarga eléctrica cuando manipulaba el tubo. Que con motivo del accidente reseñado la delegación provincial de la Consellería de Traballo resolvió sancionar a la empresa “F.E.M., S.L.” con 150.000 ptas. Que recurrida en alzada la anterior resolución la Dirección Xeral de Relacións de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, estimó el recurso interpuesto, anulando la sanción impuesta y ello en base a que el acta levantada por la Inspección de Trabajo se considera infringido el art. 35 del Reglamento de Líneas Eléctricas Aéreas de Alta Tensión, siendo tal Disposición aplicable a las empresas propietarias y no al supuesto que nos ocupa; el INSS declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y la procedencia de incrementar las prestaciones procedentes en un 40%. Resulta procedente la estimación del recurso de suplicación y la revocación de la sentencia de instancia y ello porque, ha habido una absoluta falta de vigilancia y control sobre la forma correcta de llevar a cabo el trabajo, puesto que la descarga eléctrica sufrida por el trabajador era previsible, dado que la escasa distancia entre la línea de alta tensión y la colocación del tubo metálico a sólo 2 metros de la misma, iba necesariamente a provocar el arco voltaico que se produjo al aproximar el tubo; y por eso el precitado art. 68 de la Ordenanza de 1971, prevé, evitar el contacto con las líneas de tensión de vehículos dotados de cabrestantes o grúas o su excesiva cercanía para evitar descargas a través del aire, que esto fue lo que sucedió en el caso de autos, aunque no con vehículo, sino con la simple aproximación del tubo metálico a la línea de tensión.

TERCERO.- Por último, señalar sólo respecto de las alegaciones efectuadas en la impugnación del recurso por parte de la empresa, que no existe la incompatibilidad de reclamaciones entre la indemnización de daños y perjuicios y el recargo por falta de medidas de seguridad, ni compensación con las cantidades ya abonadas, como recoge la ya citada sentencia del TS 02.10.00; y respecto del quantum y porcentaje del recargo, y puesto que la omisión de las medidas de seguridad descritas no pueden descartar la total imputabilidad de la empresa, si procede la reducción al límite mínimo, que por previsión legal debe ser del 30%, por que el trabajador dada su experiencia profesional debió abstenerse de efectuar el trabajo, sabiendo la distancia a la que se encontraba el tendido de alta tensión, por lo que aunque esta actitud imprudente no rompe el

nexo causal, entre la infracción y el accidente, es de gravedad suficiente para justificar la reducción del recargo. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña de fecha 30.07.97, y con desestimación de la demanda rectora del procedimiento interpuesta por la empresa "F.E.M., S.L. contra el I.N.S.S. y don J.G.R. debemos mantener y mantenemos la resolución de este organismo sobre el recargo de falta de medidas de seguridad, si bien reduciendo su importe al recargo del 30%, del que debe hacerse cargo la empresa infractora.

3116 Recurso nº 5.414/00

S.S. CONTRATACIÓN LABORAL POLAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. OBRA OU SERVICIO DETERMINADO. AXUDA A DOMICILIO. FINANCIAMENTO POR PARTE DA COMUNIDADE AUTÓNOMA. CESAMENTO IMPROCEDENTE. INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO OBXECTIVO.

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

A Coruña, a veinticinco de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 5.414/00 interpuesto por la parte demandante y por el Excmo. Ayuntamiento de Lugo demandado contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña C.V.V. y doña M.B.V. en reclamación de despido siendo demandado Excmo. Ayuntamiento de Lugo y la entidad "C.R.E." en su día se celebró acto de

vista, habiéndose dictado en autos núm. 488/00 sentencia con fecha dos de agosto 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).- Las actoras en el procedimiento, doña C.V.V. y doña M.B.V., ambas mayores de edad y vecinas de Lugo, provistas de D.N.I. núm... y..., respectivamente, han venido prestando servicios por cuenta y orden del codemandado EXCMO. CONCELLO DE LUGO, con la categoría profesional de trabajadoras de familia, salario bruto mensual al tiempo del cese de 195.000 ptas. con inclusión de la prorrata de pagas extras, equivalentes a 6.500 ptas. diarias brutas a efectos de indemnización, y centro de trabajo Centro de Servicios Sociales... de Lugo, con antigüedades respectivas de: * 18.05.98, * 22.02.99./ 2º).- No consta ostenten o haya ostentado las actoras en el año anterior al cese la condición de representantes(s) legal(es) o sindical(es) de los trabajadores./ 3º).- La relación laboral con ambas se estipuló mediante respectivos contratos de trabajo de duración determinada, en la modalidad de realización de una obra o servicio determinados, celebrados al amparo del artículo 15 del E.T., según redacción dada por el Real Decreto Ley 8/97, de 16 de mayo, consistente en el caso en "la realización de las tareas propias de su categoría profesional establecidas en la Orden de 22 de julio de 1996, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio". Las demandantes nunca desempeñaron funciones ajenas al objeto contractual./ El contrato concertado con la Sra. doña C.V.V. el 18.05.98 fue registrado en la oficina de empleo de Lugo en la misma fecha, se pactó una duración de 12 meses, hasta 17.05.99; se prorrogó el 18.05.99 por otros doce meses, hasta 17.05.00. Con efectos de esta última fecha fue la trabajadora dada de baja en la T.G.S.S. por el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LUGO por finalización de contrato./ El celebrado con la Sra. doña M.B.V. el 22.02.99, registrado en la oficina de empleo de Lugo el mismo día, estipuló una duración de 3 meses, hasta 21.05.00./ Con efectos de 21.05.00 la anterior fue dada de baja en la T.G.S.S. por el CONCELLO DE LUGO como trabajadora a su nombre, por finalización de contrato./ 4º).- Por escrito respectivo de 04.04.00 se comunica a las demandantes (sic): "*Comunicolle para os oportunos efectos, que o vindeiro día 17 de mayo de 2000, (a doña C.V.V.) y o vindeiro día 21 de mayo de 2000 (a doña M.B.V.), remata a*

relación laboral que lle une a este concello, polo que na indicada data deixará de prestar os seus servizos a esta entidade. O ALCALDE, Asdo: J.C.L.O.” Antes de vencer el término contractual e inicialmente estipulado con cada trabadora, recibiron las actoras comunicacións empresariales escritas individuais de similar tenor que la arriba transcrita, de aviso de extinción de la relación laboral fechadas ambas a 09.04.99, y de efectos 17.05.99 (para doña C.V.V.) y de efectos 21.05.99 (para doña M.B.V.) 5”).- El 30.03.00 el CONCELLO DE LUGO y la “C.R.E.” suscriben convenio de colaboración para la prestación del servicio de ayuda a domicilio, obra en autos y se tiene aquí por incorporado y reproducido en su contido, interesando destacar de su clausulado lo siguiente: *“La “C.R.E.” prestará los servicios señalados, que serán desempeñados necesariamente por las trabajadoras(es) auxiliares de ayuda en el hogar. Estas/os trabajadoras(es) recibirán de la “C.R.E.” la formación permanente necesaria para el desempeño de sus funciones y serán coordinados por un(a) trabajador(a) social de la “C.R.E.”. La “C.R.E.” asumirá por sus trámites reglamentarios al personal que actualmente presta estos servicios en el CONCELLO DE LUGO (en la actualidad existen 17 trabajadoras de familia con contratos laborales de carácter temporal). Asimismo y de cara a nuevas contrataciones cobertura de bajas laborales por enfermedad y sustitución de vacaciones, dará preferencia a aquellas personas que estuvieran incluidas en programas de inserción promovidos desde el CONCE- LLO”/ “Además de los servicios básicos descritos en la cláusula anterior, la “C.R.E.” comprométese a prestar servicios de carácter complementario, que serán prestados por personal voluntario entendido como personas que prestan sus servicios de forma libre y desinteresada, apoyando la labor de los profesionales y sin sustituirles en su trabajo. Su elección, formación y organización correrá a cargo de la “C.R.E.”, y estarán cubiertos por un Seguro de Responsabilidad Civil”/ “En ningún caso la prestación del personal de ayuda en el hogar supondrá relación laboral ninguna con el EXCMO. CONCELLO DE LUGO, estando obligada la “C.R.E.” a cumplir todas las disposiciones vigentes en materia laboral y de seguridad social, así como a la cobertura correspondiente de la responsabilidad civil de su personal./ La organización para la prestación del Servicio de Ayuda en el Hogar será competencia de la “C.R.E.”, de acuerdo con las directrices técnicas del departamento de Servicios Sociales del CONCELLO, con los criterios generales siguien-*

tes: 1.- La recepción de la demanda y valoración de los casos las realizarán las (os) trabajadoras (es) sociales del CONCELLO así como el diseño de la intervención y la asignación de las tareas que se consideren oportunas, evaluando en coordinación con los profesionales responsables de la “C.R.E.”. En todo caso, será de responsabilidad municipal la propuesta de intervención, modificación o finalización del servicio, determinando las características de éste y el tiempo necesario de atención. 2.- Asignado el servicio, el departamento municipal de Servicios Sociales comunicará el inicio a la “C.R.”. por escrito, determinando: 2.1 El beneficiario del servicio. 2.2 El informe social de la situación del beneficiario. 2.3 La propuesta de intervención”/ “La “C.R.E.” dará las instrucciones precisas a su personal con objeto de cubrir las prestaciones que se le asignen, siendo la responsable de realizar las propuestas de distribución de las/os trabajadoras (es). Horarios, etc., siempre en función de los criterios más generales que los responsables municipales susciten, tratando de que existan los menores cambios en la atención al usuario con el fin de evitar desorientaciones y desajustes en la intimidad familiar”. “El CONCELLO podrá, en su futuro, establecer un convenio para el servicio de TELEASISTENCIA por la “C.R.E.”, a razón de 20.000.- ptas. por usuario y año”. Consistente éste en apoyo inmediato al usuario vía telefónica cuando ante situaciones imprevistas o de emergencia pida ayuda, recordatorio de visitas médicas, toma de medicación.../ “El presente convenio tendrá una vigencia de doce meses, contados desde el día de su suscripción, y se prorrogará por iguales períodos en el caso de que no exista denuncia expresa de una de las partes en el plazo de dos meses antes de su vencimiento inicial o de cualquiera de sus prórrogas./ El presupuesto económico para realizar el servicio de ayuda en el hogar aportado pro el CONCELLO DE LUGO asciende al importe de 34.750.000.- ptas./ El precio unitario por hora efectiva de prestación del servicio con todos los gastos e impuestos incluidos, se fija en 1.390.- ptas./ La “C.R.E.” presentará mensualmente una relación en la que se detalle el número de horas reales de prestación del servicio y, con la conformidad previa de los responsables municipales, el CONCELLO abonará su importe en los dos meses siguientes a su presentación./ Para la ejecución del servicio de ayuda en el hogar, la “C.R.E.” cuenta con organización, medios personales, técnicos, etc. suficientes para atender una media de 25.000 horas/año, que se incrementarán de ser necesario el aumento del servicio o requerirse para su

*correcto funcionamiento y existir disponibilidad presupuestaria”/ 6º).- En el mes 03/00 el CONCELLO DE LUGO contaba con una plantilla de 760 trabajadores, repartidos del modo siguiente: * 466 Funcionarios de Carrera. * 3 Funcionarios de Empleo. * 291 Laborales, de ellos 106 Fijos y 185 Temporales./ El número de trabajadores que tenían formalizado contrato de obra o servicio determinado con el CONCELLO, para la prestación del servicio de ayuda a domicilio y que finalizaron su prestación de servicios el día 31.03.00, era de 15./ 7º).- Dada la asunción convenida con el CONCELLO por la CRUZ ROJA del personal laboral temporal (17 trabajadoras de familia) que venía prestando en el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LUGO tales servicios de ayuda a domicilio, el último informó de los trámites y gestiones que se estaban realizando al comité de empresa y mantuvo reuniones informales con las trabajadoras, informándolas un responsable municipal de que estaban negociando con “C.R.E.” para que ésta las admitiera en las mejores condiciones salariales posibles./ El secretario de la “C.R.E.” en reunión mantenida con las trabajadoras de familia temporales, les expuso en líneas generales sus condiciones de trabajo en esta entidad, unas 98.000.- ptas. brutas mensuales, Seguridad Social correspondientes, jornada partida o no según necesidades, 40 horas semanales, 1 mes de vacaciones, contratación temporal por obra o servicio determinado, antigüedad de 01.04.00.../ 8º).- De las 15 trabajadoras mencionadas al ordinal 6º) de H.P. de la presente, párrafo final, se incorporaron el 01.04.00 a prestar servicios en la “C.R.E.”, cinco de ellas, Sras. P.R.V., M.S.Q., M.E.G.L., M.C.C.L. y doña M.M.P.C./ Como no lo vieran convenir a su derecho no lo hicieron las 10 restantes, tratándose de doña M.J.F.F., con D.N.I. núm..., doña M.L.T.F., con D.N.I. núm..., doña E.B.M., con D.N.I. núm..., doña M.J.I.S., con D.N.I. núm..., doña J.P.A., con D.N.I. núm..., doña M.J.R.M., con D.N.I. núm..., doña M.C.C.P., con D.N.I. núm..., doña M.S.R.R., con D.N.I. núm..., doña M.M.I.M., provista de D.N.I. núm... y doña H.P.F., con D.N.I. núm.../ 9º).- En relación con estas últimas diez trabajadoras temporales de familia recayó sentencia el pasado 29.06.00, dictada por este mismo Juzgado en Autos seguidos bajo el nº 353/00, en supuesto prácticamente idéntico al que hoy nos ocupa, sentencia en la que se declara que fueron objeto de un DESPIDO IMPROCEDENTE por el EXCMO. CONCELLO DE LUGO, condenándose a éste a las consecuencias jurídicas inherentes, y absolviéndose a la entidad “C.R.E.”/*

10º).- Las hoy demandantes doña C.V.V. y doña M.B.V., como tampoco vieran convenir a su derecho las condiciones en las que se les ofrecía empezar a prestar servicios para la “C.R.E.” el 01.04.00, y a cuyo objeto se les imponía por el CONCELLO DE LUGO renunciar a sus contratos prorrogados en vigor entonces, siguieron prestando sus servicios para el AYUNTAMIENTO DE LUGO hasta fechas respectivas 17.05.00 y 21.05.00./ 11º).- Las actoras accedieron a su respectivo PT temporal en el CONCELLO DE LUGO tras superar el correspondiente proceso selectivo. Recientemente, 08.05.00, se ha anunciado procedimiento selectivo (concurso-oposición) por el CONCELLO DE LUGO para cubrir temporalmente diversas plazas en éste, entre ellas una de Auxiliar de Hogar, y otra de Trabajadora Social, requiriendo el concello a los aspirantes como titulación imprescindible para poder optar a ellas la respectiva de Certificado de Escolaridad y de Título de Trabajador Social./ 12º).- Con fecha 30.08.96 se suscribe convenio de cooperación entre la Xunta de Galicia (Consellería de Sanidade e Servizos Sociais) y el CONCELLO DE LUGO para la prestación de los servicios sociales de atención primaria./ 13º).- Por Órdenes de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais da Xunta de Galicia de fechas 16.12.96, 11.03.98 y 30.12.98, publicadas en DOG con fechas respectivas 13.01.97, 25.03.98 y 15.01.99, se regulan las ayudas de la Comunidad Autónoma de Galicia para el mantenimiento, realización de programas e inversiones destinadas a la prestación de servicios sociales por las Corporaciones Locales./ En base a ellas, y a las correspondientes solicitudes del CONCELLO DE LUGO, se conceden a éste por la Xunta de Galicia las siguientes ayudas por el específico concepto de ayuda al hogar: * Al amparo de la Orden de 16.12.96: 23.550.000.- ptas. por resolución del Conselleiro de Sanidade e Servizos Sociais de data 23-abril-97. * Bajo la cobertura de la Orden de 11.03.94: 24.000.000.- ptas por resolución de fecha 5-agosto-98. * Al amparo de la Orden de 30.12.98: 24.000.000. ptas, en virtud de resolución de fecha 9-junio-99./ 14º).- El servicio de ayuda en el hogar y el de pisos de acogida a mujeres maltratadas, entre otros, forman parte de los servicios sociales del CONCELLO DE LUGO, y siguen estando a fecha de hoy subvencionados por la Xunta de Galicia./ 15º).- El artículo 28.3) del Convenio Colectivo Único de aplicación al personal laboral del CONCELLO DE LUGO, prevé: *“En caso de despido improcedente y dentro del plazo señalado legalmente, una vez dictada la sentencia oportuna por*

la magistratura de trabajo, se constituirá una comisión mixta compuesta por tres representantes del comité de empresa y tres en representación de la corporación, quienes en total paridad estudiarán los condicionamientos que motivaron el despido, siendo necesaria para la indemnización una postura unánime de dicha comisión. De no producirse tal unanimidad, se procederá a elevar o a adoptar la solución por la que, en su caso, opte el trabajador”/ El 06.07.00 se reunió la comisión mixta prevista en el reseñado artículo, y los integrantes de ésta en representación del comité de empresa pusieron de manifiesta que no era precisa una convocatoria individualizada en la citada comisión para cada supuesto de trabajador temporal (con contrato de obra o servicio determinado) cuyo contrato extinguido en el concello fuera judicialmente declarado constitutivo de un despido improcedente, ratificando que lo acordado por el comité de empresa en sus sesiones realizadas el día 20.12.99 y el día 19.05.00 se refería a un posicionamiento general (adoptado en el seno de éste por mayoría absoluta) del comité de empresa en tales supuestos, en el sentido de que la opción a ejercitar será la de indemnización, y ello con el fin de evitar que la postura que se adopte pueda constituir un acceso a la plantilla laboral sin la superación de aquellos procesos selectivos legalmente establecidos./ 16°).- Como consecuencia del convenio de 30.03.00 entre el CONCELLO DE LUGO y la “C.R.E.”, el 1º precisó efectuar una modificación del Presupuesto General de 2000, vía transferencia de crédito, disminuyendo el crédito existente en la partida presupuestaria 315.1.130 y aumentándolo en la partida 315.1.489, por el importe correspondiente al resto del año./ 17°).- Con fecha 31.07.00 existen, según certificación de la alcaldesa accidental, con la categoría de trabajadoras de familia y condición de personal laboral fijo ocho./ 18°).- Para la prestación de sus servicios las trabajadoras de familia demandantes sólo precisaban, en cuanto a medios materiales, de batas, guantes..., que les eran proporcionados por el CONCELLO DE LUGO, así como de un vehículo para desplazarse al medio rural, que ponía la trabajadora de familia que contase con uno propio y quisiera así hacerlo./ 19°).- Con fecha 25.05.00 doña C.V.V. y con fecha 01.06.00 doña M.B.V. presentaron sendas reclamaciones previas a la vía judicial social ante el CONCELLO DE LUGO, que hasta la fecha no consta hayan recibido contestación o resolución expresa./ 20°).- La actual demanda, contra el CONCELLO DE LUGO y la “C.R.E.”, fue repartida en entre

Juzgado de lo Social el día 10-julio-2000, luego de su presentación y registro ante el decanato de los de Lugo con data 06.07.00. Se ha agotado correctamente la vía previa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la pretensión subsidiaria de la demanda sobre despido, deducida por doña C.V.V. y doña M.B.V., contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LUGO y la “C.R.E.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido operado por el CONCELLO DE LUGO respecto de las dos demandantes, y, en su consecuencia, condeno al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LUGO a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión de las trabajadoras accionantes o el abono a las mismas de una indemnización respectiva de QUINIEN-TAS OCHENTA Y CINCO MIL PESETAS (85.000.- ptas.), y de TRESCIENTAS SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTAS CINCUENTA Y CINCO PESETAS (364.455 ptas.), entendiéndose que de no optar la Empresa por la readmisión o por la indemnización procede la primera, y, además, en uno y otro caso, al pago de los salarios de tramitación 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 6.500 ptas. diarias de sueldo ascienden a la suma de QUINIEN-TAS MIL QUINIEN-TAS PESETAS (500.500 ptas.) para la Sra. V.V. y a la suma de CUATROCIENTAS SETENTA Y CUATRO MIL QUINIEN-TAS PESETAS (474.500 ptas.) para doña M.B.V. se ABSUELVE de los pedimentos de la demanda rectora de la litis a la entidad “C.R.E.”, por falta de legitimación pasiva de ésta”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la pretensión subsidiaria de la demanda deducida por las actoras, declaro la improcedencia del despido, condenando al Excmo. Concello de Lugo a que en el plazo legal opte entre readmitir a las actoras o abonarles en concepto de indemnización las cantidades de 585.000.-pts a doña C.V.V. y 364.455.-pts a doña M.B., y en ambos casos

con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia. Absolviendo a la “C.R.E.” por falta de legitimación pasiva de esta. Frente a dicha sentencia se alzan en suplicación el Ayuntamiento de Lugo y las actoras, interponiendo sendos recursos, articulando cada uno de ellos, solo motivos de infracción jurídica.

SEGUNDO.- Por el cauce procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, los recurrentes invocan cada uno de ellos un solo motivo de infracción jurídica, denunciando el ayuntamiento infracción del artículo 15 del ETT en relación con RD 2.546-94 de 29 de diciembre y de la jurisprudencia que los interpreta; y en el recurso de las actoras alegan infracción de los artículos 52 y 53 del ETT en relación con el artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral. Y la Sala considera que procede un examen conjunto de los motivos alegados por ambos recurrentes. A efectos de resolver los motivos de infracción jurídica alegados en ambos recursos, es conveniente hacer constar: a) que las administraciones públicas locales pueden acudir a los contratos de trabajo temporales, en la modalidad de obra o servicio determinado, para realizar tareas de “de trabajadoras de familia en ayuda a domicilio” mientras exista financiación de las correspondientes Comunidades Autónomas, pues concurren los requisitos establecidos en los artículos 15.1.a) del ETT y 2 del RD 2.104-84, ya que la singularidad que el servicio tiene respecto al ayuntamiento, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención —en este sentido sentencias del TS de 11 de noviembre y 18 y 28 de diciembre de 1998 al examinar supuestos análogos al aquí planteado, referentes al servicio de ayuda a domicilio, señalado que es uno de los generales, establecidos normalmente en las normativas de las Comunidades Autónomas, y que los ayuntamientos realizan dentro de los planes de descentralización previstos con el régimen de ayudas y subvenciones— que se conceden a dichos Entes locales; b) que en el supuesto de autos ha resultado acreditado —y así consta en el inmodificado relato fáctico— que las dos actoras han venido prestando servicios por cuenta del Ayuntamiento de Lugo, con la categoría profesional de trabajadoras de familia, mediante contratos de trabajo de dura-

ción determinada, en la modalidad de realización de una obra o servicio determinado, consistente en “la realización de las funciones establecidas en la Orden de 22.07.96 por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio” hasta que el 04.04.00 recibieron las actoras comunicación escrita, notificándoles, que los días 17 y 21 de mayo de 2000, finalizaban las respectivas relaciones laborales) que con fecha de 30.04.00, siguiendo vigentes el convenio de cooperación, suscrito en agosto de 1996, entre la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia y el Ayuntamiento de Lugo, para la prestación de servicios sociales de atención primaria, las ordenes de dicha consejería, regulando las ayudas de la Comunidad Autónoma de Galicia para el mantenimiento, realización de programas e inversiones destinadas a la prestación de servicios sociales por las corporaciones locales; y las ayudas de la Xunta al ayuntamiento, por el específico concepto de ayuda al hogar pisos de acogida a mujeres maltratadas; el Ayuntamiento de Lugo y la “C.R.E.”, suscribieron un convenio de colaboración para la prestación del servicio de ayuda a domicilio, en el que entre otros extremos, se hace constar que “la “C.R.E.” prestara los servicios señalados que serán desempeñados necesariamente por las trabajadoras auxiliares de ayuda en el hogar”, que “la “C.R.E.” asumirá por sus tramites reglamentarios al personal que actualmente presta estos servicios en el Concello de Lugo que “en ningún caso la prestación del personal de ayuda en el hogar supondrá relación laboral ninguna con el Concello de Lugo, estando obligada la “C.R.E.” a cumplir todas las disposiciones vigentes en materia laboral y de seguridad social, así como a la cobertura correspondiente de la responsabilidad civil de su personal” etc. y d) que las hoy demandantes no vieron convenir a su derecho las condiciones en las que se les ofrecían empezar a prestar servicios para la “C.R.E.”, y a cuyo objeto se les imponía por el Concello de Lugo, renunciar a sus contratos prorrogados en vigor entonces.

CUARTO.- Sostiene el ayuntamiento demandado, que el cese de las actoras, contratadas en la modalidad de obra o servicio determinado, constituyó, no un despido, sino una extinción de sus contratos, por haber expirado el tiempo convenido, y haberse realizado el servicio para el que se las contrato. La sala no puede compartir tal apreciación, como en un supuesto idéntico se ha pronunciado, concretamente en la sentencia de fecha 28 de noviembre del año 2000 Recurso nº 4.849-2000, en la

cual indica con argumento que reproducimos, que los contratos temporales de obra o servicio determinados –que aunque su ejecución esta limitada en el tiempo, su duración es en principio incierta (art. 15 del ETT)– concertados entre el ayuntamiento y las actoras, no habían quedado extinguidos como exige el art. 49 del ETT, por la realización de la obra o servicio objeto de las mismas, cuando la entidad local unilateralmente lo decidió en abril del año 2000, dado que, por una parte, la prestación del servicio de ayuda a domicilio, para el que habían sido contratadas, seguía vigente en esa fecha, con autonomía y sustantividad propia, en cuanto dependiente de los dos factores ajenos al ayuntamiento, de los que dependía la duración: el concierto con la administración autonómica y la concesión de las correspondientes subvenciones; y, por otra parte, carecía de trascendencia a estos efectos, que, coincidiendo con esa fecha, hubiera aparecido en escena, suscribiendo un contrato con el ayuntamiento la “C.R.E.”, pues ello fue así. No porque hubiera terminado el concierto con la Xunta de Galicia, y hubiese cesado la subvención por parte de ésta; sino porque el ayuntamiento, por propia conveniencia así lo quiso, sin contar con las personas con las que lo tenía concertado entre ellas las actoras, que haciendo uso de sus derechos, no quisieron formar parte de las plantillas de la “C.R.E.”, al ofrecérseles una condiciones laborales inferiores a las que venían disfrutando.

QUINTO.- Que las actoras fundamentan su recurso, alegando infracción de los artículos 52 y 53 del ETT en relación con el art. 124 de la Ley de Procedimiento Laboral alegando en síntesis que, el servicio, para el que habían sido contratadas, tenía el carácter de primario, básico, y permanente dentro de las actividades propias del ayuntamiento y por tanto ante la irregularidad de los contratos temporales suscritos, la relación laboral se convierte en indefinida y por tanto no cabe la extinción de las relaciones laborales por fin de la obra o del servicio, y por lo tanto las extinciones de sus contratos constituyen, o bien un despido colectivo, en el supuesto de alcanzarse los umbrales numéricos, que contempla el art. 51 del ETT, o bien, en otro caso, un despido objetivo; por lo que solicita que se declare la nulidad de las extinciones contractuales y se condene al ayuntamiento a readmitirlas, con abono de los salarios de tramite. La sala tampoco comparte dicha argumentación, dado que partiendo de lo expuesto en la fundamentación jurídica de la presente resolución, ni cabe considerar que el servicio contratado sea

primario, básico y permanente dentro de las actividades del ayuntamiento, cuando como consta en el relato fáctico, el servicio de ayuda a domicilio era uno de los generales de los servicios sociales de la Xunta de Galicia, que los ayuntamientos realizaban dentro del plan de descentralización, previsto con la aportación de ayudas subvenciones que concedía, ni tampoco cabe considerar a las actoras como trabajadoras fijas o con relación laboral indefinida pues como se ha expuesto en la fundamentación jurídica de la presente resolución, la naturaleza jurídica de la relación laboral de las actoras con el ayuntamiento, como derivadas de la celebración de contratos temporales de obra o servicio determinado no ofrece duda. Y por otra parte por lo que se refiere a la nulidad de las extinciones contractuales por la necesidad de que fueran calificadas de despidos objetivos, estima la sala que no concurren los requisitos necesarios, ni se da la situación fáctica que determine la existencia de un despido objetivo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51 del ETT. Todo lo cual conlleva a la desestimación de los recursos de suplicación planteados, y a la confirmación de la sentencia recurrida. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación de los recursos de suplicación planteados por el Ayuntamiento de Lugo, y por las demandantes doña C.V.V. y doña M.B.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo en fecha 2 de agosto del 2000 en los autos nº 488/2000, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma. Se impone al Ayuntamiento de Lugo las costas del recurso por el planteado, con inclusión de los honorarios de los letrados impugnantes que se fijan, en cada caso, en la suma de 50.000 ptas.

3117 Recurso nº 4.110/97

S.S. RECARGO DE PRESTACIÓN DE SEGURIDADE SOCIAL. PROCEDENCIA. INCUMPRIMENTO DE NORMATIVA DE SEGURIDADE E SAÚDE DE CARÁCTER XERAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veintiséis de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 4.110/97 interpuesto por empresa "I.L., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 287/96 se presentó demanda por don D.C.P. en reclamación de impugnación medidas de seguridad siendo demandada la empresa "I.L., S.A.", "M.C.", INSS. y TGSS. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de noviembre de 1996 por el juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- El actor venía trabajando para la empresa demandada con la categoría de peón carpintero.- Segundo.- El día 12 de junio 1993, sufrió un accidente de trabajo a consecuencia del cual fue declarado en la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho a la prestación correspondiente 55% de una base reguladora de 107.660 pesetas, de la que se declara responsable a la aseguradora "M.C.". Tercero.- El accidente de trabajo se produjo en una prensa hidráulica que atrapó la mano izquierda del actor.- Dicha prensa funciona con un plato superior fijo y por desplazamiento vertical de su plato inferior, siendo la distancia entre ambos platos de 12 cm., cuando la prensa está abierta y el tiempo de cierre de unos treinta segundos.- A los tableros que llegan a la plataforma de alimentación de la prensa se les coloca y pega manualmente en su cara superior una hoja de papel de melamina, y una vez realizada ésta operación se accionan las máquinas para que dichos tableros se depositen en el plato inferior de la prensa para cerrarse ésta, simultáneamente hace ese mismo desplazamiento y con igual recorrido la plataforma de alimentación de la prensa.- El trabajador se sitúa enfrente de la plataforma de alimentación de la plancha. El funcionamiento de la plancha se lleva a cabo desde un panel de mandos frente a la plataforma de alimentación y pupitre de mando y control de la prensa, situado frente a ésta.

Existe en el panel de mando del operario un botón para realizar la prensada en normal o automático. Si se realiza en normal, es necesario pulsar otro botón para el avance de la plataforma de alimentación y un tercer botón para el cierre de la prensa. Si se realiza en automático un segundo botón hace avanzar la plataforma y el cierre de la prensa.- Finalmente hay un último botón de color rojo de paro de emergencia, cuyo accionamiento provoca el paro instantáneo de toda la maquinaria. Además en el pupitre de la prensa existe otro botón para el cierre de ésta cuando la máquina funciona en manual. En el momento del accidente, el funcionamiento estaba en automático.- El trabajador introdujo su mano izquierda en la prensa, supuestamente para colocar el tablero en posición correcta, aprisionándose y produciéndole la posterior amputación de la misma.- La prensa causante del accidente reunía todos los requisitos técnicos exigidos por Industria, pero carecía de dispositivo que interrumpiese de forma automática su funcionamiento caso de introducir algún cuerpo extremo en su campo de acción.- Cuarto.- La Inspección de Trabajo inicia expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene, al entender que la prensa carecía de dispositivos de protección que impidiesen o dificultasen el riesgo de atrapamiento, tales como dispositivo detector de presencia, dispositivo de mando a dos manos, y levanta acta de infracción por sanción grave en grado medio, por importe de 250.000 pesetas. El acta ha sido confirmada y recurrida por la empresa. El INSS no ha resuelto hasta la fecha el expediente de falta de medidas de seguridad e higiene.- Quinto.- Con posterioridad al accidente la empresa instala en la máquina una barrera inmaterial fotoeléctrica inmediatamente antes de la prensa que paraliza la línea de fabricación cuanto interceptada por algún obstáculo y el mando a dos manos en una posición situada a unos dos metros de la prensa.- Sexto.- De conformidad con la Ordenanza de la Madera, de 28 de julio de 1969, vigente en la fecha del accidente, el trabajador encargado de la prensa caliente ostentará la categoría de oficial de 1ª. El trabajador accidentado, calificado como peón, llevaba manejando la máquina desde hacía ocho meses."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por don D.C.P. declaro la existencia de falta de medidas de seguridad en el accidente de trabajo sufrido por el actor el día 12 de junio de 1995, y condeno a la empresa "I.L., S.A." a abonar a su exclusivo cargo el

incremento de la pensión reconocida en un 40% para lo que ha de constituir el correspondiente capital coste, absolviendo de la demanda al resto de las demandadas.- Con fecha 21 de noviembre de 1996, se ha dictado Auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “DISPONGO.- Que procede rectificar el error material sufrido en la redacción del fallo de la sentencia que queda de la siguiente manera: FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por don D.C.P. declaro la existencia de falta de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo sufrido por el actor el día 12 de junio de 1993 y condeno a la empresa “I.L., S.L.”, a abonar a su exclusivo cargo el incremento de las prestaciones derivadas del accidente en un 40%, absolviendo de la demanda al resto de los demandados, debiendo la empresa en lo que respecta a la prestación de invalidez constituir el correspondiente capital coste.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada empresa “I.L., S.L.” siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando en parte la demanda, declaró la existencia de faltas de medidas de seguridad e higiene en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador el día 12 de junio de 1993, condenando a la empresa demandada a abonar a su exclusivo cargo el incremento de las prestaciones derivadas del accidente en un 40%, absolviendo de la demanda al resto de los demandados, debiendo la empresa en lo que respecta a la prestación de invalidez constituir el correspondiente capital coste. Decisión judicial que es recurrida por la empresa en suplicación, pretendiendo como primer motivo, con adecuado amparo procesal la revisión de los hechos declarados probados a fin de que se adicione al ordinal tercero en su párrafo décimo un texto del tenor literal siguiente: “El trabajador introdujo su mano izquierda en el interior de la prensa, supuestamente para colocar el tablero en posición correcta, después de haber accionado el pulsador que ordenaba su cierre de manera inmediata, aprisionándose y produciéndole la posterior amputación de la misma”. Adición que se rechaza, -salvo lo que ya consta en los hechos probados-, pues, trata de ampararla en la prueba pericial (obrante al

folio 97 de los autos) que ya fue valorada por el Magistrado de instancia, en legítimo ejercicio de las facultades que al efecto le confieren los arts. 97.2 de la LPL y 632 de la LEC, así como en distinta prueba testifical, medio no hábil a efectos revisorios, de conformidad con el art. 191.b) de la LPL. Interesa igualmente que se adicione al ordinal tercero y en concreto al párrafo séptimo un texto del tenor literal siguiente: “Botón que por encontrarse ubicado en el panel situado en el mismo puesto de trabajo ocupado por el operario podía ser accionado por este ante cualquier eventualidad o emergencia”. Adición que igualmente se rechaza al no aportarse la documental o pericial en que se ampare. Interesa la revisión del ordinal sexto sin que concrete pretensión alternativa, lo que lleva consigo su rechazo, de conformidad con reiterada jurisprudencia (de ociosa cita).

SEGUNDO.- Como segundo motivo, -sobre examen del derecho aplicado a la sentencia recurrida- con adecuado amparo procesal, denuncia, infracción por aplicación indebida del art. 93 de la LGSS, alegando fundamentalmente que su carácter punitivo impone una interpretación restrictiva de dicha norma, cuando además no concurre ni una sola nota tipificadora de la omisión de medidas de seguridad en el trabajo y para ello se fundamenta en distintas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que cita y se tienen por reproducidas, estimando en definitiva que no ha existido incumplimiento empresarial y que el accidente se debió única y exclusivamente a imprudencia del trabajador, y que, por tanto, era improcedente el recargo de prestaciones con cargo a la empresa. Como antecedentes de la cuestión litigiosa y así se desprende del inalterado relato fáctico de hechos probados, deben señalarse los siguientes: A) el actor que venía trabajando para la empresa demandada como peón-carpintero con fecha 12 de junio de 1993 sufrió un accidente de trabajo a consecuencia del que fue declarado en situación de Invalidez Permanente Total para su profesión habitual de carpintero con derecho a la prestación correspondiente del 55% de una base reguladora de 107.660 pts., de la que se declaró responsable a la aseguradora “M.C.” B) el accidente se produjo en una prensa hidráulica que atrapó la mano izquierda del actor, prensa que funcionaba con un plato superior fijo y por desplazamiento vertical de su plato inferior, haciendo la distancia entre ambos platos de 12 cm. cuando la prensa

está aberta y el tiempo de cierre de unos treinta segundos. A los tableros que llegaban a la plataforma de alimentación de la prensa se les coloca y pega manualmente en su cara superior una hoja de papel de melamina, y una vez realizada ésta operación se accionan las máquinas para que dichos tableros se depositen en el plato inferior de la prensa, para cerrarse ésta, simultaneamente hace ese mismo desplazamiento y con igual recorrido la plataforma de alimentación de la prensa. El trabajador se sitúa enfrente de la plataforma de alimentación de la plancha y el funcionamiento de la plancha se lleva acabo desde un panel de mandos frente a la plataforma de alimentación y pupitre de mando y control de la prensa, situado frente a esta. Existe en el panel de mando del operario un botón para realizar la prensada en normal o automático; si se realiza en normal es necesario pulsar otro botón para el avance de la plataforma de alimentación y un tercer botón para el cierre de la prensa; si se realiza en automático un segundo botón hace avanzar la plataforma y el cierre de la prensa. Finalmente hay un último botón de color rojo de paro de emergencia, cuyo accionamiento provoca el paro instantáneo de la toda la maquinaria. Además en el pupitre de la prensa existe otro botón para el cierre de ésta cuando la máquina funciona en manual. C) en el momento del accidente, el funcionamiento estaba en automático y el trabajador introdujo su mano izquierda en la prensa, supuestamente para colocar el tablero en posición correcta, aprisionándose y produciéndole la posterior amputación de la misma. La prensa causante del accidente reunía todos los requisitos técnicos exigidos por industria, pero carecía de dispositivo que interrumpiese de forma automática su funcionamiento caso de introducir algún cuerpo extraño en su campo de acción. D) Por la Inspección de Trabajo se inició expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene, al entender que la prensa carecía de dispositivo de protección que impidiesen o dificultasen el riesgo de atrapamiento, tales como “dispositivo detector de presencia” y “dispositivo de mando a dos manos”, habiendo levantado acta de infracción por sanción grave en grado medio, por importe de 250.000 ptas., acta que ha sido confirmada y recurrida por la empresa, sin que por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se haya resuelto hasta la fecha el expediente de faltas de medidas de seguridad e higiene. E) con posterioridad al accidente la empresa instaló en la máquina una barrera

inmaterial fotoeléctrica inmediatamente antes de la prensa que paraliza la línea de fabricación cuando es interceptada por algún obstáculo y un mando a dos manos en una posición situada a unos dos metros de la prensa. La situación de hecho que queda descrita pone de manifiesto, sin duda alguna, que por la empleadora recurrente se han vulnerado los derechos que a la integridad física y protección eficaz en materia de seguridad e higiene vienen reconocidos al trabajador, respectivamente en los art. 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores; por otro lado, la empresa recurrente ha incumplido las obligaciones generales que le venían impuestas en el art. 89 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971 en la que se señala: “para evitar los peligros que puedan causar al trabajador los elementos mecánicos agresivos de la maquinas por acción atrapante, cortante, lacerante, punzante, prensante, abrasiva o proyectiva, se instalarán las protecciones mas adecuadas al riesgo específico de cada máquina” y si bien no se especifica en particular cuales son dichas protecciones, sí cabe señalar, -como acertadamente se razona por el magistrado de instancia- que se trata de una norma de carácter general de obligado cumplimiento empresarial y dado que como ha quedado probado, si bien la prensa causante del accidente reunía todos los requisitos técnicos exigidos por industria, carecía de los dispositivos de protección suficientes que impidiesen o dificultasen el riesgo de atrapamiento, dispositivos que fueron instalados con posterioridad al accidente por la empresa y en concreto una barrera inmaterial fotoeléctrica inmediatamente antes de la prensa que paraliza la línea de fabricación cuando es interceptada por algún obstáculo y el mando a dos manos, dispositivos de protección que habían sido señalados como necesarios para evitar riesgos de accidente por parte de la Inspección de Trabajo; y al no existir duda alguna de la relación de causa efecto entre la falta de dichas medidas de seguridad y el accidente, es incuestionable que la situación litigiosa debe encuadrarse dentro del supuesto previsto en el art. 93, número 1 de la LGSS, con las consecuencias previstas en los números 2 y 3 del propio precepto, en los que se establece: “que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta de un 30 a un 50% cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones,

centros o lugares de traballo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados, o, en malas condiciones o cuando no se haya observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”; y al haberlo apreciado y declarado así el juzgador “a quo”, no cabe otra alternativa que estimar su pronunciamiento plenamente conforme al ordenamiento jurídico y en consecuencia desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “I.L., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de A Coruña de fecha 5 de noviembre de 1966, -sobre infracción de medidas de seguridad- confirmando íntegramente la resolución recurrida. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y se condena a la Empresa recurrente al abono de los honorarios de letrado por importe de 25.000 ptas., a cada uno de los letrados impugnantes en el recurso.

3118 Recurso n° 5.057/00

S.S. REPRESENTATIVIDADE SINDICAL ÓS EFECTOS NEGOCIADORES. PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO. ADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. CÓMPUTO DE RESULTADOS ELECTORAIS DE ACTAS AÍNDA NON REXISTRADAS, SEN QUE SEXA RELEVANTE QUE AS ELECCIÓNS FOSEN IMPUGNADAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a vinte e seis de xaneiro de 2002.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 5.057/00 interpuesto por “CIG.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (U.G.T. GALICIA) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado la “A.E.L.E. y L.”, “CIG.” y “CC.OO” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 551/00 sentencia con fecha dieciocho de agosto 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.-** En fecha 25 de abril de 2000 tiene lugar la reunión con objeto de constituir la comisión negociadora del convenio colectivo para el sector de la limpieza de edificios y locales de la provincia de Lugo./ La representación empresarial estaba ostentada por la asociación de empresarios de la limpieza de edificios y locales de Lugo y la representación social ostentada por las centrales C.I.G., U.G.T. y CC.OO./ **SEGUNDO.-** La representación sindical, según la certificación emitida por la delegación de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, alcanza los siguientes porcentajes: C.I.G. 51,7%, U.G.T. 46,7% y CC.OO. 1,7%./ **TERCERO.-** El proceso de votación en la empresa “L.” se realizó el 10 de abril de 2000, resultando elegidos tres representantes de la U.G.T. y ninguno de la C.I.G./ Tuvo entrada en el registro en fecha 12 de abril de 2000./ La C.I.G. impugna el número de representantes a elegir ya que entiende que el censo electoral no se corresponde con el número de trabajadores de la empresa./ El proceso de votación en la empresa “L.” fue el 3 de abril de 2000 obteniendo la U.G.T. un representante./ En la empresa de Limpiezas “S.” se celebraron elecciones el 26 de abril de 2000./ **CUARTO.-** La certificación emitida por la delegación de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de fecha 25 de abril de 2000 no incluye los resultados electorales correspondientes a las empresas “L., S.L.” y “L.”/ **QUINTO.-** Fue intentada la resolución del conflicto a través del Servicio de Solución de Conflictos, siendo rechazado el procedimiento por la C.I.G.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando la demanda presentada por la "U.G.T." Galicia contra la "A.E.L.E. y L.", la "C.I.G." y "CC.OO.", declaro el derecho de la actora a que se computen los delegados elegidos en las empresas "L." y "L." a efectos de la representatividad que ha de ostentar la U.G.T. en el momento de constitución de la comisión negociadora del convenio provincial de limpiezas de edificios y locales de Lugo".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de duplicación por la parte el sindicato C.I.G. demandado siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el sindicato CIG, codemandado, la sentencia de instancia que estimó la demanda rectora de los autos, admitiendo el relato fáctico que contiene, denuncia la infracción del art. 151 LPL por aplicación indebida, estimando que concurre la excepción de inadecuación de procedimiento por entender que el correcto y no aplicado sería el previsto en el art. 133 y siguientes LPL que regulan la impugnación de resoluciones administrativas que deniegan el registro de actas electorales. El motivo no puede ser atendido por cuanto en el presente supuesto no se discute la denegación del registro de una acta electoral por parte de la oficina pública, pues no consta que el acta electoral relativa a las elecciones celebradas en la empresa "L." y a la empresa "L., S.L." haya sido denegado el registro de las mismas, por el contrario lo que consta es que las elecciones celebradas en "L." fueron impugnadas por la recurrente, mas ello no se debate, sino que el objeto de la discusión se centra en determinar quien ostenta mayor o menor representatividad sindical al objeto de negociar un convenio colectivo de ámbito provincial, para lo que es preciso fijar el momento que se ha de concretar la mayor o menor representatividad y concretar que actas y resultados electorales son computables en dicho momento, lo que sin lugar a dudas ha de enjuiciarse a través del proceso de conflicto colectivo ya que lo realmente discutido es el primer paso de la negociación colectiva y por tanto afecta la cuestión debatida a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, por lo que el objeto del litigio cae dentro

del marco establecido por el art. 151 LPL, siendo por tanto el procedimiento el adecuado.

SEGUNDO.- Como segundo motivo se invoca, al amparo del art. 191.c) LPL, infracción de normas sustantivas, citando los art. 75.7 y 88.1.II LET, entendiendo que la única fórmula válida de acreditar la representatividad sindical es la certificación de la Autoridad Laboral competente expedida a la fecha de constituirse la mesa negociadora, sin que puedan tomarse en cuenta procesos electorales que no fueran debidamente registrados ante la misma. Es reiterada la doctrina jurisprudencial que, con base en la DA 1ª y en los art. 6 y 7 de la LOLS, establece que la mayor representatividad sindical habrá de acreditarse por la parte a quien interese en el momento de ejercer las funciones o facultades correspondientes, en el presente caso tal acreditación ha de efectuarse en el momento de constituirse la mesa negociadora del convenio colectivo (el 25.06.00), y tal representatividad se certifica por la oficina pública dependiente de la autoridad laboral competente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75.7 LET, a petición de parte interesada, así TS 4ª, S 07.06.96, y 07.07.97, y las que esta cita de 23-XI-1993, 9-III-1994, 5-X-95, 18-XII-95 y 25-V-1996, siendo a partir de dicho momento inalterable dicha representatividad. Establecido lo anterior la segunda cuestión a determinar consiste en fijar que resultados electorales son computables en la fecha de constitución de la mesa de negociación, esto es, si solamente se computan las actas registradas hasta tal fecha, o si han de computarse también los resultados electorales cuyas actas todavía no se han registrado, y en este aspecto, siguiendo el criterio sentado por la STSJ de Baleares de 10/1/2000, atendiendo a lo dispuesto en el art. 67.3 LET en relación con el art. 132.1.c) LPL, han de computarse los resultados electorales producidos con anterioridad a la constitución de la mesa de negociación, por cuanto la certificación oficial debe atender al número de delegados de personal y miembros de comités de Empresa obtenidos por cada sindicato, y estos obtienen tal condición desde el momento en que se proclama el resultado de la elección no perdiendo dicha condición hasta que el laudo arbitral correspondiente o la resolución judicial determinen la nulidad de la elección efectuada, sin que la impugnación de la misma implique la suspensión de las funciones y facultades de los elegidos, por ello la certificación expedida en primer lugar por dicha oficina no se ajustaba a la realidad de dicho momento al no computar

los delegados sindicales elegidos dentro del sindicato demandante, por ello no incurre la resolución recurrida en los defectos imputados procediendo su confirmación, previa desestimación del recurso planteado. Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por la "CIG.", contra la sentencia dictada el 18/8/2000 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo en autos nº 551-2000, sobre conflicto colectivo, seguidos a instancias del sindicato UGT. Galicia contra CC.OO, la "A.E.L.E. y L." y contra la propia recurrente, resolución que se mantiene en su integridad.

3119 Recurso nº 5.330/00

S.S. ATRASOS CONTINUADOS NO ABOA-MENTO DO SALARIO. EXTINCIÓN DO CONTRATO POR VONTADE DOS TRABALLADORES. NON PROCEDE. ATRASOS PUNTUAIS E ACORDO SOBRE PAGAMENTO DOS SALARIOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintiséis de enero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 5.330/00 interpuesto por don J.C.L. y otros contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.C.L., don J.P.F. y don J.F.L. en reclamación de rescisión de contrato, siendo demandada la empresa "C., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 24/00 sentencia con fecha 9 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.- Los actores prestan sus servicios por cuenta y orden de la empresa demandada con las siguientes categorías, antigüedad y salarios (incluidas prorrateo de pagas extraordinarias y horas extras estructurales):

NOMBRE	CATEGORIA	ANTIGÜEDAD	SALARIO
J.C	Oficial 1ª	04.03.86	210.000 ptas.
J.F.	Oficial 1ª	15.06.88	240.567 ptas.
J.P.	Oficial 1ª	04.05.82	290.000 ptas.

SEGUNDO.- La empresa demandada "C., S.A." adeuda a los demandantes las pagas extraordinaria de Navidad del año 1998, las pagas extraordinarias de julio del año 1999.- TERCERO.- Es práctica habitual de la empresa el abonar los salarios el día 10 del mes siguientes y dicha condición se la comunicaban a los trabajadores desde el inicio de la relación laboral.- CUARTO.- El día 29 de diciembre de 1999 la dirección de las empresas "T.C. y C., S.A." y los respectivos delegados de personal y comité de empresa llegan a un acuerdo y en donde en concreto se hace constar: 1. Los salarios mensuales se pagarán el día 10 de cada mes, o en fecha más próxima posible, recibiendo información puntual los miembros del comité de empresa y delegados de personal, en el caso de no poder cumplir en esa fecha. 3. Las pagas extraordinarias de julio del 99 y diciembre del 99, que se le debían a los trabajadores, serán pagadas mediante un prorrateo mensual con cada nómina, a partir de febrero de 2000, a razón de 10.000 ptas. brutas mensuales, hasta su total liquidación. No obstante, la dirección intentará, siempre que la situación económica lo permita, liquidar la deuda de las pagas en el menor plazo de tiempo posible.- QUINTO.- La empresa "C., S.A." está pasando por una mala situación económica con problemas de liquidez.- SEXTO.- El día 4 de enero de 2000 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación en virtud de papeleta presentada el día 17 de diciembre de 1999. Dicho acto concluyó intentada sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimo la demanda sobre resolución de contrato formulado por don J.C.L., don J.P.F. y don J.F.L., y contra la

empresa “C., S.A.”, y en consecuencia, absolver a la demandada de las pretensiones contenidas en la demanda contra ella dirigida”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de las pretensiones deducidas en la demanda, interpone recurso la representación procesal de los demandantes, construyendo el primero de los motivos de suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicitando la adición al ordinal segundo de hechos probados de un nuevo apartado, en los siguientes términos: “La empresa “C., S.A.”, desde 1998, al menos, viene abonando con retraso los salarios a sus trabajadores y, en concreto en lo que respecta a los actores: - Ingresos a favor de don J.C.L.: La nómina de diciembre 1997 en fecha 19.91.98: 111.955 ptas.; la nómina de enero de 1998 en fecha 13.02.98: 115.494 ptas.; la nómina de febrero de 1998 en fecha 16.03.98: 132.910 ptas.; la nómina de marzo de 1998 en fecha 08.05.98: 140.819 ptas.; la nómina de abril 18.05.98: 93.000 ptas.; la nómina de mayo de 1998 en fecha 15.06.98: 154.760 ptas.; la nómina de junio de 1998 en fecha 14.07.98: 142.484 ptas.; la paga extra 28.07.98: 119.828 ptas.; la nómina de julio de 1998 en fecha 14.08.98: 159.386 ptas.; la nómina de agosto de 1998 en 11.09.98: 146.647 ptas.; se le ingresó en septiembre de 1998 en fecha 02.10.98: 40.745 ptas.; la nómina de septiembre de 1998 en fecha 16.10.98: 146.278 ptas.; la nómina de octubre de 1998 en fecha 16.11.98: 141.429 ptas.; la nómina de noviembre de 1998 en fecha 16.12.98: 172.922 ptas.; la paga extra en fecha 28.12.98: 122.470 ptas.; la nómina de diciembre de 1998 en fecha 18.01.99: 141.802 ptas.; la nómina de enero de 1998 en fecha 19.02.99: 147.802 ptas.; la nómina de febrero de 1998 en fecha 22.02.99: 151.952 ptas.; la nómina de marzo de 1998 en fecha 22.04.99: 161.040 ptas.; la nómina de abril de 1998 en fecha 26.05.99: 166.808 ptas.; la nómina de mayo de 1998 en fecha 29.06.199: 162.812 ptas.; la nómina de junio de 1998 en fecha 16.07.99: 157.294 ptas.; la nómina de julio de 1998 en fecha 24.08.99: 150.595 ptas.; la nómina de agosto de 1998 en fecha 24.09.99: 178.136 ptas.; la nómina de septiembre de

1998 en fecha 18.10.99: 156.969 ptas.; la nómina de octubre de 1998 en fecha 25.11.99: 175.289 ptas.; la nómina de noviembre de 1998 en fecha 20.12.99: 143.906 ptas.; la extra en fecha 29.12.99: 122.470 ptas.; la nómina de diciembre en fecha 31.01.00: 121.071 ptas.- Transferencias a favor de don J.P.F.: La nómina de enero de 1998 en fecha 12.02.98: 156.594 ptas.; la nómina de febrero de 1988 en fecha 13.03.98: 159.434 ptas.; la nómina de marzo de 1998 en fecha 08.05.98: 121.000 ptas.; la nómina de abril de 1998 en fecha 15.05.98: 111.000 ptas.; la nómina de mayo de 1998 en fecha 12.06.98: 188.076 ptas.; la nómina de junio de 1998 en fecha 13.07.98: 213.037 ptas.; la extra en fecha 27.07.98: 119.796 ptas.; la nómina de julio de 1998 en fecha 13.08.98: 236.324 ptas.; la nómina de agosto de 1998 en fecha 18.09.98: 194.973 ptas.; la nómina de septiembre de 1998 en fecha 01.10.98: 53.952 ptas.; ese mismo día le ingresan 48.738 ptas.; la extra en fecha 14.10.98: 145.803 ptas.; la nómina de octubre de 1998 en fecha 13.11.98: 134.640 ptas.; la nómina de noviembre de 1998 en fecha 12.12.98: 200.021 pts; la extra en fecha 24.12.98: 125.356 pts; la nómina de diciembre de 1998 en fecha 15.01.99: 153.801 pts; la nómina de enero de 1999 en fecha 17.02.99: 146.740 pts; la nómina de febrero de 1999 en fecha 18.03.99: 139.896 pts; la nómina de marzo de 1999 en fecha 21.04.99: 137.381 pts; la nómina de abril de 1999 en fecha 26.05.99: 177.026 pts; la nómina de mayo de 1999 en fecha 28.06.99: 186.069 pts; la nómina de junio de 1999 en fecha 16.07.99: 222.263 pts; la nómina de julio de 1999 en fecha 18.07.99: 253.123 pts; la nómina de agosto de 1999 en fecha 23.09.99: 252.681 pts; la nómina de septiembre de 1999 en fecha 16.10.99: 230.737 pts; la nómina de octubre de 1999 en fecha 23.11.99: 208.860 pts; la nómina de noviembre de 1999 en fecha 17.12.99: 164.864 pts; la nómina de diciembre de 1999 en fecha 28.01. 00: 167.044 pts.- Ingresos a favor de don J.F.L.: La nómina de diciembre de 1997 en fecha 19.01.98: 129.473 pts; la nómina de enero de 1997 en fecha 13.02.98: 115.395 pts; la nómina de febrero de 1998 en fecha 16.03.98: 134.384; la nómina de marzo de 1998 en fecha 11.05.98: 109.000 pts; la nómina de abril de 1998 en fecha 18.05.98: 98.000 pts; la nómina de mayo de 1998 en fecha 15.06.98: 136.912 pts; la nómina de junio de 1998 en fecha 14.07.98: 161.915 pts; la paga extra en fecha 28.07.98: 121.613 pts; la nómina de julio de 1998 en fecha 14.08.98: 173.843 pts; la nómina de agosto de 1998 en fecha 11.09.98: 146.235 pts; la nómina de septiembre de 1998

en fecha 02.10.98: 42.235 pts; en el mismo día ingresan 43.038 pts; el 16.10.98: 150.579 pts; la nómina de octubre de 1998 en fecha 16.11.98: 139.372 pts; la nómina de noviembre de 1998 en fecha 16.12.98: 107.164 pts; la paga extra en fecha 28.12.98: 124.318; la nómina de diciembre de 1998 en fecha 18.01.99: 136.167 pts; la nómina de enero de 1999 en fecha 19.02.99: 112.556 pts; la nómina de febrero de 1999 en fecha 22.03.99: 110.987 pts; la nómina de marzo de 1999 en fecha 22.04.99: 116.705 pts; la nómina de abril de 1999 en fecha 26.05.99: 133.503 pts; la nómina de mayo de 1999 en fecha 29.06.99: 162.272 pts; la nómina de junio de 1999 en fecha 16.07.99: 161.034 pts; la nómina de julio de 1999 en fecha 24.08.99: 164.425 pts; la nómina de agosto de 1999 en fecha 24.09.99: 172.886 pts; la nómina de septiembre de 1999 en fecha 18.10.99: 192.551 pts; la nómina de octubre de 1999 en fecha 25.11.99: 155.165 pts; la nómina de noviembre de 1999 en fecha 20.12.99: 137.428 pts; la paga extra de diciembre en fecha 29.12.99: 124.318 pts". Se pretende apoyar tal petición en la prueba documental, aportada por la parte actora, que obra a los folios 18, 32, 33, 34 y 47, que consiste en hojas salariales, y en la prueba de la misma naturaleza, aportada por la parte demandada, que ocupa los folios 113, 114, 115 y 116, consistente en las certificaciones bancarias de abono de cantidades. No se accede a ello, de un lado, porque su admisión implicaría introducir en el debate situaciones fácticas concretas no aducidas en el escrito de demanda; de otro, porque los documentos de apoyatura, han sido analizados y valorados, en sentido negativo, por el juzgador de instancia, como así lo pone de manifiesto el párrafo tercero, "in fine", del fundamento de derecho segundo de su resolución. En todo caso, es de resaltar que los abonos del codemandante don J.C.L., correspondientes al año 1998 no serían en las fechas pretendidas.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Rituaria Laboral, se articula el segundo, y último, de los motivos en el que se denuncia infracción de los arts. 4.1.f) y 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores; por estimar, esencialmente, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo 25.09.75, 24.03.92, 13.07.98 y 25.01.99 que a la vista de los hechos probados resulta evidente que la demandada viene abonando los salarios a los demandantes con retraso mes a mes desde 1998 y que, además, adeudaba una serie de cantidades, dos pagas extras, que a la fecha del juicio no habí-

an sido abonadas. Añadiendo que el 29.12.99 se firmó un acuerdo entre el comité de empresa y "C., S.A.", en el que se estableció, entre otras cosas, que los salarios mensuales se abonarían el día 10 de cada mes o en fecha más próxima posible, y que el derecho individual de todo trabajador a percibir puntualmente su salario es un derecho indisponible y que, por ello, el referido acuerdo no puede vincular a los trabajadores, y, además, es de fecha posterior a la presentación de la papeleta de conciliación. Haciendo referencia a la declaración del presidente del comité de empresa y a que la empresa tenga problemas de gestión e internos entre los socios no obsta para que no cumpla el deber de abonar el salario de forma puntual, lo que está afectando gravemente a la vida de cada trabajador porque cada uno tiene asumidas sus propias obligaciones bancarias y de otros tipos, a las que tiene que hacer frente en tiempo debido, de lo que se ve privado por el retraso en el abono de los salarios, que debía hacerse el día 10 de cada mes, de forma que ese día está ingresado puntualmente en su cuenta y si no es así, por las razones que sean, se está incurriendo por la empresa en un incumplimiento grave, culpable y reiterado en el tiempo, ya que tal conducta se arrastra desde principios del año 1998; estimando los recurrentes, en definitiva, que procede la resolución de los contratos. Del inmodificado relato histórico de la sentencia de instancia se desprende que: A) Los actores prestan servicios para la empresa demandada, "C., S.A.", con las antigüedades, categorías profesionales y salarios que se concretan en el ordinal primero de hechos probados de la sentencia recurrida. B) La empresa demandada adeuda a los demandantes las pagas extraordinarias de Navidad del año 1988 y de julio de 1999. C) Es práctica habitual en la empresa el abonar los salarios el día 10 del mes siguiente y dicha condición se la comunicaban a los trabajadores desde el inicio de las relaciones laborales. D) El día 29 de diciembre de 1999 la dirección de las empresas "T.C. y C., S.A." y los respectivos delegados de personal y comité de empresa llegan a un acuerdo y en donde en concreto se hace constar: 1. Los salarios mensuales se pagarán el día 10 de cada mes, o en fecha más próxima posible, recibiendo información puntual los miembros del comité de empresa y delegados de personal, en el caso de no poder cumplir en esa fecha. 3. Las pagas extraordinarias de julio del 99 y diciembre del 99, que se le debían a los trabajadores, serán pagadas mediante un prorrateo mensual con cada nómina, a partir de febrero de 2000, a razón de 10.000 ptas.

brutas mensuales, hasta su total liquidación. No obstante, la dirección intentará, siempre que la situación económica lo permita, liquidar la deuda de las pagas en el menor plazo de tiempo posible. E) La empresa demandada está pasando por una mala situación económica con problemas de liquidez. Fijada, en los términos que quedan expuestos, la situación litigiosa, resta ahora determinar si la misma encuentra la debida cobertura jurídica en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 4.2.d) y e), del propio texto legal y, en consecuencia, procede declarar la extinción del vínculo jurídico-laboral que une a los colitigantes y el derecho de los actores a percibir las correspondientes indemnizaciones, como por éstos se postula; o si, por el contrario, no es merecedora de tal protección legal, como se proclama en la sentencia recurrida. La disyuntiva debe resolverse optando por la tesis mantenida por el juzgador a "a quo", ya que si bien es cierto que el trabajador puede solicitar la extinción de su contrato de trabajo, en el caso de falta de pago o retraso continuado en el abono del salario pactado, no lo es menos que el incumplimiento del deber de retribución por parte del empresario habrá de ser grave; por otro lado, el éxito de la acción de resolución del contrato de trabajo, amparada en la norma contenida en el art. 50.1.b) del Estatuto de Los Trabajadores, requiere que la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario, se prolonguen, y reiteren durante varios periodos de tiempo; lo que no acontece en el caso litigioso, ya que la falta de pago es, únicamente, de dos gratificaciones extraordinarias y el abono de los salarios hacia el día 10 del siguiente mes al de su devengo, es práctica habitual de la empresa, advertida a los trabajadores al iniciarse la relación laboral. Tampoco debe desconocerse, pese a su fecha, el acuerdo sobre el pago de salarios a que se remite el apartado D) del párrafo que precede. Todo ello habrá de provocar la inviabilidad de las pretensiones rescisorias que en la demanda se ajercitan; y al haberlo apreciado y declarado así el juzgador de instancia, su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige; por lo que procede, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de don J.C.L., don J.P.F. y don J.F.L., contra

la sentencia de fecha nueve de marzo de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso sobre resolución de contrato promovido por los recurrentes frente a la empresa "C., S.A.", debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3120 Recurso nº 3.443/97

S.S. EDUCACIÓN INFANTIL. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL DO PERSOAL LABORAL Ó SERVICIO DA XUNTA DE GALICIA TRANSFERIDO DO ESTADO. RETRIBUCIÓN DE ACORDO COAS FUNCIONS REALMENTE DESENVOLVIDAS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa María Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veintinueve de enero de dos mil uno.

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. 3.443/97 interpuesto por doña M.C.R.G., doña R.V.F., doña M.J.V.E., doña M.T.R.F. y doña M.S.N.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 336/97 se presentó demanda por doña M.C.R.G., doña R.V.F., doña M.J.V.E., doña M.T.R.F. y doña M.S.N.B. en reclamación de personal Xunta siendo demandada la CONSELLERÍA DE FAMILIA, MULLER E XUVENTUDE-XUNTA DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 21 de junio de 1997 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Para la demandada Xunta de Galicia-Consellería de Familia, Muller e Xuventude, vienen prestando servicios las acto-

ras doña M.C.R.G., doña R.V.F., doña M.J.V.E., doña M.T.R.F. y doña M.S.N.B. como personal laboral fijo en la Escuela Infantil "C.", sita en...Vigo, haciéndolo desde 25.10.91, salvo doña M.J. que lo hace desde el 22.09.86 y doña M.T. que lo hace desde el 01.01.83, con la categoría profesional de auxiliares puericultoras y un salario base anual en 1996 de 139.805 pesetas, M. cesó en dicho trabajo en fecha 02.12.96.- Segundo.- Doña M.C.R.G. ostenta el título de profesora diplomada en E.G.B. desde 1990 y realizó diversos cursos de educación y salud infantil en relación con escuelas infantiles; doña R.V.F. ostenta asimismo el título de profesora de E.G.B. y realizó diversos cursos de educación y salud infantil en relación con escuelas infantiles así como de religión; doña M.J.V.E. ostenta el título de formación profesional de primer grado, jardín de infancia y realizó diversos cursos de educación y salud infantil así como de gallego; doña M.T.R.F. ostenta el título de formación profesional de primer grado y realizó diversos cursos de educación y salud infantil y doña M.S.N. es licenciada en filosofía y ciencias de educación y realizó diversos cursos de educación y salud infantil.- Tercero.- Las funciones que las actoras vienen realizando, con niños de hasta 4 años que son los que admite dicha escuela infantil, consisten en: alimentación, guarda y aseo de los niños, desarrollo psicomotor y del lenguaje así como estímulos de los niños, contactos con los padres y la dirección del centro, vigilancia y cuidado de los niños y elaboración de proyectos educativos.- Cuarto.- Consideran las actoras que las funciones que realizan son de educadora y subsidiariamente de técnicos especialistas en jardín de infancia, titulaciones que no poseen y reclaman por diferencias retributivas entre la primera categoría y la que tienen reconocida y por el período de 01.01.96 a 31.12.96, salvo doña M. que reclama hasta el 02.12.96 en que cesó, la cantidad de 919.576 pesetas salvo doña M. que reclama 842.945 pesetas y de forma subsidiaria y por diferencias en el mismo período con la segunda categoría indicada la cantidad de 459.690 pesetas salvo doña Margarita que reclama 421.383 pesetas.- Quinto.- El salario base de un educador en 1996 es de 205.489 pesetas mensuales en 14 pagas y el de un técnico especialista en jardín de infancia es de 172.640 pesetas mensuales en 14 pagas. En las guarderías infantiles en Galicia no existe el puesto de educador.- Sexto.- Con fecha 31.01.97 presentaron las actoras reclamación previa, que les fue desestimada mediante resolución de fecha 24.02.97, presentando demanda en fecha 14.05.97".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por doña M.C.R.G., doña R.V.F., doña M.J.V.E., doña M.J.R.F. y doña M.S.N.B. contra la Xunta de Galicia-Consellería, Muller e Xuventude, debo absolver y absuelvo a dicha 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.- La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve a la consellería demandada de la reclamación de cantidades frente a ella planteada, por entender las actoras que realizaban las funciones no de su categoría de Auxiliares puericultoras sino de educadoras; frente a ella interponen recurso de suplicación las actoras y al amparo del art. 191.b) del RDL 2/95 del 7/7, LPL, en cuanto a los hechos declarados probados, interesan la modificación del hecho declarado probado segundo en el sentido de que la actora M.T.R.F., ostenta el título de formación profesional de primer grado jardín de infancia, y realizó diversos cursos de educación y salud infantil... manteniéndose igual todo lo demás. Y en segundo lugar, se interesa la modificación del hecho declarado probado tercero de la sentencia recurrida que debería quedar redactado del siguiente modo: "Las funciones que las actoras vienen realizando, con niños de hasta 4 años, que son las que admite dicha escuela infantil, consisten en alimentación, guarda y aseo de los niños y tareas educativas en orden al desarrollo psicomotor del lenguaje, conducta y conocimientos, habilidades físicas, juegos, entretenimientos, así como estímulos sensoriales de los niños, contactos con los padres y la dirección del centro, y elaboración de proyectos educativos así como el desarrollo de unidades didácticas de la escuela y seguimiento y control de la marcha de dichos proyectos, realizando reuniones de control y evaluación. Y por último, en cuanto al hecho declarado probado quinto, se interesa la modificación del mismo en su línea final, diciendo: "En las guarderías de Galicia existe el puesto de educador contemplando en el III Convenio Colectivo del personal laboral de la Xunta de Galicia." Se admiten las modificaciones y adi-

ciones propuestas ya que así consta al folio 135, el título de la actora M.T.R.; en los folios 75, 76 y 12 los certificados de la directora de la escuela infantil "C." y del comité del personal de la delegación de la Consellería de Familia, Mujer e Xuventude, y por último en el III Convenio Colectivo del personal de la Xunta de Galicia.

SEGUNDO.- En segundo lugar y al amparo del art. 191.c) RDL 2/95, de 7 de abril, LPL, en cuanto al derecho aplicado en la sentencia recurrida, entienden los recurrentes-actoras que se vulnera por infracción por no aplicación los artículos 15.1 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia para el año 1995/96, así como su anexo II, Grupo II, Titulados de grado medio, categorías análogas o similares (6). Educadoras; Art. 14 del RD. 1.004/94, de 15 de Junio, así como artículos 4.2.b) 24, 25; 1; 39.3 y 4.82 y 85 del Estatuto Trabajadores y el art. 14 C.E. Igualmente jurisprudencia T.S. S 20.01.94, y TSJ Rioja 07.01.92. Denuncia frente a la que el Tribunal reitera criterio ya expuesto en sentencias de 18-mayo-99 R. 1.929/96, 30-junio-99 R. 2.591/96, 11-febrero-00 R. 4.278/96, 17-febrero-00 R. 4.919/96, 26-mayo-00 R. 695/97 y 26-mayo-00 R. 1.184/97. En el plano fáctico ha de recordarse el segundo de los HDP, expresivo de que: "En el centro de trabajo donde prestan sus servicios las actoras, se atiende a niños de 0 a 4 años. Las tareas que realiza; vigilancia, y alimentación, limpieza y aseo de los niños programas de educación infantil, como tareas educativas relativas a hábito de conducta, lenguaje, actividad psicomotora y estímulos sensoriales, contacto con los padres y madres, etc.". Desde el punto de vista normativo ha de tenerse en cuenta (a) que el aplicable Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (DOG 28 diciembre 94) contempla las diferentes categorías profesionales de educador diplomado y auxiliar puericultor (no aparece recogida la de puericultor) pero sin precisar sus cometidos, preceptuando por ello que mientras no se definan las funciones de cada categoría, en relación con cada puesto de trabajo efectivamente desempeñado, serán de aplicación las que tenía recogidas cada colectivo en su convenio de procedencia" (Disposición Transitoria 3ª) (b) que el Anexo III del Convenio Colectivo del INAS-GALICIA, DOG 22-junio-88, se limita a señalar con indudable vaguedad que son educadores diplomados los que en posesión del correspondiente título, prestan servicios complementarios para la formación del alumno cuidando del orden y com-

postura de éste en todos los actos del día y que en la misma categoría se incluyen los educadores infantiles y los de centros de educación especial, mientras que se definen los auxiliares de puericultura como quienes bajo la dirección de puericultor realizan funciones auxiliares que les encomienden. Asimismo en la LOGSE (Ley 1/90, 3 octubre) se dispone que la educación infantil (hasta los 6 años) contribuirá al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños (art. 7) con los concretos objetivos de aprendizaje que señalan los arts. 8 y 9 (conocimiento y control del propio cuerpo y sus posibilidades de acción, normas de expresión y comunicación, lenguaje, pautas de convivencia entorno natural, familiar y social), y que desarrollan el art. 2 RD 1.330/91, 6 septiembre, y art. 4 RD 1.330/91, 6 Septiembre, razón por la cual se dispone en el art. 10 LOGSE que la misma será impartida por maestros con la especialización correspondiente, sin perjuicio de que en el primer ciclo los centros dispondrán asimismo de otros profesionales con la debida cualificación, mandato reiterado por el art. 14 RD 1.004/91 de 14 de junio y que desarrolla el art. 15 del mismo al disponer que los centros en los que se imparta exclusivamente el primer ciclo educación infantil hasta los tres años conforme art. 9.1 LOGSE (a) deberán contar con personal cualificado en número igual al de unidades en funcionamiento, más uno; (b) por cada 6 unidades o fracción deberá haber al menos un maestro especialista en educación infantil o profesor de educación general básica especialista en preescolar (c) que el personal cualificado estará formado por maestros especialistas en jardín de infancia; y (d) que los niños serán atendidos en todo momento por el personal cualificado. En tanto que los centros que proporcionen exclusivamente el segundo ciclo (desde los 3 a los 6 años, conforme al precitado 9.1. LOGSE) deberán contar art. 16 como mínimo con un maestro especialista en educación infantil o un profesor de educación general básica por cada unidad. Y los centros en los que se impartan los ciclos primero y segundo deberán contar art. 17 con el personal cualificado mencionado en los art. 15 y 16 del R.D. Lo anteriormente indicado pone de manifiesto que en materia de Educación infantil el momenclator procedente del INAS y todavía acogido por el convenio único de la Xunta -Educador/a y Auxiliar Puericultura- resulta en la actualidad del todo obsoleto y en manera alguna responde a las exigencias profesionales y funcionales impuestas por la LOGSE, que -acabamos de decirlo- atribuye en exclusividad la formación de los niños a

quienes tienen titulación de Maestro, Profesor de EGB, Técnico Superior o Técnico Especialista en Educación Infantil. Si bien ha de destacarse -posteriormente veremos su trascendencia- que esta última categoría ya viene recogida en el Anexo II del indicado Convenio único dentro del grupo III y con el ordinal (50). A la vista de todo ello, para la Sala es claro que las funciones atribuidas a las recurrentes -la atención integral a infantes, en los términos previamente indicados- en manera alguna pueden calificarse como servicios complementarios para la formación del alumno y que poco o nada tiene que ver con el orden y la composición en los actos diarios. Es más, se puede decir que la función del educador -en la definición del Convenio Colectivo del INAS Galicia- ofrece un primordial aspecto de apoyo docente que no es el específico de las escuelas infantiles o de educación preescolar, cuyo objetivo fundamental era -así se señalaba en el art. 13 de la derogada ley 14/70 de 4-agosto, vigente a la fecha de pactarse el referido convenio del INAS- el desarrollo armónico de la personalidad del niño (con formación -se decía- de carácter semejante a la vida del hogar, hasta los tres años y que tenderá a promover las virtualidades del niño entre los cuatro y cinco años); y que actualmente consiste en contribuir al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de los niños (citado art. 7 LOGSE). Tal como está planteada la cuestión en autos, no creemos que la decisión a adoptar haya de ser coincidente con la STS 25-marzo-94 Ar. 2.638 en la que a Auxiliares de Puericultura -también procedentes del INAS y transferidas a la Comunidad Autónoma de Madrid- se les reconoció el derecho a percibir la retribución correspondiente a la categoría profesional de educador, porque existía el ejercicio efectivo de tales funciones (este era presupuesto de hecho indiscutido, inexistente en el presente caso), cuyo contenido en el correlativo convenio colectivo se desconoce, porque no costaba mediase ninguna exigencia legal, que no convencional, de título oficial específico habilitante del que careciesen (reiterando este aspecto, criterio ya sentado por las SSTS 30-marzo-92, Ar. 1.887, 25-marzo-94, Ar. 2.638, 27-diciembre-94, Ar. 10.710, 30-mayo-96, Ar. 4.709, 19-abril-96, Ar. 3.327, 4-junio-96, Ar. 4.881, 12-junio-96, Ar. 5.066, 15-julio-96, Ar. 5.989, 22-julio-96, Ar. 6.484, 23-septiembre-96, Ar. 6.767, 23-septiembre-96, Ar. 6.768, 30-septiembre-96, Ar. 6.955, 10-octubre-96, Ar. 7.612, 23-octubre-96, Ar. 7.788, 20-marzo-97, Ar. 2.593, 11-mayo-97, Ar. 3.974, 15-mayo-97, Ar. 4.009, y 3-julio-97, Ar. 5.696) y porque -en ello coincide el caso de

autos- tampoco se trataba de una relación estatutario-administrativa, excluyente de aplicarse el art. 23-3 E.T. (SSTS 26-julio-93, Ar. 5.983, 29-octubre-93, Ar. 8.054 y Auto de 11-junio-97, Ar. 4.702). Ahora bien, este tribunal también entiende -como había hecho en las precitadas sentencias, rectificando la solución adoptada en precedente resolución de 8-abril-99 R. 435/96 y tras reconsideración del tema- que el cometido de las demandantes excede, con mucho del previsto para el/la Auxiliar de Puericultura que el Anexo III del citado Convenio del INAS (funciones auxiliares que les encomienden), o del contemplado en el art. 12 de Reglamentación de Trabajo para Guarderías infantiles, aprobada por OM 18.01.72 (alimentación, aseo y bienestar de los niños), precisamente porque el quehacer de las mismas se encuentra en coherente línea con las previsiones previstas en la LOGSE y que han quedado indicadas. Y esta consideración nos lleva a estimar parcialmente la demanda por entender que las funciones ejercitadas tienen perfecta cabida en la categoría profesional de técnicos especialistas en jardín de infancia que refiere el art. 15 RD 1004/91 (14 junio) y que expresamente se contempla en el Anexo II del Convenio Único del Convenio Colectivo de la Xunta de Galicia, en el Grupo III bajo el nº 50 recogiendo así una categoría profesional y correlativas funciones señaladas imperativamente en la LOGSE para la educación primaria. Aunque la Sala no le consta los concretos estudios (presumiblemente formación profesional) para la obtención del correspondiente título de técnico, pero en todo caso se ha de destacar: (a) que la sala tiene la convicción -creemos que razonable) de que la formación adecuada se halla alcanzada, por el hecho de que se vienen realizando las mismas funciones desde Enero 94, es más, rechazamos como inaceptable hipótesis que la Xunta de Galicia pretendiese cumplir la trascendente misión de educar la infancia (nos remitimos a la exposición de motivos de los RRDD 1.330 y 1.333/91 de 6 septiembre) sin observar las previsiones de la LOGSE en orden al grado de formación y/o titulación exigible a los educadores sin someter al personal al plan de formación convocado y homologado por la Administración Educativa al efecto de que el personal carente de titulación obtenga la que resulte habilitante, antes de que se supere el período transitorio contemplado en aquella y en la normativa de desarrollo (RD 1.004/91, 14 junio) tal como se recuerda en la propia resolución desestimatoria de la reclamación previa. (b) que las precedentes conclusiones vienen reforzadas por los donosos térmi-

nos de los propios recursos efectuados precedentemente por la demanda en las actuaciones que dieron lugar a nuestras sentencias 18 mayo y 30 junio 99, al referir la existencia en el convenio de la aludida categoría profesional de técnico especialista en jardín de infancia e indicar -en manera que claramente invita a la solución adoptada por la sala- que lo lógico sería instar de la administración la urgente convocatoria del proceso habilitante para acceder a la indicada categoría de técnico especialista, con ello no se hacía sino reiterar la insinuación ya efectuada en la propia vía administrativa, también en autos cuando en la resolución que desestimó la reclamación previa y se indica que el nuevo sistema educativo de la LOGSE determina las titulaciones habilitantes del personal competente para atender a los niños comprendidos en el primer ciclo (0 a 3 años) técnicos especialistas en jardín de infancia y técnicos superiores en educación infantil (FP2) incluidos en el Grupo III, categoría 50 del vigente convenio, categoría no pretendida por la reclamante. Palabras que junto con la máxima "quien pide lo más pide lo menos" nos llevan a excluir que el reconocimiento de retribución por el ejercicio de las funciones de aquella categoría de técnico puede considerarse una distorsión de las pretensiones y del debate, integrante de censurable incongruencia. Lo anteriormente indicado no se obsta por el hecho de que sea doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del art. 23.2 E.T. la de que en caso de ejercicio de funciones de categoría superior por quienes carecían de la titulación exigida, para tener derecho a retribuciones superiores es necesario no sólo que el ejercicio de dichas funciones de categoría superior excedan de modo evidente de las que son atribuidas a su categoría propia, sino que es preciso también que entren de lleno en las asignadas a la categoría superior y sean llevadas a cabo en posesión de un título y en función justamente del título que de modo específico habilita o capacita para su realización (en tal sentido la STS 12-febrero-97 Ar. 1.261 dictada en supuesto, también de educación infantil). Y no se obsta porque -en el caso de autos- la Disposición Transitoria Octava del RD 1.004/91, 14-junio) norma que el personal que desde la entrada en vigor de la L.O. 1/90, de 3 octubre, de ordenación general del sistema educativo, preste servicios de forma ininterrumpida en los centros a los que se refiere la disposición transitoria quinta, 1, de este RD centros de educación preescolar, sin titulación suficiente dispondrá de un plazo de diez años a partir de la entrada en vigor de la citada ley

para obtener dicha titulación. Durante este período, el personal indicado podrá seguir desempeñando su actual puesto de trabajo. O lo que es igual la necesidad del título de Técnico Especialista en Jardín de Infancia únicamente resulta legalmente imperativa -base de la citada jurisprudencia- para las actoras a partir de concluirse el período transitorio de los diez años (finales del 2000) de manera que en el período objeto de reclamación el desempeño de aquellas funciones de superior categoría era plenamente legítimo. Por todo ello la observación del sinalagma existente entre los servicios prestados y los correlativos salarios que a aquéllos corresponden (STS 30-septiembre-96 Ar. 6.955, 11 mayo-97 Ar 3.974 y 3-julio-97 Ar 5.696) sin el obstáculo -ya aludido- de la titulación oficial habilitante, procede por aplicación de los arts. 4.2.f) y 39.3 E.T. así como 35 C.E. el reconocimiento de la retribución propia de las funciones realmente desempeñadas, de técnico especialista en jardín de infancia; consecuencia que se apoya igualmente en la jurisprudencia (STS 20-marzo-97 Ar 2.593, 30-mayo-96 Ar 4.709, y 30-septiembre-92 Ar 6.828). En consecuencia y habida cuenta de que nuestra competencia (lo hemos destacado en diversas ocasiones: así las sentencias 9-junio-92 R. 2.541/91, 25-junio-92 R. 1.895/91, 27-marzo-98 R. 2.271/95 y 3 julio-98 R. 4.633/95), no se extiende a las operaciones matemáticas y los cálculos contables que no son misión propia del tribunal, sino que las ciertamente complejas han de ser objeto de la correspondiente prueba pericial a valorar por los organismos jurisdiccionales y las que revisitan una mayor elementalidad han de ser realizadas por la parte y meramente comprobadas por la sala. En consecuencia,

Fallamos

Que acogiendo parcialmente el recurso de duplicación interpuesto por doña C.R.G. y O., revocamos la sentencia que con fecha 21.06.97 ha sido dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, y estimando en parte la demanda que dio origen a las presentes actuaciones debemos declarar y declaramos el derecho de las actoras a percibir en el período reclamado de 01.01.96 a 31.12.96, el salario correspondiente a la categoría profesional de técnicos especialista de jardín de infancia y condenamos a la Consellería de Familia, Muller e Xuventude de la Xunta de Galicia a esta y pasar por la presente declaración y a que le abone la diferencia entre las remuneraciones percibidas y las propias de aquella categoría.

3121 Recurso nº 03/0007161/1997

S.CA. INFRACCIÓN E SANCIÓN: DAR OCUPACIÓN Ó BENEFICIARIO DUNHA PRESTACIÓN POR DESEMPREGO SEN TRAMITA-LA ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL. RESOLUCIÓN FIRME DA XURISDICCIÓN SOCIAL DECLARANDO QUE NON EXISTE RELACIÓN LABORAL. TRABALLOS A TÍTULO DE AMIZADE. ANULACIÓN DE RESOLUCIÓN SANCIONADORA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Margarita Pazos Pita

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno de enero de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007161/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.A., S.L." domiciliado en c/... (Vigo) representado por doña D.M.M.M. y dirigido por el Letrado don A.C.B., contra Resolución de 12.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.963/95; Expte. nº 7.271/96. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 525.000 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 fun-

damentos 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 30 de enero de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- A través del presente recurso contencioso-administrativo se impugnan las resoluciones de la Administración Laboral que ratificaron acta de infracción en la que se imputó a la entidad recurrente la infracción tipificada en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, en razón a haber dado ocupación a un trabajador titular de las prestaciones por desempleo sin haberle dado de alta con carácter previo en la Seguridad Social.

II.- La parte recurrente no discute que en la visita de control llevada a cabo el día 09.11.95, los controladores laborales comprobaron que doña M.T.C.O., antigua trabajadora de la empresa y que ese día se encontraba en el centro de trabajo, salió "de un despacho del fondo del local, tras el mostrador, con papeles en la mano, utilizando posteriormente uno de los terminales de ordenador para consultar datos, mientras atendía el teléfono solicitando información sobre la matrícula de una moto vespa", negando por el contrario que hubiese dado ocupación a la Sra. C. con posterioridad al 28.08.95, aduciendo al respecto que esta última había acudido a ayudar a esclarecer algunos extremos atinentes a un siniestro tramitado por ella cuando todavía era trabajadora de la empresa, e invocando esencialmente la Sentencia dictada el día 30.10.96 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, y que, anulando el alta de oficio practicada por la TGSS como consecuencia del Acta origen de estas actuaciones, declara que la Sra. C. no es trabajadora de la recurrente desde el día 28.08.95, y ello con base en concluir que el día 09.11.95 fue tramitado, no cobrando nada por tal gestión, lo que -determina- constituye un trabajo de amistad del art. 1.3.d) del ET, pero no una relación laboral por cuenta ajena.

III.- Así las cosas, y confirmada que ha sido dicha Sentencia por la Sala de lo Social de este TSJ tras el recurso de Suplicación interpuesto contra la misma por la TGSS, se ha de tener en cuenta que, si bien las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social no vinculan

a esta Sala, sin embargo, lo cierto es que el principio de la unidad jurisdiccional, proclamado en el art. 117 de la Constitución, conlleva el que para unos mismos órganos del Estado una misma cosa no pueda ser y dejar de ser al mismo tiempo, esto es, en el presente caso, que para la jurisdicción social no haya existido relación laboral, y para esta jurisdicción contencioso-administrativa sí haya existido, por cuya razón ha de darse la adecuada relevancia a dicha Resolución y, por lo tanto, estimar que la actividad desarrollada por la Sra. C. el día de la visita se debía a la amistad que le unía con la entidad recurrente, lo que conduce, en consecuencia, a la estimación del recurso interpuesto.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "P.A., S.L." contra la Resolución de 12.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.963/95; Expte. nº 7.241/96. dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, debemos anular la resolución recurrida por ser contraria a Derecho. Sin imposición de costas.

3122 Recurso nº 03/0007197/1997

S.CA. DENEGACIÓN DE INCENTIVOS POR REALIZACIÓN DE CONTRATOS INDEFINIDOS Ó ABEIRO DA LEI 22/1992. NON PROCEDE POR ANTERIOR CESAMENTO NUNHA RELACIÓN LABORAL DE MUTUO ACORDO, POR MÁIS QUE A TRABALLADORA AFECTADA IMPUGNASE O MESMO. ESTIMACIÓN DO RECURSO.

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

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno de enero de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007197/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.P.R.G., con D.N.I... domiciliado en Avda... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don J.M.M., contra Resolución de 13.11.96 que acuerda denegar los incentivos solicitados según la Ley 22/92 de 30 de julio y Orden Ministerio de Trabajo y S. Social de 06.08.92. Es parte la Administración demandada DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL I.N.E.M. de A Coruña, 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 enero de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- La resolución que aquí se impugna, dictada por el director Provincial en funciones del Instituto Nacional de Empleo en A Coruña, denegó los incentivos que solicitara la demandante al amparo de la Ley 22/92, de 30 de julio y Orden Ministerial de 6 de agosto de 1992, por celebración de un contrato de trabajo indefinido para mayores de 45 años, denegación que se fundamentó en el incumplimiento del "art. 4.c) de la Ley 22/92, al haberse reducido la plantilla fija en el año anterior a la fecha de la contratación".

Aduce la recurrente que el mero hecho de reducir la plantilla fija en el año anterior en

la fecha de la contratación no constituye impedimento para ser beneficiario de las ayudas allí previstas, pues disponiendo aquel precepto como requisito para acceder a dichas ayudas, el “no haber reducido plantilla fija en el año natural anterior a la fecha de la contratación o transformación, por despido declarado judicialmente nulo o improcedente o reconocimiento como tal en acto de conciliación, expediente de regulación de empleo por causas tecnológicas o económicas, o por la causa objetiva prevista en el apartado c) del art. 52 de la Ley 8/80 de 10 de marzo”, resultaba que el cese de la trabajadora que determinara la reducción de plantilla lo fuera de mutuo acuerdo con la demandante, no contemplando aquel precepto laboral de mutuo acuerdo. En todo caso, siendo como había sido objeto de impugnación por parte de la trabajadora el citado acuerdo, contra el que formulara la pertinente demanda ante la Jurisdicción de lo Social por despido improcedente, lo procedente hubiera sido que la Administración hubiera aguardado a que se pronunciara de forma definitiva dicha Jurisdicción antes de decidir la concesión o denegación del incentivo.

II.- Efectivamente, siendo cierto que el art. 4 de la Ley 22/92, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, establece como uno de los requisitos de los beneficiarios, “c) no haber reducido plantilla fija, en el año natural anterior a la fecha de la contratación o transformación, por despido declarado judicialmente nulo o improcedente o reconocido como tal en acto de conciliación, expediente de regulación de empleo por causas tecnológicas o económicas, o por la causa objetiva prevista en el apartado c) del art. 52 de la Ley 8/80, de 10 de marzo”, no contemplando, en consecuencia, la resolución de la relación laboral por mutuo acuerdo, ya se comprende que la resolución recurrida no debió estimar tal circunstancia como enervante del requisito exigible para acceder a tal tipo de ayuda o incentivo, y en el supuesto de que a la Administración le constara, como fue el caso, de que la trabajadora impugnara en vía judicial el tenor o virtualidad de tal convenio o acuerdo de cese de la relación laboral, debió aguardar a que fuera definitiva y firme la resolución o pronunciamiento de aquella Jurisdicción, suspendiendo, entre tanto, la resolución del expediente de la demandante, y ello por aplicación del principio de preeminencia de la Jurisdicción, sobre la Administración, preeminencia que lo es en cuanto a los pronunciamientos jurídicos que conlleva toda prejudicialidad, y al no haberlo hecho, quedando

probado, además, que la Jurisdicción de lo Social, por pronunciamiento firme, declaró que la extinción de la relación laboral de referencia lo fue de mutuo acuerdo, ya se concluye que el recurso debe ser estimado.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.P.R.G. contra Resolución de 13.11.96 que acuerda denegar los incentivos solicitados según la Ley 22/92 de 30 de julio y Orden Ministerio de Trabajo y S. Social de 06.08.92, dictado por DIRECCIÓN PROVINCIAL del I.N.E.M. de A Coruña; y en consecuencia, anulamos la resolución recurrida, reconociendo el derecho de la demandante a percibir los incentivos solicitados. Sin imposición de costas.

3123 Recurso nº 4.428/97

S.S. PENSIÓN DE ORFANDADE. SITUACIÓN ASIMILADA Á ALTA. PENSIONISTA DE INVALIDEZ NON CONTRIBUTIVA. FLEXIBILIZACIÓN DOS REQUISITOS PARA O ACCESO Á ACCIÓN PROTECTORA.

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

A Coruña, a uno de febrero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.428/97 interpuesto por doña R.M.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. CUATRO de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.M.C. en

reclamación de ORFANDAD siendo demandado INSS Y TGSS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 209/97 sentencia con fecha dos de junio de mil novecientos noventa y siete por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- La actora R.M. DNI..., nacida el 19.02.61, vecina de Vigo, afiliada a la Seguridad Social con el nº..., se hallaba casada desde 27.11.77 con M.A.F.L. DNI..., nacido el... y afiliado al Régimen General con el nº... quien falleció el 22.11.96 en cuya fecha percibía prestación de invalidez permanente no contributiva reconocida por resolución de la Xunta de Galicia de 11.01.96 con efectos económicos desde 01.11.95. De dicho matrimonio nació el hijo I.F.M./ Segundo.- El día 09.12.96 la actora solicitó del demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social pensión de orfandad que le fue denegada por resolución de 08.01.97 con fundamento en que a la fecha del fallecimiento el causante no se hallaba en alta ni en situación asimilada, al ser pensionista de invalidez no contributiva; formulada reclamación previa el 07.02.97, le fue desestimada por nueva resolución de 13.03.97, presentándose la demanda el 03.04.97./ Tercero.- La base reguladora de la pensión de viudedad ascendería a 75.301 ptas. mensuales.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por doña R.M.C. contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de Seguridad Social a quiénes absuelvo de las pretensiones en su contra deducidas.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- En su recurso frente a la desestimación de la demanda, la accionante denuncia la infracción de diversa doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación flexible del requisito de alta o situación asimilada en las prestaciones por muerte y supervivencia. 1.- Se impone recordar que el causante fallece en 22-noviembre-96, cuando era perceptor de Invalidez Permanente y la EG

—lo mismo que la sentencia recurrida— niega la pensión de Orfandad solicitada basándose en que aquél no se hallaba en alta o situación asimilada. 2.- Se admite el reproche jurídico, por cuanto que la cuestión ya ha sido objeto de específica unificación de doctrina. En efecto, la STS de 26-octubre-98 Ar. 9.304 sostiene que el art. 172 LGSS excluye del requisito de alta o situación a los sujetos causantes inválidos provisionales o pensionistas por invalidez permanente y jubilación, ambas en su modalidad contributiva. Y si bien la literalidad del precepto no comprende a los pensionistas en la modalidad no contributiva, “ello no conlleva, que tal situación no pueda entenderse como de asimilada a la de alta en la Seguridad Social en relación a causantes que figuraron afiliados a la Seguridad Social y cumplen el requisito de carencia para causar las correspondientes prestaciones de carácter contributivo; pues, lo que en la presente litis se discute, no son prestaciones de viudedad u orfandad no contributivas, a las que no extiende su acción protectora el sistema de la Seguridad Social como resulta del artículo 38.c) de la vigente Ley General de la Seguridad Social, sino que, la cuestión a dilucidar, es la de si la situación de invalidez no contributiva ha de ser asimilada a la de alta en la Seguridad Social y, para ello procede tener en cuenta la más reciente jurisprudencia en unificación de doctrina, señalando “que hay que entender cumplido el requisito de alta cuando la enfermedad que determina la muerte se inició bastante antes de producirse la baja en la Seguridad Social, ya que es explicable que en tal circunstancia se hayan descuidado los resortes legales para continuar en alta; debiéndose añadir que los familiares más cercanos del causante no deben resultar perjudicados por la conducta pasiva del causante para permanecer en el ámbito de la Seguridad Social provocada por una enfermedad degenerativa y adiptiva... lo cual es concordante con lo establecido en el artículo 41 de la Constitución que obliga a mantener un régimen público de la Seguridad Social que garantice prestaciones ante situaciones de necesidad” (SSTS 12-diciembre-96 Ar. 1.885 y 19-noviembre-97 Ar. 8.616). Doctrina que por razón de analogía, es aplicable a los supuestos en los que la enfermedad surgida con anterioridad a la baja en la Seguridad Social determina la situación de invalidez con prestación no contributiva, pues en tales casos, es precisamente la invalidez la que determina no sólo la baja en la Seguridad Social, sino también la imposibilidad genérica para el trabajo”.

Específica doutrina que es absolutamente coincidente con la interpretación flexible sobre el requisito cuestionado efectuada con carácter general para las prestaciones de muerte y supervivencia por la más reciente doctrina jurisprudencial (así, las SSTs 17-abril-00 Ar. 3.959 y 23.05.00 Ar. 5.524), que damos por reproducida. En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación del recurso interpuesto por doña R.M.C., revocamos la sentencia que con fecha 2-junio-1997 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de Vigo, declaramos el derecho de su hijo I.F.M. a percibir pensión de Orfandad por el fallecimiento de su padre don M.A.F.L., y condenamos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a que se la satisfaga en los términos reglamentarios, absolviendo a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

3124

Recurso nº 4.822/97

S.S. INEXISTENCIA DE INDEFENSIÓN. SUBSANACIÓN EN VÍA XUDICIAL DOS VICIOS PRODUCIDOS NO EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. REVISIÓN DOS FEITOS: DOCTRINA SOBRE A VALORACIÓN DA PROBA. COTIZACIÓNS ANTERIORES A 1960: ACREDITACIÓN POLA ENTIDADE XESTORA. IDADE DE XUBILACIÓN NO RÉXIME ESPECIAL DO MAR.

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

A Coruña, a uno de febrero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.822/97 interpuesto por don L.G.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 244/97 se presentó demanda por don L.G.B. en reclamación de JUBILACIÓN siendo demandados el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la Empresa "T.S.G., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y siete por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que el actor, nacido el 25 de mayo de 1932, solicitó del I.S.M. pensión de jubilación, el 29 de octubre de 1996, siéndole denegada mediante resolución, de 30 de enero de 1997, por no acreditar el período mínimo de cotización exigible para causar derecho a la pensión de jubilación anticipada de 5.475 días, no acreditar cotizaciones al "M.M.N." ni a la "M.N.P.S." de Pescadores de Bajura por el Régimen del cerco anteriores a agosto de 1970, por las que pudiera acceder a la jubilación anticipada a partir de los 55 años, no tener la edad de 65 años, ni alcanzar el tope de los 65 años aplicando coeficientes reductores de edad. SEGUNDO.- Que interpuso reclamación previa, el 26 de febrero de 1997, que fue desestimada mediante resolución, de 25 de marzo de 1997. TERCERO.- Que el actor tenía 1.152 días cotizados a lo largo de su vida laboral: 392 días a los Seguros Sociales Unificados, por su trabajo para la empresa "T.G. e H.", en los períodos de 02.04.47 al 25.11.47 y del 26.06.50 al 26.11.50; en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, 394 días, entre el 12.01.92 y el 23.09.96; en Convenio Especial, 366 días, del 01.05.91 al 30.04.92".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que debía desestimar y desestimaba la demanda formulada por don L.G.B., contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la empresa "T.S.G., S.A.", en reclamación de pensión de jubilación, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones deducidas en su contra en este proceso".

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

demandante siendo impugnado por el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En su recurso frente a la desestimación de la demanda en reclamación de Jubilación anticipada, el actor: (a).- Denuncia –vía art. 191.a) LPL– la infracción del art. 24 CE, en relación con los arts. 14 y 9.3 de la misma Carta Magna. (b).- Solicita subsidiariamente –al amparo del art. 191.b) LPL– la modificación de tercero de los HDP, al objeto de indicar que “El actor acredita 4.709 días de cotización por su trabajo a bordo del buque “C.”, de la Empresa “T.G. e H.”, durante el periodo de 09.02.48 a 30.11.60; Convenio Especial, 366 días, de 01.05.91 a 30.04.92; Empresa “L.F.L.C. de I., SL”, 201 días, de 04.05.92 a 20.11.92; y Empresa “J.A.L.V.”, 193 días, de 15.03.96 a 23.09.96. (c).- Con el mismo carácter e igual cobertura procesal interesa añadir declaración probada de que “La base reguladora de la prestación asciende a 67.597 pesetas”. (d).- Finalmente, en forma también subsidiaria –por el cauce del art. 191-c) LPL– denuncia inaplicación del art. 161 LGSS, en relación con la DT Tercera –norma segunda– del Decreto 1.867/1970 (9-julio), desarrollada por la OM de 3-enero-77.

SEGUNDO.- El largo primer motivo –ocho folios– va dirigido a hacer constar la “falta de diligencia” de las EG en las informaciones solicitadas, el “resultado incompleto y contradictorio” de sus respuestas, y la “poca fiabilidad de los datos obrantes en la entidades gestoras”; a la par que se afirma que la “información sesgada e incompleta” se sigue produciendo en la vía judicial, imputando –en definitiva– falta de debida tutela judicial, por no haberse practicado en su integridad la prueba interesada en demanda. 1.- En la demanda se solicita informe sobre diferentes cuestiones (folios 7 y 8) que fueron sustancialmente aceptadas por el Juzgado (folio 19) y al que se dio respuesta por el ISM por informe de 30-mayo-97 (folio 27), sin que en el acta de juicio se hiciese por la parte actora objeción alguna a la contestación de la EG, limitándose a afirmarse y ratificarse en la demanda, elevando finalmente sus conclusiones a definitivas (folios 33 y 34). 2.- Tal como hemos recordado en multitud de ocasiones, salvo en los supuestos en que se hallen comprometidos preceptos de derecho necesario

que afecten al orden público del proceso (SSTS 15-febrero-79 Ar. 585, 5-junio-82 Ar. 3.914 y 27-julio-89 Ar. 5.923), el carácter excepcional de la nulidad de actuaciones requiere que la vulneración de preceptos o garantías procesales hubiese determinado efectiva indefensión y hubiese sido precedida de la preceptiva protesta en forma, conforme a lo prevenido en el art. 240 LOPJ; así lo ha venido estableciendo unánime doctrina de Suplicación (así, ya las SSTCT 16-diciembre-74 Ar. 5.471, 18-octubre-75 Ar. 4.429, 20-enero-76 Ar. 240, 19-febrero-77 Ar. 966, 9-febrero-79 Ar. 850, 10-noviembre-80 Ar. 5.704, 9-marzo-81 Ar. 1.622, 1-junio-83 Ar. 5.098...; en el mismo sentido las SSTSJ Galicia 3-noviembre-00 R. 4.435/00, 6-octubre-00 R. 3.879/00, 6-octubre-00 R. 2.202/00, 17-julio-00 R. 135/97, 15-junio-00 R. 1.117/97, 16-mayo-00 R. 2.018/97, 12-mayo-00 R. 1.192/97, 25-junio-99 R. 1.660/97, 27-mayo-99 R. 1.913/99, 20-mayo-99 R. 1.537/97, 11-mayo-99 R. 1.522/99, 12-marzo-99 R. 838/96, 5-febrero-99 R. 483/96, 5-febrero-99 R. 595/96, 30-octubre-1998 R. 3.570/98, 13-junio-97 R. 4.675/94, 22-mayo-97 R. 5.125/94, 18-enero-95 AS 143 y 30-noviembre-93 AS 4.751...) y lo mantiene uniforme criterio del Tribunal Constitucional, al señalar éste –como se recuerda en las precitadas sentencias de esta Sala– que no existe indefensión cuando “no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa” y tampoco cuando “ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos”, por lo que “no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado”, de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquélla resulta imputable a su propia conducta (SSTC 135/1986; 98/1987; 41/1989, de 16-febrero; 207/1989; 145/1990, de 1-octubre; 6/1992; 289/1993; 140/1996; 52/1997, de 17-marzo; y 124/1997, de 1-julio). 3.- De otra parte, aunque el recurrente acusa ahora –como hizo en demanda– defectos de información en la vía administrativa previa, es criterio jurisprudencial que compartimos el relativo a que los posibles vicios que afecten a los expedientes tramitados en materia de Seguridad Social siempre pueden ser subsanados en vía judi-

cial, a través del oportuno planteamiento de la cuestión comprometida por el pretendido defecto y mediante la oportuna defensa del derecho supuestamente conculcado, alegando lo que a sus intereses convenga y solicitando la práctica de toda prueba admisible en Derecho, de manera que para la generalidad de la doctrina de los Tribunales –con alguna excepción, como la que significa la STSJ Murcia 12-marzo-92 AS 1.427– en este trámite de Suplicación no cabe impugnar tales anomalías del expediente ni por la existencia de las mismas es factible declarar la nulidad de actuaciones (SSTCT de 9-junio-82 Ar. 3.528, 7-junio-83 Ar. 5.291, 7-noviembre-83 Ar. 9.330, 10-diciembre-84 Ar. 9.466, 3-noviembre-86 Ar. 10.779, 10-diciembre-86 Ar. 13.395, 9-enero-87 Ar. 318, 9-febrero-87 Ar. 2.727 y 18-mayo-89 Ar. 3.886; SSTSJ Madrid 13-junio-89 AS 712, 20-junio-89 AS 642, 13-septiembre-89 AS 1.506, 26-septiembre-89 AS 1.530 y 5-diciembre-89 AS 3.115, Canarias 23-mayo-90 AS 987, Madrid 6-febrero-90 AS 959, Castilla-León 2-enero-91 AS 336, Madrid 25-enero-91 AS 881, Navarra 15-febrero-91 AS 1.128, País Vasco 21-junio-93 AS 2.870, Galicia 6-mayo-93 R. 4.018/91 y 30-junio-94 R. 3.022/90... hasta llegar a las más recientes de Navarra 19-junio-97 AS 2.280, Cataluña 4-diciembre-97 AS 5.160, Andalucía/Sevilla 1-octubre-98 AS 3.832, Galicia 6-mayo-93 R. 4.018/91, 30-junio-94 R. 3.022/90, 29-mayo-95 R. 2.277/93, 12-mayo-00 R. 1.192/97, 16-mayo-00 R. 2.018/97 y 17-julio-00 R. 1.35/97).

4.- Lo anteriormente indicado nos lleva a rechazar la censura jurídica que el recurso hace, porque los defectos del trámite administrativo pudieron haber sido corregidos –desde la perspectiva del derecho a defensa– en instancia judicial; y las presuntas deficiencias en la práctica de la prueba debieran haber sido denunciadas –de existir– en el acto de juicio. Pero la parte actora se limitó a ratificarse en su demanda, admitiendo como válida respuesta –a la prueba interesada en demanda y requerida por el Magistrado– la ofrecida por la EG, por lo que no es de recibo que en este trámite –una vez desestimada la pretensión– se invoque con tanta prolijidad una indefensión que ni siquiera se insinúa en el acto de juicio. Con el planteamiento que se hace en el recurso, la parte actora vuelca extemporáneamente en este trámite toda la argumentación y defensa que debiera haber efectuado –con presumible escaso éxito, a nuestro parecer– en la instancia; y ello es inadmisibile, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación.

TERCERO.- Respecto del motivo revisorio consistente en la indicación de la base reguladora, hemos de señalar que la misma no tiene cabida en el relato de hechos, por cuanto que se trata de un concepto jurídico que es de impropia ubicación en el relato de hechos; la circunstancia de que la parte actora quiera hacer constar precisamente la BR que el ISM afirma, únicamente nos puede llevar a aceptar que las bases por las que se ha cotizado en el período septiembre/88 a agosto/96 asciende a 7.570.817 ptas. (tal como se indica en el informe que figura incorporado a las actuaciones como folio 100), pues esto es lo único que puede hacerse constar en los HDP; otra cosa es que –indudablemente– tal hecho lleve a la consecuencia jurídica de que la BR ascienda a las 67.597 ptas./mes.

CUARTO.- El apartado que se refiere a las cotizaciones acreditadas se basa “en lo ya expuesto en el primer motivo del recurso” y en el “informe del ISM en el que consta la situación de alta del actor durante el período de 09.02.48 a 30.11.60”. Sobre este motivo pueden hacerse tres consideraciones que llevan a la desestimación del mismo: (a).- Que prácticamente todo el período de cotización pretendido y cuestionado es previo al Decreto 4-junio-59, que derogó el principio de “compensación de culpas” establecido por el art. 3 de la OM 6-octubre-39 y de la OM de 2-febrero-40 (desarrollo de la Ley 1-septiembre-39) y por virtud del cual se excluye la responsabilidad prestacional de la Empresa y de la EG en el supuesto de trabajos por cuenta ajena no acompañados de afiliación o cotización; principio cuya aplicabilidad –hasta el indicado Decreto de 1959– se ha admitido por la Jurisprudencia, argumentando –aparte de la referida normativa– que no cabe que el trabajador pueda “argüir en su beneficio un título que llevó en sí el mismo vicio opuesto al derecho que se invoca” (así, las SSTS 31-marzo-42 Ar. 418, 3-junio-44 Ar. 927, 12-diciembre-44 Ar. 1.360, 29-octubre-46 Ar. 1.230, 12-enero-55 Ar. 96...; en el mismo sentido se ha pronunciado muy reiterada doctrina de Suplicación, haciéndolo esta misma Sala en sentencias –entre otras– de 8-marzo-95 R. 4.967, 13-junio-95 R. 2.227/93, 12-septiembre-97 R. 664/95 y 13-mayo-99 R. 1.847/96). (b).- Que la certificación alusiva al alta en el período de que se trata en manera alguna presupone cotización, que la EG expresamente niega, sino que a lo sumo obligación de cotizar; pero ello –la obligación pasada– no genera el derecho actual a la prestación solicitada y la consiguiente responsabi-

dad de la Empresa (en su caso anticipada por la Seguridad Social, por haber desaparecido la empleadora), sino que por virtud de la antedicha compensación de culpas se tiene por simplemente inexistente a los efectos cotizatorios. (c).- Que en términos generales las contradicciones, falta de diligencia y escasa fiabilidad que el recurrente argumentaba, no evidenciarían por sí mismas el error justificativo de la revisión que se interesa. Con ello queremos poner de manifiesto que el planteamiento revisorio vendría a desconocer –SSTSJ Galicia 16-noviembre-00 R. 3.643/97, 3-noviembre-00 R. 2.886/97, 3-noviembre-00 R. 1.832/97, 20-octubre-00 R. 3.877/97, 13-octubre-00 R. 2.500/97, 13-julio-00 R. 3.217, 30-junio-00 R. 2.962/00, 17-abril-00 R. 3.59/97, 11-febrero-00 R. 2.066/98, 21-enero-00 AS 103– que el presente recurso no tiene la naturaleza de la apelación ni de segunda instancia, sino que resulta ser –SSTC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– 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.

No parece de más recordar que 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 Juzgador de instancia pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, con la exclusiva limitación de que no sean arbitrarias, irracionales 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 Juez de instancia 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 de hecho, precisamente –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, 21-enero-00 R. 5.385/99, 11-febrero-00 R. 2.066/08 y 17-abril-00 R. 359/97– 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 (art. 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.

QUINTO.- 1.- Ahora bien, el examen detenido de la prueba documental obrante en autos pone de manifiesto: (a).- Que el Sr. G.P., contable y copropietario de la Empresa

“T.S.G.” manifiesta en el acto de juicio y “certifica” (folio 72) que el actor ha prestado servicios para la misma desde el 14-abril-48 a noviembre-1960. (b).- Que el servicio de gestión del ISM en Madrid informa que el trabajador no figuró afiliado al Censo de Pescadores, pero que estuvo de alta en el buque “C” en el período 09.02.48 a 30.11.60. (c).- Que la Dirección Provincial del ISM en La Coruña informa –“fichero histórico”– altas, bajas y cotizaciones para el mismo patrono desde 02.04.47 a 25.11.47 y de 26.06.50 a 26.11.50 (392 días). (d).- Que por la Dirección Provincial del INSS se certifica en 12-junio-97 (folios 62 a 67) que se acreditan por cuenta de la misma Empresa “T.G.” desde el 26.06.50 al 25.11.50, y desde enero/45 a junio/49, haciendo referencia a los ingresos de cuotas con intervención de la Inspección de Trabajo y vía de apremio en Magistratura, en cuenta colectiva de cotización, acompañado de la precisión –imprecisión, más bien– “señalados meses de enero a diciembre, sin especificar días” y “señalados meses de enero a junio, sin especificar días”. 2.- Los datos indicados, a los que cabría añadir otros, evidencian el carácter incompleto y escasamente fiable de los datos sobre cotización que corresponden al actor y a períodos tan alejados en el tiempo. Lejos de nuestro ánimo censurar inexactitudes que pueden tener razonable explicación en la desmesurada gestión de las Entidades Gestoras y en la lejanía temporal de los datos que se cuestionan. Pero está claro que estas deficiencias –por muy comprensibles que sean– no puede causar perjuicio al trabajador, conforme a la doctrina sentada por las SSTC 227/91 (28-noviembre) y 116/95 (17-julio), de la que ya hicimos aplicación en las SSTSJ Galicia 12-septiembre-97 R. 664/95, 30-junio-96 R. 1.504/95 y 26-enero-96 R. 4.416/93, y en las que recordábamos su criterio respecto de que a nadie le es lícito beneficiarse de su propia torpeza y que es inaceptable que quien tiene que acreditar la existencia o inexistencia de cotizaciones no lo haga por dificultades en la localización de los datos; como tampoco es legítimo –añadimos– que se le traslade al beneficiario una carga probatoria que no le incumbe conforme a la doctrina de la accesibilidad y que para el Tribunal Constitucional es de muy difícil cumplimiento y contraria a la tutela judicial efectiva, máxime cuando –sigue el intérprete de la Carta Magna– la existencia del alta permite presumir la existencia de cotizaciones.

De esta forma aceptaríamos como acreditados 4.678 días naturales cotizados en

el período 09.02.48 a 30.11.60; días a los que añadir los 513 días correspondientes a gratificaciones extraordinarias, en aplicación de muy reiterada doctrina jurisprudencial que se inicia con la STS 10-junio 1974 Ar. 3.021, dictada en interés de Ley. Y que asimismo constan cotizados 394 días en 12.01.92 a 23.09.96 en el RETM, y 366 días satisfechos por Convenio Especial desde 01.05.91 a 30.04.92. Lo que supone un total de 5.951 días cotizados (16⁷3 años); o lo que es igual, una cifra superior a los 5.475 días exigibles para su Jubilación.

SEXTO.- Ahora bien, dado que el actor el 25-mayo-32, que la solicitud de pensión tuvo lugar en 29-octubre-96 y con pretensión de efectos desde 24-septiembre-96 (fecha en que dejó de trabajar), y que tiene una bonificación –por coeficiente reductor– de 193 días (informe de C.O.E, en folio 93), a la fecha del HC que se pretende –24-septiembre– tendría una edad real de 64 años y 4 meses, y la bonificada ascendía a 64 años y 10⁴ meses, por lo que el cumplimiento de la edad reglamentaria –65 años– no se produciría hasta el mes de noviembre/96. Pero como el actor acredita haber cotizado al M.M.N. con anterioridad a agosto de 1970 (así se hace constar en informe cotizatorio que figura incorporado a autos como folio 50), desde septiembre a noviembre le corresponde Jubilación anticipada, conforme al art. 34 OM 13/octubre/60, en relación con la DT Cuarta del Decreto 1.867/70 y del art. 1 OM 3/enero/77, en la cuantía del 0'93 de la ordinaria; y a partir de la última fecha, la Jubilación ordinaria, cuyo porcentaje es –s.e.u.o– del 62 (art. 7 y 8 de la misma OV). Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con estimación parcial del recurso que ha sido interpuesto por don L.G.B., revocamos la sentencia que con fecha 24-junio-1997 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº dos de los de Santiago de Compostela, y declaramos el derecho del actor a Jubilarse con efectos de 24-septiembre-96 y –salvo error– con el 62 % de la base reguladora mensual de 67.597 pesetas, condenamos al INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA a que le abone la correspondiente prestación en los términos reglamentarios (para la anticipada y la ordinaria), con absolución de los codemandados INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y empresa “T.S.G., S.A.”

3125 Recurso nº 5.138/00

S.S. DESPEDIMENTO. TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL. TRABALLOS REALIZADOS DURANTE SITUACIÓN DE INCAPACIDADE TEMPORAL. ACTIVIDADE POR CONTA PROPIA. IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO CANDO AS ACTIVIDADES DESENVOLVIDAS SEXAN CONSECUENCIA DAS CIRCUNSTANCIAS CONCORRENTES. TERAPIA OCUPACIONAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a dos de febrero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.138/00 interpuesto por "B.N.P.E., S.A." 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 doña M.J.Z.D.M. en reclamación de Despido siendo demandado "B.N.P.E., S.A." y "C.G., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 203/00 sentencia con fecha veintiuno de julio 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.- Doña M.J.Z.D.M., mayor de edad, con D.N.I..., vino prestando servicios por cuenta de "B.N.P.E., S.A.", desde el 10.07.89, como auxiliar administrativo - Nivel X, siendo el salario percibido en el último año de 315.740.- ptas mensuales, con prorrateo de pagas extras./ II.- La actora estuvo hasta febrero 97 en la Sección de "Riesgos extranjeros", realizando trabajos de tipo administrativo; a partir de tal fecha, se la trasladó al Departamento Comercial, a pesar de que el Delegado de Personal hizo un informe contrario, por considerar que la personalidad de la actora era poco acorde con la continua relación

con el público. A partir de tal traslado, el Director de la Oficina mostró una especial exigencia con el trabajo de la actora, hasta que ésta pasó a la situación de I. Temporal el 28.12.98./ Está la actora a tratamiento farmacológico y psicoterapéutico mental desde el 07.05.99, diagnosticada de síndrome ansioso-depresivo, reactivo a conflictividad personal importante (su marido a tratamiento por síndrome depresivo), y cuadro de angustia, ansiedad, llanto fácil, sudoración propia e insomnio medio; dentro del tratamiento se le aconsejó que se mantuviera activa y ocupada, en actividades que le motiven e interesen. Con fecha 27.06.00 ha sido alta por agotamiento de plazo y propuesta de invalidez./ III.- La demandante había constituido en febrero de 1998 "I., S.L.", Unipersonal -de la que es Administradora-, que es titular del comercio de ropa infantil "M.", que venía atendiendo en su tiempo libre, compatibilizándolo con el trabajo en el Banco, lo que era conocido por todo el personal y dirección de la sucursal bancaria; tiene dos empleadas, una desde 1998 y la segunda desde marzo de 1999, y el establecimiento se encuentra a unos 150m del domicilio de la actora./ IV.- El día 06.03.00 "B.N.P.E., S.A.", notificó a la actora carta que decía: Esta Dirección de Recursos Humanos ha tenido conocimiento de la actividad desempeñada por Vd. al frente de negocio de su propiedad, comercio de confecciones infantiles denominado "M.", acudiendo a diario y atendiendo el mismo, mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal. Se ha comprobado su asistencia diaria al establecimiento, en concreto los días, 2, 3, 4, 8 y 10 de febrero de 2000 permaneció Vd. en él durante gran parte de la mañana y de la tarde. Durante su estancia en la tienda se la ha visto manejar con frecuencia el ordenador, hablar por teléfono, revisar papeles, además de tareas de caja, e incluso ha llegado a atender personalmente a clientes, cobrando y realizando facturas por el importe de la venta. Este comportamiento supone una grave transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza, previsto en el artículo 50.1 y 3 del Convenio Colectivo de Banca y en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que se impone a Vd., con efectos de la fecha de recepción de esta carta, la sanción de despido disciplinario de conformidad con el artículo 51 de la citada norma convencional. Lo que comunicamos a Vd. a los efectos oportunos./ V.- La actora permaneció en el comercio "M" el 2 de febrero, unas tres horas por la mañana, el día 3 de febrero, unas tres horas y media por la tarde, el día 4 de febrero, estuvo sobre media mañana un tiempo indeterminado, el día 8 de febrero, unas tres horas por

la mañana, y otro tanto por la tarde, y el día 10 de febrero, una hora y media por la mañana, y sobre tres horas por la tarde. Durante ese tiempo, la actora estaba habitualmente en el altillo (al que no tiene acceso la clientela y donde hay un ordenador), viendo y ordenando papeles y folletos; hablando por teléfono; uno de los días hizo el recuento de Caja al cierre de local (que realiza una empleada), en otra ocasión hizo una venta y alguna otra vez, se la vio arreglando alguna prenda del local o escaparate. Compatibilizaba esos días su asistencia al local comercial con actividades personales o familiares (llevar y traer a sus hijas pequeñas del colegio, ir a la peluquería o hacer compras de alimentación)./ VI.- En el mes de febrero de 2000 "B.N.P.E., S.A.", inició conversaciones con el Comité de Empresa sobre un Plan Estratégico para reducir la plantilla, y paralelamente negociaciones para el traspaso de la red de oficinas de Banca minorista a otra entidad; se firmó un Acuerdo el 10.04.00 sobre bajas incentivadas y prejubilaciones que por obrar en autos, se da por reproducido. Tal acuerdo fue desarrollado por el de 05.05.00, que se da asimismo por reproducido. El 05.06.00 "C.G." adquirió la red de oficinas de "B.N.P.E., S.A.", incluida la sucursal de Vigo donde prestaba servicios la actora./ VII.- Se intentó sin avenencia la conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda de doña M.J.Z.D.M, declaro improcedente el despido de que fue objeto el 06.03.00, condenando solidariamente a "B.N.P.E., S.A. y C.G., S.A.", a que en el plazo de cinco días opte entre la readmisión de la actora a su puesto de trabajo o el abono de una indemnización de 5.052.000.- ptas, con pago en todo caso de los salarios de tramitación, a razón de 10.525.- ptas día, que serán sustituidas por las correspondientes prestaciones de I. Temporal desde el cese, con el complemento a cargo de la empresa en los términos previstos por el Convenio, y ello hasta la notificación de esta sentencia".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de la actora y declara

improcedente el despido de que ha sido objeto, condenando solidariamente a "B.N.P.E., S.A." y "C.G., S.A." a soportar las consecuencias legales inherentes a dicha reclamación.

Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación letrada de "B.N.P.E., S.A.", formulando un único motivo de suplicación por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L., a través del cual denuncia infracción, por no aplicación e interpretación errónea, de lo dispuesto en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y artículo 50.1 y 3 del Convenio Colectivo de Banca Privada, citando jurisprudencia dictada en interpretación del citado artículo del Estatuto de los Trabajadores. Afirma la Entidad recurrente, en esencia, que la actora trabajó mientras se encontraba en situación de Incapacidad Temporal, y que según la doctrina jurisprudencial, cualquier trabajo realizado por cuenta ajena o propia por un trabajador que se halla en situación de baja por enfermedad, debe calificarse como falta muy grave y merecedora del despido, porque con ello se está actuando en claro perjuicio de la empresa que corre con la carga del abono de la correspondiente prestación económica sin obtener nada a cambio, y que por ello la conducta del trabajador en tal situación ha de ir encaminada a conseguir su pronta recuperación y reingreso al trabajo, de conformidad con las exigencias de la buena fe, citando sentencias del Tribunal Supremo de 5-octubre-1986, 23-enero y 23-junio-1990, así como sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia, entre otras, las de esta misma Sala de 23-marzo-1995, 12-diciembre-1996 y 24-marzo-2000.

Del incuestionado relato fáctico, los datos de mayor interés para la resolución del presente litigio, pueden resumirse así: A) La actora que es auxiliar administrativo nivel X en la empresa "B.N.P.E., S.A." dedicada a la actividad de Banca, causó baja laboral iniciando proceso de I.T. el 28 de diciembre de 1998, tras tratamiento farmacológico y psicoterapéutico mental el 07.05.99 fue diagnosticada de síndrome ansioso-depresivo, reactivo a conflictividad personal importante y cuadro de angustia, ansiedad, llanto fácil, sudoración propia e insomnio medio. B) Dicha baja fue posterior a un cambio de puesto de trabajo en la empresa (de "Riesgos extranjeros" fue trasladada al "Departamento Comercial") con especial exigencia del Director de la Oficina. C).- Por el facultativo que venía tratando a la actora se le

aconsejó que se mantuviera activa y ocupada en actividades que le motiven e interesen. D).- La trabajadora demandante había constituido en febrero de 1998 una Sociedad Limitada, -de la que es Administradora- que es titular de un comercio de ropa infantil "M", que aquélla venía atendiendo en su tiempo libre, compatibilizándolo con su trabajo en el Banco, circunstancia que era conocida por todo el personal y dirección de la Sucursal. E).- Coincidiendo con su baja laboral, la actora permaneció en el comercio "M" el 2 de febrero, unas tres horas por la mañana, el día 3 de febrero, unas tres horas y media por la tarde, el día 4 de febrero, estuvo sobre media mañana un tiempo indeterminado, el día 8 de febrero, unas tres horas por la mañana, y otro tanto por la tarde, y el día 10 de febrero, una hora y media por la mañana, y sobre tres horas por la tarde. Durante ese tiempo, la actora estaba habitualmente en el altílo (al que no tiene acceso la clientela y donde hay un ordenador), viendo y ordenando papeles y folletos; hablando por teléfono; uno de los días hizo el recuento de Caja al cierre de local (que realiza una empleada), en otra ocasión hizo una venta y alguna otra vez, se la vio arreglando alguna prenda del local o escaparate. Compatibilizaba esos días su asistencia al local comercial con actividades personales o familiares (llevar y traer a sus hijas pequeñas del colegio, ir a la peluquería o hacer compras de alimentación).

Pues bien, a la vista de la conducta observada por la actora los días indicados, la cuestión litigiosa consiste en determinar si la misma es justificativa del despido que la empresa acordó; o si, por el contrario, dicha conducta no reviste la suficiente gravedad o culpabilidad para justificar el mayor reproche laboral que constituye el despido, tal como apreció la juzgadora de instancia, entendiendo que la actividad desplegada por la actora no estaba contraindicada con el estado de salud y que incluso era aconsejable como "terapia ocupacional" para una mejor evolución de sus dolencias.

SEGUNDO.- La Sala comparte el parecer de la Magistrada de instancia, no apreciando las infracciones atribuidas a la resolución que se impugna. Ciertamente la doctrina jurisprudencial no ha sido unívoca en relación con la cuestión enjuiciada, pero nunca ha tratado tampoco de objetivar ninguna causa de despido por la simple constatación de trabajar durante la situación de incapacidad temporal; sino que ha mantenido que cada caso se examine atendiendo a sus particulares circunstan-

cias "y con atención especial al factor humano que es de máxima importancia" (STS 4-octubre-1985). Así, tiene declarado la jurisprudencia, que no puede considerarse como una transgresión de la buena fe contractual la realización de actividades durante la situación de incapacidad temporal, cuando tales actividades en atención a las circunstancias concurrentes, y "en especial a la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, no son susceptibles de perturbar el proceso de curación, ni evidencian la aptitud laboral de trabajar con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa" (Ss TS 2 de junio y 7 de julio de 1987; Ar. 4.103 y 5.103). Sólo existe deslealtad en la realización de actividades durante la permanencia en la situación de incapacidad temporal, cuando el proceder del trabajador sea revelador de que "la capacidad laboral no se ha perdido o ya se ha recuperado, posibilitando una reincorporación al puesto de trabajo que se oculta, o cuando el mismo suponga una contravención a las indicaciones terapéuticas que conducen al restablecimiento impidiendo o retrasando su curación".

Partiendo de dicha doctrina jurisprudencial, para apreciar si el trabajador incurre o no en la deslealtad denunciada, será preciso examinar cual ha sido el motivo de la baja, la naturaleza de la enfermedad y del trabajo que desarrolla, así como el tratamiento prescrito, y valorando estas circunstancias se podrá alcanzar una conclusión justa y proporcionada sobre la conducta del trabajador, determinándose si con la actividad que desplegó durante la baja puso en riesgo su proceso de curación, o si dicha actividad es reveladora de que ya podía reintegrarse o reincorporarse a su puesto de trabajo.

Sobre la base de dichas premisas, debe analizarse el presente supuesto y -como ya se dijo-, la Sala comparte el parecer de la juzgadora de instancia, por cuanto la simple presencia de la actora en su comercio, no evidencia la realización de actividad alguna. En los cinco días en que fue "vigilada" por los investigadores privados, solamente se puede comprobar su participación en una venta atendiendo a un cliente. Debe tenerse muy en cuenta un dato decisivo, revelador de que la actora no desplegó actividad alguna en términos laborales en su negocio, cual es que en la tienda trabajan dos empleadas y, obviamente, serán ellas las encargadas de atender a los clientes y, en definitiva, quienes realizan todos los cometidos estrictamente laborales. La pre-

sencia de la actora en el comercio algún día durante un corto período de tiempo, sin cumplir un horario, ni una jornada de trabajo, ajena por completo a la actividad intrínseca de la tienda, dedicándose a hablar por teléfono, a archivar facturas u otros documentos, no supone ejercicio de actividad alguna durante la situación de Incapacidad Temporal; sino que su presencia en la tienda se puede calificar más bien de entretenimiento o pasatiempo, e incluso recomendable como “terapia ocupacional”, según informó el perito en el acto de juicio. Y su presencia en el comercio, no revela que estuviese en condiciones de reincorporarse a su trabajo, que requería una actividad de gran estrés y tensión, ni mucho menos que fuese perjudicial para su proceso patológico-depresivo, sino todo lo contrario, por la naturaleza de la enfermedad, un entretenimiento como el descrito, relajado, sin tensiones, puede ser clínicamente mucho más positivo que encerrarse en su domicilio.

Por todo ello, la decisión extintiva adoptada por la empresa, no reúne las notas de gravedad y culpabilidad exigidas por el artículo 54.1 del Estatuto, de ahí que dicha decisión deba ser calificada de despido improcedente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y 108 de la Ley de Procedimiento Laboral; lo que conlleva la desestimación del recurso y, en definitiva, a la confirmación del fallo impugnado; todo ello con las consecuencias previstas en los artículos 202.1.3 y 4 y 233.1 ambos de la Ley de Procedimiento Laboral. En consecuencia:

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por “B.N.P.E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Vigo de fecha veintuno de julio de dos mil, dictada en autos núm. 203/00 sobre Despido, seguidos a instancia de doña M.J.Z.D.M. contra la recurrente y “C.G., S.A.”, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido 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 la recurrente a que abone a la parte contraria, en concepto de honorarios de su abogado, la cantidad de CINCUENTA MIL PESETAS (50.000.- pts).

3126 Recurso nº 5.536/00

S.S. DESPEDIMENTO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS E DE PRODUCCIÓN. SUFICIENCIA DOS FEITOS ALEGADOS NA CARTA ÓS EFECTOS DA TUTELA XUDICIAL DO TRABALLADOR, MAILA INDEBIDA REFERENCIA A UNHA DAS CATRO CAUSAS. IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO. INEXISTENCIA DE PERDAS E INCREMENTO DA PRODUCCIÓN LOGO DUN DESCENSO.

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

A Coruña, a dos de febreiro de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.536/00 interpuesto por don J.D.L.F.L. El recurso inicialmente interpuesto por M.J.Q.L., mediante Auto del Juzgado de 7 de noviembre 2000 se puso fin a su trámite por no haber sido formalizado, 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 J.D.L.F.L. y otros, en reclamación de DESPIDO siendo demandado don A.C.S. y el Fondo de Garantía Salarial en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 168/00 sentencia con fecha 27 de mayo de 2000 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- Los actores vienen prestando servicios por cuenta de don A.C.S., como empleados de Notarías en las siguientes circunstancias: a) Don J.D.L.F. desde el 21.03.91, categoría de Aux. adv. y retribución de 278.676.- ptas. mensuales con prorrata de pagas extras. b) Doña M. J.Q., desde el 01.10.96, como subalterna, y una retri-

bución mensual de 143.750 ptas. con prorrata de pagas extras. II.- Con fecha 24.02.00 se notificó a los actores carta que dice: "Por la presente le comunico que, por las causas que expongo a continuación, me veo obligado a extinguir su Contrato de trabajo, por razones de índole económica. Las razones que fundamentan esta decisión se basan en que, como Vd. ya conoce, desde hace unos seis meses, y debido a una enfermedad que padezco desde entonces, me he visto imposibilitado de atender algunos de los principales cometidos propios de una Notaría, ya que dicho padecimiento me ha incapacitado para ello, siendo incluso incapaz de estampar mi firma y habiendo estado hospitalizado. Esta situación ha desembocado en que ha descendido notablemente el número de clientes de la Notaría, de tal modo que a día de hoy resulta imposible afrontar los gastos sociales derivados del personal. Por ello, lamentablemente he de proceder a la amortización de su puesto de trabajo, baso en dichas causas económicas, y en virtud de lo que al efecto establece el Estatuto de los trabajadores en su artículo 52.c). Por tanto, le comunico que la rescisión definitiva de su contrato laboral se producirá el próximo 25 de marzo. Asimismo y dada la falta de liquidez actual debido a las circunstancias anteriormente señaladas, se les hace saber que de la indemnización que legalmente le corresponde 293.428.- ptas. pesetas- le abonaré el 60% el mismo día 25 de marzo o antes, si las circunstancias lo permiten. El pago del 40% restante podrá solicitarlo del Fondo de Garantía Salarial. Desde este momento y hasta la fecha prevista de extinción, podrá disfrutar de una licencia retribuida de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo". III.- El 24.03.00 el Notario entregó a los demandantes el 60% de la indemnización, en cuantía de 180.439.- ptas. a la Sra. Q. y de 996.800 ptas. al Sr. D.L.F. así como la liquidación por cese.

IV.- El demandado, de 63 años de edad, ingresó el 14.09.99 en el Servicio de Neurología del Hospital Xeral-Cies, diagnosticado de polineuritis subaguda. Fue alta hospitalaria el 08.11.99 con cuadro de tetraparesia marcada de predominio distal con pérdida de fuerza y sensibilidad en las cuatro extremidades, que obligaban al auxilio de tercero para caminar, alimentarse, etc. Desde tal fecha recibió tratamiento en el Servicio de Rehabilitación, y actualmente es capaz de caminar con gran dificultad (utiliza muletas) y comienza a movilizar miembros superiores. V.- Desde su hospitalización, el Sr. C. fue sustituido, en la firma, de forma rotativa por otros Notarios, a cuyos des-

pachos los empleados acudían con los clientes; de noviembre a fin de diciembre, tales Notarios acudían, por turnos, una hora a la Notaría del demandado. A partir de enero se reincorporó el demandado a la Notaría, aún cuando hasta el 01.03.00 no podía acudir por las mañanas por tener rehabilitación hasta las 13,30; en la actualidad y desde la fecha antes indicada, el horario de rehabilitación es de 8,30 a 11 h., acudiendo a continuación a la Notaría. Se ha recuperado, en parte el volumen de trabajo, que ahora es en torno al 70% del anterior. VI.- El Sr. C. protocolizó, en los períodos que se relacionan el nº de documentos siguientes, en protocolo general: a) En 1997, en enero y febrero 846 y de septiembre a diciembre 1.280; b) en 1998, en enero y febrero 658, de septiembre a diciembre, 1.258; c) En 1999, en enero y febrero, 538 y de septiembre a diciembre, 454; d) En enero y febrero del 2000, 333. Desde enero al 15 de mayo, lleva 852 protocolos; en todo 1999, realizó 2.886 protocolos. VII.- El demandado realiza la declaración de rendimientos por el Sistema de "Caja", los ingresos cobrados en 1998 fueron de 133.242.522 ptas., y los gastos de 86.943.096.- ptas.; en 1999 los ingresos fueron 116.171.920.- ptas. y los gastos de 78.499.839.- ptas. En los ingresos de 1999, se computaron 14.530.772.- ptas. por facturas emitidas en el 98 y cobrados en el 99. Al término de 1999, quedaban pendientes de cobro un total de 2.945.772 ptas. En el primer trimestre del año 2000, los ingresos fueron de 14.609.468.- Ptas. y los gastos de 12.225.630.- ptas. VIII.- A efectos del I.V.A. el Sr. C. utiliza el sistema de devengo, habiendo declarado las siguientes cantidades en los períodos que se señalan: a) primer trimestre 99...19.641.106.- ptas.; b) segundo trimestre 99...20.279.744.- ptas.; c) tercer trimestre 99...18.695.268.- ptas.; d) cuarto trimestre 99...6.722.781.- ptas.; e) primer trimestre 2000...9.992.481.- ptas. IX.- En 1999 el Notario demandado tenía una plantilla de 12 personas; con fecha 23.11.99 fue baja el Sr. G. por despido (el cual cumplía funciones de oficial, en las cuales ha sido sustituido por otro empleado, el Sr. C.); el 16.03.00 cesó doña E.A. - esposa del demandado que cumplía funciones fuera de la Notaría. Al Sr. cesados los actores, y por las mismas causas se cesó a otros dos trabajadores (Sra. G. y Sr. F.P.), que fueron readmitidos en virtud de Acto de Conciliación Judicial que obra en los Autos. X.- Se intentó, sin efecto la Conciliación ante el SMAC.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y

desestimo la demanda de don J.D.L.F.L., y doña M.J.Q.L. declarando procedente la decisión extintiva por causas objetivas acordada por don A.C.S., declarando extinguidos los contratos con efectos del 25.03.00, condenando al Sr. C.S., a abonar, como diferencias del 60% de la indemnización legal, la cantidad de 6.412.- ptas. al Sr. D.L.F.L., y la de 20.825.- ptas. a la Sra. Q.L.; y ello con la presencia procesal de FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

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 don J.D.L.F.L. la sentencia de instancia en solicitud de revocación y de que se estime la demanda, declarando su despido nulo o improcedente, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.a), b) y c) L.P.L. formula los siguientes motivos: denuncia infracción del art. 120 en relación con el art. 105.2 de la L.P.L. y con el art. 24.1 y 2 C.E. (motivo 1º); interesa la revisión de los H.P. 7º y 9º (motivo 2º); y denuncia infracción del art. 52.C en relación con los art. 51.1 y 53 del E.T. y de doctrina jurisprudencial.

SEGUNDO.- La infracción normativa que denuncia el recurso al amparo del art. 191.a) L.P.L. no impide que el Tribunal resuelva previamente la revisión que de los H.P. 7º y 9º también interesa.

TERCERO.- Invocando la documental del folio 41 y acompañándola de diversa argumentación, interesa el recurso se introduzcan las muy concretas modificaciones en el texto del H.P. 7º que aparecen resaltados en negrita en integral H.P. 7º siguiente que propone:

“El demandado realiza la declaración de rendimientos por el Sistema de Caja, los ingresos cobrados en 1998 fueron 133.242.522.- ptas. y los gastos de 86.943.096.- ptas.; en 1999 los ingresos fueron de 121.818.456.- ptas. y los gastos de 75.672.903.- ptas. En los ingresos de 1999, se computaron 14.530.772.- ptas. por facturas pendientes en el 98 y cobradas en el 99. No consta en los ingresos del año 1998 las cantidades computadas por facturas emitidas en el año 1997 y cobradas en el 98. Al término de 1999, quedaban pendientes de cobro un total de 2.945.772.- ptas. En el primer trimestre del año

2000, los ingresos fueron de 14.609.468.- ptas. y los gastos de 12.225.630.- ptas. No consta el resultado final de este ejercicio fiscal”.

La revisión instada lleva a las siguientes consideraciones: A) Procede rectificar los ingresos y gastos de 1999 que declara la sentencia de instancia (116.171.920 ptas. y 78.499.839.- ptas.) por los propuestos, dado que al folio 41 obra la declaración de impuesto sobre la renta de las personas físicas del demandado correspondiente al “ejercicio 1999. Período 4”, fechada a 30.01.2000, en que se declaran como ingresos computables acumulados del período del año los de 121.818.456, y como gastos deducibles 75.672.903 ptas.; datos a los que hay que atender dado el tipo de prueba de que se trata; prueba esta que la propia Juzgadora de Instancia dice tomar en consideración en el Fundamento Jurídico 1º de la sentencia recurrida si bien con mención también de la pericial practicada, que aunque maneja para 1999 los datos que recoge la Juzgadora, no son asumibles ante aquella declaración de IPF aportada por el propio demandado y correspondiente al 4º trimestre de 1999. Y B) No cabe introducir en el H.P. 7º las otras dos modificaciones que también interesa la parte. De un lado, lo relativo a que no consta en los ingresos de 1998 las cantidades computadas por facturas emitidas en 1997 y cobradas en el 98, aparte de no invocarse al efecto la prueba que exigen para revisar los H.P. los arts. 191.b) y 194 L.P.L., constituye un hecho negativo cuya incorporación como tal a la declaración de H.P. no procede en sí misma, tampoco resultando trascendente a efectos de examen del derecho aplicado. Por otro, lo relativo a que “no consta el resultado final de este ejercicio fiscal”, en alusión al año 2000, resulta en sí mismo incongruente e inútil, dado que incluso por fecha de sentencia de instancia (mayo de 2000) se evidencia que los datos que declara el H.P. 7º del primer trimestre de 2000 son los existentes a tal fecha y con el ejercicio fiscal correspondiente del año sin finalizar.

CUARTO.- Invocando la documental del folio 21 y articulando diversa argumentación (en torno a la falta de prueba), interesa el recurso también la revisión del H.P. 9º, y lo hace en el sentido de que se introduzcan en su texto las modificaciones que aparecen resaltadas en negrita en el integral H.P. 9º siguiente que propone: “En 1999 el Notario demandado tenía una plantilla de 10 personas; con fecha 23.11.99 fue dado de baja el Sr. G. por despido (el cual cumplía funciones de oficial, en las que ha sido sustituido por otro

empleado, el Sr. C.). El 16.03.00, con posterioridad al despido de los demandantes se procedió a dar de baja en la Seguridad Social a doña E.A., esposa del demandado. Al ser cesados los actores y por las mismas causas se cesó a otros trabajadores (Sra. G. y Sr. F.P.) que fueron readmitidos en virtud de acto de conciliación Judicial que obra en Autos”.

La revisión pretendida lleva a las siguientes consideraciones: A) Procede rectificar la plantilla que tenía el Notario demandado en 1999, que no era de 12 personas sino de 10, como así aparece de la documental del folio 21 y se admite por el demandado mismo al hilo de impugnar el recurso. Y B) No procede declarar que el 16.03.00 “con posterioridad al despido de los demandantes se procedió a dar de baja en la S.S. a doña E.A., esposa del demandado”, puesto que en el H.P. 9º ya se dice que doña E. cesó el 16.03.00 y en el H.P. 2º se declara cuando se les entregó a los actores cartas de extinción laboral (el 24.02.00) y la fecha de sus efectos (25.03.00).

Finalmente, tampoco cabe suprimir la referencia que en el H.P. 9º hace la Juzgadora de Instancia a que doña E., esposa del demandado, “cumplía funciones fuera de la Notaría”, pues esto se declara en razón de las facultades de valoración de las alegaciones y del conjunto probatorio que aquella juzgadora ostenta al efecto (art. 97.2, L.P.L.), sin que la parte recurrente invoque más que su particular e interesado criterio cuando el art. 191.b) L.P.L. exige para la revisión de los H.P. documental y/o pericial que justifique errado aquel criterio judicial de instancia.

QUINTO.- La infracción que del art. 120 en relación con el 105.2 de la L.P.L. y 24.1 y 2 C.E. denuncia el recurso vía art. 191.a) L.P.L. se materializa, en palabras de la parte, en que: “De la lectura de la carta de despido se desprende claramente que la única causa alegada por la empresa es la económica. No se alude para nada en la citada carta a razones de tipo organizativo por lo que considera esta parte que la Magistrada de instancia incurre en error al aceptar como causa de oposición una causa no aducida por la empresa... se vulnera igualmente el derecho constitucional a ser informado de la acusación...”. La sentencia de instancia ya rechaza fundamentalmente, y en opinión de la Sala concretamente, la objeción dicha que ahora se replantea vía suplicación. Argumenta esta resolución (Fto. Jurídico 2º) que “la carta es suficientemente expresiva de las causas alegadas (enfermedad del Notario y

secuelas que conoce personalmente), como para contradecirlas...”; y que (Fto. Jurídico 3º) “el demandado adoptó las decisiones extintivas en base al art. 52.c) del E.T., aduciendo causas económicas, aun cuando en el acto de juicio, su representación adujo que más bien estábamos ante un supuesto pluricausal, en el que se mezclan las causas económicas y las organizativas, sin que quepa admitir la indefensión sobre tal alegación sostenida por la parte actora, pues la calificación jurídica es labor de los Tribunales... Por otra parte, como la doctrina ha apuntado, las causas establecidas en el art. 52.c), no serían sino manifestaciones de una única causa objetiva o fundamentación última económica...”

En definitiva, el motivo de recurso no prospera: A) La carta conteniendo la decisión extintiva de la relación laboral del recurrente exponía de manera inequívoca los hechos motivadores de la decisión, con independencia de que tildara las causas “de razones de índole económica”; y así se explicita en el H.P. 2º: “...como Vd. ya conoce, desde hace unos 6 meses, y debido a una enfermedad que padezco...”. Si ello es así, y dado que expresión “causa” que maneja la regulación legal en el contexto de la extinción contractual de que se trata es equivalente, según concreta doctrina jurisprudencial (STS. 11.03.86, 10.03.87...), a hechos, malamente se puede sostener que lo determinante es la denominación “causa económica” y lo accesorio los “hechos” que se explicitan al efecto; o que puede producirse indefensión porque estos hechos se califiquen como causa “organizativa” y no de causa económica... Lo esencial en términos de la decisión extintiva del contrato por causas objetivas y a los efectos de sus requisitos esenciales intrínsecos es que aquella contenga los hechos que la motiven de forma clara e inequívoca y que elimine toda duda o incertidumbre al respecto, resultando a partir de ello accesorio y no causante de indefensión alguna o de vicio valorable en términos de regularidad formal de la decisión y de examen en cuanto al fondo de su viabilidad el encuadramiento que finalmente se haga de tales hechos, si económica u organizativa o de producción, sin perjuicio de que hecho tal encuadramiento y como tal, se respete su propio régimen. B) Por encima, por su esencia y contenido mismo, la concreta delimitación de las causas de la extinción del contrato por causas objetivas no propician su nítida separación, de tal manera que no sólo la línea divisoria entre las causas económicas y las productivas, o entre las económicas y las organizativas y entre estas y las técnicas, no es nítida sino

que también existen supuestos pluricausales, con interdependencia entre aquellas causas; hasta el punto de que se ha afirmado que en todas las causas típicas existe o subyace un claro componente económico directo o indirecto y una cierta mezcla de finalidades, puesto que lo técnico, organizativo y productivo forman parte también de lo económico. Y C) Por consiguiente, si bien la carta conteniendo la decisión extintiva contractual decía “por razones de índole económica” y que procedía amortizar el puesto de trabajo basado “en dichas causas económicas...”, dado que no se mutan los hechos que la motivaron y que se expresaban inequívocamente en la carta (enfermedad del notario...), no se aprecia la infracción legal denunciada por derivación del encuadramiento formal que de tales hechos hace la sentencia recurrida, acudiendo a causas productivas con componentes económicos y organizativos; como en el acto de juicio también matizó el propio demandado aduciendo que en realidad el supuesto era pluricausal, causas económicas y organizativas. Así pues, no concurre la infracción de los arts. 120 y 105.2 L.P.L. denuncia el recurso en su primer motivo, que se rechaza.

SEXTO.- La infracción que del art. 52.c) en relación con los art. 51.1 y 53 del E.T. denuncia el Sr. D.L.F., en su recurso al amparo del art. 191.c) L.P.L. impone considerar que son fundamentales H.D.P. los siguientes: A) El actor-recurrente, Sr. D.L.F., ha venido prestando servicios para el notario de Vigo Sr. C.S. como dice el H.P. 1º; hasta que en 24.02.00 se le notificó la extinción de su contrato con efectos del día 25.03.00, invocando causas económicas al amparo del art. 52.c) E.T. y como hechos causantes de la decisión que debido a una enfermedad del Notario desde hacía unos 6 meses, éste se había visto imposibilitado de atender “algunos de los principales cometidos propios de una Notaría...” debiendo por ello amortizar su puesto de trabajo (H.P. 2º y 3º). B) El Notario demandado ingresó el 14.09.99 en el Servicio de Neurología del Xeral-Cies diagnosticado de polineuritis subaguda, siendo alta hospitalia el 08.11.99 con cuadro de tetraparesia con pérdida de fuerza... y estando en rehabilitación desde esta fecha, pudiendo “actualmente” caminar con gran dificultad (utiliza muletas) y comienza a movilizar miembros superiores (H.P. 4º), C) Desde su hospitalización, el demandado fue sustituido en la firma de forma rotativa por otros notarios, a cuyos despachos acudían los empleados con los clientes o los Notarios a la Notaría de aquél; a partir de enero se reincorporó el

demandado a la notaría, si bien hasta el 01.03.00 no podía acudir por las mañanas al tener rehabilitación, limitada desde esta fecha de 8,30 a 11 horas tras la que acude a la notaría; en este contexto consta (H.P. 5º) que “se ha recuperado, en parte el volumen de trabajo, que ahora es en torno al 70 % del anterior”. D) Lo protocolizado por el demandado en 1987 y hasta mayo de 2000 es lo que refleja el H.P. 6º. Los ingresos y gastos desde 1998 a primer trimestre de 2000 fueron los que declara el H.P. 7º, con la revisión admitida en Suplicación. Las declaraciones de IVA, las que indica el H.P. 8º. Y E) El demandado tenía en 1999 una plantilla de 10 personas, con las vicisitudes a fines de 1999 y principios de 2000 que señala el H.P. 9º.

SEPTIMO.- El art. 52.c) E.T. establece que el contrato podrá extinguirse cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de la Ley y en número inferior al establecido en el mismo, previendo que a tal efecto “el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o 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”. A partir de ello y en síntesis, por causas económicas la jurisprudencia ha venido entendiendo que son aquellas que actúan sobre el equilibrio de la empresa de ingresos y gastos y se identifican con una situación negativa de la empresa. Son causas organizativas las decisiones empresariales de reajuste de la organización productiva, aun cuando ésta no se fundamente en la previa inversión empresarial para la renovación de los bienes de equipo, y son causas de producción las dificultades que el entorno ocasiona a la actividad productiva de la organización empresarial y que impone la transformación de reducción de la producción.

Más en concreto y respecto de las causas económicas, vienen delimitadas en el propio art. 52.c) E.T. a partir de la exigencia de una situación económica negativa, en todo caso real y actual, siendo la medida extintiva una reacción frente a la misma en orden a superar la situación y dar auténtica viabilidad a la empresa. Las pérdidas serán, normalmente, un exponente de tal situación económica negativa, cuya dimensión cuantitativa y reiteración en varios ejercicios constituirán datos de

interés sustancial para justificar la existencia de la situación; o como decía la STSSJ de Murcia de 08.02.99, es dato determinante para poder valorar la existencia de la situación negativa (con cita de SSTs de 24.04.96 y 14.04.98) si hubo pérdidas significativas o elevadas en la época oportuna, añadiendo que “el tenor del art. 52.c) del E.T. impide calificar de procedente una medida extintiva adoptada después de haberse superado la situación negativa, porque en tal caso no sería posible afirmar con fundamento que la finalidad del despido sea la de contribuir a superar lo que ya está superado antes de producirse aquel”. La mejora de beneficios o el lucro empresarial se excluyen al respecto, si bien y a lo sumo pudieran tener cierta consideración los beneficios decrecientes si conlleva una disminución tan drástica en los resultados que, de continuar, fueran susceptibles de poner en peligro la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

La causa organizativa ampara las decisiones empresariales de reajuste y métodos de trabajo del personal en función de la eficacia de la empresa y en aras de que tales medidas contribuyen a superar la situación económica de la empresa. El propio art. 52.c) E.T. se refiere a las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, a cuya superación han de tender las medidas adoptadas; dificultades que pueden provenir tanto de su posición competitiva en el mercado como de las exigencias de la demanda.

OCTAVO.- No aparece en el caso presente, a consideración del tribunal, la causa económica u organizativa o de producción, o mixta-compleja, que justifique la decisión extintiva contractual adoptada por el demandado respecto del actor-recurrente Sr. D.L.F. En primer término, no hubo pérdidas en la notaría a raíz de la enfermedad del demandado. Se constata en los H.D.P., en especial en los ingresos y gastos de 1999 y en los del primer trimestre de 2000, considerando además que este ejercicio anual estaba sin concluir; y lo dice expresamente la sentencia recurrida en su Fto. Jurídico 4º: “...se observa una disminución hasta de dos tercios en el último trimestre del 99, y de un 50% en el primer trimestre del 2000) aún cuando no existen pérdidas”.

De otro lado, la enfermedad del notario demandado, causa única, según la propia carta conteniendo la decisión extintiva del contrato, de que hubiera “descendido notablemente el número de clientes de la Notaría” y de la amortización del puesto del recurrente, se refleja en los H.D.P. que al margen de la gravedad inicial,

ha venido en progresiva remisión; hasta el punto de que la hospitalización terminó el día 08.11.99, el demandado se reincorporó a la notaría a partir de enero siguiente y el proceso de rehabilitación a que desde su alta hospitalaria estaba sometido se redujo ya en fecha 01.03.00. Lo que en todo caso ponen de relieve los H.D.P. es que el proceso patológico a la postre no ha impedido al demandado no solo reincorporarse a la notaría ya en enero de 2000, sino atender la misma en horario normalizado salvo algo más de dos horas de rehabilitación a partir de marzo siguiente; y se recuerda que precisamente la decisión extintiva se adopta cuando tal mejoría patológica es un hecho ya evidenciado (carta de 24.02.00 y efectos de 25.03.00). Y que tal mejoría implicaba una cada vez mayor actividad profesional del notario se explicita también en que la disminución del volumen de trabajo acaecida no es que haya ido remitiendo sino que, aparte de otros hechos, “se ha ido recuperando, en parte el volumen de trabajo, que ahora es en torno al 70% del anterior” (H.D.P. 5º); o como se reitera en el fto. jurídico 4º de la sentencia recurrida: “...la causa económica ha de ponerse en relación con la disminución del volumen de trabajo (que los testigos cifraron en un 30% o 40% en éstos momentos, en que en parte se ha recuperado)”.

Por último, sin haber existido pérdidas; con la situación patológica del notario en recuperación de tal modo que le ha sido posible su reintegración a la actividad de manera creciente y casi normalizada en cuanto a jornada de presencia al tiempo que aquí interesa; con el rendimiento y volumen de trabajo en recuperación, no se aprecia o justifica que la extinción del contrato del recurrente garantice en valorable y cierta medida una viabilidad supuestamente amenazada de la notaría o materialice la efectiva manifestación de una reorganización precisa de la oficina en aras de solventar la situación creada por la enfermedad del demandado. Al contrario, en cuanto que sin constar que la menor actividad notarial haya afectado directa y precisamente al área concreta de trabajo del recurrente, se procede a extinguir su relación laboral cuando la notaría recobra actividad y volumen de trabajo y cuando, lógicamente, vuelve a aparecer la misma o similar situación “empresarial” precedente.

Se concluye, en suma, que si bien la enfermedad del demandado ha supuesto una incidencia desfavorable en la notaría de que es titular, dada la especialidad de la función nota-

rial en sí misma, aunque esto también dota a la actividad de ribetes específicos desde la perspectiva “empresarial”, es lo cierto que la situación creada y constatada al tiempo de la adopción de la decisión extintiva que se examina no justifica la misma en términos del art. 52.c) E.T., no apreciándose la exigible causa económica, u organizativa-productiva, alegada. Y es que a partir de una situación de disminución de actividad y de ingresos que mostrándose coyuntural, se fue atemperando por diferentes vías y sin pérdidas, resulta que es tras la reincorporación progresiva a la actividad profesional por parte del demandado dada la favorable evolución de sus dolencias y en momentos en que la Notaría de que es titular está recuperando normalidad en su actividad cuando se produce la decisión extintiva del contrato del recurrente, que por lo dicho y por situación de “mercado”, evolución del volumen de la actividad y expectativas de ingresos no encuentra la justificación legal exigible.

Por consiguiente, procede estimar el recurso interpuesto por el demandante Sr. D.L.F. en el sentido de declarar la decisión extintiva para con él adoptada improcedente (el recurso de la otra actora, M.J.Q.L., con posición material y procesal propia e independiente, no fue formalizado y el Auto del Juzgado de 07.11.2000 puso fin al mismo), por no acreditada la causa legal indicada en la comunicación al efecto (art. 122.1 L.P.L.); y ello lleva consigo (art. 123 de la L.P.L. en relación con los art. 110 de la propia L.P.L. y 53.5 y 56.1 E.T.) la condena a la opción readmisión-indemnización y al abono de los salarios de tramitación desde la extinción hasta la notificación de la sentencia, sin perjuicio de lo establecido en el art. 57 E.T., y con la compensación que proceda entre la indemnización percibida y la ahora fijada (art. 123.4 L.P.L.). La fijación de la indemnización ha de hacerse a partir de que (H.D. 1º) el salario del Sr. D.L.F. asciende a 278.676 ptas. mes con prorata y que su antigüedad data de 21.03.91, siendo la fecha de la extinción el 25.03.2000, dando la suma recogida en la parte dispositiva.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el demandante don J.D.L.F.L., revocamos el pronunciamiento que respecto al mismo contiene la sentencia dictada en autos nº 168/00 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo en fecha 27.05.2000, con mantenimiento en lo restante; y consecuentemente, declaramos la improcedencia de la

decisión extintiva por causas objetivas de la relación laboral de don J.D.L.F.L. acordada y condenamos al demandado don A.C.S. a que, a su opción en el plazo legal, readmita al trabajador en su puesto de trabajo con las mismas condiciones que regían antes de producirse la decisión extintiva o le abone en concepto de indemnización la cantidad de 3.762.045 ptas., y en ambos casos al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se produjo aquella decisión de extinción hasta la fecha de notificación de esta sentencia, a razón de 9.289 ptas. día, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 57 E.T.; todo ello como dispone el art. 123 L.P.L. y el E.T. y con el reintegro o compensación procedente respecto de la indemnización recibida.

3127 Recurso nº 4.727/00

S.S. INCOMPETENCIA DA ORDE XURIS-DICCIONAL SOCIAL. CUESTIÓNS ORGANIZATIVAS ATINENTES A PLANES DE PENSÍONS E CONTRATOS DE SEGURO. CUMPRIMENTO E INTERPRETACIÓN DO REGULAMENTO DE PLAN DE PENSÍONS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a ocho de febrero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.727/00, interpuesto por don J.I.S.P. contra el Auto del Juzgado de lo Social núm. 2 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En el Juzgado de instancia tuvo entrada, el 23 de junio de dos mil, demanda formulada por don J.I.S.P., Presidente del Comité de la Empresa “N.D.C., S.A.”, dirigida frente a la nombrada patronal y otros, suplicándose en la misma que se declare nula y sin efecto la convocatoria de elecciones a

miembros de la Comisión de Control del Plan de pensiones de la repetida empresa, o, subsidiariamente se declare como período inhábil para hacer la votación los días 2 y 6 de julio.

SEGUNDO.- Por providencia del mismo día, se acordó oír al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la competencia del Juzgado para conocer del asunto; emitiendo informe el Ministerio Público en el sentido de que las normas aplicables a la materia del presente procedimiento son las civiles y no las sociales y alegándose por la representación de la empresa que estimaba era competencia de la jurisdicción social, pero que, funcionalmente, la competencia correspondía a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

TERCERO.- Por Auto de fecha 6 de julio de 2000, el Juzgado de instancia declaró la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la materia del presente expediente, siendo competente la jurisdicción civil, ante la que podrá reproducir su pretensión si a su derecho conviene. Contra dicha resolución se interpuso recurso de reposición por el demandante y, previos los trámites legales, fue desestimado en auto de 24 el citado mes, que confirmó íntegramente la resolución recurrida, y frente a ésta formula Suplicación el demandante, que no ha sido impugnado de contrario. Elevadas las actuaciones a esta Sala se dispuso el pase las mismas al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El Auto recurrido desestima el recurso de reposición interpuesto por el Presidente del Comité de la Empresa "N.D.C., S.A.", contra el Auto de fecha seis de julio de dos mil, que declaró la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la materia del presente expediente, siendo competente la jurisdicción civil, ante la que podrá reproducir su pretensión si a su derecho conviniere. Frente al pronunciamiento de instancia, interpone recurso de Suplicación la parte demandante, construyendo el primero de los motivos al amparo art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, denunciando infracción, por inaplicación, del art. 2 de esta Ley, en concreto en las letras a), c) y n); en relación con la Ley 8/97 y Real Decreto 1.307/88, de 30 de septiembre, y Reglamento del Plan de Pensiones de la Empresa "E.N.C.E., S.A." (aportado como documento nº 2 en el recurso de reposición) y normas sobre elección a miembro de la Comisión de Control del Plan de Pensiones (doc. nº 1 del recurso de reposición); y sentencia del Tribunal Supremo de 30.12.94; por estimar,

esencialmente, que el precepto procesal que invoca atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) Entre empresarios y trabajadores; estando incluido en este caso el Plan de Pensiones de (ENCE), regulado por su Reglamento de aplicación, que dice que son partícipes todos los empleados de la plantilla, promotor la empresa y que la Comisión de Control estará constituida por diez miembros, siete de los partícipes y tres del promotor. c) En la aplicación de los sistemas de mejora de la acción protectora de la Seguridad Social incluidos los planes de pensiones que su causa derive del contrato de un contrato de trabajo o convenio colectivo, y en el caso presente, el plan de pensiones deriva de un convenio recogido en el Reglamento antes referido. En los procesos sobre materias electorales, a las que se hace referencia en las normas sobre elección a miembros de la Comisión de Control firmadas en Madrid en febrero de 1991 (documento nº 1, antes citado), que en su art. 2.11 dice que para la interpretación de esta normativa se aplicará con carácter supletorio el Estatuto de los Trabajadores o R.D. sobre elecciones a representantes de los trabajadores. Por otro lado, añade el recurrente, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1994 (rec. 1.702/94) ya declara la competencia de la jurisdicción social en conflicto planteado por la interpretación de las normas de esos Reglamentos firmados por (ENCE) y los trabajadores partícipes diciendo: debiendo, pues en su caso presentarse demanda ante tal órgano (de lo social), quien deberá inexcusablemente conocer la pretensión de los demandantes. Por ello y porque en la propia contestación al recurso de reposición la propia empresa considera como competente para conocer del fondo de la litis a la jurisdicción social además de otras excepciones, entiende la recurrente que debe ser declarada la competencia de la jurisdicción social.

SEGUNDO.- Con la misma cobertura procesal que el que precede, se articula el segundo, y último, de los motivos del recurso, en el que, con carácter cautelar, se denuncia infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley de Procedimiento Laboral, en cuanto a la competencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional... Argumentando que si bien la demanda puede afectar a varios centros de trabajo de Galicia, Madrid y Andalucía, el Reglamento del Plan de Pensiones de la empresa -aportado del modo antes indicado- del que es promotor la propia empresa, está sometiendo al cumplimiento e interpretación del propio Reglamento a la competencia de los juz-

gados del lugar de residencia de la persona que formula la reclamación; en este caso, la competencia de los Juzgados de Pontevedra.

La cuestión planteada en el recurso está centrada en determinar si el orden jurisdiccional social no es competente para tramitar y resolver la pretensión deducida en la demanda, como se pronuncia la sentencia recurrida, o si, por el contrario, como sostiene el recurrente, la competencia para su conocimiento y decisión viene atribuida a los órganos del citado orden de jurisdicción. La disyuntiva debe resolverse en favor de la tesis mantenida por el "iudex a quo"; de un lado, porque la pretensión deducida en la demanda, a que se remite el primero de los antecedentes de hecho de la primera resolución, no puede ser sometida a enjuiciamiento y decisión de los órganos jurisdiccionales del orden social, ni, por tanto, del juzgado de instancia, por imperio de lo normado en el art. 9, nº 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a los Tribunales y Juzgados del orden jurisdiccional social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral; precepto éste que debe ponerse en relación con el art. 2 de la Ley Adjetiva Laboral, concretamente en sus apartados a), c) y d), teniendo en cuenta la infracción normativa que el recurrente denuncia en el primero de los motivos del recurso. No pudiendo enmarcarse el supuesto litigioso en ninguno de dichos apartados. En el primero porque no se está en presencia de una cuestión que afecte a empresario y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, ya que la referencia habrá de entenderse hecha a conflictos individuales, teniendo en cuenta que el propio precepto bajo la letra l) se refiere a los conflictos colectivos; pero es que, además, la vinculación de la controversia con el contrato de trabajo, debe ser directa y estrechamente relacionada a una norma laboral "strictu sensu". En el segundo, porque si el apartado c) del art. 2, en cuanto se refiere a la aplicación de los planes de pensiones y contratos de seguros, exige que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo se refiere a la "aplicación de los sistemas", lo que restringe el supuesto a las relaciones de cobertura y prestacionales, no a los aspectos estructurales de organización de esos términos. Y en el tercero, porque el apartado n) del citado art. 2 comprende la referencia jurisdiccional de la normativa sustantiva reguladora del procedimiento electoral reflejado en los arts. 69 a

76 del Estatuto de los Trabajadores. En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1994, invocada por el recurrente, es de resaltar que la acción allí ejercitada lo era con fundamento en la violación de un derecho fundamental al sentirse los actores, (trabajadores en el centro de la empresa radicado en Madrid), discriminados en el nuevo plan de pensiones instaurado en el Convenio Colectivo, afectando la cuestión exclusivamente a los trabajadores y demandante; tratándose pues, de un supuesto esencialmente diverso al ahora planteado. Proce-diendo, por todo ello, rechazar la censura jurídica a que se contrae el primero de los motivos del recurso; reproche que habrá de conducir, ineludiblemente, a idéntica solución respecto al segundo de los motivos, puesto que la resolución recurrida da acogida a la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, sin alusión alguna a la competencia funcional de la Sala de lo Social Audiencia Nacional.

Por lo que queda expuesto procede, con desestimación del recurso, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.I.S.P., contra el auto de fecha veinticuatro de julio de dos mil, dictado por el Juzgado de lo Social número dos de los de Pontevedra, en proceso sobre elección a miembros del Comité de Control de Plan de Pensiones, promovido por el recurrente frente a la Empresa "N.D.C., S.A.", las centrales sindicales Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores y Sindicato Unitario de Trabajadores de Huelva, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

3128 Recurso nº 19/99

S.S. ACCIDENTE DE TRABAJO, ENFERMIDADES OU DEFECTOS PADECIDOS CON ANTERIORIDADE QUE SE AGRAVAN COMO CONSECUENCIA DA LESIÓN CONSTITUTIVA DO ACCIDENTE. IMPUGNACIÓN DE ALTA MÉDICA ESTENDIDA POR MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO E ENFERMIDADES PROFESIONAIS.

Ponente: Ilma. Sra Doña Pilar Yebrá-Pimentel Vilar

A Coruña, a nueve de febrero de dos mil uno.

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. 19/99 interpuesto por don J.L.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por J.L.C. en reclamación de impugnación alta médica siendo demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, "M.P.A.T. nº..." (MUPRESA), don M.F.V. y el Servicio Galego de Saúde; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 463/98 sentencia con fecha treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- El demandante don J.L.C., nacido el 12.11.62, que figura afiliado y en alta en la Seguridad Social, Régimen General, con el nº..., viene trabajando desde el 20.04.89 para el empresario don M.F.V., dedicado a la actividad de taller de reparaciones eléctricas, haciéndolo como especialista y teniendo una base reguladora total mensual a efectos de accidentes de trabajo de 117.000 pesetas. Segundo.- Con fecha 18 de diciembre de 1997 cuando el actor se encontraba en su puesto de trabajo realizando una de sus labores habituales sufrió un accidente laboral cuando estando colocando unos tubos eléctricos en un andamio y al realizar un esfuerzo sintió un dolor en la espalda, iniciando incapacidad temporal con el diagnóstico de lumbociatálgia derecha, en cuya situación permaneció hasta el día 18 de abril en que fue dado de alta debiendo volver a revisiones periódicas; de nuevo fue dado de baja el 20 de abril con el diagnóstico de esguince de columna lumbar, en cuya situación permaneció hasta que fue dado de alta el 15 de mayo por curación. El empresario dio a la "M.P. nº..." (MUPRESA) el oportuno parte de accidente laboral por ser la entidad con la que tenía cubierto el riesgo de

accidentes de trabajo del actor. Tercero.- El mismo día 15 de mayo el actor fue dado de baja por el facultativo de la Seguridad Social por la contingencia de enfermedad común y con el diagnóstico de dolor lumbar que irradia miembro inferior derecho, antecedentes de intervención quirúrgica por hernia discal, fibrosis postquirúrgica y artrosis L5-S1, situación de la que no consta que haya sido dado de alta. Cuarto.- El día 18 de junio el actor presentó reclamación previa impugnando el alta ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Servicio Galego de Saúde, siéndole desestimada por el primero por silencio administrativo y resolviendo el segundo el 13 de agosto que no era competente para anular el alta expedida por la Mutua. Quinto.- El demandante estuvo ya en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común por padecer lumbociática desde el 21.11.97 hasta el 05.12.97. En marzo de 1998 se le practicó hemilaminectomía L5 y discectomía L5-S1 por hernia discal L5-S1 derecha. El día 20 de noviembre de 1997 fue atendido en el Servicio de Urgencias del "H.M." por dolor lumbar irradiado a las piernas, siendo diagnosticado de lumbociatálgia derecha. Padece: cambios postquirúrgicos en el espacio L5-S1 derecho, fibrosis perirradicular postquirúrgico, cambios degenerativos en el espacio L5-S1, hemangioma en cuerpo vertebral de L2, discreta rectificación de la curvatura fisiológica, lumbociática derecha con Lassegue negativo, disminución del reflejo rotuliano derecho, bragard débilmente positivo. El día 2 de septiembre de este año el Instituto Nacional de la Seguridad Social le comunicó que iniciaba expediente administrativo de incapacidad permanente. Sexto.- La demanda se dirigió también contra la Tesorería General de la Seguridad Social, presentándose el día 21.07.98 y solicitando en ella el actor que se anule el alta médica que le fue expedida por la Mutua el día 15 de mayo."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.L.C. contra el empresario don M.F.V., la "M.P.A.T. nº..." (MUPRESA), el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Galego de Saúde, debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos deducidas."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por el trabajador demandante en los presentes autos, se interpone recurso de Suplicación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, que desestimó su pretensión consistente en que se declarase que se reponga al actor en situación de IT, derivada de accidente de trabajo, desde el día 15 de mayo de 1998, que se le continúe prestando la asistencia sanitaria conducente a restablecer la salud del accidentado y que se le abone la prestación de IT, derivada de accidente de trabajo, desde el 15.05.98, hasta su total curación, o hasta que el EVI determine el grado de invalidez que proceda.

SEGUNDO.- Como primer motivo del recurso de Suplicación, formulado al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995/1.144 y 1.563), por el trabajador recurrente se solicita que se adicionen o modifiquen los siguientes hechos declarados probados. En primer lugar pretende una nueva redacción del hecho probado segundo y del hecho probado quinto, por estimar que tal y como están redactados inducen a confusión y no clarifican el objeto de la litis, proponiendo que debe redactarse el hecho probado segundo y del hecho probado quinto hasta “padece”, que debe conservarse el siguiente texto: “El actor fue intervenido de hernia discal L5-S1 derecha en marzo de 1988 no padeciendo recidiva alguna hasta que el 20 de noviembre de 1997 fue atendido por el servicio de urgencias del “H.M.” por dolor lumbar irradiado a las piernas que se inició por un esfuerzo en el centro de trabajo. Inicialmente le dan de baja por enfermedad común desde el 21 de noviembre al 5 de diciembre y el 18 de diciembre se expide parte de baja por accidente, con efectos de 9 de diciembre de 1997 hasta el 18 de abril de 1998, que es dado de alta, siendo nuevamente baja el 20 de abril hasta el 15 de mayo en que es dado de alta por curación por los servicios médicos de la Mutua.”. Dicha pretensión no puede prosperar, por cuanto que en lo esencial, aunque con un orden cronológico distinto, coincide el texto propuesto con el que se pretende revisar.

En segundo lugar se pretende la adición de un hecho nuevo, que figuraría, con el ordinal tercero bis del relato fáctico, y que debería quedar redactado con el siguiente texto: “El 27 de abril de 1998 la Mutua, ante las lesiones que presenta el actor, recomienda que el actor sea revisado por el médico de la Mutua

en A Coruña, o en la clínica de Madrid por si diera lugar a un proceso de invalidez. El 16 de mayo de 1998 el Dr. M. de la “M.P.” Muprespa dice que solicita que se hagan nuevas pruebas dado que está controvertido el hecho de que la etiología del paciente sea laboral o no laboral y el 7 de julio de 1998 se confirma que durante diez años el paciente no ha tenido dolencia alguna, hasta que en diciembre de 1997 comienza con ciática derecha, llegando el dolor a la pantorrilla. No es aconsejable intervención quirúrgica”. Adición que tiene su apoyatura en la documental obrante en autos, a saber en los folios 56, 54, 57 y 61. Dicha pretensión ha de prosperar al fundamentarse en pruebas documentales obrantes en autos, no contradichas por prueba alguna, y se ha producido una parcial transcripción literal, sin interpretaciones ni conclusiones, estimándose además dicha adición relevante para la resolución de la litis.

TERCERO.- Como siguiente y último motivo de recurso, formulado al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, por el trabajador recurrente se denuncia que la Sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 115.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994/1.825), que establece que las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente, han de considerarse accidente de trabajo alegando el recurrente que dado que en la relación fáctica, ha quedado constatado que el actor ha sido intervenido hace 10 años (en marzo de 1998) de una hernia discal que le ha permitido trabajar desde el 20 de abril de 1989 para el mismo empresario sin haber tenido proceso alguno de incapacidad temporal y sin que aquella lesión hubiese producido molestias o queja de ningún tipo, tal y como consta acreditado en los informes de la Mutua que ha aportado a los autos, por lo que estima que se ha infringido el artículo citado y entiende que debe ser revocada la sentencia de instancia estimando el recurso interpuesto.

Efectuando un breve resumen de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, junto con los que han sido admitidos en esta fase de recurso de Suplicación, resulta de lo actuado de interés, lo siguiente: 1).- El actor fue intervenido de hernia discal L5-S1 derecha en marzo de 1988, trabajando desde el 20 de marzo de 1989 para el mismo empresario, sin que conste recidiva alguna, hasta que el 18 de diciembre de 1997 sufrió un accidente

laboral, iniciando IT por lumbociatalgia, permanecendo en dicha situación hasta el 18 de abril en que fue dado de alta y de nuevo baja el 20 de abril, por esguince de columna lumbar, hasta que fue dado de alta por curación. 2).- Que con anterioridad al accidente, el 20 de noviembre de 1997 fue atendido en el servicio de urgencias del "H.M", siendo diagnosticado de lumbociatalgia derecha, causando baja por ILT por enfermedad común desde el 21.12.97 hasta el 05.12.97 y 3).- El mismo día 15 de mayo de 1998, que fue dado de alta de la situación de IT derivada de accidente de trabajo, el actor fue dado de baja por el facultativo de la Seguridad Social por la contingencia de enfermedad común y con el diagnóstico de dolor lumbar irradiado a miembro inferior derecho y antecedentes de intervención quirúrgica por hernia discal, y no consta que haya sido dado de alta de dicha situación.

Resultando de aplicación al supuesto de autos lo establecido en el apartado f) del artículo 115.2 de la LGSS, que presume constitutivas de accidente de trabajo las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva, del accidente, ya que constante doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entiende que tienen tal consideración de accidente de trabajo las enfermedades, que sufre el trabajador, en cuanto de alguna manera ofrezca una conexión con el trabajo, bastando con que el nexo causal indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando resulten hechos que rompan con evidencia aquella conexión.

La discusión sobre si ha de continuar en baja, o dicho de otra manera si ha de invalidarse el alta de la Mutua y declarar al actor en situación de ILT, surge porque la Mutua considera que el actor está curado de las lesiones que dieron lugar al inicial accidente de trabajo y que, aun reconociendo la existencia de las demás lesiones, las atribuye a enfermedad preexistente y sin relación con las que dieron lugar al accidente. En este caso concreto estamos hablando de unas lesiones del actor sufridas en el año 1988, al ser intervenido de hernia discal, pero no volvió a presentar recidiva alguna, y de hecho viene trabajando para el mismo empre-

sario desde el año 1989, sin recidiva hasta el 20 de noviembre de 1997 en que cursó baja por enfermedad común por lumbociatalgia, hasta el 5 de diciembre de 1997, y el día 18 de diciembre del mismo año sufrió un accidente de trabajo causando baja por lumbociatalgia derecha hasta el día 15 de mayo de 1998, en que fue dado de alta por curación, pero ese mismo día, causó baja por enfermedad común con el mismo diagnóstico y no puede olvidarse, que aún siendo defectos que el trabajador tuviera constitucionalmente con anterioridad al momento del accidente, lo que sí es cierto es que se produce un deterioro y una sintomatología, evidenciando una clínica que antes no aparecía en el trabajador, de manera que entendemos que sí existe relación, y que en todo caso la redacción del art. 115 de la LGSS en su apart. 2.f) subsume el presente supuesto, por lo que procede aceptar el recurso.

Pues como viene señalando invariablemente la jurisprudencia (Sentencias entre otras de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 junio 1990 [RJ 1990/5.498], 21 enero 1991 [RJ 1991/68] y 27 octubre 1992 [RJ 1992/7.844]), y ha puesto recientemente de manifiesto esta Sala en su S. 19 marzo 1993, la significación conceptual del siniestro laboral no queda reducido al trauma violento y súbito que sea causa exclusiva y excluyente de una situación irreversible doliente, sino que se ve ampliado -como consecuencia de la existencia de la necesaria relación de causalidad entre trabajo y lesión- a supuestos como el presente en los que un traumatismo actúa como elemento desencadenante de la enfermedad o defecto padecido por el trabajador, agudizándolo o sacándolo de su estado latente, ignorándose si se hubiera o no patentizado de no haber acaecido el siniestro.

CUARTO.- La estimación del motivo conlleva la del recurso y por ende la de la demanda, con previa revocación de la sentencia de instancia, anulando el alta médica extendida por la Mutua demandada el día 15 de mayo de 1998 declarando que la situación de Incapacidad temporal de el demandante deriva de accidente de trabajo, siendo responsable del pago de la oportuna prestación desde la mencionada fecha, y hasta en tanto no se produzca una causa legal de extinción-, la referida Mutua como subrogada en la obligación empresarial. Así parece evidente que el alta médica expedida por la mutua el día 15 de mayo de 1998 no se ajusta a la realidad ya que el actor no estaba curado como lo demuestra el hecho de que no

puede incorporarse a su trabajo, y fue nuevamente dado de baja por los servicios médicos oficiales el mismo día 15 de mayo de 1998, con el mismo diagnóstico, es decir la misma dolencia que originó la baja el 18 de diciembre de 1997 derivada de accidente de trabajo, por lo que ésta nueva baja debe ser igualmente calificada como derivada de accidente de trabajo, ya que según Sentencia del TS de 27.10.1992 (RJ 1992/7.844), tendrán la consideración de accidente laboral, las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente, añadiendo que el término lesión, que consignan las dos normas citadas como otras de la LGSS, no cabe darle el estricto sentido sino el de cualquier menoscabo físico o fisiológico que incida en el desarrollo funcional. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.L.C. contra la sentencia de fecha treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Vigo, en proceso promovido por el recurrente frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, "M.P.A.T. nº..." (MUPRESA), don M.F.V., y el Servicio Galego de Saúde, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia y estimando la demanda declaramos que se reponga al actor en la situación de IT, derivada de accidente de trabajo, desde el día 15 de mayo de 1998, que se le continúe prestando la asistencia sanitaria conducente a restablecer la salud y a que se le abone la prestación de IT derivada de accidente de trabajo, desde el 15.05.98 hasta su total curación, o hasta que el EVI determine el grado de invalidez que proceda.

3129 Recurso nº 793/01

S.S. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. AXENTE COMERCIAL COLEXIADO. CONTRATO DE AXENCIA. CARGA DA PROBA DA RELACIÓN LABORAL. DIFERENCIA COA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DOS REPRESENTANTES DE COMERCIO. INCOMPETENCIA DE XURISDICCIÓN.

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

A Coruña, a quince de marzo de dos mil uno.

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 793/01 interpuesto por don A.C.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Lugo.

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 540/00 se presentó demanda por don A.C.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el "P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veinte de noviembre 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 A.C.F., cuyos datos personales constan en autos, agente comercial colegiado, celebró en fecha 1 de febrero de 1976 con la empresa "P., S.A." contrato de comisión mercantil, extendiéndose hasta el 1 de enero de 1994 fecha en la que celebra contrato de agencia con la mencionada empresa. SEGUNDO.- Con fecha 8 de junio de 2000 la empresa "P., S.A." dirige escrito al actor con el siguiente tenor literal: "Muy Sr. Ntro.: Por medio de la presente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, le comunicamos la resolución del contrato de agencia suscrito con Vd. con fecha 1 de enero de 1994, resolución que surtirá efectos desde el momento en que reciba la presente. La resolución de dicho contrato se basa en los reiterados incumplimientos de las obligaciones contractuales asumidas por Ud., y, en especial, las siguientes: Durante el último año no ha llevado a cabo Ud. Ni uno solo de los desplazamientos por la Comunidad Autónoma Gallega ni ha visitado a ninguno de los clientes que tiene asignado, obligación expresamente establecida en la Cláusula Tercera, apartado segundo del contrato, salvo que haya sido acompañado por otra persona de nuestra organización. No ha efectuado ni uno solo de los viajes denominados de repaso ni el tercer viaje a los clientes interesantes comercialmente que están también recogidos en los epígrafes b) y c) de la Cláusula Tercera, apartado segundo. Y todo ello, a pesar de que se le ha requerido

expresamente para ello en distintas ocasiones, habiendo alegado Ud. que "...para lo que voy a vender, no me compensa...". Tampoco se ha desplazado en ningún momento a nuestra sede central en Madrid, a pesar de que la Cláusula Tercera, apartado tercero del contrato, recoge la obligación por su parte de acudir a dicha sede dos veces al año (una al principio de la temporada de Otoño-Invierno, y otra al inicio de la temporada de Primavera-Verano) para recibir información acerca de las previsiones para dichas temporadas, características de los artículos a presentar y política comercial a desarrollar. A mayor abundamiento, se da el caso de que ha acudido Ud. a Madrid en distintas ocasiones para asistir a distintas Ferias del Sector a requerimiento de otras casas comerciales cuya representación Ud. ostenta y, ni siquiera se ha dignado Ud. en comunicar dicho viaje a "P., S.A." ni, mucho menos, acudir a nuestra sede 2000, acudió Ud., a la Feria de la Semana de la Moda en Madrid, extremo del que tuvimos conocimiento casual al encontrarnos con Ud. en la misma Feria, dando Ud. respuestas vagas y evasivas ante el requerimiento efectuado acerca de la sorpresa que nos produjo encontrarle allí y que no hubiera comunicado este extremo a "P., S.A." Igualmente, ha desatendido Ud. la obligación asumida en virtud del apartado sexto de la Cláusula Tercera del Contrato, este es, se ha negado Ud. a realizar las gestiones de cobro de mercancías suministradas por "P., S.A." a clientes asignados en su zona, alegando que los desplazamientos sólo para cobrar no le compensan...". Tampoco ha cumplido Ud. la obligación asumida en virtud de la Cláusula Tercera, apartado primero del Contrato de 1 de enero de 1994, consistente en rendir cuentas quincenalmente de las gestiones desarrolladas en nombre de "P., S.A.", y especialmente, las relativas a pedidos realizados por los clientes, gestiones de cobro efectuadas, perspectivas de nuevos clientes, etc. Además, las escasísimas gestiones de venta que ha llevado a cabo, las ha realizado sin haber dado de baja ni actualizado los muestrarios que, puntualmente, le han sido remitidos por "P., S.A.". Y, por último, no ha llevado Ud. a cabo la obligación principal asumida en el contrato, esto es, la promoción de venta de artículos comercializados por "P., S.A." con diligencia de un ordenado comerciante, por cuanto ha dedicado Ud. en su tiempo a otras empresas cuyos productos también representa, desatendiendo total y absolutamente las obligaciones contraídas con esta empresa, y llegando incluso, en las escasas ocasiones en las que, a requerimiento de "P., S.A." y en compañía de algún comercial de plantilla de esta empresa, ha efectuado visitas a clientes

de la Comunidad Autónoma de Galicia, a establecer Ud. las fechas en que dichas visitas deberían llevarse a cabo, condicionando las mismas a otros compromisos por Ud. asumidos con otras empresas cuyos productos también representa y, en definitiva, y ante el retraso con que dichas visitas a clientes se produjeron, provocando que "P., S.A." salga al mercado en la Comunidad Autónoma de Galicia tarde, con el consiguiente perjuicio en las operaciones de venta. Por todo ello, y como se le indicaba al inicio de la presente carta, "P., S.A." da por resuelto el contrato de agencia suscrito con Ud. el 1 de enero de 1994, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, y debido a los incumplimientos contractuales absolutamente graves y reiterados por su parte, incumplimientos, que, debido a su entidad, frustran absolutamente las legítimas expectativas de "P., S.A." y el fin mismo de dicho contrato. Todo ello sin perjuicio, además, de poner en su conocimiento que "P., S.A." se reserva el ejercicio de las acciones legales oportunas en reclamación de los daños y perjuicios que su actuación nos ha irrogado. Finalmente, por medio de la presente la requerimos expresa y formalmente para que, en el improrrogable plazo de 72 horas siguientes a la recepción de la presente ponga a disposición de "P., S.A." la totalidad de los muestrarios e instrumentos de trabajo que le han sido entregados para el desarrollo de las labores asumidas en virtud del Contrato de Agencia, comunicándonos el momento y lugar en que una persona de esta empresa pueda pasar a recoger los mismos".

TERCERO.- El demandante posee un local de su propiedad en el que tiene los muestrarios, todo el material del que dispone en el citado local es de su propiedad pagando él todos los gastos inherentes al mismo y a su explotación. Goza de libertad e independencia para organizar su actividad y tiempo dedicado a la misma. La retribución del actor se compone únicamente de comisiones sobre las operaciones concertadas.

CUARTO.- Se presentó papeleta de conciliación el 5 de julio de 2000, celebrándose el preceptivo acto el 25 de julio de 2000 con el resultado de intentada sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia invocada por la empresa "P., S.A." absuelvo a la demandada en la instancia".

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.- Solicita el actor en el recurso interpuesto lo siguiente: a) se declaren modificados los hechos en el sentido establecido en el motivo primero del presente recurso. b) declare la nulidad de la sentencia por insuficiencia de hechos declarados probados y reponga los autos al momento antes de ser dictada la misma para que, por parte del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, y con plena libertad de criterio, se dicte nueva resolución. c) declare la competencia de jurisdicción de orden social y anule la sentencia de instancia, reponiendo los autos al momento antes de ser dictada la misma por parte del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, para que por este Juzgado se dicte otra resolución que, con plena libertad de criterio, entre a valorar el fondo del asunto.

A estos efectos formula el recurso los siguientes motivos: 1) Al amparo del art. 191.b) LPL, interesa (motivo 1º) la revisión de los H.D.P. 1º y 3º y la adición de uno nuevo como 3º bis. 2) Al amparo del art. 191.a) LPL, denuncia (motivo 2º) infracción de normas o garantías del procedimiento causante de indefensión, articulado de modo subsidiario al 1º motivo de recurso, con cita del art. 97.2 LPL y 3) Al amparo del art. 191.a) LPL denuncia (motivo 3º y último) infracción de los arts. 9.5 LOPJ, 533.1 L.E.C y 1 y 2.a) de la LPL en relación con los arts. 1.1 y 2.1.f) del E.T. y 1 del R.D. 1.438/85, en los integrales términos que obran en el motivo mismo.

SEGUNDO.- Siguiendo el propio planteamiento del recurso, procede examinar en primer término la revisión que de los HDP se interesa. Planteamiento tanto más correcto cuanto que la sentencia de Instancia no está viciada por causa de nulidad alguna, puesto que la misma presenta el contenido preciso al efecto, tanto en H.P como en Fundamentos de Derecho, siendo cuestión distinta la revisión de aquellos y/o el examen de estos que puedan proceder por la vía del art. 191.b) y c) LPL. Por encima, no cabe olvidar que las afirmaciones de hecho aunque estén efectuadas en la Fundamentación Jurídica tienen un indudable valor fáctico y han de ser tenidas 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...), pudiendo ser objeto de revisión, consecuentemente, los tales hechos incluidos en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia recurrida.

Sin perjuicio de lo anterior, y sirviendo en todo caso como contexto de la revisión de los HDP y de los demás motivos del recurso, recordar que la Jurisprudencia (S.S. del T.S. de 18.12.87, 17.05.88, 23/1, 6/2, 5/3, 05.11.90), reproducida por este Tribunal (ss. 01.06.95, 29.10.96, 16.01.97, 06.07.98, 24.05.99), afirma que la naturaleza de orden público (art. 9.1 y 6 Ley orgánica del poder judicial) que es propia de la excepción de incompetencia de jurisdicción, faculta a la Sala para valorar en su integridad el material probatorio incorporado a los autos, sin vinculación estricta a las declaraciones de la resolución impugnada.

TERCERO.- Aduciendo la documental de los folios 212 a 215, interesa el recurso se adicione al H.P 1º lo siguiente: el actor venía percibiendo una retribución media de 374.851 ptas. mensuales, equivalente a 12.495,03 ptas. diarias. La revisión procede en la forma y por las consideraciones siguientes: A) A los folios indicados obran relaciones de comisiones expedidas por "P., S.A." devengadas por el actor y referidas a los 4 trimestres de 1999, siendo el "total factura" de cada trimestre el siguiente: 319.289 ptas. (1º trimestre); 1.019.786 ptas. (2º trimestre); 615.515 ptas. (3º trimestre); y 1.236.942 ptas. (4º trimestre), sin perjuicio del desglose que contiene cada relación. Y B) Por consiguiente, por el tipo de documental y porque procede de la propia empresa la revisión procede, máxime dada su armonía con la declaración contenida en el H.P 3º de que el actor era retribuido "únicamente de comisiones sobre las operaciones concertadas"; sin embargo, por el contenido dicho de la documental y el contexto de autos, lo único procedente es incorporar al H.P. 1º que el actor percibió de "P., S.A." en 1999 y por comisiones devengadas en cada trimestre del propio año las cantidades indicadas y que figuran en las relaciones obrantes a los folios 212 a 215, cuyo contenido en todo caso se da por reproducido.

CUARTO.- Interesa asimismo el recurrente se suprima del HDP 3º la frase: "goza de libertad e independencia para organizar su actividad y el tiempo dedicado a la misma". Dice la

parte al efecto, y no es otro el fundamento de su pretensión revisora, que la frase cuestionada supone “una clara valoración jurídica que es predominante del fallo, de indebida ubicación en el relato fáctico...”. En el contexto integral del H.P. 3º la frase de que se habla, entendida en su verdadero sentido de relatar la forma en que realmente asumía y llevaba a cabo el actor los servicios respecto de “P., S.A.”, no supone ni un concepto jurídico ni un juicio de valor; simplemente describe la situación de hecho habida –y acreditada según el imparcial criterio judicial de Instancia- a la hora de organizar actividad profesional y tiempo de dedicación por parte del actor; que además –y al margen de otras pruebas- se corresponde con lo que al respecto se previó en el contrato suscrito en 1994 (folio 79) y significa autoorganización. Consecuentemente, no cabe la pretendida supresión interesada del inciso, si bien la Sala considera procedente eliminar del mismo el término “independencia”, por resultar no ya apropiado al efecto cuanto innecesario para describir la situación de hecho antes aludida (incluso en la impugnación del recurso se viene así a explicitar al decir “P., S.A.”: “...ya que establecer que el actor gozaba de libertad para organizar su actividad y el tiempo dedicado a la misma, no constituye...”), sin perjuicio de que a la hora del examen del derecho aplicado se pueda retomar ya en aras de una calificación jurídica de la relación, como hace la sentencia recurrida en su fundamento jurídico 3º. En ningún caso el contenido del H.P. 3º que se mantiene predetermina el fallo; por lo dicho y porque la existencia o no de relación laboral entre las partes debe concluirse en función de una serie o conjunto de factores diversos; a mayor abundamiento, ya se dejó dicho que la Sala, a los efectos de la incompetencia de jurisdicción, puede valorar en su integridad el material probatorio de autos.

QUINTO.- Por último, interesa el actor se declare, como HP 3º bis, lo siguiente: La empresa demandada fija los objetivos anuales de ventas que debe cumplir el actor. También dicta las instrucciones comerciales en cuanto a la apertura de las cuentas, visitas a clientes y tarifas de precios. El actor cursa los pedidos que realizan los clientes en impresos de la empresa demandada; estos pedidos son remesados directamente por la empresa a los clientes, siendo la empresa quien percibe el importe de las ventas. La empresa aprueba los créditos que se conceden a los clientes. La revisión merece las consideraciones siguientes: A) Procede incorporar como probado que “P., S.A.” elaboraba presupuestos genéricos de importes de ventas, en concreto para 1999, que consideraba objetivos a

conseguir, y así lo participó al actor; lo cual se deduce en concreto de la documental del folio 216 (reconocida en juicio por el Jefe de Ventas que lo suscribió). B) Asimismo procede declarar probado que “P., S.A.” daba ciertas instrucciones y criterios comerciales en cuanto a la apertura de cuentas, visitas a clientes (en ningún caso fijando rutas u horarios) y tarifas de precios; por así resultar fehacientemente acreditado de documental aportada a los folios 217 y ss., y 232 y 233, alegada al efecto. Y C) Finalmente, la documental de los folios 356 y siguientes acredita debidamente que el actor cursaba los pedidos que realizaban los clientes en impresos de la demandada, si bien iban encabezados por la denominación “Chamonix”, remitiendo ya el pedido la empresa al cliente y percibiendo el importe de las ventas; asimismo, la empresa aprobaba los créditos a los clientes, como muestra la documental de los f. 219 y siguientes (todo ello también en armonía con la confesión en juicio del administrador único de la empresa). Lo que se dejó dicho y que se adiciona como H.P. 3º bis en absoluto entra en contradicción fáctica con el párrafo del H.P. 3º cuya supresión interesó también el recurrente y que se dejó anteriormente resuelta; por el contenido mismo y alcance de lo adicionado y porque la declaración del H.P. 3º se refiere exclusivamente a la forma (libre) en que el actor organizaba su actividad y el tiempo dedicado a “P., S.A.”.

SEXTO.- La infracción que del art. 97.2 LPL se denuncia al amparo del art. 191.a) LPL en el 2º motivo del recurso no resulta acogible, que además se plantea de modo subsidiario respecto al de la revisión de los HDP, y en especial en función de que la Sala accediese a suprimir del H.P. 3º la frase que se dejó indicada en Fundamentos precedentes, lo que, en lo esencial, no fue admitido. La sentencia dictada en la instancia, tanto ex ante como ex post revisión de sus HDP interesada en Suplicación, contiene todos los requisitos exigidos por el art. 97.2 LPL, tanto en hechos como en Fundamentación Jurídica, estando debidamente motivado el pronunciamiento que contiene. No padece, pues, deficiencia esencial valorable alguna, ocasionante en suma de nulidad de la Resolución; y desde luego, no impidiendo ni a la parte actora recurrir frente a la misma con la debida defensa ni al Tribunal resolver en suplicación la cuestión planteada y debatida; máxime tratándose ésta de cuestión de competencia de jurisdicción (la Sentencia de Instancia desestima la demanda acogiendo incompetencia de jurisdicción), en que la vinculación a los H.D.P. no es rígida, como ante-

riormente y con criterios jurisprudenciales explicitados se dejó dicho. En suma, no cabe decretar la nulidad de la sentencia de instancia por insuficiencia de H.P., no concurriendo la infracción del art. 97.2 L.P.L., y el segundo motivo del recurso decae.

SÉPTIMO.- La infracción que denuncia el recurso en su tercer y último motivo va dirigida a sostener que la vinculación del actor con “P., S.A.” era la propia de una relación laboral; explicitando el motivo como alegación final lo siguiente: “En resumen, concurren los elementos definitorios de la dependencia, “entendida como situación del trabajador sujeto, aunque de modo flexible y no rígido ni intenso, a la esfera organicista y rectora de la empresa, y de la ajeneidad que constituyen los elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato” (STS de fecha 29.12.99)...”

OCTAVO.- Están acreditados en el proceso los fundamentales hechos siguientes: A) El actor, agente comercial colegiado, celebró en 01.02.76 con la empresa “P., S.A.” contrato de comisión mercantil, extendiéndose hasta el 01.01.94, en que se celebra contrato de agencia con la empresa, al amparo de la Ley 12/92 y que obra incorporado a autos (H.P. 1º). B) En 08.06.2000 “P., S.A.” resuelve el contrato de agencia mediante carta que se transcribe en el H.P. 2º. C) El demandante posee un local de su propiedad en el que tiene los muestrarios, siendo de su propiedad todo el material del que dispone en el local y pagando él los gastos inherentes al mismo y a su explotación; asimismo, goza de libertad para organizar su actividad y el tiempo dedicado a la misma; se le retribuía por “P.” únicamente con comisiones sobre las operaciones concertadas, que en 1999 se elevaron a la cantidad que se dejó fijada en el Fundamento precedente 3º (H.P. 3º). D) Constan también los pormenores que sobre objetivos, apertura de cuentas... se dejaron consignados en el precedente Fundamento 5º. Y E) Desde 1994 el actor es representante de productos de otra empresa (Fundamento Jurídico 3º de la sentencia recurrida; también reconocido en el recurso mismo, así como que no tenía horario fijo, que estaba afiliado al RETA, que firmaba facturas con NIF e IVE...).

NOVENO.- Tal como hemos recordado en anteriores ocasiones (así, las SS de 18-marzo-93 R. 4.305/92, 15-febrero-95 R. 4.341/94, 14-febrero-96 402/96, 25-enero-99 R. 47/96 y 5-febrero-99 R. 5.375/98), es ciertamente a quien alega la existencia de contrato

de trabajo al que incumbe demostrar la existencia del mismo, de acuerdo con el art. 1.214 CC (SSTS 23.01.90 Ar. 196 y 05.03.90 Ar. 1.757); y esta carga probatoria ni siquiera llega a ser atenuada por el art. 8.1 E.T., dado que el precepto ni siquiera contiene propiamente una presunción iuris tantum de laboralidad (al modo de la que contenía el art. 3 LCT), sino más bien una definición de la relación laboral (doctrinalmente se la califica como una “redefinición” del contrato de trabajo), de manera que para que actúe la indicada “presunción” del art. 8.1 ET es preciso que la actividad se preste “dentro del ámbito de organización y dirección del otro” y que el servicio se haga “a cambio de una retribución”, (SSTS de 23.01.90 Ar. 196, 23.01.90 Ar. 197, 05.03.90 Ar. 1.756, 23.04.90 Ar. 3.480 y 21.09.90 Ar. 7.926), o lo que es igual, la operatividad de la presunción impone el acreditamiento de la prestación de servicios bajo las notas de ajeneidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla (SSTS 23.10.89 Ar. 7.310 y 25.03.91 Ar. 1.894), que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el art. 1 ET (SSTS 7-junio-1989 Ar. 4.546, 13-noviembre-1989 Ar. 8.041, 5-marzo-1990 Ar. 1.755, 4-junio-1990 Ar. 5.006, 6-junio-1990 Ar. 5.027, 30-noviembre-1990 Ar. 8.618, 27-mayo-1992 Ar. 3.678, 25-mayo-1993 Ar. 4.121, 29-septiembre-1993 Ar. 4...); dependencia que constituye la nota distintiva y angular de la relación laboral (STS 14.05.90 Ar. 4.314) y que no ha de ser entendida como una subordinación absoluta, sino más bien como obediencia a las órdenes e instrucciones del empresario para la ejecución del contrato, en términos que van más allá del cumplimiento propio de toda obligación (SSTS 13.11.89 Ar. 8.041 y 29.05.90 Ar. 4.517), o como el sometimiento a la esfera organicista, rectora y disciplinaria (SSTS 23.10.89 Ar. 7.310).

Con carácter genérico ha de indicarse que la diferenciación entre el contrato de agencia regido por la Ley 12/1992 y la relación laboral especial de los mediadores mercantiles regulada por el RD 1.438/1985 radica esencialmente -STS 2-julio-1996 Ar. 5.631- <<en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia ésta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo

que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvemento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare>>. La STS de 17.04.2000 (Ar. 3.964) se hace eco de la STS de 02.07.96 citada y reitera su doctrina, argumentando que no siendo determinante de la laboralidad el responder del buen fin de las operaciones (a partir del art. 1 del la Ley 12/92) u otros factores, existe “la necesidad de encontrar otro dato de diferenciación que la Ley lo establece, atendiendo al criterio de la dependencia, entendiendo que existe esa vinculación, si quien se realiza a estas funciones de mediación no puede organizar su actividad profesional, y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios y tiene que seguir las instrucciones de la empresa. Esta doctrina es la seguida por la sentencia combatida y por esta Sala, pues como ha señalado la sentencia del 2 de julio de 1996 (RJ 1996, 5.631): <<La delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1.f) del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el Real Decreto 1.438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1986, determina en términos imperativos esta última Ley...”.

En el caso de autos, los extremos fácticos que quedan indicados en el Fundamento precedente ponen de manifiesto que se está en presencia de un contrato de agencia, suscrito al amparo de su normativa específica, y dotado de las notas características de la relación mercantil, hallándose ausentes las notas esenciales de la relación laboral, ordinaria o especial. Al respecto, las siguientes consideraciones: A) El contrato suscrito el 01.01.94 es el típico contrato de agencia mercantil, previéndose en él que el actor se obligaba a promover la venta de productos y artículos de “P., S.A.” “como intermediario independiente”, gozando el agente en el desempeño de su labor “de plena libertad e independencia para organizar conforme a su propio criterio, tanto su actividad profesional como el tiempo dedicado a la misma”... B) De hecho, el actor vino realizando la labor para “P., S.A.” en condiciones plenamente armónicas con tal relación mercantil: posee local propio, donde tenía el material profesional y era el actor quien abonaba todos los gastos del mismo y de su actividad (teléfono, mobiliario...); gozaba de libertad para organizar su actividad profesional y tiempo dedicado a la misma; establecía con autonomía rutas y horarios; cobró exclusivamente comisio-

nes sobre operaciones realizadas, con facturas comprensivas de la comisión con IVA y IRPF; estaba afiliado al RETA y prestaba servicios para otras empresas... Y C) De tal cúmulo de circunstancias, tampoco declarándose habidas solicitudes vacaciones o permisos, bajas, sanciones..., sólo resulta concluyente que el actor no efectuaba su labor de agente para la demandada en régimen de dependencia, quedando excluida la laboralidad de la relación, sin que obste a ello que recibiera de “P., S.A.” ciertos criterios e instrucciones generales en cuanto a los productos cuya venta aquél promovía y tarifas de precios, objetivos genéricos, aperturas de cuentas a clientes o créditos a los mismos... y demás a que también alude la sentencia de instancia en su Fundamento Jurídico 3º. Y es que a partir de que la propia Ley 12/92 (artículo 10) establece como obligación del empresario poner a disposición del agente los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional, que es (art. 1 y 5) tanto promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena como promoverlos y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, no desvirtúa la ausencia de dependencia y la no laboralidad de la relación aunque el agente reciba ciertas instrucciones generales, como las del caso presente, en puridad inherentes al dueño del negocio y a las necesidades del mercado subyacentes en el contrato de agencia y justificantes del mismo y dirigidas a posibilitar, en armonía con ello, la actividad independiente del agente (precios de los productos comercializados, crédito a clientes...); como tampoco la desvirtúa la remisión del pedido a la empresa y, a partir de ahí, el desarrollo de la relación de venta ya entre el cliente y “P., S.A.”, en lo que también subyace que la empresa sólo conocía las operaciones hechas por el actor al recibir el pedido. La dependencia fundamental a los efectos de calificar la relación como laboral ha de venir dada, esencialmente, por la sujeción a horarios determinados, organización concreta de la actividad profesional, con fijación ex ante de específicos itinerarios y visitas, procedimientos reglados de captación de clientes... en un contexto armónico. Una valoración integral oportuna de todo lleva a desechar en el caso de autos la laboralidad de la relación.

En definitiva, por las razones expuestas, el recurso, no resulta acogible, de tal manera que la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción normativa que se denuncia y procede, con rechazo de aquél, su confirmación, ajustándose a derecho el pronunciamiento habido, desestimatorio de la

demanda acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don A.C.F. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo de fecha 20.01.2000 en Autos nº 540/2000 seguidos a instancias del recurrente frente a la empresa "P., S.A.", confirmamos la sentencia recurrida.

3130 Recurso nº 3.772/97

S.S. PERSOAL ESTATUTARIO Ó SERVICIO DAS INSTITUCIÓNS SANITARIAS DA SEGURIDADE SOCIAL. NOMEAMENTO COMO FACULTATIVO EVENTUAL POSTERIOR A SUCEIVOS CONTRATOS LABORAIS TEMPORAIS. FRAUDE DE LEI. RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA, NON FIXA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a dieciséis de febrero de dos mil uno.

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 3.772/97 interpuesto por SERGAS contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. DOS de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 279/97 se presentó demanda por J.A.C.G. en reclamación de PERSONAL SEGURIDAD SOCIAL siendo demandado el SERGAS. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 3 de julio de 1997 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Que previa convocatoria pública y proceso de selección a través de diversas prue-

bas, el actor suscribió con el SERGAS, en Santiago de Compostela un contrato de trabajo en la modalidad de por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de Titulado Superior Médico, designándose como centro de trabajo "Ourense", estableciéndose como objeto la realización de Emergencias Médicas, sometido al Convenio Colectivo del personal único de la Xunta de Galicia, pactándose que el contrato permanecería en vigor mientras dure la campaña sanitaria de emergencias médicas.- 2º) Que desde la fecha de suscripción del contrato de trabajo, el actor viene prestando servicios ininterrumpidamente en la base de helicópteros adscrita al "061 Urgencias Médicas", sita en el Hospital de Conxo de esta ciudad, atendiendo las emergencias médicas requeridas.- 3º) Que con fecha de 28 de noviembre de 1996 se notificó al actor que estando previsto que la actual campaña de Emergencias Médicas finalizara el 31 de diciembre de 1996, se le comunicaba que en esa misma fecha se extinguía el contrato de trabajo de duración determinado que tenía firmado con la Consellería.- 4º) Que el 30 de diciembre de 1996, el Director General de Atención Especializada remitió al Servicio de Prestaciones y Emergencias Médicas los turnos de trabajo de la Base de Santiago previstos para el mes de enero de 1997, en el que figura el actor.- 5º) Que el 1 de enero de 1997, se expidió por el Director Gerente del Hospital "C.P." de Ourense, un nombramiento provisional de facultativo eventual fuera de plantilla del actor para el puesto de trabajo de médico de puerta, por causa de acumulación de tareas, con duración desde esa fecha hasta el 31 de enero de 1997, para prestar asistencia sanitaria de urgencia y emergencia producidas en el ámbito de cobertura del SERGAS, con dispositivo asistencial mediante ambulancias o helicóptero, siendo coordinada por la Central de Coordinación del 061, pactándose además la participación en la cobertura sanitaria de situaciones extraordinarias en todo el territorio de la Comunidad Autónoma a requerimiento del Servicio de Prestaciones y Emergencias Médicas (SPeM) del SERGAS, en jornada a turnos, con retribuciones fijadas en base a lo establecido en el estatuto jurídico del personal sanitario no facultativo. Dicho nombramiento fue objeto de sucesivas prórrogas mensuales, la última hasta el 31 de mayo de 1997.- 6º) Que desde la fecha de su nombramiento las retribuciones del actor vienen siendo satisfechas a nombre del Complejo Hospitalario "C.P." de Ourense, mediante transferencia a su cuenta corriente en la "C.A.G.", ...de Santiago de Compostela.- 7º) Que dicho

nombramiento no ha conllevado variación alguna de centro de trabajo, que sigue siendo el de Santiago de Compostela, ni el tipo de trabajo que venía efectuando con anterioridad, sin que el demandante haya efectuado trabajo alguno, como médico de puerta o en cualquier otro puesto de trabajo, en el Hospital "C.P." de Ourense.- 8º) Que el demandante consta dado de baja en el Colegio de Médicos de Ourense desde el 3 de diciembre de 1992.- 9º) Que interpuso reclamación previa que fue desestimada mediante resolución de 16 de abril de 1997."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por don J.A.C.G. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, en reclamación de derecho, debía declarar y declaraba la condición del actor como trabajador vinculado por tiempo indefinido a la demandada, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración acatándola y cumpliéndola."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia declara al actor como trabajador vinculado con el SERGAS por tiempo indefinido. Frente a este pronunciamiento se interpone recurso por la representación procesal al Servicio Galego de Saúde, articulando un único motivo de suplicación a través del cual denuncia infracción de la Disposición Adicional Primera y Cuarta del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre selección del personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social; así como infracción de lo establecido en los artículos 5 y 51.2 del Decreto 3.160/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social. Se alega por el servicio recurrente, en síntesis, que desde el 1-enero-1997 la relación que une al actor con el SERGAS es de naturaleza estatutaria y no laboral, por lo que no cabe acceder a su pretensión de ser declarado fijo en el puesto de trabajo que ocupa en la plantilla del SERGAS, "ya que la única forma de conseguir una plaza en propiedad en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social es la superación del procedimiento establecido al efecto".

SEGUNDO.- Del incombato relato fáctico de la sentencia, se desprende que el demandante fue inicialmente contratado como Titulado Superior Médico, al amparo del Real Decreto 2.104/84, para obra o servicio determinado, mientras durase la campaña sanitaria de Emergencias Médicas; designándose como centro de trabajo "Ourense". Y desde la fecha de suscripción del contrato (1º de abril de 1993) el actor vino prestando servicios ininterrumpidamente en la base de helicópteros adscrita al "061 Urgencias Médicas", ubicada en el Hospital de Conxo de Santiago de Compostela, atendiendo las emergencias médicas requeridas. Este contrato se fue prorrogando sucesivamente por temporadas anuales (del 01.01.94 al 31.12.94, del 01.01.95 al 31.12.95 y del 01.01.96 al 31.12.96). En fecha 28 de noviembre de 1996, se le notificó al actor que el 31.12.96 finalizaba la actual Campaña de Emergencias Médicas, por lo que se extinguirá el citado contrato de trabajo de duración determinada que habrá suscrito con el SERGAS. Y con fecha 1-enero-1997 se expidió por el Director Gerente del Hospital "C.P." de Ourense, un nombramiento provisional de Facultativo eventual fuera de plantilla, para que el actor ocupase puesto de trabajo como médico de puerta, por causa de acumulación de tareas, pactándose un mes de duración (del 01.01.97 al 31.01.97), prestación de asistencia sanitaria de urgencia y emergencia producidas en el ámbito de cobertura del SERGAS, con dispositivo asistencial mediante ambulancias o helicópteros, siendo coordinada la demanda por la Central de Coordinación del 061; pactándose, además, la participación en la cobertura sanitaria de situaciones extraordinarias en todo el territorio de la CC.AA., a requerimiento del Servicio de Prestaciones y Emergencias Médicas (SPEM) del SERGAS. Dicho nombramiento fue objeto de sucesivas prórrogas mensuales, la última hasta el 31-mayo-1997. Este nombramiento de facultativo eventual, no ha conllevado variación alguna de centro de trabajo, que siguió siendo el de Santiago de Compostela, ni de la prestación de servicios, sin que el demandado haya efectuado trabajo alguno como médico de puerta o en cualquier otro puesto del Hospital "C.P." de Ourense.

Así pues, a la vista de la situación litigiosa que se deja expuesta, la cuestión a dilucidar consiste en determinar si puede tener éxito la pretensión del trabajador demandante de que se declare su condición de personal laboral fijo, o bien la personal vinculado al tiempo indefinido, que fue el derecho declarado por la sentencia recurrida. El recurso SERGAS no puede

prosperar; ya que es criterio jurisprudencial reiterado que son por tiempo indefinido aquellos contratos que en su concertación, desarrollo y duración no cumplen los requisitos que configuran la modalidad contractual empleada, y que se celebren con evidente fraude de ley. Y esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al presente supuesto, porque según resulta del inalterado relato fáctico, el trabajador demandante vino prestando la misma actividad como médico en la central de coordinación de emergencias médicas, en la base de Helicópteros del "061" con sede en el Hospital de Conxo de Santiago de Compostela, a pesar de designarse tanto en el contrato de trabajo inicial concertado el 1º de abril de 1993, como en el nombramiento expedido el 1º de enero de 1997, como facultativo eventual, que el centro de trabajo estaba ubicado en Ourense. A mayor abundamiento, el actor fue contratado bajo la modalidad de obra o servicio determinado, al amparo del R.D. 2.104/84, y comunicado su cese con efectos de 31.12.1996 por finalización de la Campaña de Emergencias Médicas, continuó prestando servicios sin solución de continuidad, sin que el nombramiento efectuado el 13 de enero de 1997 como eventual, conllevara variación alguna de centro de trabajo (que siguió siendo Santiago de Compostela) ni del tipo de trabajo que venía efectuando con anterioridad (H.P. séptimo); y este proceder del SERGAS supone una clara actuación en fraude de ley, de conformidad con los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, vulnerándose no sólo la causa de la temporalidad, sino que habiéndose pactado como lugar de prestación de servicios de la obra para la que fue contratado "Ourense", resulta que el trabajador siempre ha estado como médico de helicóptero con base en Santiago de Compostela (H.P. segundo).

Estas irregularidades cometidas por la Administración Pública en la contratación laboral, no implican la atribución de una relación laboral fija, como personal de plantilla; y en este sentido, es cierto lo que se afirma en el recurso del SERGAS, en el sentido de que el actor no puede acceder a la propiedad de la plaza, pero sí cabe efectuar la declaración de personal vinculado por una relación laboral indefinida, tal como acertadamente se declaró por la sentencia recurrida. Y si bien, es cierto, que a partir de la sentencia del TS de 18-marzo-1991 (RJ 1991, 1875) la doctrina de la Sala IV... "se orienta a considerar que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y

que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza". Sin embargo, a partir de la sentencia de 7-octubre-1996 (RJ 1996, 7.492) se matiza dicha doctrina jurisprudencial y, en especial, en lo relativo a la expresión "adquisición de la fijeza", estableciéndose que "la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido".

Y en la sentencia del Alto Tribunal de 20-enero-1998 (Ar. 1.000) se examina, nuevamente, la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla, señalándose que "el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas". Añadiéndose que "en virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma reglamentaria procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato".

Así pues, de dicha doctrina jurisprudencial se desprende que cuando se conciertan diversos contratos temporales que responden a una misma relación laboral, cuando cualquiera de ellos carece de causa o resulta inválido por contravenir las disposiciones impuestas en su regulación propias; la relación laboral deviene en indefinida, y no fija de plantilla, cualquiera que sea el contrato temporal de los celebrados el defectuoso, pues según tiene declarado la jurisprudencia (sentencia del TS de 20 y 21 de febrero, 25 de marzo, 5 y 29 de marzo de 1997), las novaciones aparentes de los contratos temporales posteriores al inválido, carecen de valor para transformar en temporal una relación indefinida, ya constituida como tal entre las partes.

En consecuencia con lo dicho, el segundo contrato celebrado como eventual fuera de plantilla al amparo del Estatuto Jurídico del Per-

sonal Médico, carece de causa y no puede servir para que esa relación laboral entre las partes, que ya era indefinida por las irregularidades anteriormente apuntadas, se transforme en una relación temporal. Por todo ello, la Sala considera ajustada a la doctrina jurisprudencial la sentencia impugnada, no dándose las infracciones normativas a la misma atribuidas, por lo que procede, previa desestimación del recurso, la íntegra confirmación del fallo que se combate.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el SERGAS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. DOS de SANTIAGO, en fecha 3 de julio de 1997, autos nº 279/97, confirmándose íntegramente el fallo combatido.

3131 Recurso nº 125/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. DECLARACIÓN DE POSTOS DE TRABAJO COMO PERIGOSOS. ATENCIÓN A DIMINUIDOS PSÍQUICOS. CORRESPONDE A TÓDOLOS TRABALLADORES DO CENTRO DE TRABAJO. O RISCO NON TEN QUE SER INMINENTE E CONCRETO. CONCEPTO DE HABITUDE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a dieciséis de febreiro de dos mil uno.

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 125/01, interpuesto por Consellería de Sanidade e Servizos Sociais da Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 607/00 se presentó demanda por Comisio-

nes Obreras (CC.OO.), Unión General de Trabajadores (U.G.T.) y Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandada la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais da Xunta de Galicia en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha seis de octubre de dos mil por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- En fecha 01.09.00 don R.V.P., en nombre y representación del Sindicato Comisiones Obreras (CC.OO. Lugo), doña M.T.S.N., en nombre y representación de la UGT Lugo, don M.F.C., en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG) y don J.M.B.S. en representación del Sindicato C.S.I.F. formulan demanda en materia de conflicto colectivo contra la Xunta de Galicia -Consellería de Sanidade e Servizos Sociais-, solicitando se estime la demanda y se declare el carácter de peligroso de los puestos de trabajo de los trabajadores del CAMP de... y reconociéndoles, consecuentemente, el derecho al percibo del plus de peligrosidad y se condene a la Consellería demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonar a los trabajadores el citado plus./ 2.- El presente conflicto colectivo abarca a toda la plantilla del "C.A.M.P." de... que está compuesta de las siguientes categorías:/ *Director/ *Responsable de Área de Gestión y Servicios Generales/ *Responsable de área asistencial-residencial/ *Médico/ *Psicólogo/ *Auxiliar Administrativo/ *Oficial 1ª Administrativo/ *Oficial 2ª Conductor/ *Terapeuta Ocupacional/ *Asistente Social/ *Fisioterapeuta/ *ATS/DUE/ *Gobernanta/ *Jefe de Cocina/ *Jefe de Servicios Técnicos/ *Maestro de Taller/ *E.T.A.R./ *Encargado de Almacén/ *Oficial 1ª Cocina/ *Oficial 2ª Cocina/ *Oficial Servicios Técnicos/ *Cuidadores/ *Ayudante de Cocina/ *Camarera-Limpiador/ *Ordenanza/ 3.- El Centro del CAMP de..., tiene por objeto la asistencia y rehabilitación de personas de 18 a 65 años que presentan deficiencias psíquicas y físicas, asociadas en régimen de internado o media pensión./ En cuanto a la capacidad y problemas que presentan los residentes, se puede señalar lo siguiente:/ 32 residentes presentan minusvalía psíquica profunda/ 49 residentes presentan minusvalía psíquica severa/ 15 residentes respetan minusvalía psíquica ligera/ 22 residentes no controlan esfínteres/ 17 residentes semicontrolan esfínteres (19 en programa de control)/ 22 residentes utilizan silla de ruedas, 2 se desplazan con andadores, 5 precisan ayuda en sus desplazamientos y 16 no se valen por sí mismos para comer/ De ellos 9 son

Síndrome de Down, 1 Síndrome de Smitz-Lemli-Opitz, 1 Síndrome Prader-Willi, 1 Síndrome Trosomía, 2 Síndrome de Seckel, 1 Esclerosis Tuberosa, 3 Demencia Traumática, 1 Demencia Hemorrágica, 1 Demencia inducida por alcohol y 6 son posibles transmisores de enfermedades infecto-contagiosas/ 32 son epilépticos y 45 reciben medicación tranquilizante./ 4.- En el desarrollo de sus funciones los trabajadores del CAMP de..., sufren riesgos significativos que pueden incidir en su salud, como por ejemplo el síndrome de Burrot (carga mental) riesgos de seguridad mayoritaria, agresiones por parte de personal asistido, exposición a agentes biológicos (contagio por enfermedades infecciosas o contacto con residuos orgánicos, ropa sucia, heces)./ 5.- En el Centro se han producido múltiples agresiones por parte de los residentes al personal que trabaja en el mismo./ Existen 6 residentes con hepatitis C./ Los residentes tienen comportamientos agresivos e imprevistos./ 6.- El III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia establece en el art. 27.3 el llamado plus de peligrosidad./ 7.- Se ha formulado reclamación previa que no fue contestada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO:/ Que estimando la demanda formulada por Comisiones Obreras (CC.OO.), Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Intersindical Galega (CIG), y C.S.I.F. contra la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, se declara el carácter peligroso de los puestos de trabajo de los trabajadores del CAMP de... y se reconoce el derecho al percibo del plus de peligrosidad, condenando a la Consellería demandada a estar y pasar por tal declaración y a que abone a los trabajadores el citado plus, en la cuantía legalmente establecida”.

CUARTO.- Con fecha 23 de octubre de 2000, se dictó Auto aclaratorio de la referida sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que debía aclarar y aclaraba la sentencia dictada en 06.10.00 en el sentido siguiente: En los antecedentes de la misma debe hacerse constar “teniendo por desistido al CSIF, al no haber comparecido” y quedando el FALLO de la siguiente forma: Que estimando la demanda formulada por COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT) y CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS...”.

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.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada por los demandantes y declara el carácter peligroso de los puestos de trabajo de los trabajadores del “C.A.M.P.” de..., reconociendo el derecho al percibo del plus de peligrosidad, condenando a la Consellería demandada a estar y pasar por tal declaración y a que abone a los trabajadores el citado plus en la cuantía legalmente establecida. Frente a dicha resolución interpone recurso de Suplicación el Letrado Asesor de la Xunta de Galicia en base a tres motivos que se resumen: a) revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida; b) reproduciendo las excepciones de incompetencia territorial y falta de legitimación activa y c) denunciando la infracción del artículo 27.b).3 del III Convenio Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia.

La revisión que se solicita pretende la modificación de los hechos probados 4 y 5 para los que se propone el siguiente texto alternativo: “4.- En el desarrollo de sus funciones los trabajadores del CAMP de... están en contacto con los residentes, sufriendo con frecuencia agresiones los trabajadores que directamente trabajan con ellos, cuidadores y camareros/limpiadores, agresiones que esporádicamente o de forma ocasional pueden afectar a algún otro trabajador”. “5.- En el Centro se han producido varias agresiones por parte de los residentes que afectaron a aquellas categorías laborales que trabajan directamente con ellos, concretamente a cuidadores y a camareros/limpiadores”. Revisión que, en ambos casos, ha de venir rechazada ya que lo que en suma pretende es valorar la prueba obrante a los autos de manera distinta al Juzgador “a quo”, tratando de suprimir el síndrome de Burnout que se recoge entre los riesgos que pueden sufrir los trabajadores porque – dice – no se ha probado referente a los trabajadores del CAMP de...; al hecho probado que recoge que existen 6 residentes con hepatitis C pretende se le añada “...pero sin riesgo de contagio”, basándose en una declaración de un médico del Centro que la hace en calidad de testigo; y por último al pretender limitar las agresiones únicamente a los cuidadores y camareros/limpiadores, basán-

dose en la misma prueba que ha sido valorada por el Juzgador "a quo" (folios 31 a 240) para señalar que las múltiples agresiones que se han producido en el Centro por parte de los residentes afectan a todo el personal que trabaja en el mismo.

SEGUNDO.- En fase jurídica reproduce la recurrente la excepción de incompetencia del Juzgado de lo Social de Lugo porque considera que, de conformidad con el artículo 7 de la L.P.L., es competencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia los procesos de conflicto colectivo cuando extiende sus efectos a un ámbito territorial superior; y la excepción de falta de legitimación activa ya que, al existir otro centro CAMP en..., los sindicatos deben actuar con representación a nivel de toda Galicia. Ambas excepciones han de ser rechazadas porque lo que se pide en la súplica del escrito de demanda es la declaración del carácter peligroso de los puestos de trabajo de los trabajadores del Centro de Atención de Minusválidos Psíquicos de..., por lo que el ámbito del conflicto se circunscribe únicamente al CAMP de dicha localidad, que funciona de manera independiente y autónoma al que pudiera existir en..., de lo que se colige que es competente para conocer de la cuestión litigiosa el Juzgado de lo Social de Lugo y están legitimados para plantearla los Sindicatos que ostentan la representación en dicha provincia.

TERCERO.- Se denuncia, por último, la infracción del artículo 27.b).3 del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia alegando, en esencia, que el plus de peligrosidad es un concepto retributivo que se configura como el que remunera las funciones desempeñadas en determinados puestos de trabajo y no remunera una categoría profesional concreta y, además, posee naturaleza ocasional, por lo que –añade– no existirá el derecho a su percibo cuando las funciones que se realizan sean las ordinarias correspondientes a su categoría, fuera de las cuales su contenido quedaría vacío, ni cuando las funciones desempeñadas no tengan ese carácter ocasional en el tiempo o respecto de un puesto concreto por diferencia de los demás de la categoría; citando al efecto las sentencias de este Tribunal de 13 de febrero de 1998, 30 de mayo de 1998 y de 25 de octubre de 1999.

Conviene advertir que, si bien las anteriores sentencias mencionadas abordan el tema litigioso del plus de peligrosidad, ninguna de ellas se refiere a centros de atención de minusválidos psíquicos que, como en el caso de

autos, tienen por objeto la asistencia y rehabilitación de personas de 18 a 65 años que presentan deficiencias psíquicas y físicas en régimen de internado o media pensión, sino que vienen referidas a centros de trabajo distintos, así la de 13 de febrero de 1998 resuelve el tema planteado por los trabajadores del "C.I.A." de...; la de 30 de mayo de 1998 por diversos trabajadores de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais y la de 25 de octubre de 1999 da resposta a la demanda planteada por una cocinera que prestaba sus servicios en la Residencia de la Tercera Edad de...

Existe, sin embargo, similitud con la de 09.01.1997 dictada por éste Tribunal y referente a 46 trabajadores demandantes que prestaban sus servicios, unos, como auxiliares psiquiátricos (32), y el resto como ordenanzas, telefonistas, ayudantes de cocina, pinches de cocina, fregadoras, médicos, lavanderas, cortadoras y planchadoras, en un hospital psiquiátrico dependiente del SERGAS, que reclamaban el reconocimiento del derecho al percibo de los pluses de peligrosidad y penosidad, previstos en el artículo 27.b).2 del II Convenio Colectivo Unico para el personal laboral de la Xunta de Galicia que, en la sentencia aludida este Tribunal solamente reconoció a los auxiliares psiquiátricos y que el Tribunal Supremo casó y anuló por sentencia de 22 de enero de 1999 dictada en unificación de doctrina (Rec. 810/1997), en el sentido de declarar el derecho de los auxiliares psiquiátricos a percibir el plus de peligrosidad y penosidad y el resto de los reclamantes a percibir el plus de peligrosidad reclamado, en base a los siguientes razonamientos: "a) ...para la calificación como "peligroso" del concreto puesto de trabajo desempeñado... no es obstáculo el que la especial situación de riesgo, por las especiales circunstancias existentes en el centro de trabajo en el que prestan sus servicios, pudiera afectar también a todos o a la mayor parte de los trabajadores que desarrollen su actividad en éste. b) La posible afectación general del riesgo que pudiera derivar la singular forma en que, en un período temporal concreto, estén organizados en el hospital psiquiátrico que constituye el centro de trabajo la prestación de los servicios médicos, asistenciales y formativos en favor de las personas ingresadas y la forma de desarrollo de la actividad laboral del personal en aquél desarrollada, con independencia del acierto o bondad de tal forma organizativa, no convierte el riesgo en meramente potencial o abstracto, como se afirma en la sentencia impugnada, ni lo hace genéricamente inherente a la específica categoría profesional de las recurrentes, ni comporta

el que deba hacerse recaer en éstas las consecuencias de tales riesgos de no poderse o de no saberse evitar en todos los supuestos, pudiendo afirmarse que el carácter especialmente peligroso de un puesto de trabajo no se excluiría por la existencia de determinadas medidas de seguridad, “que, obviamente han de adoptarse para evitar en lo posible siniestros previsible en todo puesto de trabajo que entrañen suma peligrosidad” (en este último sentido, STS/4 23.06.1993 [RJ 1993/4.918] - recurso 1.804/1992-). c) No puede tampoco llegarse al extremo de exigir para el reconocimiento del derecho al percibo del plus de peligrosidad que el riesgo en el desempeño del trabajo en tales condiciones sea inminente y concreto, lo que obligaría, como regla, a sólo poder justificar su existencia cuando se hubiere producido una situación dañosa, lo que es ajeno a la finalidad de tal complemento salarial. d) Por último, no excluye el derecho al reconocimiento del percibo del plus de peligrosidad el que la labor nuclear del puesto de trabajo desempeñado en condiciones de peligrosidad se desarrolle en todo el tiempo de la actividad laboral, pues la habitualidad ha de ser entendida como desempeño dilatado en el tiempo, no esporádico e infrecuente, del puesto de trabajo que genera peligro. En esta línea, se han pronunciado las SSTs/4 18.10.1991 ([RJ 1991/7.665] recurso 599/1991) y 23.06.1993 (recurso 1.804/1992), en especial esta última”.

En el caso enjuiciado, según el inalterado relato histórico de la resolución recurrida, los trabajadores del CAMP de..., sufren en el desarrollo de sus funciones, riesgos significativos que pueden incidir en su salud, como por ejemplo el síndrome de Burrot (carga mental), riesgos de seguridad mayoritaria, exposición a agentes biológicos (contagio por enfermedades infecciosas o contacto con residuos orgánicos, ropa sucia, heces etc.), habiéndose producido en el centro múltiples agresiones por parte de los residentes al personal que trabaja en el mismo; teniendo los residentes (personas de 18 a 65 años en régimen de internado o media pensión que presentan deficiencias psíquicas y físicas) comportamientos agresivos e imprevistos. De lo expuesto se deduce la concurrencia de los presupuestos precisos para la calificación como “peligroso” de los puestos de trabajo desempeñados por el personal del Centro CAMP de..., por lo que, aplicando la doctrina expuesta anteriormente, procede desestimar el recurso de Suplicación formulado y confirmar la resolución recurrida. En consecuencia,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS DA XUNTA DE GALICIA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, de fecha 6 de octubre de 2000, en autos seguidos a instancia de Comisiones Obreras (CC.OO.), Unión General de Trabajadores (U.G.T.) y Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) frente a la Entidad recurrente, confirmando la expresada resolución.

3132 Recurso nº 08/0007257/1997

S.CA. DENEGACIÓN DE INCENTIVOS POR TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO EN PRÁCTICAS EN INDEFINIDO Ó ABEIRO DA LEI 22/1992. NON PROCEDE. A ADMINISTRACIÓN NON PROBOU QUE AS FUNCIÓNS REALIZADAS NON SE AXUSTASEN Á TITULACIÓN DO TRABALLADOR. INSUFICIENCIA DO DATO DO ENCADRAMENTO NO GRUPO DE COTIZACIÓN INFERIOR.

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

En la Ciudad de A Coruña, dieciséis de febrero de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007257/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “E.&Y.A., S.A.”, domiciliado en Plaza... (Madrid), representado por doña. M.B.T. y dirigido por el Letrado don J.M.R.R., contra Resolución de 13.11.96 desestimatoria de solicitud de 25.10.96 relativa a beneficios establecidos en la Ley 22/92 de 30 de julio por la transformación de contrato en prácticas en indefinido; Expte. 2.721. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 550.000 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 6 de febrero de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- La resolución recurrida, dictada por el Director Provincial del INEM en Vigo, por delegación del Director General, denegó los incentivos solicitados por la empresa recurrente al amparo de la Ley 22/92, de 30 de julio, por transformación de un contrato en prácticas en otro por tiempo indefinido, sustentándose tal denegación en que “para acogerse a los beneficios establecidos en el art. 2.2 de la Ley 22/92, de 30 de julio, los contratos a transformar en indefinidos deben ser contratos en prácticas válidamente celebrados, lo que no se cumple con esta constatación”, y ello en función de “que el trabajador para la celebración del contrato en prácticas aporta el título de Licenciado en Derecho, y presta sus servicios como ayudante dentro del grupo 5 de cotización a la Seguridad Social, previsto para los no titulados”.

La entidad recurrente fundamenta el recurso en el alegato de que dicha contratación cumplía estrictamente con todos los requisitos del art. 2 de la aludida Ley 22/92, pues el trabajador fuera contratado, bajo aquella modalidad, para prestar servicios como “Ayudante Asesor Jurídico Tributario”, servicios que debían considerarse como adecuados para permitir al trabajador la obtención de una práctica profesional adecuada, no siendo indicio suficiente ni adecuado para inferir que ello no fuera así la circunstancia de que se incluyera al trabajador en un grupo o categoría de

cotización distinta a la que correspondía conforme a su titulación, pues con insistir en que los servicios o prácticas prestadas o realizadas, definidos en el propio ejemplar del contrato en la forma ya referida, no fueran contradiados por la Administración mediante una revisión puntual y personalizada de la actividad llevada a cabo por el trabajador, tal ubicación cotizadora fuera producto de un mero error como lo acreditaba la circunstancia de que la inclusión del trabajador en cualquiera de las restantes categorías no hubiera supuesto diferencia de cotización alguna para la empresa y que dado, su sueldo, siempre se habría encontrado por debajo de la base máxima de cotización establecida y, por tanto, cotizando por la totalidad de su retribución.

II.- La finalidad de la Ley 22/92 de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, como su propio título indica, era la de fomentar el empleo y su propia perdurabilidad y estabilidad, propósitos que sin duda se obtienen con la transformación de un contrato de trabajo en prácticas o para la formación, de naturaleza temporal, en un contrato de trabajo de carácter indefinido.

Por otra parte, conviene recordar que el art. 11 del E.T., vigente en aquel momento, describía el contrato en prácticas como el concertado entre quien está en posesión, entre otras, de alguna de las titulaciones que allí se describen, entre las que, obviamente, se comprende la titulación que acredita la superación de los estudios de Formación Profesional de 2º grado, y un empresario para la prestación de un trabajo retribuido que permita a su vez al trabajador aplicar y perfeccionar sus conocimientos y le facilite una práctica profesional adecuada a su nivel de estudios.

Lo definitivo a efectos de legalidad de dicho contrato es que el trabajador ostente una titulación de las previstas en aquella norma, así como aquella adecuación o correspondencia entre titulación y práctica profesional, circunstancia que sin duda viene revelada por la indicación que el propio ejemplar de contrato contenga acerca del puesto o categoría a la que se adscribe al trabajador para realizar la práctica profesional.

Asimismo, debe convenirse en que un contrato en prácticas celebrado en fraude de ley, no ajustado a la normativa que lo disciplina (art. 11 E.T. y R.D. 1992/84), lo que sin duda se dará de concurrir la inadecuación

entre a titulación que ostenta el trabajador y la práctica profesional que se le asigna o encomienda, al margen de otros efectos que pudiera producir, tales como la exigencia de la correspondiente diferencia por cotización o el despliegue de la actividad sancionadora de la Administración, será causa suficiente y legítima para denegar aquel incentivo, caso de que se transformase en otro de carácter indefinido, pues mal podrá admitir la Ley la bonificación de una transformación contractual, por mucho que sirviese en apariencia a satisfacer la finalidad primigenia por ella buscada, si el arranque inicial de ese iter contractual la contraviene, ya que en tal hipótesis la figura del fraude de ley estaría más que anunciada, y la propia Ley no puede primar y, mucho menos, subvencionar tal comportamiento fraudulento.

III.- En el supuesto que se analiza, resulta de la prueba documental que al trabajador, contratado en prácticas y en posesión del título de Licenciado en Derecho, se le encomendaron o asignaron servicios como ayudante asesor jurídico-tributario, siendo ese el objeto de la práctica convenida, si bien se le encuadró en la categoría profesional de “ayudante” y grupo de cotización 5. Siendo ello así, ya se concluye, sin necesidad de mayores esfuerzos dialécticos, que aquí se dio la adecuación entre titulación y práctica profesional, pues el cometido o servicio encomendados al trabajador, según contrato, circunstancia no contradicha por contraprueba que correspondía aportar a la Administración por distribución de carga probatoria, se corresponden con el contenido curricular que es propio de los estudios y titulación que aquella poseía, ello al margen de que se incurriera en un discordante encuadramiento o asignación de categoría profesional, y por tanto, de grupo de cotización, pues con señalar que tal circunstancia no es indicio suficiente —por ser único, y no plural, como es exigible en toda prueba indiciaria— para inferir que no se llevó a cabo una práctica profesional que permitiera al trabajador adquirir la necesaria formación práctica y profesional concorde con su titulación, tampoco puede afirmarse o sostenerse, como se dice en la resolución recurrida, que ese discordante encuadramiento confiera la condición de inválido al contrato de referencia, pues tal requisito no lo es de validez del mismo, ello al margen de que pueda derivar o producir otros efectos jurídicos, entre los que no se encuentra la denegación de la subvención o incentivo de referencia, ni siquiera por posible incursión de tal contratación en fraude de ley, pues el único

dato objetivo del que pudiera extraerse un comportamiento contractual incurrido en fraude de ley, como lo sería la obtención de un beneficio económico para la empresa derivado de soportar una cotización menor, que no pareció aquí existir como razona la demandante con argumentos que no contradijo la demandada.

Se está, por tanto, en el caso de estimar el recurso.

IV.- No se hace imposición de costas (arts. 81,2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “E.&Y.A., S.A.” contra Resolución de 13.11.96 desestimatoria de solicitud de 25.10.96 relativa a beneficios establecidos en la Ley 22/92 de 30 de julio por la transformación de contrato en prácticas en indefinido; Expte. 2.721, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, con anulación de la resolución impugnada, declaramos el derecho de la recurrente a la percepción de las ayudas que solicitara al amparo de la Ley 22/92 de 30 de julio. Sin imposición de costas.

3133 Recurso nº 5.420/97

S.S. PRESTACIÓN POR DESEMPREGO. DURACIÓN. CÓMPUTO DE SERVICIOS COMO VIXILANTE A SOCIEDADE LABORAL SIMULTÁNEOS Á CONDICIÓN DE PRESIDENTE E ADMINISTRADOR XERAL, POLA QUE NON PERCIBIU RETRIBUCIÓN. DEBE COMPUTARSE O DITO PERÍODO.

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

A Coruña, a 20 de febrero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.420/97 interpuesto por don L.L.R. contra la

sentencia do Juzgado de lo Social núm. Uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 579/97 se presentó demanda por don L.L.R. en reclamación de DESEMPLEO sendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 7 de novembro de 1997 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Por escritura pública de 22.03.89, se constituyó la Sociedad Anónima Laboral, denominada "C.A., S.A.L.", dedicada a la actividad de distribución y venta de productos de alimentación y pastelería industrial fijándose un capital social de 20.000.000 de pesetas representado por dos mil acciones representado nominativas cada una por valor nominal de 10.000 pesetas. El capital fue íntegramente suscrito y desembolsado por partes iguales entre los ocho socios fundadores, entre ellos el actor don L.L.R., a razón de 250 acciones para cada uno de los 8 socios, por un valor nominal de 2.500.000 ptas.-/SEGUNDO.- Por otra escritura pública posterior de fecha 10.05.89, se produjo la elevación a público de acuerdos sociales, entre los que figuraba nombrar al demandante don L.L.R. que ya ostentaba el cargo de Administrador General, Presidente de la Sociedad Anónima Laboral, y aclarando la escritura fundacional se hizo constar en la posterior que todas las acciones representativas de la totalidad del capital social de la Sociedad "C.A., S.A.L." tienen el carácter de reservadas a los trabajadores y que la totalidad de los actuales son trabajadores de la empresa./TERCERO - El demandante se dio de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena, con la categoría profesional de viajante, y vino percibiendo la retribución correspondiente y cotizando al indicado Régimen desde el 1º de junio de 1989 hasta el 30 de diciembre de 1994./CUARTO.- Extinguida la relación laboral con la anterior Sociedad Anónima Laboral el actor pasó a prestar servicios para la empresa "E.V., S.A." desde el 24.03.95 hasta el 16 de abril de 1997./QUINTO.- Al finalizar la relación laboral con esta última patronal, en fecha 24.04.97, el actor formuló solicitud de prestaciones por desempleo contributivas, que le fueron reconocidas por resolución del INEM de fecha 12.06.97 y por el período comprendido desde el 17.04.97 hasta el 16.12.97./SEXTO.-

Disconforme el actor con el período reconocido, interpuso Reclamación Previa a medio de escrito de fecha 14.07.97, solicitando que se computasen las cotizaciones efectuadas a la empresa "C.A., S.A.L.". Dicha reclamación fue desestimada a medio de resolución de 2.9 siguiente por entender que "los servicios prestados en la empresa "C.A., S.A.L." quedan excluidos del campo de aplicación de personas protegidas en la prestación por desempleo, al ostentar en la mencionada empresa la condición de Administrador General"./SÉPTIMO.- Agotada la vía previa, se interpuso la demanda origen de los presentes autos que fue repartida a este Juzgado el 18 de septiembre último.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda promovida por don L.L.R. contra el Instituto Nacional de Empleo sobre cómputo de cotizaciones para prestaciones por desempleo, debo absolver y absuelvo al Instituto demandado de la pretensión deducida en la demanda".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El demandante recurre la sentencia de instancia, que desestimó su derecho a percibir desempleo contributivo, y solicita con amparo procesal correcto revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene esa resolución.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico y con relación al apartado 2º ("Por otra escritura pública posterior de fecha 10-mayo-1989 se produjo la elevación a público de acuerdos sociales, entre los que figuraba nombrar al demandante don L.L.R. que ya ostentaba el cargo de Administrador General, Presidente de la Sociedad Anónima Laboral, y aclarando la escritura fundacional se hizo constar en la posterior que todas las acciones representativas de la totalidad del capital social de la sociedad "C.A., S.A.L." tienen el carácter de reservadas a los trabajadores y que la totalidad de los actuales son trabajadores de la empresa"), propone añadir: "El actor vino prestando como viajante sus servicios para "C.A., S.A.L.", a la vez que ejercía las tareas de administración de la citada patronal, desde su fundación y hasta su extinción"; se basa en los folios 61, 66, 72, 74 y 75.

La pretensión no se acepta, porque ya se describe de forma objetiva y suficiente en los hechos probados 2º y 3º de la sentencia impugnada, al consignar las funciones directivas que desempeñó (HP 2º) así como su afiliación al Régimen General y la percepción de la retribución como viajante (HP 3º); las consecuencias que de ello deriven han de fijarse en sede jurídica.

TERCERO.- En el ámbito del derecho, denuncia infringidos: A) Los artículos 87.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues el Instituto Nacional de Empleo (INEM) reconoció su condición de trabajador que, por tanto, no necesita ser acreditada. B) Los artículos 4.2, 6 y 10 de la Ley 15/86 de 25.4 (Regula las sociedades anónimas laborales) en relación con los artículos 205.1, 207 y 208.1 de la Ley General de Seguridad Social, por la distinta personalidad de aquellas sociedades y de sus socios que, por tanto, han de estar incluidos en el Régimen General con la única excepción de aquellos que desempeñan exclusivamente funciones gerenciales, lo que no es el caso.

CUARTO.- Según los hechos probados de la sentencia impugnada, los antecedentes de la decisión se resumen en los siguientes: 1) El 22.03.89 se constituyó "C.A., S.A.L". Su objeto es la distribución y venta de productos de alimentación y pastelería industrial. Su capital se fijó en 20.000.000 de pesetas, representado por 2.000 acciones nominativas, cada una por valor nominal de 10.000 pesetas. El capital fue íntegramente suscrito y desembolsado por partes iguales entre los ocho socios fundadores, entre ellos el demandante. 2) El 10.05.89 el actor fue nombrado presidente; ostentaba el cargo de administrador general. 3) Se dio de alta en el Régimen General de la Seguridad Social con la categoría de viajante; cotizó a dicho régimen y percibió la retribución de dicha categoría desde el 01.06.89 hasta el 30.12.94. 4) Prestó servicios para "E.V., SA" desde el 24.03.95 hasta el 16.04.97. 5) El INEM declaró su derecho a la prestación contributiva de desempleo, pero teniendo en cuenta solamente las cotizaciones efectuadas en la última empresa.

QUINTO.- D) Las infracciones procesales denunciadas no se aceptan, porque el reconocimiento de la Entidad Gestora de la cualidad de trabajador del demandante lo fue de forma parcial, relativa a los servicios que prestó en "E.V., S.A.", a efectos de fijar la duración del desempleo contributivo solicitado, pero no respecto de su actividad en "C.A., S.A.L." que, precisa-

mente ahora se discute con el fin de ampliar la prestación de desempleo reconocida. II) La cuestión litigiosa consiste en determinar si en el desempleo reconocido al beneficiario ha de computarse o no su actividad en "C.A., S.A.L": Mientras el INEM lo denegó por ostentar la cualidad de administrador general, el interesado afirma la compatibilidad de esa condición con la de socio trabajador. La jurisprudencia afirma que "...las sociedades de trabajadores cuyo modelo institucional -las llamadas sociedades laborales- admiten naturalmente la compatibilidad de socio trabajador y administrador social, y (en ellas) la asunción de cargos sociales representa más una continuidad de la colaboración que una situación de poder específico frente a los restantes socios trabajadores" (s. 14.10.98), así como que "...cabe admitir la posibilidad de coexistencia de ejercicio simultáneo de cargo societario con la actividad derivada de una relación laboral ordinaria... la inclusión o exclusión del trabajador -socio- gestor de una sociedad, dotada de personalidad jurídica, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad" (s. 20.10.98). La aplicación de la doctrina reseñada al actual supuesto impone decidir de modo afirmativo el tema discutido porque: a) Frente a lo consignado en el fundamento de derecho 2º.3 de la sentencia impugnada y de acuerdo con los fines de la (SAL) así como con los principios que rigen su gestión, entendemos, a la vista del hecho probado 3º, que el beneficiario efectuó las tareas laborales comunes de viajante, cual se desprende de su afiliación al Régimen General y de haber percibido la remuneración inherente a esa categoría profesional que, además, es consustancial al objeto de la (SAL) que ayudó a constituir. b) Del hecho probado 2º se infiere que no recibió retribución por haber ejercido los cargos directivos para los que fue nombrado.

Nuestra conclusión es conforme con la jurisprudencia que declara el derecho a percibir prestación contributiva de desempleo en casos similares al actual: La sentencia de 11.11.97, lo reconoció a tres socios, titulares cada uno del 20% del capital de una (SAL), ostentando los cargos de vicepresidente y de vocales, afiliados al Régimen General con categorías de conductor mecánico, jefe de negociado y auxiliar administrativo, aunque habiendo delegado el consejo de administración todas sus facultades en persona diferente de aquéllos. La sentencia de 17.05.99, lo reconoció a un socio fundador, titular del 25% del capital de una (SAL), ostentando

el cargo de consejero delegado del consejo de administración del que formaba parte, con categoría de oficial 1ª, sin constar percibiese retribución por desempeñar aquella función directiva.

Finalmente, la última sentencia citada, en consonancia con lo que el recurrente alega, afirma que "...este criterio se desprende de la nueva redacción del artículo 21 de la antes citada Ley de Sociedades Laborales, dada por el artículo 34 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que aclara la ambigüedad y llena el vacío de la anterior redacción de este precepto... Con lo que resulta incuestionable el derecho a las prestaciones de desempleo del actor socio y consejero delegado, no retribuido por el desempeño de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, pues el apartado 2.a) de este artículo según la nueva redacción, sólo excluye de aquella protección, a los socios trabajadores 'cuando por su condición de administradores sociales, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad siendo retribuidos por el desempeño de este cargo, estén o no vinculados, simultáneamente a la misma mediante relación laboral común o especial'...". Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de don L.L.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, de 7 de noviembre de 1997 en autos nº 579/97, que revocamos, acogemos su demanda contra el Instituto Nacional de Empleo, declaramos su derecho a percibir la prestación por desempleo ya reconocida con arreglo también a la cotización efectuada en "C.A., S.A.L", en la cuantía y efectos reglamentarios, y condenamos a la entidad demandada al pago respectivo.

3134 Recurso nº 5.524/00

S.S. CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES: INEXISTENCIA. CONTRATA REAL. ANÁLISE DAS CLÁUSULAS DO CONTRATO MERCANTIL ENTRE EMPRESA PRINCIPAL E EMPRESA DE SERVICIOS VARIOS. RESCISIÓN DE CONTRATA E EXTINCIÓN DOS CONTRATOS DE TRABAJO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a veintidós de febrero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.524/00, interpuesto por don J.J.D.B. y OTROS contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 397/00 se presentó demanda por don J.J.D.B., don J.D.A., don J.A.B.B., don A.G.P., don L.T.C., don J.E.V.V., don F.T.F., don P.F.I., don M.C.T. y don F.J.D.B. en reclamación sobre DESPIDO siendo demandadas "L.E.S., S.L.U." "O.A., S.L.", "L.R.H., S.L.", "M.T., E.T.T." y "C.I.G., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 6 de octubre de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- (1) D. J.J.D.B., D.N.I..., (2) don J.D.A., mayor de edad, D.N.I..., (3) don J.A.B.B., D.N.I..., (4) don A.G.P., D.N.I..., (5) don L.T.C., D.N.I..., (6) don J.E.V.V., D.N.I..., (7) don F.T.F., D.N.I..., (8) don P.F.I., D.N.I..., (9) don M.C.T., D.N.I... y (10) don F.J.D.B., D.N.I., todos ellos mayores de edad, prestan servicios, en el momento de la extinción del contrato de trabajo, para la empresa "L.E.S., S.L.U.", con las siguientes (a) antigüedades, (b) categorías profesionales y (c) salarios mensuales, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, a saber:

	(a)	(b)	(c)
(1)	21.08.96	Limpiador	145.400 pesetas
(2)	01.08.97	Limpiador	145.400 pesetas
(3)	01.08.97	Limpiador	145.400 pesetas
(4)	21.08.96	Limpiador	153.176 pesetas
(5)	01.08.97	Limpiador	148.500 pesetas
(6)	01.08.97	Limpiador	145.400 pesetas
(7)	07.04.97	Limpiador	148.109 pesetas
(8)	01.08.97	Limpiador	145.400 pesetas
(9)	08.07.96	Limpiador	145.400 pesetas
(10)	02.03.98	Limpiador	145.400 pesetas

Ninguno ostenta o ha ostentado la condición de Delegado de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical. Tampoco consta su afiliación sindical./ 2º.- Los trabajadores prestan sus servicios, desde el inicio de sus respectivas relaciones laborales, en la empresa "C.I.G., S.L.," antes "C.G., S.A.," quien contratada con la empleadora formal de los trabajadores, que, en virtud de sucesivas subrogaciones empresariales, fue Limpiezas "A G., S.L.," (STT "C.R.H., S.L.") y, en último término, "L.E.S., S.L.U." –aunque no todos los trabajadores pasaron por todas estas empresas.-/ 3º.- A 03.07.1998 se formalizó "contrato civil de arrendamiento de servicios" entre "C.G., S.A." y "L.E.S., S.L.U.," habiéndose establecido las siguientes cláusulas relativas a "lugar y locales de trabajo" y "precio y forma de pago": "7.- LUGAR Y LOCALES DE TRABAJO.- La realización de los trabajos inherentes a este contrato se efectuará en locales de la empresa contratante, la cual delimitará y señalará el espacio disponible para la realización de las tareas contratadas.- La empresa contratante arrienda también a LINK la maquinaria necesaria para realizar el objeto de este contrato.- En cualquier momento y por necesidades de la propia obra, la empresa principal, con acuerdo previo de LINK podrá variar el espacio asignado inicialmente para la realización del trabajo acordado.- 8.- PRECIO Y FORMA DE PAGO.- El precio de los servicios contratados se establece en 3.566.500 ptas./mes (tres millones quinientas sesenta y seis mil quinientas ptas./mes) que constituyen su total importe sin el correspondiente I.V.A. o impuesto que pudiera existir en cada momento y durante la prestación del servicio global contratado. Se estipula el pago de una factura mensual y por 12 meses.- En la época de producción del mejillón, estas cantidades se verán incrementadas en un importe mensual de 649.290 ptas./mes por cada uno de los meses que dure la campaña (seiscientos cuarenta y nueve mil doscientas noventa pesetas por mes de campaña del mejillón.- Dicha cantidad será abonada por la parte contratada mediante recibo bancario.- El precio ha sido calculado en base a la situación global de mercado, los medios técnicos, materiales y humanos, a las obligaciones fiscales y de todo tipo, que debe soportar LINK y al margen de beneficios acorde a la prestación del servicio contratado. Y fijado dicho precio por la empresa contratada y aceptado por la parte contratante.- En estos costes están incluidos los costes de materiales que igualen a los obtenidos en 1997 según datos proporcionados por la contratante. Los costes que superen dichas cantidades no están incluidos en este contrato. Se realizará un seguimiento semestral y se facturarán

aparte las diferencias que pudieran haber a favor o en contra.- Si las condiciones de trabajo varían por causas ajenas a la empresa contratada, las variaciones de coste que ello pudiera significar se aplicarán de modo proporcional a este contrato.- Cada año, ambas partes revisarán el precio convenido según la variación del I.P.C. y las especiales características que pudiera tener el servicio de que se trate"/ 4º.- Y a 01.06.1999 se formalizó un nuevo "contrato civil de arrendamiento de servicios", siendo ahora la empresa principal "C.I.G., S.L.," habiéndose establecido las siguientes cláusulas relativas a "precio", "vigencia del contrato" y "causas de resolución del contrato": "Tercera.- PRECIO.- 3.1 Como contraprestación por los servicios contratados, el cliente abonará a Link la cantidad de 52.154.959 pesetas anuales que constituyen su total importe a lo que hay que añadir el I.V.A. o impuesto que pudiera existir en cada momento. Dicho importe será pagadero en doce mensualidades iguales vencidas, que serán abonadas por el cliente a 30 días desde la fecha de la emisión de la factura, por transferencia bancaria.- 3.2 Las previsiones de servicio en cuanto a equipo humano necesario estimado entre el Dpto. de Control de Calidad de ("I.G." y LINK) para la realización del presente objeto de contrato es de 19 personas: 1 operario Zona de Fresco.- 3 operarios Zona de Raspado.- 1 operario de Cocederos.- 3 operarios en Zona de Empacadoras.- 2 operarios en Zona Vegetales.- 1 operario en Zona de Pulpo.- 4 operarios en Zona Lavaplatos (jornada diurna).- 3 operarios en Zona Lavaplatos y Carretillas.- 1 Encargado.- En caso de ampliación del servicio por encima de las previsiones aquí acordadas se establece un importe de: - Incremento o Reducción de Operarios 208.246 ptas./mes por operario en jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes.- Hora Extra: 1.350 ptas./hora.- Campaña de Mejillón: 649.290 ptas./mes Campaña: 3 operarios en jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes.- 3.3 Link revisará a primeros de año los precios aquí previstos para acomodarlos a las variaciones experimentadas por el Índice de Precios al Consumo (IPC) durante los doce meses anteriores a la última revisión, así como a las posibles variaciones de leyes o normas de obligado cumplimiento.- 3.4 Link podrá modificar el sistema de facturación convenio, siempre y cuando ello no implique un precio total superior al pactado, todo ello sin perjuicio de lo establecido en los puntos anteriores, 3.2 y 3.3.- 3.5 Los locales y herramientas que se utilizarán en la ejecución del servicio, serán propiedad de "I.G., S.L." No están incluidos en el servicio contratado los gastos que se pudieran derivar para Link, por la compra o alquiler de locales, maquinaria, o

equipos para el desarrollo del servicio.- Se realizará una previsión durante 6 meses de los gastos en suministros de material de limpieza producidos por el personal de Link asignado al servicio objeto del presente contrato. Link informará a (IG) de dichos gastos necesarios para la prestación del servicio, regularizando dichos importes con fecha 31 de diciembre de 1999. Los importes de consumos medios mensuales correspondientes al período 1 junio 1999 al 31 diciembre 1999 se tomarán como dato de consumo medio mensual estándar para el año 2000, y así sucesivamente durante el período contractual. En caso de ser necesario, serán facturados adicionalmente a la contraprestación económica establecida en el presente contrato, gastos de consumos considerados extraordinarios con la previa aceptación de (IG).- Cuarta.- VIGENCIA DEL CONTRATO.- Se pacta una duración del servicio de cuatro años, iniciándose la prestación acordada el día 1 de junio de 1999. El contrato se renovará tácitamente a su vencimiento, por períodos de un año de duración, salvo denuncia expresa del mismo por alguna de las partes, la cual será notificada fehacientemente a la otra con un preaviso de 60 días de antelación”./ 5º.- En el desempeño del trabajo, los trabajadores recibían órdenes del encargado de “L.E.S., S.L.U.”, y éste recibía, por escrito, los partes de tareas especiales de limpieza que pudiesen acordar los directivos competentes del control de calidad de “C.I.G., S.L.”. Nunca éstos daban órdenes directas y concretas a los trabajadores./ 6º.- Con fecha 26.04.2000, “L.E.S., S.L.U.” comunicó a “C.I.G., S.L.” una modificación de las tarifas, derivadas de diversos reconocimientos judiciales de reclamaciones salariales efectuadas por los trabajadores, de 58.000.000 pesetas a 92.000.000 pesetas, en cómputo anual, y, a la vista de la subida, ésta le comunicó a aquella a 29.04.2000 su decisión de rescindir la contrata, con efectos 31.05.2000./ 7º.- Se les comunicó a los trabajadores a 31.05.2000 que, con efectos de ese día, se les extinguían los contratos de trabajo, en los siguientes términos literales: “Muy Sr/a. Mío/a:.- Por la presente pongo en su conocimiento que el próximo día 31 de mayo de 2000 concluyen las tareas propias de su especialidad profesional, al habernos sido notificado por nuestro cliente “C.I.G., S.L.” la extinción del contrato de arrendamiento de servicios entre ambas empresas, dando por terminadas nuestras relaciones comerciales.- Con tal motivo le manifestamos nuestra intención de dar por extinguido su contrato de trabajo de obra y servicio determinados, en la referida fecha; y ello en base a lo establecido en el artículo 49.1.b) y c) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundi-

do del Estatuto de los Trabajadores.- En este mismo acto ponemos a su disposición la liquidación que le corresponde por todos los conceptos.- Sin otro particular, agradeciéndole los servicios prestados, se despide atentamente.- Sírvese firmar la copia de la presente para nuestra constancia y archivo”./ 8º.- Desde entonces, “C.I.G., S.L.” asume directamente el servicio contratando trabajadores propios./ 9º.- “M.I.”, de nacionalidad norteamericana, es la única socia de “M.T., ETT” y de “L.E.S., S.L.U.”. Coincide el edificio donde tienen la sede sus respectivas sucursales en la ciudad de Vigo. “L.E.S., S.L.U.” es la sucesora de “L.R.H., S.L.” y de “O.A., S.L.”./ 10º.- Se intentó sin efecto la obligatoria conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Estimando la demanda interpuesta por (1) don J.J.D.B., (2) don J.D.A., (3) don J.A.B.B., (4) don A.G.P., (5) don L.T.C., (6) don J.E.V.V., (7) don F.T.F., (8) don P.F.I., (9) don M.C.T. y (10) don F.J.D.B., contra las Entidades Mercantiles “L.E.S., S.L.U.” y “C.I.G., S.L.”, declaro improcedentes los despidos de los trabajadores demandantes y, en su consecuencia, condeno al empresario a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse los despidos, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de esta Resolución, o, a su elección, al pago de las siguientes percepciones económicas: a) Una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salarios por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía, respectivamente, (1) de 819.143 pesetas, (2) de 615.569 pesetas, (3) de 615.569 pesetas, (4) de 862.914 pesetas, (5) de 628.650 pesetas, (6) de 615.569 pesetas, (7) de 701.054 pesetas, (8) de 615.569 pesetas, (9) de 848.225 pesetas y (10) de 489.547 pesetas. b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia o hasta que encontrara otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta Sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador se concreta, respectivamente, (1) en 4.847 pesetas diarias, (2) en 4.847 pesetas diarias, (3) en 4.847 pesetas diarias, (4) en 5.106 pesetas diarias, (5) en 4.950 pesetas diarias, (6) en 4.847 pesetas diarias, (7) en 4.937 pesetas diarias, (8) en 4.847 pesetas diarias, (9) en 4.847 pesetas diarias y (10) en 4.847 pesetas diarias.

La opción deberá ejercitar 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 entenderá que procede la primera. En todo caso deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período de devengo de los salarios de tramitación.

Quedan absueltas las Entidades Mercantiles "O.A., S.L.", "L.R.H., S.L." y "M.T." Empresa de Trabajo Temporal.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de Suplicación por la parte demandante y por la demandada siendo impugnados de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la demanda sobre despido entablada por los actores contra las empresas demandadas, declarando improcedentes los despidos y condenando solidariamente a la empresa "L.E.S., S.L.U." y a "C.I.G., S.L.", a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse los despidos, con abono de salarios de tramitación, o a su elección, al pago de las percepciones económicas que en la sentencia se especifican, absolviendo a las restantes Entidades Mercantiles codemandadas. Frente a dicha resolución interponen recurso de Suplicación los demandantes y la empresa LINK. El recurso formulado por los actores denuncia la infracción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 14 y 24 de la Constitución y 17 del Estatuto, alegando que se está ante un despido sin causa objetiva alguna y derivado de las sucesivas reclamaciones judiciales y administrativas de los accionantes, añadiendo que existen indicios suficientes para considerar que la decisión de los empleadores supone un atentado a ese derecho de tutela efectiva del trabajador por ser una represalia a las actuaciones judiciales entabladas, tal como reconoce el Juzgador de instancia pero que no quedó recogido en el fallo de la sentencia, por lo que estaríamos ante un despido nulo. Por su parte la empresa LINK denuncia la infracción del artículo 49.1 apartados b) y c) del Estatuto de los Trabajadores y de la Jurisprudencia que cita, alegando que no existe el mínimo indicio que permita configurar la relación entre aquella

y "C.I.G." como un negocio aparente de carácter interpositorio; que la empresa recurrente asumió el riesgo del negocio con los datos que se tenían en el momento de firmar el documento mercantil; que la modificación del presupuesto inicial vino motivada por unos hechos que se producen a posteriori, y que una vez que se le comunicó la resolución del contrato mercantil, ésta procedió a su vez a comunicar a los trabajadores el fin de su contrato de trabajo.

En primer lugar, al margen de que esta Sala no comparte en absoluto los argumentos de la sentencia de instancia para llegar a declarar que ha habido una cesión ilegal de trabajadores, por las razones que más adelante se expondrán, y mucho menos la conclusión, huérfana ya no solo de prueba sino de cualquier indicio, de que la contrata de obra o servicios no era real sino ficticia y que su rescisión encubría una extinción mutuamente aceptada, afirmaciones que no se corresponden con una relación fáctica en la que no se hace la más mínima alusión a hechos que permitan llegar a ellas y que cabe atribuir a una errónea valoración de las circunstancias que concurren o a una inadecuada interpretación del objeto y la causa de extinción, como luego se verá; conviene advertir, además, la incongruencia en la que incurre la sentencia de instancia, pues si entiende que ha existido una cesión ilegal de trabajadores debería aplicar lo establecido en el apartado 3 del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores y darles a aquellos la opción a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria, y si consideró que la causa real y única de la extinción de la contrata era evitar asumir las subidas salariales conseguidas judicialmente por los trabajadores, el despido tendría que haber sido declarado nulo. Pero esta incongruencia que constituye la razón del recurso de Suplicación formulado por los trabajadores no puede producir el efecto pretendido por aquellos, si tenemos en cuenta que ni ha existido cesión ilegal de trabajadores ni la extinción de la contrata se produjo por una decisión arbitraria o caprichosa de la contratista aceptada por la empresa principal para poner fin a los contratos de los trabajadores.

La contrata o subcontrata de obra o servicios permitida por el artículo 42 del estatuto de los Trabajadores hace referencia a aquella actividad que es propia de la empresa comitente y requiere de la empresa contratista las siguientes circunstancias: a) la existencia de una organización autónoma o independiente constituida formalmente como tal; b) la exis-

tencia de medios materiales y personales, es decir de instalaciones para desarrollar la actividad; c) el desarrollo de una actividad propia y distinta de la empresa comitente y c) la asunción de riesgos propios de una actividad empresarial con independencia del empresario comitente. En el caso objeto de enjuiciamiento la sentencia de instancia parece admitir la concurrencia del primero y tercero de los requisitos apuntados, pero viene a cuestionar la concurrencia de los dos restantes, es decir del segundo y cuarto, pues se inclina por la existencia de cesión ilegal de trabajadores en especial atención del cuarto mencionado, es decir atendiendo al criterio de asunción del riesgo empresarial incidiendo, de manera reiterada, en el precio de la contrata que, a su juicio, parece fijado en función de los trabajadores y no en función del resultado, y haciendo una mera alusión –sin ninguna base fáctica– a que los medios de que disponía la cedente para prestar el servicio eran inadecuados, pues –añade– tanto en la primera contrata como en la segunda se observa la necesidad de que por parte de la cesionaria se pusiera a su disposición la maquinaria necesaria. Así pues, la asunción de la existencia de una organización autónoma e independiente y el desarrollo de una actividad propia y distinta de la empresa comitente, nos releva de toda consideración al respecto, quedando centrado el debate en los dos restantes elementos cuestionados por el Juez “a quo”.

En el contrato de arrendamientos de servicios suscrito el día 03.07.1998 entre “C.G., S.A.” y “LINK” se hace constar, según resulta de la relación de hechos probados, en concreto el ordinal tercero, que el precio de los servicios contratados se establece en 3.566.500 ptas./ mes, estipulándose que en la época de producción del mejillón, aquella cantidad se verá incrementada en un importe mensual de 649.290 ptas./mes por cada uno de los que dure la campaña. Se dice, además, que el precio ha sido calculado en base a la situación global del mercado, los medios técnicos, materiales y humanos, a las obligaciones fiscales y de todo tipo que debe soportar LINK, y que en estos costes están incluidos los materiales que igualen a los obtenidos en 1997, según datos proporcionados por la contratante y los costes que superen dichas cantidades no están incluidos en este contrato, realizándose un seguimiento semestral y facturándose aparte las diferencias que pudiera haber a favor o en contra; estableciéndose también que si las condiciones de trabajo variaran por causas ajenas a la empresa contratada, las variaciones de

coste que ello pudiera significar se aplicarán de modo proporcional a este contrato y cada año, ambas partes revisarán el precio convenido según la variación del IPC y las especiales características que pudiera tener el servicio.

En el nuevo contrato, también de arrendamiento de servicios, formalizado el 01.06.1999, siendo ahora la empresa principal “C.I.G., S.L.” se fija como contraprestación por los servicios contratados a LINK la cantidad de 52.154.959 ptas. anuales estableciéndose, según se recoge en el hecho probado cuarto de la resolución recurrida, que las previsiones de servicio en cuanto a equipo humano necesario estimado en el Departamento de control de calidad de ambas empresas para la realización del presente contrato es de 19 personas. Pactándose que en caso de ampliación del servicio por encima de las previsiones aquí acordadas se establece un importe de: - Incremento o Reducción de Operarios 208.246 ptas./mes por operario en jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes.- Hora Extra: 1.350 ptas./hora.- Campaña de Mejillón: 649.290 ptas./mes Campaña: 3 operarios en jornada de 40 horas semanales de lunes a viernes.- 3.3 Link revisará a primeros de año los precios aquí previstos para acomodarlos a las variaciones experimentadas por el Indica de Precios al consumo (IPC) durante los doce meses anteriores a la última revisión, así como a las posibles variaciones de leyes o normas de obligado cumplimiento.- 3.4 Link podrá modificar el sistema de facturación convenio, siempre y cuando ello no implique un precio total superior al pactado, todo ello sin perjuicio de lo establecido en los puntos anteriores, 3.2 y 3.3.- 3.5 Los locales y herramientas que se utilizarán en la ejecución del servicio, serán propiedad de “I.G., S.L. No están incluidos en el servicio contratado los gastos que se pudieran derivar para Link, por la compra o alquiler de locales, maquinaria, o equipos para el desarrollo del servicio.- Se realizará una previsión durante 6 meses de los gastos en suministros de material de limpieza producidos por el personal de Link asignado al servicio objeto del presente contrato. Link informará a “I.G.” de dichos gastos necesarios para la prestación del servicio, regularizando dichos importes con fecha 31 de diciembre de 1999. Los importes de consumos medios mensuales correspondientes al período 1 junio 1999 al 31 diciembre 1999 se tomarán como dato de consumo medio mensual estándar para el año 2000, y así sucesivamente durante el período contractual. En caso de ser necesario, serían facturados adicionalmente a la contraprestación

económica establecida en el presente contrato, gastos de consumos considerados extraordinarios con la previa aceptación de "I.G.". Cuarta.- VIGENCIA DEL CONTRATO.- Se pacta una duración del servicio de cuatro años, iniciándose la prestación acordada el día 1 de junio de 1999. El contrato se renovará tácitamente a su vencimiento, por períodos de un año de duración, salvo denuncia expresa del mismo por alguna de las partes, la cual será notificada fehacientemente a la otra con un preaviso de 60 días de antelación"

De todo ello se deduce con meridiana y manifiesta claridad que, lejos de venir fijado el precio en función de los trabajadores como ha entendido el Juzgador de instancia, lo que se hizo fue determinarlo en una cantidad y establecer una serie de previsiones hasta cierto punto lógicas y razonables en un servicio para el que ambas partes contratantes contemplaban la posibilidad de que experimentase incrementos o reducciones en función de eventualidades del mercado así, en caso de ampliación del servicio por encima de las previsiones inicialmente acordadas se establecen unos módulos para determinar el coste que tal incremento supondría. El que se inicie el servicio con un equipo humano estimado, por ambas empresas para la realización del contrato, en 19 personas y se establezca una cláusula en la que se determine que en caso de ampliación del servicio por encima de las previsiones acordadas se establece un importe de: "incremento o reducción de operarios 208.264 ptas./mes; hora extra 1.350 ptas.; campaña de mejillón 649.290 ptas./mes etc."; ello no puede suponer, sin más, como deduce el Juzgador de instancia que el precio aparece fijado en función de los trabajadores y, mucho menos cabe deducir que hay una traslación del riesgo de la cedente a la cesionaria, cuando lo que en realidad existe es una asunción de riesgo compartido, como no podía ser de otro modo en este tipo de contratos de arrendamiento de servicios, asumida por ambas partes contratantes, siendo una consecuencia lógica que a más servicio, más trabajadores, más precio; es una relación de causa efecto, sin duda normal en este tipo de contratos.

La extinción del contrato mercantil se ha producido al no asumir "C.I.G." una modificación de tarifas que le había comunicado LINK, derivadas de diversos reconocimientos judiciales de reclamaciones salariales efectuadas por los trabajadores, pasando aquella subida de 58 a 92 millones en cómputo anual, a la vista de la cual la conservera le comunicó su decisión de rescindir la contrata. Y esto, lejos de ser

una arbitrariedad, o una mera ficción para encubrir una extinción mutuamente aceptada de las relaciones laborales como parece dar a entender el Juzgador "a quo", constituye una causa plenamente justificada para dar por extinguido el contrato de arrendamiento de servicios existente entre ambas empresas. Y como quiera que los contratos de obra o servicio determinado que ligaba a los trabajadores con la empresa LINK dependían de la duración de aquel contrato de arrendamiento de servicios, el cese de los demandantes no constituye un despido sino una válida extinción del contrato de trabajo, pues la relación laboral no era de carácter indefinido, sino una relación a término que surge cuando concluye la obra o servicio determinado que era la causa del contrato.

En consecuencia procede la estimación del recurso de suplicación formulado por la empresa "L.E.S., S.L." y la desestimación del interpuesto por los demandantes, revocando la resolución recurrida y absolviendo a la codemandada LINK de la petición deducida en el escrito rector.

Fallamos

Que con desestimación del recurso de Suplicación interpuesto por don J.J.D.B. y OTROS y con estimación del formulado por "L.E.S., S.L.U." contra la sentencia de fecha, 6 de octubre de 2000 dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra, en proceso seguido a instancia de don J.J.D.B., frente a "L.E.S., S.L.U.", "O.A., S.L.", "L.R.H., S.L." "M.T., E.T.T." y "C.I.G., S.L." sobre DESPIDO, debemos revocar y revocamos en parte la sentencia recurrida, en el sentido de absolver a la codemandada LINK de la petición deducida en el escrito rector.

3135 Recurso nº 57/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. INEXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. DIFERENCIA CON CONTRATO ADMINISTRATIVO. POSTA EN FUNCIONAMIENTO DA ORGANIZACIÓN DA CONTRATISTA. MANTENIMIENTO DE CERTAS PRERROGATIVAS POLA ADMINISTRACIÓN.

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

A Coruña, a veintidós de febreiro de dos mil uno.

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

En nome do Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 57/01, interpuesto por Unión General de Trabajadores (U.G.T.) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 700/00 se presentó demanda por Unión General de Trabajadores (U.G.T.) en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandado el Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Xunta de Galicia, empresa "S.I.T., S.A.", Comisiones Obreras (CC.OO.), Convergencia Intersindical Galega (C.I.G.) y la (C.E.G.); en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiocho de setembro de dos mil por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El Sindicato promoviente del presente procedimiento de conflicto colectivo es la Unión General de Trabajadores de Galicia (U.G.T.- Galicia), con domicilio social en Santiago de Compostela, constituido mediante Actas de Congreso Constituyente de fechas 13 y 14 de outubro de 1979./ SEGUNDO.- "T.A., S.A." se constituyó por tiempo indefinido mediante escritura pública notarial el 26 de febreiro de 1986 con capital social de dos millones de pesetas (2.000.000 ptas.), habiendo procedido en 21 de marzo de 1990 a la elevación a públicos de los Acuerdos sociales sobre adaptación de sus estatutos a la L.S.A., fijándose el capital social en cincuenta millones de pesetas (50.000.000 ptas.)./ TERCERO.- En fecha 4 de febreiro de 1997, quedó modificada la denominación de la precitada mercantil, que pasó a denominarse "S.I.T., S.A.", con domicilio social en Madrid, procediéndose a la pertinente modificación estatutaria./ CUARTO.- Mediante escritura pública notarial de fecha 22 de diciembre de 1998 se procedió a la fusión por absorción de la empresa "S.I.T., S.A." en la mercantil "S.H.,

S.A.", constituida por tiempo indefinido mediante escritura pública de 11 de junio de 1996, cuya denominación social pasó a ser desde entonces la de "S.I.T., S.A."./ QUINTO.- El objeto social de la sociedad codemandada viene constituido estatutariamente por las siguientes actividades fundamentales: realización de márketing telefónico y, en general, cualesquiera otras relacionadas con la publicidad y el márketing directo. Dicha sociedad, que viene aplicando el Convenio Colectivo de la actividad económica del Telemárketing, tiene implantación a través del grupo "S.", esencialmente, en España, Europa y América, y tiene censados y de alta en su Libro de Matrícula del Personal del Centro de Trabajo sito en el Edificio de Usos Múltiples de Santiago de Compostela a 47 trabajadores, siendo la Responsable del Servicio doña. M.T.T./ SEXTO.- En fecha 3 de febreiro de 2000, la Inspección Provincial del Trabajo y Seguridad Social de A Coruña procedió a visitar, en relación con un escrito presentado por el Sr. Secretario General del Sindicato promoviente, las instalaciones referidas del Edificio de Usos Múltiples de Santiago de Compostela, instalaciones pertenecientes a la Xunta de Galicia en la que prestan actualmente sus servicios el personal de "S." más un técnico de Guardia perteneciente a la Xunta y el Sr. R.S., Jefe del Servicio de Sistemas de Información y Comunicación de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta. A raíz de dicha visita se informó que, en relación con el pliego de prescripciones técnicas para la prestación del servicio de emergencia S.O.S. Galicia establecidas para el bienio 1998/1999, servicio que fue adjudicado a "S.", dicho pliego fijaba los requisitos y el perfil humano que debían reunir las personas que conformarían el personal así como, de manera minuciosa, las funciones correspondientes a cada categoría profesional, el número de trabajadores por cada turno y categoría, los horarios de trabajo, y la supervisión del cambio del personal; en la dinámica diaria, se concluye que las órdenes a seguir en caso de emergencia las instruye el Técnico de Guardia perteneciente a la Xunta aun cuando disciplinariamente el personal depende del Gerente de la empresa, y que el personal informático debe solicitar los permisos al Jefe del Servicio, también perteneciente a la Administración; y, por último, que el material y equipos de trabajo utilizado por la empresa es propiedad de la Xunta de Galicia./ SÉPTIMO.- Cumplido el período de vigencia del anterior contrato, en fecha 29 de marzo de 2000 la citada Consellería autorizó la iniciación

de expediente y la aprobación del gasto para la contratación de la prestación del servicio de operación telefónica en la Central de Emergencias 112 S.O.S. - Galicia con un presupuesto máximo de ciento sesenta y nueve millones novecientos noventa y ocho mil trescientas noventa y cuatro pesetas (169.998.394 ptas.) mediante concurso público, siendo publicada oficialmente la Resolución de 3 de abril de 2000 de la Secretaría General de dicha Consellería en la que se establecía la convocatoria pública de la licitación. Así, en el pliego de prescripciones técnicas para la contratación del reseñado servicio, que aquí damos por reproducido en aras de brevedad, se fija como objetivo de la Central de Emergencias dar una respuesta a cualquier demanda solicitada ante una situación de emergencia, coordinando los medios y recursos propios de la CC.AA. así como de las otras Administraciones públicas y entidades privadas, servicio operativo las 24 horas del día todos los días del año; el concurso se licitó dividido en 7 lotes (servicio de operación principal, servicio de operación de idiomas, servicio de supervisión, servicio de enlace, servicio de información, servicio auxiliar y coordinación de servicios, procediéndose a describir en el antedicho pliego, en relación con cada servicio de los indicados, su objeto, las tareas a desenvolver, los conocimientos que debería acreditar el personal de la empresa adjudicataria, el ámbito de cada lote (número de horas por hombre), el lugar de trabajo, la obligación de formación que debía facilitar la empresa contratista a sus empleados y, por último, se determinaban los servicios complementarios de calidad y reciclaje del personal./ OCTAVO.- En fecha 30 de mayo de 2000, la Consellería mencionada y "S.I.T., S.A." suscribieron contrato administrativo para la prestación del servicio de operación telefónica en la Central de Emergencias 112-S.O.S Galicia con estricta sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas señaladas con anterioridad, por precio total de ciento sesenta y nueve millones novecientos sesenta y siete mil seiscientos setenta y seis pesetas (169.967.676 ptas.), I.V.A. incluido, con una duración de un año prorrogable por otro, obligándose "S." como patrono, a la exclusiva responsabilidad de las obligaciones que le correspondan respecto de su personal en cuanto a las relaciones laborales y Seguridad Social, excluyéndose expresamente la relación contractual entre dicho personal y la Consellería contratante./ NOVENO.- Bajo la vigencia del referido contrato administrativo, la jerarquía de la empresa "S." en el referido

Centro (aparte el personal de dirección con sede en Madrid) se encuentra encabezada por la Sra. T., seguida de un Coordinador y Teleoperadores o Encuestadores Telefónicos. Dentro de este marco jerárquico, la Sra. T. promueve la organización del trabajo para la realización del servicio contratado, la tutela del cumplimiento de sus obligaciones por parte del personal, el control del horario y los permisos del mismo y la autorización de las vacaciones (que suelen ser pactadas por el propio personal)./ DÉCIMO.- Los asuntos de emergencia ordinarios se encauzan por la empresa codemandada a través de los Protocolos de actuación existentes al respecto; ante situaciones de emergencia extraordinarias, fuera de Protocolo, la empresa mantiene seis operadores de enlace que, puestos en contacto con el Técnico de Guardia de Protección Civil, reciben instrucciones técnicas al respecto. La empresa, además, remite a la Xunta estadísticas mensuales sobre el servicio./ UNDÉCIMO.- Los medios materiales y equipos de trabajo con que cuentan los trabajadores de "S.", con excepción de los denominados busca-personas y los cascos, son propiedad de la Xunta de Galicia, operándose el servicio 112 con las redes corporativas habilitadas al efecto por la Administración"/ DUODÉCIMO.- Presentada reclamación previa en vía administrativa en fecha 22 de junio de 2000, no consta que haya sido resuelta".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que desestimando como desestimo la demanda formulada por el Sindicato Unión General de Trabajadores (U.G.T.- Galicia) contra "S.I.T., S.A." y la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, habiendo sido citados a juicio los Sindicatos CC.OO. y C.I.G. y la C.E.G., debo absolver y absuelvo a los codemandados de todas las pretensiones deducidas en su contra en este procedimiento".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la Unión General de Trabajadores (U.G.T. - Galicia) la sentencia desestimatoria de la pretensión deducida en proceso de conflicto colectivo, a través de una inicial revisión fáctica, atinente a los ordinales

quinto, sexto y noveno del relato histórico, y en denuncia de infracción, por errónea interpretación, del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que la codemandada “S.I.” no asume el riesgo empresarial en la ejecución de la contrata, dándose todos y cada uno de los elementos constitutivos de la cesión ilegal de trabajadores: carencia de poderes sobre los medios patrimoniales, no asunción de riesgo empresarial y limitación a la hora de influir en el precio de los servicios; encontrándonos pues, ante un supuesto en el que el contratista se limita exclusivamente a aportar el personal que va a desarrollar las tareas contratadas, interponiendo a una empresa con la intención de dotar de cierta autonomía a la contratista frente a la principal.

SEGUNDO.- La alteración de la versión fáctica de instancia precisa de la existencia de un documento (o pericia) que, por sí mismo y al margen de conjeturas, revele el error valorativo imputado, no siendo, al efecto, medios hábiles ni la prueba testifical ni la de confesión (art. 194.3 de la L.P.L.); y a esta última se refiere el recurrente como denominador común de las tres propuestas de revisión. Tampoco los documentos invocados (folios 263, 93 y siguientes –sic- y 150 y siguientes –sic-) avalan, en absoluto, la modificación interesada. Son datos de interés, recogidos en el relato de instancia, los siguientes: el 30.05.2000 la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia y la empresa “S.I.T., S.A.” suscribieron un contrato administrativo para la prestación del servicio de operación telefónica en la Central de Emergencias 112-S.O.S. Galicia, con estricta sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas señaladas, por el precio total de 169.967.676 ptas., I.V.A. incluido, y duración de un año prorrogable por otro, obligándose “SITEL”, como patrono, a la exclusiva responsabilidad de las obligaciones que le corresponden respecto de su personal en cuanto a las relaciones laborales y Seguridad Social, excluyéndose expresamente la relación contractual entre dicho personal y la Consellería contratante. La empresa “S.I.T., S.A.” tiene como objeto social la realización de marketing telefónico y, en general, cualesquiera otras relacionadas con la publicidad y el marketing directo, aplica el Convenio Colectivo de la actividad económica de Telemarketing, tiene implantación, a través del grupo “SITEL”, en España, Europa y América, y tiene registrados en el Libro de Matrícula a 47 trabajadores del centro de trabajo sito en el Edificio de Usos Múltiples de Santiago de

Compostela, perteneciente a la Xunta de Galicia, y en el que aquéllos desarrollan su actividad en virtud de la contrata. La jerarquía de la empresa “SITEL” en el referido centro se encuentra encabezada por la responsable del servicio, Sra. T.T., seguida de un coordinador y teleoperadores y encuestadores telefónicos; la Sra. T. promueve la organización del trabajo contratado, la tutela del cumplimiento de sus obligaciones por parte del personal, el control horario, los permisos y la autorización de las vacaciones. Los asuntos de emergencia ordinarios se encauzan por “SITEL” a través de los Protocolos de actuación existentes al respecto; ante situaciones de emergencia extraordinarias, fuera de Protocolo, mantiene seis operadores de enlace que, puestos en contacto con el técnico de guardia de Protección Civil, reciben instrucciones técnicas al respecto; la empresa remite a la Xunta estadísticas mensuales sobre el servicio. Los medios materiales y equipos de trabajo con que cuentan los trabajadores de “SITEL” son propiedad de la Xunta de Galicia, a excepción de los “busca-personas” y los cascos, operándose el servicio 112 con las redes corporativas habilitadas al efecto por la Xunta.

Así las cosas, no es dable sostener que en aquel ámbito de contratación de servicios se haya atribuido a la Consellería o a la Xunta de Galicia la responsabilidad exclusiva o principal en la organización del servicio sin puesta en juego de la organización empresarial por parte de la contratista. Lo que ocurre es que en el marco de la contratación administrativa, la Administración conserva las prerrogativas necesarias justificadas por la prevalencia del interés público al que se destina el objeto del contrato, alterándose la igualdad de las partes, de manera que una de ellas, la Administración, asume cierta situación de primacía en el contorno de la relación contractual; prerrogativas que incluyen la facultad de dictar instrucciones para el contratista, la facultad de inspección y la potestad sancionadora: así, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas otorga a la Administración los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate, partiendo de que la titularidad del servicio público gestionado mediante contrato es suya, al igual que la responsabilidad última por la buena marcha del servicio, pudiendo llegar a intervenirlo. Sirva de ejemplo lo dispuesto en la Ley General de Sanidad sobre los conciertos sanitarios (en el presente litigio estamos tratando de un servicio de Protección Civil): homologación previa de los centros sanitarios de acuerdo con el protocolo

definido por la Administración, abono de una cantidad alzada que se fija atendiendo a módulos de costes previamente establecidos por la Administración, inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos, e incluso fiscalización de incompatibilidades relativas a los propietarios y trabajadores del centro concertado y de sus servicios complementarios. En definitiva y por lo expuesto.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la Unión General de Trabajadores (U.G.T.) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago, de fecha 28 de septiembre de 2000, en autos seguidos a instancia del sindicato recurrente frente a la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, la empresa "S.I.T., S.A.", Comisiones Obreras (CC.OO.), Convergencia Intersindical Galega (C.I.G.) y la C.E.G., confirmando la sentencia recurrida.

3136 Recurso nº 268/01

S.S. EXTINCIÓN DE SUCEIVOS CONTRATOS TEMPORAIS CON CADANSEUS RECIBOS DE LIQUIDACIÓN. INEXISTENCIA DE SOLUCIÓN DE CONTINUIDADE ENTRE CONTRATOS. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE. FRAUDE DE LEI NA CONTRATACIÓN TEMPORAL. DURACIÓN DA RELACIÓN LABORAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, veintidós de febrero de dos mil uno.

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. 268/01 interpuesto por don J.M.L.L. y "C.F." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.L.L. en reclamación de despido siendo demandado "C.F." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 557/00 sentencia con fecha veintiuno de septiembre 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 actor, don J.M.L.L., cuyos datos personales constan en autos, vino prestando sus servicios para la empresa "C.F.", dedicada a la actividad de Sociedad Recreativa, con las siguientes circunstancias laborales: antigüedad 1 de octubre de 1999, categoría profesional portero, salario mensual 117.500 pesetas, incluida la prorata de pagas extras./ El actor no ostenta ni ostentó la representación de los trabajadores./ SEGUNDO.- El actor había celebrado varios contratos de trabajo con la demandada en fecha: 15 de junio de 1996 contrato para obra o servicio determinado para cubrir el puesto de monitor y cuidador de gimnasio durante la temporada de verano, hasta el 30 de septiembre de 1996: El 1 de octubre de 1996 contrato de duración determinada por acumulación de tareas, como cuidador aparatos de gimnasio hasta 31 de diciembre de 1996, prorrogado en 2 ocasiones hasta 30 de septiembre de 1997. En fecha 1 de octubre de 1997, nuevo contrato por obra o servicio determinado como monitor de gimnasio para la temporada de invierno hasta el 30 de junio de 1998. El 1 de julio de 1998 contrato de obra o servicio determinado como monitor de gimnasio para la temporada de verano hasta 30 de septiembre de 1998. El 1 de octubre de 1998 contrato para obra o servicio determinado como cuidador y encargado de gimnasio hasta el 30 de junio de 1999. En fecha 1 de julio de 1999 contrato para obra o servicio determinado como portero en temporada de verano hasta 30 de septiembre de 1999. El 1 de octubre de 1999 contrato de duración determinada eventual por acumulación de tareas hasta el 31 de diciembre de 1999 que se prorroga por 6 meses más hasta 30 de junio de 2000./ TERCERO.- Con fecha 9 de junio de 2000 la empresa demandada dirige un escrito al actor del siguiente tenor literal: "Muy Sr. Nuestro:- Le informamos que su contrato de trabajo finaliza el próximo día: 30 de junio de 2000, quedando así rescindida su relación laboral

con esta empresa.- Estará a su disposición la liquidación y finiquito a la fecha de finalización del contrato de trabajo.- Sirva la presente como preaviso, rogando firme el recibí para constancia". Así como telegrama de fecha 29 de junio del siguiente tenor literal "por la presente le comunicamos que dado que la vigencia de su contrato de fecha 01.10.1999 finaliza el próximo día 30.06.2000 se le comunica que a partir del citado día 30.06.2000 queda extinguida la relación laboral que le unía con esta empresa por finalización de contrato y tiene a su disposición en las oficinas del club la nomina del mes de junio así como la liquidación correspondiente.- El "C.F.L."/ CUARTO.- Se presentó papeleta de conciliación el 11 de julio de 2000, celebrándose el preceptivo acto el 24 de julio de 2000 con el resultado de sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que, estimando la demanda presentada por don J.M.L.L., contra la Empresa "C.F.", declaro que el cese del actor, producido el treinta de junio de dos mil, constituye un despido improcedente, y en consecuencia condeno a la empresa demandada, a que en el plazo de cinco días opte entre la readmisión del actor en las mismas condiciones que regían antes del despido o una indemnización de 45 días de salario por año de servicios equivalente a ciento treinta y una mil setecientos nueve pesetas (131.709 pesetas); en todo caso deberá abonar al actor los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia, que hasta la presente resolución se elevan a trescientas veinticinco mil ciento once pesetas (325.111 pesetas); de no optar entre readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que declaró el cese del actor como constitutivo de despido improcedente, se alzan ambas partes solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus postulados respectivos, para lo cual instan la revisión

del relato fáctico e invocan infracciones normativas; comenzando por el recurso del actor, primero en el tiempo, al amparo del art. 191.b) LPL solicita que el ordinal primero reciba la siguiente modificación: "...antigüedad: 15 de junio de 1996, categoría profesional: monitor/cuidador de gimnasio...", (manteniéndose en el resto dicho ordinal); cita en apoyo de su tesis los documentos obrantes a los folios, 152, 153, 164 a 167, 187, 200, 207, 223, 228, 231 y siguientes. No procede la modificación que se pretende por cuanto, tal modificación es una valoración que depende del valor jurídico que se de a la relación que ha vinculado a las partes y que habrá que extraer del análisis del total material probatorio, por lo que, razonando el Juzgador de instancia que la antigüedad y categoría que obran en dicho ordinal es la del último contrato, y recogiendo en el ordinal segundo la cadena contractual que vinculó a las partes, el relato fáctico en tal aspecto aparece completo, con lo que la modificación que se postula es innecesaria.

Por la parte demandada, también se insta la revisión fáctica y con igual amparo procesal al objeto de que en el ordinal segundo se adicione un párrafo cuyo contenido propone: "El actor percibió del "C.F.L." todas las liquidaciones correspondientes a los contratos suscritos, referidos en el párrafo anterior, excepto la correspondiente al último de ellos de fecha 01.10.99; firmando los finiquitos correspondientes a la finalización de cada uno de los contratos (folio 46 a 57) y percibió las sumas que figuraban en ellos". Cita en apoyo de la propuesta los documentos obrantes a los folios citados, así como el acta de juicio que recoge la prueba de confesión del actor. Procede la adición postulada por cuanto así resulta de los documentos que se citan, que gozan de fiabilidad suficiente a dicho fin.

SEGUNDO.- En sede jurídica, comenzando por el recurso de la parte demandada – por cuanto su acogimiento haría innecesario el análisis del recurso del actor - con amparo en el art. 191.c) LPL, denuncia como infringidos los art. 15.1.b), 15.3, 49.1.c), 54, 55 y 56 TRLET, así como el art. 28 del Convenio de Hostelería de Lugo. Se argumenta por la sociedad recurrente que, dada la existencia de finiquitos aceptados por el actor a la finalización de cada contrato temporal que unió a las partes, sólo cabe analizar ahora el último contrato celebrado entre las partes y si el cese del actor, por dicho vínculo temporal, constituye extinción contractual por transcurso del tiempo

po convenido -lo que sostiene el recurrente-, o despido como sostiene la resolución de instancia, y dado que el convenio que vincula a las partes permite en el contrato celebrado una duración máxima de doce meses dentro del periodo de dieciocho, tal contrato es plenamente válido y eficaz y su extinción no constituye despido. Para la solución del litigio se ha de partir de los siguientes extremos: a) que la vinculación entre las partes se inicia el 15.06.96; b) que cualquiera que haya sido la modalidad contractual utilizada, no ha existido ruptura en la prestación de servicios, de modo que, finalizado un contrato al día siguiente se continuaba la relación con otra contratación; c) que se han firmado los finiquitos, que se señalan, al final de cada periodo contractual salvo el último que da lugar al presente litigio; d) que la categoría del actor fue reiteradamente la de "monitor, cuidador de aparatos de gimnasio", salvo los dos últimos contratos que se señaló la categoría de "portero", no obstante realizó tareas: "de cuidado de gimnasio y reparación de aparatos, monitor..." (fundamento quinto, con claro valor de hecho probado).

Con el señalado sustento fáctico ha de aplicarse al presente supuesto la doctrina contenida en STS de 20.02.1997, que recoge la precedente contenida en STS de 1/9 y 3/11 de 1993, 25.03.97, 05.05.97 y 29.05.97, según la cual y en relación con los contratos de trabajo sucesivos de una serie contractual, el criterio ha seguir se sustenta en los siguientes postulados: 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 y control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad; 3) en aplicación de la precedente regla el control de legalidad se ha de atener exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido y 4) no obstante lo anterior 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 acredita una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo se pone de manifiesto la unidad esencial del vínculo laboral habido durante el período de tiempo en que se han sucedido

los contratos temporales, dando preferencia a la realidad o efectividad de la relación laboral sobre la cobertura formal de los contratos; habiendo especificado la primera de las resoluciones citadas que "siempre que en las series de contratos temporales masivos, que responden a una misma relación laboral, cuando cualquiera de ellos carece de causa o resulta inválido por contravenir las disposiciones impuestas en su regulación propia con carácter necesario la relación laboral deviene en indefinida, cualquiera que sea el contrato temporal de los celebrados, las novaciones aparentes de los contratos temporales posteriores al inválido, carecen de valor para transformar en temporal una relación indefinida ya constituida como tal entre las partes" y la STS de 3 noviembre 1993 estableció que: "el objeto del litigio no puede quedar limitado al examen de la validez del último contrato, como si hubiera sido el único suscrito, sino que por el contrario ha de examinarse la secuencia total de los sucesivos contratos partiendo del inicialmente suscrito para comprobar si reúnen los requisitos iniciales de validez". Pues tratándose de una sola relación laboral continua, si ésta, en cualquier momento, adquirió el carácter de indefinida, no pierde esta condición por la celebración de nuevos contratos temporales, por ser irrenunciable este derecho al contrato laboral indefinido" afirmando en STS de 10.05.94 que "una breve interrupción, no debe servir para convalidar una terminación carente de causa ni para desvirtuar el carácter indefinido que había alcanzado la relación laboral así mantenida", por lo que aclara el pronunciamiento contenido en la STS de 24.01.96.

La precitada doctrina aplicada al presente supuesto implica la desestimación del recurso planteado por la recurrente, por cuanto la contratación temporal del actor carece de sustento alguno pues se trata de ocupar un puesto de trabajo preciso de forma habitual y ordinaria en la empresa, que no se corresponde con ninguna actividad "concreta y determinada, con sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa" (art. 15.1.a) LET), como se reconoce paladinamente en el contrato de 01.10.96 donde afirma "no disponer de personal en la plantilla para cubrir el puesto indicado", siendo así que dicho puesto aparece necesario como se deduce de la extensión y perdurabilidad de la contratación; por otra parte tampoco se trata de que exista una acumulación de tareas, en temporada alta o por cualquier otra circunstancia pues la

actividad del actor es precisa, con igual intensidad a lo largo de todo el año, no sólo en temporada de verano (primer contrato), o invierno (contrato de octubre de 1997), pues el trabajo se prestó de forma continua. Por último señalar que en todo caso el contrato celebrado el 01.10.1996 lo fue bajo el amparo del RD 2.546/94, por acumulación de tareas, sin especificar con claridad y precisión en que consistía dicha acumulación, y, a mayores, fue prorrogado dos veces (en enero 97 y en abril 97) alcanzando una duración total de un año, con lo que excedió en su duración el plazo máximo de seis meses, previsto en el art. 3.2 del RD 2.546/94, con lo que se habría convertido en indefinida dicha vinculación laboral y por tanto los siguientes contratos temporales no pueden modificar dicha calificación, como indica la Jurisprudencia señalada.

Por su parte la existencia de documentos de finiquito, tal y como ya tiene sostenido la Sala en la solución a los recursos R. 5.241-2000 y R. 5.879-2000, siguiendo doctrina reiterada de nuestro mas Alto Tribunal, entre otras, STS de 28.02.2000 y 19.06.90 "la firma de un finiquito en el que se alega causa inapropiada para la extinción del vínculo laboral ha de entenderse que manifiesta negocio jurídico con causa torpe, lo que ha de determinar su carencia de eficacia, impidiendo que pueda ser considerado como manifestación de mutuo disenso, esto es, firmado dicho finiquito como liquidación de un contrato temporal que se extingue por vencimiento del plazo pactado y declarado que tal contrato era indefinido, dicho finiquito solo alcanza el valor de liberador de las cantidades que se declaran percibidas por su firmante sin ninguna otra trascendencia relativa a la extinción del vínculo contractual, en similar sentido STS de 29 de marzo de 1993, 19 de junio de 1990, 6 de julio de 1990 establecen que "carece de eficacia el recibo de saldo y finiquito que se suscribe después de que la empresa comunicara al trabajador su cese por terminación del contrato temporal, cuando dicho contrato se había celebrado en fraude de ley, encubriendo una relación laboral de carácter indefinido"; en consecuencia, en nada altera la precedente conclusión.

TERCERO.- En sede jurídica el actor denuncia, con amparo en el art. 191.c) LPL, infracción de lo dispuesto en el art. 15.1.a) y b) y 15.3 en relación con el art. 56, todos de LET, y STS de 30.03.99 argumentándose que el

tiempo de servicios a tener en cuenta para fijar la indemnización correspondiente por el despido improcedente, declarado, ha de ser el total de la vigencia de la relación laboral, por cuanto no ha existido interrupción alguna entre los sucesivos contratos temporales, concluyendo que debe tomarse como fecha inicial de computo la del primer contrato, esto es, 15.06.96 y fijar la indemnización en atención a toda la vigencia de dicha relación. Conforme a lo razonado en el precedente, sin necesidad de mayor argumentación, prospera el motivo por lo que la indemnización que corresponde al actor ha de ser calculada tomando en cuenta la total duración del contrato.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 202 LPL al desestimarse el recurso de la empresa procede decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir y dése a las consignaciones efectuadas el destino legal. Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 233 LPL, procede imponer las costas del presente recurso a la empleadora recurrente, condenándole al abono de 25.000 ptas. en concepto de honorarios de letrado de la parte actora impugnante del recurso. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de Suplicación formulado por el demandado "C.F.", contra la sentencia dictada el 21.09.2000 por el Juzgado de lo Social Nº2 de Lugo en autos Nº 557-2000, sobre despido, seguidos a instancias de J.M.L.L. contra la recurrente; y acogiendo el recurso del actor contra la citada resolución, manteniendo el pronunciamiento de improcedencia del despido de que fue objeto, condenamos a "C.F." a que en término de cinco días, desde la notificación de esta resolución opte entre readmitir al actor en iguales condiciones que regían antes del despido o indemnizarle en la suma de "setecientas cuatro mil novecientas noventa y nueve pesetas" (704.999 ptas.), mas los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia (que declaró la improcedencia de la decisión empresarial) o si se modifica la opción en su día ejercitada por la empresa, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, con los demás efectos legales y reglamentarios inherentes.

3137 Recurso nº 4.891/97

S.S. PENSIÓN DE XUBILACIÓN NO RÉXIME ESPECIAL DO MAR. APLICACIÓN DOS REGULAMENTOS COMUNITARIOS. CÁLCULO DE BASE REGULADORA SOBRE BASES DE COTIZACIÓN REAIS. APLICACIÓN DOS COEFICIENTES REDUCTORES POLA IDADE.

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

A Coruña, a veintitrés de febrero de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.891/97, interpuesto por don F.L.F.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.L.F.L. en reclamación de jubilación, siendo demandado el Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 939/96 sentencia con fecha 8 de septiembre de 1997, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor, nacido el día 28 de enero de 1941, solicitó con fecha 16 de febrero de 1996, pensión de jubilación, del Régimen Especial del Mar.- SEGUNDO.- Le fue concedida por Resolución de 8 de octubre de 1996, en la que se estima en parte la reclamación previa en su momento interpuesta por el actor, contra la concesión inicial con el porcentaje de pensión del 65,58% de una base reguladora de 236.605 ptas., siendo a cargo de la Seguridad Social española el abono de la totalidad de la pensión.- TERCERO.- La pensión se calcula de la forma siguiente:

Base reguladora 236.605 ptas.
Porcentaje por cotización 100%
Coeficiente reductor 34,42
Porcentaje aplicado 65,58%
Pensión inicial 155.156 ptas.

CUARTO.- Los datos en cuenta para el cálculo a la vida laboral del trabajador son los siguientes: Servicios prestados en buques del 0,40 acreditada 3.367 días, que equivalen a 9 años y 82 días, equivalentes a 9 años y una bonificación de 3,6 años.- Servicios prestados en buques del 0,35 reúne 1.465 días (1.382 más los 82 acumulados del coeficiente superior), lo que supone cuatro años y cinco días, equivalentes a cuatro años y una bonificación de 1,4 años.- La bonificación global asciende a 5 años.- En relación al cálculo del porcentaje de la pensión, teniendo en cuenta la edad del actor en la fecha de la solicitud, 55,8 años, sumada a esta la bonificación anterior señalada la edad teórica es de 60,8 años, faltando para los 65 años 4,92 años, que multiplicados por 7 centésimas supone una reducción del 34,42%. Restado del máximo del 100% queda un porcentaje por edad del 65,58%, que multiplicado por 36 años de cotización, fija un porcentaje final de la pensión del 65,58%- QUINTO.- Cotizó a la Seguridad Social española un total de 8.796 días computables, correspondientes 113 al Régimen General 1.373 al REM y 7.310 de Convenios Especiales".- SEXTO.- Se agotó la vía previa en la forma reglamentaria".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda formulada por don F.L.F.L. absuelvo de la misma a las demandadas Instituto Social de la Marina y Tesorería General de la Seguridad Social".

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 desestimó la demanda postulatoria de reconocimiento de superior base reguladora y porcentaje de la pensión de jubilación reconocida con cargo al Régimen Especial del Mar, argumentando el juez "a quo" que al haberse otor-

gado la prestación en función exclusiva de las cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social española –por ser suficientes– no ha lugar a tomar en cuenta las cotizaciones extranjeras; fallo recurrido a través de una inicial revisión fáctica (precedida de un motivo de nulidad por insuficiente motivación de la sentencia), atinente a los ordinales tercero, cuarto y quinto del relato histórico, y en denuncia de infracción de los convenios de la OIT nº 70 y 165, art. 51 del Tratado Constitutivo de la CEE, Reglamentos de la CEE 1.408/71 y 574/72, art. 9 del Convenio Hispano-Italiano de Seguridad Social, art. 10 del Acuerdo Administrativo para su aplicación, art. 2º de la Orden Ministerial de 17.11.83 y art. 1 del Decreto 2.309/70.

SEGUNDO.- Justifica el recurrente la petición de nulidad de la sentencia de instancia en que no expresa “razonamiento alguno de porqué no se han de tener en cuenta las cotizaciones efectuadas a Italia, afirmando meramente, en cuanto al cálculo de la pensión, que el mismo es correcto”. Imputación que no se corresponde con la realidad: en el fundamento de derecho primero se explica que “En relación al cómputo de las cotizaciones efectuadas por el actor en Italia, no pueden ser tomadas en cuenta, por cuanto al reconocerse la prestación en base únicamente a las cotizaciones efectuadas en España, por ser suficientes, sin necesidad de acudir a las efectuadas en otros países comunitarios, de conformidad con lo que al efecto establece el Capítulo 3 y el anexo VI, letra D, referente a España, del Reglamento 1.408/71 de la Comunidad Europea en materia de Seguridad Social”. Cuestión distinta es que tal argumentación sea acertada.

TERCERO.- La naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación determina que, a diferencia de lo que ocurre en el recurso ordinario de Apelación, el “iudex ad quem” no tiene los mismos poderes que el “iudex a quo”, a quien la ley reserva la facultad de conjunta valoración de la prueba.

Pues bien, la revisión de los ordinales tercero, cuarto y quinto del relato de instancia la apoya el recurrente en los “documentos obrantes a los folios 1 a 171 de la prueba de la parte demandada y 12 a 83 de los aportados con la demanda”, esto es, la práctica totalidad de la prueba documental (incluido el expediente administrativo en su integridad), lo que conduce –al no haberse practicado más prueba que la documental– a proponer a la Sala la

revisión de todo el material probatorio, lo que, como vimos, le está vedado.

Además de ello, la redacción alternativa propuesta a los hechos 2º y 3º no consigna datos, sino conceptos y conclusiones predeterminantes: cuantía de la base reguladora, porcentaje aplicable, coeficientes reductores, bonificación global, importe final de la pensión, etc...; siendo así que el juez “a quo” no consignó en ellos los datos o conclusiones debidos, sino los cálculos efectuados por la Gestora (lo que, en sí mismo, es un hecho). Únicamente, en lo concerniente al ordinal quinto, se acepta la adición de 2.254 días de abono por cotizaciones supuestas (al indicar expresamente el recurrente el folio 16).

CUARTO.- El art. 18.2 del Convenio de fecha 30.10.79, publicado el 15.12.83, suscrito entre España e Italia en materia de Seguridad Social (el recurrente cita como infringido el art. 9 del Convenio de S.S. con Italia de 12.08.76) dispone que cuando un trabajador reúna las condiciones prescritas por la legislación de cada una de las partes contratantes para obtener el derecho a las prestaciones (invalidez, vejez y supervivencia), sin que sea necesario recurrir a la totalización de los períodos de seguro, la institución competente de tal parte estará obligada a conceder el importe de la prestación calculada únicamente sobre la base de los períodos de seguro cumplidos al amparo de la legislación que la misma aplica.

Ahora bien, el Reglamento 1.408/71 de la Comunidad europea (que sustituyó a los Convenios sobre S.S. concluidos entre Estados miembros según doctrina de Unificación declarativa de su aplicación inmediata a partir del 01.01.86: Ss. TS de 24.02.92, 30.01.95, 03.03.95 y 10.03.99, entre otras) establece en su art. 46 que cuando se reúnan las condiciones exigidas por la legislación de un Estado miembro para tener derecho a las prestaciones sin que sea preciso recurrir a la totalización de períodos de seguro, la institución competente calculará la cuantía de la prestación: a) por una parte, en virtud únicamente de las disposiciones de la legislación que aplique; b) por otra, calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador hayan sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la

legislación que ésta aplique. El interesado tendrá derecho a percibir la prestación más elevada que resulte.

En suma, con arreglo a la normativa aplicable (Reglamento Comunitario) la entidad gestora española debe hacer el doble cálculo y ofrecer su resultado al solicitante para que éste elija entre el sistema de cómputo exclusivo de cotizaciones españolas o el de totalización de períodos.

No obstante, ha de precisarse que el recurrente no interesa la aplicación de ninguna de las dos posibilidades: pretende una "tercera vía", consistente en que las cotizaciones efectuadas a la S.S. italiana se computen en su valor real, traduciendo liras a pesetas en el período de junio a octubre de 1991 y febrero a abril de 1992 (folios 2 y 3 del escrito de demanda). Y tal pretensión se encuentra explícitamente excluida por la propia normativa invocada: El ANEXO VI, letra D, del Reglamento 1.408/71 impone en tal supuesto el cálculo de la prestación teórica sobre las bases de cotización reales del asegurado efectuadas durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española (regularizadas con arreglo a los aumentos y revalorizaciones pertinentes), lo que en su traducción jurisprudencial significa que la base reguladora de la pensión solicitada por un trabajador migrante se calculará, de acuerdo con el Derecho comunitario europeo, tomando en consideración, exclusivamente, las bases de cotización correspondientes a los (ocho) años inmediatamente anteriores a la interrupción de su cotización a la S.S. española, aplicando a la pensión así calculada los aumentos y revalorizaciones establecidos para los años posteriores y hasta la fecha del hecho causante (S.S. T.S. de 09.03.99, 30.09.99, 20.01.2000 y 30.05.2000).

Además, en tal caso, se impone el prorrateo de la pensión entre ambos países (lo que el recurrente omite o pretende que no se le aplique) y la eventual exclusión de las cotizaciones ficticias por razón de edad en los términos que expresa la sentencia del T.S. de 07.12.99 (Recurso nº 1.202/1999). A lo que habría de sumarse –en términos de perjuicio– lo elevado de las cotizaciones españolas tenidas en cuenta por la Gestora: 354.600 ptas. mensuales en 1996, 342.600 ptas. mensuales en 1995, 330.900 ptas. mensuales en 1994, 319.800 ptas. mensuales en 1993, etc...

QUINTO.- Excluida, pues, la posibilidad de variar el importe de la base reguladora en los términos propuestos por el recurrente, resta por analizar lo concerniente al incremento del porcentaje por el juego de los coeficientes reductores de la edad. El art. 2º de la Orden de 17.11.83, que desarrolla el Decreto de 23.07.70 sobre coeficientes reductores de edad para pensión de vejez en el R.E.M., establece que "El tiempo servido por marinos españoles a bordo de embarcaciones extranjeras abandonadas en países con los que exista Convenio de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar, o en otros países, siempre que en este último caso tengan los interesados suscrito Convenio Especial con el Instituto Social de la Marina, será tenido en cuenta a los efectos de reducción de la edad de jubilación en el R.E.M., si se acredita el mismo de forma suficiente a juicio de la Entidad Gestora". Pues bien, como la pensión fue reconocida en función exclusiva de las cotizaciones españolas y con arreglo a la normativa interna española, es aplicable –por formar parte de ella– el precepto citado (en el mismo sentido se pronunció la sentencia de esta Sala de 15.06.96), y en tal extremo ha de estimarse el recurso, condenando a la Gestora a computar, a los solos efectos de la reducción de la edad de jubilación, todos los períodos de prestación de servicios a bordo de buques abanderados en países de la Unión Europea (cual es Italia) o en países distintos cuando el trabajador haya suscrito Convenio Especial con el ISM; períodos cuya concreción no es dable en esta resolución, por omitirlos la sentencia de instancia y no haber sido incorporados con fortuna al relato fáctico por el recurrente, debiéndose, en todo caso, tener en cuenta que el hecho declarado probado quinto habla de "7.310 días de Convenios Especiales" y que la Gestora puede (y debe) cuantificarlos para aplicarles el correspondiente coeficiente. En definitiva y por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por don F.L.F.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña de fecha 08.09.97 (autos 939/96), revocamos parcialmente la resolución de instancia y declaramos el derecho del recurrente a que le sea computado, a los efectos de reducción de la edad de jubilación, todo el tiempo a que se refiere el art. 2º de la Orden de 17.11.83 (B.O.E. de 23 y 24 de noviembre de 1983), condenando al Instituto Social de la Marina a hacerlo así.

3138 Recurso nº 186/01

S.S. DESPEDIMIENTO DISCIPLINARIO. INEXISTENCIA DOS FEITOS ALEGADOS POLA EMPRESA. NULIDADE POR DISCRIMINACIÓN DERIVADA DUNHA CIRCUNSTANCIA PERSOAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José M. Cabanas Gancedo.

A Coruña, a veintiséis de febrero de dos mil uno.

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. 186/01, interpuesto por (C.E.G.), contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.M.C. en reclamación de despido, siendo demandado (C.E.G.), en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 730/00 sentencia con fecha 13 de noviembre 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.- La actora prestó sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la (C.E.G.), con domicilio en... de esta ciudad, en virtud de un contrato de duración determinada, bajo la modalidad de obra y servicio determinado. Para la prestación de servicios con la categoría de asesora y en jornada de cuarenta horas semanales prestadas de 9 a 14 y de 16,30 a 19,30, y en período comprendido entre el doce de enero de mil novecientos noventa y nueve hasta el fin de contrato, remunerado según el Convenio, teniendo por objeto el contrato colaborar en el desarrollo y seguimiento de los proyectos de la C.E.G, presentada a la iniciativa Pyme de desarrollo industrial a través del Instituto Gallego de Promoción Económica en el ejercicio de 1999.- SEGUNDO.- Que en fecha de quince de

marzo de dos mil, suscribieron contrato de trabajo a tiempo parcial, por una parte Fundación para la formación continua y por otra parte la propia actora, con la categoría Técnico Junior, con la jornada de 19,16 horas semanales, de lunes a viernes. Celebrándose el contrato para atender la acumulación de tareas derivada de la situación actual de baja maternal de la trabajadora técnico junior de E.V.- TERCERO.- El cinco de mayo de dos mil se produce la novación y comunicación de la transformación de contrato de duración determinada a tiempo parcial en contrato de duración determinada a tiempo completo por aumento de la jornada de trabajo, de cuarenta horas semanales, prestadas de lunes a viernes, durante el contrato hasta el treinta y uno de marzo de dos mil uno, teniendo por objeto, el contrato, la realización de las actividades de asesoramiento en materia de autoempleo como personal técnico, correspondiente a la subvención otorgada a C.E.G. por Resolución de la Dirección General de Formación y Colocación de la Consellería de Familia de fecha diecisiete de abril de dos mil, en el marco de la Orden de dieciocho de febrero de dos mil.- En fecha siete de marzo de dos mil, se acuerda, entre las partes, la modificación de la fecha de treinta y uno de marzo de dos mil uno, por no haberse finalizado los trabajos asignados a dicha trabajadora dentro de la obra objeto del contrato.- CUARTO.- En fecha trece de marzo de dos mil se celebró precontrato de trabajo a tiempo completo entre C.E.G y la actora, para cubrir una vacante de maternidad (correspondiente a la trabajadora doña. E.V.C.) en la oficina técnica de la Fundación para la Formación Continua (FORCEM), reduciendo la jornada de trabajo actual de la actora hasta 3 h. y 50 minutos diarios de lunes a viernes, bajo la condición de la conversión en su contrato de trabajo en uno a tiempo completo para el supuesto de cesar la mencionada trabajadora su relación en la citada entidad FORCEM.- En fecha de veintidós de junio se acuerda entre ambas partes la modificación de la fecha de baja al diecinueve de junio de dos mil, por haberse ampliado la realización de actividades de la trabajadora arriba mencionada, en el marzo de la subvención solicitada por esta Confederación al amparo de la Orden de 18 de febrero de 2000 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvención para la realización de actividades de orientación profesional para el empleo y asesoramiento para el autoempleo.- QUINTO.- El planig de turnos de tarde previsto por la C.E.G. para agosto es el siguiente:

AGOSTO	Administrac.	Eurovent.	Cofe
31 julio al 6 agosto	L.		M.
7 al 13 de agosto	L.		M.
14 al 20 de agosto	L./I.		A.
21 al 27 de agosto	I.		A.L.
28 de agosto al 3 septiembre	I.		A.M.

En el mes de agosto el personal de la C.E., que está previsto se vaya de vacaciones es el que sigue:

AGOSTO	PERSONAL DE VACACIONES
Del 31 de julio al 6 de agosto	I. - C. - F.
Del 7 al 13 de agosto	R. - S. - C. - I. - F.
Del 14 al 20 de agosto	R. - S. - M. - R.
Del 21 al 27 de agosto	M. - R. - S. - M. - L. - R.
Del 28 de agosto al 3 de septiembre	S. - R. - M. - M. - L. - R.

SEXTO.- Que la actora percibía un salario mensual de doscientas ochenta mil pesetas (280.000 ptas.), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras.- SÉPTIMO.- En fecha de veintiocho de agosto de dos mil, la C.E.G. en carta notificada por conducto notarial, comunica a la actora: *“Desde el día 10 de los corrientes se ha ausentado Ud. de su puesto de trabajo sin previo aviso ni posterior justificación. Entendiendo que la conducta descrita constituye el incumplimiento contractual grave y culpable previsto en el apartado a) del n° 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, por la presente, que le será comunicada por conducto notarial, le informamos que con efectos de esta misma fecha se procede a su despido”*.- OCTAVO.- La actora contrajo matrimonio civil el día siete de octubre de dos mil con don R.S.S., ex -secretario de la C.E.G.- NOVENO.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior al cese.- DÉCIMO.- Que en fecha de veintiocho de dos mil tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de “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.M.C. contra la “C.E.G.”, debo declarar y declaro la nulidad del despido efectuado, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y que de forma inmediata proceda a readmitirla en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes del despido y a que le abone la cantidad de ochocientos cuarenta mil pesetas (840.000 ptas.) en concepto de salarios dejados de percibir”.

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.- Disconforme la empresa demandada con que, en la sentencia de instancia, se declare la nulidad del despido de la actora -estimó la Sra. Juez “a quo” la nulidad de éste, porque, por una parte, afirma que resultó acreditado que aquélla faltó a su puesto de trabajo los días 14 a 27 de agosto de 2000, porque estaba disfrutando de su derecho de vacaciones, y que estuvo en dicho puesto los días 8, 10 y 11 del mismo mes y año, con lo que no quedaron demostrados los hechos, que se le imputaron en la carta de despido, que se le notificó el 28 de agosto de 2000, relativos a que “desde el día 10 de los corrientes se ha ausentado Ud. de su puesto de trabajo, sin previo aviso ni posterior justificación...”; y, por otra, recoge como probado, que, en las fechas inmediatas a su despido tuvieron lugar, a su vez, comunicaciones, mediante cartas, de fecha 19 y 29 de julio y 4 de agosto de 2000, a don R.S., en ese momento Secretario de la CEG demandada, en las que se le pedía que se abstuviera de acudir a su puesto de trabajo; que posteriormente, se procedió a su despido; que éste y la demandante eran novios; y que, desde el mes de junio, realizaban los preparativos para casarse en octubre, como así sucedió; formula recurso de Suplicación, en primer lugar, por la vía del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, en el hecho probado quinto de aquélla, se suprima el apartado, que afirma “en el mes de agosto, el personal de la CEG, que está previsto se vaya de vacaciones, es el que sigue...”; en segundo, por la misma vía, dirigido a que, en el mismo hecho quinto, se señale que “la actora como mínimo se ausentó de su puesto de trabajo los días 28, 29, 30 y 31 de agosto de 2000”; en tercero, por la del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por no aplicación, del artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores; y, en cuarto, por igual cauce que el anterior, alegando infracción, por no aplicación y por aplicación indebida, respectivamente, del artículo 55.4 y 5 de dicho Estatuto.

TERCERO.- No son viables las revisiones fácticas, que interesa la recurrente, en los dos primeros motivos del recurso, pues, la que se refiere a suprimir la segunda parte del hecho probado quinto, carece del apoyo nece-

sario, toda vez que las consideraciones comparativas, que se efectúan entre los documentos, obrantes a los folios 95 y 32 de los autos, carecen de la fuerza necesaria para, dando preferencia al contenido de éste, rectificar la estimación valorativa probatoria, expuesto por la Sra. Juez “a quo”, con base, fundamentalmente, en el del folio 95; y la que concierne a la adición, que se pretende en el mismo hecho, carece de sentido, pues no lo tiene la circunstancia de que, después de ser despedida la actora por carta, notificada por conducto notarial, el 28 de agosto de 2000, pretenda afirmarse, que no acudió a su puesto de trabajo, este día y los tres siguientes, cuando el despido ya había tenido lugar.

CUARTO.- Igual suerte desestimatoria deben correr los dos motivos de recurso, que se plantean por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, pues, ni puede existir la pretendida infracción, que se denuncia, del artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores –en el que se considera incumplimiento contractual, que da lugar a la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario, las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo-, cuando no resultó acreditado que esas supuestas faltas de asistencia tuvieron lugar; ni cabe aceptar que exista infracción de los apartados 4 y 5 del artículo 55 del citado Estatuto –referidos a que se considerará procedente el despido cuando quede acreditado el incumplimiento alegado; improcedente, en caso contrario o cuando en su forma no se ajuste a lo establecido; y nulo el que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas-, cuando, a la vista, por una parte, de la doctrina jurisprudencial, que existe en relación con la discriminación, en el sentido de que si el trabajador acredita la racionalidad de los indicios de discriminación, que imputa a la conducta de la empresa, es a la demandada a la que corresponde probar la rectitud y legalidad de su conducta..., y que el empresario no se ve sometido, por ello, a la “prueba diabólica” de hechos negativos, sino que debe satisfacer la prueba de la racionalidad de su medida sancionadora, para no quedar de manifiesto el uso desviado de la facultad disciplinaria (así lo señalan, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993, 16 de abril de 1997, etc.); y, por otra, de que, la recurrente

nada acreditó en contra de que no sean ciertas las conclusiones, que se exponen en la sentencia de instancia, acerca de que no resultó probada la realidad de los hechos imputados por la empresa a la actora en la carta de despido, y de que la real causa de éste fue el matrimonio, que preparaba la demandante, con el ex secretario de la Confederación demandada; nada cabe objetar a la Juzgadora de instancia por el hecho de declarar la nulidad del mismo, al tener como móvil una discriminación por razón de una circunstancia personal, que proscriben los artículos 14 de la Constitución, y 4.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores; porque, en definitiva, de los datos, que se aportan en la sentencia, se infiere, tanto que existen indicios racionales de discriminación, por la causa señalada, como que la empresa nada demostró respecto a la racionalidad de su medida sancionadora.

QUINTO.- 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 la C.E.G., contra la sentencia, dictada por la Sra. Magistrado-Juez, Sustituta, de Santiago nº 1, en fecha 13 de noviembre de 2000; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma. Se imponen las costas del recurso a la Confederación demandada, con inclusión de los honorarios del Letrado impugnante, que se fijan en la cantidad de 50.000 pesetas; y se acuerda la pérdida de las cantidades, que consignó para recurrir, a las que se dará el destino legal.

3139 Recurso nº 4.852/2000

S.S. EXECUCIÓN DE SENTENCIA DE CONFLICTO COLECTIVO FRONTE Á XUNTA DE GALICIA. NATUREZA DA PRETENSIÓN RECOÑECIDA. NULIDADE DO CADRO DE QUENDAS. PRONUNCIAMENTO DECLARATIVO INE-EXECUTABLE.

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

A Coruña, a veintiocho de febrero de dos mil uno

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 4.852/2000 interpuesto por la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS contra el auto del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO. - En autos de Conflicto Colectivo tramitados por el Juzgado de lo Social nº 4 de A Coruña bajo el nº 339/97 se dictó sentencia por el Juzgado dicho en 27.08.98 con la siguiente parte dispositiva: “Fallo: Que desestimando la excepción de caducidad alegada y estimando la demanda deducida por doña R.P.S., COMITÉ PROVINCIAL DE LA CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS DE LA XUNTA DE GALICIA, contra la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS DE LA XUNTA DE GALICIA debo declarar y declaro nulo el cuadro de Turnicidad para el año 1997 del personal sanitario, gobernancia y consejería de la “Residencia Asistida da Terceira Idade” de... al infringir los artículo 18.b) y 20.2 del III Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración así como a mantener el disfrute de los días fijados en el cuadro pactado el 17.04.89 en las fechas que solicite cada trabajador afectado, conforme a las necesidades del servicio, y pactando con los interesados el disfrute de los días libres adicionales que se generen como consecuencia del trabajo en domingos y festivos”. Dicha sentencia fue confirmada por otra de este T.S.J. de fecha 10.12.98.

SEGUNDO.- En fecha 24.02.99 se instó la ejecución por la parte actora, lo que motivó que tras los oportunos trámites el Juzgado dictase en 23.05.2000 auto con la siguiente parte dispositiva: “Ha lugar a la ejecución de la sentencia de fecha 27 de agosto de 1998 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y en consecuencia, requiérase a la demandada Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia para que dé las órdenes oportunas a fin de que por la Dirección del Centro Residencia

Asistida Terceira Idade de..., se cumpla con el mandato contenido en el fallo de la sentencia referida y que por tanto, para el disfrute de los días libres adicionales compensatorios del trabajo en domingos y festivos se pacte individualmente con cada uno de los trabajadores según las necesidades de servicio dejando sin efecto el sistema adoptado a partir del año 1997 en tanto en cuanto no se alcance un verdadero acuerdo global con los trabajadores”. Recurrido en reposición por la Consellería de Sanidade e Servicos Sociais-Xunta de Galicia, por nuevo auto de 27.06.2000 se desestimó la reposición confirmando el Auto de 23.05.2000.

TERCERO.- Contra referido Auto interpuso Suplicación la Consellería antes citada, que fue tramitado en forma y que ha sido impugnado por la parte actora como consta en autos.

CUARTO.- Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El recurso interpuesto contra el Auto de 27.06.2000, que confirmó el anterior de 23.05.2000, peticiona su revocación con declaración de “haber sido cumplidas las sentencias de origen o ser de imposible ejecución en los términos solicitados”; y con este objeto, el recurso denuncia al amparo del art. 191.c) L.P.L. la infracción de los art. 235, 239.1 y concordantes de la L.P.L. “así como de la jurisprudencia que los interpreta y aplica”, con cita posterior de diversas SS del TC y del art. 24 C.E y 359 L.E.C.

SEGUNDO.- El Auto dictado por el Juzgado en fecha 23.05.2000, que el posterior de 27.06.2000, objeto de Suplicación, confirma, dispone haber lugar a la ejecución de la sentencia dictada en el proceso por el Juzgado en fecha 27.08.98, confirmada por este T.S.J. mediante sentencia de 10.12.98, y por consiguiente, acuerda requerir a la demandada Consellería de Sanidade-Xunta de Galicia “para que de las órdenes oportunas a fin de que por la Dirección del Centro Residencia Asistida Terceira Idade de..., se cumpla con el mandato contenido en el fallo de la sentencia referida y que por tanto, para el disfrute de los días libres adicionales compensatorios del trabajo en domingos y festivos se pacte individualmente con cada uno de los trabajadores según las necesidades de servicio dejando sin efecto el sistema adoptado a partir del año 1997 en

tanto en cuanto no se alcance un verdadeiro acordo –global con los trabajadores”. La sentencia de ese T.S.J. de 10.12.98 confirmó la dictada por el Juzgado en fecha 27.08.98, cuya parte dispositiva declaraba nulo el cuadro de turnicidad para el año 1997 del personal sanitario, gobernantía y conserjería de la “Residencia Asistida de Terceira Idade” de... al infringir los artículo 18.b) y 20.2 del III Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración así como a mantener el disfrute de los días fijados en el cuadro pactado el 17.04.89 en las fechas que solicite cada trabajador afectado, conforme a las necesidades del servicio, y pactando con los interesados el disfrute de los días libres adicionales que se generen como consecuencia del trabajo en domingos y festivos”.

Es la ejecución de tal pronunciamiento dictado en los presentes Autos de Conflicto Colectivo lo que interesó en su día la parte actora y en virtud de lo cual, el Juzgado dictó las resoluciones motivantes de la suplicación. Por ello, y por los términos de la Suplicación formulada, lo que está en cuestión y resulta obligado resolver es si la sentencia firme dictada es ejecutable y en qué términos, forma y medida puede y debe serlo, o si está ejecutada. Este contexto lleva a la Suplicación en términos del art. 189.2 L.P.L., en el cual se inserta el recurso de reposición que el Auto del Juzgado de 23.05.2000 concedió a pesar de la previsión del artículo 184.3 L.P.L. En cualquier caso, la petición de rechazo de plano que de la Suplicación interpuesta interesa la parte actora en la impugnación del recurso en función del art. 184.3 citado resulta inacogible; a partir de que cabiendo Suplicación frente a la decisión adoptada por el Juzgado en la ejecutoria, ha sido el propio Juzgado de Instancia quien otorgó a la parte reposición frente a su primera resolución y quien en el Auto posterior no admitió la censura que ahora reitera la ejecutante, quien tampoco recurrió este aspecto, de tal modo que las decisiones del Juzgado no pueden privar a la parte de una Suplicación a la que tiene derecho y que siempre actuó al efecto –en tiempo y forma- según le indicó el órgano judicial.

TERCERO.- Al respecto de las cuestiones planteadas en el recurso cabe señalar que las sentencias recaídas en procesos de Conflicto Colectivo, si bien incluso son ejecutivas desde el momento en que se dictan (arts. 158.2 y 164.2 L.P.L.), la ejecución depende de la naturaleza de

la pretensión reconocida, como expresa el propio art. 301 L.P.L. Si bien la ejecución de sentencias en sus propios términos forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.), ello ha de estar en relación con los pronunciamientos del fallo, que es dable, también, que sean susceptibles de cumplimiento directo o permitan en su caso cierta ejecución mediante una actividad adicional para conseguir un título suficiente y oportuno al efecto, si bien dada la naturaleza declarativa y/o cuasinatoria de las sentencias dictadas en procesos de Conflicto Colectivo con repercusión en el plano individual. La STS de 16.03.99 (Ar. 2.994) decía: “Sin duda, las sentencias que ponen fin a los procesos de Conflicto Colectivo son normalmente declarativas pero esto no significa que estén totalmente excluidas de esta clase de procesos las sentencias de condena, puesto que en determinadas ocasiones es posible que en esta modalidad procesal recaiga resolución de carácter condenatorio. Y precisamente cuando las pretensiones esenciales ejercitadas en la litis consisten en que se lleve a cabo..., lógicamente la sentencia que acoja favorablemente tales pretensiones ha de tener un sentido condenatorio. Pero esto no altera la condición colectiva de tales pretensiones ni del conflicto así planteado”.

En suma, ha de estarse al caso concreto para determinar si la sentencia dictada en el proceso de Conflicto Colectivo es susceptible de ejecución y en qué forma y medida, caso de que los efectos de la misma no se agoten en una mera declaración judicial; evidentemente, la solicitud o pretensión de ejecución cabe sea rechazable, sin conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva, con base en que se trata de una sentencia meramente declarativa, en que los mandatos que contenga se agotan en la declaración judicial.

CUARTO.- El pronunciamiento de cuya ejecución aquí se trata, y que se dejó anteriormente transcrito, contiene, primeramente, la declaración de nulidad del cuadro de turnicidad para el año 1997 del personal sanitario, gobernantía y conserjería de la “Residencia asistida da Terceira Idade” de... y condena a estar y pasar por esta declaración; acto seguido, prosiguiendo el pronunciamiento, condena a mantener el disfrute de los días fijados en el cuadro pactado el 17.04.89 “en las fechas que solicite cada trabajador afectado, conforme a las necesidades del servicio, y pactando con los interesados el disfrute de los días libres adicionales que se generen como consecuencia del trabajo en domingos y festivos”.

Esto se traduce, en términos de ejecución del pronunciamiento firme dictado, en lo siguiente: A) La consecuencia o la concreción de lo ejecutable de la declaración de nulidad del cuadro de turnicidad antedicho se agota en que la demandada lo retire como tal. Y tomando en consideración a partir de ello que el anulado se trata del cuadro “para el año 1997” y que lo fue según la sentencia que así lo acordó por no haber sido negociado ni pactado sino implantado unilateralmente (Fundamento Jurídico 4º apartado 3 de la S.T.S.J. de 10.12.98: “...Y es que lo hizo unilateralmente, ya que conforme a lo probado, la demandada, la dirección del Centro, no negoció ni pactó aquel cuadro de turnicidad. No constituye ni negociación ni pacto o acuerdo al efecto la mera notificación del cuadro...”); lo cual conlleva el situarse fuera del pronunciamiento si se afecta a cuadro distinto implantado por la demandada y por vías diferentes a las juzgadas, a dilucidar en su caso en otro proceso. En el recurso se alega que con posterioridad a 1998 mantuvo al efecto “numerosas negociaciones con los representantes de los trabajadores, sin lograr acuerdo alguno. Extremo al que entendemos le obligaban las sentencias...”; así como que “las sentencias objeto de ejecución se refieren al calendario de 1998 y no pueden prejudicar o ejecutar a futuro”. Y B) En lo restante, el pronunciamiento dictado no pasa de establecer el marco genérico para el disfrute de los días fijados en el cuadro pactado el 17.04.89 según solicitud y conforme a las necesidades del servicio y de los días libres adicionales que se generen como consecuencia del trabajo en domingos y festivos; a cuyos efectos basta o cuyos efectos se agotan con el pronunciamiento judicial de sentencia y que no es dable o útil reiterar a través de un Auto dando lugar a la ejecución. En el pronunciamiento dictado no se establece o fijan días de disfrute sino un sistema al efecto de condicionantes legales en abstracto (solicitud del trabajador afectado -necesidades del servicio- pacto con los interesados...) cuya eficacia significa –y en ello se agota– el marco mismo que establece para las reclamaciones y acciones individuales posibles de los afectados (lo que, en esencia, se argumenta en el recurso, pues alude a una necesaria remisión a “la acción individual de cada trabajador que habiendo solicitado un día concreto de compensación de descanso y no le fuere concedido... Pero tal ejecución requiere otro pleito y sentencia”).

Por consiguiente, el auto recurrido no resulta mantenible en todo aquello en que

contraviene lo expuesto (en concreto, cuando se limita a reiterar la declaración del fallo de la sentencia; menos todavía cuando alude a un “acuerdo global...”) y solo procede, con revocación del mismo, declarar ejecutable la sentencia en los términos dichos, a los que ha de sujetarse el procedimiento de ejecución a seguir en todo caso.

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por el letrado de la Xunta de Galicia, en la representación que ostenta, contra el auto de fecha 27.06.2000 dictado por el Juzgado de lo social nº 4 de A Coruña en autos 339/97, confirmatorio del dictado en fecha 23.05.2000, revocamos tales resoluciones y declaramos ejecutable la sentencia firme dictada en la forma establecida en el Fundamento Jurídico 4º de esta propia resolución, a cuyos términos en todo caso ha de acomodarse la pretensión ejecutiva formulada.

3140 Recurso nº 497/01

S.S. DESPEDIMIENTO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL E ABUSO DE CONFIANZA. FEITOS SUFICIENTEMENTE GRAVES, REALIZADOS POLO TRABALLADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Elías López Paz

A Coruña, dos de marzo de dos mil uno.

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. 497/01 interpuesto por AYUNTAMIENTO DE MIÑO contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.F.V. en recla-

mación de DESPIDO siendo demandado AYUNTAMIENTO DE MIÑO; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 746/00 sentencia con fecha catorce de noviembre 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 actor presta servicios para la demandada AYUNTAMIENTO DE MIÑO desde el 16 de junio de 2000, con la categoría de Auxiliar de Policía, percibiendo un salario mensual prorrateado de 138.687 pts./ Segundo.- Con fecha 28 de agosto es despedido mediante comunicación escrita en la que se le imputa haber llamado por teléfono al Destacamento de Seguridad de... diciendo “llamo en nombre de GARA, mañana va a haber un atentado contra Fraga”./ Tercero.- En el juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 1 de Betanzos se sigue procedimiento abreviado 70/2000 por presunto delito de desórdenes públicos contra el actor, siendo la última actuación conocida el Auto de dicho juzgado de diez de octubre de 2000 acordando la tramitación del procedimiento abreviado correspondiente y dando traslado al Ministerio Fiscal y partes acusadores en su caso para formular escrito de acusación o sobreseimiento./ Cuarto.- En dicho procedimiento obra la declaración del actor ante la Policía Judicial, ratificada posteriormente en el juzgado, en la que señala que no se acuerda si hizo o no la llamada dado el estado de embriaguez en que se encontraba, y que si lo hizo, fue en plan anecdótico para gastar una broma./ Quinto.- En acto de juicio ante este juzgado de lo social no se propone prueba alguna distinta al procedimiento abreviado señalado./ Sexto.- No se acredita la autoría del actor en los hechos que se le imputan”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

“FALLO: Que estimando la demanda formulada por don R.F.V., declaro la improcedencia de su despido y condeno al AYUNTAMIENTO DE MIÑO 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 41.004 pesetas, 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 355.368 pesetas”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara improcedente el despido del actor, condenando al Ayuntamiento de Miño a soportar las consecuencias legales inherentes a dicha declaración. Frente a este pronunciamiento, interpone recurso la representación procesal del Ayuntamiento condenado, formulando dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de hechos probados y el segundo al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, el Ente recurrente solicita la revisión del hecho probado segundo de la Sentencia, para que se añada al texto siguiente: “Tal imputación se base en el hecho de que sobre las 6,05 horas del día 18 de agosto de 2000, se realizó una llamada desde el teléfono nº... de la casa en la que reside el demandado, al teléfono nº... de la casa sita en... del actual Presidente de la Xunta de Galicia, llamada que consta acreditado la hizo el demandante Sr. F.V.”.

Asimismo, y bajo el mismo amparo procesal, se interesa que se suprima de la sentencia impugnada el hecho probado sexto en el que se recoge: “No se acredita la autoría del actor en los hechos que se le imputan”. El motivo se acoge parcialmente por la Sala, admitiéndose la adición interesada con la excepción del último inciso referente a la autoría de la llamada; y ello es así, por cuanto en el documento en que se apoya la revisión, oficio de la empresa Telefónica S.A. obrante al folio 33 de los autos, consta, en efecto, que el día 18 de agosto, entre las 5 y las 7 horas, se realizó una llamada al teléfono del Destacamento de Seguridad del domicilio del Presidente de la Xunta de Galicia, y consta igualmente que dicha llamada procedía de un teléfono instalado en el domicilio del demandante, pero ninguna referencia contiene respecto del autor de la llamada.

Y en cuanto a la supresión del hecho probado sexto, la misma se acepta, es cierto que la declaración en el proceso penal no es medio idóneo a efectos revisores en el proceso laboral, ya que las únicas probanzas efica-

ces a tal fin, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 919, letra b) y 194.3, ambos de la Ley Procesal Laboral, son las documentales y periciales; y la declaración del actor en el proceso penal no constituye prueba documental a estos efectos, sin embargo, se acepta dicha supresión por estar en contradicción el citado hecho probado sexto con el cuarto.

TERCERO.- En sede jurídica sustantiva y por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, la parte demandada-recurrente denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores. En el contenido de este segundo motivo de recurso, se efectúa por dicha parte recurrente un reproche a la sentencia impugnada, sobre la base de la distinción entre la jurisdicción laboral y su independencia con la penal analizando las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio y 21 de octubre de 1998 y la del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 1992, todas ellas mencionadas por el Magistrado de instancia en la Fundamentación jurídica de su Sentencia.

Del relato fáctico de la resolución recurrida, con la adición aceptada por la Sala por vía de revisión, son de destacar, a efectos de resolver la cuestión litigiosa, los siguientes datos: A) El demandante ha venido prestando servicios para el demandado Ayuntamiento de Miño desde el 16 de junio de 2000, con la categoría de Auxiliar de Policía, percibiendo el Salario correspondiente. B) Con fecha 28 de agosto siguiente, es despedido mediante comunicación escrita en lo que se le imputa haber llamado por teléfono al Destacamento de Seguridad de..., residencia del Excmo. Sr. Presidente de la Xunta de Galicia, diciendo: "Llamo en nombre de GARA, mañana va a haber un atentado contra Fraga". C) Dicha llamada se efectuó desde la casa en la que reside el demandante sobre las 6 horas; y D) Por estos hechos se sigue Procedimiento Penal Abreviado 70/2000 en el Juzgado de Instrucción núm. uno de Betanzos, por un presunto delito de "Desórdenes Públicos".

Partiendo de las circunstancias fácticas que, sustancialmente, se dejan expuestas, debe determinarse si la decisión del Ayuntamiento de cesar al actor es constitutiva de un incumplimiento grave y culpable en el ámbito laboral justificativo del cese, como sostiene el Órgano denunciante; o si, por el contrario, dicha decisión no se acomoda al Ordenamiento jurídico laboral, y el cese debe declararse improcedente, como sostiene el Magistrado de instancia en la Sentencia que se recurre.

El artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, así como el artículo 5.a) del propio texto estatutario, disponen que el trabajador tiene como deber básico "cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia". Y existe una consolidada doctrina jurisprudencial dictada en interpretación de dichos preceptos (SSTS 21-julio-1988 Ar. 6.221 y 4-febrero-1991, Ar. 794) en la que se señala que la buena fe contractual a que se refiere el artículo 54.2.d) del E.T. es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el artículo 5.a) en relación con el artículo 20.2, ambos del referido Estatuto, imponen al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que, "constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1.258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza". Asimismo, este Tribunal tiene declarado (Sentencia 11-junio-1992, A.S. 3.046) que basta para que se entienda cometida la falta del artículo 54.2.d) E.T. que se quebranten "los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda prestación de servicios, que han de observarse con celo, probidad y buena fe para no defraudar los intereses de la empresa ni la confianza en el trabajador depositada".

Y en el presente caso, partiendo de los hechos declarados probados, ha de considerarse que la conducta del trabajador demandante es grave y culpable en los términos exigidos por el artículo 54.1 del E.T., por lo que debe reputarse como constitutiva de la sanción de despido, puesto que con su proceder se ha evidenciado una realidad claramente constitutiva de deslealtad para con el Ayuntamiento que le contrató, y de quebrantamiento de la buena fe, que necesariamente ha de hallarse presente en las relaciones empresa-trabajador; de modo que si falla ese deber mutuo y recíproco, la convivencia humana y profesional se haría absolutamente inviable; y así, quebrantada la buena fe y rota la lealtad, la relación laboral debe extinguirse. El juzgador de instancia admite en su sentencia la gravedad de los hechos, sin embargo declaró improcedente el cese del trabajador sobre la base de no quedar perfectamente probada la autoría de la llamada. Pero de los hechos declarados probados, con la modifica-

ción aceptada por vía de revisión, resultan datos suficientes que demuestran la autoría de la infracción laboral, teniendo en cuenta los distintos ámbitos en que se mueven la jurisdicción penal y la laboral. Y es que en esta última jurisdicción no es de aplicación la presunción de inocencia proclamada constitucionalmente, sino que tal como tiene declarado el Tribunal constitucional, la presunción de inocencia es de aplicación exclusiva en el ámbito del proceso penal, porque la jurisdicción penal y laboral operan sobre culpas distintas.

En el caso enjuiciado, consta acreditado, según información facilitada por la empresa Telefónica, que entre las 5 y las 7 horas, la llamada que se recibió en el Destacamento de Seguridad de la Residencia del Presidente de la Xunta de Galicia, procedía del teléfono del domicilio del actor; y según se declara probado en el Hecho cuarto de la Sentencia, el actor -que había llegado a su domicilio sobre las 6,05 horas- no se acuerda si hizo la llamada dado el estado de embriaguez, pero si se hizo esa llamada fue en plan anecdótico y para gastar una broma; pues bien, con independencia de la trascendencia que esos hechos puedan tener en el ámbito de la jurisdicción penal; lo declarado probado en el ámbito de esta jurisdicción laboral, es suficientemente demostrativo de una conducta grave y culpable para merecer la sanción de despido, pues entre las obligaciones propias asumidas por el actor al ser contratado como Auxiliar de Policía Local, están las de velar y preservar el orden público, orden que el mismo altera y amenaza con su conducta, faltando al deber de rectitud y lealtad que el Ayuntamiento, había depositado en él cuando lo contrató, perjudicando su imagen.

En resumen, la Sala entiende que la conducta imputada al trabajador demandante y declarada probada, supone una clara transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, que ha de considerarse justa causa de despido, prevista en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, pues el actor quebrantó la buena fe y lealtad debidas, cuando efectuó la llamada telefónica diciendo hablar en nombre de "GARA", anunciando un atentado contra el Presidente de la Xunta de Galicia; conducta que reviste especial gravedad teniendo en cuenta la profesión del actor contratado como "Policía Local", por lo que la decisión del Ayuntamiento recurrente no merece el calificativo de despido improcedente, como entendió el Magistrado de instancia, sino que a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.4 del E.T. y 108.1 de la Ley de Procedi-

miento Laboral, el despido debe calificarse de procedente, dada la gravedad y culpabilidad de la conducta del actor, y de conformidad con lo establecido en el artículo 201.1 de la L.P.L. procede la devolución al Ayuntamiento recurrente de las cantidades consignadas para recurrir. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada del Ayuntamiento de Miño, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. TRES de los de A Coruña, de fecha catorce de noviembre de dos mil; recaída en proceso sobre despido promovido por el actor frente al Ayuntamiento recurrente, y con revocación de la misma, y desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda, debemos declarar y declaramos procedente el cese del trabajador decretado por el Ayuntamiento de Miño; igualmente se dispone la devolución de todas las cantidades consignadas por el recurrente, una vez firme la presente Sentencia.

3141 Recurso nº 5.274/00

S.S. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN. MATERIA DE SELECCIÓN DE PERSONAL ESTATUTARIO Ó SERVICIO DAS INSTITUCIÓNS SANITARIAS DA SEGURIDADE SOCIAL. NON PROCEDE: INCIDENCIA POSTERIOR Ó NOMEAMENTO. LEXISLACIÓN APLICABLE.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Pilar Yebra-Pimentel Vilar

A Coruña, a cinco de marzo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.274/00 interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE 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 doña B.B.M. en reclamación de RECLAMACIÓN DE DERECHO siendo demandado el SERGAS, doña A.L.O. y don A.D.C. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 272/00 sentencia con fecha veintiséis de junio 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 B.B.M. tiene la titulación profesional de Ayudante Técnico Sanitario (A.T.S.) y figura inscrita en las listas de contratación del SERGAS para el área sanitaria de O Barco de Valdeorras, figurando en las mismas con el nº 71./ SEGUNDO.- Desde el 16 de agosto de 1997, la A.T.S., doña A.L.O. venía prestando servicios en el Hospital Comarcal de Valdeorras, en un contrato de sustitución de la titular de la plaza doña G.C.A., al pasar ésta a una situación de servicios especiales por ocupar un cargo de libre designación./ TERCERO.- Doña A.L.O. tramitó durante este año, la concesión de un permiso sin sueldo ante la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Galego de Saúde de Santiago, permiso sin sueldo que le fue concedido por un periodo de 1 mes, del 7 de febrero al 6 de marzo de 2000./ CUARTO.- Debido a ello el A.T.S. don A.D.C., nº 70 en las listas de contratación del SERGAS para el área de O Barco comenzó el 7 de febrero de 2000 a sustituir a doña A.L.O. en el contrato de ésta por el mes de permiso sin sueldo que le fue concedido./ QUINTO.- En fecha 17 de febrero de 2000, don A.D.C. deja el contrato de cobertura del mes sin sueldo de doña A.L.O., de duración hasta el 6 de marzo, por cambio de contrato, al pasar a firmar otro contrato temporal de larga duración para cubrir la liberación sindical de doña M.J.B./ SEXTO.- Ese mismo día 17 de febrero, la A.T.S., doña M.F.N. nº 89 en las listas de contratación del SERGAS para el área sanitario de O Barco, es contratada para cubrir el permiso sin sueldo de doña A.L.O. por el tiempo que restaba del mismo, esto es 19 días, hasta el 6 de marzo de 2000./ SÉPTIMO.- En fecha 6 de marzo de 2000 doña A.L.O., renuncia a su contrato./ OCTAVO.- El día 7 de marzo de 2000 la A.T.S. doña M.F.N. (nº 89 en las listas de contratación) firma contrato con el SERGAS para la cobertura de dicha plaza, siendo el objeto del contrato cubrir la libre designación de doña G.C.A., debido a renuncia al contrato de doña A.L.O., para formación como

matrona, y con duración hasta la incorporación del titular./ NOVENO.- La actora formuló en fecha 24 de marzo de 2000 reclamación previa, presentando demanda ante el Juzgado de lo Social Decano en fecha 9 de mayo de 2000”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña B.B.M. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, doña A.L.O., don A.D.C. y doña M.F.N., debo declarar y declaro el derecho de la actora a ser llamada para la cobertura temporal de la plaza de A.T.S., de doña G.C.A. en el Hospital Comarcal de Valdeorras, condenando al Servicio Galego de Saúde a dejar sin efecto la contratación efectuada a doña M.F.N., a estar y pasar por esta declaración, y con absolución de la presente demanda a doña A.L.O. y a don A.D.C.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por el SERGAS demandado 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 desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, por estimar que estamos ante un tema de selección de personal cuyo conocimiento corresponde a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, y estimando la demanda formulada por doña B.B.M. contra el SERGAS y otros declarando el derecho de la actora a ser llamada para la cobertura temporal de la plaza de A.T.S. de doña G.C. en el Hospital Comarcal de Valdeorras, condenando al SERGAS a dejar sin efecto la contratación efectuada a doña M.F.N., para la cobertura temporal en dicha plaza y ofertando la contratación para la misma a la actora, condenando al SERGAS y a la codemandada M. a estar y pasar por esta declaración, y con absolución de la presente demanda de doña A.L. y don A.D.C.

Se alza en suplicación el Servicio Gallego de Saúde, articulando el recurso con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la L.P.L., denunciando infracción jurídica.

SEGUNDO.- Por el cauce procesal del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. la parte recurrente invoca dos motivos de censura jurídica. Que en primer lugar denuncia el recu-

rente infracción de la jurisdicción por cuanto existe incompetencia de jurisdicción, al estimar que nos encontramos ante un tema puro de selección de personal, y por ello corresponde su conocimiento a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, alegando en síntesis, que reiterada jurisprudencia del TS y de los Tribunales Superiores de Justicia, señalan que los litigios o controversias sobre selección de personal y provisión de vacantes de personal de las instituciones sanitarias de la seguridad social, serán competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para resolver dicha cuestión debe señalarse que la jurisprudencia del T.S., concretamente la sentencia de 4 de octubre de 2000, dictada en sala general, resolviendo recurso de casación para unificación de doctrina indica sustancialmente, retomando la vieja doctrina también seguida por la Sala de conflictos del Tribunal Supremo por auto de 6 de marzo de 1996 y 26 de junio de 1998 indica que la competencia para conocer de los conflictos suscitados por la provisión de los puestos de trabajo por los organismos públicos, siempre que tales conflictos no se susciten con ocasión de la cobertura de los puestos en cuestión por procedimientos de promoción interna, ha de atribuirse al orden contencioso-administrativo por las siguientes razones: 1) "Aunque estemos ante una contratación laboral -los puestos de trabajo los puestos de trabajo que se convocan tienen este carácter-, siempre que se trate de contratación "externa o de nuevo ingreso" y no de una promoción interna en donde la administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral, precisamente respecto de una persona que ya tiene la condición de trabajador (esto no sucede en las convocatorias de nuevo ingreso, aun cuando hubiese preexistido un contrato temporal, pues esta extinguido o finalizado y por ello no puede vincular la competencia a una u otra jurisdicción), en tales supuestos esta actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas. 2) La actuación de la administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de orden público, pues esta obligada a seguir lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la ley 30/84 de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, y preceptos concordantes del real decreto 364/1995 de 10 de marzo por el que se aprueba el Reglamento General del

personal al servicio de la administración general del Estado y provisión de puestos de trabajo, que constituyen el ordenamiento fundamental en la prestación de servicios para la función pública, normas que tienen carácter supletorio para todo el personal al servicio del estado y de las administraciones públicas, no incluido en el ámbito de su aplicación (art. 5 de la ley 30/1984) siendo aplicables los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por lo que la regulación por el derecho administrativo es prevalente, en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa, como señala entre otras la sentencia de esta sala de 21 de julio de 1998. 3) Como ya pusieron de relieve las sentencias de esta sala de 12 de diciembre de 1997, y 19 de enero de 1999, en este tipo de casos no se cuestiona jurisdiccionalmente verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajos en cuestión, sino solamente meras expectativas de derechos a los mismos. Y siendo esto así frente a lo en ellas sostenido, la incompetencia de jurisdicción es clara, puesto que dichas meras expectativas ni siquiera pueden fundar la existencia de un precontrato, que de existir, si quedaría comprendido en el ámbito del orden social de la jurisdicción...".

Y aplicando dicha doctrina, a contrario sensu, al caso de autos, y teniendo en cuenta que la actora combate con su demanda el que la demandada doña M.F.N. continuara prestando servicios a partir del día 7 de mayo de 2000, por haber cesado por renuncia doña A.L.O. en el contrato de cobertura de la plaza de la que es titular doña G.C.A., y no se la hubiera cesado y se la hubiera contratado a ella al entender que es aplicable la ley 30/1999 de 5 de octubre de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud, en concreto su artículo 7.6, estamos ante una incidencia que surge después del nombramiento de doña M. como sustituta y que determina que no fuese cesada y que continuase prestando servicios mediante un nuevo contrato; por lo que no estamos ante un caso de selección personal sino de una incidencia que surge después del nombramiento de doña M. como sustituta, en donde la administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente, por ello y en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta esta Sala estima que la jurisdicción social es competente para conocer la presente demanda, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 y 3.c) en sentido contrario del texto Refundido de la Ley de

Procedimiento Laboral. Y como corolario de todo lo razonado, no puede apreciarse la infracción denunciada.

En segundo y ultimo lugar se denuncia por la recurrente, con idéntico amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. infracción de la resolución conjunta de 28.02.97 de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales y de la Dirección general de recursos Humanos, en vigor hasta el 11.03.2000, sobre vinculaciones temporales del personal Estatutario en las Instituciones Sanitarias gestionadas por el Servicio Gallego de Saúde.

Estimando que la norma de aplicación al supuesto enjuiciado es la citada, en cuanto establece "...para la formalización de nombramientos o contrataciones de duración igual o superior al año se tendrá en cuenta siempre la mayor puntuación acreditada en la lista que corresponda", estimando que la actuación de la gerencia del hospital de Valdeorras es ajustada a derecho por cuanto que doña M. venía prestando servicios en sustitución de doña A. y al presentar esta el cese corresponde seguir a doña M. en la plaza que antes ocupaba doña A., es decir la aspirante que ya antes había sido nombrada para tal sustitución.

Pues bien respecto de ello cabe decir, que como razona el juez de instancia el problema a resolver es si en la fecha en que se produjo la renuncia de doña A. o sea el 6 de marzo de 1999, es aplicable el artículo 11.2 de los pactos de 1997 suscritos por el SERGAS con las centrales sindicales sobre vinculaciones temporales del personal estatutario en las instituciones gestionadas por el Servicio Galego de Saúde (Resolución de 28 de febrero de 1997, DOG 10 de marzo de 1997) que establece que: "Para a formalización de nomeamentos ou contratación de duración igual ou superior o ano terase en conta sempre a maior puntuación acreditada en la lista que corresponda. - No obstante, a vista dos recentes pronunciamentos do Tribunal Superior de Xustiza de Galiza e en crumpimento deles, nos caso de que un nomeamento derive, por calquera circunstancia, na cobertura de plaza vacante ou reservada, permanecera o mesmo aspirante xa nomeado para tal substitución", como defien- de el SERGAS, o si por el contrario es aplicable el contenido del artículo 7.6 de la ley 30/99, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud el cual establece en su párrafo segundo que: "Se acordara el cese del sustituido cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así

como cuando se pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función", como sostiene la actora.

Pues bien la sala estima, de acuerdo con el juzgador "a quo" que la respuesta debe ser favorable a la actora, pues la ley 30 /99 fue publicada en el BOE el 6 de octubre de 1999 y según su Disposición final segunda entro en vigor el día siguiente a su publicación, o sea el 7 de octubre de 1999, por lo que el día 7 de marzo de 2000, cuando se procede a realizar nuevo contrato a la demandada doña M., para que continúe prestando servicios después de la renuncia de la persona que la estaba sustituyendo, era aplicable a dicho supuesto, la citada ley, y no el artículo 11.2 de los pactos de 1997. Por ello y en aplicación del artículo 7.6 de la citada ley, la demandada doña M. debió ser cesada el día 6 de marzo de 2000 (fecha en que doña A., persona a la que sustituía aquella, renuncio a su contrato, y por tanto perdió su derecho a la reincorporación a la misma plaza) y por ello el contrato por ella realizado el día 7 de marzo es nulo, y en su lugar debió ser contratada la actora, por ser la que en aquel momento ocupaba mejor puesto en las listas de contratación.

Y como consecuencia de todo lo anterior, no puede apreciarse la infracción denunciada en el fallo que se combate. En consecuencia,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense, de fecha veintiséis de junio de dos mil, dictada en autos núm. 272/00 seguidos a instancia de doña B.B.M. contra el SERGAS, doña A.L.O. y don A.D.C. sobre RECLAMACIÓN DE DERECHO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3142 Recurso nº 277/2001

S.S. VALOR LIBERATORIO DO RECIBO DE LIQUIDACIÓN. DOCTRINA XERAL. INTERPRETACIÓN DOS CONTRATOS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luís F. De Castro Fernández

A Coruña, a cinco de marzo de dos mil uno.

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. 277/2001 interpuesto por la empresa "A.G.I.S.L.G., S.L." 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 F.S.O. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa "A.G.I.S.L.G., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 690/2000 sentencia con fecha 2 de noviembre de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: Hecha apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, han quedado demostrados como tales y así se declaran expresamente: Primero.- El demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta de la empresa "A.G.I.S.L.G., S.L.", dedicada a la actividad económica de la Limpieza de edificios y locales, con domicilio social en la C/... de Santiago, habiendo desarrollado las funciones propias de la categoría profesional de Encargado de Jardinería, ostentando una antigüedad que databa del 23 de mayo de 2000 y percibiendo un salario mensual de ciento sesenta y dos mil treinta y seis pesetas (162.036 ptas.), según Convenio, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Y ello en virtud del contrato de trabajo por tiempo indefinido suscrito por las partes el 23 de mayo de 2000 al amparo del Real Decreto 1.451/1983, de 11 de mayo, para la contratación de trabajadores minusválidos, contrato bonificado en las cuotas empresariales a la Seguridad Social y subvencionado económicamente, a cuyo tenor el actor realizaría las funciones propias de la categoría profesional de Limpiador (desde el 9 de junio de 2000, se modificó expresamente su categoría pasando a la reseñada de Encargado de Jardinería) a jornada completa. / Segundo.- En fecha 17 de agosto de 2000, el actor, que en alguna ocasión había comentado a su compañero de tra-

bajo y testigo Sr. A. que si encontraba algún empleo mejor preferiría el otro trabajo al desempeñado por cuenta de la demandada, recibió la orden de la empresa de ir a la zona de Betanzos a buscar unas plantas pero aquél no se mostró de acuerdo y se trasladó a la oficina de la empresa. En ésta, encontrándose presentes la conocida como "Secretaria" (en el Libro de Matrícula del Personal no figura como tal) y el Sr. A., tras una conversación/discusión sin determinar, le fue entregado al trabajador un escrito de la misma fecha, a cuyo pie figuran la firma del mismo y la firma estampillada del Sr. A. con el membrete de la empresa, que literalmente señala que "(el demandante) a día de hoy causa baja laboral por finalización del contrato indefinido que lo relacionaba con dicha empresa", haciéndosele pago de la suma correspondiente a la nómina del mes de agosto de 2000 (coincidente plenamente con las partidas reseñadas en el documento de liquidación y finiquito también firmado por el actor el mismo día). / Tercero.- La empresa remitió al actor, el 5 de octubre de 2000, sobre en el que figura la estampilla de la sociedad, con un parte de alta en el R.G.S.S. suscrito por el Sr. A. con efectos de 23 de mayo de 2000, al parecer con objeto de que fuera firmado por el demandante. En el Libro de Matrícula del Personal no figura la fecha de su alta en la empresa (como ocurre en el caso del Sr. A.). / Cuarto.- El demandante no posee llaves de la oficina de la empresa, en la que permanece normalmente la citada "Secretaria", ni se le ha visto manejar los sistemas informáticos de la misma. / Quinto.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores. / Sexto.- En fecha 7 de septiembre de 2000, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Xunta de Galicia, con el resultado de 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 don F.S.O. frente a la empresa "A.G.I.S.L.G., S.L.", debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el actor y condeno a dicha empresa a que opte entre la readmisión del trabajador demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de cincuenta y siete mil doscientas sesenta y cinco pesetas (57.265 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 cuatrocientas quince mil ochocientas setenta y siete pesetas (415.877 Ptas.) en concepto de salarios de tramitación, y a un haber diario de cinco mil cuatrocientas una pesetas (5.401 Ptas.) desde la fecha hasta que se notifique la presente Resolución.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Con la cobertura del art. 191.b) LPL, la Empresa recurrente propone la modificación del segundo de los hechos declarados probados. 1.- La redacción que para el indicado ordinal segundo se insta es la siguiente: “En fecha 17 de agosto de 2000, el actor, que en alguna ocasión había comentado a su compañero de trabajo y testigo Sr. A. que si encontraba algún empleo mejor preferiría el otro trabajo al desempeñado por cuenta de la demandada, recibió la orden de la empresa de ir a la zona de Betanzos a recoger unas plantas pero aquél no se mostró de acuerdo y se trasladó a la oficina de la empresa. En ésta, encontrándose presentes la conocida como “Secretaria” y el Sr. A. (administrador), tras una conversación/discusión le fue entregado al trabajador, por decisión propia de causar baja voluntaria en la empresa, un documento de liquidación y finiquito, que literalmente señala que “El suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación de sus partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresan al pie, con cuyo percibo reconoce hallarse totalmente saldado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa, por lo que se compromete a nada más pedir ni reclamar”, haciéndosele pago de las sumas correspondientes por el concepto de baja voluntaria reseñado en el documento de liquidación y finiquito”.

Se basa la pretensión revisoria en que diversa consideraciones de la más diversa índole (“no se ha demostrado de adverso, de modo fehaciente, que este escrito fuera emitido por la recurrente”; en que llegar a la conclusión judicial es “totalmente ilógico”; en que se puede apreciar a simple vista que la firma

estampillada no corresponde al Administrador; en que la documentación que la Empresa remite sus comunicaciones a los trabajadores es en “papel oficial, de color amarillo ocre”), todas ellas absolutamente inaceptables para la excepcional modificación de los HDP. Pero también –es fundamental– se apoya la pretensión revisoria en el recibo –“liquidación y finiquito”– que figura como folio 79. 2.- Se acepta en parte la variación que se propone, y la razón de que admitamos –en gran medida– el texto alternativo, es que al folio 79 figura un recibo de “liquidación y finiquito” cuya firma el accionante no niega y del que se limita a discrepar en el alcance del mismo, cuestión ésta que justificaremos en posterior fundamentación; y que a la par no encontramos razón alguna –fuera de valoraciones exclusivas de la instancia e inadecuadas en trámite de recurso– para no admitir que la empresa hubiese entregado –con mayor o menor fortuna en la redacción– el documento en que únicamente se refiere que en determinada fecha –17 de agosto– cesa del trabajador en la relación, lógicamente calificada de indefinida; documento que en sí mismo incluso es perfectamente coherente con el mencionado finiquito, que en cierto modo ayuda a interpretar como expresivo de la terminación del vínculo laboral.

De esta forma, la redacción que la parte recurrente propone ha de complementarse con la indicación de que “Asimismo se le fue entregado al trabajador un escrito de la misma fecha, a cuyo pie figuran la firma del mismo y la firma estampillada del Sr. A. con el membrete de la empresa, que literalmente señala que “(el demandante) a día de hoy causa baja laboral por finalización del contrato indefinido que lo relacionaba con dicha empresa”.

SEGUNDO.- Asimismo se propone que el número tercero de los HDP tenga el texto que sigue: “Que en su día, la empresa entregó al actor un parte de alta en el RGSS suscrito por el Sr. A. con efectos de 23 de mayo de 2000, sin que el mismo fuese devuelto firmado por el actor”. Modificación que también se basa en la “ausencia absoluta probatoria” y en que “no tiene objeto alguno tal actuación... máxime si se pone en relación con el documento obrante al folio 21” (comunicación del inicio de la relación laboral al INEM), porque “no puede inferirse de la documental mencionada que la recurrente haya remitido en fecha 05.10.00 un sobre al actor...”. 1.- Tal fundamentación ya supone de por sí la desestimación del motivo, habida cuenta que el

planteamiento revisorio desconoce –SSTSJ Galicia 10-enero-01 R. 2.952/98, 16-noviembre-00 R. 3.643/97, 3-noviembre-00 R. 2.886/97, 3-noviembre-00 R. 1.832/97, 20-octubre-00 R. 3.877/97, 13-octubre-00 R. 2.500/97, 13-julio-00 R. 3.217, 30-junio-00 R. 2.962/00, 17-abril-00 R. 359/97, 11-febrero-00 R. 2.066/98, 21-enero-00 AS 103– que el presente recurso no tiene la naturaleza de la apelación ni de segunda instancia, sino que resulta ser –SSTC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– 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.

De esta forma, pues, 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 Juzgador *a quo* pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, con la exclusiva limitación –ha de destacarse– de que no sean arbitrarias, irracionales 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 Juez de instancia 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 pro-

ceso (SSTCT 4-abril-75 Ar. 1.660, 5-octubre-77 Ar. 4.607, y STS 12-junio-75 Ar. 2.709). Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho, precisamente –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, 21-enero-00 R. 5.385/99, 11-febrero-00 R. 2.066/08 y 17-abril-00 R. 359/97– 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 de sustituir el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de instancia por su personal e interesado criterio; y en todo caso esas conclusiones judiciales se imponen al censurable 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, 28-noviembre-90 Ar. 8.614, 26-septiembre-1995 Ar. 6.894 y 26-marzo-1996 Ar. 2.495; SSTSJ Galicia 18-febrero-00 R. 277/00, 2-marzo-00 R. 460/97, 3-marzo-00 R. 5.449/96, 3-marzo-00 R. 763/97, 4-mayo-00 R. 1.343/00, 23-junio-00 R. 5.082/97, 13-julio-00 R. 1.340/97, 17-julio-00 R. 275/97, 13-octubre-00 R. 2.500/97, 20-octubre-00 R. 3.877/97 y 6-

noviembre-00 R. 4.283/00). 2.- En segundo lugar se ha de destacar que en todo caso los hechos a que el motivo se refiere son del todo intrascendentes a los efectos de este procedimiento por despido; la circunstancia reflejada por el Magistrado en el ordinal tercero (remisión extemporánea de parte de alta en la Seguridad Social) y que la demandada cuestiona, es absolutamente inocua a los efectos de decidir si el trabajador ha sido despedido o si ha cesado voluntariamente; los posibles incumplimientos aseguratorios del trabajador en nada afectan al *thema decidendi* –la causa del cese– y por ello no pueden convertirse en cuestión controvertida a decidir en este trámite.

TERCERO.- En el apartado de examen del Derecho y bajo la cobertura del art. 191.c) LPL, la parte recurrente denuncia la infracción de los arts. 9.3 y 24 CE, en relación con los arts. 49.1 ET y 1.261, 1.265, 1.281 y 1.282 CC. 1.- Ciertamente se ha de reconocer –SSTSJ Galicia de 5-noviembre-1996 R.1.661/94, 19-abril-99 R. 1.109/99 y 30-noviembre-00 R. 2.546/97– que el indicado recibo no es automática salvaguarda del empresario frente a las reclamaciones del trabajador, ni causa autónoma de extinción de obligaciones que como tal venga consagrada por norma alguna, sino que se limita a ser la expresión documentada y medio de prueba de un negocio jurídico relativo a la extinción de la obligación retributiva que corresponde al empresario y –según los casos– de la relación laboral; medio de prueba que no se halla privilegiado por fuerza probatoria plena y que ha de ser valorado como expresión de la voluntad, en sí mismo y en relación con la restante prueba que obra en autos. Y por otra parte, señalábamos, como tal negocio jurídico –STS 30-septiembre-92 Ar. 6.830– ha de estar sujeto a las reglas que para la interpretación de los contratos establecen los arts. 1.281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados; y muy especialmente han de tenerse en cuenta las prevenciones de que la intención de los contratantes prima sobre las palabras empleadas (art. 1.281 CC) y de que no debe entenderse comprendidos en los términos de un contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se pusieron constatar (art. 1.283 CC).

Y en ello abunda la más reciente doctrina jurisprudencial (SSTS 24-julio-00 Ar. 8.199 y muy especialmente la de 28-febrero-00 Ar. 2.758), al recordar –con cita pormenorizada de

precedentes jurisprudenciales– que el finiquito es “remate de cuentas o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas”, y que “junto a su función como recibo en el que consta un pago, se incorpora también una declaración de voluntad que expresa la conformidad con la liquidación practicada y el compromiso de no reclamar por ese concepto, y, en ocasiones, se añade otra declaración reconociendo y aceptando la extinción del contrato”. Y que si bien esta materia puede ser propicia al fraude, existen mecanismos de garantía como la intervención del Comité de Empresa (arts. 49.2 y 64.1.6º ET, pudiendo incluso el derecho a “solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo de finiquito”; y el recibo suscrito por voluntad no viciada ni causa torpe no implica renuncia inhábil a los efectos del art. 3.5 ET, sino que es declaración expresiva del ejercicio de su libertad y autonomía individual en el sentido de extinguir el vínculo que le ligaba al empleador y resolver las cuestiones económicas implícitas, hasta el punto de que la posición contraria vulneraría los arts. 49.1.a) y d) ET, y 1.256 CC.

Esa misma doctrina jurisprudencial insiste en que el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio –deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante– viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo –mutuo acuerdo, o en su caso transacción– en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (art. 1.261 CC), ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros. Y tal dependencia del caso concreto puede determinar que se excluya su eficacia liberatoria (a efectos retributivos y/o de extinción del vínculo), bien porque el documento no exterioriza inequívocamente una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes (supuesto de la STS 13-octubre-86 Ar. 5.447), bien porque la causa es ilícita (caso de la STS 14-junio-90), bien porque el objeto

tomado como base no se ajusta o no se puede ajustar a la realidad, o bien porque median circunstancias desconocidas a la fecha de suscripción del documento (así, incrementos futuros y retroactivos de Convenio Colectivo) 2.- Pues bien, el parcial éxito revisorio del primero de los motivos comporta que igualmente se admitan las infracciones denunciadas y que se admita la plena virtualidad liberadora al documento suscrito en fecha 17-agosto.

En él consta que “el suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación de sus partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresan al pie, con cuyo percibo reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa, por lo que se compromete a nada más pedir ni reclamar”. Y la firma del actor –que no niega, pues se limita a discutir el alcance de lo suscrito– va precedida del texto siguiente: “A los efectos oportunos declaro que en la empresa no existe representante de los trabajadores”.

Sobre esta base en manera alguna compartimos el parecer de instancia, respecto de que el documento expresa una mera liquidación de las cuentas del mes de agosto; ello no se ajusta mínimamente a las inequívocas expresiones utilizadas ni al contenido de la liquidación (con el abono de las partes proporcionales correspondientes a los 17 días de agosto el actor había percibido ya la totalidad de sus remuneraciones, puesto que todos los meses se abonaba el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias: folios 74 a 78); además, la voluntad liberatoria y extintiva es del todo coherente con las precedentes manifestaciones del accionante de que deseaba marcharse de la empresa “si le salía algún empleo mejor” (hechos declarados probados); y ello prescindiendo de la contundente testifical practicada en el acto de juicio –tajantemente expresiva de la dimisión del trabajador–, de la que la Sala tiene necesariamente que prescindir por ser inhábil a los efectos revisorios y porque el Magistrado no admitió se ajustase a la realidad acreditada. Por todo ello y por considerar, en consecuencia, que en autos concurre la causa extintiva prevista en el art. 49.1 ET,

Fallamos

Que con estimación del recurso interpuesto por “A.G.I.S.L.; S.L.”, revocamos la sentencia que con fecha 2-noviembre-2000 ha

sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Dos de los de Santiago de Compostela, a instancia de don F.S.O., y desestimando la demanda formulada declaramos inexistente el despido por el que se acciona.

3143 Recurso nº 637/2001

S.S. EXTINCIÓN DO CONTRATO POR MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓN DE TRABALLO. MODIFICACIÓN DAS DATAS DE XORNADA CONTINUADA NOS MESES DE VERÁN. INEXISTENCIA DE PREXUÍZO ACREDITADO.

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

A Coruña, a cinco de marzo de dos mil uno.

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 637/2001 interpuesto por la empresa “O.T., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 312/00 se presentó demanda por doña M.J.C.B. y don M.V.P. en reclamación de RESCISIÓN DE CONTRATO siendo demandado la empresa “O.T., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de diciembre de 2000 por el Juzgado de referencia que ESTIMÓ parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Doña M.J.C.B., mayor de edad, DNI..., y don M.V.P., mayor de edad, DNI..., fueron contratados por la empresa “O.T., S.L.”, prestando servicios con las siguientes: (a) anti-

güedades, (b) categoría profesional y (c) retribución salarial, incluído prorrateo de pagas extraordinarias:

(a)	(b)	(c)	
(1)	30.04.1984	Oficial Admvo.	150.963
(2)	15.12.1998	Auxiliar admvo.	141.048

Ninguno ostenta ni ostentó, el año último la condición de Delegado de Delegado de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical./2º.- En años anteriores, los trabajadores hacían, de 15 de junio a 15 septiembre, jornada continua y para el año 2000 no se especificó, en el calendario laboral, modificación alguna. En el calendario de 1993, la jornada de verano consta de 1 junio a 1 septiembre, y, en los de 1991 y 1992, consta horario continuo “verano de junio a septiembre”./3º.- El empresario les comunicó el 09.05.2000 a los trabajadores, a través de sus representantes la siguiente carta: “la dirección de esta empresa por medio de la presente pone en su conocimiento que la jornada continuada de verano comenzará su disfrute a partir del 1 de julio de 2000 hasta el 4 septiembre de 2000. En horario de 8.00 a 15.00. Tal decisión obedece a los siguientes motivos: contribuir a una mejora de la situación de la empresa, mediante una más adecuada organización de los recursos, que favorece, su posición competitiva en el mercado, y una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, en el período veraniego. Y se ha tomado conforme a los establecido en el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Sin otro particular les saludo atentamente”./4º.- No se acreditaron las causas alegadas en la carta./5º.- Solicitaron los trabajadores una reunión con el empresario, quien los recibió en su despacho, y, después de escucharlos, les dijo que la empresa era suya y que hacía “lo que le salía de los cojones”, expulsándolos del despacho con ademán despectivo./6º.- Se intentó sin éxito conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña M.J.C.B. y don M.V.P., contra la Entidad Mercantil “O.T., S.L.”, declaro extinguida la relación laboral entre ambos existente, con derecho a indemnización, a favor de los demandantes y con cargo

al demandado, de (1), 1.358.667 ptas., y de (2), 1.269.432 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la demandada “O.T., S.L.” en solicitud de que con revocación de la Sentencia de Instancia –que declara extinguida la relación laboral con los actores vía art. 41.3.2 E.T.-, se desestime la demanda, a cuyo objeto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la supresión del H.D.P. 4º y denuncia la infracción del art. 41 E.T. y de la Jurisprudencia, STS de 18.03.96.

SEGUNDO.- Interesa la empresa se suprima el H.P. 4º de la Sentencia de Instancia, que declara: “no se acreditaron las causas alegadas en la carta”, aduciendo a tal efecto que en las sentencias anteriormente dictadas en el procedimiento no se hacía tal declaración fáctica y que por ello esta declaración es “del todo incongruente y provocando indefensión a esta parte, toda vez que la sentencia de la Sala ordenaba pronunciarse sobre la petición subsidiaria... y no han sido practicadas más pruebas que las del juicio oral...”.

Aparte de que el art. 191.b) L.P.L. dispone en Suplicación la revisión de los H.D.P. “a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas”, que además han de revelar error en la valoración que al efecto ha hecho el Juzgador de Instancia al amparo del art. 97.2 de la L.P.L., la Sentencia de Instancia no sólo resuelve la pretensión subsidiaria de demanda con plena jurisdicción y libertad de criterio, sino que en trance de hacerlo en virtud del pronunciamiento de la Sentencia dictada por este T.S.J. en 14.11.2000, el Juzgador efectúa las declaraciones fácticas oportunas al efecto, fruto de una valoración de la prueba que practicada en su día en juicio el mismo inmedió. Esto no supone o encierra incongruencia alguna, aunque los hechos ahora declarados probados no sean exactamente coincidentes con los de la sentencia anteriormente dictada por el Juzgado y por este T.S.J. que la anuló para que dicho Juzgado dictase nueva resolución decidiendo también la pretensión subsidiaria de demanda: esta pretensión se resuelve por primera vez y, se reitera, con plena jurisdicción y libertad de criterio en

la sentencia ahora en suplicación, de tal manera que a la hora de ser dictada, el Juzgador de Instancia no mantenía al efecto vinculación predeterminada alguna.

Tampoco puede hablarse de indefensión para la recurrente, ya que con el presupuesto de que en juicio se debatió la pretensión subsidiaria planteada en la demanda, contra la Sentencia ahora dictada que la resuelve en cuanto al fondo la parte tiene el recurso de suplicación en toda su amplitud, pudiendo interesar por esta vía todo lo que estime oportuno en cuanto a procedimiento, hechos y derecho; lo que en lo relativo al cuestionado H.D.P. 4º ni siquiera hace invocando prueba documental o pericial alguna, como para interesar la revisión de los H.P. dispone el art. 191.b) de la L.P.L.

En suma, no son acogibles los argumentos esgrimidos para reclamar la supresión del H.D.P. 4º; en cuyo contenido subyace además la valoración que de las pruebas practicadas ha hecho el Juzgador de Instancia al amparo del art. 97.2 de la L.P.L.

TERCERO.- Al amparo del art. 191.c) L.P.L. la empresa denuncia la infracción del art. 41 E.T. y argumenta al hilo de ello que no se da en el presente caso “el presupuesto indispensable que debe concurrir cual es la producción de perjuicios al trabajador”, que -se dice- ni se alegaron en demanda ni se acreditaron en juicio; argumentando asimismo que “el hecho de retrasar en unos días el comienzo de la jornada de verano, así como de adelantar su fin en otros pocos días, no puede provocar a los trabajadores perjuicios ni menoscabos de ninguna clase, ya que nos estamos refiriendo únicamente a la temporada de verano...”.

Los H.D.P. explicitan lo fundamental siguiente: A) Los actores prestan servicios para la recurrente como indica el H.P. 1º. B) En 09.05.2000 la empresa comunica a los actores que la jornada continuada de verano comenzaría su disfrute a partir del 01.07.2000 hasta el 04.09.2000, en horario de 8 a 15 horas; y ello aduciendo las razones que se dicen en la comunicación recogida en el H.P. 3º, las que no se justificaron. Y C) En años anteriores los trabajadores hacían jornada continúa de 15/6 a 15/9, sin que para el año 2000 se hubiese especificado en el calendario laboral modificación alguna; sin embargo, en el calendario de 1993 la jornada de verano constaba ser de 1/6 a 1/9, y en 1991 y 1992 el horario continuo era “verano de junio a septiembre”.

CUARTO.- Dice la STSJ de Valencia de 27.04.95 que “El artículo 41 del E.T. regula el derecho de la empresa a acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y concede al trabajador el derecho a rescindir su contrato con el percibo de la indemnización prevista, siempre y cuando por la modificación sustancial acordada resultase perjudicado, como expresamente consigna el núm. 3 del precepto citado. Convirtiéndose así tal requisito en el hecho constitutivo y condicionante de la acción de resolución (Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 2 diciembre 1986 (RTCT 1986, 12.874) y 1 diciembre 1987 (RTCT 1987, 26.817) y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 mayo 1990 (análogo a RTSJ 1990, 811), e incluso la citada por el recurrente, del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina de 8 febrero 1993 (RJ 1993, 749). De esta forma se entenderá como lícita cualquier modificación, aún no autorizada ni consentida, comprendida dentro del <<ius variandi>> empresarial –artículo 5º del Estatuto de los Trabajadores-, siempre y cuando no constituye una medida discriminatoria o adoptada en evidente abuso del derecho ni, en especial, en perjuicio de cualquiera de los trabajadores por ella afectados...”.

La STS de fecha 18.03.96 (Ar. 2.082), que se invoca en el recurso deja establecido en torno al art. 41.3 E.T. “que la facultad de resolución contractual en favor del trabajador, por modificación de algunas de las condiciones esenciales de trabajo previstas en los apartados a), b) y c) del párrafo 2 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el mismo, a causa de tal modificación. Según así lo dice expresamente el párrafo 3.2 del mismo precepto estatutario” y que “no es dable establecer, en tal sentido, una presunción <<iuris tantum>> de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del repetido artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, debe admitirse por el tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado de lo actuado en juicio”.

En similar sentido, la STS de 18.07.96 (ar. 6165) argumenta: “Se debe por tanto reiterar su argumentación básica que acepta la tesis de la impugnada, declarando que la facultad de resolución contractual por parte del trabajador contemplada en el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores por modificación de las

condiciones sustanciales previstas en los apartados a), b) y c) del artículo 41 se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el mismo a causa de tal modificación; por lo que no es dable establecer una presunción <<iuris tantum>> sobre la existencia del perjuicio, sino que hay que estar al resultado de la prueba sobre el particular, valorada por el juzgador de instancia en cada caso”.

QUINTO.- En el caso presente, conforme a lo que se dejó anteriormente puntualizado, lo que la empresa llevó a cabo fue una modificación de las fechas de la jornada continuada de verano en el año 2000, alterando las del año precedente en el sentido de reducir su extensión temporal, circunscribiéndola al período 01.07 al 04.09.2000 cuando anteriormente era de 3 meses. Al hilo de tal decisión en ningún momento la empresa aceptó rescisión contractual posible alguna, rechazando la existencia de causa al efecto por la vía del artículo 41.3 E.T. u otra; y de ahí la demanda entablada por los actores en solicitud de la declaración de extinción de sus relaciones laborales invocando precisa y exclusivamente (hecho 2º) que la empresa “les notificó el pasado día 12 de los corrientes que la jornada continuada empezaría el 1 de julio hasta el 4 de septiembre. Los demandantes siempre habían disfrutado de jornada continuada desde el 15 de junio hasta el 15 de septiembre”.

Al margen de que no resultaran acreditadas las causas alegadas por la empresa en la carta mediante la que comunicó a los trabajadores su decisión sobre la jornada continuada para el año 2000, la decisión empresarial no presenta en sí misma una trascendencia específica, ni en el ámbito jurídico laboral estricto ni en el profesional-personal de los demandantes. De un lado, lo afectado por la decisión empresarial ha sido la jornada continuada en la temporada de verano del año 2000, no tratándose de un cambio de horario permanente; jornada continuada que, además, en años anteriores (en épocas en que los actores estaban ya al servicio de la empresa) también había venido sufriendo variaciones en sus fechas de implantación, de modo que no tenía una fijación que pudiera considerarse permanente y definitiva, si bien en años precedentes no aparece reducida su duración como se hizo en el año 2000.

De otro, el hecho de desplazar la jornada continuada de verano, en el contexto que se dejó ya dicho, del 15.06-15.09 a julio-septiembre, retrasando en unos días su

comienzo y adelantando en otros pocos su finalización, dejándola en dos meses y cuatro días, no provoca en los actores, por sí y/o en sí mismo, perjuicios ciertos y valorables a los presentes efectos, que sin ser alegados expresamente en demanda (la misma se limita a exponer el cambio de la jornada continuada y que “la modificación que no responde a necesidad objetiva alguna...”, hecho 3º), como denunció la empresa en el acto de juicio (folio 42), tampoco han sido justificados, no apareciendo concreto daño, menoscabo o perjuicio constatable objetivamente por derivación del cambio. Y desde luego no los supone ni necesariamente los lleva consigo la incidencia genérica que dice la Sentencia de Instancia tiene el horario de trabajo en el disfrute del tiempo de ocio, pues ocio y descanso existen y subsisten suficientemente con una u otra jornada laboral, constituyendo algo personal y relativo la mayor y /o mejor utilización del mismo en el contexto del horario que acompañe a aquella que esté implantada concretamente; y los demandantes no justificaron incidencia real y concreta negativa en lo profesional, familiar o personal por el cambio en la implantación de la jornada continuada de verano que respecto de años anteriores y para el año 2000 acordó la empresa; en todo caso circunscrita a tal período y año.

De lo anterior se concluye que la Sentencia de Instancia infringe el art. 41 E.T. que se denuncia en el recurso y la doctrina jurisprudencial que también se dejó citada, no concurriendo los requisitos para que tenga operatividad la rescisión que solicitada en demanda, ha sido acordada por la Sentencia recurrida; para la cual es preciso que una modificación sustancial de las condiciones de trabajo ocasione al trabajador un perjuicio constatable objetivamente; en el caso, y por lo razonado no acreditada su existencia.

En consecuencia, se acoge el recurso y con revocación de la Sentencia de Instancia, se desestima la demanda.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por “O.T., S.L.” revocamos la sentencia dictada el día 22.12.2000 por el Juzgado de lo Social nº. 1 de Pontevedra en autos tramitados bajo el nº 312/2000; y consecuentemente, desestimando totalmente la demanda interpuesta por doña M.J.C.B. y don M.V.P. absolvemos a la empresa “O.T., S.L.” de sus pedimentos.

3144 Recurso nº 224/2001

S.S. NULIDADE DO DESPEDIMENTO POR VULNERACIÓN DE GARANTÍA DE INDEMNIDADE. DISTRIBUCIÓN DA CARGA DA PROBA. ACHEGA DE INDICIOS SUFICIENTES.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Pilar Yebra-Pimentel Vilar

A Coruña, a seis de marzo de dos mil uno.

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 224/2001 interpuesto por empresa "S.S., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 426/00 se presentó demanda por J.C.N.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa "S.S., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 18 de julio de 2000 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- El demandante viene prestando sus servicios laborales en la empresa demandada desde el día 24 de abril de 1998 con la categoría profesional de vigilante de seguridad, y con un salario mensual de 92.118 ptas. incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. Su puesto de trabajo estaba ubicado en el Campus Universitario de Esteiro, en Ferrol.- 2º) El día 30 de mayo de 2000, sobre las 23,45 horas, cuando el actor acude a trabajar le es impedido el paso al Campus Universitario de Esteiro por los Sres. S. y R. alegando como motivo que estaba despedido y que ya no trabajaba para la empresa demandada.- 3º) La empresa demandada despidió al actor mediante carta fechada por aquella el día 25 de mayo de 2000, y cuyo tenor es el siguiente: "Muy señor nuestro: La dirección de esta empresa de acuerdo con el poder sancionador

que le concede el artículo 58 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, ha decidido la extinción de su contrato de trabajo por haber incurrido en las faltas muy graves, tipificadas en el artículo 57, apartado 4 y apartado 5, del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, aplicándole la sanción de DESPIDO al amparo del artículo 58.3.C, del referido Convenio Colectivo. Los motivos que fundamentan esta decisión son los siguientes: 1.- El día 05.05.2000, a las 04,50 horas, habiendo pasado visita de inspección el Inspector de "S.S., S.L." señor C., acompañado del Jefe de equipo don R.Q., se encontraba Vd. de servicio en el Campus Universitario de Ferrol (A Coruña), Centro de Esteiro y no el señor V.P., que es la persona que tendría que figurar en el puesto de trabajo, sin autorización ni petición de cambio de ningún tipo (conducta tipificada como muy grave en el artículo 57.4 del Convenio Colectivo referido).- El día 16.05.2000 entró Vd. de servicio en el Campus Universitario de Ferrol, Centro de Esteiro, de 08.00 a 16,00 horas.- Al inicio del servicio relevó a los vigilantes de seguridad de "S.S., S.L.", don V.P. y don A.D.A., que habían efectuado el turno de noche. En el parte de servicio de noche que firmaron don V.P. y don A.D.A., figuraba que se dejaban las normas que había dado la empresa sobre el uso de los teléfonos y normas de actuación de los vigilantes de seguridad de servicio en el Campus Universitario de Ferrol, Centro de Esteiro que habían sido entregadas por la empresa "S.S., S.L.", el día 10.05.2000 con el fin de que los vigilantes de cada turno se las pasase al turno entrante y así se enterasen de las mismas.- Que siendo Vd. el responsable como entrante en el turno de mañana el día 16.05.2000, y a quién le fueron entregadas las normas junto con el parte de servicio, el original de dicho parte que a Vd. le fue entregado, ha desaparecido, y en su parte, a pesar de haberle sido entregadas las normas según el turno saliente, no hace alusión a haber recibido norma alguna junto con el hecho de que el parte ha desaparecido en su turno. (conducta tipificada como muy grave en el artículo 57.4.5 del Convenio Colectivo referido). Este despido tendrá efectos desde el día en que se le notifique.- Le comunicamos, igualmente, que se encuentra a su disposición desde el día de la notificación de la liquidación.- 4º) El día 5 de mayo de 2000, sobre las 5,40 horas, el actor estaba de servicio en el Campus Universitario de Ferrol, centro de Esteiro, realizando el turno que le correspondía efectuar a don V.P. Por tales

hechos fue sancionado, en fecha 8 de mayo de 2000 (notificada al actor en fecha 11 de mayo), por la comisión de una falta muy grave, con la suspensión de empleo y sueldo durante treinta días. Frente a dicha sanción el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC el día 24 de mayo de 2000 celebrándose la conciliación el día 7 de junio de 2000 y cuyo resultado fue de intentada sin efecto. Posteriormente el actor presentó demanda ante el Juzgado de lo Social, la cual tuvo entrada en el Decanato de esta ciudad el día 16. No consta que el Sr. P. y el Sr. N. hubieran solicitado o notificado el cambio de turno al Jefe de equipo. –Hasta las normas de actuación para los vigilantes de seguridad de servicio en el Campus de Ferrol (Centros de Esteiro y Serantes) no había ninguna norma escrita en donde se estableciera la forma de acordar las sustituciones. Dichas normas no fueron entregadas a los vigilantes de seguridad del centro de Esteiro hasta el día 16 de mayo de 2000. El Sr. V.P. no fue sancionado por éste cambio.- 5º) El día 16 de mayo de 2000 cuando don V.M.P. terminó su turno dejó encima de la mesa las normas de actuación para los vigilantes de seguridad de servicio en el Campus de Ferrol (Centro de Esteiro y Serantes) de fecha 1 de febrero de 2000 y las normas sobre el uso de los teléfonos para los vigilantes de seguridad de servicios en el Campus de Ferrol (Centros de Esteiro y Serantes) de fecha 10 de mayo de 2000.- 6º) El actor anteriormente era trabajador de la empresa de seguridad “E.” habiéndose subrogado “S.S., S.L.” en los derechos y obligaciones laborales de la anterior. La relación entre los trabajadores que anteriormente pertenecieron a “E.” y los restantes de “S.S., S.L.” es mala.- 7º) El día 27 de abril de 2000 varios trabajadores, entre los que se encontraba el actor, dirigieron a la empresa “S.S., S.L.” un escrito por el que reivindicaban a la empresa cuestiones referentes a antigüedad, vacaciones, cuadrantes de trabajo y plus de complemento personal.- 8º) El día 24 de junio de 2000 varios trabajadores de “S.S., S.L.” en el campus de Ferrol constituyeron la Sección Sindical de la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, eligiendo como delegado sindical al actor don J.C.N.F. Dicho nombramiento fue notificado a “S.S., S.L.” el día 30 de mayo de 2000 a las 10,00 horas. En fecha 4 de abril de 2000 se constituyó en Ceuta la Sección Sindical de UGT de la empresa demandada habiéndose nombrado como delegado sindical a don A.A.L. El acta de constitución de dicha Sección Sindical ha sido correctamente registrada.- 9º) El día 23

de junio de 2000 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación en virtud de papeleta presentada el día 7 de junio de 2000. Dicho acto concluyó intentado sin avenencia. En dicho acto la demandada ofreció al demandante, en concepto de INDEMNIZACIÓN Y SALARIOS DE TRAMITACIÓN la cantidad de 366.716 ptas. cantidad que fue rechazada por el demandante. Ese mismo día se consignó por la empresa la cantidad ofertada dando lugar a los autos de consignación nº 400/2000 de este Juzgado”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que ESTIMO la demanda sobre DESPIDO formulada por don J.C.N. contra la empresa de “S.S., S.L.”, en su pedimento principal y en consecuencia declaro la nulidad del despido efectuado, declarando así el derecho del actor a la readmisión inmediata en el mismo puesto de trabajo en el que prestaba sus servicios ante del referido despido y con el abono de los salarios dejados de percibir y que hasta la fecha de la conciliación previa alcanza un total de 73.704 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por el actor, declara la nulidad del despido del actor, declarando así su derecho a la readmisión inmediata en el mismo puesto de trabajo en el que prestaba sus servicios antes del referido despido y con el abono de los salarios dejados de percibir y que hasta la fecha de la conciliación previa alcanzan un total de 73.704 ptas. Se alza en suplicación la empresa demandada–condenada “S.S., S.L.”, articulando el recurso sobre dos motivos, el primero dedicado a revisión fáctica y en el segundo denunciando infracción jurídica.

SEGUNDO.- Que al amparo de lo establecido en el apartado b) del artículo 191 de la LPL la parte recurrente pretende la revisión de los hechos declarados probados. Y pretende, en concreto las siguientes revisiones: 1º.- Modificación del HDP 3, al que solicita la adición de otro párrafo con el siguiente texto: “El 28 de mayo de 2000 a las 20 horas aproximadamente, cuando el actor finalizó su jorna-

da laboral, por parte del gerente de la empresa Sr. S., acompañado por otras personas, el Sr. R. y el Sr. E., le fue entregada la carta de despido, que se negó a firmar, motivo por el cual la firmaron como testigos las personas referidas, certificando que el trabajador, se negó a firmar la precitada carta fechada el día 25 de mayo de 2000 con el contenido ya expuesto". 2º.- Modificación del HDP 4 en el que solicita la sustitución de un párrafo por otro, en concreto la sustitución del párrafo donde dice: "Hasta las normas de actuación de los vigilantes de seguridad de servicio en el campus de Ferrol (centros de Esteiro y Serantes) no había ninguna norma escrita, en donde se estableciera la forma de acordar las sustituciones" por otro párrafo con el siguiente texto: "La obligación de comunicar los cambios de turnos o sustituciones viene recogida en la ley 23/1992 de Seguridad privada y que el trabajador como vigilante de seguridad debía conocer". 3º.-Adicionar al HDP 5 el siguiente texto: "Que las normas de actuación para los vigilantes de seguridad de servicio y las normas sobre uso de los teléfonos para los vigilantes de seguridad desaparecieron en el turno de don C.N., turno de mañana del día 16.05.2000, a quien le fueron entregadas junto con el parte de servicio original en el que constaba la recepción de las mismas, no haciendo referencia en su parte a la recepción de norma alguna, no constando tampoco que los entregase a los vigilantes entrantes en el turno siguiente". 4º.- Modificación del HDP 7 y su sustitución por el otro con el siguiente texto: "El día 27 de abril de 2000, varios trabajadores, entre los que se encontraba el actor dirigieron a la empresa demandada un escrito en el que reivindicaban cuestiones referentes a antigüedad, vacaciones de trabajo y plus de complemento de personal. Que el actor no probó si en concreto, reivindicaba, alguna de las cuestiones referidas en el precitado escrito, siendo evidente que no tiene derecho a antigüedad ni a complemento de personal". 5º.- Modificación del HDP 8, y su sustitución por otro con el siguiente texto. "El día 4 de abril de 2000 se constituyó en Ceuta la sección sindical de UGT de la empresa demandada habiéndose nombrado delegado sindical a don A.A.L., siendo correctamente registrada el acta de constitución de dicha sección sindical.

Que con posterioridad se constituyó el día 24 de junio de 2000 por varios trabajadores de "S.S., S.L." en el Campus de Ferrol la Sección Sindical de la Unión General de Trabajadores, eligiendo como delegado sindical al

actor don C.N.F., nombramiento que fue notificado a la empresa el día 30 de mayo de 2000, a las 10,00 horas y que la empresa no reconoció.

Que la empresa tiene una plantilla que no supera los 700 trabajadores en todo el ámbito nacional, los 150 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia y no llegando a 10 trabajadores en el Campo Universitario de Esteiro en Ferrol, motivo por el cual la elección del trabajador C.N. como delegado sindical es nula".

En cuanto a la modificación pretendida en primer lugar, de Modificación /Adición del HDP 3 del párrafo con el texto que propone, tiene su sustento procesal en la documental obrante al folio 214 de los autos, consistente en carta de despido; y la misma no puede prosperar, por cuanto que el documento en que se apoya la parte recurrente para tratar de modificar la versión judicial de los hechos, ya han sido valorados por la juez "a quo", la cual, como razona en la fundamentación jurídica de la sentencia (cuando afirma que no resulta creíble que se le notificase al actor la carta de despido el día 28 de mayo al estimar insuficiente la testifical de los trabajadores de la empresa, que reconocen sus malas relaciones con el actor), la cual formó su convicción valorando los diversos datos y elementos que convergen en el proceso y la totalidad de las pruebas practicadas y no es lícito sustituir la versión objetiva e imparcial del juzgador, por el criterio interesado de la recurrente, además de que el documento invocado, a saber, la carta de despido, no es eficaz para el fin pretendido, no pudiéndose deducir de la citada carta la fecha de la notificación, lo cual se probaría con la testifical, ya valorada por la juez a quo en el sentido antedicho, y sin que pueda fundarse el motivo revisorio, directa o indirectamente en la testifical.

En cuanto a la modificación pretendida en segundo lugar, relativa a la sustitución de un párrafo por otro en el HDP 4º la misma es inadmisibile al no apoyarse en ningún medio de prueba documental o pericial, no citando la recurrente, ni directa ni indirectamente documento alguno en que se apoya.

En cuanto a la modificación interesada en tercer lugar, de adicionar al HDP 5º un nuevo párrafo, cuyo texto propone, y que tiene su sustento procesal en la documental obrante a los folios 234, 235 y 236 de los autos y dicha adición no cabe en los términos en

que esta proposta, ademais de que la documental invocada ya ha sido valorada por la juez "a quo" la cual formo su convicción valorando la totalidad de las pruebas practicadas y no es lícito sustituir la versión objetiva e imparcial del juzgador, por el criterio interesado de la recurrente.

En cuanto a la modificación instada en cuarto lugar, de sustituir el HDP 7º por el texto que propone, y que tiene su sustento procesal en la documental obrante a los folios 152 a 155 de los autos, la misma no puede prosperar al no desprenderse el texto propuesto del contenido de los documentos que invoca.

Y por último y en cuanto a la modificación pretendida en quinto lugar de sustituir el HDP 8º por el texto que propone, en cuanto a los dos primeros párrafos, no es admisible la modificación por cuanto esencialmente coincide el texto que se propone con el que se pretende sustituir, si bien con la particularidad de alterar en el texto que se propone el orden de párrafos para ajustarlo al orden cronológico de acaecimiento de los hechos, y el siguiente párrafo que se propone, tampoco cabe dicha adición, en los términos en que esta propuesta, al contener valoraciones jurídicas que no pueden constar en el relato fáctico (como lo es la referencia que se pretende incluir de que la elección del trabajador como delegado sindical es nula), si bien no hay inconveniente en admitir la adición referente al número de trabajadores con que cuenta la empresa demandada, en el ámbito nacional, en el ámbito de la comunidad autónoma de Galicia, y en el centro de trabajo del actor, y ello pese a la nula trascendencia para la resolución de la presente litio.

TERCERO.- Por el cauce procesal del apartado c) del artículo 191 de la LPL, la empresa recurrente invoca dos motivos de censura jurídica. Que en primer lugar denuncia la recurrente infracción del artículo 55.5 del ET así como la jurisprudencia del Constitucional (S 21/92, 7/93) alegando en síntesis que el trabajador no ha aportado indicios que generen presunción a favor de sus alegatos de discriminación. Tampoco este motivo debe prosperar. Ante todo debe resaltarse que la pretensión ejercitada en el proceso donde recayó la sentencia ahora impugnada, pretendía la declaración de nulidad del despido por discriminatorio y vulnerador de derechos fundamentales, de que el despido vino motivado por la imposición de la sanción de que la fue

objeto y la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC.

El TC en sentencia 87/98 de 21 de abril resume su doctrina acerca de la garantía de indemnidad por el ejercicio del trabajador de derechos fundamentales; y desde la sentencia del TC 38/81 la doctrina de dicho tribunal viene resaltando la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela del derecho fundamental de libertad sindical, (extensible a otros derechos fundamentales) en este sentido se ha señalado que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar previamente un indicio razonable de que el acto empresarial lesione sus derechos fundamentales (sentencia del TC 73/98).

Ahora bien, alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, sobre la parte demandada recae la carga de poner de manifiesto la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable su decisión, debiendo asumir en estos supuestos, la carga de probar, sin que resulte suficiente el intentarlo, que su actuación tiene causas reales extrañas a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales.

Pues bien en la sentencia de instancia, tanto en el relato fáctico, como en la fundamentación jurídica, con valor de hecho probado, constan la existencia de indicios suficientes para generar la sospecha razonable de que la extinción del contrato del actor responde a una medida discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales, en base a los siguientes hechos: 1.-El actor, en 27 de abril de 2000, junto con otros trabajadores solicitó de la empresa mejoras en sus condiciones de trabajo. 2.- el día 5 de mayo de 2000 el actor realizaba el turno que le correspondía a otro compañero, y tres días después la empresa le sanciona con un mes de suspensión de empleo y sueldo, sanción recurrida por el actor, no siendo sancionado el otro compañero de trabajo del actor, con quien este había cambiado el turno. 3.- la carta de despido se le notifica al actor, cuando a la demandada se le notifica la condición de delegado sindical del actor; y

ante estos indicios razonables de discriminación, la empresa demandada no ha logrado acreditar la existencia de causas suficientes y reales para calificar de razonable su decisión de despido, por cuanto que, por un lado fundamenta el despido en una sanción impugnada judicialmente y todavía no resuelta, lo que además resulta contrario al principio del “nom bis im idem”, además de que la falta imputada de no haber pedido autorización para el cambio de turno, según resulta del inmodificado relato fáctico, al no prosperar el motivo revisorio al respecto, lo cierto es que no había ninguna norma escrita en donde se le obligara a notificar el cambio. Y en cuanto a la segunda causa, la desaparición del original de un parte de servicio, y no mencionar en el mismo que se le han entregado unas normas, en primer lugar, no se ha acreditado que el actor hiciera desaparecer dicho parte. Y como corolario de todo lo razonado, no puede apreciarse la infracción denunciada en el fallo que se combate.

En ultimo lugar denuncia la parte recurrente, infracción de los artículos 10 y 13 de la ley orgánica de libertad sindical y el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad 1997-2001, alegando en síntesis que la empresa demandada no supera los 750 trabajadores, motivo por el cual no puede verse compelida a reconocer al actor la condición de delegado sindical, puesto que ya existe en la empresa otro delegado sindical, por lo tanto su elección es nula y negada por la empresa al trabajador la condición de delegado sindical es a este a quien le corresponde recabar la tutela de su derecho ante la jurisdicción competente, a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y no puede apreciarse en la sentencia de instancia las infracciones denunciadas, por las siguientes consideraciones: En primer lugar por cuanto que de no estar de acuerdo la empresa con la elección del actor por estimar que el nº de trabajadores de plantilla no dan derecho a elegir otro delegado sindical, es en principio una cuestión a ventilar en otro procedimiento, el legalmente establecido al efecto, ajena en principio a la presente litis, ostentando en principio el actor la condición de delegado sindical mientras no se impugna la elección en el procedimiento adecuado, y sin que sea admisible la negativa de la empresa al reconocimiento de la condición de delegado sindical del actor, por tanto no se aprecian las infracciones denunciadas.

En consecuencia,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “S.S., S.L.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. uno de Ferrol, en fecha 18 de julio de 2000, autos nº 426/00 y confirmamos la sentencia de instancia, condenando al recurrente a abonar en concepto de honorarios de letrado de la parte impugnante del recurso, la cantidad de 100.000 ptas.

3145 Recurso nº 74/2001

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. DECLARACIÓN DE EQUIVALENCIA DE TITULACIONES ÓS EFECTOS DE ACCESO A PROBAS DE PERSOAL PORTUARIO.

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

A Coruña, a ocho de marzo de dos mil uno.

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. 74/2001 interpuesto por la AUTORIDAD PORTUARIA DE A CORUÑA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandada LA AUTORIDAD PORTUARIA DE A CORUÑA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 712/00 sentencia con fecha 13 de noviembre 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) Que en el pasado mes de abril del corriente año se convocó un concurso-oposición de plazas de celadores guardamuelles de la

plantilla laboral de la Autoridad Portuaria de A Coruña. En la Base cuarta c) de dicha convocatoria, entre los requisitos para ser admitido a la realización de las pruebas selectivas, se establecía la de "acreditar la titulación mínima de FP-1 o equivalente". Tal exigencia se adecua a la establecida por el I. Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias./ 2º) Que con fecha 29 de abril se publicó en el tablón de anuncios de la Autoridad Portuaria de A Coruña un listado provisional de personas excluidas de la convocatoria de plazas de celadores guardamuelles por no poseer la titulación mínima exigida en el Convenio Colectivo para poder presentarse a dichas plazas. Los aspirantes excluidos poseen el título de Graduado Escolar y el listado contiene una "nota" que manifiesta que el título de Graduado Escolar no es equivalente a FP1./ 3º.- Que el sindicato demandante muestra disconformidad con la interpretación dada al Convenio Marco como a las bases del concurso, por cuanto que dicho Convenio Marco establece que: "se entiende por equivalente cualquier titulación que venga a sustituir a las anteriormente mencionadas, según la nueva ordenación académica establecida por la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)"./ 4º) Que la demandante solicita a través de la presente litis se declare que el título de Graduado Escolar es equivalente a FP1 a los efectos de acceder a un concurso-oposición de plazas de celadores guardamuelles del nivel 6 del I Convenio Marco".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: que estimando la demanda interpuesta por la representación del SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA, contra la AUTORIDAD PORTUARIA DE A CORUÑA, debo declarar y declaro que el título de Graduado Escolar es equivalente a FP1 a los efectos de acceder a un concurso-oposición de plazas de celadores guardamuelles de nivel 6 del I Convenio Marco, condenando a dicha demandada a estar y pasar por tal declaración".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimando la demanda interpuesta

por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia frente a la Autoridad Portuaria de A Coruña, declaró que el título de Graduado Escolar es equivalente a FP 1 a los efectos de acceder a un concurso oposición de plazas de celadores guardamuelles de nivel 6 del I Convenio Marco, condenando a dicha demandada a estar y pasar por tal declaración, se alza en suplicación la Autoridad Portuaria de A Coruña, fundamentando su recurso en dos motivos, en el primero de los cuales denuncia la infracción del artículo 2º de la Ley 29/98 de 13 de julio y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre competencia para el enjuiciamiento de los concursos para contratación de personal realizados por las Administraciones Públicas y, en un segundo motivo, denuncia la infracción del Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias y de la Ley Orgánica General del Sistema Educativo - Ley 1/90 - sobre equivalencia entre los títulos de FP 1 y Graduado Escolar.

SEGUNDO.- En relación con el primero de los motivos, por mas que en la instancia no fue planteada tal cuestión, relativa a la competencia de este Orden Jurisdiccional para la resolución del presente procedimiento de Conflicto colectivo, aún en la consideración de que se trate de una cuestión de orden público en cuya virtud este Tribunal tenga facultades para analizarla en este momento procesal, ha de rechazarse la tesis argumental esgrimida por el Organismo recurrente pues a medio de la demanda auspiciada por el Sindicato accionante no se está impugnando el concurso oposición o las bases del mismo convocado por la Autoridad Portuaria para cubrir plazas de celadores guardamuelles de nivel 6 del I Convenio Marco, de su plantilla laboral, sino que el objeto de la controversia viene constituido por la solicitud de la parte actora de que se declare por el Organo Jurisdiccional que, a los efectos de acceder a dicho concurso oposición, el título de Graduado Escolar es equivalente al título de FP 1, siendo así que, estableciendo la base segunda del mencionado concurso oposición que "la realización de estas pruebas selectivas se ajustará a lo establecido en el artículo 8 del I Convenio Marco de relaciones laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias", puede afirmarse la competencia del ámbito Jurisdiccional Laboral para el conocimiento y resolución de la problemática suscitada en la demanda rectora del presente procedimiento; en consecuencia, ha de rechazarse el primero de los motivos del recurso que formula el Organismo demandado.

TERCERO.- En relación con el segundo motivo del recurso articulado por la Autoridad Portuaria, en el que, haciendo un detallado análisis de la normativa que rige la materia relativa a las titulaciones escolares requeridas y sus equivalentes, llega la recurrente a la conclusión de que no puede afirmarse que el título de Graduado Escolar sea equivalente al de FP 1 para el acceso a las pruebas convocadas, cabe expresar que si desde la consideración de la normativa anterior a la LOGSE, la Orden de 26.11.75 determinó en su artículo 1º que “A los únicos efectos del acceso a empleos públicos o privados, se consideran equivalentes los títulos académicos oficiales de Bachiller Elemental, Graduado Escolar y Formación Profesional de primer grado”, reseñando en su artículo 4º que “Las anteriores equivalencias no tendrán, en ningún caso, valor académico, que sólo podrá obtenerse con las correspondientes convalidaciones”, una vez promulgada la referida LOGSE, 1/90, de 03.10.90, BOE 04.10.90, la Disposición Adicional cuarta de la misma determina que “El actual título de Graduado Escolar permitirá acceder al segundo ciclo de la enseñanza secundaria obligatoria y tendrá los mismos efectos profesionales que el título de Graduado en Educación Secundaria”, siendo así que el cuadro de equivalencias recogido en el Anexo I del Real Decreto 986/91, de 14/6, BOE 25.06.91, dictado en desarrollo de la antedicha Ley establece el “cuadro de equivalencias, a efectos académicos, de los cursos del sistema que se extingue, con los correspondientes a la nueva ordenación del sistema educativo (enseñanzas de régimen general”, en donde resulta que el “2º de Formación Profesional de Primer Grado”, del sistema anterior, es equivalente a “4º de Educación Secundaria Obligatoria y título de Graduado en Educación Secundaria”, por lo que si el título de Graduado Escolar “tendrá los mismo efectos profesionales” que el título de Graduado en Educación Secundaria y este, a su vez, es equivalente al título de FP1 del sistema antiguo, puede aseverarse que el título de Graduado Escolar, a los efectos de acceso al concurso oposición a que se contrae el presente litigio, es equivalente al título de FP1, sin que pueda olvidarse que según determina el referido Convenio Marco y recoge el ordinal 3º del relato histórico de la sentencia de instancia “se entiende por equivalente cualquier titulación que venga a sustituir a las anteriormente mencionadas, según la nueva ordenación académica establecida por la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)”.

CUARTO. En consecuencia, procede la desestimación del recurso articulado por la Autoridad Portuaria y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por la Autoridad Portuaria de A Coruña contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de esta Ciudad, de fecha 13 de noviembre de 2000, en autos nº 712/00, sobre conflicto colectivo, confirmamos la sentencia de instancia.

3146 Recurso nº 3.741/97

S.S. NOMEAMENTO COMO PERSOAL SANITARIO NON FACULTATIVO EVENTUAL ESTATUTARIO. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José M^a. Cabanas Gancedo

A Coruña, a nueve de marzo de dos mil uno.

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 3.741/97, interpuesto por Servicio Galego de Saúde contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 195 y 282/97 se presentó demanda por don A.J.B.G. y doña M.L.B.V. en reclamación de otros extremos (declaración de fijeza) siendo demandado el Servicio Galego de Saúde en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha treinta de junio de mil novecientos noventa y siete por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Que los actores comenzaron a

prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia del SERGAS en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscritos en fecha uno de marzo de mil novecientos noventa y tres, para la prestación de servicios como A.T.S., con idéntica categoría profesional en el centro de trabajo ubicado en Ourense, teniendo una duración igual a la de la campaña sanitaria de emergencias médicas y teniendo por objeto los contratos la realización de emergencias médicas./ SEGUNDO.- Que desde el inicio de la relación laboral doña M.L.B.V. prestó sus servicios en la base de helicópteros S.O.S. Galicia en Santiago, y don A.J.B.G. en la base de helicópteros S.O.S. Galicia en Ourense./ TERCERO.- Que en fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y seis se notificó a los actores que estando previsto que la actual campaña de emergencias médicas finalizara el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y seis en esa misma fecha se extinguía el contrato de trabajo de duración determinada suscrito con la Consellería./ CUARTO.- Que en fecha uno de enero de mil novecientos noventa y siete se expidió nombramiento provisional de personal sanitario no facultativo eventual fuera de plantilla a favor de los actores, por acumulación de tareas, para la prestación de servicios por parte de los actores como ATS participando en la cobertura sanitaria de situaciones extraordinarias en todo el territorio de la Comunidad Autónoma a requerimiento del Servicio de Prestaciones y Emergencias Médicas del Sergas y por término de un mes, nombramiento prorrogado, por idéntico término, en fechas uno de febrero de mil novecientos noventa y siete, uno de marzo de mil novecientos noventa y siete, uno de abril de mil novecientos noventa y siete y uno de mayo de mil novecientos noventa y siete./ QUINTO.- Que los actores continuaron prestando servicios ininterrumpidamente en la Central de helicópteros S.O.S. en Santiago de Compostela y Ourense, respectivamente./ SEXTO.- Que para acceder a la inicial contratación los actores debieron de superar un proceso de selección, previa convocatoria pública./ SÉPTIMO.- Que el nombramiento como personal sanitario no facultativo eventual fue intervenido en fecha siete de febrero de mil novecientos noventa y siete, siendo denegado el registro en el Instituto Nacional de Empleo por haberse presentado en fecha posterior a la finalización del mismo, y concretamente el dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete./ OCTAVO.- Que la Xunta de Galicia lleva contratando con la empresa "H., S.A." el servicio de helicópteros desde hace siete años, realizándose el contrato

por años completos./ NOVENO.- Que por Resolución de la Dirección General de Atención Especializada del SERGAS, de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y seis se notificó a los facultativos y ATS que prestan servicios en las Bases de Helicópteros S.O.S. los turnos de trabajo para el mes de enero de 1997, constando en ellos los actores en las bases de Santiago y Ourense./ DÉCIMO.- Que los actores formularon reclamación previa en solicitud de declaración de fijeza laboral, siendo desestimada por Resolución de fecha veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y siete".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por don A.J.B.G. y doña M.L.B.V., contra el Servicio Galego de Saúde, debo de declarar y declaro que la relación que vincula a los actores con la entidad demandada es laboral y de carácter indefinido, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme el Letrado de la Xunta de Galicia con que, en la sentencia de instancia se declare -después de afirmar en su relación fáctica, entre otros extremos, que los dos actores comenzaron a prestar servicios para el SERGAS, el 1 de marzo de 1993, en virtud de sendos contratos de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios, como A.T.S., con una duración igual a la de la campaña sanitaria de emergencias médicas y teniendo por objeto los citados contratos la realización de estas emergencias, prestando sus servicios doña M.L.B.V. en la base de helicópteros S.O.S. Galicia, en Santiago, y don A.J.B.G. en la base de helicópteros S.O.S. Galicia, en Ourense; que el 25 de noviembre de 1996 se les notificó que, estando previsto que la actual campaña de emergencias médicas finalizara el 31 de diciembre de dicho año, en esa fecha se extinguían los contratos suscritos; y que el 1 de enero de 1997 se les expidió nombramiento provisional de personal sanitario no facultativo eventual fuera de plantilla, por acumulación de tareas, para la prestación de servicios, como A.T.S., participando en la cobertura sanitaria de situaciones extraordinarias

en todo el territorio de la Comunidad Autónoma Gallega, a requerimiento del Servicio de Prestaciones y Emergencias Médicas del SERGAS, por término de un mes, que fue prorrogado, por idéntico término, en fechas 1 de febrero, 1 de marzo, 1 de abril y 1 de mayo de 1997-, que la relación, que vincula a las partes era laboral y de carácter indefinido; plantea recurso de suplicación, por la vía del apartado c) del artículo 191 del T.R.L.P.L., denunciando infracción de las Disposiciones Adicionales primera y cuarta del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero.

SEGUNDO.- A la vista de lo expuesto, el recurso planteado es viable, pues -dejando aparte la etapa en que los demandantes prestaron servicios para el SERGAS, en base a los referidos contratos de trabajo de duración determinada, que finalizó, previa comunicación a los mismos, el 31 de diciembre de 1996, y con relación a cuya finalización pudieron, en su caso, plantear las oportunas acciones de despido-, la que se inició el 1 de enero de 1997, tras su nombramiento provisional como personal sanitario no facultativo eventual fuera de plantilla, encaja en el marco estatutario, y ello trae como consecuencia que sea el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo, y no el de los Trabajadores el que deba regular la relación entre ellos existente, pues, la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero -posteriormente sustituido por el Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, y éste por la Ley 30/1999, de 5 de octubre, que permite el nombramiento de personal estatutario temporal de interinidad, de carácter eventual o de sustitución por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, por parte de los Servicios de Salud (artículo 7); pero que era el vigente en las fechas en que tuvieron lugar los hechos debatidos-, determinaba, en el párrafo primero, la posibilidad de incorporar personal temporal cuando fuere imprescindible por razones de servicio, y en el segundo, que el personal así nombrado podría mantenerse en la plaza hasta la incorporación a la misma de personal estatutario fijo designado para su desempeño, o hasta que la misma fuere amortizada (recogen, por otra parte, esta orientación, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1996, 9 de noviembre de 1999, etc.).

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por el Letrado de la

Xunta de Galicia, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Santiago, en fecha 30 de junio de 1997; con revocación de su fallo; y con desestimación de la demanda, formulada por don A.J.B.G. y por doña M.L.B.V., debemos absolver y absolvemos al SERGAS, de sus peticiones.

3147 Autos nº 15/00

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. LEXITIMACIÓN DA PARTE ACTORA. ÁMBITO DO CONFLICTO. CORRESPÓNDELLE O SEU COÑECEMENTO Ó XULGADO DO SOCIAL E NON Á SALA DO SOCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA.

Ponente: Ilmo Sr. D. Antonio Jesús Outeiriño Fuente

A Coruña, a nueve de marzo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presentes Autos sobre Conflicto Colectivo seguidos ante esta Sala de lo Social con el nº 15/00, entre las partes, como demandante, el SINDICATO MÉDICO PROFESIONAL DE PONTEVEDRA, representado por el letrado don M.H.G., y como demandado, el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE (SERGAS), representado por el letrado don L.J.V.F.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 3 de marzo de 1998 tuvo entrada en esta Sala de lo Social la demanda presentada por la parte actora, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad con lo pedido en la misma.

SEGUNDO.- Admitida a trámite dicha demanda, se señaló para el acto de juicio el día 18 de enero pasado, en el cual la parte demandada se opuso a la pretensión interpuesta y, tras la práctica de la prueba propuesta y admitida, ambas partes formularon sus

conclusiones definitivas, quedando los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Por providencia de 18 de enero de 2001 se acordó dar traslado de los autos al Ministerio Fiscal para que informase sobre competencia, siendo devueltas las actuaciones con el correspondiente informe el día 7 de marzo pasado.

Hechos que se declaran probados

PRIMERO.- Por el demandante, Sindicato Médico Profesional de Pontevedra, cuya implantación no consta se extienda mas allá de dicha provincia, se interpone el presente conflicto colectivo contra el Servicio Galego de Saúde, en el que se interesa: 1) Que los médicos que prestan sus servicios en los Equipos de Atención Primaria de la comunidad Autónoma de Galicia, o subsidiariamente de la provincia de Pontevedra, tienen derecho a disfrutar de una jornada de trabajo que no exceda de 48 horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, por cada período de 7 días en cómputo de 12 meses. 2) Que se declare idéntico derecho con respecto a los facultativos hospitalarios de la Comunidad Autónoma de Galicia, o subsidiariamente, de la provincia de Pontevedra. 3) Que dichos médicos, tanto los pertenecientes a los equipos de Atención Primaria, como los hospitalarios, por realizar el período de atención continuada cíclicamente y a distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas, tienen la condición de trabajadores a turnos, y en consecuencia, debe establecerse previamente su incorporación a este tipo de trabajo y periódicamente con posterioridad, las medidas de especial protección establecidas en el art. 12 de la Directiva 93/104/CE el Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo”.

SEGUNDO.- Consta acreditado en el proceso que el conflicto planteado únicamente afecta al Servicio de Atención Primaria de Ponteareas y al Hospital Meixoeiro de Vigo, Servicio de Cirugía.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la pretensión de demanda interpuesta por Sindicato Médico Profesional de Pontevedra se opone, en primer término, por el demandado Sergas las excepciones de falta de legitimación activa del sindicato accionante (art. 533 LEC de 1881, en relación con el art. 152.a) de LPL), y de falta de compe-

tencia funcional (arts. 533. 1 LEC de 1881, en relación con los arts. 2, 7.2 interpretado “a sensu contrario”, y 8 de la LPL), sobre la base de sostener -por un lado- que dicho sindicato carece de legitimación “ad processum” para promover el presente conflicto colectivo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, al tener únicamente implantación en la provincia de Pontevedra y no a nivel de toda la Comunidad Autónoma, tal como se desprende de la doctrina de TC que cita. Y, por otro, que la cuestión suscitada en el conflicto, o bien tiene un ámbito subjetivo que afecta potencialmente a todo el territorio nacional y a todos los facultativos que prestan servicios en Instituciones Sanitarias, en cuyo caso su conocimiento sería competencia de la Audiencia Nacional, o bien, subsidiariamente, dicha competencia corresponde a los Juzgados de lo Social de Pontevedra, al carecer el sindicato de legitimación para plantearlo a nivel de la Comunidad Autónoma, por haber concretado, con ese carácter subsidiario, como ámbito territorial la provincia de Pontevedra.

SEGUNDO.- El examen de las actuaciones y la valoración conjunta de las pruebas practicadas (art. 97.2 LPL), lleva a la Sala a la conclusión de que procede rechazar la excepción de falta de “letigimatio ad processum” y acoger la de incompetencia funcional en función de las siguientes consideraciones: 1.- Si bien no consta, ni ha sido acreditado, que el sindicato actor tenga un ámbito de implantación superior al de la provincia de Pontevedra, lo que en principio le impediría promover un conflicto colectivo a nivel de la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 152.a) LPL interpretado “a contrario sensu”), es lo cierto que desde el momento en que sus pretensiones subsidiarias de demanda se concretan solo al ámbito de la provincia de Pontevedra, ha de reconocérsele la referida legitimación procesal en dicho ámbito territorial a que se extiende su actuación. 2.- Cuestión distinta a lo anterior es la relativa a la competencia jerárquica o funcional que la parte demandada le niega. En efecto, en primer término, ha de rechazarse la referida excepción en cuanto se afirma que el conocimiento del asunto sería competencia de la Audiencia Nacional, pues el conflicto suscitado se produce *solo dentro de la Comunidad Autónoma Gallega*, a quien ha sido transferida la gestión de la sanidad y servicios sanitarios en su territorio, habiéndose creado para ello por la Ley del Parlamento de Galicia 1/1989, de 2 de enero, (modificada por la Ley 8/1991, de 23 de julio), el “Servicio Galego de Saúde”, como un organismo autónomo de carácter administrativo dotado

de personalidad jurídica propia, adscrito a la Consellería de Sanidad, cuya finalidad es la gestión de los servicios sanitarios de carácter público dependientes de la Comunidad Autónoma de Galicia y la coordinación integral de todos los recursos sanitarios y asistenciales existentes en su territorio, en el ámbito de su competencia (art. 1 de la referida Ley). Consecuentemente, extendiéndose también el ámbito subjetivo del conflicto sólo a personal médico dependiente del Sergas, es claro que no se da el supuesto previsto en el art. 8 de la LPL (conflicto colectivo cuyos efectos *se extiendan a un ámbito territorial superior al de la Comunidad Autónoma*), para estimar la competencia funcional de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

En segundo término, sí procede acoger, por el contrario, la invocada excepción cuando la parte demandada afirma que la competencia corresponde a los Juzgados de lo Social. Y es que tanto de la prueba documental como de la testifical practicada en el acto de juicio, en concreto, de las manifestaciones de los dos testigos que declararon en el mismo, se desprende que el conflicto planteado afecta al Servicio de Atención Primaria de Pontearreas y al Servicio de Cirugía del Hospital Meixoeiro de Vigo, pues nada se ha acreditado a propósito de que lo mismo suceda en los restantes centros de la provincia, desde el momento en que ello dependería del personal existente en cada centro. Incluso en demanda sólo se mencionan las jornadas y horarios de los Equipos de Atención Primaria de Pontearreas y del Servicio de Cirugía del Hospital Meixoeiro de Vigo, *ambos pertenecientes a la jurisdicción territorial de los Juzgados de lo Social de Vigo*, lo que comporta que si la provincia está dividida en las circunscripciones de varios Juzgados, y la cuestión se extiende sólo a una de ellas, la competencia funcional es entonces de los Juzgados de lo Social en cuya circunscripción se ha producido el conflicto, en este caso, los de Vigo, al no concurrir el presupuesto de aplicación previsto en el art. 7 apartado a) de la LPL, en relación con el art. 2 apartado l) de la referida norma (cfr. STS de 6/7/1994, Ar. 6.346) para reconocer la competencia de esta Sala de lo Social, pues, en último término, tampoco el proceso de conflicto colectivo nº 3/99 que se encuentra pendiente ante esta Sala coincide en su ámbito subjetivo con el presente. En consecuencia, de conformidad también con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede acoger la invocada excepción, indicando a las partes que podrán hacer uso de su derecho ante los Juzgados de lo Social de Vigo.

Fallamos

Que acogiendo la excepción de incompetencia funcional invocada por el demandado Servicio Galego de Saúde (Sergas), no abstenemos de entrar a conocer sobre las cuestiones planteadas en la demanda interpuesta por el actor, Sindicato Médico Profesional de Pontevedra, indicando a las partes que podrán hacer uso de su derecho ante los Juzgados de lo Social de Vigo.

3148 Recurso nº 4.818/00

S.S. REINCORPORACIÓN DO TRABALLADOR Á EMPRESA LOGO DE INVALIDEZ PERMANENTE. NON PROCEDE. ANTERIOR SENTENCIA FIRME QUE ESTIMARA A CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Elías López Paz

A Coruña, a nueve de marzo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.818/00, interpuesto por el letrado don M.C.A., en nombre y representación de don I.A.R., contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de los de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 343/00 se presentó demanda por don I.A.R., sobre RECONOCIMIENTO de DERECHO DE READMISIÓN, frente a la empresa "T., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de julio de 2000 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- El demandante prestó servicios a la empresa demandada "T., S.A." desde el

18.08.1970 con la categoría profesional de empalmador. Segundo.- En agosto de 1987 el demandante inició proceso de incapacidad laboral transitoria, pasando a la situación de invalidez provisional el 13.10.93, fecha en la que fue declarado afecto de invalidez permanente total. Tercero.- Con fecha 02.11.93 el demandante solicitó su reincorporación al servicio activo, lo que le fue denegado por la demandada con fecha 13.12.93; con fechas 20.12.96, 13.05.98 y 19.05.98 el demandado presentó nuevas solicitudes de reincorporación, lo que le fue denegado por la demandada con fechas 23.01.97, 02.06.98 y 27.05.98, respectivamente. Cuarto.- Con fecha 21.07.97 la empresa demandada remite al demandante comunicación escrita, en la que le participa que, en aplicación del Convenio Colectivo suscrito por "T., S.A." y sus trabajadores el día 28.05.97, el actor tiene dos opciones: 1ª: continuar pendiente de reincorporación al trabajo hasta tanto se produzcan plazas acordes con su capacidad; 2ª: o bien percibir la compensación correspondiente y cuya cuantificación la empresa fija en 31.498.189 pesetas. Quinto.- El demandante formuló demanda de despido contra la resolución de "T., S.A." de 27.05.98 en la que se le deniega la reincorporación, dando lugar a proceso por despido, autos 730/98 del Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid, en los que recayó sentencia de fecha 19.01.99, desestimatoria de la demanda, al estimarse la excepción de caducidad de la acción, recurrida en suplicación ante el T.S. de Justicia de Madrid, este dictó sentencia de fecha 13.07.99, confirmando la de instancia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por don I.A.R. contra "T., S.A.", absolviendo a la demandada de la pretensión de la misma. Notifíquese... etc."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que, desestimando la demanda sobre readmisión, absuelve a la empresa "T., S.A.", se interpone recurso por el demandante, articulando CUATRO MOTIVOS de suplicación, dedicando los tres primeros a la revisión de hechos probados y el cuarto referido al exa-

men de infracciones normativas y de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, se solicita la modificación del hecho probado quinto, proponiéndose el siguiente texto alternativo: *"El demandante formuló demanda de despido dando lugar a proceso por despido, autos 730/98 del Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid, en los que recayó sentencia de fecha 19.01.99 desestimatoria de demanda, al estimarse la excepción de caducidad de la acción; recurrida en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, éste dictó sentencia de fecha 13/7/99, confirmando la de instancia. Dicha sentencia fue recurrida en casación para la unificación de la doctrina en fecha 20.09.99, estando pendiente de resolución"*. En realidad, la modificación se ciñe a la referencia al recurso de casación que había sido interpuesto por la parte actora y que, en efecto, cuando se formuló la suplicación contra la sentencia de instancia, el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13.07.99, estaba pendiente, pero no de resolución, como se dice en la redacción propuesta, sino de "admisión a trámite"; por ello la modificación no puede ser admitida en los términos en que se halla redactada, no constando que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anteriormente mencionada, hubiese sido anulada.

En el segundo de los motivos se pretende la adición de un hecho probado nuevo con el ordinal "sexto", del siguiente tenor: *"La relación laboral del actor con "T., S.A." ha de considerarse como viva"*.

Por último, en el tercer motivo, dedicado a la revisión de hechos declarados probados, se pretende también adicionar un hecho probado nuevo, con el número siete y cuyo texto es del tenor literal siguiente: *"El actor está capacitado para desempeñar las funciones propias de la categoría laboral de Auxiliar de Edificios y Servicios. En fecha 05.08.99 se produjo una vacante en la categoría de Auxiliar de Edificios, mobiliario, concretamente la del Subalterno don R.H.V., vacante que no fue notificada al actor, ni concedida a éste, a pesar de que expresamente fue solicitada por aquél"*.

La adición propuesta tampoco resulta acogible por la Sala, porque ninguno de los documentos que se citan en soporte de la misma es eficaz e idóneo para servir de sus-

tento al texto propuesto: El obrante al folio 110 no refiere que pueda realizar funciones de la citada categoría, sino que indica que debe evitar la deambulación prolongada; y el obrante al folio 14 se trata de un documento elaborado por el propio actor, solicitando una vacante, y por ello es completamente inhábil a los efectos pretendidos.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, por no aplicarse denuncia infracción, por no aplicación, de lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil y del principio general del derecho *pacta sunt servanda*, citando sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11.03.97. Se alega por la parte actora-recurrente, en síntesis, que el demandante tiene derecho a una vacante en una plaza para la que se halla capacitado. La cuestión litigiosa ha de consistir en determinar, primeramente, si se da falta de acción, como apreció el Magistrado de instancia. La petición inicial formulada por el actor en la demanda se concretaba en lo siguiente: “...que se estime la demanda, condenando a la demandada a que readmita...” al actor. Con anterioridad al planteamiento de esta pretensión, la empresa demandada, “T., S.A.”, había comunicado al interesado en fecha 21 de julio de 1997 que, de conformidad con lo prevenido en el Convenio Colectivo suscrito, el actor tenía dos opciones: - 1º) Continuar pendiente de reincorporación al trabajo hasta tanto se produzcan plazas acordes con su capacidad (el actor había sido declarado en situación de incapacidad permanente total el 13 de octubre de 1993); - 2º) O bien percibir una compensación económica. El demandante solicitó el reingreso el 19.05.98, siéndole denegado por “T., S.A.” en fecha 27.05.98; y ante tal negativa, el actor formuló demanda de despido, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social número 15 de los de Madrid en sentencia de fecha 19.01.99, declarando caducada la acción ejercitada, entre otros, por el aquí demandante. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó la sentencia de instancia. Y formulado recurso de casación, no consta que la Sala IV del Tribunal Supremo hubiese anulado la sentencia recurrida, con lo cual ha de entenderse que ha ganado firmeza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13.07.99. Por lo tanto, ninguna vinculación laboral une al actor con la empresa telefónica; circunstancia ésta que le consta al demandante desde el momento mismo que ganó firmeza la indicada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Por ello no se

puede pretender la readmisión a un puesto de trabajo de la empresa “T., S.A.” en base a una relación laboral ya extinguida. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado, al no concurrir ninguna de las infracciones jurídicas reseñadas.

En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por don I.A.R. contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social núm. tres de los de Ourense en autos instados por el recurrente frente a la empresa “T., S.A.”, sobre RECONOCIMIENTO de DERECHO DE READMISIÓN, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3149 Recurso nº 136/2001

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. PERSOAL MÉDICO E ATS/DUE CORRESPONDENTE ÓS PUNTOS DE ATENCIÓN CONTINUADA. OBRIGA DE REALIZAR QUENDAS DE GARDA E PRES-TAR ATENCIÓN CONTINUADA.

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

A Coruña, a nueve de marzo de dos mil uno

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 136/2001 interpuesto por la FEDERACIÓN DE SANIDAD DE LA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG-SAÚDE) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por la FEDERACIÓN DE SANIDAD DE LA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA en reclamación de CON-

FLICTO COLECTIVO siendo demandado EL SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 546/99 sentencia con fecha 24 de octubre 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 las localidades de Tui y Pontearreas se constituyen en noviembre/98 el dispositivo de Atención Urgente Extrahospitalaria (DAUE), incorporándose al mismo los profesionales de las Unidades de Atención Primaria y aquellos pertenecientes al Servicio Normal de Urgencias, prestando servicios de atención continuada, y percibiendo la correspondiente retribución./ Segundo.- Por resolución del Subdirector Xeral de Atención Primaria de fecha 24.05.00 se acordó la constitución del Punto de Atención Continuada (PAC) de Tui, con fecha de inicio de 01.06.00, con ámbito geográfico de Tui y Tomiño. Por resolución de fecha 13.06.00 se acordó la construcción del PAC de Pontearreas con fecha de inicio 15.06.00 con ámbito geográfico de Pontearreas, Mondariz, Mondariz Balneario y Covelo./ Tercero.- En fecha 30.11.99 se firma un compromiso para el desarrollo de las Urgencias Extrahospitalarias entre las organizaciones sindicales y la Administración Sanitaria, especificando el funcionamiento, entre otras materias, de los Puntos de Atención continuada. En el apartado 1.2.1 se establece: “nas localidades nas que actualmente os profesionais non teñan que prestar atención continuada por existir dispositivos especificamente destinados a esta labor, o establecemento dun Punto de atención continuada non comportará a asignación ós profesionais das Unidades e Servicios de Atención Primaria de cargas horarias superiores as actuais agás que estes opten voluntariamente por asumilas previo ofrecemento da administración”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don X.C.P. en representación de la Federación de Sanidad de la Confederación Intersindical Galega (CIG-SAÚDE) contra SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, se absuelve al mismo de las pretensiones en su contra deducidas, teniendo por desistida a la parte actora de su demanda frente a la Conserjería de Sanidade e Servicios sociais”.

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 Federación de Sanidade Da Confederación Intersindical Galega la sentencia de instancia en solicitud de que con su revocación, se estime la demanda de conflicto colectivo; a cuyo efecto formula los siguientes motivos: al amparo del art. 191.b) LPL, interesa el recurso la adición de un nuevo H.P. (motivo 1º); al amparo del art. 191.a) LPL y con carácter subsidiario del anterior pide el recurso se repongan los autos al momento de dictar sentencia, con cita del art. 97.2 LPL (motivo 2º); y al amparo del art. 191.c) LPL denuncia el recurso la infracción del apartado 1-2-1 del Compromiso para el desenvolvimiento de las urgencias extrahospitalarias en relación con el art. 35 de la Ley 9/87 y con el art. 5.4 del Decreto 172/95, que aprueba el plan de urgencias extrahospitalarias de la CA de Galicia (motivo 3º).

SEGUNDO.- Interesa el recurso al amparo del art. 191.b) LPL “se añada un hecho nuevo al relato histórico de la sentencia que reproduzca, literalmente, el hecho 3º de la demanda...”; el hecho 3º de la demanda dice que el porcentaje de población cubierta por los Servicios o Unidades de Atención Primaria de Tui y Pontearreas no alcanzó el 50%, antes del 14.06.2000. Alega la parte recurrente al efecto de fundar la revisión los listados de población asistida aportados por demandada (folio 162) y actora (folio 172), así como el “resultado o resumen obtenido de su simple lectura”, obrante a los folios 173 y 174, que dice obtenido de los “listados” y explicado en juicio para su comprobación “desglosando los cupos médicos por profesionales, régimen (viejo sistema o modelo: APD y Zona; nuevo modelo o nuevo sistema: UAP), concello y cartillas. Y mostramos las cifras del censo de todos los concellos de las unidades afectadas en este litigio”; también alega que el hecho 3º de la demanda no fue negado de adverso y que reviste el carácter de hecho conforme, así como que la sentencia de instancia no se define al efecto.

La revisión merece las siguientes consideraciones: A) la única prueba eficaz para revisar en suplicación vía art. 191.b) LPL es la documental que obrante al folio 162 (prueba de la demandada) y 172 (prueba de la actora) contiene “resumen de cartillas” a mayo/98 y que abarca también los Municipios de Tui y

Tomiño y los de Ponteareas, Mondariz y Cove-lo (ámbito geográfico de los PAC de Tui y Ponteareas creados en mayo y junio de 2000), con indicación de activos, pensionistas y Mutualidades. Esta prueba ha sido aportada por ambas partes y justifica los datos existentes en lo relativo a “cartillas”, a población asistida, en los Municipios, entre otros, de los indicados de Tui, Tomiño, Ponteareas, Mondariz y Cove-lo; datos éstos que son los únicos que se pueden dar por acreditados e incorporar, dando por reproducido el contenido de los listados, a los H.D.P. No cabe otorgar eficacia probatoria en términos de suplicación a los “resúmenes” de los folios 173 y 174, pues no constituyen documento revisor en sí mismos sino elaboraciones de la propia parte; que además tampoco tienen apoyatura añadida, dado que no la supone la alegación de que fueron mostradas “las cifras del censo de todos los concellos...”, no constando en el acto de juicio lo obligado al efecto ni aportándose como documental los aludidos censos de población. Y B) Por otra parte, no cabe argüir que el hecho 3º de demanda sea, en sus propios términos, hecho conforme, pues la postura del Sergas en juicio no avala la afirmación. El Sergas contesta la demanda oponiéndose a la misma y formulando alegaciones concretas de hechos y derecho, e incluso tras la aportación de prueba, aparece manifestando (acta de juicio) respecto a la documental de la parte actora “que el relato de cartillas nada prueba porque se trata de un documento interno del Sergas no contrastado”.

Por consiguiente, se admite la revisión propuesta exclusivamente en el sentido de incorporar como nuevo H.D.P. los datos que a mayo/98 sobre número de cartillas, con sus desgloses y demás que se hacen constar, y respecto de las poblaciones de los municipios de Tui, Tomiño, Ponteareas, Mondariz y Cove-lo se explicitan en el folio 162 y 172, dando por reproducido su contenido. A este respecto, la sentencia recurrida no es que haya omitido pronunciarse sino que meramente incurre en una defectuosa valoración probatoria al no reflejar en los H.D.P. determinados datos sobre población asistida que surge de documental oportuna aportada al proceso por las partes.

En conexión con lo anterior se muestra el motivo 2º formulado en el recurso, en el que con carácter en todo caso subsidiario a la revisión de los H.P. interesada la parte actora pretende nulidad de actuaciones “para que se

incorpore al relato pronunciamiento sobre el hecho 3º de la demanda, con sujeción a lo previsto en el art. 97.2 del TRLPL”. Motivo inabrogable desde el momento en que la sentencia dictada en la instancia no padece ninguna incongruencia omisiva o un déficit sustancial de contenido, sino que ajustándose a las exigencias del art. 97.2 LPL meramente ha incurrido en cierto error de valoración probatoria cuyo cauce de denuncia y subsanación en ningún caso es el del art. 191.a) LPL, sino el del art. 191.b) de la LPL; cauce que utilizado por la parte ha dado lugar a la adición que se dejó puntualizada por ser lo procedente en términos de suplicación.

TERCERO.- Se indica en la demanda que el Conflicto afecta a los Servicios o Unidades de Atención Primaria que fueron transformados en PAC a partir de 01.06.2000 en el ámbito de la provincia de Pontevedra, y en ella a los de Ponteareas y Tui; y en este ámbito, al personal sanitario facultativo y no facultativo adscrito a sus respectivos servicios de atención continuada. En el recurso reitera la parte actora que “en el litigio se plantea si los profesionales, médicos y ATS/DUE, pertenecientes a los Servicios de Atención Primaria de Ponteareas y Tui (y no a los de urgencias extrahospitalarias) estaban obligados a realizar guardias de presencia física (atención continuada), tanto antes, como después de que dichos servicios fueran transformados en “Puntos de Atención Continuada” (PAC) lo que tuvo lugar en sendas fechas de mayo y junio del año 2000.”

En este contexto, son HDP los fundamentales siguientes: A) En Tui y Ponteareas se constituye en nov./98 el Dispositivo de Atención Urgente Extrahospitalaria (DAUE), incorporándose al mismo los profesionales de las Unidades de Atención Primaria y aquellos pertenecientes al Servicio Normal de Urgencias, prestando servicios de atención continuada y percibiendo la oportuna retribución (H.P. 1º). B) Por resolución del Subdirector Xeral de Atención Primaria de 24.05.00 se acordó la constitución del PAC de Tui, con fecha de inicio de 01.06.00 y ámbito de Tui y Tomiño. Por resolución de 13.06.00 se acordó constituir el PAC de Ponteareas, con inicio en 15.06.00 y ámbito de Ponteareas, Mondariz, Mondariz-Balneario y Cove-lo (H.P. 2º). C) Con fecha 30.11.99 se firma un compromiso para el desarrollo de las Urgencias Extrahospitalarias entre las organizaciones sindicales y la Administración Sanitaria, especificando el funcionamiento

de los PAC y cuyo apartado 1.2.1 establecía lo que se transcribe al H.P. 3º y D) Al folio 162 y 172 obran listados de resumen de cartillas a mayo/98, conteniendo los datos al efecto de los Municipios de Tui, Tomiño. Pontareas, Mondariz y Covelo.

A partir de lo expuesto ha de ser examinado el motivo del recurso formulado al amparo del art. 191.c) L.P.L. y con cuyo fundamento legal se interesa la estimación de la demanda; cuyo suplico es del siguiente tenor: 1- Se declare que los profesionales afectados por este Conflicto no estaban obligados a prestar turnos de guardia de presencia física correspondientes a atención continuada desde antes de que sus respectivos Servicios o Unidades de Atención Primaria fueran constituidos PAC. 2- Se declare que conforme al párrafo 1.2.1 del Compromiso relatado en demanda, los profesionales afectados por el conflicto no están obligados a soportar una carga horaria superior a la que tenían hasta el momento de constituirse sus centros en PAC, salvo que opten voluntariamente por asumirla previo ofrecimiento de la administración Sanitaria. 3- Se declare que, en consecuencia, no están obligados a hacer turnos de guardia ni en domingos ni festivos, ni en turnos de tarde o noche, en los restantes días de la semana, salvo su voluntaria aceptación.

CUARTO.- La infracción que denuncia el recurso al amparo del art. 191.c) L.P.L. se considera inviable. Como se viene a argumentar en la sentencia de instancia, el Decreto 172/95, de 18 de mayo, aprobó el Plan de Urgencias Extrahospitalarias de la Comunidad, creando los denominados PAC, cuyo fin es la prestación de la atención sanitaria urgente en el ámbito de la atención primaria en Galicia (art. 1). El art. 5 del Decreto dispuso que aprobada la creación de un PAC “todos los profesionales sanitarios de las localidades incluidas en su ámbito de cobertura pasarán a realizar sus turnos de guardia en el mismo, participando en la prestación de la atención continuada y permanente mediante la modalidad de presencia física...”. Es decir, se establece como principio general la obligatoriedad también del personal de los equipos de atención primaria en la realización de turnos de guardia participando en la prestación de la atención continuada; a partir de lo cual, el nº 4 del artículo citado establece una previsión para aquellas localidades “donde en la actualidad exista un servicio normal o especial de urgencias”, en que la atención continuada y permanente

“será asumida por el personal de los actuales equipos de atención primaria, conjuntamente con el personal de los servicios normales y especiales de urgencias, en cuanto estos se mantengan como tales, siempre y cuando el porcentaje de población cubierta por el nuevo sistema sea como mínimo del 50%”, sólo exceptuando de tal prestación en dichas localidades a los profesionales de atención primaria retribuidos por el sistema anterior al R.D. Ley 3/87 en tanto no se integren.

Es lo cierto que ya en este marco de nueva ordenación de la atención urgente extrahospitalaria y en tanto no se consumara la creación de los PAC, en noviembre de 1998 se constituye en las localidades de Tui y Pontareas el Dispositivo de Atención Urgente Extrahospitalaria (DAUE), cuya existencia -justificada por el Sergas- refleja la sentencia recurrida; la constitución en las localidades dichas de tal dispositivo implicó que la atención continuada pasara a ser prestada en ellos por los profesionales de los servicios normales de urgencia y por los profesionales de las respectivas unidades de Atención Primaria, que se incorporaron al mismo, percibiendo la correspondiente retribución; y ello ya conforme a los postulados del D. 172/95, en cuanto preveía tal participación en la prestación de la atención continuada y permanente mediante la modalidad de presencia física. Es con posterioridad, en 30.11.99, que se suscribe el compromiso entre Administración sanitaria y organizaciones sindicales para el desarrollo de las urgencias extrahospitalarias, especificando el funcionamiento de los PAC y estableciendo en su apartado 1.2.1 que en las localidades en las que actualmente los profesionales no tengan que prestar atención continuada por existir dispositivos específicamente destinados a esta labor, el establecimiento de un PAC no comportaría la asignación a los profesionales de las unidades y servicios de atención primaria de cargas horarias superiores a las actuales salvo que estos opten voluntariamente por asumirlas previo ofrecimiento de la Administración. Finalmente, es en junio de 2000 que entran en funcionamiento los PAC de Tui y Pontareas.

En consecuencia, los profesionales del colectivo de autos, pertenecientes a las unidades de atención primaria en Tui y Pontareas que fueron transformados en PAC en junio de 2000, ya venían realizando guardias y prestando atención continuada con anterioridad a la creación de los citados PAC; y lo venían haciendo incorporados al Dispositivo de Aten-

ción Urgente Extrahospitalaria constituido por el Sergas al efecto, a la postre un servicio de atención urgente que organizado por el Sergas en el ámbito de su competencia y responsabilidad, y en el contexto del D. 172/95 y del previo (en especial D. 200/93, de Ordenación de la Atención primaria en la C.A. de Galicia), incorporó a los profesionales del Servicio Normal de Urgencias y a los de las Unidades de Atención Primaria, materializando la situación de obligatoriedad al efecto, a partir de aquel marco dicho y de su propia incorporación al dispositivo. No cabe, por tanto, la petición formulada en el punto 1 del Suplico de demanda, no suponiendo obstáculo al efecto la previsión del art. 5.4 del D. 172/95 y lo alegado al respecto en el recurso, en el contexto del listado de cartillas aportado y de la alusión a su traducción a población cubierta hasta los PAC; por lo dicho anteriormente, estando referida la previsión a una forma de asumir la atención continuada en determinadas localidades en el contexto de la obligación de los miembros de los equipos de atención primaria de participar en los turnos de atención continuada, de lo que sólo se exige a concretos profesionales retribuidos por el sistema anterior al R.D. Ley 3/87, viniendo precisamente el colectivo de que aquí se trata realizando guardias y prestando atención continuada antes de surgir el PAC en el contexto de un dispositivo de atención urgente extrahospitalaria. Tampoco procede el punto 2 del suplico de demanda, pues en las localidades de Ponteareas y Tui los profesionales de la originaria Unidad de Atención Primaria estarían excluidos del ámbito de aplicación del punto 1.2.1 del compromiso alcanzado en 30.11.99, aún con su eficacia correspondiente para las partes que los suscribieron (Fundamento Jurídico 1º Sentencia de Instancia), dado que aquellos profesionales sí tenían que prestar atención continuada cuando se constituyeron los correspondientes PAC y venían prestándola; y es que el citado apartado del compromiso dispone que “en las localidades en las que actualmente los profesionales no tengan que prestar atención continuada...”. Consecuentemente, el resto de las peticiones del Suplico de demanda devienen también inacogibles por estar subordinadamente vinculadas a los pronunciamientos precedentes, que como se dijo no prosperan.

QUINTO.- Por las razones expuestas el recurso no se acoge, procediendo su rechazo y la confirmación de la sentencia de instancia, que no ha incurrido en las infracciones que se denuncian en Suplicación.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la Federación de Sanidade da Confederación Intersindical Galega (CIG-SAÚDE) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo de fecha 24.10.2000 en Autos de Conflicto Colectivo tramitados bajo el nº 546/2000 a instancias de la recurrente frente al Sergas, confirmamos la sentencia recurrida.

3150 Recurso nº 551/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. COMPLEMENTO DE INCAPACIDADE TEMPORAL. CONCEPTO DE SALARIO ORDINARIO E INCLUSIÓN NO MESMO DO PLUS POR HORAS NOCTURNAS. NON DEBE INCLUIRSE SE SE PERCI- BE ESPORADICAMENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Domínguez López

A Coruña, a quince de marzo de dos mil uno.

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. 551/01 interpuesto por doña M.M.C.O. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.M.C.O. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado XUNTA DE GALICIA-CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 645/00 sentencia con fecha veintiuno de diciembre 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.- Con fecha 14 de noviem-

bre de este año se presentó demanda por doña M.P.C.O. como presidenta del Comité Provincial de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, habiéndose sido autorizada para ello por el Comité en Pleno en acuerdo adoptado el 7 de junio, contra la Xunta de Galicia, Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, solicitando que se reconociese el derecho de los trabajadores de la Residencia Asistida de la Tercera Edad, de Vigo, y del CAMP de Redondela a percibir el plus de nocturnidad en los periodos de incapacidad temporal./ Segundo.- A los trabajadores de la Residencia Asistida de la Tercera Edad, de Vigo, y del CAMP de Redondela se les abona el plus de nocturnidad por las horas realmente trabajadas entre las 22 y las 6. En dichos centros se trabaja a turnos de mañana, tarde y noche./ Tercero.- La Xunta sólo abona la nocturnidad durante la incapacidad temporal a los trabajadores que realizan jornada de noche de forma ordinaria o que han sido contratados para realizar jornada nocturna, cuya retribución se incrementa en un 30%. Al resto les abona este incremento sólo por las horas trabajadas de noche, caso de los dos centros indicados, y no se le abona durante la situación de incapacidad temporal”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña M.P.C.O. como presidenta del Comité Provincial de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais contra la Xunta de Galicia, Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, debo absolver y absuelvo a ésta de las pretensiones contra ella deducidas”.

CUARTO.- Con fecha veintinueve de diciembre de dos mil se dicta auto de aclaración del tenor literal siguiente: “Que debía aclarar dicho error, en el sentido de que el nombre de la demandante es M.M.C.O. y no el M.P.C.O. que se hacía constar en el encabezamiento, en el primer hecho probado, y en el fallo”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó sus pretensiones, se alza la parte actora, que admitiendo el relato fáctico que contiene dicha resolución, en sede

jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia como infringidos los arts. 3.1, 26, 82, 83, 84 y 85 LET en relación con los arts. 19 y 32 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia. El argumento del recurso, consiste en alegar que el subsidio de incapacidad temporal de los trabajadores afectados por dicha normativa debe ser complementado por la demandada, hasta alcanzar una cuantía igual a la base de cotización del mes anterior a aquel en que se produce la baja por lo que la literalidad de la normativa convencional obliga a estimar la demanda.

Efectivamente, el art. 32 del Convenio Colectivo litigioso, en su primer párrafo establece que “En caso de baixa por ILT a Xunta de Galicia, a través da Consellería correspondente, incrementará o subsidio económico da seguridade social ata acadala contía igual á base de cotización do traballador/a do mes anterior a aquel no que se produza a baixa”, pero dicho precepto a continuación regula la situación en los centros asistidos, entre los cuales se encuentra el personal a que se refiere el presente conflicto, y para estos, en primer lugar se regula la exigencia de sustituir al trabajador de baja, en segundo lugar se distingue entre bajas, según su duración, de uno a tres días o superior a tres días, y cuando se refiere a las bajas con duración superior a tres días, sea cual sea la causa de la baja: enfermedad común, maternidad, accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral, en tales supuestos se determina taxativamente que “el trabajador percibirá el 100% de su salario ordinario desde el primer día de la baja hasta el fin de la ILT”, en consecuencia el mismo precepto, para el presente supuesto excepciona claramente la norma general establecida en el párrafo primero, pues ahora ya no se refiere a la base de cotización sino al salario ordinario que corresponda al trabajador, lo que exige determinar en cada caso -de los aquí interesados-, qué haya de entenderse por “su salario ordinario” y concretamente, sí el plus por horas nocturnas forma parte de ese salario ordinario para incrementarlo obligando a la parte demandada a aumentar el complemento del subsidio de incapacidad temporal.

SEGUNDO.- Para resolver este litigio no debe olvidarse que nos hallamos ante una mejora de seguridad social, pactada en convenio colectivo, y que como tal norma convencional ha de ser interpretada de acuerdo con lo establecido en el art. 1.281 y siguientes del

Código Civil, por cuanto el convenio colectivo goza de la condición de contrato entre partes, así como de acuerdo con el art. 3 de dicho texto legal en atención al carácter normativo de dichos acuerdos consecuentemente deberá atenderse a la literalidad de sus cláusulas y a la voluntad de las partes. La literalidad del art. 32 del citado pacto normativo obliga a distinguir entre los centros de trabajo de la demandada y los "centros de asistidos", pues para los primeros el complemento que debe efectuar al subsidio de incapacidad temporal se relaciona con la base de cotización del beneficiario y del mes anterior a la baja, mientras que para los segundos el concepto de referencia a completar es "el salario ordinario", conceptos evidentemente distintos, y lo que obliga al interprete a indagar en que haya de considerarse "salario ordinario" -pues el presente conflicto se refiere al segundo tipo de centros de asistidos-, para lo cual debe acudirse a lo dispuesto en el art. 27 de dicho convenio que regula la estructura del salario, distinguiendo entre salario base y complementos salariales, entre estos define los de antigüedad, plus de convenio al puesto de trabajo, peligrosidad, toxicidad y penosidad, y disponibilidad horaria, regulando en preceptos sucesivos las pagas extraordinarias y la retribución por horas extraordinarias; por tanto el plus de nocturnidad, en principio, no aparece regulado como una partida integrante de la estructura salarial, por lo que habrá que atenderse a su regulación específica prevista en el art. 19 de dicho convenio, encuadrado en el capítulo relativo a la jornada de trabajo y no al sistema retributivo, y conforme a dicho precepto puede ocurrir que el salario base se haya fijado teniendo en cuenta que la jornada es nocturna, en cuyo caso no se abona ningún plus de nocturnidad pues el salario ya atiende a tal circunstancia por lo que cual sea el salario ordinario a efectos de complemento de incapacidad temporal no plantea duda alguna; pero también puede ocurrir que se realice jornada nocturna sin que tal circunstancia haya sido tenida en cuenta para fijar el salario ordinario, en cuyo supuesto se percibe el plus de nocturnidad en cuantía del 30% sobre el salario que corresponda a la jornada ordinaria, percepción esta que se efectúa en atención exclusivamente al tiempo que efectivamente se trabaja de noche. Es en este supuesto donde se plantea el litigio, por cuanto aquí existen dos fórmulas de cobro del citado plus: a) cuando de antemano se sabe el número de jornadas anuales nocturnas que se van a efectuar, en este supuesto el plus se abona en cuantía fija cada mes; b) cuando no

se puede determinar cuantas jornadas nocturnas realizará el trabajador a lo largo del año, en cuyo caso el plus se abona cuando corresponda.

La demandada, cuando un trabajador del último supuesto, inicia incapacidad temporal no tiene en cuenta dentro del salario ordinario a completar, el importe del citado plus de nocturnidad, y la parte actora tampoco aclara en su demanda cual es su pretensión concreta, esto es, si debe computarse lo percibido por el concepto de plus de nocturnidad en promedio de los últimos seis meses, año, o simplemente del mes anterior a la baja; o si se refiere, incluso, a si debería abonársele el complemento teniendo en cuenta que el trabajador durante la baja tendría la obligación de realizar jornada nocturna y debería percibir el señalado plus. A pesar de la inconcreción de la demanda rectora de los autos, la Sala estima que, tanto en un supuesto como en el otro, por salario ordinario -a complementar-, ha de entenderse el que con carácter general y regularidad manifiesta viene percibiendo el trabajador en cada momento, sin que quepa tener en cuenta conceptos de índole indemnizatoria, ni aquellos conceptos retributivos que se perciban esporádicamente, y ello en atención a la razón de que el beneficio de seguridad social complementario pactado atiende, como finalidad principal, a mantener el nivel económico/retributivo ordinario del trabajador que inicia un período de incapacidad temporal, por lo que en tal sentido ha de entenderse el salario ordinario, sin incluir en él conceptos esporádicos, pues en caso contrario nos hallaríamos con que en algunos supuestos se vendría a percibir mas por no trabajar, aunque sea por enfermedad, que acudiendo ordinariamente al puesto de trabajo, con los efectos negativos y disuasorios que ello implica para la productividad, así lo entiende también STSJ de Canarias, Santa Cruz De Tenerife de 09.11.1999; por todo lo razonado, no vulnera la resolución recurrida los preceptos que se señalan como infringidos procediendo su confirmación, previa desestimación del recurso planteado. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por M.M.C.O. contra la sentencia dictada el 21.12.2000 por el Juzgado nº 1 de Vigo, en autos nº 645-2000, sobre conflicto colectivo, seguidos a instancias de la recu-

rente contra la XUNTA DE GALICIA- CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS, resolución que se mantene en su integridad.

3151 Recurso nº 931/01

S.S. PARALIZACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN. OFRECEMENTO INCOMPLETO OU INCORRECTO DO EMPRESARIO DE INDEMNIZACIÓN E SALARIOS DE TRAMITACIÓN. NON SE PARALIZAN.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a nueve de marzo de dos mil uno

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. 931/01 interpuesto por la empresa "I., S.A." 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.D.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado las empresas "I., S.A." y "C.C.C." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 26/00 sentencia con fecha veintidós de diciembre 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 el demandante prestó servicios a la empresa "I., S.A." como limpiadora y percibiendo un salario mensual de 113.202 pesetas con inclusión de pagas extras./ SEGUNDO.- El demandante inició su relación laboral con la empresa "I., S.A." como consecuencia de la suscripción de contrato de trabajo a tiempo parcial el día 18.06.98, con una duración hasta el 17.07.98, contrato que fue prorrogado sucesivas veces hasta el día 17.12.98; con fecha 28.12.98 el demandante suscribió contrato

con la empresa "I., S.A.", en dicho contrato se fija una jornada laboral de 5,30 horas a 9,30 de lunes a sábado (24 horas); con fecha 31.12.98 la empresa comunica al demandante "que de acuerdo con la reunión mantenida con usted el día 18 de diciembre de 1998, a partir del día 4 de enero a las 00,00 horas su jornada de trabajo será de 00,00 a 5,30 horas. La prestación de servicios del demandante se hacía en las dependencias de la sociedad "C.C.C., S.A." tiene en Ourense, empresa que tiene concertado el servicio de limpieza con la demandada "I., S.A."./ TERCERO.- El demandante, además de las funciones estrictas de limpieza realizaba otras como recogida y colocación de carros de limpieza y desarrollaba una jornada laboral de 34,5 horas semanales pues trabajaba sábados alternos; a esta jornada laboral le corresponde un salario mensual de 117.194.- pesetas./ CUARTO.- El demandante no ostenta cargo sindical alguno./ QUINTO.- Con fecha 04.01.00 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el SMAC en el que la demandada "I., S.A.", admitió la improcedencia del despido y ofreció al actor como indemnización la cantidad de 168.105 pesetas y 88.105 como salarios de tramitación, cantidades que no fueron aceptadas por el demandante".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda presentada por J.D.F. debo declarar y declaro la improcedencia del despido del demandante realizado por la empresa "I., S.A." con efectos 18.06.98 y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada "I., S.A." a que, a su opción y en el plazo de cinco días, readmita al actor en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que le indemnice en la cantidad de 258.284.- 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 3.906 pesetas/día. Asimismo DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la codemandada "C.C.C., S.A." de las pretensiones de la demanda. asimismo se advierte a la reconviniente "I., S.A." de que puede ejercitar las acciones correspondientes para reclamar la cantidad de 44.633.- pesetas, si le conviniera ante esta jurisdicción social".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda, declaró la improcedencia del despido, condenando a la demandada "I., S.A." a que, a su opción y en el plazo de cinco días, readmita al trabajador en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido, o le indemnice en la cantidad de 258.284.- pts. con abono en ambos casos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, a razón de 3.906.- pts/día. Absolviendo a la codemandada "C.C.C., S.A." de las pretensiones de la demanda; así mismo se advierte a la reconviniente "I., S.A." de que puede ejercitar las acciones correspondientes para reclamar la cantidad de 44.633.- pts., si le conviniera ante esta jurisdicción Social. Decisión judicial que es recurrida por la empresa condenada, pretendiendo, como primer motivo de recurso, la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicione al ordinal 5º de la sentencia un párrafo del tenor literal siguiente: "y que fueron ingresadas en la cuenta de consignación que al efecto estaba establecida, en cumplimiento del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores". Modificación que se acepta al estar acreditada por la documental, si bien es irrelevante, de conformidad con lo que se razonará posteriormente.

SEGUNDO.- Como segundo y tercer motivo de recurso denuncia, con amparo procesal en el art. 191.c) de la L.P.L. infracción del art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 1.248 del Código Civil, e infracción del art. 1.214 del mismo texto legal, mostrando su desacuerdo con el salario que se recogió en la sentencia de 117.119.- pts. así como sobre la jornada laboral de 34,5 horas semanales (33 horas semanales en jornada normal y 3 horas en sábados alternos), por entender que el Juez de instancia había tenido solamente en cuenta la prueba testifical, habiendo desconocido otros medios probatorios practicados en el acto del juicio, la prueba documental (a la que el juzgador ni siquiera se refiere), poniendo en tela de juicio el contenido de dicha prueba testifical y que en todo caso la carga de la prueba del tiempo trabajado y del salario correspondía al trabajador. Censura que se rechaza, pues, aparte de que la valoración de la prueba es facultad del juzgador, denuncia por la vía de infracción normativa –error en la valoración de la prueba testifical- algo que debió ser objeto de modifi-

cación por la vía de revisión de los hechos declarados probados.

TERCERO.- Como cuarto motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, denuncia infracción del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina y jurisprudencia que cita y se tiene por reproducida; así la recurrente viene a señalar en resumen, que se infringe dicho precepto al condenarla a pagar salarios de tramitación más allá de la fecha de conciliación, por cuanto existió un error excusable en el cómputo del salario regulador, así como en la antigüedad, por entender que el depósito de una indemnización inferior a la legal no enerva los efectos de limitación de salarios de tramitación si existe una razonada motivación de la empresa y no hay abuso de derecho por parte de la misma.

Tal como consta en el hecho probado quinto en su redacción actual –al aceptarse su revisión-, la empresa reconoció en el acto de conciliación la improcedencia del despido del trabajador demandante, ofreciéndole en dicho acto la cantidad de 168.508.- pts. por el concepto de indemnización y 88.105.- pts. por los salarios de tramitación, consignando dichas sumas en el Juzgado de lo Social en la cuenta de consignación, en el plazo de 48 horas, en cumplimiento del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores. La cuantía indemnizatoria se fijó partiendo de una antigüedad de 28.12.98 y un salario de 113.202.-pts. con inclusión de pagas extras. El trabajador demandante no aceptó el anterior ofrecimiento, mostrando su disconformidad con la antigüedad asignada y con el importe del salario mensual.

El ofrecimiento empresarial en el acto de conciliación, en modo alguno puede limitar el acceso de los trabajadores a la jurisdicción, por lo que en casos como el enjuiciado, en que se discrepe de las condiciones reconocidas por el empresario, nada impide que puedan demandar para obtener un reconocimiento judicial, en relación con pretensiones relacionadas con su cese.

Este derecho del trabajador en busca de la tutela judicial de sus pretensiones, no puede limitar, en absoluto, la finalidad del precepto que se denuncia como infringido, artículo 56.2 del E.T., introducido por la Ley 11/1994 de reforma del citado texto estatutario, precepto que permite "congelar" o detener el curso de los salarios de trámite cuando la opción

entre readmisión o indemnización corresponde al empresario, cuando éste reconoce en acto de conciliación previa la improcedencia del despido y ofrezca al trabajador la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado 1) del art. 56 del propio Cuerpo Legal, depositando en el Juzgado de lo Social, a disposición del trabajador, en el plazo de 48 horas siguientes al plazo de conciliación. A tales requisitos le ha añadido otro la Jurisprudencia, cual es, que también se ofrezca y consigne el importe de los salarios de trámite hasta aquel momento (sentencia de 4 de marzo de 1997, RJ 1997, 3.039). Por lo tanto, habiendo acudido el trabajador a la vía jurisdiccional, ejercitando pretensiones relacionadas con el despido pero que no son admitidas por el empresario, en este caso hay que distinguir dos supuestos claramente diferenciados, como se señala en diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre otros, en la de 10 de febrero de 1998: 1º.- Que las pretensiones del trabajador sean acogidas por la resolución judicial, total o parcialmente, lo cual implicará que el ofrecimiento empresarial en el acto conciliatorio era defectuoso o inadecuado, y por tanto el empresario no había cumplido con las exigencias y requisitos del art. 56.2 del E.T., bien por no ser correcta la calificación del despido como improcedente, bien por no ser la indemnización ofrecida la que realmente correspondía al trabajador –que, en definitiva es lo que se ventila en la presente “litis”. 2º.- Puede ocurrir, por el contrario, que todas las pretensiones planteadas por los trabajadores sean rechazadas, lo cual demostrará que los ofrecimientos empresariales eran correctos, y que el proceso seguido a instancia de los trabajadores era innecesario, al no tener derecho a esas pretensiones relacionadas con el despido.

En el primer supuesto (ofrecimiento incompleto o incorrecto del empleador) no sería de aplicación el número 2 del art. 56 del E.T., encontrándose justificadas las reclamaciones de los trabajadores, y consecuentemente, se deben salarios de trámite hasta la notificación de la sentencia. En el segundo, reclamaciones infundadas de los trabajadores, sería de aplicación el apartado 2º del art. 56 del E.T., y por tanto, el empleador gozaría del beneficio previsto en dicho precepto, debiendo abonar los salarios de tramitación exclusivamente hasta la fecha del acto conciliatorio.

En el caso enjuiciado, el juzgador de instancia acoge la pretensión del actor y, aplicando correctamente la doctrina jurispuden-

cial, llega a la conclusión –que se acepta por esta Sala- que ha de considerarse como antigüedad del demandante la de 18.06.98 en que inició la relación laboral con la empresa “I., S.A.” como consecuencia de la suscripción de un contrato de trabajo a tiempo parcial el día 18.06.98 con una duración hasta el 17 de julio de ese mismo año, contrato que fue prorrogado sucesivas veces hasta el día 17.12.98, suscribiendo un nuevo contrato temporal, a tiempo parcial el día 28.12.98, con una jornada laboral de 5,30 a 9,30 de lunes a sábado, pues, prácticamente no existió interrupción en la prestación de servicios (11 días), por lo que en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia consideraba como fecha inicial de la relación laboral la del primer contrato, al existir varios contratos suscritos sucesivamente y existir solución de continuidad, únicamente interrumpida por pequeños periodos de tiempo; y que el salario a tener en cuenta es el de 117.194.- pts., pues, el demandante, además de las funciones estrictas de limpieza realizaba otras como recogida y colocación de carros de la limpieza y desarrollaba una jornada laboral de 34,5 horas semanales, pues trabajaba sábados alternos (ordinal tercero). Consecuentemente, el presente caso resulta incardinable en el primero de los supuestos, dado que el trabajador tiene derecho a una antigüedad y salario distintos de los reconocidos por la empresa, y por tanto a un importe indemnizatorio mucho mayor, pues habiéndosele ofrecido al tiempo de la conciliación y consignando 168.508.- pts. y 88.105.- pts., respectivamente como indemnización y salarios de tramitación le corresponderían 258.284.- pts. y 109.368.- pts.. Por todo ello, el ofrecimiento empresarial realizado en el acto conciliatorio era incompleto, de ahí que no resulte de aplicación en el presente caso el nº 2 del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que la empresa recurrente deberá abonar salarios de trámite hasta la notificación de la sentencia de instancia, como acertadamente se resolvió en la sentencia recurrida.

CUARTO.- Lo razonado conduce a la desestimación del recurso, y, en definitiva a la confirmación de la sentencia que se impugna con las consecuencias previstas en los arts. 202.1.3 y 4 y 233.1, ambos de la L.P.L.. Por todo ello,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por

la empresa "I., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Ourense, de fecha veintidós de diciembre de dos mil, dictada en autos núm. 26/00 seguidos a instancia de don J.D.F., contra las empresas "I., S.A." y "C.C.C.", sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3152 Recurso nº 793/01

S.S. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. AXENTE COMERCIAL COLEXIA-DO. CONTRATO DE AXENCIA. CARGA DA PROBA DA RELACIÓN LABORAL. DIFERENCIA COA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DOS REPRESENTANTES DE COMERCIO. INCOMPETENCIA DE XURISDICCIÓN.

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

A Coruña, a quince de marzo de dos mil uno.

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 793/01 interpuesto por don A.C.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 540/00 se presentó demanda por don A.C.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el "P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veinte de noviembre 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 A.C.F., cuyos datos personales constan en autos, agente comercial colegiado, celebró en fecha 1 de febrero de 1976 con la empresa "P., S.A." contrato de comisión mercantil, extendiéndose hasta el 1 de enero de 1994 fecha en la que celebra contrato de agencia con la menciona-

da empresa. **SEGUNDO.-** Con fecha 8 de junio de 2000 la empresa "P., S.A." dirige escrito al actor con el siguiente tenor literal: "Muy Sr. Ntro.: Por medio de la presente, y de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, le comunicamos la resolución del contrato de agencia suscrito con Vd. con fecha 1 de enero de 1994, resolución que surtirá efectos desde el momento en que reciba la presente. La resolución de dicho contrato se basa en los reiterados incumplimientos de las obligaciones contractuales asumidas por Ud., y, en especial, las siguientes: Durante el último año no ha llevado a cabo Ud. Ni uno solo de los desplazamientos por la Comunidad Autónoma Gallega ni ha visitado a ninguno de los clientes que tiene asignado, obligación expresamente establecida en la Cláusula Tercera, apartado segundo del contrato, salvo que haya sido acompañado por otra persona de nuestra organización. No ha efectuado ni uno sólo de los viajes denominados de repaso ni el tercer viaje a los clientes interesantes comercialmente que están también recogidos en los epígrafes b y c de la Cláusula Tercera, apartado segundo. Y todo ello, a pesar de que se le ha requerido expresamente para ello en distintas ocasiones, habiendo alegado Ud. que "...para lo que voy a vender, no me compensa...". Tampoco se ha desplazado en ningún momento a nuestra sede central en Madrid, a pesar de que la Cláusula Tercera, apartado tercero del contrato, recoge la obligación por su parte de acudir a dicha sede dos veces al año (una al principio de la temporada de Otoño-Invierno, y otra al inicio de la temporada de Primavera-Verano) para recibir información acerca de las previsiones para dichas temporadas, características de los artículos a presentar y política comercial a desarrollar. A mayor abundamiento, se da el caso de que ha acudido Ud. a Madrid en distintas ocasiones para asistir a distintas Ferias del Sector a requerimiento de otras casas comerciales cuya representación Ud. ostenta y, ni siquiera se ha dignado Ud. en comunicar dicho viaje a "P., S.A." ni, mucho menos, acudir a nuestra sede 2000, acudió Ud., a la Feria de la Semana de la Moda en Madrid, extremo del que tuvimos conocimiento casual al encontrarnos con Ud. en la misma Feria, dando Ud. respuestas vagas y evasivas ante el requerimiento efectuado acerca de la sorpresa que nos produjo encontrarle allí y que no hubiera comunicado este extremo a "P., S.A.". Igualmente, ha desatendido Ud. la obligación asumida en virtud del apartado sexto de la Cláusula Tercera del Con-

trato, este es, se ha negado Ud. a realizar las gestiones de cobro de mercancías suministradas por "P., S.A." a clientes asignados en su zona, alegando que los desplazamientos sólo para cobrar no le compensan...". Tampoco ha cumplido Ud. la obligación asumida en virtud de la Cláusula Tercera, apartado primero del Contrato de 1 de enero de 1994, consistente en rendir cuentas quincenalmente de las gestiones desarrolladas en nombre de "P., S.A.", y especialmente, las relativas a pedidos realizados por los clientes, gestiones de cobro efectuadas, perspectivas de nuevos clientes, etc. Además, las escasísimas gestiones de venta que ha llevado a cabo, las ha realizado sin haber dado de baja ni actualizado los muestrarios que, puntualmente, le han sido remitidos por "P., S.A." Y, por último, no ha llevado Ud. a cabo la obligación principal asumida en el contrato, esto es, la promoción de venta de artículos comercializados por "P., S.A." con diligencia de un ordenado comerciante, por cuanto ha dedicado Ud. en su tiempo a otras empresas cuyos productos también representa, desatendiendo total y absolutamente las obligaciones contraídas con esta empresa, y llegando incluso, en las escasas ocasiones en las que, a requerimiento de "P., S.A." y en compañía de algún comercial de plantilla de esta empresa, ha efectuado visitas a clientes de la Comunidad Autónoma de Galicia, a establecer Ud. las fechas en que dichas visitas deberían llevarse a cabo, condicionando las mismas a otros compromisos por Ud. asumidos con otras empresas cuyos productos también representa y, en definitiva, y ante el retraso con que dichas visitas a clientes se produjeron, provocando que "P., S.A." salga al mercado en la Comunidad Autónoma de Galicia tarde, con el consiguiente perjuicio en las operaciones de venta. Por todo ello, y como se le indicaba al inicio de la presente carta, "P., S.A." da por resuelto el contrato de agencia suscrito con Ud. el 1 de enero de 1994, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, y debido a los incumplimientos contractuales absolutamente graves y reiterados por su parte, incumplimientos, que, debido a su entidad, frustran absolutamente las legítimas expectativas de "P., S.A." y el fin mismo de dicho contrato. Todo ello sin perjuicio, además, de poner en su conocimiento que "P., S.A." se reserva el ejercicio de las acciones legales oportunas en reclamación de los daños y perjuicios que su actuación nos ha irrogado. Finalmente, por medio de la presente la requerimos expresa y formalmente para que, en el improrrogable plazo de 72 horas siguien-

tes a la recepción de la presente ponga a disposición de "P., S.A." la totalidad de los muestrarios e instrumentos de trabajo que le han sido entregados para el desarrollo de las labores asumidas en virtud del Contrato de Agencia, comunicándonos el momento y lugar en que una persona de esta empresa pueda pasar a recoger los mismos". TERCERO.- El demandante posee un local de su propiedad en el que tiene los muestrarios, todo el material del que dispone en el citado local es de su propiedad pagando él todos los gastos inherentes al mismo y a su explotación. Goza de libertad e independencia para organizar su actividad y tiempo dedicado a la misma. La retribución del actor se compone únicamente de comisiones sobre las operaciones concertadas. CUARTO.- Se presentó papeleta de conciliación el 5 de julio de 2000, celebrándose el preceptivo acto el 25 de julio de 2000 con el resultado de intentada sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia invocada por la empresa "P., S.A." absuelvo a la demandada en la instancia".

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.- Solicita el actor en el recurso interpuesto lo siguiente: a) se declaren modificados los hechos en el sentido establecido en el motivo primero del presente recurso; b) declare la nulidad de la sentencia por insuficiencia de hechos declarados probados y reponga los autos al momento antes de ser dictada la misma para que, por parte del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, y con plena libertad de criterio, se dicte nueva resolución; c) declare la competencia de jurisdicción de orden social y anule la sentencia de instancia, reponiendo los autos al momento antes de ser dictada la misma por parte del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, para que por este Juzgado se dicte otra resolución que, con plena libertad de criterio, entre a valorar el fondo del asunto.

A estos efectos formula el recurso los siguientes motivos: 1) Al amparo del art. 191.b) LPL, interesa (motivo 1º) la revisión de

los H.D.P. 1º y 3º y la adición de uno nuevo como 3º bis. 2) Al amparo del art. 191.a) LPL, denuncia (motivo 2º) infracción de normas o garantías del procedimiento causante de indefensión, articulado de modo subsidiario al 1º motivo de recurso, con cita del art. 97.2 LPL y 3) Al amparo del art. 191.a) LPL denuncia (motivo 3º y último) infracción de los arts. 9.5 LOPJ, 533.1 L.E. Civil y 1 y 2.a) de la LPL en relación con los arts. 1.1 y 2.1.f) del E.T. y 1 del R.D. 1.438/85, en los integrales términos que obran en el motivo mismo.

SEGUNDO.- Siguiendo el propio planteamiento del recurso, procede examinar en primer término la revisión que de los HDP se interesa. Planteamiento tanto más correcto cuanto que la sentencia de Instancia no está viciada por causa de nulidad alguna, puesto que la misma presenta el contenido preciso al efecto, tanto en H.P. como en Fundamentos de Derecho, siendo cuestión distinta la revisión de aquellos y/o el examen de estos que puedan proceder por la vía del art. 191.b) y c) LPL. Por encima, no cabe olvidar que las afirmaciones de hecho aunque estén efectuadas en la Fundamentación Jurídica tienen un indudable valor fáctico y han de ser tenidas 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. 1.43/00, 5-mayo-00 R. 1.149/97, 12-mayo-00 R. 1748/00...), pudiendo ser objeto de revisión, consecuentemente, los tales hechos incluidos en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia recurrida.

Sin perjuicio de lo anterior, y sirviendo en todo caso como contexto de la revisión de los HDP y de los demás motivos del recurso, recordar que la Jurisprudencia (S.S. del T.S. de 18.12.87, 17.05.88, 23/1, 6/2, 5/3, 05.11.90), reproducida por este Tribunal (ss. 01.06.95, 29.10.96, 16.01.97, 06.07.98, 24.05.99), afirma que la naturaleza de orden público (art. 9.1 y 6 Ley orgánica del poder judicial) que es propia de la excepción de incompetencia de jurisdicción, faculta a la Sala para valorar en su integridad el material probatorio incorporado a los autos, sin vinculación estricta a las declaraciones de la resolución impugnada.

TERCERO.- Aduciendo la documental de los folios 212 a 215, interesa el recurso se

adicione al H.P. 1º lo siguiente: el actor venía percibiendo una retribución media de 374.851 ptas. mensuales, equivalente a 12.495,03 ptas. diarias. La revisión procede en la forma y por las consideraciones siguientes: A) A los folios indicados obran relaciones de comisiones expedidas por "P., S.A." devengadas por el actor y referidas a los 4 trimestres de 1999, siendo el "total factura" de cada trimestre el siguiente: 319.289 ptas. (1º trimestre); 1.019.786 ptas. (2º trimestre); 615.515 ptas. (3º trimestre); y 1.236.942 ptas. (4º trimestre), sin perjuicio del desglose que contiene cada relación. Y B) Por consiguiente, por el tipo de documental y porque procede de la propia empresa la revisión procede, máxime dada su armonía con la declaración contenida en el H.P. 3º de que el actor era retribuido "únicamente de comisiones sobre las operaciones concertadas"; sin embargo, por el contenido dicho de la documental y el contexto de autos, lo único procedente es incorporar al H.P. 1º que el actor percibió de "P., S.A." en 1999 y por comisiones devengadas en cada trimestre del propio año las cantidades indicadas y que figuran en las relaciones obrantes a los folios 212 a 215, cuyo contenido en todo caso se da por reproducido.

CUARTO.- Interesa asimismo el recurrente se suprima del HDP 3º la frase: "goza de libertad e independencia para organizar su actividad y el tiempo dedicado a la misma". Dice la parte al efecto, y no es otro el fundamento de su pretensión revisora, que la frase cuestionada supone "una clara valoración jurídica que es predeterminante del fallo, de indebida ubicación en el relato fáctico...". En el contexto integral del H.P. 3º la frase de que se habla, entendida en su verdadero sentido de relatar la forma en que realmente asumía y llevaba a cabo el actor los servicios respecto de "P., S.A.", no supone ni un concepto jurídico ni un juicio de valor; simplemente describe la situación de hecho habida -y acreditada según el imparcial criterio judicial de Instancia- a la hora de organizar actividad profesional y tiempo de dedicación por parte del actor; que además -y al margen de otras pruebas- se corresponde con lo que al respecto se previó en el contrato suscrito en 1994 (folio 79) y significa autoorganización. Consecuentemente, no cabe la pretendida supresión interesada del inciso, si bien la Sala considera procedente eliminar del mismo el término "independencia", por resultar no ya apropiado al efecto cuanto innecesario para describir la situación de hecho antes aludida (incluso en la impugnación del recurso se

viene así a explicitar al decir “P., S.A.”: “...ya que establecer que el actor gozaba de libertad para organizar su actividad y el tiempo dedicado a la misma, no constituye...”), sin perjuicio de que a la hora del examen del derecho aplicado se pueda retomar ya en aras de una calificación jurídica de la relación, como hace la sentencia recurrida en su fundamento jurídico 3º. En ningún caso el contenido del H.P. 3º que se mantiene predetermina el fallo; por lo dicho y porque la existencia o no de relación laboral entre las partes debe concluirse en función de una serie o conjunto de factores diversos; a mayor abundamiento, ya se dejó dicho que la Sala, a los efectos de la incompetencia de jurisdicción, puede valorar en su integridad el material probatorio de autos.

QUINTO.- Por último, interesa el actor se declare, como HP 3º bis, lo siguiente: La empresa demandada fija los objetivos anuales de ventas que debe cumplir el actor. También dicta las instrucciones comerciales en cuanto a la apertura de las cuentas, visitas a clientes y tarifas de precios. El actor cursa los pedidos que realizan los clientes en impresos de la empresa demandada; estos pedidos son reme-sados directamente por la empresa a los clientes, siendo la empresa quien percibe el importe de las ventas. La empresa aprueba los créditos que se conceden a los clientes.

La revisión merece las consideraciones siguientes: A) Procede incorporar como probado que “P., S.A.” elaboraba presupuestos genéricos de importes de ventas, en concreto para 1999, que consideraba objetivos a conseguir, y así lo participó al actor; lo cual se deduce en concreto de la documental del folio 216 (reconocida en juicio por el Jefe de Ventas que lo suscribió). B) Asimismo procede declarar probado que “P., S.A.” daba ciertas instrucciones y criterios comerciales en cuanto a la apertura de cuentas, visitas a clientes (en ningún caso fijando rutas u horarios) y tarifas de precios; por así resultar fehacientemente acreditado de documental aportada a los folios 217 y ss., y 232 y 233, alegada al efecto. Y C) Finalmente, la documental de los folios 356 y siguientes acredita debidamente que el actor cursaba los pedidos que realizaban los clientes en impresos de la demandada, si bien iban encabezados por la denominación “Chamonix”, remitiendo ya el pedido la empresa al cliente y percibiendo el importe de las ventas; asimismo, la empresa aprobaba los créditos a los clientes, como muestra la documental de los f. 219 y siguientes (todo ello también en

armonía con la confesión en juicio del administrador único de la empresa).

Lo que se dejó dicho y que se adiciona como H.P. 3º bis en absoluto entra en contradicción fáctica con el párrafo del H.P. 3º cuya supresión interesó también el recurrente y que se dejó anteriormente resuelta; por el contenido mismo y alcance de lo adicionado y porque la declaración del H.P. 3º se refiere exclusivamente a la forma (libre) en que el actor organizaba su actividad y el tiempo dedicado a “P., S.A.”.

SEXTO.- La infracción que del art. 97.2 LPL se denuncia al amparo del art. 191.a) LPL en el 2º motivo del recurso no resulta acogible, que además se plantea de modo subsidiario respecto al de la revisión de los HDP, y en especial en función de que la Sala accediese a suprimir del H.P. 3º la frase que se dejó indicada en Fundamentos precedentes, lo que, en lo esencial, no fue admitido.

La sentencia dictada en la instancia, tanto ex ante como ex post revisión de sus HDP interesada en Suplicación, contiene todos los requisitos exigidos por el art. 97.2 LPL, tanto en hechos como en Fundamentación Jurídica, estando debidamente motivado el pronunciamiento que contiene. No padece, pues, deficiencia esencial valorable alguna, ocasionante en suma de nulidad de la Resolución; y desde luego, no impidiendo ni a la parte actora recurrir frente a la misma con la debida defensa ni al Tribunal resolver en suplicación la cuestión planteada y debatida; máxime tratándose ésta de cuestión de competencia de jurisdicción (la Sentencia de Instancia desestima la demanda acogiendo incompetencia de jurisdicción), en que la vinculación a los H.D.P. no es rígida, como anteriormente y con criterios jurisprudenciales explicitados se dejó dicho. En suma, no cabe decretar la nulidad de la sentencia de instancia por insuficiencia de H.P., no concurriendo la infracción del art. 97.2 L.P.L., y el segundo motivo del recurso decae.

SÉPTIMO.- La infracción que denuncia el recurso en su tercer y último motivo va dirigida a sostener que la vinculación del actor con “P., S.A.” era la propia de una relación laboral; explicitando el motivo como alegación final lo siguiente: “En resumen, concurren los elementos definitorios de la dependencia, “entendida como situación del trabajador sujeto, aunque de modo flexible y no rígido ni intenso, a la esfera organicista y rectora de la empresa, y de la ajeneidad que constituyen los

elementos esenciais que diferencian a relación de traballo de outros tipos de contrato” (STS de data 29.12.99)...”

OCTAVO.- Están acreditados en el proceso los fundamentais hechos siguientes: A) El actor, agente comercial colegiado, celebró en 01.02.76 con la empresa “P., S.A.” contrato de comisión mercantil, extendiéndose hasta el 01.01.94, en que se celebra contrato de agencia con la empresa, al amparo del la Ley 12/92 y que obra incorporado a autos (H.P. 1º). B) En 08.06.2000 “P., S.A.” resuelve el contrato de agencia mediante carta que se transcribe en el H.P. 2º. C) El demandante posee un local de su propiedad en el que tiene los muestrarios, siendo de su propiedad todo el material del que dispone en el local y pagando él los gastos inherentes al mismo y a su explotación; asimismo, goza de libertad para organizar su actividad y el tiempo dedicado a la misma; se le retribuía por “P., S.A.” únicamente con comisiones sobre las operaciones concertadas, que en 1999 se elevaron a la cantidad que se dejó fijada en el Fundamento precedente 3º (H.P. 3º). D) Constan también los pormenores que sobre objetivos, apertura de cuentas... se dejaron consignados en el precedente Fundamento 5º. Y E) Desde 1994 el actor es representante de productos de otra empresa (Fundamento Jurídico 3º de la sentencia recurrida; también reconocido en el recurso mismo, así como que no tenía horario fijo, que estaba afiliado al RETA, que firmaba facturas con NIF e IVE...).

NOVENO.- Tal como hemos recordado en anteriores ocasiones (así, las SS de 18-marzo-93 R. 4.305/92, 15-febrero-95 R. 4.341/94, 14-febrero-96 402/96, 25-enero-99 R. 47/96 y 5-febrero-99 R. 5.375/98), es ciertamente a quien alega la existencia de contrato de traballo al que incumbe demostrar la existencia del mismo, de acuerdo con el art. 1.214 CC (SSTS 23.01.90 Ar. 196 y 05.03.90 Ar. 1.757); y esta carga probatoria ni siquiera llega a ser atenuada por el art. 8.1 E.T., dado que el precepto ni siquiera contiene propiamente una presunción iuris tantum de laboralidad (al modo de la que contenía el art. 3 LCT), sino más bien una definición de la relación laboral (doctrinalmente se la califica como una “redefinición” del contrato de traballo), de manera que para que actúe la indicada “presunción” del art. 8.1 ET es preciso que la actividad se preste “dentro del ámbito de organización y dirección del otro” y que el servicio se haga “a cambio de una retribución”, (SSTS de 23.01.90

Ar. 196, 23.01.90 Ar. 197, 05.03.90 Ar. 1.756, 23.04.90 Ar. 3.480 y 21.09.90 Ar. 7.926), o lo que es igual, la operatividad de la presunción impone el acreditamiento de la prestación de servicios bajo las notas de ajeneidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla (SSTS 23.10.89 Ar. 7.310 y 25.03.91 Ar. 1.894), que son precisamente las notas características del contrato de traballo en su configuración por el art. 1 ET (SSTS 7-junio-1989 Ar. 4.546, 13-noviembre-1989 Ar. 8.041, 5-marzo-1990 Ar. 1.755, 4-junio-1990 Ar. 5.006, 6-junio-1990 Ar. 5.027, 30-noviembre-1990 Ar. 8.618, 27-mayo-1992 Ar. 3.678, 25-mayo-1993 Ar. 4.121, 29-septiembre-1993 Ar. 4...); dependencia que constituye la nota distintiva y angular de la relación laboral (STS 14.05.90 Ar. 4.314) y que no ha de ser entendida como una subordinación absoluta, sino más bien como obediencia a las órdenes e instrucciones del empresario para la ejecución del contrato, en términos que van más allá del cumplimiento propio de toda obligación (SSTS 13.11.89 Ar. 8.041 y 29.05.90 Ar. 4.517), o como el sometimiento a la esfera organicista, rectora y disciplinaria (SSTS 23.10.89 Ar. 7.310).

Con carácter genérico ha de indicarse que la diferenciación entre el contrato de agencia regido por la Ley 12/1992 y la relación laboral especial de los mediadores mercantiles regulada por el RD 1.438/1985 radica esencialmente -STS 2-julio-1996 Ar. 5.631- <<en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia ésta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare>>.

La STS de 17.04.2000 (Ar. 3.964) se hace eco de la STS de 02.07.96 citada y reitera su doctrina, argumentando que no siendo determinante de la laboralidad el responder del buen fin de las operaciones (a partir del art. 1 del la Ley 12/92) u otros factores, existe “la necesidad de encontrar otro dato de diferenciación que la Ley lo establece, atendiendo al criterio de la dependencia, entendiendo que

existe esa vinculación, si quien se realiza a estas funciones de mediación no puede organizar su actividad profesional, y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios y tiene que seguir las instrucciones de la empresa. Esta doctrina es la seguida por la sentencia combatida y por esta Sala, pues como ha señalado la sentencia del 2 de julio de 1996 (RJ 1996, 5.631): <<La delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el artículo 2.1.f) del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el Real Decreto 1.438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1986, determina en términos imperativos esta última Ley...>>.

En el caso de autos, los extremos fácticos que quedan indicados en el Fundamento precedente ponen de manifiesto que se está en presencia de un contrato de agencia, suscrito al amparo de su normativa específica, y dotado de las notas características de la relación mercantil, hallándose ausentes las notas esenciales de la relación laboral, ordinaria o especial. Al respecto, las siguientes consideraciones: A) El contrato suscrito el 01.01.94 es el típico contrato de agencia mercantil, previniéndose en él que el actor se obligaba a promover la venta de productos y artículos de “P., S.A.” “como intermediario independiente”, gozando el agente en el desempeño de su labor “de plena libertad e independencia para organizar conforme a su propio criterio, tanto su actividad profesional como el tiempo dedicado a la misma...” B) De hecho, el actor vino realizando la labor para “P., S.A.” en condiciones plenamente armónicas con tal relación mercantil: posee local propio, donde tenía el material profesional y era el actor quien abonaba todos los gastos del mismo y de su actividad (teléfono, mobiliario...); gozaba de libertad para organizar su actividad profesional y tiempo dedicado a la misma; establecía con autonomía rutas y horarios; cobró exclusivamente comisiones sobre operaciones realizadas, con facturas comprensivas de la comisión con IVA y IRPF; estaba afiliado al RETA y prestaba servicios para otras empresas... Y C) De tal cúmulo de circunstancias, tampoco declarándose habidas solicitudes vacaciones o permisos, bajas, sanciones..., sólo resulta concluyente que el actor no efectuaba su labor de agencia para la demandada en régimen de dependencia, quedando excluida la laboralidad

de la relación, sin que obste a ello que recibiera de “P., S.A.” ciertos criterios e instrucciones generales en cuanto a los productos cuya venta aquél promovía y tarifas de precios, objetivos genéricos, aperturas de cuentas a clientes o créditos a los mismos... y demás a que también alude la sentencia de instancia en su Fundamento Jurídico 3º. Y es que a partir de que la propia Ley 12/92 (artículo 10) establece como obligación del empresario poner a disposición del agente los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional, que es (arts. 1 y 5) tanto promover actos y operaciones de comercio por cuenta ajena como promoverlos y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, no desvirtúa la ausencia de dependencia y la no laboralidad de la relación aunque el agente reciba ciertas instrucciones generales, como las del caso presente, en puridad inherentes al dueño del negocio y a las necesidades del mercado subyacentes en el contrato de agencia y justificantes del mismo y dirigidas a posibilitar, en armonía con ello, la actividad independiente del agente (precios de los productos comercializados, crédito a clientes...); como tampoco la desvirtúa la remisión del pedido a la empresa y, a partir de ahí, el desarrollo de la relación de venta ya entre el cliente y “P., S.A.”, en lo que también subyace que la empresa sólo conocía las operaciones hechas por el actor al recibir el pedido. La dependencia fundamental a los efectos de calificar la relación como laboral ha de venir dada, esencialmente, por la sujeción a horarios determinados, organización concreta de la actividad profesional, con fijación ex ante de específicos itinerarios y visitas, procedimientos reglados de captación de clientes... en un contexto armónico. Una valoración integral de todo lo oportuno lleva a desechar en el caso de autos la laboralidad de la relación.

En definitiva, por las razones expuestas, el recurso, no resulta acogible, de tal manera que la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción normativa que se denuncia y procede, con rechazo de aquél, su confirmación, ajustándose a derecho el pronunciamiento habido, desestimatorio de la demanda acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don A.C.F. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social

nº 2 de Lugo de fecha 20.11.2000 en Autos nº 540/2000 seguidos a instancias del recurrente frente a la empresa "P., S.A.", confirmamos la sentencia recurrida.

3153 Recurso nº 03/0007495/1997

S.CA. PRESUNCIÓN DE VERACIDADE DAS ACTAS DE INFRACCIÓN DOS INSPECTORES DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL. AÍNDA QUE O INSPECTOR NON POIDA COMPROBAR IN SITU A VERACIDADE DOS FEITOS, SE ESTES SE PODEN INFERIR DE DOCUMENTOS DE POSESIÓN OBRIGATORIA, A PRESUNCIÓN TEN PLENOS EFECTOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, dieciséis de marzo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007495/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.P., S.A.", domiciliado en C/... (Pontevedra), representado por doña M.A.F.R. y dirigido por el Letrado doña M.C.H.G., contra Resolución de 18.12.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en Vigo de la Consellería de Xustiza, Interior e R. Laborais sobre acta de infracción nº 1.215/94; Expte. nº 301/96. Es parte la Administración demandada CONSELLERÍA DE 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 5 de marzo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El presente recurso tiene como objeto determinar si la resolución impugnada es o no conforme con el Ordenamiento, resolución en virtud de la cual se le impone al recurrente sanción de 250.000 ptas. por el quebrantamiento del art. 10.9 de la Ley 8/88 de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La parte actora como basamento de su recurso alega que no existe prueba de la infracción denunciada, negando que la presunción de certeza del Acta de Infracción se extienda a las simples apreciaciones globales, juicios de valor, o calificaciones jurídicas del Inspector, invocando, pues las únicas pruebas que se han practicado fueron la testifical de un apoderado y administrativo de la Empresa que no presencié el accidente ni por tanto pudo decir nada al respecto, así como de la prueba documental consistente en el parte de accidente y el diario de navegación del buque, documentos ambos en los que no se hace la mas mínima alusión a si el trabajador fallecido llevaba o no, puesto en el momento del fallecimiento el chaleco salvavidas. Carece por tanto de toda base fáctica y de todo fundamento probatorio y se trata de una deducción –la de que no lo llevaba puesto- que no tiene apoyo alguno.

En posteriores resoluciones de la Delegación Provincial y Dirección General de la Consellería se parte de una afirmación que no responde en absoluto con la realidad y se trata de justificar la sanción en el propio reconocimiento de la empresa de la inexistencia de ese tal repetido salvavidas, cuando en todos los escritos de descargo se niega que no lo lle-

vase puesto el marinero. Es más, alega e incluso acredita documentalmente por mediación del Certificado Nacional de Seguridad del Equipo expedido por la Secretaría General para los Servicios de Transporte de la Dirección General de la Marina Mercante (folio 7 del expediente) que se llevaban 20 chalecos salvavidas, añadiendo de seguido que a tenor de los art. 141 al 151 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en relación con el capítulo XV de la Ordenanza de Pesca Marítima de Buques Arrastreros al Fresco y también según convenio de seguridad de la vida humana en el mar sólo es obligatorio su uso en situaciones de emergencia, y salvamento a diferencia de la utilización por parte de la tripulación que lo utiliza si así lo estima.

La Administración demandada, a medio de su representación y defensa, alega de que existen hechos objetivos que acreditan la sanción impuesta, pese a que el Inspector de Trabajo no haya podido comprobar in situ como acaeció el accidente.

II.- Planteada así la cuestión, lo primero que debe recordarse, es que las Actas de inspección levantadas con todos los requisitos legales, gozan de una presunción “*iuris tantum*” de certeza que alcanza a los hechos observados directamente por el funcionario actuante que queden reflejados en el acta, o que pueda deducir de elementos probatorios así mismo hecho constar en el acta, pero que no alcanza aquella presunción probatoria a meros juicios de valor del funcionario. Esta presunción probatoria, en el caso de un procedimiento sancionador, como ya ha declarado el Tribunal constitucional, no quiere decir que la Administración no tenga la carga de probar los hechos por los que acusa, desplazando la carga de la prueba, sino que aquella presunción es un elemento de prueba que comporta la carga de recurrir por parte del administrado en sede judicial, donde podrá alegar la falta de prueba de los hechos denunciados, o de su culpabilidad necesaria que justifique la imposición de la sanción, y en tal sentido no significa que la intervención del funcionario público goce de absoluta preferencia probatoria de modo que haga innecesaria la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos que el Juez habrá de ponderar el contenido de la actuación administrativa, ya que ésta no tiene la consideración legal de simple denuncia de un particular, sino que por así determinarlo la Ley, puede servir para destruir la presunción de inocencia del denunciado sin necesidad de

reiterar en vía contencioso-administrativa la actividad probatoria de cargo practicada en la precedente vía administrativa.

Aparte lo anterior, en las infracciones como la denunciada, sólo se puede llegar a su constatación mediante la prueba de presunciones, dado que la conducta tipificada consiste en la no utilización de medios personales de protección (el preceptivo chaleco salvavidas) que eliminara el riesgo de caída al mar en este tipo de actividades o al menos disminuyera las ausencias de su actualización, requiriéndose para su sanción que los hechos demostrados constituyan una prueba indiciaria suficiente para llevar a la convicción al juzgador de que se ha cometido la infracción denunciada, como así admite el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 3 de mayo de 1991.

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, es de apreciar la existencia de la infracción denunciada, con base en los siguientes datos: Pese a que in situ le es imposible a la Inspección e Trabajo comprobar la realidad de los hechos, lo cierto es que el Capitán don R.P.P. al frente de la embarcación en donde los mismos han acaecido asume unas funciones públicas como representante y autoridad delegada de aquélla a la que pertenece el pabellón de la embarcación (art. 610 del Código de Comercio), entre las que destaca la de mantener el orden a bordo de la embarcación, formalizar actas de defunciones a bordo (art. 94 del C. c), etc. Obviamente cuantas personas ejercen funciones públicas vienen obligadas a colaborar con la Inspección y a facilitarle la información que dispongan (art. 9 de la Ley 42/97 Ordenadora de la Inspección de Trabajo). Dentro de dicha información está la de rendir cuentas del ejercicio de aquellas funciones públicas por medio de un instrumento con validez probatoria como es el Diario de Navegación a tenor del art. 612.3º del Código de Comercio.

Teniendo en cuenta este documento la Inspección y deduciendo del mismo los hechos probatorios en base a los cuales extendió el Acta de Infracción y propuso la correspondiente sanción por los mismos a la actora, no puede menos que reconocerse según sólido criterio jurisprudencial transcrito presunción “*iuris tantum*” de certeza a la meritada Acta. Ciertamente el Capitán de la embarcación no tiene por qué deponer en calidad de testigo para acreditar lo consignado en el Diario de Navegación –como alega la parte recurrente– en función de lo dispuesto en el art. 612.3º del Código de Comercio

antes citado; en todo caso sería admisible que denunciare la inexistencia del Diario de Navegación en el expediente, pero nada al respecto alega; sólo en el escrito de conclusiones señala que del Diario no resulta infracción alguna. A mayor abundamiento arguye —e incluso acredita documentalmente— que llevaba 20 chalecos salvavidas, aunque según los preceptos de la Ordenanza que invoca su uso sólo es obligatorio en situaciones de emergencia y salvamento a diferencia de la utilización voluntaria por parte de la tripulación si así lo estima, si bien tal alegato no merece ser aceptado de conformidad con el art. 4 y 19 del ET.

Por lo precedentemente razonado ha de desestimarse pues el presente recurso contencioso-administrativo.

III.- 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 "P.P., S.A." contra Resolución de 18.12.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en Vigo de la C. Xustiza, Interior e R. Laborais sobre acta de infracción nº 1.215/94; Expte. nº 301/96. dictado por CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS. Sin imposición de costas.

3154 Recurso nº 03/0007496/1997

S.CA. PRESCRICIÓN DA INFRACCIÓN: INEXISTENCIA. INTERROMPEUSE POR RESOLUCIÓN DICTADA POLO ÓRGANO COMPETENTE. OMISIÓN DE TRÁMITES ESENCIAIS DO PROCEDIMENTO SANCIONADOR: NON CONCORREU.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Margarita Pazos Pita

En la Ciudad de A Coruña, dieciséis de marzo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007496/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por D.O.O. con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado por doña M.D.V.P. y dirigido por el Letrado don S.F.L.T., contra Resolución de 07.04.92 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 2.986/90; Expte. nº 22.231/91. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 201.000 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 5 de marzo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- A través del presente recurso contencioso-administrativo se impugna la Resolución del Director General de Empleo de fecha 07.04.92, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la dictada el día 18.07.91 por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, y por la que se impone al recurrente la sanción de multa en cuantía de

201.000 ptas. por la comisión de infracción tipificada en el art. 27.3.c) de la Ley 31/84 de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

II.- La parte recurrente funda su recurso en las siguientes argumentaciones:

a) Prescripción de la infracción, pues según el art. 4 de la Ley 7/88 de 7 de abril en las infracciones en materia de protección por desempleo el plazo de prescripción es de 5 años, y, en el caso que nos ocupa, desde la interposición del recurso de alzada, con fecha de entrada 06.08.91, hasta la notificación de la resolución impugnada —el día 23.12.96—, transcurrieron 5 años, 3 meses y 17 días.

b) Irregularidades e incongruencias en el expediente administrativo del que se le ha dado traslado para formalizar la demanda.

c) Al no serle notificada la Resolución de la Dirección General de Empleo hasta el día 23.12.96, ello le ha imposibilitado absolutamente el ejercicio de su derecho a la defensa y recursos.

III.- Sin embargo, vistas tales alegaciones, se ha de convenir que el recurso no puede prosperar y ello toda vez que, en primer lugar, si bien entre la interposición del recurso de alzada contra la Resolución de fecha 18.07.91 y la notificación de la dictada el día 07.04.92 ha transcurrido en efecto el plazo de 5 años previsto en la Ley, sin embargo, no se puede olvidar que, notificada al recurrente providencia de apremio, el mismo interpuso la correspondiente reclamación económico-administrativa, la cual fue resuelta por el TEAR de Galicia con fecha 20.12.95, y en el sentido de estimar tal reclamación y anular el acto impugnado; Resolución que, producida con pleno conocimiento del recurrente, no sólo determinó la notificación de la Resolución dictada por el Director General de Empleo, sino también, y como pone de relieve el Abogado del Estado, la interrupción del correspondiente plazo de prescripción (art. 132 L 30/92, aplicable subsidiariamente de acuerdo con el art. 50 de la Ley 8/88).

IV.- Del mismo modo, tampoco se observa en el expediente administrativo la concurrencia de irregularidades tales que vengán a constituir omisión de trámites esenciales del procedimiento sancionador, constituyendo por el contrario meros errores al relacionar la documentación o al referirse a la fecha de una Resolución, que en modo alguno conducen a equivoco o provocan merma del derecho de defensa del recurrente, derecho que tampoco

es vulnerado con la notificación practicada el día 23.12.96, y ello desde el momento que el examen del expediente revela que la parte ha podido presentar su oportuno pliego de alegaciones, el correspondiente recurso de alzada, y ahora el recurso jurisdiccional.

Procede, por lo tanto, la íntegra desestimación del recurso formulado.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por D.O.O. contra Resolución de 07.04.92 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 2.986/90; Expte. nº 22.231/91, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

3155 Recurso nº 03/0007544/1997

S.CA. INFRACCIÓN MOI GRAVE: COMPATIBILIZACIÓN DE TRABALLO POR CONTA ALLEA CO PERCIBO DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO. NON SE ACREDITOU SUFICIENTEMENTE. XA QUE LOGO, CÓMPRE A SÚA REVOGACIÓN. INFRACCIÓN GRAVE POR NON DAR DE ALTA Ó TRABALLADOR. EXISTENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, dieciséis de marzo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007544/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “A.L.R., S.L.”, domiciliado en Avda... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don B.J.L.M., contra Resolución de 22.01.97

desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 481/96; Expte. nº 14.001/96. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 501.000 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 6 de marzo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El presente recurso tiene como objeto determinar si la resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 de febrero de 1997, que confirma la de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña, dictada en expediente 14.001/96, es conforme o no a Derecho.

La parte actora como basamento de recurso alega, básicamente que en el Acta de infracción se considera violado por la empresa el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, consideración errónea porque el trabajador J.C.C. dejó de cobrar prestaciones del paro el 5 de marzo de 1996; luego no existe la falta muy grave que se le imputa y de existir alguna infracción sería la prevista en el art. 14.1.2 "no solicitar en tiempo y forma el alta del trabajador, calificada sólo de grave, que en atención a los criterios de graduación del art. 36 sería susceptible de sanción consistente en multa de 50.001 a 100.000 ptas. La Administración

demandada comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por ser conforme a Derecho las resoluciones impugnadas.

II.- Planteada así la cuestión, lo primero que procede advertir es que según documentación bancaria que aporta con la demanda se abonó al trabajador J.C.C. en concepto de prestaciones por desempleo con fecha 10 de abril total líquido 39.732 ptas. incluida aportación a la SS, prestaciones correspondientes al período liquidado 01.03.96 a 05.03.96; luego, pese a haber girado visita a la empresa donde prestaba sus servicios por cuenta de ésta la Inspección, en concreto el Controlador Laboral, sin que estuviere -eso sí- dado de alta en el Régimen General, por cuanto que según se acredita la empresa todavía lo dio de alta el 12 de marzo, -por tanto fuera del plazo que se señala en la Orden de 17 de enero de 1994- como la propia empresa reconoce la pretendida ocupación a partir del 5 de marzo y hasta el 12 a perceptor de prestaciones por desempleo no resulta acreditada por cuanto que no se justifica abono de tales prestaciones en ese período de tiempo por el INEM, pese a afirmarse en el Acta que "los procesos informáticos de la SS y del INEM informa que el trabajador es perceptor de prestaciones por desempleo por cese en la misma empresa a fecha de la visita y a 11 de marzo de 1996, día de la citación", pues si a fecha de tal visita el 8 de marzo era perceptor por cese en la misma empresa, sin embargo no se acredita su abono por la entidad gestora, como parece resultar en aquel brevísimo período de tiempo; luego tal supuesto hecho no puede ser constitutivo de la sanción que le fue impuesta, aunque sí de la infracción grave en grado mínimo de conformidad con lo previsto en el art. 14.1.2 susceptible de sancionarse con multa que oscila entre 50.001 a 100.000 ptas. a imponer en su grado mínimo en aplicación del art. 37.3 de la Ley, por lo que la sanción impuesta ha de reducirse a 50.001 ptas.

Por lo precedentemente razonado ha de estimarse, pues, el presente recurso contencioso-administrativo con anulación de la infracción y sanción impuesto y de forma alternativa calificarla como infracción grave en su grado mínimo susceptible de sancionarse con multa de 50.001 ptas.

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

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “A.L.R., S.L.” contra Resolución de 22.01.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 481/96; Expte. nº 14.001/96, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, con anulación de la infracción y sanción impuesta se califica en su lugar como infracción grave en su grado mínimo susceptible de sancionarse con multa de 50.001 ptas. Sin imposición de costas.

3156

Recurso nº 4.760/00

S.S. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. IMPARTIR CURSOS EN RÉXIME DE COLABORACIÓN PROFESIONAL, SEN IMPOSICIÓN HORARIA POLA EMPRESA CONTRATANTE NIN SOMETEMENTO A CONTROL.

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

A Coruña, a veinte de marzo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.760/00, interpuesto por don M.A.Q.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 156/00 se presentó demanda por don M.A.Q.P. en reclamación de SALARIOS siendo demandado el “E.S.C., S.L.” y “C.E.G.” en su

día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha doce de julio de dos mil por el Juzgado de referencia que estima la excepción de incompetencia de jurisdicción.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El actor es abogado ejerciente con despacho profesional abierto al público./ Segundo.- Desde el año 1996 hasta 1999, impartió cursos de formación para la “C.E.G.”, en condición de colaboración profesional, percibiendo una retribución consistente en una cantidad por hora de clase, de la que se descontaba la cantidad correspondiente del IRPF, corriendo a su cargo la preparación y fundamentación de las clases, no estando sometido más que al horario de las mismas y al seguimiento del programa, responsabilizándose de la documentación necesaria para dichas clases, si bien las fotocopias, proyectos, y demás material necesario para impartir las clases era del centro. El actor emitía la correspondiente factura a la “C.E.G.” en razón a las horas impartidas, procediendo aquella a su ingreso en su cuenta, con el descuento correspondiente a efectos fiscales. Dichos cursos estaban subvencionados por la Xunta de Galicia, siendo verbal el contrato con el actor./ Tercero.- Con relación a la codemandada “E.S.C., S.L.” tuvo contrato de trabajo en los meses de junio y julio de 1996. A partir de esa fecha con la misma tiene una relación de colaboración profesional, en virtud de la cual dicha empresa le emitía facturas por la preparación de cursos del Plan FIP a través de la Consellería de Familia y en colaboración con la “C.E.G.”. No consta ningún otro tipo de relación con esta empresa, ni de horario, jornada, dependencia, etc. Sí se acredita la existencia de contactos entre ambos para impartir cursos de formación en los que el actor concreta los módulos que puede impartir, horas que pretende destinar, y precisa caso de adjudicársele dicho curso, las fechas de inicio, para elaborar el manual correspondiente, así como honorarios y obligaciones y derechos, al igual que correspondencia relativa a otros cursos./ Cuarto.- El actor formula su demanda con la petición de declaración de relación laboral únicamente con la codemandada “C.E.G.”; condena solidaria de ambas empresas a reintegrarle cantidades; declaración de cesión ilegal, optando por la CEG, además de las peticiones complementarias señaladas”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal

siguiente: “FALLO/ Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por las demandadas “E.S.C., S.L.” y “C.E.G.”, declaro la de este juzgado para conocer de la presente demanda, advirtiendo al actor de su derecho a reproducir su pretensión en la jurisdicción civil”.

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.- Declarada la inexistencia de relación laboral y, consecuentemente, la incompetencia del Orden Social de la jurisdicción en relación con las diversas pretensiones deducidas en la demanda, recurre el actor a través de una inicial revisión fáctica, atinente a los ordinales primero, segundo, y tercero del relato histórico, y en denuncia de infracción de los arts. 1.1., 8.1 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, Orden de 09.01.95 por la que se establece la convocatoria pública para la programación de cursos del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional en la Comunidad Autónoma de Galicia correspondiente a 1995, arts. 2.2.b), 2.3, 9.2.a) y 9.3.b), Orden de 13.12.96, del mismo contenido para el año 1997, en sus arts. 2.1.c), 2.2., 4.2.a) y 4.3.b), Orden de 15.01.97 para la programación de acciones de formación ocupacional cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, arts. 2.1.a), 2.2, 4.2.a) y 4.3.b), Orden de 11.12.98 (ejercicio 1999), arts. 11, 2.1.c), 4.2.a) y 4.3.b), así como de la doctrina jurisprudencial que invoca, interesando, en definitiva, la devolución de actuaciones al juzgado de procedencia a fin de que entre a conocer de la cuestión planteada, esto es: A) existencia de relación laboral entre el actor y la “C.E.G.”, con su condena a la satisfacción de las obligaciones pertinentes (salarios y seguridad social) desde el inicio de la relación laboral “pues el contrato deberá convertirse en contrato fijo a jornada completa y por tiempo indefinido”; B) condena solidaria de la “C.E.G.” y de la empresa “E.S.C., S.L.” a “devolver las cantidades indebidamente pagadas por el demandante e injustamente cobradas por “E.S.C., S.L.” así como a pagar el salario del mes pendiente, o, subsidiariamente, se condene a “E.S.C., S.L.” a restituir al actor las cantidades indebidamente cobradas”; C) condena de las codeemandadas por cesión ilegal, con derecho a

adquirir la condición de fijo en la “C.E.G.”; D) condena al abono de intereses y E) sanción a los codeemandados por temeridad.

SEGUNDO.- La alteración de la versión fáctica de instancia precisa de la invocación de documento (o pericia) que, por sí mismo y al margen de conjeturas, evidencia el error valorativo imputado: error claro, patente y directamente emanado de tales medios de prueba, no contradichos por otras pruebas incorporadas a los autos (art. 194.3 de la L.P.L.).

De ahí que hayan de rechazarse (sin perjuicio de lo que luego se dirá) las revisiones instadas, expuestas, unas, en sentido negativo (“No ha resultado acreditado que el actor tenga organización empresarial...”), basadas otras en el contenido de las Órdenes citadas como infringidas (llegando a proponerse la incorporación de su contenido al relato fáctico), las más en meras conjeturas (“debiéndose deducir que la documentación aceptada... prueba que el “E.S.C., S.L.” no puede ofrecer lo que no puede impartir o gestionar, no puede cobrar o pagar, luego ello es la evidencia de que actúa como mediador cuando legalmente no puede hacerlo”), y el resto en términos y condiciones inaceptables: a) “que no se tenga como hecho probado la existencia de un contrato no laboral” (el juez “a quo” se cuida bien de no afirmar tal extremo en el segundo de los declarados probados, referido a la relación existente entre el actor y la “C.E.G.”) y b) los cursos no están subvencionados por la Xunta, sino que “los imparte la “C.E.G.” previa convocatoria pública de la Xunta, y una vez cumplidos los requisitos, la Xunta adjudica los cursos y subvenciona los gastos de acuerdo con las Ordenes reguladoras”.

TERCERO.- El planteamiento de una cuestión de competencia permite a la Sala –excepcionalmente- revisar todo el material probatorio, sin quedar sujeta a los concretos motivos (en tal aspecto) suscitados en el recurso. Pues bien, dicho análisis permite concluir en el acogimiento de la narración de instancia: el actor, abogado en ejercicio con despacho abierto al público, impartió cursos de formación, subvencionados por la Xunta de Galicia, para la “C.E.G.” desde 1996 hasta 1999, en condición de colaboración profesional, siendo retribuido por hora de clase, cuya preparación y documentación corría a su cargo, sin más sujeción que la impuesta por el horario de impartición; la forma de retribución consistía en la emisión de facturas a la

Confederación para el ingreso en cuenta. Para la codemandada "E.S.C., S.L.", prestó servicios en los meses de junio y julio de 1996; a partir de entonces mantiene una relación de colaboración profesional: la empresa emite facturas para la preparación de cursos del Plan F.I.P. a través de la Consellería de Familia y en colaboración con la "C.E.G."; el actor concreta los módulos que puede impartir, horas que pretende destinar y, caso de adjudicársele el curso, las fechas de inicio, manual y honorarios.

Así las cosas, comparte plenamente la Sala el criterio de instancia: no puede, en tales circunstancias, afirmarse la integración del demandante en el círculo organicista empresarial (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores); se trata de una colaboración independiente en la impartición de cursos de formación profesional subvencionados por la Xunta de Galicia, sin más sujeción horaria que la impuesta por las fechas en que los cursos se desarrollan, emitiendo facturas de honorarios y manteniendo abierto despacho profesional de abogado. Como se afirma en el fundamento de derecho segundo de la resolución de instancia: su actividad se limita a comparecer el día y hora señalados para impartir la clase, sin realizar posteriormente ningún otro tipo de tareas, percibe sus retribuciones por las clases que imparte y no está sometido a control alguno en el desempeño de sus tareas.

En suma, procede confirmar la resolución impugnada, no incurso en las infracciones denunciadas, y ello sin necesidad de analizar otros extremos, como la insalvable contradicción entre la pretensión de una vigente relación laboral con la "C.E.G." (a transformar en "contrato fijo a jornada completa y por tiempo indefinido") y la afirmación contenida en el segundo de los probados, a cuyo tenor la impartición de cursos finalizó en 1999 (la demanda conciliatoria está fecha el 09.02.2000). En atención a lo expuesto,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don M.A.Q.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, de fecha 12 de julio de 2000, en autos seguidos a instancia del recurrente frente a la "C.E.G." y a la empresa "E.S.C., S.L.", confirmando la sentencia recurrida.

3157 Recurso nº 03/0007566/1997

S.CA. BONIFICACIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO EN PRÁCTICAS EN INDEFINIDO Ó ABEIRO DA LEI 2/1992. SOLICITUDE EXTEMPORÁNEA DA MESMA, ALÉN DO PRAZO DE 30 DÍAS LEGALMENTE ESTABLECIDO. NON DEBE ENTENDERSE EXTEMPORANEIDADE, XA QUE HOUBO ENTREGA ANTERIOR DE PARTE DA DOCUMENTACIÓN.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Margarita Pazos Pita

En la Ciudad de A Coruña, veinte de marzo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007566/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (U.G.T.), representado y dirigido por el Letrado don P.B.L. Notif: Proc. C.B., contra Resolución de 15.01.97 desestimatoria de solicitud denegando los beneficios solicitados por la transformación en indefinido del contrato en prácticas del trabajador E.J.V. 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 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 fun-

damentos 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 13 de marzo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- La resolución impugnada en el presente recurso denegó la solicitud formulada por la entidad recurrente, en el que interesaba el reconocimiento y concesión de los beneficios previstos en la Ley 22/92 de 30 de julio, y su normativa de desarrollo, por la transformación de un contrato en prácticas en otro de carácter indefinido, y ello con fundamento en el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 2 de la Orden de 06.08.92, conforme al cual: Las empresas que pretendan acogerse a las ayudas previstas en el capítulo primero de la Ley 22/92, de 30 de julio, deberán solicitarlas, dentro del plazo de los treinta días siguientes a la contratación o transformación.

II.- Las fechas que tiene en cuenta la resolución impugnada son las siguientes: el contrato de trabajo indefinido fue formalizado entre las partes el 01.11.96, y presentado para su registro en la Oficina de Empleo de Verín el 11.11.96, siendo sin embargo presentada la solicitud el 17.12.96. Sin embargo, se ha de tener igualmente en cuenta que consta acreditado en el procedimiento que parte de la documentación conducente al reconocimiento de los beneficios previstos en la Ley 22/92 fueron presentados en la Oficina de Empleo de Verín el día 12.12.96, fecha ésta última que, por lo tanto, y estando igualmente acreditado el registro del contrato en dicha Oficina el día 11 de noviembre del mismo año, ha de integrarse con la de efectiva presentación de la solicitud -14 de diciembre-. Todo lo cual conduce por lo tanto a entender producida la solicitud dentro del plazo al efecto previsto, y máxime de acuerdo con una interpretación acorde, tanto con la inexistencia en la Ley 22/92 de una específica previsión de decaimiento del derecho a los beneficios en la misma previstos, como con la inexistencia de voluntad manifiesta de abandono del derecho por parte de la recurrente.

III.- Finalmente, si bien la parte recurrente solicita que se declare su derecho a la subvención de 550.000 ptas., sin embargo, se

ha de tener en cuenta que la Administración no se ha pronunciado sobre los restantes requisitos exigidos por la Ley para su concesión, lo que determina que haya de acogerse una estimación parcial del recurso interpuesto, con anulación de la resolución recurrida en cuanto desestimatoria de la solicitud por la cuestión de plazo examinada.

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

Fallamos

Que estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo deducido por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (U.G.T.) contra Resolución de 15.01.97 desestimatoria de solicitud denegando los beneficios solicitados por la transformación en indefinido del contrato en prácticas del trabajador E.J.V., dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, declaramos que dicha resolución es contraria a Derecho, anulándola, con desestimación del recurso en lo restante. Sin imposición de costas.

3158 Autos nº 1/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. PERSOAL FACULTATIVO DE HOSPITAIS. REALIZACIÓN DE XORNADA ORDINARIA LOGO DE GARDA DE LOCALIZACIÓN. NON INFRINXE A DIRECTIVA 93/104/CEE. AS GARDAS LOCALIZADAS NON MERECEAN A CONSIDERACIÓN DE TEMPO DE TRABALLO. DESCANSO MÍNIMO SEMANAL E DIARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José M^a Cabanas Gancedo

A Coruña, a veintiuno de marzo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes autos seguidos con el número de demanda Autos 1/01 a instancia de

SINDICATO MÉDICOS DE GALICIA (SIMEGA), contra SERVICIO GALEGO DE SAÚDE (SERGAS) y CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS, siendo el objeto del litigio CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

1.- Por el Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA)-CESM Galicia, se presentó ante esta Sala, demanda de conflicto colectivo, contra el SERGAS y la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, solicitando que se “dicte sentencia estimando la demanda y declarando que la “práctica empresarial u hospitalaria” cuestionada debe aplicarse respetando los arts. Nº 3, 5, 6, 8, 15 y 17 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y, en concreto, reconociendo el derecho de los facultativos afectados a disponer de un descanso continuado semanal de 35 horas y diario de 11 horas ininterrumpido, de modo que se respeten dichos periodos de tiempo entre la finalización de las guardias localizadas y el comienzo de la siguiente jornada de trabajo, o, subsidiariamente, que se respeten los precitados periodos de descanso entre la última prestación efectiva de servicios durante las guardias localizadas y el inicio de la siguiente prestación de servicios en jornada ordinaria, condenando a las partes demandadas a aplicarla en dichos términos”.

2.- Ante la presentación de dicha demanda, se dictó providencia, convocando a las partes a la celebración de los actos de conciliación y juicio, para el 15 de los corrientes, lo que se llevó a cabo en la fecha señalada, compareciendo las partes, resultando sin avenencia la conciliación, ratificando la demanda la parte actora, oponiéndose a ello la demandada, alegando las causas de oposición que estimó oportunas y solicitando se plantee cuestión prejudicial previa ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; proponiendo la actora prueba testifical, y la demandada, confesión judicial y documental; practicándose toda la propuesta, con el resultado que obra en autos; formulando las partes sus respectivas conclusiones; y declarando el Presidente de la Sala concluso el acto y mandando traer los autos a la vista para sentencia.

Hechos declarados probados

ÚNICO.- Que los Facultativos, que prestan sus servicios en Atención especializada

(Hospitales) para el SERGAS, en la Comunidad Autónoma de Galicia, están obligados a realizar guardias, bajo dos modalidades: guardias de presencia física o guardias de localización, desarrollándose siempre ambas a continuación de la jornada ordinaria de trabajo, en una franja horaria comprendida entre las 15 horas y las 8 horas del día siguiente; que las guardias de presencia física suponen la presencia de los Facultativos en el Hospital durante todo el período de guardia; que, en la realización de las guardias localizadas, en cambio, acuden al Hospital cuando son requeridos para ello, aunque, en todo caso, es obligado “encontrarse a disposición permanente” del Centro Hospitalario, y presentarse en él tan pronto como es requerida su presencia; y que la citada “práctica empresarial u hospitalaria, se realiza de la siguiente forma: los que llevan a cabo guardia de presencia física (de 15 horas a 8 horas del día siguiente), una vez finalizada, disfrutan de la libranza correspondiente y no están obligados a incorporarse al trabajo hasta las 8 horas del día siguiente (es decir, 24 horas después de haber finalizado la guardia); y los que verifican guardias de localización (comprendida entre las 15 horas del mediodía y las 8 horas de la mañana siguiente), una vez acabada, deben incorporarse nuevamente a la jornada ordinaria del día siguiente (de 8 a 15 horas), salvo que se trate de domingo o festivo.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Resultaron acreditados los hechos, que se declaran probados, ya no sólo mediante las pruebas documental y testifical practicadas, sino, incluso, por el tácito acuerdo de las partes, pues no existió, entre ellas, ninguna discrepancia al respecto.

SEGUNDO.- Se solicita, por el Sindicato demandante, que se declare, en primer lugar, que la “práctica empresarial u hospitalaria” cuestionada –consistente en que los facultativos de Hospitales, que se señalan, realizan la jornada ordinaria de trabajo, habitual, desde las 8 horas de la mañana hasta las 15 horas del mediodía; en que los que realizan guardia de presencia física (de 15 h. a 8 h. del día siguiente), una vez finalizada ésta disfrutan de la libranza correspondiente y no están obligados a incorporarse al trabajo hasta las 8 h. del día siguiente (es decir, 24 h. después de haber finalizado la guardia); y en que, sin embargo, los que verifican guardia de localización (comprendida entre las 15 h. del mediodía y las 8 h. de la mañana siguiente), una vez acabada,

deben incorporarse nuevamente a la jornada del día siguiente (de 8 h. a 15 h.), salvo que se trate de un domingo o festivo-, debe aplicarse respetando los artículos 3, 5, 6, 8, 15 y 17 de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de ordenación del tiempo de trabajo; en segundo, que, en concreto, se reconozca el derecho de los facultativos afectados a disponer de un descanso continuado semanal de 35 horas y diario de 11 horas ininterrumpido, de modo que se respeten dichos periodos de tiempo entre la finalización de las guardias localizadas y el comienzo de la siguiente jornada de trabajo; y, en tercero, subsidiariamente, que se respeten los precitados periodos de descanso entre la última prestación efectiva de servicios durante las guardias localizadas y el inicio de la siguiente prestación de servicios en jornada ordinaria.

TERCERO.- Es conveniente hacer constar, con carácter previo, a efectos de resolver adecuadamente la cuestión planteada, que, según se desprende de lo que al efecto se indica en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de octubre de 2000 –que, al referirse a la aplicación del artículo 17.1 de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, que establece, entre otros extremos, que, en cumplimiento de los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, los Estados miembros podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos, 3 (descanso diario), 4 (pausas), 5 (descanso semanal), 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal), 8 (duración del trabajo nocturno) y 16 (periodos de referencia), cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada no tenga una duración medida y/o establecida previamente; afirma que los elementos característicos del concepto de tiempo de trabajo (que la citada Directiva define como todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales), se dan en los periodos de atención continuada de los médicos (de Equipos de Atención Primaria) en régimen de presencia física en el control sanitario (punto 48); que, en diferente situación se encuentran los que prestan la atención continuada en régimen de localización, sin que sea obligatoria su presencia en el centro sanitario, pues, si bien están a disposición de su empresario, puesto que deben estar localizables, en

dicha situación, los médicos pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales; que, en estas circunstancias, sólo debe considerarse tiempo de trabajo, en el sentido de la Directiva 93/104, el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria (punto 50); y que la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria-; y en la doctrina jurisprudencial –que, entre otras cosas, señalo, con relación al descanso compensatorio, de médicos al servicio del INSA-LUD, recogido en el Acuerdo de 22 de febrero de 1992 entre la Administración Sanitaria y las Centrales Sindicales más representativas, que hay que distinguir las dos situaciones de guardia con presencia física y guardias de localización, para llegar a la conclusión de que, mientras en la guardia con presencia física en los sábados o vísperas de festivo el precepto en cuestión habrá que aplicarlo en su totalidad, no podrá decirse los mismos de las guardias localizadas en sábados o vísperas de fiesta, salvo que se demuestre que en la guardia localizada se trabajó, pues éstas, salvo que se demuestre en cada caso lo contrario, no son horas de trabajo que den derecho a mayor retribución que la específicamente previstas para ellas, ni a descanso compensatorio (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo y 12 de julio de 1999, etc.); es preciso distinguir –también, dadas las características de los servicios que prestan, con relación a los Médicos, que lo hacen en Atención Especializada, en Hospitales para el SERGAS, en la Comunidad Autónoma de Galicia, a los que se refiere la demanda-, entre las guardias de presencia física y las guardias localizadas, que desarrollan; que, en tanto que el tiempo que dedican a las primeras, es de trabajo, no lo es el que destinan a las segundas; y que sólo el tiempo, que los que realizan las de localización, dedican a la prestación efectiva de servicios, cabe catalogarlo como de trabajo.

CUARTO.- Se pretende en la demanda, en primer lugar, que se declare que la “práctica empresarial u hospitalaria” cuestionada debe aplicarse respetando los artículos 3, 5, 6, 8, 15 y 17 de la Directiva 93/104/CE, del Consejo; pero lo cierto es que un pronunciamiento, tan genérico, como el expuesto, no puede llevarse a cabo, porque cabe englobarlo dentro del concepto de las acciones declarativas, que la doctrina jurisprudencial considera

como supuestos de falta de acción -se afirma por ésta que no pueden plantearse entre los órganos jurisdiccionales, cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, y que debe ser rechazada la pretensión declarativa, que tenga solo un interés preventivo o cautelar, no efectivo ni actual (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1998, 31 de mayo, 23 de noviembre y 17 de diciembre de 1999, etc.).

QUINTO.- A la vista de lo expuesto en el segundo fundamento jurídico de esta resolución, es evidente que no puede prosperar la segunda petición de la demanda -relativa a que se reconozca el derecho de los facultativos, que realizan guardias localizadas, a disponer de un descanso continuado semanal de 35 horas y diario de 11 horas ininterrumpido, de modo que se respeten dichos periodos de tiempo entre la finalización de las guardias localizadas, y el comienzo de la siguiente jornada de trabajo-, porque la circunstancia de que no pueda considerarse como de trabajo, el tiempo que dedican a dichas guardias, impide equipararlos, como, en definitiva, pretenden, a los que desarrollan guardias de presencia física, en las que el tiempo, que dedican a las mismas, es de trabajo; y es decisiva para que no pueda ser viable la petición que al efecto formula el Sindicato demandante, dado que obstaculiza la posibilidad de lograrlo, tanto por la vía del Derecho Comunitario- el artículo 17.1 de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, que permite a los Estados miembros establecer excepciones, entre otros supuestos, con relación al periodo mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada periodo de 24 horas, y respecto al disfrute, por cada periodo de siete días, de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 de descanso diario, cuando, a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo, como sucede en el caso que se analiza, en que el tiempo de localización no es de trabajo, no tenga una duración medida; y la interpretación, que efectúa del mismo la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de octubre de 2000; lo impide, a tenor de lo ya expuesto; como por la de la legislación interna -es evidente que no cabe aceptar la presencia de la discriminación, a que apunta el escrito inicial, porque ésta consiste en utilizar un factor de diferenciación, que merece un especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción mas amplia (sentencia del Tribunal

Supremo de 17 de mayo de 2000, etc.); y este factor de diferenciación no existe en el caso que se analiza, porque la no igualdad de trato que, en cuanto a descansos, se otorga a los Facultativos que realizan guardias de presencia física y guardias de localización, tiene su origen en la circunstancia decisiva de que el trabajo que se dedica a las de presencia es de trabajo, y, el que se destina a las de localización, no lo es.

SEXTO.- Considera la Sala, en cambio, viable, en parte, la tercera petición, subsidiaria de la segunda, que se formula en el escrito inicial -dirigida a que se reconozca el derecho a los Facultativos afectados a disponer de un descanso continuado semanal de 35 horas y diario de 11 horas ininterrumpido entre la última prestación efectiva de servicios durante las guardias localizadas y el inicio de la siguiente prestación de servicios en jornada ordinaria-, ya que: a) al ser, como ya se expuso, tiempo de trabajo, equiparable al que se realiza en las guardias de presencia, el de prestación de servicios durante las de localización, desaparece, en principio, el obstáculo base, que existe para efectuar una plena equiparación, en cuanto a descansos diario y semanal, entre los Facultativos, que realizan guardias de presencia, y los que prestan las de localización; b) si prestan servicios, los Facultativos, que realizan guardias de localización, durante éstas, tienen, lógicamente, el consiguiente derecho a que se les apliquen, en alguna forma, los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, que sirvieron de base a la Directiva 93/104/CE, del Consejo -el artículo 17.1 de la misma se refiere expresamente a ellos-, para regular los aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo a que se refiere, entre las que se halla disfrutar de un periodo mínimo de descanso de once horas consecutivas en el curso de cada periodo de 24 horas (artículo 3), y el disfrute, por cada periodo de siete días, de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a los que se añadirán las 11 de descanso diario (artículo 5); c) no obstante lo anterior, la Sala estima que no es factible llevar a cabo el pronunciamiento, expresamente interesado al efecto por el Sindicato demandante, ya que ello, en principio, implicaría un grave perjuicio para la Administración demandada, por cuanto significaría conceder un descanso de once horas consecutivas, tras la última prestación efectiva de servicios, con independencia de cual fuere la concreta duración de éstos; y d) la Sala, llegada la cuestión a este punto, lo único que puede declarar al respecto -sin que, por ello, incurra en incon-

gruencia-, es que los Médicos, a que se refiere el escrito inicial, tienen derecho a que los servicios efectivos, que lleven a cabo durante las guardias de localización, se les compensen mediante los periodos de descanso, o, en su caso, mediante medidas protección equivalentes, que se acuerden, mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales -a ello se refiere, precisamente, el artículo 17.2 de la Directiva 93/104/CE, del Consejo-, dado que, si entrare en aspectos concretos al efecto, ante la falta de regulación sobre el tema, podría excederse de las funciones, que le corresponden, ya que el ejercicio de su potestad jurisdiccional, se limita, salvo que expresamente le sean atribuidas otras por ley en garantía de cualquier derecho, a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan (artículo 117.3 y 4 de la Constitución).

SÉPTIMO.- Interesó, en el acto del juicio, el Letrado de la parte demandada, que se plantee una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por la vía del artículo 234 del Tratado de la Unión Europea, porque estima que es dicho Tribunal el competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los artículos, que se analizan en este procedimiento, de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, pero, por la Sala, ante lo que se establece, en el artículo 249, apartado tercero, de dicho Tratado, acerca de que la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios -y también, a la vista de lo que ya decidió el citado Tribunal, en la sentencia de 3 de octubre de 2000, dado que, al referirse a supuestos similares al que es objeto de debate, declaró, que “aun a falta de medidas expresas de adaptación a lo dispuesto en la Directiva 93/104, si el Derecho nacional aplicable a una actividad determinada cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 de ésta, dicho Derecho es conforme a la Directiva y nada impide que los órganos jurisdiccionales lo apliquen” (punto 44); que “el órgano jurisdiccional nacional puede, a falta de medidas expresas de adaptación a lo dispuesto en la Directiva 93/104, aplicar su derecho interno en la medida en que, habida cuenta de la actividad (en el caso a que se refiere de los Médicos de Equipos de Atención Primaria), ésta cumple los requisitos establecidos en el artículo

17 de la citada Directiva” (punto 45), etc.-; no considera adecuado aceptar la pretensión, formulada al efecto por la parte demandada. Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación en parte de la demanda, planteada por el SINDICATO DE MÉDICOS DE GALICIA (SIMEGA)-CESM Galicia; debemos declarar y declaramos el derecho de los Facultativos, que prestan sus servicios en Atención Especializada (Hospitales) para el SERGAS, en la Comunidad Autónoma de Galicia, afectados por la realización de guardias de localización, a que los servicios efectivos, que presten durante estas guardias de localización, se les compensen, mediante períodos de descanso, o, en su caso, mediante medidas de protección equivalentes, en la forma que se acuerde mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales; condenando a los demandados SERGAS y CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS, a estar y pasar por esta declaración; y debemos absolver y absolvemos a los demandados citados, de las restantes peticiones del escrito inicial.

3159 Recuso nº 929/2001

S.S. CONTRATO DE OBRA OU SERVICIO DETERMINADO. RESOLUCIÓN DO CONTRATO POR CAUSA ALLEA Ó OBXECTO DO CONTRATO. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a veintiuno de marzo de dos mil uno.

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. 929/2001 interpuesto por COFRADÍA DE PESCADORES SANTIAGO APOSTOL DE BARA-

LLOBRE contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.I.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado COFRADÍA DE PESCADORES SANTIAGO APOSTOL DE BARALLOBRE Y UNIÓN DE COFRADÍAS DE PESCADORES PARA LA EXPLOTACIÓN DE LA LONJA DEL PUERTO DE FERROL Y COFRADÍA DE PESCADORES SAN TELMO DE MUGARDOS, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 454/00 sentencia con fecha dieciocho de septiembre 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 demandante doña R.I.F. comenzó a prestar sus servicios laborales para la Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre, de la que es socia, desde enero de 1992 en calidad de subastadora y con un salario mensual de 84.000 ptas./ Segundo.- En el año 1998 se crea la Unión de Cofradías de pescadores para la explotación de la Lonja del Puerto de Ferrol, formada por asociación de las Cofradías de pescadores Santiago Apostol de Barallobre y San Telmo de Mugardos, aprobándose el proyecto de Estatutos en sesión celebrada el día 23 de noviembre de 1998, sin llegar a adquirir dicha unión personalidad jurídica. Para dicho cometido cada una de las cofradías integrantes de la asociación decide aportar sus propios trabajadores para la explotación de la citada lonja, aperturándose en la entidad "C.G." una cuenta bancaria común para el pago de los salarios de los trabajadores./ Tercero.- De acuerdo con lo anterior, en fecha 3 de octubre de 1998 la demandante suscribe por escrito un contrato de trabajo con la Cofradía Santiago Apóstol de Barallobre para trabajar como subastadora, si bien los servicios ya no se prestarían en Barallobre como venía haciendo sino en la Lonja de Ferrol./ Cuarto.- El día 26 de junio de 2000 por la Patrón Mayor de la Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre, se remite a la demandante una carta en la que se le participa la extinción de su contrato de trabajo en la citada fecha a consecuencia de que la Autoridad Portuaria notifica la retirada de la concesión de la Lonja del puerto de Ferrol a la Unión de Cofradías. Efectivamente, la extinción de la concesión de la lonja del puerto de

Ferrol y resolución del contrato de explotación, fue acordada en Resolución de 2 de junio de 2000 por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Ferrol./ Quinto.- El día 01.07.2000 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de intentado sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando la demanda formulada por doña R.I.F. contra la Empresa Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre, Cofradía de Pescadores San Telmo de Mugardos y Unión de Cofradías de Pescadores para la explotación de la lonja del puerto de Ferrol, debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado y, en consecuencia, condeno a la empresa Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre a que readmita inmediatamente a la demandante en su puesto de trabajo y 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 1.069.600 Ptas. absolviendo a las codemandadas de las pretensiones de la demanda. 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 demandada Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre 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 235.200 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 decidió: "Que estimando la demanda formulada por doña R.I.F. contra la empresa Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre, Cofradía de Pescadores San Telmo de Mugardos y Unión de Cofradías de Pescadores para

la explotación de la lonja del puerto de Ferrol, debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado y, en consecuencia, condeno a la empresa Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre a que readmita inmediatamente a la demandante en su puesto de trabajo y 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 1.069.600 Ptas. absolviendo a las codemandadas de las pretensiones de la demanda. 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". La Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre recurre esa sentencia, y solicita con amparo procesal correcto revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene. SEGUNDO.- En el ámbito histórico, propone: A) Suprimir el apartado 1º, según el que "la demandante doña R.I.F. comenzó a prestar sus servicios laborales para la Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre, de la que es socia, desde enero de 1992 en calidad de subastadora y con un salario mensual de 84.000 Ptas.". B) Respecto del apartado 2º ("En el año 1998 se crea la Unión de Cofradías de Pescadores para la explotación de la lonja del puerto de Ferrol, formada por asociación de las Cofradías de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre y San Telmo de Mugarbos, aprobándose el proyecto de Estatutos en sesión celebrada el día 23 de noviembre de 1998, sin llegar a adquirir dicha unión personalidad jurídica. Para dicho cometido cada una de las cofradías integrantes de la asociación decide aportar sus propios trabajadores para la explotación de la citada lonja, aperturándose en la entidad "C.G." una cuenta bancaria común para el pago de los salarios de los trabajadores"), suprimir los términos "...sin llegar a adquirir dicha unión personalidad jurídica. Para dicho cometido cada una de las cofradías integrantes de la asociación decide aportar sus propios trabajadores para la explotación de la citada lonja...". C) Sustituir el apartado 3º ("De acuerdo con lo anterior, en fecha 3 de octubre de 1998, la demandante suscribe un contrato de trabajo con la Cofradía Santiago Apóstol de Barallobre para trabajar como subastadora, si bien los servicios ya no se prestarían en Barallobre como venía haciendo sino en la lonja de Ferrol"), por: "En fecha 3 de octubre de 1998, la demandante suscribe un contrato de

trabajo con la Cofradía Santiago Apóstol de Barallobre para trabajar como subastadora, si bien los servicios se prestarían en la lonja de Ferrol para la Unión de Cofradías".

El motivo no se acepta, porque incumple los requisitos que exigen los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de procedimiento laboral (LPL) para lograr la revisión de hechos: En lugar de indicar la prueba o pruebas permitidas por aquellas normas y que pudieran servir a tales efectos, la recurrente se limita a discrepar de alguna de las circunstancias que recoge el hecho probado 2º con una simple, genérica e insuficiente remisión a las actuaciones, o a negar algunos de los hechos impugnados (1º y 3º) a pesar de que la jurisprudencia (s. 13.03.90) afirma que "el error de hecho no puede ponerse de manifiesto mediante la invocación de prueba negativa".

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia recurrida infringe los artículos 1.1, 1.3.d), 8.1, 43, 56 del Estatuto de los trabajadores, 97.2 y 110.1 LPL, pues de enero/92 a octubre/98 la demandante no realizó trabajo remunerado y desde octubre/98 prestó sus servicios a la Unión de Cofradías que, a cambio, le abonaba su salario.

CUARTO.- A los efectos que ahora interesa y según los hechos probados de la sentencia recurrida, los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1) La actora es socia de la Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre, para la que presta servicios como subastadora desde enero de 1992. 2) En 1998 se creó la Unión de Cofradías de Pescadores para la explotación de la lonja del puerto de Ferrol, formada por asociación de las Cofradías de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre y San Telmo de Mugarbos. 3) El 03.10.98 la demandante y la Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre firmaron contrato de obra o servicio determinado para trabajar como subastadora en la lonja de Ferrol, en lugar de hacerlo en Barallobre. 4) El 23.11.98 las cofradías señaladas aprobaron el proyecto de estatutos de la Unión de Cofradías, que no llegó a adquirir personalidad jurídica, decidiendo aquéllas aportar sus propios trabajadores para la explotación de la lonja de Ferrol y aperturar una cuenta bancaria común para el pago de los salarios. 5) La resolución de 02.06.2000 de la autoridad portuaria de Ferrol acordó extinguir la concesión de la lonja del puerto de Ferrol. 6) El 26.06.2000 la patron mayor de la Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre comunicó a la

actora la extinción de su contrato de trabajo por haber retirado la autoridad portuaria de Ferrol la explotación de la lonja a la Unión de Cofradías.

QUINTO.- Los datos objetivos expuestos en el fundamento anterior llevan a desestimar la denuncia jurídica de la recurrente, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- Sus argumentos carecen de la respectiva e imprescindible base de hecho, cual consignamos en el fundamento segundo. 2ª.- Respecto del período enero-92/octubre-98, nada impide que la demandante ostentara la cualidad de socia de la cofradía recurrente y, al tiempo, prestara servicios laborales ordinarios por cuenta de ésta con la condición de subastadora; a ello apuntan los albaranes de las ventas que realizó en el tiempo indicado (folios 51 a 223). 3ª.- Más evidente es aún que la cofradía recurrente fue la única empresa de la actora desde el 03.10.98, tal como revelan: a) En esa fecha, una y otra firmaron el contrato de obra o servicio determinado, así como quedó incorporada a su plantilla (libro de matrícula, folio 228 y siguientes). b) Trabajó para la Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre, no para la Unión de Cofradías, como se deriva de la entrega de las sumas de dinero percibidas por su actividad de subastadora (folios 224 a 226). c) La Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre, no la Unión de Cofradías, le abonó el salario (nóminas de los folios 33 a 50, 231 a 243) y cotizó a la seguridad social (TC2, folio 228 y siguientes). 4ª.- En principio puede afirmarse la idoneidad y adecuación de la modalidad contractual señalada respecto de la explotación de la lonja de Ferrol. Sin embargo, el objeto del contrato no fue ese sino otro distinto, es decir, “la asistencia funcional durante el tiempo que tarde en resolverse la personalidad jurídica de la nueva empresa, según consta en su cláusula séptima; a ello responde que el contrato sea anterior a la fecha (23.11.98) en que se aprobó el proyecto de estatutos de la Unión de Cofradías. 5ª.- Consecuencia de lo anterior es que la causa del cese (retirada por la autoridad portuaria de Ferrol de la concesión de la explotación de la lonja de Ferrol a la Unión de Cofradías) resulta ajena al objeto contractual referido.

A igual conclusión llegaríamos si, conforme a los argumentos de la recurrente, el contrato se hubiera extinguido el 23.11.98 porque, desde entonces y hasta el 26.06.2000 (día del cese), la demandante siguió prestando servicios sin cobertura contractual, al igual que

también sin contrato había trabajado en el período anterior.

En definitiva, estamos ante una relación laboral indefinida a la que pone fin un despido improcedente.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 202 LPL, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y a la consignación de la cantidad objeto de condena.

Conforme al artículo 233.1 LPL la empresa recurrente ha de abonar los honorarios de abogado del actor impugnante. Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de la Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, de 18 de septiembre de 2000 en autos nº 454/2.000, que confirmamos.

3160 Recurso nº 190/2001

S.S. CONTRATO DE OBRA OU SERVICIO. A DURACIÓN INCERTA NON PODE QUEDAR Ó ARBITRIO DA EMPRESA. FRAUDE DE LEI E DESPEDITO IMPROCEDENTE. DEREITO DE OPCIÓN CORRESPONDENTE Ó TRABALLADOR SEGUNDO NORMA CONVENCIONAL ABRANGUE UNICAMENTE OS DESPEDITOS DISCIPLINARIOS.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a veintitrés de marzo de dos mil uno.

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 190/2001 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 nº 672/00 se presentó demanda por doña M.A.P.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el ILMO. CONCELLO DE XINZO DE LIMIA y la empresa "C.D.R.V." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de noviembre 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.- 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 "C.D.R.V." durante los siguientes periodos y a través de los siguientes contratos: Desde el 01.02.95 al 15.06.95 prestó servicios para el demandado "C.D.R.V." 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 "C.D.R.V.", 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 "C.D.R.V." 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 "C.D.R.V.", 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 "C.D.R.V.", 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 categoría de educadora.- Desde el 01.01.99 al 30.06.99 prestó servicios para el "C.D.R.V.", 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 deter-

minado, con la categoría de educadora. En dicho contrato se establece que "la trabajadora prestará sus servicios en la Oficina de Información Juvenil de este Concello.".- 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.- El 26 de noviembre de 1999, el Concello de Xinzo de Limia codemandado comunica por escrito a la actora la finalización del contrato el 31.12.99.- Contra dicho cese la actora interpuso reclamación previa y posterior demandada, en reclamación por despido, que dio lugar a los autos nº 84/00; tramitados en este Juzgado, en los cuales recayó Sentencia de 3 de marzo de 2000 en cuya parte dispositiva se declaró la improcedencia del despido de la actora llevado a cabo por el Concello de Xinzo de Limia, el 31.12.99, con las consecuencias que señala.- Dicha Sentencia fue confirmada por la dictada por la Sala de lo Social del T.S. de J. de Galicia el 15.06.00, en el Recurso de Suplicación interpuesto.- TERCERO.- En trámite de ejecución provisional de la Sentencia de despido, y, habiendo optado por la readmisión, se le abonaron los salarios de tramitación por el Concello, sin contraprestación de Servicios, y se cursó por dichos Organismos el alta de la trabajadora en la S. Social, con efectos del 01.01.00.- Por Auto de este Juzgado de 30.10.00, se declara no haber lugar a la ejecución de la Sentencia peticionada, procediendo al archivo de las actuaciones.- CUARTO.- En fecha 16 de agosto pasado, el Concello de Xinzo de Limia remitió a la actora comunicación escrita del siguiente tenor literal: "Muy Sr (a) nuestro (a): En relación con el contrato que, con fecha 01.07.99, T.PARC.DUR.DETER. 15/98, tenemos suscrito, ante el vencimiento del mismo, y dentro el plazo legalmente establecido, esta empresa le comunica que, causará baja en la misma el próximo 31.08.00 como consecuencia de la finalización de su contrato, motivado éste por la terminación del servicio, por parte del Ayuntamiento, para el que fue contratada.- Sírvese firmar la copia presente para nuestra constancia y archivo.".- QUINTO.- En fecha 23 de junio de 1995, se suscribe un convenio entre el Excmo. Concello de Xinzo de Limia y el "C.D.R.V.", para la continuidad del C.I.C. (Centro de Información Xuvenil da Limia). Dicho convenio figura incorporado a autos, teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido.- SEXTO.- La actora suscribió en fecha 30.06.99, recibo denominado de finiquito del siguiente tenor literal: "El que suscribe P.L.A., con D.N.I... trabajador al servi-

cio de la empresa “C.D.R.V.”, 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 ochocientos veinte) pesetas con cuyo percibo queda por enteramente saldado y finiquitado de todos cuantos derechos pudiera derivarse de la relación laboral, hoy extinguida que unía a ambas partes, sin que tenga nada más que pedir ni reclamar por ningún concepto. Y en prueba de conformidad con cuanto antecede firma el presente finiquito.”.- 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.- SÉPTIMO.- La actora presta servicios para el Ayuntamiento de Taboadela desde el 14.07.00.- OCTAVO.- 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: “No caso de despedimento declarado improcedente por órganos xurisdiccionales competentes será o traballador que opte entre a indemnización legal o a sua readmisión.”.- NOVENO.- Interpuesta reclamación previa en reclamación por despido el 09.09.00, fue desestimada por Decreto de Presidencia do Concello de Xinzo de Limia de 02.10.00.”

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 ILMO. CONCELLO DE XINZO DE LIMIA debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora llevado a cabo el treinta y uno de agosto de dos mil 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 ochenta y siete mil setecientos cincuenta pesetas en concepto de indemnización, 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 resolución.- Asimismo debo absolver y absuelvo a la empresa “C.D.R.V.” de las pretensiones en su contra

esgrimidas.- Con fecha 13 de diciembre de 2000 se ha dictado Auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que debo aclarar y aclaro el fallo de la presente sentencia en lo que se refiere a la indemnización de la misma que ha de ser de noventa y cuatro mil quinientas pesetas (94.500 ptas.).

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, Concello de Xinzo de Limia 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 treinta de noviembre de 2000, del Juzgado de lo social nº 2 de Ourense, seguido a instancia de doña M.A.P.L. contra la empresa Ilmo Concello de Xinzo y la empresa “C.D.R.V.”, por parte del Ayuntamiento demandado, basándose el mismo, en primer lugar, al amparo del art. 191.b) de la LPL en la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia, concretamente el segundo, el cual dice: “El 26 de noviembre de 1999, el Concello de Xinzo de Limia codemandado comunica por escrito a la actora la finalización del contrato el 31.12.99. Contra dicho cese la actora interpuso reclamación previa y posterior demandada, en reclamación por despido, que dio lugar a los autos nº 84/00; tramitados en este Juzgado, en los cuales recayó Sentencia de 3 de marzo de 2000 en cuya parte dispositiva se declaró la improcedencia del despido de la actora llevado a cabo por el Concello de Xinzo de Limia, el 31.12.99, con las consecuencias que señala. Dicha Sentencia fue confirmada por la dictada por la Sala de lo Social del T.S. de J. de Galicia el 15.06.00, en el Recurso de Suplicación interpuesto”, para que se incluya la siguiente frase: “en base a no haber finalizado el servicio para la que fue contratada”, que debe figurar entre las palabras “actora”, y “llevado”, en base a la propia Sentencia del Tribunal “a quo”. Se accede a dicha pretensión al determinar la documentación que cita en los presentes autos la causa de porqué fue declarado improcedente el despido de la actora en anterior proceso por despido.

Amparado en el mismo motivo se interesa la adición al hecho probado cuarto, el cual dice: “En fecha 16 de agosto pasado, el Concello de Xinzo de Limia remitió a la actora comunicación escrita del siguiente tenor literal: “Muy Sr (a) nuestro (a): En relación con el contrato

que, con fecha 01.07.99, T.PARC.DUR.DETER. 15/98, tenemos suscrito, ante el vencimiento del mismo, y dentro el plazo legalmente establecido, esta empresa le comunica que, causará baja en la misma el próximo 31.08.00 como consecuencia de la finalización de su contrato, motivado éste por la terminación del servicio, por parte del Ayuntamiento, para el que fue contratada. Sírvasse firmar la copia presente para nuestra constancia y archivo”, de la siguiente: “Cuarto.- En fecha 11.08.00 por el Concello de Xinzo de Limia se dictó el siguiente DECRETO DA PRESIDENCIA. En 23.06.95 este Concello formalizou com “C.D.R.V.”, que tem a sua sede en Lodoselo (Sarreaus), um convenio que vogorou durante cuatro anos, ate 23.06.99 para que esta entidade, como titular de centro de información xuvenil rexistrado ao nº 32-032-six-011, prestase ese servizo, con ámbito de incidencia sobre toda a comarca da Limia, en dependencias da Casa da Cultura de Xinzo. Relativo ao cual, e tendo em conta que o referido convenio nom foi renovado, e sem prexuízo de que o “C.D.R.V.” poda seguir prestando ese servizo na Casa da Cultura, suxeito aos condicionados de colaborazom que no seu momento se determinen, Veño em resolver: 1º.- Declarar formalmente finalizado, no que respeita ao Concello de Xinzo de Limia, o servizo de informacion xuvenil que na parte que lle atinxia se derivava do antes referido convenio, em base a que nom cabe prestar um servizo para o cual se carece de titularidade que o lexitime. 2º.- Consecuente com o que antecede, rescindir, com afeitos de 31.08.00, a relazom laboral que a tais efeitos se vem mantendendo desde 01.07.99 con M.A.P.L., com categoria de “educadora” a tempo parcial, e salario de 54.000 ptas. mensuais. 3º.- Notificar a Sra. P.L. con a antecedencia regulamentar de quince días que determina a normativa laboral de aplicazom, o cesamento da relazom laboral, nos termos do parágrafo anterior, a través de escrito do que se deixará unida copia a este decreto. 4º.- Ordenar a Tesouraría Municipal o pagamento dos haveres devengados pola Sra. P.L. até a data em que se declara termisueiro, en nado o servico, 31.08.00. Así o mandou e asinou o Sr. Presidente don G.I.S., en Xinzo de Limia, aos onze de agosto de dous mil”, dicha adición se pretende en base al contenido del propio Decreto de la Alcaldía.

Se estima el motivo del recurso, ya que es cierto el contenido de tal Decreto según se constata.

Amparado en el mismo motivo pretende el recurrente la revisión mediante la adi-

ción al hecho probado octavo, el cual dice: “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: “No caso de despedimento declarado improcedente por órganos xurisdiccionales competentes será o traballador que opte entre a indemnización legal o a sua readmisión”, para que se añada después de 15.07.99 “bajo el epígrafe de REXIME DISCIPLINAR”, en base al propio convenio. Se accede a dicha pretensión ya que el epígrafe donde aparece dicho artículo del convenio es necesario precisar su ubicación en el convenio.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c) de la LPL se alega por parte del recurrente, infracción por aplicación indebida del art. 15.3 del ET y de los arts. 359 y 372.2 de L.E. Civil por considerar que la presente sentencia entra en contradicción con la de fecha 3 de marzo de 2000, ya que considera que el contrato que se celebró con la trabajadora carece de causa. Amparado en el mismo motivo se alega infracción por no aplicación del art. 49.1.c) del ET y por aplicación indebida del art. 55.4 del mismo texto, por considerar que la naturaleza temporal del contrato es incuestionable y que se ha terminado el contrato por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio para el cual fue contratada.

Finalmente se alega la infracción por no aplicación del art. 56.1 del ET o, en su caso, interpretación errónea del art. 46 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Concello Xinzo de Limia, por considerar que por donde está encuadrado dicho artículo en el Convenio, la opción corresponde al demandado, ya que solo corresponderá la opción al trabajador cuando el despido sea disciplinario.

En primer lugar la sentencia que ahora se recurre, su fundamentación jurídica, no entra en contradicción con la sentencia de 3 de marzo de 2000 del mismo Juzgado puesto que el contrato temporal consta de diversos elementos, como son las partes que intervienen, el tiempo para el que se contrata y la causa del mismo; en una de las sentencias (03.03.2000) se analiza el elemento temporal llegando a la conclusión que éste no ha finalizado, y en otra (la que actualmente se recurre 30.11.2000) se analiza el causal, llegando a la conclusión que no tiene causa al no tener dicho Ayuntamiento el servicio para el cual fue contratada la trabajadora.

De los hechos declarados probados se llega a las siguientes conclusiones: A) La trabajadora fue contratada el 01.07.99 por el Ayuntamiento de Xinzo de Limia para obra o servicio determinado como educadora para prestar servicios en la Oficina de Información Juvenil del Concello. B) El contrato es para "obra o servicio determinado", desconociéndose el límite temporal del mismo, especificándose en el contrato, hasta su finalización. C) Se desconoce cual es el límite temporal del mismo, puesto que el convenio entre el Ayuntamiento y el "C.D.R.V." (Centro de Información Xuvenil de Limia) tiene duración de 4 años habiéndose suscrito el 23.06.95, se entiende que cuando se contrató a la trabajadora ya había finalizado. D) No se ha acreditado que dicho servicio haya finalizado. E) Que la actividad objeto del contrato se desarrollaba en la casa de Cultura de dicho Ayuntamiento. F) Que siguen trabajando educadoras en dicho centro de información juvenil, en consecuencia sigue existiendo la actividad para la cual fue contratada (folios 419 a 426 de autos).

Partiendo de las anteriores premisas hemos de poner en evidencia que la duración incierta en los contratos de obra o servicio no puede quedar supeditado a la voluntad resolutoria de una de las partes (Tribunal Supremo 18.09.93). Luego, si la actividad que se desarrolla en la casa de cultura sobre información juvenil es una actividad permanente y normal, no tiene causa el realizar un contrato de obra o servicio determinado configurándose, en consecuencia, que se ha contratado por el Ayuntamiento en fraude de Ley, eludiendo con ello la contratación indefinida. Consecuencia de ello es que al haberse contratado en fraude de ley es dar el carácter indefinido a la relación que une a la actora con el demandado Concello de Xinzo hasta que la plaza sea cubierta por procedimientos legales o reglamentarios, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad que rigen las normas de relación de las administraciones públicas (sentencias Tribunal Supremo 19.01.99, Rec. 1.543/97, entre otras).

Por todo lo cual el despido realizado es improcedente. Pero por lo que se refiere a la opción que según el art. 46 del Convenio Colectivo le corresponde al trabajador y así ha sido declarado en el fallo de la sentencia recurrida, se considera lo siguiente: El art. 46 del Convenio Colectivo, se halla dentro del capítulo XII del mismo titulado "Réxime disciplinar" refiriéndose a los despidos declarados "improcedentes" como consecuencia de imposición de sanciones, es decir, sólo circunscritos a los

"despidos disciplinarios" declarados improcedentes debiendo, en consecuencia restringir dicha aplicación a los mismos. Lo cual, por otra parte se concilia con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre ellas 11-mayo-1999, recurso 2279/98), que considera que cuando los contratos temporales han devenido en indefinidos por irregularidades en la contratación por la Administración se admite un criterio restrictivo para admitir este tipo de mejoras contenida en los Convenios ya que estas relaciones laborales tienen un "manifiesto coeficiente de provisionalidad que en principio las excluye de todas aquellas normas que protegen la estabilidad y continuidad en el empleo, que sólo tienen razón de ser para aquellos contratos y relaciones laborales con vocación de permanencia", no contradicho por la sentencia de esta Sala del TSJ Galicia de 15 junio 2000 en el que se dijo que "no era este el caso (contrato transformado en indefinido por irregularidades en la contratación) puesto que el despido fue improcedente por no haber concluido la obra o servicio.

Consecuencia de lo cual se estima parcialmente el motivo del recurso, sólo en la referencia a que la opción, de conformidad con el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores corresponde al Concello que contrató.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por el CONCELLO DE XINZO DE LIMIA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Ourense de fecha 30 de noviembre de 2000, revocando dicha resolución sólo en lo que refiere que la opción entre readmisión o indemnización le corresponde en plazo de CINCO DÍAS al Concello de Xinzo de Limia.

3161 Recurso nº 5.599/97

S.S. RECARGO DE PRESTACIÓN DA SEGURIDADE SOCIAL. INEXISTENCIA DE LITISPENDENCIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA POR FALTA DE FORMACIÓN DO TRABALLADOR E DEFICIENTE SINALIZACIÓN. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRINCIPAL. CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDADE.

Ponente: Ilmo Sr. D. José-Elías López Paz

A Coruña, a veinticuatro de marzo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Rollo nº 5.599/97, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente interpuestos por el letrado don R.H.V.P., en nombre y representación de “U.F., S.A.”, y por la letrada doña M.G.C., en nombre y representación de “N., S.L.”, contra sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de los de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 091/97 se presentó demanda por doña M.R.B.G., sobre RECARGO DE PRESTACIONES POR RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SEGURIDAD E HIGIENE, frente a las empresas “N., S.L.”, “U.E.F., S.A.” y “E., S.A.”, al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha cuatro de junio de 1997 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Don J.A.G.C., mayor de edad, afiliado con el número... al Régimen General de la Seguridad Social, cuando prestaba servicios para la empresa “N., S.L.”, sufrió a 26.11.92 un accidente de trabajo, determinante de su fallecimiento por “parada cardiorrespiratoria por arritmia cardíaca, consecuencia de electrocución. 2º.- El accidente se produjo cuando el trabajador, sin formación suficiente en instalaciones de alta tensión, se encontraba en la caseta provisional instalada para dar suministro a los usuarios, durante un cambio de aparellaje en una caseta de transformación de electricidad, y, en esa circunstancia, se produjo la electrocución. 3º.- Tales trabajos se realizaban por la empresa empleadora para la principal “U.F., S.A.”. 5º.- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó a 19.02.93 sendas actas de infracción a la empresa empleadora y a la principal. Recurridas, se confirmó la de la empresa empleadora y se revocó la de la principal. Está impugnada la resolución

administrativa confirmatoria ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. 6º.- Doña M.R.B.G., mayor de edad, D.N.I..., viuda del trabajador, solicitó a 06.09.93, en su propio nombre y en el de su hija menor, N.G.B., el recargo de prestaciones de viudedad y de orfandad, ante el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. No recayó resolución. Con fecha 13.12.96 se reiteró la solicitud. 7º.- Igualmente solicitó judicialmente indemnización por daños y perjuicios, reconocida en sentencia de 07.11.96 del Juzgado de lo Social nº Tres de Pontevedra. Está impugnada en suplicación”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña M.R.B.G., en su propio nombre y en el de su hija menor, N.G.B., contra las entidades mercantiles “N., S.L.”, “E., S.A.” y “U.F., S.A.”, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro el derecho de doña M.R.B.G., en relación a las prestaciones de viudedad, y de su hija menor, N.G.B., en relación a las de orfandad, por el fallecimiento de don J.A.G.C., esposo y padre, respectivamente, a percibir el recargo de prestaciones, en cuantía de un 30%, por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene, y, en consecuencia, condeno a su abono solidario, en las condiciones y con los efectos legal y reglamentariamente previstos, a las entidades mercantiles “N., S.L.” y “U.F., S.A.”. Quedan absueltos la entidad mercantil “E., S.A.”, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por las empresas codemandadas “U.E.F., S.A.” y “N., S.L.”, que fue impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta por doña M.R.B.G., en su propio nombre y en el de su hija menor, N.G.B., y reconoce su derecho a percibir el recargo de prestaciones, en cuantía de un 30% en sus pensiones de viudedad y orfandad, condenando solidariamente al abono de dicho recargo a las empresas “N., S.L.” y “U.F., S.A.”, absolviendo al Ins-

tituto Nacional de la Seguridad Social, a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la empresa “E., S.A.”.

Este pronunciamiento se impugna por las dos empresas condenadas. La empresa “N., S.L.” articula CUATRO motivos de suplicación: En el primero se alega la excepción de *litis pendencia*; el segundo y el tercero se dedican a la revisión de hechos y el cuarto al examen del Derecho.

El recurso de la empresa “U.F., S.A.” se construye a través de dos motivos: el primero con el objeto de revisar los hechos declarados probados y el segundo para examinar la normativa jurídica aplicada en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Un orden lógico procesal impone el examen prioritario del primer motivo de recurso de la empresa “N., S.L.”; en él se alega la excepción de *litis pendencia*, sin citar el amparo procesal adecuado [art. 191.a) de la Ley Procesal Laboral] para la invocación de dicha excepción. Dicha parte recurrente alega que existen pendientes dos pleitos, uno en el ámbito jurisdiccional Contencioso-Administrativo y otro ante esta misma Jurisdicción Laboral.

El motivo no puede ser acogido por la Sala, en base a las siguientes consideraciones: a) En primer lugar, y por lo que respecta al pleito pendiente en el ámbito de esta misma Jurisdicción, el mismo ya se encuentra resuelto y la Sala no puede desconocer sus propias resoluciones ya que, habiendo recaído sentencia el 11 de febrero de 2000 (Rec. nº 0456/97), no se cumple el requisito de la *pendencia*; además, el objeto de ambos pleitos es diferente, tratándose de responsabilidades compatibles, por lo que no concurriría el triple requisito de identidad, exigido por el artículo 1.252 del Código Civil en cuanto a las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. Y b) En segundo lugar, el pleito ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, impugnando la sanción impuesta por la Inspección de trabajo y Seguridad Social por una presunta falta de formación e instrucción adecuada acerca de los riesgos y peligros del puesto de trabajo, no implica la suspensión del pleito que se tramita ante el Orden Jurisdiccional Laboral, siendo plenamente de aplicación lo dispuesto en los artículos 4 de la Ley Procesal Laboral y 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

TERCERO.- Con amparo en el artículo 190.c) de la Ley Procesal Laboral [debe enten-

derse artículo 191.b)] la citada empresa articula un segundo motivo de recurso, interesando la modificación del hecho probado primero para que quede redactado del modo siguiente: “D. J.A.G.C., mayor de edad, afiliado con el nº... del Régimen General de la Seguridad Social, falleció cuando prestaba servicios para la empresa “N., S.L.” en fecha 26.11.92, desconociéndose las causas de la muerte”. Y en el tercero de los motivos, también con el mismo amparo procesal, se solicita la revisión del hecho probado segundo y su sustitución por otro con el siguiente texto: “El fallecimiento se produjo cuando el trabajador, Oficial Segundo Electricista, se encontraba en la caseta provisional instalada para dar suministro a los usuarios, durante un cambio de aparellaje en una caseta de transformación de electricidad”.

En cuanto a la primera de las citadas revisiones, la misma no se acoge por la Sala por cuanto existen documentos en los autos que contradicen el contenido de la revisión y que, valorados por el Magistrado de instancia, haciendo uso de la facultad sobre valoración de la prueba conferida por el artículo 97.2 de la Ley Procesal Laboral, le han permitido alcanzar una conclusión sobre el origen del fallecimiento del trabajador. Dichos documentos son, no sólo el Informe Médico-Forense, sino también los Informes de la Inspección de Trabajo (folios 193 y siguientes). Y respecto del tercer motivo de recurso, la revisión pretendida es totalmente intrascendente para alterar la decisión del litigio; refiere el lugar de fallecimiento, algo que ya consta en el hecho probado segundo, y otras circunstancias totalmente irrelevantes para alterar el signo del fallo, por lo que luego se razonará.

CUARTO.- Con amparo en el artículo 191.b) de la Ley Procesal Laboral la empresa “U.F., S.A.” interesa que del hecho probado primero se suprima el texto siguiente: “...el accidente de trabajo, determinante de su fallecimiento por “parada cardiorespiratoria por arritmia cardíaca, consecuencia de electrocución”. La Sala no acoge la supresión solicitada por no ser predeterminante del fallo, como señala la parte recurrente, no es un juicio predeterminante, sino que se trata de valoración de la prueba, en concreto, de informes obrantes en autos que refieren como causa de la muerte: “electrocución”, y no puede ser predeterminante del fallo por cuanto el recargo de prestaciones procederá o no teniendo en cuenta si la empleadora observó las medidas de seguridad exigibles y si el trabajador actuó al

margen de toda negligencia o imprudencia. Con idéntico amparo, se solicitó que se suprima del hecho probado segundo *“...sin formación suficiente en instalaciones de alta tensión”*. Tampoco se acoge por la Sala dicha supresión, porque el Juzgador de instancia, valorando la prueba en su conjunto, alcanza una conclusión contraria a la pretendida por la recurrente, que cita en sustento de la citada revisión, entre otros, los documentos obrantes a los folios 436 y 438, pero, curiosamente, no cita el folio 437, en el que la Inspectora de Trabajo actuante señala expresamente: *“se aprecia una falta de formación e instrucción del personal adecuada acerca de los riesgos y peligros del puesto de trabajo y sobre los métodos y procesos que deben observarse para prevenirlos o evitarlos y el realizar trabajos en instalaciones de alta tensión por personal no especializado”*; es decir, que no cabe apreciar error del Juzgador de instancia en la valoración de la prueba cuando alcanza un juicio de valor en base a informes oficiales, sin que la Sala pueda sustituir su criterio, objetivo e imparcial, por el interesado y subjetivo de la parte recurrente.

Por el mismo cauce procesal de amparo, la parte recurrente, “U.F., S.A.”, solicita la adición de un hecho declarado probado nuevo, que constituiría el ordinal 2º bis) y que tendría la siguiente redacción: *“El trabajador accidentado había sufrido (un mes antes) (¿), otro accidente similar, diagnosticándosele quemaduras de primero y segundo grado en la totalidad de ambas manos, producidas por un cortocircuito en conductor electrónico”*.

El motivo no puede acogerse en los términos propuestos, por cuanto en autos no existe documento alguno en que apoyar un texto como el propuesto; el folio 461 -que se cita como soporte de la revisión-, refiere: *“accidente anterior el 09.11.92 -no dice que sea un accidente similar como el ocurrido el día 26.11.92- quemaduras de 1º y 2º grado en ambas manos”*, y en estos términos sí cabe acoger la revisión.

En el IV) apartado de este motivo de recurso, la empresa recurrente solicita la adición de un hecho declarado probado nuevo con el ordinal 3º bis) del siguiente tenor literal: *“La empresa principal “U.E.F.”, se dedica a la explotación, producción, transporte, transformación, distribución y comercialización de energía eléctrica, mientras que la empresa del trabajador, “N.”, se dedica a instalaciones eléctricas en frío”*. La adición propuesta no se acoge por la Sala, por cuanto de los documen-

tos citados en sustento de la misma, folios 474, 480 y 461, en absoluto se desprende el texto que se pretende adicionar.

Finalmente, se pretende en el V) apartado del recurso añadir un inciso al final del hecho declarado probado séptimo, que diga lo siguiente: *“Concediendo una indemnización por daños, como consecuencia del fallecimiento, de doce millones de pesetas a la viuda y cinco millones de pesetas a su hija”*. La adición es intrascendente por no afectar a la cuestión litigiosa y no se acepta por la Sala, además de no contar con apoyo en los documentos citados en sustento de la misma. En consecuencia, del relato histórico de la sentencia impugnada, con las modificaciones aceptadas por la Sala, se desprende sustancialmente, que: a) El trabajador, don J.A.G.C., cuando prestaba servicios para la empresa “N., S.L.” sufrió un accidente de trabajo el 26.11.92, que determinó su fallecimiento por “parada cardiorrespiratoria por arritmia cardíaca, consecuencia de electrocución”. b) El accidente se produjo cuando el trabajador, sin formación suficiente en instalaciones de alta tensión, se encontraba en la caseta provisional instalada para dar suministro a los usuarios, durante un cambio de aparellaje en una caseta de transformación de electricidad y, en esa circunstancia, se produjo la electrocución. c) Los trabajos se realizaron por la empresa empleadora para la principal, “U.F., S.A.”. d) El mismo trabajador había sufrido un accidente el 09.11.92 con quemaduras de 1º y 2º grado en ambas manos, habiendo causado alta el 20.11.92.

Así, pues, partiendo de estos datos, debe determinarse si se ha incumplido por las empresas demandadas-condenadas alguna medida de seguridad causante del accidente, lo que se analizará en sede jurídica sustantiva, examinando conjuntamente las infracciones normativas denunciadas por las empresas recurrentes.

CUARTO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral (si bien se menciona erróneamente el artículo 190), la empresa “N., S.L.” denuncia infracción del artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegándose por esta parte recurrente error en la apreciación de las pruebas documental y testifical; se cita también el artículo 62 y el 64.3 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y se aduce que no se requiere ningún tipo de adiestramiento especial para efectuar maniobras en instalaciones sin tensión; y se concluye citando sentencias del Tribunal Supremo y de distintos Tribunales Superiores de Justicia.

La empresa "U.F., S.A." denuncia en el segundo motivo de recurso infracción, por interpretación errónea y aplicación indebida, de los artículos 42.2 del Estatuto de los Trabajadores y 40 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social, negando la responsabilidad solidaria entre empresa principal y contratista, por no tratarse de la misma actividad, no dándose las circunstancias señaladas en el artículo 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. Asimismo, se denuncia infracción, por aplicación indebida, del artículo 62.3 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en relación con el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social; se alega por esta parte recurrente, en síntesis, que no consta acreditada la falta de medidas de seguridad por parte de la empleadora, así como la falta de relación de causalidad entre el incumplimiento de prescripciones de seguridad en el trabajo y el resultado lesivo.

Para determinar si se han incumplido medidas de seguridad conviene hacer una referencia a la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, partiendo siempre de la base de que la jurisprudencia tradicional ha venido destacando el carácter sancionador y no indemnizatorio del recargo en las prestaciones establecido en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (antes artículo 93 del Texto Refundido de 1974), al sostener que el susodicho recargo constituye una responsabilidad a cargo del empresario, extraordinaria y puramente sancionadora.

Precisamente, dada la naturaleza sancionadora del recargo y de su obligada interpretación restrictiva, se ha sostenido por la jurisprudencia que su imposición exige como requisitos generales los siguientes: a) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad y que ello resulte cumplidamente acreditado, porque al ser medida sancionadora resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia; b) que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, lo cual ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva (tiene naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presuma; c) que exista culpa o negligencia por parte de la empresa -admitiéndose la posibilidad de que sea compartida-, porque la responsabilidad no es objetiva; d) que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible, que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad

y razonabilidad, que son también los recogidos en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo; e) que no procede el recargo de prestaciones, excluyéndose la responsabilidad empresarial, cuando el evento acontece de manera fortuita, imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención o por imprudencia del propio trabajador accidentado, cuando no se atienden las medidas de protección ordenadas o adoptadas por la empresa y puestas a su disposición.

Proyectada esta doctrina jurisprudencial sobre la situación de hecho que quedó descrita en el TERCERO de los Fundamentos de la presente resolución, se pone de manifiesto, sin duda alguna, que por las empresas condenadas se han vulnerado los derechos que a la integridad física y protección eficaz en materia de seguridad e higiene vienen reconocidos al trabajador, respectivamente, en los artículos 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por otro lado, dichas empresas han incumplido las obligaciones generales que les venían impuestas por los artículos 7º, núm. 2, de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971, así como en las precauciones particulares previstas en el art. 62, núm. 1, letra c), que prohíbe realizar trabajos en alta tensión sin el previo reconocimiento de la ausencia de tensión, y núm. 3 del mismo artículo, que prohíbe realizar trabajos en instalaciones de alta tensión a todo aquel personal que no esté especializado. Y resulta indiscutible, por tratarse de un hecho conforme, que el trabajador fallecido pertenecía a una brigada de trabajos en "frío", esto es, sin tensión; sin embargo, el día del accidente estaba trabajando en tensión, pese a no tener la formación e instrucción adecuada. Y no sólo el día del accidente: obra documental en autos (folio 461) que acredita la existencia de un accidente anterior en el mismo mes del fallecimiento, concretamente el día 09.11.92, que provocó quemaduras de 1er. y 2º grado en ambas manos, de lo que cabe deducir que la brigada de trabajos en frío también se venía ocupando de trabajos en tensión, como lo evidencian los accidentes ocurridos.

En cuanto a la causa de la muerte -que se pone en entredicho por las recurrentes-, si se examinan los autos con atención y de un modo pormenorizado, es indudable que el accidente ocurrió del modo descrito en el hecho probado segundo: El trabajo a realizar consistía en cambiar la alimentación de 10.000

voltios a 20.000 voltios. Durante las obras se instaló una caseta provisional metálica, donde se instaló el transformador durante varios días. El día que se procedía al retorno del transformador a la caseta definitiva se desembornó y se trasladó en una gran carroceta, y cuando se procedía al cambio, el trabajador fallecido entró en la caseta provisional y allí fue encontrado caído y semiconsciente, con dificultades respiratorias, por otros compañeros que avisaron rápidamente a un médico, disponiéndose su urgente traslado al Hospital Provincial de Pontevedra, falleciendo a consecuencia de la electrocución y no por circunstancias fortuitas ajenas al trabajo que realizaba.

La forma de llevar a cabo el trabajo revela la falta de control y de una forma correcta de realización del mismo, posiblemente derivadas de la falta de especialización de los operarios, pues, al realizar trabajos en una instalación de alta tensión y mientras se procedía al cambio del transformador, lo lógico hubiera sido suspender el servicio; no consta que en la caseta provisional se colocasen las señales de seguridad adecuadas, como exige el apartado e) del artículo 62.1 de la O.S.H.T.; es decir, se produce una cadena de incumplimientos de medidas de seguridad, de lo que resulta incuestionable que la situación litigiosa debe encuadrarse dentro del supuesto previsto en el artículo 93, nº 1 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, de aplicación al presente supuesto por razones de derecho temporal (actual artículo 12 de la Ley General de la Seguridad Social de 1º de junio de 1994), con las consecuencias previstas en los números 2 y 3 de dicho precepto, por lo que la imposición del recargo declarado por la sentencia de instancia en el porcentaje del treinta por ciento (30%) resulta conforme al Ordenamiento jurídico.

QUINTO.- Sentado el incumplimiento empresarial por infracción de medidas de seguridad, debe examinarse si la condena puede afectar a la empresa principal, "U.F., S.A.", entidad que, amparándose en los artículos 42 del Estatuto de los Trabajadores y 40 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social -que cita como infringidos-, señala que debe quedar exonerada de toda responsabilidad porque los servicios contratados no corresponden a la propia actividad de la empresa contratante.

La Sala comparte el criterio de la sentencia recurrida y admite que, al tratarse de un caso de contrata, puede ampliarse responsa-

bilidad por recargo de prestaciones a la empresa principal o comitente ("U.F., S.A."), aunque no fuese la empleadora directa del trabajador fallecido, y ello es así por cuanto en el presente supuesto se cumplen todos los requisitos exigidos por el artículo 40 de la citada Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, para que proceda dicha ampliación: El accidente tiene lugar durante la vigencia de la contrata, se produce en un lugar que puede considerarse centro de trabajo de la empresa principal y la actividad que realiza la empresa empleadora, "N., S.L.", no puede considerarse ajena a la propia actividad de "U.F., S.A.", fundándose ello en que esta última puede establecer y contratar los servicios que estime convenientes para una adecuada prestación de los servicios que constituyen su actividad.

El Tribunal Supremo, analizando el concepto de propia actividad de la empresa comitente, sostiene que son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, de tal modo que sería una contrata de este tipo cuando, de no concertarse las obras o servicios, habrían de realizarse por la empresa principal, so pena de perjudicar su actividad empresarial, de tal forma que sólo quedarían fuera las obras o servicios contratados desconectados de la finalidad y productividad y de las actividades normales de la misma. Y aplicando dicha doctrina al caso de autos, ha de entenderse que la actividad contratada por "U.F., S.A." no está desconectada de la suya propia de explotación, producción, transporte, transformación, distribución y comercialización de energía eléctrica, pues, de no haberse contratado el cambio de alimentación o potencia eléctrica, la citada empresa habría de realizar por sí misma la actividad que contrató, ya que, de lo contrario, podría perjudicar su actividad que, de otra parte, tiene un amplio objeto. Por las razones expuestas, no son de apreciar las infracciones de dichos preceptos legales, atribuidas a la sentencia suplicada.

SEXTO.- Finalmente, en cuanto al recurso formulado por "N., S.L." alegando error en la apreciación de las pruebas documental y testifical, con infracción del artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe señalar que el precepto citado tiene una evidente naturaleza procesal y no es norma de naturaleza sustantiva, que son las que se pueden denunciar como infringidas -por el cauce del apartado c) del artículo 191-, junto con la jurisprudencia. Señalar también que por dicho cauce procesal tampoco cabe denunciar error judicial en la valoración de la prueba, sino por el apartado

b) del artículo 101, y que la doctrina constitucional ha declarado que, por ser una facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo.

En resumen, las empresas, como deudoras de seguridad respecto de los trabajadores, incumplieron, en este caso, con sus obligaciones, lo que motivó el accidente que causó la muerte del cónyuge de la actora, por lo que procede la desestimación de ambos recursos y la consiguiente confirmación de la sentencia, con las consecuencias previstas en los artículos 202.1 y 4 y 233, ambos de la Ley Procesal Laboral.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de suplicación planteados por “U.F., S.A.” y “N., S.L.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra, de fecha cuatro de junio de mil novecientos noventa y siete, confirmando íntegramente la misma. Se decreta la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir por ambas empresas recurrentes, a los que se dará el destino legal correspondiente una vez gane firmeza la presente resolución, manteniéndose los aseguramientos prestados para responder del recargo declarado, y condenando a la imposición de costas, que incluye los honorarios del Abogado de la parte contraria, impugnante de los recursos, por importe de veinticinco mil (25.000-) pesetas por cada una de las recurrentes.

3162 Recurso nº 2.730/97

S.S. PENSIÓN DE XUBILACIÓN. RESPONSABILIDADE EN ORDE ÁS PRESTACIÓNS POR FALTA DE COTIZACIÓN NA PRESTACIÓN DE SERVICIOS ÁS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. EQUIPARACIÓN DE TEMPO TRABALADO A TEMPO COTIZADO. RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE XESTORA.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a veintiséis de marzo de dos mil uno.

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. 2.730/97 interpuesto por doña A.V.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña A.V.G. en reclamación de JUBILACIÓN siendo demandado I.N.S.S., T.G.S.S., INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, MINISTERIO DE AGRICULTURA, CONSELLERÍA DE AGRICULTURA y la empresa “J.G.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 683/96 sentencia con fecha doce de marzo de mil novecientos noventa y siete por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- Doña A.V.G., nació el 04.10.34 y solicitó del I.N.S.S. pensión de jubilación con fecha 26.06.95. Desde enero de 1948 a diciembre de 1968 trabajó en los montes a cargo del Servicio de Montes e Industrias Forestales, que desde el año 1981 se encuentra transferido a la Xunta de Galicia, y durante este tiempo no se ha cotizado por ningún concepto a la Seguridad Social por los mencionados trabajos, habiéndose cotizado únicamente por el concepto de “Accidente de Trabajo”. Doña A.V.G. acredita la cotización al Régimen Agrario del 01.03.80 a 30.06.85, en total 5.600 días.- 2.- Con fecha 26.06 de 1995 la actora solicitó la concesión de Pensión de Jubilación que le fue denegada el 7 de agosto de 1995 por el I.N.S.S. por no tener cotizaciones antes del 1 de enero de 1961 y por tanto no poder jubilarse a los 60 años.- 3.- Con fecha 11.09.95 presentó reclamación previa la cual fue desestimada por Acuerdo notificado el 26 de septiembre de 1995”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Se desestima la demanda deducida por doña A.V.G., contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD

SOCIAL, CONSELLERÍA DE AGRICULTURA, GANDERÍA E MONTES, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y EMPRESA "J.G."; absolviendo a los demandados de las pretensiones de la demanda".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimando la demanda interpuesta por la actora, absuelve a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda. Se alza en suplicación la representación de la parte actora, interponiendo el recurso que, articula con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. en un solo motivo de denuncia de infracción jurídica, denunciando vulneración de la jurisprudencia del TS, en concreto la sentencia de fecha de 30 de julio de 1995, denunciando infracción de la normativa jurisprudencia al respecto y de las normas sustantivas; puesto que demostrada la prestación de servicios desde 1948 a 1968 demostrando que patrimonio forestal incumplió su obligación de cotizar por todas las contingencias comunes y sólo lo hizo por accidente de trabajo, no es la trabajadora quien debe soportar dicha infracción, sino que en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones debe abonársele por el I.N.S.S. y la T.G.S.S., su pensión de jubilación, sin perjuicio de que se decrete la responsabilidad subsidiaria de Patrimonio Forestal. Recurso que es impugnado de contrario por el letrado asesor de la Xunta de Galicia, en representación de la Consellería de Agricultura, Gandería y Montes de la Xunta de Galicia, alegando que la recurrente presentó demanda anterior de carácter declarativo sobre la resunta cotización en España entre los años 1948 y 1968, y la sentencia del Juzgado de lo social de Lugo de fecha 16 de octubre de 1995, en los autos 73/95, está pendiente de recurso de suplicación ante este Tribunal Superior, y ambas cuestiones están interrelacionadas, alegando asimismo que la jurisprudencia que se cita no es la correcta.

Con carácter previo, procede analizar si en el supuesto de autos concurre la excepción de litispendencia, o nos encontramos ante el supuesto de la existencia de una cuestión prejudicial. Pues bien respecto de ello

decir que, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Lugo en los autos 73/95, con fecha de 16 de octubre de 1995, si bien ha sido recurrida en suplicación ante el TSJ de Galicia, Sala de lo Social por la Consellería de Agricultura, Gandería y Montes, dicho recurso ya ha sido resuelto por Sentencia de la sala de lo social de este Tribunal de fecha 26 de marzo de 1999, sentencia firme, en la cual revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, desestimando la demanda y ello en base a estimar la falta de acción de la actora para ejercitar la declarativa propuesta tal y como se ha formulado, por entender que lo que pretende la actora con su demanda es que se declare como válido, a efectos de cotizaciones, el periodo de tiempo de servicios previos a la administración reconocido, sólo a efectos de antigüedad, como si hubiese estado en alta a efectos de lucrar prestaciones futuras, como la de jubilación, por lo que estima la sala que la demanda declarativa planteada tiene un interés preventivo o cautelar no actual, sino para garantizar futuras prestaciones, por lo que declara la falta de acción de la actora, sin prejuzgar lo que en su día se resuelva sobre dicha cuestión, y a la vista de dicha resolución firme no puede estimarse la excepción de litispendencia, en puridad la existencia de una cuestión prejudicial, por cuanto que dicha cuestión ha sido objeto de resolución firme y definitiva.

SEGUNDO.- Por el cauce procesal del apartado c) del artículo 191 de la LPL invoca la parte recurrente como motivo de censura jurídica, denunciando vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de fecha de 30 de julio de 1995, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la infracción de la normativa jurisprudencia al respecto y de las normas sustantivas; puesto que demostrada la prestación de servicios desde 1948 a 1968, demostrado que patrimonio forestal incumplió su obligación de cotizar por todas las contingencias comunes y sólo lo hizo por accidente de trabajo, no es la trabajadora la que debe soportar dicha infracción sino que y en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones debe de abonársele por el I.N.S.S. y por la T.G.S.S., su pensión de jubilación, sin perjuicio de que se decrete la responsabilidad subsidiaria de patrimonio forestal, y dado que la actora prestó sus servicios para patrimonio forestal, para una administración pública, por lo que el tiempo trabajado

antes de 1959 debe de equipararse a cotizaciones efectivas.

Pues bien respecto de ello cabe decir, que tratándose de administraciones públicas, o sea de personal no funcionario al servicio del Estado, Corporaciones Locales y Organismos Autónomos, el TS ha venido consagrando el principio de equiparación del tiempo trabajado al tiempo cotizado, principio que ha sido interpretado por este tribunal, en el sentido de que confiere virtualidad a los tiempos de presencia, con prestación de servicios, en aquellos organismos, aunque se trate de períodos anteriores a la promulgación de la norma, pues cabalmente, se trata de eliminar o aliviar la desprotección en que tales obreros o empleados, no funcionarios se encontraban. La cuestión a resolver se centra en determinar, si la actora reúne el período de cotización necesario para lucrar la pensión de jubilación - tesis de la demandante-, o si no lo reúne (tesis de la Sentencia de instancia, coincidente con la de la resolución del INSS), y para resolver dicha cuestión, se ha de examinar si procede o no computarse como período cotizado el que trabajó la demandante desde el enero de 1948 a diciembre de 1968 para a cargo del Servicio de Montes e Industrias Forestais, que desde el año 1981 se encuentra transferido a la Xunta de Galicia período durante el cual no se cotizó por ningún concepto a la Seguridad Social por los mencionados trabajos, habiéndose cotizado únicamente por el concepto de accidente de trabajo. Al respecto ha de señalarse que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23.12.1992 tiene declarado en su tercer fundamento de derecho que “El art. 1 de la Ley 26.12.1958 (que reguló los seguros sociales del personal al servicio del Estado, Corporaciones Locales y Organismos Autónomos, establece en su párrafo primero que (el personal de toda clase que, sin tener la condición de funcionario público, presta servicios al Estado, las Corporaciones Locales y sus respectivos Organismos Autónomos, en régimen de dependencia, tendrá derecho, en las mismas condiciones que los trabajadores al servicio de empresas privadas, a los beneficios de los seguros sociales obligatorios [subsido familiar, seguro de vejez e invalidez y seguro de enfermedad] actualmente existentes o que puedan establecerse, y a los de accidente de trabajo, mutualismo laboral y plus familiar). Añadiendo su párrafo segundo que (el personal afectado por la presente Ley tendrá derecho a las prestaciones de los seguros sociales y mutualismo laboral desde el día de su entra-

da en vigor, quedando exceptuados del período de carencia reglamentaria, excepto en el seguro de vejez, para el que serán precisos cinco años de antigüedad al servicio de entidades públicas).

A la vista de estas disposiciones resulta claro que en ellas el legislador dio remedio a aquella situación en que empleados públicos, no funcionarios, efectuaban servicios para la Administración, sin que ésta hubiese llevado a cabo la oportuna cobertura de previsión, estableciendo la regla de que el tiempo servido por los mismos era equivalente a tiempo cotizado a los efectos del seguro de vejez. Y esta regla ha de ser entendida, como se desprende de las propias expresiones del párrafo segundo de este art. 1, en el sentido de que son computables a estos fines cualesquiera servicios laborales no funcionariales prestados a las Administraciones Públicas, aunque los mismos se llevasen a cabo antes de la puesta en observancia de esta Ley, pues este precepto, cuando exige cinco años de antigüedad a este respecto, no fija ni concreta ninguna clase de distinción o límite, de lo que se infiere que, para obtener el beneficio que en él se estatuye, es bastante y suficiente con que esos años de antigüedad se hayan cumplido, aunque sean anteriores al 01.01.1959, fecha en que entró en vigor dicha Ley. Esto no implica, en absoluto, que se otorguen indebidamente efectos retroactivos al precepto comentado, pues lo único que se hace, en esta solución, es cumplir con exactitud lo que el mismo ordena.

Es más, lo que prescriben las disposiciones de dicha Ley de 26.12.1958 y del Decreto de 17.03.1959, núm. 386/1959 (RCL 1959\434 y NDL 22830), que la desarrolla, pone de manifiesto que el comentado período de cinco años, a que alude el párrafo segundo del art. 1 de aquella, ha de ser anterior a la puesta en observancia de tal Ley. Téngase en cuenta que esas normas, en especial los art. 1, 2 y 3 de la Ley y los art. 3, 4 y 6 del Decreto, impusieron a la Administración Pública, a partir de su entrada en vigor, la obligación de satisfacer al Instituto Nacional de Previsión las correspondientes cuotas patronales, con lo que resulta evidente que la equiparación de tiempo trabajado a tiempo cotizado, que previene el citado párrafo segundo del art. 1, se refiere a momentos anteriores a la vigencia de tales normas, en los que no existía obligación de cotizar, puesto que, por contra, después del 01.01.1959 ya era necesario dar cumpli-

miento a esta obligación de abono de cuotas, con lo que desaparecieron la razón y el fundamento que justificaban esa equiparación. Y así se explica perfectamente que el art. 4, "in fine", del Decreto 386/1959 especifique que si en el momento de la comentada entrada en vigor no se ha cubierto la totalidad de ese período de cinco años (habrá de completarse, a cuyo efecto se computará, en todo caso, el tiempo de afiliación y cotización al referido seguro [de vejez] por actividades prestadas en cualquier otra empresa u organismo). Además esta solución viene impuesta por el mandato que contiene la disposición transitoria 1ª del Código Civil, según la que (...si el derecho apareciese declarado por primera vez en el Código tendrá efecto, desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior).

No cabe pensar que con esta conclusión se vulnere la disposición final de la Ley 26.12.1958, dado que de esta disposición y del art. 1 de la misma Ley se deduce que las prestaciones a que tales normas se refieren, no se podrán devengar sino a partir de ese día 01.01.1959, sin que esos beneficios alcancen a prestaciones que se habrían generado antes de esa fecha, pero es incuestionable que estas disposiciones no exigen, de ningún modo, que el referido período de trabajo de cinco años tenga que ser cumplido después de la misma, antes al contrario, como se ha expuesto.

Aplicando la doctrina Jurisprudencial que se acaba de exponer al presente caso, resulta que la actora reúne periodos trabajados, que deben equipararse a cotizados, desde enero de 1948 a diciembre de 1988 por lo que, y si bien la actora en el momento de la solicitud de jubilación no tenía la edad de 65 años para causar derecho a la pensión de jubilación sería de aplicación el nº 9 de la disposición transitoria 1º de la orden de 18 de enero de 1967, en la redacción dada por la orden de 17.09.1976 que reconoce a los trabajadores que hubieren tenido la condición de mutualistas en cualquier mutualidad laboral, por cuenta ajena en 1 de enero de 1967 o en cualquier otra fecha con anterioridad, el derecho a causar pensión de jubilación a partir de los 60 años, debiendo estimarse que la actora reúne esta condición al haber trabajado, (equivalencia con cotizado, por aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta) en los montes e industrias forestales de al Consellería de Agricultura, Ganadería e Montes, y, la actora tiene

derecho a la pensión de jubilación que le corresponda.

En segundo lugar se ha de resolver sobre si a la Consellería de Agricultura Ganadería e Montes debe o no imputársele responsabilidades por falta de cotización, y tal cuestión ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 22.04.1996 resolviendo recurso de casación para unificación de doctrina núm. 1.384/1995 (RJ 1996\3.332), en la que se declara que la pensión ha de ser satisfecha por el I.N.S.S. ante la inexistencia de supuesto de imputación de responsabilidad empresarial aplicable al caso, conclusión a la que se llega en referida Sentencia conforme los razonamientos siguientes que en ella se exponen: "a) El beneficio establecido por la Ley 26 diciembre 1958 para el personal de toda clase que, sin tener la condición de funcionario público, vinieron prestando servicios al Estado, las Corporaciones Locales y sus respectivos organismos autónomos, equiparándolos a los trabajadores de empresas privadas a efectos de los seguros sociales obligatorios, entre ellos el de vejez e invalidez (SOVI), si bien impuso a tales Administraciones Públicas el correlativo deber de cotizar, no refirió tal deber a períodos anteriores a la de entrada en vigor de dicha Ley -1 enero 1959-, sino que lo hizo nacer a partir de tal momento. Tal conclusión es claramente deducible de lo que establecía el artículo 2 de la mencionada Ley y resulta inequívoco de lo dispuesto por el artículo 3 y por la transitoria 4ª del Decreto 386/1959, de 17 marzo (RCL 1959\434 y NDL 22830), por los que respectivamente se ordenaba que dichas Administraciones Públicas efectuaran la afiliación del personal que estuviera a su servicio el 1 de enero de 1959, afectado por las tantas veces citada Ley, y que las correspondientes cuotas podían ser ingresadas hasta el 31 de diciembre de 1959, sin recargo por demora. b) Consiguientemente, el no haber procedido a la afiliación o a efectuar cotizaciones, con relación a quienes hubieran prestado servicios no funcionariales en períodos muy anteriores a la entrada en vigor de la Ley 26 diciembre 1958 y que ya no los realizaran en tal momento, no supuso incumplimiento de deber alguno, en tanto que tal deber no fue legalmente impuesto. c) Es claro, a la vista de lo ya expuesto, que el supuesto de imputación de responsabilidad, regulado por el artículo 6, párrafo tercero, del Decreto 931/1959, de 4 junio (RCL 1959\812 y 872), no es aplicable al caso, dado que descansa en incumplimiento que no se produjo".

Por todo cuanto ha quedado razonado, procede declarar que la actora tiene derecho a la pensión de jubilación en la cuantía que le corresponda, siendo responsable directo de su pago el I.N.S.S., debiéndose en su consecuencia absolver a los restantes codemandados. Siendo asimismo de señalar que el TS en sentencia reciente de fecha 21.12.1999, resolviendo recurso de casación para unificación de doctrina, señala que la cotización exigida por el artículo 161 de la L.G.S.S. a efectos de causar la pensión de jubilación, se cumplimenta confiriendo efectos a la Ley de 26 diciembre 1958, que afrontaba la situación de quienes prestaban servicios, sin el carácter de funcionarios, pero en régimen de dependencia, para el Estado, Corporaciones Locales y Organismos Autónomos, y que se encontraban en el momento alejados o excluidos de los beneficios de los Seguros Sociales Obligatorios. Norma que vino a asignarles tales beneficios, incluso sin carencia previa, salvo las prestaciones del Seguro de Vejez, que exigía cinco años de antigüedad en el servicio. Esta Ley, junto con el Decreto de 17 marzo 1959, confiere virtualidad a los tiempos de presencia, con prestación de servicios en aquellos organismos, aunque se trate de periodos anteriores a la promulgación de la norma, pues cabalmente se trata de eliminar o aliviar la desprotección en que tales obreros y empleados no funcionarios se encontraban.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de doña A.V.G. frente a la Sentencia de fecha 12 de marzo de 1997 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo en autos número 683/1995 seguidos a instancia de la recurrente, contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y CONSELLERÍA DE AGRICULTURA Y EMPRESA "J.G." en reclamación sobre pensión de jubilación, y con revocación parcial de la Sentencia de instancia, debemos estimar y estimamos en parte la demanda inicial y declaramos que la actora tiene derecho a la pensión de jubilación que le corresponda, siendo responsable directo de su pago el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y en su consecuencia, absolvemos de dicha demanda a los restantes codemandados.

3163 Recurso nº 0/82/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓN DE TRABALLO. MODIFICACIÓN DE HORARIOS E DESCANSOS. DIFERENCIAS ENTRE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAIS E NON SUBSTANCIAIS.

Ponente: Ilma Sra. D.^a. Pilar Yebra-Pimentel Vilar

A Coruña, a veintinueve de marzo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Rollo nº 0872/01, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente interpuestos por el letrado don F.J.C.M., en nombre y representación de la empresa "A.P., S.A.", y por el demandante don M.M.V., contra sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de los de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 741/00 se presentó demanda por don M.M.V., en su condición de Delegado Sindical electo por la candidatura de CC.OO., sobre CONFLICTO COLECTIVO, frente a la empresa "A.P., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de noviembre de 2000 por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: 1º.- La empresa "A.P., S.A.", dedicada al servicio público de transporte, ostenta la concesión de varias líneas de autobuses y, ocasionalmente, realiza, de forma directa o mediante cesión a otros transportistas de medios propios, transporte escolar. Para la realización de sus actividades se elaboran turnos de trabajo en hojas expuestas, con un día de antelación, en las Cocheras de Lourizán y en la Plaza de Galicia, si bien se establece mensualmente un cuadro de descansos, al cual se acomodan aquellos turnos, excepto circunstancias imprevistas prea-

visadas. Desde sempre el trabajador destinado en el primer servicio del día es recogido en la Plaza de Galicia y llevado a las Cocheras de Lourizán, y el trabajador destinado en el último servicio del día es llevado de las Cocheras de Lourizán a la Plaza de Galicia. En éstas prestan servicios tres trabajadores que, por la noche, lavan los vehículos y repostan el gasóleo. 2º.- Esto fue así hasta que, desde 4/2000 cambió la dirección de la empresa y, desde entonces, ya no se establece el cuadro mensual de descanso y a los chóferes se les ordena lavar los vehículos y reportar el gasóleo.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por don M.M.V., en su calidad de delegado de personal único, contra la entidad mercantil "A.P., S.A.", condeno al demandado a que, sin perjuicio de poderlas modificar sustancialmente según las causas y a través de los cauces legales establecidos, respete las siguientes condiciones de trabajo: a) La elaboración de un cuadro mensual de descansos, a exponer públicamente antes del inicio de cada mes, que será respetado al momento de elaborar los partes diarios de trabajo, excepto la existencia de circunstancias imprevistas no imputables a la empresa y debidamente preavisada la modificación al trabajador o trabajadores afectados. b) El transporte del trabajador destinado en el primer servicio del día desde la Plaza de Galicia a las Cocheras de Lourizán y del trabajador destinado en el último servicio del día desde las Cocheras de Lourizán a la Plaza de Galicia, sin que el tiempo invertido en dicho transporte compute como de trabajo. Se absuelve al demandado de los demás pedimentos de la demanda.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por ambas partes, presentando impugnación sólo la demandada. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda interpuesta por el actor, en su calidad de Delegado de Personal único, contra la entidad mercantil "A.P., S.A.", condenando a la demandada a que, sin perjuicio de poderlas modificar sustancialmente, según las causas y a través de los cauces establecidos, respete las siguientes condiciones de trabajo: a) La elaboración de

un cuadro mensual de descansos, a exponer públicamente antes del inicio de cada mes, que será respetado en el momento de elaborar los partes diarios de trabajo, salvo la existencia de circunstancias imprevistas no imputables a la empresa y debidamente preavisada la modificación al trabajador o trabajadores afectados. Y b) El transporte del trabajador destinado en el primer servicio del día desde la plaza de Galicia hasta las cocheras de Lourizán y del trabajador destinado en el último servicio del día desde las cocheras de Lourizán a la plaza de Galicia, sin que el tiempo invertido en dicho transporte compute como de trabajo.

SEGUNDO.- Frente a esta resolución interponen recurso ambas partes, construyéndose el de la empresa demandada, "A.P., S.A.", a través de dos motivos de suplicación, solicitando, por un lado, la revisión de hechos declarados probados, y, por otro, el examen del derecho aplicado. Y el trabajador lo articula, censurando jurídicamente el pronunciamiento que impugna, postulando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se estimen íntegramente los pedimentos de la demanda. A la vista de las pretensiones deducidas por ambos recurrentes en sus respectivos escritos de formalización de recursos, razones jurídico-procesales imponen el análisis prioritario del recurso interpuesto por la parte demandada.

TERCERO.- La empresa demandada fundamenta su impugnación en revisión de hechos probados y, posteriormente, denuncia de normativa jurídica infringida, lo que constituye el fondo del asunto, articulando así el recurso de suplicación invocando dos motivos, el primero y al amparo del apartado b) del art. 191 de la Ley Procesal Laboral, dedicado a la revisión de hechos declarados probados, en concreto interesa que se adicione al relato fáctico de la sentencia de instancia un nuevo hecho declarado probado —el tercero— con el siguiente texto: "La empresa cuenta con una plantilla de diecinueve trabajadores, de los cuales ocho manifestaron su expresa disconformidad con la demanda de conflicto colectivo formulada". Adición pretendida que tiene su apoyatura en la documental obrante a los folios 24 a 37 de los autos, así como en la documental obrante al folio 294, consistente en escrito firmado por trabajadores de la empresa manifestando su disconformidad con el conflicto colectivo planteado. Y dicha pretensión no puede prosperar al no ser el documento invocado de los que permitan la adi-

ción, al tratarse de una simple declaración escrita no ratificada, no cumpliendo por ello los presupuestos procesales que exige la norma que invoca. Por consiguiente, no puede prosperar la citada adición tal y como está formulada, debiendo decaer el motivo revisorio.

Por el cauce procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, la empresa demandada-recurrente invoca tres motivos de denuncia de censura jurídica; en el primero denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 151.1 de la Ley Procesal Laboral, alegando que, según la doctrina jurisprudencial, los requisitos que definen el tipo de pretensión ejercitada en el proceso de conflicto colectivo son tres: la existencia de un conflicto actual, el carácter jurídico del conflicto y su trascendencia colectiva, estando esta última configurada por dos elementos, uno, subjetivo, vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, y otro, objetivo, consistente en la presencia de un interés general que es el que se actúa en el proceso, y estima la recurrente que en el presente caso no concurren los requisitos referidos en la pretensión ejercitada, toda vez que no estamos en presencia de un conflicto actual, pues la propia parte demandante alega en demanda que la empresa pretendía introducir determinados cambios, por tanto no hay conflicto actual; de igual manera, tampoco concurre el requisito de trascendencia o afectación colectiva, pues no afecta a todos los trabajadores de la empresa, ya que una parte importante de la misma ha manifestado su expresa disconformidad con el conflicto, por lo que estima que nos encontramos en presencia de un supuesto de inadecuación de procedimiento, conforme ya fue alegado en la instancia y reitera en este trámite. Pues bien, respecto de ello cabe decir que, en primer lugar, sí existe un interés actual, pues, según resulta del inmodificado relato fáctico, la empresa demandada, a partir de abril de 2000, cuando cambia la dirección de la empresa cambió de hecho (no sólo pretendió cambiar, como confusamente pretende dar a entender la recurrente) una serie de condiciones hasta entonces existentes y, desde luego, consta la afectación general, al vislumbrarse un interés que afecta potencialmente a todos los trabajadores de la empresa y que, sin ningún género de dudas, es general, abstracto e indivisible.

Como segundo motivo de denuncia jurídica, se alega por la empresa recurrente infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que los actores solicitan en demanda que se declaren nulas las siguientes actuaciones de la empresa: a) La de modificar el lugar de inicio y fin de la jornada, que siempre fue la plaza de Galicia, y b) la alteración de los descansos, que siempre se hacían de forma rotatoria. Y, el juzgador de instancia, condena a la empresa a que facilite transporte al trabajador destinado en el primer servicio del día, desde la plaza de Galicia a las referidas cocheras, y al trabajador destinado en el último servicio del día desde las cocheras hasta la plaza de Galicia, sin que el tiempo invertido en dicho transporte compute como de trabajo, sosteniendo la demandada-recurrente que la sentencia incurre en incongruencia por cuanto que condena al establecimiento de un servicio de transporte que no fue objeto de alegación ni petición en la demanda y que, por tanto, no puede ser objeto de decisión en la sentencia. Y de la misma manera, se desestima la única pretensión formulada en la demanda acerca de los descansos, que consistía en que se declarase que éstos se efectuarán de forma rotatoria, sin embargo se la condena a la elaboración de un cuadro mensual de descansos, que deberá ser expuesto públicamente y respetado en los términos y condiciones que se indican en el apartado a) del fallo. Pronunciamiento, éste, que también alega que es constitutivo de incongruencia por conceder algo distinto de lo pedido y discutido en la *litis*.

Pues bien, respecto de ello cabe decir que, por congruencia, ha de entenderse la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del pleito o de modo que se presenta o aparece como una relación de conformidad entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia, y el otro es el constituido por la demanda y las demás pretensiones deducidas oportunamente en la *litis*, y por correlación entre pretensión y fallo se entiende la adecuación entre una y otro.

Y en el supuesto de autos, del examen de la demanda se observa la necesaria congruencia o correlación entre las pretensiones que constituyen el objeto del pleito, contenidas en la demanda, y la sentencia y, así, en el hecho primero de la demanda se dice que los nuevos accionistas de la patronal desde el mes de abril, sin ningún tipo de comunicación, pretenden introducir una serie de cambios que modificarían claramente las condiciones de trabajo de la totalidad de la plantilla,

entre outras y por lo que aquí respecta (a efectos de la denunciada incongruencia): a) Que los trabajadores iniciaban siempre la jornada en la plaza de Galicia y ahora la empresa pretende que se desplacen a Lourizán para iniciar y finalizar la jornada de trabajo, razón por la que se produciría un aumento de horario y un gasto al tener que trasladarse a Lourizán. Y c) y también se inicio la modificación de los descansos, cuando se venía haciendo de manera que el trabajador que libraba el lunes a la semana siguiente libraba el martes y a la otra el miércoles, y ahora los trabajadores malamente saben cuando tienen que descansar, pues la empresa pone la hoja de un día para otro y así se da el caso de que quien libra un lunes tiene que ir el lunes por la noche para saber si tiene turno al día siguiente o si tiene que librar; y en la parte dispositiva de la sentencia se condena a la empresa demandada a que, sin perjuicio de poderlas modificar, según las causas y a través de los cauces legales establecidos, respete las siguientes condiciones de trabajo: a) La elaboración de un cuadro mensual de descansos, a exponer públicamente antes del inicio de cada mes, que será respetado al momento de elaborar los partes diarios de trabajo, a salvo la existencia de circunstancias imprevistas no imputables a la empresa y debidamente preavisada la modificación al trabajador o trabajadores afectados. Y b) que el transporte del trabajador destinado en el primer servicio del día desde la plaza de Galicia a las cocheras de Lourizán y del trabajador destinado en el último servicio del día desde las cocheras de Lourizán a la plaza de Galicia, sin que el tiempo invertido en dicho servicio compute como de trabajo. Por consiguiente, en la sentencia el juez "a quo" y dentro de la necesaria congruencia con lo solicitado en demanda, estima en parte la pretensión relativa a la modificación pretendida por la empresa de no asumir el transporte desde la plaza de Galicia a las cocheras y viceversa de los trabajadores que inician y terminen la jornada (lo cual les supone un mayor gasto y horario) y sólo en parte, por cuanto que, expresamente, señala la sentencia que el tiempo invertido en dicho transporte no computa como de trabajo, y estima asimismo en parte, congruentemente con lo pedido en demanda, la pretensión relativa al respeto a las condiciones de trabajo existentes con anterioridad, relativas a los descansos, en cuanto al conocimiento con la debida antelación de los descansos, y sólo en parte por cuanto que no se estima la pretensión relativa a que los descansos sean rotatorios.

Y en tercer y último lugar denuncia la empresa recurrente, también con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, infracción de los artículos 34.7 y 37.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 2, 8, 10 y 11 del Real Decreto 1561/1995 de 21 de septiembre, y con el artículo 13 del Convenio Colectivo de la empresa y con la doctrina contenida en la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 17 de Julio de 1998, R. nº 2.856/1998, alegando, en síntesis, que el Convenio Colectivo de la empresa en su artículo 13 establece que en materia de jornada se estará a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y el Real Decreto 1.561/95, disponiendo el art. 34.7 de aquél la posibilidad del establecimiento de ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y los descansos, que en definitiva, los preceptos legales de aplicación establecen una regulación de la jornada y de los descansos, y unos períodos de tiempo para el cómputo de la primera y disfrute de los segundos, que la parte recurrente estima incompatibles con el pronunciamiento de la sentencia y que de este modo vería no sólo impedido el ejercicio de sus facultades de dirección, control y organización de la actividad productiva, sino también la posibilidad de adecuar el desarrollo de tal actividad a las normas legales y reglamentarias de aplicación, que estima son infringidas en la sentencia recurrida.

Pues bien, respecto de ello cabe decir que para la adecuada resolución de este motivo ha de partirse de las siguientes premisas fácticas: Que la empresa demandada dedicada al servicio público de transporte, ostenta la concesión de varias líneas de autobuses y, ocasionalmente, realiza transporte escolar. Que para la realización de sus actividades se realizan unos turnos de trabajo en hojas expuestas con un día de antelación en las cocheras de Lourizán y en la plaza de Galicia, si bien se establece mensualmente un cuadro de descansos al cual se acomodan aquellos turnos, salvo circunstancias imprevistas preavisadas. Y desde siempre el trabajador destinado en el primer servicio del día es recogido en la plaza de Galicia y llevado hasta las cocheras de Lourizán, y el trabajador destinado en el último servicio del día es llevado desde la cocheras de Lourizán hasta la plaza de Galicia; en éstas prestan servicios tres trabajadores que por la noche lavan los vehículos y repostan el gasóleo. Y esto fue así hasta que a partir de abril del año 2000, cuando cambia la

dirección de la empresa, ya no se establece un cuadro mensual de descansos y a los chóferes se les ordena lavar los vehículos y repostar gasóleo. Por tanto, así planteado el asunto, la cuestión litigiosa radica en determinar si la actuación de la empresa supone o no una modificación por su parte de anteriores decisiones o prácticas de efectos colectivos que para su modificación deberían acordarse o no a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, por lo tanto no se aprecian en la sentencia recurrida las infracciones jurídicas denunciadas únicamente respecto de la cuestión relativa a los descansos por estimar la recurrente que los preceptos que invoca establecen una regulación de la jornada y los descansos y unos períodos de tiempo para cómputo de los primeros y el disfrute de los segundos, que resulta incompatible con el pronunciamiento de la sentencia, y ello por cuanto que lo discutido respecto de los descansos en la presente *litis*, radica únicamente en determinar, como se ha indicado anteriormente, si la actuación empresarial al modificar la condición o práctica empresarial existente con anterioridad en la empresa respecto a los descansos incurrió o no en una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin ajustarse a los cauces legalmente establecidos, por tanto y sin necesidad de más consideraciones, no puede estimarse en modo alguno que la sentencia de instancia haya incurrido en las infracciones denunciadas, si bien procede estimar en parte el recurso interpuesto, por cuanto que la redacción confusa del juez “a quo” respecto de la cuestión relativa a los descansos, contenida en la parte dispositiva de la sentencia ha de entenderse en el siguiente sentido: Que para la realización de actividades se elaboren unos turnos de trabajo en hojas expuestas, con un día de antelación, en las cocheras de Lourizán y en la plaza de Galicia, estableciendo mensualmente un cuadro de descansos al cual se acomodan aquellos turnos, a salvo circunstancias imprevistas preavisadas. Y ello por la razón obvia de ser así antes de la modificación, por cuanto que, como consta en el inmodificado relato fáctico (hecho declarado probado 1º), la empresa “A.P., S.A.”, dedicada al servicio público de transporte, ostenta la concesión de varias líneas de autobuses y ocasionalmente realiza, de forma directa o mediante cesión a otros transportistas, transporte escolar. Y para la realización de sus actividades se elaboran turnos de trabajo en hojas expuestas, con un día de antelación, en las cocheras de Lourizán y en la plaza de Galicia, si bien se establece mensualmente un cuadro de descansos, al cual se acomodan aquellos turnos, a salvo circuns-

tancias imprevistas preavisadas; esto fue así hasta que (tal y como consta en el HDP2) desde el 4 del 2000, cambio la dirección de la empresa y desde entonces ya no se establece el cuadro mensual de descansos, por consiguiente y si el juzgador de instancia estima en parte la demanda por entender que respecto a la eliminación del cuadro mensual de descansos y al transporte del primer y último trabajador de cada jornada, si se produjo una modificación por parte de la empresa de anteriores decisiones o prácticas de efectos colectivos y que para su validez se debiera de acordar a través del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones colectivas de trabajo, lo cual no ocurrió, y por tanto condena a la empresa a que respete las condiciones de trabajo que establece en el fallo en los apartados a) y b), es obvio que dichas condiciones no pueden ser otras que las que venían existiendo en la empresa con anterioridad al cambio en la dirección en abril de 2000; y dicha condición, la relativa a los descansos que antes regía no es la establecida en el apartado b) de la parte dispositiva de la sentencia, sino la establecida en el relato fáctico en el hecho declarado probado primero, y por ello y ante la redacción confusa y defectuosa contenida en la sentencia de instancia respecto a este apartado b) del fallo, procede acoger en parte el recurso, en lo relativo a esta pretensión de descansos y ello en el sentido de que la redacción del juzgador de instancia relativa a los descansos ha de ser entendida en el siguiente sentido: que se condene a la empresa asimismo a que respete las siguientes condiciones, sin perjuicio de que pueda modificarla según las causa y a través de los cauces legales establecidos: a) Para la realización de las actividades de la empresa, se elaboran turnos de trabajo en hojas expuestas con un día de antelación, en las cocheras de Lourizán y en la plaza de Galicia, si bien se establece mensualmente un cuadro de descansos al cual se acomodan aquellos turnos, salvo circunstancias imprevistas preavisadas.

CUARTO.- Que por el trabajador-recurrente, se fundamenta la impugnación, con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley Procesal Laboral, invocando un único motivo de recurso, denunciando infracción jurídica, en concreto infracción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en especial el apartado 4 del citado precepto alegando, en síntesis, el recurrente que la empresa para llevar a cabo tales modificaciones que afectan a horario, régimen de trabajo, turnos, sistema de trabajo, etc., tenía que proceder de la manera prevista en el artículo 41.4

del Estatuto de los Trabajadores, pues estima que las distintas medidas adoptadas por la empresa no tienen cabida en lo dispuesto en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores. Y al no entenderlo así el juzgador de instancia infringe los preceptos citados por inaplicación y estima que de aplicar tales preceptos la demanda, debería ser estimada en su integridad, por lo que solicita la revocación de la sentencia y la estimación íntegra de la demanda.

Pues bien, respecto de ello decir que el juez “a quo”, por lo que se refiere a la eliminación del cuadro mensual de descansos y al transporte del primero y del último trabajador de cada jornada, estima que se produjo una modificación por parte de la empresa de anteriores prácticas de empresa de efectos colectivos, y que para su validez debió acordarse a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo cual no ocurrió, por tanto es obvio que el juzgador está aplicando el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, por tanto no puede prosperar la denuncia de inaplicación del citado precepto legal, y respecto a las restantes peticiones desestimadas en la sentencia no puede estimarse respecto de ellas infracción por inaplicación del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, al no estimarse aplicable, pues, como correctamente razona el juez de instancia por lo que se refiere a la dedicación de la empresa al transporte escolar, no hubo modificación por cuanto que antes también se dedicaba al transporte escolar y, además, en todo caso ello entraría dentro de la esfera decisoria de la empresa, siempre que no se produzcan modificaciones funcionales o geográficas, que en el presente caso no constan ni siquiera alegadas; y por lo que se refiere al encargo de los chóferes de lavar los vehículos y de repostar gasóleo, se trata como estima el juez “a quo” de una simple movilidad funcional calificable de ordinaria, que la empresa puede acordar dentro de los límites cada de grupo profesional o categorías equivalentes. Por tanto y no apreciándose en la sentencia de instancia las infracciones denunciadas en el recurso, procede la desestimación del mismo.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor, y estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa contra la empresa “A.P., S.A.”, debemos revocar y revocamos en parte la sentencia de instancia, en el pronunciamiento

relativo a los descansos, precisando respecto de ello, que debemos condenar y condenamos a la empresa demandada, a que sin perjuicio de poderlas modificar sustancialmente según las causas y a través de los cauces legales establecidos, respete las siguientes condiciones de trabajo: a) para la realización de sus actividades, se elaboran turnos de trabajo en hojas expuestas, con un día de antelación, en las cocheras de Lourizán y en la plaza de Galicia, si bien se establece mensualmente un cuadro de descansos al cual se acomodan aquellos turnos, salvo circunstancias imprevistas preavisadas, confirmando en los restantes pronunciamientos la sentencia recurrida.

3164 Recurso nº 1.111/01

S.S. INDEMNIZACIÓN POR DESPEDIMIENTO. AÑOS DE SERVICIO. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ANTES DE CONTRATAR Á TRABAJADORA A TIEMPO PARCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintinueve de marzo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.111/01, interpuesto por COFRADÍA DE PESCADORES SANTIAGO APOSTOL DE BARALLOBRE 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.T.M.R. sobre DESPIDO, siendo demandado Cofradía de Pescadores de Santiago Apostol de Barallobre, Cofradía de Pescadores de San Telmo-Mugardos, Unión de cofradías para la Explotación de la Lonja del Puerto de Ferrol, Autoridad Portuaria de Ferrol y Cofradía de Pescadores de Ferrol, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 504/00 sen-

tencia con fecha 20 de octubre 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.- La actora viene prestando sus servicios laborales para la Cofradía de pescadores Santiago Apostol de Barallobre, desde el 1 de octubre de 1986, con la categoría profesional de controladora-subastadora y con un salario mensual de 84.000 ptas. incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. La actora era miembro de la Cofradía precitada por lo que además de realizar las tareas propias de subastadora, por las que percibía cantidades, colaboraba en la limpieza de la playa y de la lonja. La actora fue miembro del Cabildo de la Cofradía de Barallobre y su esposo ha sido Patrón Mayor de la misma. La actora es titular de un permiso de explotación marisqueira, estando el mismo en vigor.- SEGUNDO.- En el año 1998 es creada la Unión de Cofradías de Pescadores para la explotación de la Lonja del Puerto de Ferrol, la cual, según su proyecto de estatutos, está constituida por las Cofradías de Santiago Apóstol de Barallobre (Fene) y la de San Telmo (Mugardos), siendo el objeto de la misma, exclusivamente, la explotación de forma conjunta y en régimen de concesión, de la lonja de subasta de pescado y marisco del Puerto Ferrol, concesión que le fue otorgada por resolución de fecha 30 de junio de 1998. Se hace constar expresamente en los referidos estatutos que la creación de la Unión de Cofradías no supone en ningún caso, la pérdida de la personalidad jurídica propia de las Cofradías que la integran. Asimismo se pacta que la duración de la Unión de cofradías es indefinida, estando sólo sujeta a que se mantenga como titular de la adjudicación de la explotación de la lonja de Ferrol. Este proyecto de estatuto es aprobado por unanimidad por la Junta General de la Cofradía de Pescadores de Barallobre en sesión de fecha 23 de noviembre de 1998. Para hacer frente a la explotación de la Lonja de Ferrol ambas Cofradías acuerdan aportar a sus propios trabajadores; en concreto la de Barallobre aporta a la actora y a otra trabajadora más. Asimismo abren una cuenta bancaria en la entidad Caixa Galicia que utilizan, entre otras cosas, para abonar los salarios a los trabajadores. Para disponer del saldo total o parcial de dicha cuenta era precisa la firma conjunta de los Patrones Mayores de cada una de las Cofradías. La Unión de Cofradías no llegó a adquirir personalidad jurídica.- TERCERO.- En fecha 29 de septiembre de 1998 la actora y la Cofradía de

Pescadores de Barallobre firmaron un contrato de trabajo a tiempo parcial, que fue objeto de sucesivas prórrogas, con una jornada de 6,00 a 10,00 horas con la categoría de subastadora y como lugar de la prestación de servicios la de la Lonja de Ferrol. El día 11 de noviembre de 1998 ese contrato pasó a ser de jornada completa, de 40 horas semanales. En fecha 30 de marzo de 1999 ambas partes firman un nuevo contrato temporal.- CUARTO.- En fecha 24 de junio de 2000 la Autoridad Portuaria de Ferrol y la Unión de Cofradías de Pescadores de Mugardos y Barallobre pactan una resolución por mutuo acuerdo del contrato de explotación de la lonja. Ese mismo día asume la explotación de la Lonja de Ferrol la Cofradía de Pescadores de Ferrol. En el contrato de resolución de mutuo acuerdo antes indicado se hace constar expresamente que la Autoridad Portuaria no se hará cargo de personal laboral alguno, que bajo cualquier tipo de contrato haya venido desarrollando cualquier trabajo a favor de la Unión de Cofradías en la explotación del servicio de la lonja de Ferrol.- QUINTO.- El día 26 de junio de 2000 la Cofradía de Pescadores de Barallobre comunica verbalmente a la actora que se extingue su contrato de trabajo por finalización de la concesión de la explotación de la lonja de Ferrol. Los días 27, 28 y 29 de junio la actora acudió a su puesto de trabajo que estaba ocupado por otras personas. El día 3 de julio de 2000 le remiten una carta en donde le comunica el despido anunciado.- SEXTO.- El día 13 de enero de 2000 tiene lugar, ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, una conciliación en la que por la Cofradía de Pescadores de Barallobre se reconoce la exigencia de una relación laboral con la actora.- SÉPTIMO.- El trabajador no ostenta, ni ha ostentado, la representación legal ni sindical de los trabajadores.- OCTAVO.- El día 28 de julio de 2000 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación en virtud de papeleta presentada el día 12 de julio de 2000. Dicho acto concluyó intentado sin avenencia, si bien la Cofradía de Pescadores de Barallobre señala expresamente que "reconoce o despido improcedente polos dous anos, e pagarlle o que se lle debe de solo ata o día de hoxe".- NOVENO.- El día 4 de agosto de 2000 se efectúa por la Cofradía de Pescadores de Barallobre un ingreso de 535.420 pesetas, en concepto de sueldos impagados de la actora".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimo las excepcio-

nes de falta de legitimación pasiva e incompetencia de jurisdicción alegadas y que estimo la demanda sobre despido formulada por doña M.T.M.R. contra la parte demandada y en consecuencia declaro la improcedencia del despido efectuado y condeno a la Cofradía de Pescadores de Barallobre a que, a su opción, readmita a la trabajadora despedida en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido o le abone una indemnización de 1.734.241 ptas. entendiéndose que si no opta en el plazo de cinco días procederá la readmisión y, en todo caso, a que le abone los salarios dejados de percibir y que hasta la fecha de la presente sentencia alcanzan la cantidad de 218.400 ptas. absolviendo a la Cofradía de Pescadores de San Telmo Mugardos, a la Unión de Cofradías para la Explotación de la Lonja del Puerto de Ferrol, y a la Cofradía de Pescadores de Ferrol, y a la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián, de los pedimentos contenidos en la demanda contra ellos dirigida”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandada –Cofradía de Pescadores Barallobre- 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, después de desestimar las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de legitimación pasiva, estima la demanda, declarando improcedente el despido de la demandante, condenando a la codemandada Cofradía de Pescadores de Barallobre, a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración -fijando los importes de la indemnización y salarios de tramitación- y absolviendo a los restantes demandados de los pedimentos contenidos en la demanda contra ellos dirigida. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de la Cofradía condenada, la que construye el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, formulando las siguientes peticiones revisoras: A) La supresión entera del primero de los hechos declarados probados. B) La supresión de parte del hecho probado segundo que dice: “...La Unión de Cofradías no llegó a adquirir personalidad jurídica”. “...Para hacer frente a la explotación de la Lonja de Ferrol ambas Cofradías acuerdan aportar a sus propios trabajadores...” C) La

sustitución del hecho probado tercero por otro con la siguiente redacción: “En fecha 29 de septiembre de 1998 la actora y la Cofradía de Barallobre firmaron un contrato de trabajo a tiempo parcial, que fue objeto de sucesivas prórrogas, con una jornada de 6,00 a 10,00 horas con la categoría de subastadora, y como lugar de la prestación de servicios la de la Lonja de Ferrol. El día 11 de noviembre de 1998 ese contrato pasó a ser de jornada completa, de 40 horas semanales. En fecha 30 de marzo de 1999 ambas partes firman un nuevo contrato temporal”. En sustitución se propone la siguiente redacción “En fecha 29 de septiembre de 1998 la actora y la Cofradía de Pescadores de Barallobre firmaron un contrato de trabajo a tiempo parcial, que fue objeto de sucesivas prórrogas, con una jornada de 6,00 a 10,00 horas con la categoría de subastadora, SI BIEN LOS SERVICIOS SE PRESTARÍAN EN LA LONJA DE FERROL PARA LA UNIÓN DE COFRADÍAS. El día 11 de noviembre de 1998 ese contrato pasó a ser de jornada completa, de 40 horas semanales. En fecha 30 de marzo de 1999 ambas partes firmaron un nuevo contrato temporal”.

Ninguna de las revisiones puede prosperar; fundamentalmente, porque la recurrente no invoca en su apoyo medio alguno de prueba de los legalmente previstos -documental o pericial- en los arts. 191, letra b, y 194.3, ambos de la Ley de Ritos Laboral, para su viabilidad. Pero es que, además, las situaciones fácticas descritas en el relato judicial, no son mas que el resultado obtenido por el juzgador “a quo” del análisis y valoración de los diversos medios probatorios, a los que hace referencia expresa en la fundamentación en derecho de su resolución: En todo caso, no debe olvidarse la regla constitucional de la mínima actividad probatoria y distinguir entre valoración de la prueba practicada y falta total de prueba. En definitiva, la realidad constatada en los hechos probados a que la revisión se refiere es fiel reflejo de las probanzas practicadas en la tramitación del proceso, de cuya resolución final dimana el recurso que ahora se resuelve.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, en el segundo, y último, de los motivos, se denuncia violación, por aplicación equivocada, de los arts. 1.1, 8.1 del Estatuto de los Trabajadores; por aplicación indebida del art. 56 del mismo Texto legal y 110.1 de la Ley de Procedimiento laboral; por inaplicación de los arts.

1.3.d) y 43, ambos del repetido Estatuto, y violación por inaplicación, o aplicación incorrecta del art. 97.2 de la citada Ley Adjetiva Laboral, en conexión con las denominadas “reglas de la sana crítica”. Por estimar, esencialmente, que en relación al período comprendido desde el 1 de octubre de 1986 hasta el 29 de septiembre de 1998, faltan las características definitorias de la relación laboral; partiendo del análisis, valoración y resultado de diversos medios de prueba -singularmente los de confesión y testifical-, de que la actora fue titular del permiso para marisqueo a pie hasta el año 1998, desempeñando regularmente esta actividad como si fuera una trabajadora autónoma y la ausencia total de remuneración a la demandante; por lo que llega a la conclusión de la inexistencia de relación laboral alguna entre la Cofradía y la demandante. Y en cuanto al contrato de trabajo de fecha 29 de septiembre de 1998 y los dos posteriores, éstos se han suscrito por la Cofradía recurrente como parte integrante de la Unión de Cofradías y para prestar sus servicios exclusivamente a dicha asociación, en la Lonja de Ferrol, explotada conjuntamente por la Cofradía de Pescadores de Barallobre y por la de Mugardos; recibiendo la actora, órdenes de trabajo de la Patrona Mayor de la Cofradía de Mugardos, y el salario que percibía la demandante era abonado por las dos Cofradías, por lo que, en definitiva, la recurrente estima que resulta evidente que cualquier tipo de responsabilidad que pudiera existir en la contratación debe recaer solidariamente entre las dos Cofradías demandadas.

Del inmodificado relato fáctico de la sentencia recurrida son de destacar los siguientes datos: A) La actora venía prestando servicios laborales para la codemandada Cofradía de Pescadores Santiago Apostol de Barallobre, desde el 1 de octubre de 1986, con la categoría profesional de controladora-subastadora y salario de 84.000 ptas., con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias. La actora era miembro de la citada Cofradía, por lo que, además de realizar las tareas propias de subastadora, por las que percibía cantidades colaboraba en la limpieza de la playa y de la lonja; habiendo sido miembro del Cabildo de la repetida Cofradía y su esposo Patrón Mayor de la misma; siendo la demandante titular de un permiso de explotación marisquera, estando siempre en vigor el mismo. B) la demandante ha prestado servicios, como trabajadora de la Cofradía antes nombrada, como aportación de ésta -y otra trabajadora- a la explotación de la

Lonja de Ferrol, que le había concedido a la recurrente y a la Cofradía de San Telmo de Mugardos, en las condiciones que se pormenorizan en el hecho probado segundo. C) El 29 de septiembre de 1998, la actora y la Cofradía recurrente firmaron un contrato a tiempo parcial, con sucesivas prorrogas, con jornada de 6,00 a 10,00 horas, con la categoría de subastadora, para prestar servicios en la Lonja de Ferrol, y el día 11 de noviembre del mismo año, el contrato pasó a ser de jornada completa, 40 horas semanales; firmando las partes el 30 de marzo de 1999, un nuevo contrato temporal. D) El 24 de junio de 2000 la Autoridad Portuaria de Ferrol y las dos Cofradías que quedan nombradas pactaron la resolución del contrato de explotación de la Lonja, haciéndose constar que la Autoridad Portuaria no se hará cargo de personal laboral alguno que hubiera trabajado a favor de la Unión de Cofradías E) El 26 de junio de 2000 la Cofradía recurrente comunicó verbalmente a la actora la extinción de su contrato de trabajo, por finalización de la concesión de la explotación de la Lonja, y el día 3 de julio siguiente le remiten carta comunicándole el despido anunciado. F) En acto conciliatorio celebrado el 13 de enero de 2000 ante el Juzgado de lo Social número 2 de Ferrol, la Cofradía que recurre reconoció la existencia de una relación laboral con la actora. G) El 28 de julio de 2000 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación que concluyó sin avenencia, si bien la Cofradía recurrente señaló expresamente que “recoñece o despido improcedente polos dous anos, e pagarlle ao que se lle debe de solo ata o día de hoxe”.

Partiendo de la situación fáctica que queda descrita, resta ahora determinar si las consecuencias jurídicas derivadas de la mismas deben ser las que le atribuye el juzgador de instancia, o si por el contrario, habrán de ser las que postula la Cofradía recurrente. El dilema debe resolverse en favor de la tesis mantenida por el “iudex a quo”, al no prosperar la revisión fáctica propuesta por la parte recurrente y, por ello, mantenerse la antigüedad de la actora fijada en la sentencia recurrida, con la consecuencia de estimar ajustadas a derecho las cantidades fijadas en la sentencia recurrida -arts. 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley Rituaria Laboral-. Por otro lado, al vincular la relación jurídico-laboral, cuya extinción se cuestiona en la litis, exclusivamente, a la actora y a la Cofradía recurrente, como lo ponen de manifiesto, de modo inequívoco, las situaciones descritas en los apartados A), F) y

G) del párrafo que precede, resulta inadmisibile la responsabilidad solidaria que por la recurrente se propugna. Procediendo, por todo ello, rechazar la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con desestimación del mismo, dictar un pronunciamiento confirmatorio del duplicado, con los efectos establecidos en los arts. 202.1 y 4 y 233, ambos de la citada Ley de Trámites. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la Cofradía de Pescadores Santiago Apóstol de Barallobre, contra la sentencia de fecha veinte de octubre de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso por despido, promovido por doña M.T.M.R., frente a la recurrente, la Cofradía de Pescadores San Telmo de Mugaridos, la Unión de Cofradías para la explotación de la Lonja del Puerto de Ferrol, la Cofradía de Pescadores de Ferrol y la Autoridad Portuaria de esta última ciudad, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se decreta la pérdida del depósito necesario que la recurrente ha constituido para recurrir y la consignación que ha efectuado. Se condena a la recurrente a que abone a cada una de las partes impugnantes del recurso, en concepto de honorarios de sus abogados que han actuado en este trámite, la cantidad de veinticinco mil pesetas.

3165 Recurso nº 1.202/2001

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓN S DE TRABALLO. PRAZO DE CADUCIDADE DE VINTE DÍAS. NON SE APLICA SE O EMPRESARIO NON SEGUIU OS TRÁMITES DO ART. 41 DO ET.

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

A Coruña, a veintinueve de marzo de dos mil uno.

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. 1.202/2001 interpuesto por "I.A., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "I.A., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 813/00 sentencia con fecha 30 de noviembre 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: Que el presente Conflicto Colectivo afecta al personal en movimiento (Conductores y Conductores- Perceptores), que presta servicios para la empresa demandada. Y siendo el objeto del mismo la interpretación de las normas laborales contenidas en el Estatuto de los Trabajadores RD 1.561/95 del Convenio Colectivo de Transporte De Viajeros En Autobús por Carretera de La Provincia de A Coruña. / SEGUNDO: Que la empresa viene exponiendo públicamente para conocimiento de los trabajadores los denominados cuadros de servicios en los que únicamente se hace constar la línea o coche, y los horarios de salida y llegadas de lo mismos, a los distintos destinos, que coincide con la hora programada para los usuarios Pero no se hacen constar los tiempos invertidos en "toma y deje" o en los recorridos que se efectúan con el autobús vacío. / TERCERO: Los conductores previamente a la hora de salida del servicio par el usuario, han de realizar una serie de tareas tales como: revisar el vehículo comprobando nivel de aceite, agua, aire, encender la máquina de cobros, introducir lo códigos del servicio, situar el vehículo en la dársena, recoger pasajeros y meter los equipajes, y permanecer 5 minutos antes de la salida del vehículo situados junto a mismo para vender billetes. / CUARTO: En fecha 15 de junio de 1992 la empresa y los trabajadores suscribieron un pacto en el que se hace constar: "segundo.- PERSONAL DE MOVIMIENTO. TIEMPOS DE TOMA y DEJE DE SERVICIO. 1º Los tiempos pactado para las tomas y dejes de los servicios, se dedicarán exclusivamente a los trabajos que se efectúan en relación al vehículo,

sus pasajeros o su carga, serán los siguientes: PRIMERA TOMA DEL SERVICIO DEL DÍA, QUINCE MINUTOS (15). DEJE ENTRE SERVICIOS, SIETE MINUTOS y MEDIO (7,30). TOMA ENTRE SERVICIOS, SIETE MINUTOS y MEDIO (7,30). ÚLTIMO DEJE DEL SERVICIO DEL DÍA QUINCE MINUTOS (15). Para la aplicación del punto anterior, la empresa garantiza a los Conductores-Perceptores, Conductores y Cobradores, con las excepciones que más abajo se dirá, la percepción por mes (21 o 22 días), de trabajo de 18 horas de presencia, que absorberán totalmente o en parte los tiempos convenidos y dedicados a la toma y deje del servicio y atención del vehículo. Dichos tiempos, no excederán de 52 horas mensuales... Dichas horas de presencia, no contarán como jornada a los efectos de los límites legales paccionados, sin perjuicio de que su remuneración sea de igual cuantía que la de las horas ordinarias"./ QUINTO: Todos los vehículos pertenecientes a la empresa demandada e encuentran dotados del aparato de control en el sector de transportes por carretera (Reglamento CEE- n° 3.821/85 de 20 de diciembre) siendo su utilización obligatoria para todo el personal de conducción./ SEXTO: Por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se levantó acta de infracción n° 841/00, por la que se impone a la empresa demandada la sanción por falta grave tipificada en el art. 95.4 del Estatuto de los Trabajadores y en su grado máximo de conformidad con los criterios contenidos en el art. 36 de la ley 8/88 de 7 de abril de Infracciones y Sanciones en el Orden Social".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda promovida por LA CONFEDERACIÓN INTER-SINDICAL GALEGA (C.I.G.) contra LA EMPRESA "I.A., S.A." debo declarar y declaro que en los cuadros de servicio que confecciona la empresa tienen que figurar los horarios y jornada laboral a realizar por cada trabajador y por ello entre otros aspectos deberá figurar en los mismos expresamente la hora de inicio de la jornada laboral de cada trabajador, o primera toma de servicio y el momento final de deje de servicio, así como las tomas o dejes de servicio intermedios, las conducciones con el vehículo vacío, los trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo pasajeros o su carga, así como los tiempos de presencia en que el trabajador está a disposición de la empresa, condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se recurre por la Empresa "I.A., S.A." la estimación del conflicto colectivo planteado por la CIG, con un primer motivo –vía art. 191.b) LPL– que destina a la revisión de los hechos declarados probados, solicitando: 1.- La supresión de las últimas líneas del ordinal primero, en que la Magistrada hace referencia a que el objeto del proceso es "la interpretación de las normas laborales contenidas" en el Estatuto de los Trabajadores, el RD 1.561/95 y del Convenio Colectivo del sector (transporte de viajeros por carretera). Se acepta, por cuanto que tan imprecisa referencia ni se corresponde con la realidad ni tiene naturaleza fáctica de adecuada ubicación entre los HDP. 2.- La sustitución de las dos últimas líneas del segundo de los hechos ("Pero no se hacen constar los tiempos invertidos en "toma y deje" o en los recorridos que se efectúan con el autobús vacío") por el siguiente texto: "En cuanto a los tiempos invertidos en primera toma y último deje del servicio, o en los recorridos que se realizan con el autobús en vacío, y en virtud del Pacto que viene prorrogándose desde 1992, todos los conductores saben que en dicho pacto se establecen 15 minutos para la primera toma y otros 15 para el último deje del servicio, y 7,30 minutos para las tomas, y otros 7,30 para los deje entre servicios". No ha lugar a lo pretendido, de un lado porque la existencia del Pacto y el tiempo atribuido por el mismo para los "toma y deje" es algo que ya consta en cuarto de los HDP, que reproduce literalmente lo convenido al respecto; de otra parte, la referencia a que "todos los conductores saben..." es de inadecuada ubicación entre los HDP, por valorativa; asimismo, porque tal Pacto no alcanza a los tiempos de circulación con el autobús en vacío; y en último término, que el posible conocimiento que los trabajadores tengan del tan referido Pacto no priva de realidad al hecho de que aquellos extremos no se hagan constar por la Empresa en los cuadros de servicio. 3.- Añadir un nuevo HDP –el séptimo– indicativo de que "Existe un Pacto de Empresa, suscrito en el año 1992, que en la actualidad se encuentra denunciado, aún cuando conserva su valor normativo. También está expuesto, públicamente, en cada centro de trabajo, el Calenda-

rio Laboral para 2000, en cuyo apartado titulado “Descansos y otras circunstancias”, como complemento del mismo, aparece impreso lo siguiente: Pacto firmado el 15.06.92 entre el Comité y la Empresa, prorrogado sucesivamente”.

La primera parte del texto se ha de rechazar, por cuanto que la indicación de que el Pacto está denunciado ya consta con cualidad fáctica en la decisión recurrida, si bien ubicado en el primero de los fundamentos; y la referencia a su valor normativo es de inaceptable constancia en el relato de hechos, por tratarse de valoración jurídica que pretende determinar el fallo, anticipándolo, y que –por lo mismo– debe tener 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, 3-marzo-00 R. 2.273/00, 31-marzo-00 R. 454/97, 7-abril-00 R. 894/97, 18-mayo-00 R. 4.857/98, 8-junio-00 R. 2.273/00, 7-julio-00 R. 1.817/97, 17-julio-00 R. 693/99, 8-noviembre-00 R. 4.364/00, 30-noviembre-00 R. 4.288/97, 30-noviembre-00 R. 3.754/99, 13-diciembre-00 R. 4.152/99, 12-enero-01 R. 3.357/97, 15-marzo-01 R. 444/00...)

En este apartado únicamente puede aceptarse el último inciso, siquiera para la Sala no tenga trascendencia alguna a los efectos de eventual modificación de la parte dispositiva de la sentencia, que no ha de alterar, siendo así que –como tenemos resaltado en muchas otras ocasiones: últimamente, Sentencias de 10-enero-01 R. 3.424/98, 7-diciembre-00 R. 3.312/97, 19-enero-01 R. 5.470/00 y 15-marzo-01 R. 444/00– al no ser este trámite de Suplicación el último grado de jurisdicción y resultar siempre factible que contra la presente sentencia se interponga recurso de Casación, de manera que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo bien pudiera apreciar en forma diversa la trascendencia de los hechos que el recurso pretende incorporar al relato fáctico, tales circunstancias determinan que la Sala deba ya dejar definitivamente configurada la visión que tiene de los hechos, sin que pueda excluir respuesta a los motivos revisorios por considerar que los aducidos son intrascendentes para el pronunciamiento que haga (SSTS 23-febrero-99 Ar. 2.018, 19-enero-98 Ar. 997, 22-mayo-96 Ar. 4.610...). 4.- Incorporar un octavo ordinal, expresivo de que “Las peticiones concretadas en el suplico de la presente demanda de conflicto colectivo promotora de

estos autos 813/00 son similares a las del de la demanda del también conflicto colectivo planteado contra la empresa “C., S.A.” por el Comité de la misma, y que fue desestimada”.

En manera alguna podemos aceptar la propuesta, porque con independencia de que los asuntos sean similares –posteriormente trataremos de ello– y de que la ambigüedad de la palabra “similares” pugna con la precisión que corresponde a los hechos a incluir en el relato histórico, lo cierto es que un precedente judicial no puede ser calificado como dato fáctico; sería, en todo caso, un elemento más a valorar en la fundamentación jurídica.

SEGUNDO.- 1.- En el apartado de censura jurídica, el recurso denuncia –bajo el amparo del art. 191.c) LPL– que la decisión de instancia incurre en interpretación errónea del apartado segundo del Pacto de Empresa de 15-junio-92, de los arts. 8.5 ET, 2.2.f) RD 1.659/98 (24-julio), así como 9 y 11 RD 1.561/1995; en aplicación indebida del art. 16 del Convenio Colectivo provincial –año 1999– del transporte de viajeros en autobús por carretera de la provincia de A Coruña, y del art. 97.2 LPL, en conexión con las denominadas “reglas de la sana crítica” y con el art. 24 CE. 2.- Resumamos los hechos: (a) la empresa confecciona los cuadros de servicio computando exclusivamente los horarios de salida y llegada de los autobuses, sin hacer mención alguna de los tiempos –inicial, intermedios y final– de “toma y deje”, de las conducciones con vehículo vacío, de los tiempos de presencia a disposición de la empresa y de los trabajos auxiliares, (b) hay un pacto de 1992, actualmente denunciado, que atribuye cualidad de tiempo de presencia al invertido en “toma y deje”, que cuantifica en 15 minutos el inicial y fina, y en 7’30 minutos los intermedios; (c) la empresa ha sido sancionada por falta grave, al apreciarse la Administración laboral que los cuadros de servicio publicados no se corresponden con la jornada real. 3.- Con estas premisas, rechazamos las infracciones que se denuncian –incluida la del precepto constitucional, cláusula de estilo de abusada utilización–, por cuanto que: (a).- El derecho a la información sobre la jornada de trabajo deriva del art. 8.5 ET, en el que se norma que “...el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre [...] las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales [...] condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito”; y del art. 2.2.f) RD 1.659/98 (24-julio), que en desarrollo

de aquel precepto reitera el mandato estatutario y añade –especificando– que el derecho de información del trabajador comprende “La duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo”. (b).- La demandante no ha puesto en duda la cualidad estatutaria del Pacto de 15/junio/92 –consta acreditado el requisito de legitimación negociadora y decisoria–, tal como la Empresa afirma, por lo que el haber sido denunciado en principio pudiera no excluir la vigencia de su contenido normativo, conforme al art. 86.3 ET. Pero ha de tenerse en cuenta que en el mismo se atribuye a los tiempos de “toma y deje” naturaleza de horas de presencia, y que esta regulación contradice frontalmente tanto el art. 15 del Convenio Colectivo vigente (BOP 24-abril-99) como el 8.1 RD 1.561/1995 (21-septiembre), que califican de “trabajo efectivo” –afectado por la duración máxima de jornada– “los trabajos auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo, sus pasajeros o su carga”. De manera que por la vía indirecta de atribuir naturaleza de tiempo de presencia a lo que propiamente es trabajo efectivo, el Pacto conculcaría normación imperativa de la jornada –mínimo de derecho necesario: art. 3.3 ET– y resultaría nulo (art. 6.3 CC); al menos en este aspecto. (c).- Lo indicado evidencia que la información ofrecida por los cuadros horarios de la demandada no sólo son harto deficientes y no se corresponden con la realidad laboral diaria, sino que la tergiversan, al omitirse tanto los tiempos en que el trabajador está propiamente a disposición de la Empresa como aquellos otros que son de real trabajo efectivo, bien por conducir el autocar vacío, bien por realizar actividades auxiliares (mantenimiento del vehículo, atención a los pasajeros, venta de billetes...). Y esto –supuesto el derecho del trabajador a una información veraz– justifica plenamente la estimación de la demanda, confirmando la sentencia de instancia.

TERCERO.- 1.- Lo precedentemente indicado no encuentra obstáculo alguno en el Reglamento CEE nº 3.820/85 (20-diciembre), a pesar de estar incorporado a nuestro derecho interno, ser de aplicación inmediata (SSTS 15-octubre-93 Ar. 9.216 y 25-octubre-93 Ar. 863) y de que la normativa comunitaria prevalece sobre nuestra regulación interna (SSTJCE 15-julio-64, caso 6/64; 13-febrero-69, caso 14/68; 17-mayo-72, caso 93/71; 10-octubre-73, caso 34/73; y 9-marzo-78, caso 106/77; 2-julio-96, caso 473/93; STS 8-noviembre-96 Ar. 7.954), de acuerdo con los arts. 93 y 96 CE. 2.- Ciertamente que en el art. 14 del Reglamento se dispone que “1. En el caso de los transportes

regulares de viajeros [...] la empresa establecerá un horario y un registro del servicio [...] 2. El registro deberá indicar, para cada conductor, el nombre y punto en que se encuentra normalmente, así como el horario previamente fijado para los diferentes períodos de conducción, los demás períodos de trabajo y los de disponibilidad [...] 3. El registro deberá comprender todas las indicaciones contempladas en el apartado 2 para un período mínimo que cubra la semana en curso, la anterior y la siguiente [...] 7. El presente artículo no se aplicará a los conductores de vehículos equipados con un aparato de control utilizado con arreglo al Reglamento (CEE) nº 3.821/85 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativo al aparato de control en el sector de los transportes por carretera”. Pero esta exención a nivel de normativa comunitaria –que obviamente alcanza a la demandada, por tener instalado en sus vehículos el citado aparato de control– no supone que los trabajadores representados en el presente Conflicto Colectivo no tengan el derecho a ser informados en los términos que se acogieron en la instancia, por cuanto que: (a) el Reglamento CEE se dirige muy primordialmente a la “prevención de abusos” y a la “eficacia de los controles”, según anuncia el Preámbulo de la misma, mientras que lo debatido en las presentes actuaciones es el derecho de información sobre la jornada laboral que los trabajadores españoles tienen atribuido en virtud de nuestra normativa interna, previamente examinada; (b) la obligación establecida en el Reglamento CEE es más extensa y rigurosa que la pretendida en la litis, por lo que la exención contemplada para los vehículos que tengan establecido el sistema de control previsto en el Reglamento 3.821/85, bien puede entenderse referida exclusivamente a las prescripciones de la propia norma comunitaria, sin alcanzar a las menos estrictas que establezca la legislación interna; (c) el principio de primacía no significa la automática inaplicación de las disposiciones internas que regulen diversamente la materia, por cuanto que muy a menudo las normas comunitarias europeas se autocalifican de normas mínimas, de manera que permiten la aplicación de normas nacionales o disposiciones pactadas más favorables para los trabajadores, y esto es precisamente lo que en concreto se hace en el citado Preámbulo: “...las disposiciones del presente Reglamento [...] no pueden contravenir la competencia de las partes sociales para establecer, en particular en el marco de convenios colectivos de trabajo, disposiciones más favorables para los trabajadores; que, con

objeto de favorecer el progreso social o mejorar la seguridad de carretera, cada Estado miembro debe conservar la facultad de aplicar determinadas medidas adecuadas...”; y (d) a mayor abundamiento, aunque esta última frase referida al Estado no se entendiese como atribución de competencia para divergir *pro operario* de la norma comunitaria, el art. 28 del Convenio Colectivo dispone que “En todo aquello que no figura regulado en el presente convenio [es el caso de la información sobre la jornada], se aplicará el Estatuto de los Trabajadores, el RD 1.561/95, de 21 de septiembre; el Convenio OIT número 153 y el Reglamento de la CEE número 3.820/85 y demás legislación vigente”, de manera que por esta vía indirecta –la del Convenio Colectivo, expresamente autorizado por el Reglamento para mejorarlo a favor del trabajador– las prescripciones internas españolas sobre información de la jornada de trabajo se impondrían a la citada disposición comunitaria, de entenderse –que no entendemos– que existe colisión de normas.

CUARTO.- Finalmente queremos destacar la inaplicabilidad a autos del criterio sentado por esta misma Sala en sentencia de 26-octubre-00 (Recurso nº 13/00). En primer lugar porque el tema ofrecía diversidad sustancial con el presente, ya que en aquellas actuaciones se interesaba que se declarase “la obligación de la empresa de elaborar un horario y un registro del servicio que indique, para cada conductor, el nombre y punto en que se encuentra normalmente, así como el horario previamente fijado para los diferentes periodos de conducción, los demás periodos de trabajo y los de disponibilidad, registro que comprenda la semana en curso, la anterior y la posterior”. Y en segundo término, que ese criterio no vincularía al Tribunal para posteriores reclamaciones, siendo así que –SSTSJ Galicia 20-julio-95 R. 1.030/93, 19-abril-96 R. 579/94, 23-abril-96 R. 1.716/96, 14-mayo-97 R. 1.591/97 y 25-marzo-99 R. 1.031/96, 21-mayo-99 R. 559/97 y 24-mayo-99 R. 774/97 y 20-marzo-00 R. 5.995/96– es conforme a Derecho y al principio de igualdad en la aplicación de la Ley el que los Tribunales varíen de criterio, siempre que ofrezcan una fundamentación suficiente y razonable del cambio respecto del precedente, que excluya todo atisbo de arbitrariedad o voluntarismo selectivo (así, por todas, la SSTC 192/94, de 20-junio), de manera que el principio de igualdad ante la Ley no significa un imposible tratamiento en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquél a quien se aplica la ley puede considerarse viola-

do el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros (ATC 27/91 y STC 21/92, de 14-febrero), o –añadimos– no se le hubiese aplicado criterio precedentemente seguido por otros órganos jurisdiccionales; dicho en otras palabras, el principio de igualdad puede resultar vulnerado por los Jueces y Tribunales en la aplicación de la Ley, tan sólo cuando la norma permite una interpretación distinta, admisible en Derecho, que permita eliminar el factor de desigualdad no justificado (STC 20/94, de 27-enero).

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la representación de “I.A., S.A.”, confirmamos la sentencia que con fecha 30-noviembre-2000 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº cuatro de los de A Coruña, a instancia de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) y por la que se estimó la demanda formulada en materia de Conflicto Colectivo.

3166 Recurso nº 03/0007669/1997

S.CA. PRESUNCIÓN DE VERACIDADE DAS ACTAS DE INFRACCIÓN DOS INSPECTORES DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL. NON EXIME Á ADMINISTRACIÓN DA CARGA DA PROBA DOS FEITOS DE QUE ACUSA. SEN EMBARGO, HAINA QUE CONXUGAR COA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DO CONTRATO DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta de marzo de dos mil uno

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007669/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.M.S.F., con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña,

ña), representado y dirigido por el Letrado don J.M.P.C., contra Resolución de 23.01.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.424/94; Expte. 34.595/94. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

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

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 27 de marzo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El presente recurso tiene como objeto determinar si la resolución impugnada es o no conforme con el Ordenamiento, resolución en virtud de la cual confirma la de fecha 25 de octubre de 1994 de la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña mediante la cual se le impone al recurrente sanción de 501.000 ptas. por el quebrantamiento del art. 15.1 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social.

La parte actora como basamento de su recurso alega que no existe prueba de la infracción denunciada, negando que la presunción de certeza del Acta de Infracción se extienda a las simples apreciaciones globales, juicios de valor, o calificaciones jurídicas del Inspector, invocando que los trabajadores citados estaban simplemente ayudando a un vecino del lugar a realizar, de forma excepcional, un trabajo de echar una placa de hormigón, que de forma

habitual exige la colaboración esporádica de diversas personas, que se juntan espontáneamente cuando se trata de aldeas con un número reducido de personas, en donde los vecinos colaboran unos con otros de forma totalmente desinteresada. Carece por tanto de toda base fáctica y de todo fundamento probatorio el Acta impugnada, como se exige por la jurisprudencia que se cita; ergo la deducción -de ser trabajadores por cuenta ajena a tenor del art. 1 del ET- carece de objetividad. La Administración demandada, a medio de su representación y defensa, alega que existen hechos objetivos que acreditan la sanción impuesta.

II.- Planteada así la cuestión, lo primero que debe recordarse, es que las Actas de Inspección levantadas con todos los requisitos legales, gozan de una presunción "iuris tantum" de certeza que alcanza a los hechos observados directamente por el funcionario actuante que queden reflejados en el acta, o que pueda deducir de elementos probatorios así mismo hechos constar en el acta, pero que no alcanza aquella presunción probatoria a meros juicios de valor del funcionario. Esta presunción probatoria, en el caso de un procedimiento sancionador, como ya ha declarado el Tribunal Constitucional, no quiere decir que la Administración no tenga la carga de probar los hechos por los que acusa, desplazando la carga de la prueba, sino que en efecto la misma ha de acreditar tales hechos que sean constitutivos de la infracción que impute.

En el supuesto que aquí contemplamos, el carácter laboral de la relación mantenida entre partes -cuestión que obviamente se discute-, durante el período de tiempo a que el acta se refiere, es predicable no ya sólo en base a esa presunción de certeza que a las actas de la Inspección atribuye el art. 38 RD 1.860/75, de 10 de marzo, que aprobó el Estatuto de los Trabajadores en cuyo precepto se establece que se presumirá existente el contrato de trabajo entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que no recibe a cambio de una retribución de aquél, pues según averiguaciones realizadas entre los vecinos, confirmadas por el propio empresario, éste llevaba realizando varias obras desde mayo de 1992, algunas sin rematar, y según se informa por la Inspección en fecha 10 de octubre de 1994, en obra se comprobó que el personal que en el acta se relaciona, en particular el trabajador A.L.M., quien manifiesta que le llamó a trabajar a aquella obra el empresario, tal como éste mismo confirma -el cual según informe de la SS obte-

nido por soporte informático resultó ser pensionista del R. D. del mar desde junio de 1989-, prestaba sus servicios para dicho empresario, quién lo tenía a sus órdenes, dando de esta suerte ocupación a trabajador beneficiario de pensión por jubilación, cuyo disfrute es incompatible con el trabajo por cuenta ajena y sin darle de alta en la SS, lo que pugna -como ha entendido el propio TS en sentencia de fecha 23 de mayo de 1991- con el pretendido carácter de trabajos realizados a título de amistad benevolencia o buena vecindad, que el recurrente pretende dar aquellos servicios para excluirlos del ámbito de la relación laboral, conforme al art. 1.3.d) ET. Y siendo ello así, la mencionada infracción está tipificada y calificada preceptivamente como muy grave en el art. 15.1 de la Ley 8/88 y se ha sancionado en su grado mínimo de acuerdo con los art. 36.1 y 37.1 de la misma.

Por lo precedentemente razonado ha de desestimarse pues el presente recurso contencioso-administrativo.

III.- 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 J.M.S.F. contra Resolución de 23.01.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.424/94; Expte. 34.595/94 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

3167 Recurso nº 1.108/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓN DE TRABALLO. PRAZO DE CADUCIDADE DE VINTE DÍAS. NON SE APLICA SE O EMPRESARIO NON SEGUIU OS TRÁMITES DO ART. 41 DO ET.

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

A Coruña, a dos de abril de dos mil uno.

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 1.108/01 interpuesto por "I.A., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 945/00 se presentó demanda por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "I.A., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiséis de diciembre 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) Que el presente Conflicto Colectivo afecta al personal de movimiento (conductores y conductores-perceptores) que prestan servicios para la empresa demandada. 2º) Que la empresa demandada, y por acuerdo con los trabajadores, desde hace más de ocho años tenía establecido descansar nueve días mensual para totalidad del personal de movimiento, con la excepción de un número limitado de trabajadores que descansan diez días por así establecerlo en su día la correspondiente resolución administrativa. 3º) Que hasta el pasado mes de noviembre de 2000 la empresa vino cumpliendo el anterior acuerdo y exponía los días 1 y 15 de cada mes públicamente el cuadro de descansos quincenales. 4º) Que el día 1 de noviembre de 2000 la empresa demandada expuso en el tablón los descansos correspondientes a la primera quincena y cuando el día 15 de dicho mes se conocieron los días a disfrutar de descanso hasta el 30 de dicho mes, esto es, de la segunda quincena, se comprobó que sumados los dos periodos daban como resultado siete días de descanso frente a los nueve o diez días que antes disfrutaban. 5º) Que se ha celebrado "sin avenencia" acto de conciliación ante el SMAC el 4 de diciembre de 2000, en virtud de papeleta de conciliación presentada el 30 de noviembre de 2000. 6º) Que los actores solicitan se declare la nulidad o subsidiariamente la improcedencia de la modificación del número de descansos mensuales impuesta unilateralmente por la empresa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones planteadas y estimando la demanda interpuesta por la representación de la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, contra la empresa “I.A., S.A.”, debo declarar “injustificada” la decisión empresarial, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a restablecer el número de descansos mensuales de nueve y diez días, tal y como se venía disfrutando hasta noviembre de 2000”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda de conflicto colectivo de la Confederación Intersindical Galega contra “I.A., S.A.” y declaró “injustificada la decisión empresarial, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, y a restablecer el número de descansos mensuales de nueve y diez días, tal y como se venía disfrutando hasta noviembre de 2000”.

“I.A., S.A.” recurre esa sentencia y solicita con amparo procesal correcto, revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, propone: A) Sustituir en el apartado 3º de la sentencia recurrida (“Que hasta el pasado mes de noviembre de 2000 la empresa vino cumpliendo el anterior acuerdo y exponía los días 1 y 15 de cada mes públicamente el cuadro de descansos quincenales”) la expresión “noviembre” por “octubre”; se basa en el folio 68 y en las manifestaciones del fundamento de derecho 3º de la resolución impugnada. La pretensión no se acepta, porque estamos ante dos conceptos y fechas diversos: El primero, relativo a la notificación por la empleadora a los representantes sociales de su decisión de modificar los descansos mensuales, que sí fue en octubre (el día 21). El segundo, relativo a la efectividad de esa decisión, a partir del 15 de noviembre según consta en el inalterado hecho probado 4º. B) Añadir el nuevo hecho probado siguiente: “La notificación de la decisión empresarial de modificar o reducir de nueve o diez a siete los días de descanso mensual fue hecha por el Sr. M.V., Director Gene-

ral de la Empresa, a los representantes sindicales de los trabajadores, reunidos en Comité, el 21 de octubre de 2000”; se basa en el folio 68.

Aunque es intrascendente al signo del fallo, la pretensión se acepta porque consta en el acta de la reunión de la fecha indicada que alega; además, es consecuente con nuestras apreciaciones anteriores.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia recurrida infringe los artículos 24 de la Constitución, 97.2 y 138.1 de la Ley de procedimiento laboral (LPL), 59.4 del Estatuto de los trabajadores (ET) y la jurisprudencia que cita, pues desde que se notificó a la representación laboral la decisión litigiosa hasta que se presentó la demanda transcurrieron 33 días, a los que hay que sumar los 4 días de retraso de entrada en el juzgado.

Es cierto, como dice la recurrente, que transcurrió el plazo de 20 días hábiles que el artículo 59.4 ET establece para impugnar las decisiones que implican modificación sustancial de las condiciones de trabajo: en efecto, entre las fechas de notificación a la representación social y de presentación de la demanda (21.10/11.12.2000) pasaron 33 días hábiles, descontado el tiempo intermedio entre la papeleta y el acto de conciliación (30.11 y 04.12.2000). Sin embargo, esta circunstancia no determina apreciar el actual motivo de recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- La jurisprudencia (ss. 18.07.97, 07.04.98, 11.05.99, 10.04, 18.09.2000) afirma que “el proceso especial regulado en el artículo 138 LPL tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el artículo 41 ET. De modo que cuando no se cumplen por el empleador las exigencias formales del precepto (apertura del período de consultas, acuerdo a favor de la mayoría de los representantes de los trabajadores y notificación a éstos de la medida aprobada con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad, en el caso de las modificaciones colectivas, o notificación de la medida a los trabajadores y sus representantes en el plazo citado cuando se trata de modificaciones individuales) no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el artículo 41 ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del artículo 138 LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad”; de modo que “...no cabe

hablar, desde un plano formal y a efectos de una posible caducidad de la acción, de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, por más que la medida sí pueda implicarla de fondo". 2º.- La aplicación de la anterior doctrina al presente caso implica la anunciada desestimación del recurso, porque los hechos probados de la sentencia recurrida integrados con nuestro fundamento de derecho 2º. B), revelan que la decisión unilateral de la empresa, modificativa de las condiciones de trabajo (art. 41.1.a) ET) de su personal de movimiento (conductores y conductores-perceptores), se efectuó con olvido de las exigencias procedimentales del artículo 41 ET (al efecto, acta de la reunión de 21.10.2000; folio 68) y tampoco respetó el plazo de entrada en vigor (art. 41.3 y 4 ET).

CUARTO.- De acuerdo con el artículo 202 LPL ha de darse el destino legal al depósito para recurrir. El artículo 233.1 LPL impone a la parte vencida en el recurso, que no goce del beneficio de justicia gratuita, el pago de los honorarios del abogado de la parte contraria e impugnante; según el artículo 233.2 LPL este principio no se aplica en los procesos de conflicto colectivo -como el actual- aunque la Sala puede imponer aquel pago cuando el recurrente hubiera actuado con temeridad, conducta ésta que no apreciamos de acuerdo con los principios e interpretación restrictiva que la informan. Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de "I.A., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, de 26 de diciembre de 2000 en autos nº 945/2000, que confirmamos.

3168 Recurso nº 1.193/98

S.S. SUBSIDIO POR DESEMPREGO. SITUACIÓN DE NECESIDADE PROTEXIBLE. INGRESOS FIXADOS PARA A UNIDADE FAMILIAR. SUPERACIÓN. EXTINCIÓN DO SUBSIDIO E REINTEGRO DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a cinco de abril de dos mil uno.

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 1.193/98 interpuesto por Instituto Nacional de Empleo contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 517/97 se presentó demanda por doña J.M.T. en reclamación de Impugnación de sanción (desempleo) siendo demandado el Instituto Nacional de Empleo, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que la actora percibe subsidio de desempleo por agotamiento de la prestación contributiva de desempleo y tener responsabilidades familiares, siéndole reconocida por quinientos cuarenta días de duración, desde el veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y seis al veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y siete./ SEGUNDO.- Que la actora convive con esposo y un hijo menor de 26 años./ TERCERO.- Que en 1995 el esposo de la actora tuvo unos ingresos derivados del trabajo personal por importe de un millón trescientas diecisiete mil cuatrocientas cincuenta y tres pesetas (1.317.453 ptas.) y trescientas diecinueve mil doscientas treinta pesetas (319.230 ptas.) de prestaciones por desempleo; la actora tuvo unos ingresos, procedentes de prestaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por importe de quinientas cuarenta y seis mil setecientos veintitrés pesetas (546.723 ptas.) y unas prestaciones del Instituto Nacional de Empleo por importe de sesenta mil sesenta y cuatro pesetas (60.064 ptas.)./ CUARTO.- Que mediante carta de fecha seis de febrero de mil novecientos noventa y siete la Oficina de Empleo de Santiago Norte requirió a la actora que presentara, entre otros documentos, las declaraciones del IRPF, haciéndolo la actora./ QUINTO.- Que mediante carta de veinte de enero de mil novecientos noventa y siete la Oficina de Empleo de Santiago Norte

requiríu a la actora copia de nóminas de su esposo de diciembre de 1996 y enero de 1997, haciéndolo la actora. Su esposo percibíu en diciembre de 1996 un salario de setenta y siete mil setecientas setenta y cinco pesetas (77.775 ptas.) y sesenta y tres mil dieciocho pesetas (63.018 ptas.) de horas extras y en enero de 1997 un salario de noventa y tres mil setenta y seis pesetas (93.076 ptas.) y ciento once mil ciento cincuenta y tres pesetas (111.153 ptas.) de horas extras./ SEXTO.- Que por resolución de fecha diez de abril de mil novecientos noventa y siete, se comunica a la actora la percepción indebida por desempleo en la cuantía de trescientas veintisiete mil ciento sesenta y cuatro pesetas (327.164 ptas.), por el período comprendido entre el uno de agosto de mil novecientos noventa y seis al treinta de febrero de mil novecientos noventa y siete, por haber dejado de reunir los requisitos para la percepción del subsidio al no tener responsabilidades familiares y superar la renta del conjunto de la unidad familiar considerable a estos efectos, dividida por el número de miembros que la componen, el 75% del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, desde el uno de agosto de mil novecientos noventa y seis, comunicando asimismo la propuesta de extinción de su derecho por no comunicar la baja en su prestación por desempleo./ SÉPTIMO.- Que la actora presentó escrito de alegaciones en fecha veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete./ OCTAVO.- Que por Resolución de veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete, se resolvió declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo, por una cuantía total de trescientas veintisiete mil ciento sesenta y cuatro pesetas (327.164 ptas.), correspondientes al período de uno de agosto de mil novecientos noventa y seis a treinta de febrero de mil novecientos noventa y siete por haber dejado de reunir los requisitos para la percepción del subsidio, declarándose extinguida la prestación de desempleo./ NOVENO.- Que la actora formuló la preceptiva reclamación previa en fecha veinticinco de junio de mil novecientos noventa y siete, siendo desestimada por resolución de fecha veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por J.M.T. contra el Instituto Nacional de Empleo, debía de declarar y declaraba la nulidad de la resolución sancionadora dictada en fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y siete, declarando el derecho de

la actora a seguir percibiendo el subsidio por desempleo por cargas familiares, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dichas declaraciones y a que abone a la actora el correspondiente subsidio en cuantía del 75% del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, con exclusión de la parte proporcional de pagas extras y desde la fecha en que suspendió cautelarmente su pago”.

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 treinta y uno de diciembre de 1997 del Juzgado de lo Social nº uno de Santiago de Compostela, seguido a instancia de doña J.M.T. contra el I.N.E.M., por parte del Instituto demandado, basándose el mismo, al amparo del art. 191.c) de la L.P.L., en infracción por aplicación indebida del art. 30.2.2 en relación con el art. 46.1.2 de la Ley 8/88 de 7 de abril y de los arts. 231.e) y 214.2 “in fine” de la L.G.S.S., por considerar que la actora no tiene el derecho al subsidio al superar la unidad económica familiar los límites de ingresos fijados para causar derecho a la misma, y no habiendo comunicado que se sobrepasa dichos ingresos da lugar como sanción a la extinción del derecho al subsidio con la obligación de reintegrar lo indebidamente percibido.

Los arts. 30.2.2 y el art. 46.1.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social establece como infracción grave el no comunicar, salvo causa justificada, la baja en la prestación cuando se produzca situación de suspensión o extinción del derecho o se deje de reunir los requisitos para su percepción, sancionando tal conducta con la extinción de la prestación o subsidio de desempleo, lo que se pone en relación con el art. 231.e) de la L.G.S.S. que señala como tal obligación del trabajador solicitar la baja en las prestaciones cuando se produzca situación de suspensión o extinción del derecho o se deje de reunir los requisitos exigidos para su percepción. Es decir, la norma establece que ante determinada conducta se produce una consecuencia derivada de la misma, una conducta tipificada de dejar de poner en conocimiento de la entidad gestora que se deja de reunir los requisitos para tener derecho a la prestación o subsidio por superar el límite de

ingresos determinado, se produce una consecuencia legal que es la extinción del subsidio. La conducta se halla perfectamente tipificada al igual que la sanción por tal conducta. Dicha obligación de comunicar los datos por el perceptor es durante toda la vida del subsidio, la norma no puede determinar el tiempo concreto, porque dicha obligación genérica es durante todo el tiempo de la prestación, y si durante un concreto espacio de tiempo se incumple dicha obligación, la consecuencia será la extinción del derecho. Según el art. 215.1 de la L.G.S.S., el requisito para acceder al derecho al subsidio es carecer de rentas que en cómputo mensual superen el 75% del S.M.I. vigente en cada momento y tener cargas familiares, las cuales existen cuando las rentas de la unidad familiar divididas por el número de miembros que la integran no supere el tope anteriormente mencionado. La comunicación debe operar cuando los ingresos percibidos por la unidad familiar superan el tope legal. La sanción por la infracción grave es la extinción del derecho por no comunicar que los ingresos superan el tope legal durante la vida del subsidio, teniendo además en cuenta que el subsidio tiene una naturaleza asistencial, es decir para evitar situaciones de necesidad cuando existe tal carencia de ingresos, el cobro del mismo cuando no se carecen de las mismas atendería al principio de solidaridad que fundamenta el mismo.

Según el hecho probado segundo de la sentencia, la actora convive con su marido y su hijo menor de 26 años, y según el hecho probado quinto: "Que mediante carta de veinte de enero de mil novecientos noventa y siete la Oficina de Empleo de Santiago Norte requirió a la actora copia de nóminas de su esposo de diciembre de 1996 y enero de 1997, haciéndolo la actora. Su esposo percibió en diciembre de 1996 un salario de setenta y siete mil setecientas setenta y cinco pesetas (77.775 ptas.) y sesenta y tres mil dieciocho pesetas (63.018 ptas.) de horas extras y en enero de 1997 un salario de noventa y tres mil setenta y seis pesetas (93.076 ptas.) y ciento once mil ciento cincuenta y tres pesetas (111.153 ptas.) de horas extras", es decir, durante el período que se reclama se han dejado de cumplir los requisitos legales para la percepción del subsidio, con lo cual da lugar a la extinción del mismo y la devolución de lo indebidamente percibido, estando perfectamente tipificada la conducta no se produce efectos en la seguridad jurídica.

Según las nóminas aportadas en los folios 29 a 34 y 42, el salario que percibe su cónyuge excede el límite de rentas señalado

por la unidad económica para percibir el subsidio, con lo cual, se constata la infracción alegada, admitiendo así el motivo del recurso.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n° 1 de Santiago, de fecha 31 de diciembre de 1997, en autos seguidos a instancia de doña J.M.T. frente al Instituto recurrente, revocando la sentencia recurrida y con absolución del Organismo demandado de los pedimentos de la demanda.

3169 Recurso nº 5.595/2000

S.S. ACCIDENTE DE TRABAJO. RECARGO DE PRESTACIONES DE SEGURIDADE SOCIAL. APLICABILIDADE Á TOTALIDADE DA PRESTACIÓN DE GRANDE INVALIDEZ E Á ANTERIOR INCAPACIDADE TEMPORAL. EXTENSIÓN DA COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL NA MATERIA. INTERESES LEGAIS DO RECARGO: NON SON RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE XESTORA, QUE CANDO SE TRATA DE RECARGO NON ACTÚA COMO FONDO DE GARANTÍA.

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

A Coruña, a cinco de abril de dos mil
uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.995/2000 interpuesto por DEMANDANTE Y DEMANDADO contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que el ejecutante don M.P.C. sufrió accidente de trabajo en 30-agos-

to-90 cuando prestaba servicios para la empresa "C.L., S.A.", en términos que determinaron en vía administrativa la imposición de una multa de 500.100 pts por infracción de medidas de seguridad, confirmada por la STSJ Galicia 26-marzo-1993 (folios 61 a 64); a la par que con fecha 13-octubre-93 la Dirección Provincial del INSS resolviese: "1º.- Declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente laboral sufrido por don M.P.C., en fecha 30.08.90. 2º.- Declarar, en consecuencia, la *procedencia de que las prestaciones económicas de la Seguridad Social que tengan su causa en el accidente de trabajo citado, sean incrementadas en el 30%* con cargo exclusivo a la empresa responsable "L., S.A." (folios 22 a 24)./SEGUNDO.- Que en fecha 5-enero-94 tiene entrada en los Juzgados de lo Social de A Coruña demanda –repartida al Juzgado nº Dos– interpuesta por la empresa "C.L., S.A." con el siguiente Suplico: "Que teniendo por presentada esta DEMANDA con sus copia y documentación que se adjunta, se digne admitirla, señalar día y hora para el Acto de Juicio con citación de las partes y, en definitiva, se dicte Sentencia por la que, estimando esta Demanda, y con revocación de la Resolución de la Dirección Provincial de La Coruña del I.N.S.S., de fecha 13 de Octubre de 1993, se declare la inexistencia de la responsabilidad de mi representada respecto a la imputación de la supuesta falta de medidas de seguridad en el accidente sufrido por don M.P.C., y por tanto no haber lugar a su responsabilidad en el pago del recargo del 30 por ciento de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo. O, en otro caso, se declare la responsabilidad solidaria entre la empresa que represento y el demandado don A.N.M. en concepto de subcontratista, como trabajador autónomo, de la empresa demandante" (folios 1 a 7)./TERCERO.- Que en 8-marzo-94, el trabajador accidentado presenta igualmente demanda ante el Juzgado de lo Social de Ferrol, con la literal súplica de que "habiendo por presentado este escrito se sirva admitirlo y en su virtud, tener por interpuesta demanda en reclamación de tanto por ciento del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, y contra la Empresa "C.L., S.A.", y, previos los trámites legales oportunos, señale día y hora para la celebración del Acto del Juicio y, en definitiva, dicte Sentencia que, modificando la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto

Nacional de la Seguridad Social, de fecha 13 de octubre de 1993, se declare la *procedencia de que las prestaciones económicas de la seguridad social que tengan causa en el accidente de trabajo sufrido por don M.P.C., sean incrementadas en el 40%*, con cargo exclusivo a la Empresa responsable "C.L. S.A.", condenando a los demandados, en su respectivo carácter, a estar y pasar por tal declaración, así como al abono de las prestaciones económicas correspondientes, en la forma que reglamentariamente se establece" (folios 140 a 143)./CUARTO.- Que por Auto de 14-octubre-94, el Juzgado de lo Social nº dos de los de A Coruña acuerda la acumulación de ambos procedimientos y requerir de inhibición al Juzgado de Ferrol, con remisión de actuaciones; lo que fue aceptado por Providencia de 21-octubre-94./QUINTO.- Que en 16-enero-95 se dicta sentencia, cuya parte dispositiva es la que sigue: "Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de "G.N., S.L." y estimando en parte la demanda interpuesta por "C.L., S.A.", contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, don M.P.C. y don A.N.M., "G.N., S.L.", y desestimando la interpuesta por don M.P.C. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Empresa "C.L., S.A.", debo revocar y revoco en parte la resolución dictada por la Entidad Gestora de fecha 13 de octubre de 1993, declarando la responsabilidad solidaria de la Empresa A.N.M. con "C.L., S.A." *en el abono del recargo del 30 % en las prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas del accidente laboral* sufrido por don M.P.C. por infracción de medidas de seguridad en el trabajo. Y absolviendo al resto de las codemandadas de todos los pedimentos contenidos en aquéllas" (folios 423 a 425)./SEXTO.- Que la Empresa "C.L., S.A." anuncia recurso de Suplicación en 23-enero-95 (folio 440), tras haber ingresado en la TGSS la capitalización del recargo, calculada por la EG sobre el 100 por 100 de la BR correspondiente a la Gran Invalidez que el trabajador tenía reconocida./SÉPTIMO.- Que por STSJ Galicia de 18-septiembre-99 (Recurso 4.061/96) se resolvió desestimar la Suplicación interpuesta y confirmar en su integridad la sentencia de instancia./OCTAVO.- Que el accidentado insta ejecución el 1-febrero-00, dando lugar a Auto de 10-febrero, en cuya parte dispositiva se acuerda despacharla en términos que se tienen por reproducidos y que no afectan al presente debate (folio 587 y vuelto)./NOVENO.- Que tras azarosa tramitación se celebra vista de

incidente en fecha 31-mayo-00 (folio 663 y vuelto), y se dicta Auto de 20-junio-00, cuya parte dispositiva dispone (folio 664): “Se acuerda que la cuantía inicial del recargo prestaciones asciende a 59.554 pts. /mes correspondiente al 30% sobre la pensión inicial de 198.512 pts. (150% de la B.R.), debiendo abonarse la diferencia de 2.077.310 pts. Igualmente, se acuerda que la prestación de I.L.T. desde el 30.08.90 al 12.07.91 debe incrementarse en un 30% y con cargo a la empresa infractora, debiendo abonar el INSS los intereses legales del art. 921 de la L.E.C. en relación con el art. 45 de la L.G.P. desde la fecha de la notificación de la sentencia de instancia”. /DÉCIMO.- Que el INSS en 26-junio (folios 670ª 672) y “C.L., S.A.” en 27-junio (folios 673 a 676) formulan recurso de reposición, que son desestimados por Auto de 6-octubre-2000, contra el que interponen la presente Suplicación./UNDÉCIMO.- Que por alegarse por la Empresa ejecutada –en los escritos de reposición y Suplicación– la excepción de incompetencia de jurisdicción, se dio audiencia al Ministerio Fiscal, informándose por el mismo en el sentido de entender que el conocimiento de la cuestión debatida corresponde íntegramente a la jurisdicción social.

CUARTO.- Contra dicho Auto 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.- 1.- Todo lo anteriormente indicado puede resumirse diciendo que el trabajador sufre en Agosto de 1990 un accidente de trabajo que lamentablemente le sitúa en Gran Invalidez; que primero en vía administrativa y posteriormente en la judicial (contencioso-administrativa y laboral) se aprecia la existencia de infracción de medidas de seguridad y se impone a la Empresa recurrente el “abono del recargo del 30 % en las prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas del accidente laboral”; que el trabajador insta la ejecución de la sentencia, solicitando que se extienda el recargo a las prestaciones de IT y al incremento del 50 por 100 de la BR en la GI; que la Empresa niega la ejecutabilidad pretendida, por afirmar que la sentencia no trató ni contiene los pronunciamientos habilitantes sobre una y otra prestación en concreto y que es meramente declarativa. 2.- Por lo mismo, en el

recurso interpuesto por “C.L., S.A.” contra el Auto dictado en ejecución de sentencia y que extiende el recargo –30 por 100– por infracción de medidas de seguridad en los términos pretendidos por el ejecutante, se alega –vía art. 191.a) LPL–: (a) incompetencia de jurisdicción, con infracción de los arts. 2.b) y 3.b) LPL; (b) inadecuación de procedimiento, con violación del art. 239.1 LPL, en relación con los arts. 80.1.d) de la misma disposición adjetiva, 359 LEC y 24.1 CE; (c) falta de agotamiento de la vía administrativa, por vulnerarse el art. 71, en relación con el art. 239.1, de la LPL, así como 359 LEC y 24.1 CE; y (d) en lo que se refiere concretamente al subsidio de IT, se denuncia la violación de los arts. 27.3, 63, 80, 99 y 239.1 LPL, en relación –nuevamente– con los arts. 359 LEC y 24.1 CE. Y bajo la cobertura del art. 191.c) LPL, el recurso denuncia, finalmente, la infracción del art. 123.1 LGSS, en relación con el art. 139.4 de la propia Ley y de la Jurisprudencia interpretativa. 3.- Por su parte, el INSS limita su recurso a dos motivos, en los que respectivamente denuncia: (a) interpretación errónea del art. 123 LGSS, en relación con el art. 139.4 de la misma disposición legal; e interpretación errónea de los arts. 45 LGP y 921.5 LEC.

SEGUNDO.- 1.- Para la Sala es claro que si la sentencia –firme– de cuya ejecución se trata ha condenado solidariamente a dos Empresas al “abono del recargo del 30 % en las prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas del accidente laboral”, este pronunciamiento no es propio de una sentencia de tipo declarativo, sino de condena o ejecutiva, habida cuenta de que por las primeras debe entenderse –en buena doctrina– las que consiguen certeza y seguridad por sí mismas, en tanto que las segundas consiguen el mismo objetivo y contiene a la par una conminación a realizar determinada actividad, susceptible de posterior ejecución. 2.- La circunstancia de que la sentencia ejecutada en autos no hiciese mención a las concretas prestaciones a las que aplicar el recargo e incluso al extremo de si se aplicaba o no al incremento propio de la Gran Invalidez, en manera alguna puede considerarse un obstáculo para la ejecución. En el plano normativo ha de recordarse que el art. 189.2 LPL admite recurso de Suplicación contra autos dictados en ejecución de sentencia “cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado”, con lo que cree-

mos evidenciado que para el propio legislador el mandato de ejecutar las sentencias en sus propios términos (art.) no impide extensiones necesarias y/o razonables. Y desde un punto de vista jurisprudencial, tal como recordábamos en Sentencias de 4-noviembre-99 R. 3.579/99 y 24-marzo-00 R. 498/00, la doctrina constitucional –STC 148/1989, de 21-septiembre– es tajante a la hora de afirmar que si bien la obligada armonía entre los acuerdos para el cumplimiento de la sentencia ejecutoria y los términos del fallo de la misma impone que no pueda pretenderse en un incidente de ejecución resolver cuestiones no abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad (SSTC 125/1987, 167/1987 y 215/1988), ello no puede interpretarse restrictivamente, sino más bien a favor de una ejecución satisfactoria, con lo que se quiere decir, en suma, que el Juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio *pro actione*, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, lo que “simplemente implica que la interpretación y aplicación del fallo de la sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista (art. 3 CC) y en armonía con el todo que constituye la sentencia”. 3.- Es más, la STC 191/2000 (13-julio) llega a indicar que es doctrina consolidada la de que “si bien es cierto que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes forma parte del derecho a la tutela judicial, garantizándose así la efectividad del pronunciamiento recaído, sin embargo, no toda decisión posterior del órgano judicial que limite, objetiva o temporalmente, el alcance de lo declarado o que sustituya los términos en que ha de ejecutarse el fallo vulnera el art. 24.1 CE (entre otras, SSTC 58/1983, de 29 de junio [RTC 1983\58], 194/1991, de 17 de octubre [RTC 1991\194] y 322/1994, de 28 de noviembre [RTC 1994\322]). Se ha afirmado, además, en relación con ello, que pertenece a la competencia de los Tribunales, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la facultad de *delimitar e interpretar el alcance del fallo* y que las limitaciones que se establezcan carecen de relevancia constitucional si se encuentran fundadas en una causa legalmente prevista y ésta no ha sido interpretada arbitraria o irrazonablemente por el órgano judicial, atendiendo a las circunstancias del caso, ni se evi-

dencia *pasividad o desfallecimiento por su parte en la adopción de las medidas necesarias para asegurar la ejecución* (entre otras, SSTC 153/1992, de 19 de octubre [RTC 1992\153], 247/1993, de 19 de julio [RTC 1993\247], 202/1998, de 14 de octubre [RTC 1998\202] y 170/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999\170]). 4.- Este flexible criterio tiene igualmente apoyo –recordado por las SSTSJ Galicia 6-octubre-00 R. 2.432/97 y 30-marzo-00 R. 778/97– en la STS de 18-marzo-1997 Ar. 2.569, que reitera la doctrina sentada por la STC Pleno 76/1996 (30-abril), y relativa a que “el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reclama, en lo que ahora nos importa, la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 90/1986), muy especialmente cuando esté en juego no el acceso a los recursos sino el acceso a la jurisdicción (SSTC 37/1995 y 55/1995), para permitir así un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, contenido propio y normal de aquel derecho (STC 40/1996)”. Y con mayor motivo se ha de seguir tal orientación en materia de Seguridad Social, cuya normativa –se sostuvo ya en interés de Ley por la STS 3-junio-75 Ar. 2.691–, en tanto que partícipe del progreso de la Justicia como fundamento del Derecho, ha de ser necesariamente interpretada de manera que su aplicación no llegue a frenar el dinamismo progresivo que es acorde a las garantías de asistencia y prestación social suficiente postuladas por la CE, como valores inherentes a un Estado Social y de Derecho (así, las STS de 27-diciembre-88 Ar. 9.925, 20-enero-89 Ar. 276 y 10-febrero-89 Ar. 734; SSTSJ Galicia –entre tantas– de 25-junio-99 R. 5.544/98, 24-septiembre-99 R. 541/99, 30-noviembre-99 R. 4.680/96, 10-marzo-00 R. 3.203/98 24-marzo-00 R. 498/00).

TERCERO.- Lo anteriormente indicado nos lleva a desestimar todas y cada una de las denuncias de orden procedimental que se hacen al amparo del art. 191.a) LPL. Pero antes de entrar a argumentar el rechazo, la Sala considera oportuno destacar la injusta denuncia procesal poniendo de manifiesto la inexistencia de la infracción de norma sustantiva que se denuncia en el recurso de la Empresa y que reitera el recurso del INSS: la del art. 123 LGSS, en relación con el art. 139.4 de la misma disposición legal.

La procedencia de aplicar recargo a la totalidad de la prestación –150 por 100– en los

supuestos de Gran Invalidez ya ha sido declarada por esta Sala en sentencias de 30-enero-99 AS 53 y 28-julio-94 AS 2.868, pero en todo caso ha sido resuelta en unificación de doctrina por la STS 27-septiembre-00 Ar. 8.348, cuyos argumentos reproducimos: “La cuestión que en estos autos se plantea fue objeto de debate doctrinal en época anterior a la Ley General de la Seguridad Social de 1974 [...] Pero esa duda la despejó la reforma introducida por la Ley 24/1972, de 21 de junio [...], cuando recogió [...] que el recargo por falta de medidas de seguridad “se extiende a todas las prestaciones económicas”, en precepto que pasó con la misma redacción al art. 93.1 del texto aprobado por Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, recogido a su vez en el art. 123 del texto vigente, al decir en todos ellos que “todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo [...] se incrementarán...”. Por lo tanto, con independencia de la naturaleza que pueda serle atribuida a aquel incremento del 50 por 100 previsto en el art. 139.4 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, de lo que no cabe duda es de que se trata de una prestación económica prevista para la indicada contingencia, por lo que, puesta en relación con lo dispuesto en el art. 123 precitado no puede caber duda sobre el hecho de que el recargo habrá de recaer sobre el total de dicha prestación económica” [...] El hecho de que el recargo haya sido calificado tradicionalmente como una medida sancionadora no impide en modo alguno entender que debe de recaer sobre el total de la prestación cuando la norma así lo dispone, en cuanto que el “*odiosa restringenda*” [...] regirá cuando hay margen para la interpretación de las previsiones legales, pero no para los supuestos en que la norma ha previsto expresamente que el recargo recaiga sobre la prestación de que se trate como aquí ocurre. [...] Y tampoco supone inconveniente alguno a dicha solución el hecho de que, conforme se prevé en el art. 139.4 LGSS en que la indicada prestación se calcule en su 50% por referencia a la prestación correspondiente a la invalidez absoluta, por cuanto esta referencia constituye una forma referencial de calcular el incremento, pero no elimina la naturaleza de prestación compensatoria de una situación de invalidez. Ni tampoco el hecho de que la finalidad de ese 50% se haya previsto con la intención de que “el inválido pueda remunerar a la persona que lo atienda”, pues tal previsión finalista no impide calificar ese incremento como la prestación económica que es [...] [ni tampoco se opone a ello que] el apartado

segundo del art. 139.4 LGSS prevé que “a petición del gran inválido o de sus representantes legales podrá autorizarse, siempre que se considere conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento [...] por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública...” [...], pues el hecho de que tal sustitución sea posible no puede servir para enervar un derecho reconocido por la norma a quien percibe la prestación en su versión económica”.

CUARTO.- 1.- Bajo estas premisas, (a) que el Gran Inválido ejecutante tiene derecho al recargo de prestaciones desde 1990, (b) que las actuaciones judiciales se iniciaron en enero-94, (c) que la sentencia declaratoria del tal derecho data de enero/95, y (d) que en ella se condena a la Empresa recurrente al recargo –treinta por ciento– de todas las prestaciones económicas derivadas del accidente, creemos que en tales circunstancias es verdaderamente censurable –aparte de un completo desacierto– pretender ahora que el inválido ha de reiniciar vía administrativa para interesar el incremento en el subsidio de IT, que debe acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa para obtener la satisfacción del recargo sobre la Gran Invalidez, o que –cuando menos– haya de utilizar la sentencia recaída en 1995 como un simple título a argüir en nuevo procedimiento cognitorio, cuya sentencia de instancia, lógicamente aplicativa de la doctrina unificada a que antes hemos hecho referencia, sería –no lo dudamos– nuevamente recurrida por la Empresa infractora, aún a pesar de que de antemano sea absolutamente predecible el resultado, que no puede ser otro que el acorde al criterio –ya expuesto– del Tribunal Supremo. 2.- Por ello nos sorprende que el autor del recurso afirme que el proceso de ejecución ha sido kafkiano e impropio de un Estado de Derecho. Aunque ciertamente hayamos de coincidir en gran medida con tal afirmación, pero tan solo desde la perspectiva del Gran Inválido ejecutante, siendo así que el art. 24 CE que el recurrente no cesa de invocar también consagra –como fundamentales y básicos en un Estado democrático– los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, los que precisamente muy bien pudiera invocar el infortunado trabajador, teniendo en cuenta que las presentes actuaciones se iniciaron hace más de siete años y van referidas a un accidente de trabajo acaecido hace prácticamente once. En estas circunstancias, la dilación que el autor del

recurso interesa añadir a las ya sufridas –ciertamente atribuibles a la sobrecarga de trabajo en los organismos jurisdiccionales– nos parece una verdadera provocación frente a la justicia material que debe ser el objetivo de todo proceso, y en todo caso –por su obvia finalidad dilatoria– entraña el abuso de derecho que proscriben los arts. 75.1 LPL, 247 LEC y 11.2 LOPJ.

QUINTO.- Pero la adecuada motivación de toda sentencia impone que arguementemos la improcedencia de las concretas infracciones procesales denunciadas, y en primer término la relativa a la competencia. 1.- Es insólito afirmar la incompetencia de jurisdicción de este Orden social para conocer el ámbito de aplicación del recargo, atribuyéndole naturaleza de acto recaudatorio de la TGSS por el simple hecho de que como presupuesto del primer recurso de Suplicación la EG hubiese calculado y exigido la capitalización del mismo, pero recayendo exclusivamente sobre el 100 por 100 de la BR; la pretensión ejecutoria y la decisión recurrida no tienen propósito alguno de corregir un acto recaudatorio, sino de ejecutar una sentencia, siquiera la precisión de los correctos términos de la condena conlleve que haya de corregirse el capital coste constituido en el Servicio Común y que la TGSS había calculado en forma indebida. 2.- Pero es que incluso la competencia de la Sala se extiende a este segundo aspecto, el de conocer la determinación del capital coste de las prestaciones, tal como reiteradamente tiene manifestado la doctrina unificada (entre las últimas, SSTs 3-noviembre-99 Ar. 9.585, dictada en Sala General; 1-febrero-00 Ar. 1.435; 16-marzo-00 Ar. 2.862; y 26-septiembre-00 Ar. 8.287), con los siguientes argumentos: 1) la única vía lícita para llevar a cabo la ejecución y cumplimiento coactivo o forzoso de derechos y obligaciones reconocidos en sentencia es la vía procesal de la ejecución de la misma por parte del órgano que la dictó o que conoció del asunto en la instancia; 2) el precepto legal concreto que recoge en el orden jurisdiccional social el principio de atribución de la competencia para llevar a cabo la ejecución de la sentencia al órgano jurisdiccional que la dictó o que conoció del asunto en la instancia es el art. 235 de la LPL (“La ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia”); 3) las leyes procesales de aplicación general o de aplicación supletoria en los procesos del orden social de la jurisdicción cierran la posibilidad de plante-

ar en ejecución conflictos de competencia (art. 43 LOPJ) o cuestiones de competencia (art. 76 LEC/1881), siempre que se trate de títulos ejecutivos judiciales que hayan adquirido firmeza; 4) por expresa disposición legal (arts. 9.5 LOPJ y 2.b).1 LPL), toda cuestión relativa a Seguridad Social es materia cuyo conocimiento corresponde al orden social de la jurisdicción, de manera que la exclusión de tal Orden tiene que ser impuesta expresamente por la Ley; 5) la única excepción a esta competencia genérica es la contenida en el art. 3.b) LPL “de las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria, o, en su caso, por las entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta”, pero entender que es “gestión recaudatoria” toda aquella que se refiera a la obtención de recursos de Seguridad Social, sería exorbitante e iría contra el referido carácter genérico de la atribución de competencias en materia de Seguridad Social; y 6) la controversia sobre capital coste dimana de normas de Seguridad Social, hace referencia a prestaciones de Seguridad Social, nacidas precisamente en la esfera de la relación pública de Seguridad Social, y afecta a los elementos individuales –empleador, trabajador y entidad gestora– de esta relación, por lo que sostener que la pretensión relativa a la irregularidad o nulidad de la capitalización debe ser actuada en vía administrativa y controlada por el Orden contencioso-administrativo, parece desconocer el origen y naturaleza prestacional de la controversia.

SEXTO.- Todavía más desacertado nos parece pretender que el “acto de gestión” es firme e inatacable en la ejecución de sentencia. El erróneo cálculo de la capitalización efectuado en su día por la EG, que muy bien pudiera haber sido corregido de oficio por el Juzgado o la Sala, no puede tener otro alcance que el que tuvo: permitir el recurso sin cumplir adecuadamente la exigencia legal de capitalización y sin ofrecer –por ello– la debida garantía. Pero sostener que trasciende a la sentencia respecto de la que tiene naturaleza instrumental, hasta el punto de limitar los términos de la condena, impidiendo que sea ejecutada en toda su extensión, es ciertamente un despropósito.

SÉPTIMO.- El mismo rechazo nos merece la afirmación de que la cuestión relativa a la extensión del recargo no fue planteada en la demanda ni tratada en el plenario, y que por lo mismo –su tratamiento en trámi-

te de ejecución— causa indefensión a la ejecución y recurrente, a la par que implica incongruencia. De un lado, nos remitimos a lo indicado en el ordinal segundo respecto de la adecuación entre el Auto recurrido y el título ejecutorio. Y de otra parte, la Sala no alcanza a ver donde está la indefensión —machaconamente denunciada en cada uno de los motivos— de la Empresa recurrente, que tuvo toda oportunidad —ciertamente aprovechada— para manifestar lo que a su derecho convenía, tanto de escrito como de palabra (en la vista incidental celebrada en fecha 31-mayo-00) respecto de una cuestión exclusivamente jurídica, cual es la de si el recargo por infracción de seguridad alcanza o no al incremento específico de la Gran Invalidez.

OCTAVO.- Igual suerte desestimatoria corresponde a la censura que se hace porque no media reclamación administrativa previa en materia de capitalización, siendo así que vuelve a olvidar —nos remitimos a lo dicho más arriba— que el objeto de pretensión ejecutiva no es corregir el capital coste de la prestación, sino el de ejecutar una sentencia firme del Orden laboral, trámite en el que —por supuesto— en manera alguna es requisito el agotamiento de vía administrativa alguna, siquiera la adecuada satisfacción de la condena determine que haya de corregirse —al alza— la capitalización ya constituida, para que alcance efectividad lo decidido judicialmente con carácter firme y se satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, el cual comprende, entre otros, el derecho a que sean ejecutadas en sus propios términos las resoluciones judiciales firmes, pues sin ello la tutela de los derechos e intereses legítimos de los que obtuvieron una resolución favorable no sería efectiva, sino que se quedaría en unas declaraciones de intenciones y de reconocimiento de derechos sin alcance práctico, correspondiendo a los Tribunales velar por ese cumplimiento, como expresamente se declara por el art. 117.3 CE, de modo que desconoce el derecho fundamental el Juez que, por omisión, pasividad o defectuoso entendimiento, se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse, o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible (SSTC 32/1982, 155/1985, 125/1987, 167/1987, 148/1989, 194/1993, 210/1993, 243/1993, 251/1993, 306/1993, 104/1994, 322/1994, 39/1995, 87/1996, 18/1997 y 202/1998, de 14-octubre).

NOVENO.- Rechazada anteriormente (fundamento tercero) la censura relativa al art. 123 LGSS, resta tan solo examinar la segunda de las denuncias que el INSS hace, la de haberse infringido los arts. 45 LGP y 921.5 LEC. 1.- Debemos recordar que el Auto condena a la Empresa a abonar el recargo del 30 % en el incremento de la pensión por GI y en el subsidio por ILT, añadiendo el pronunciamiento —en lo que a la EG afecta— “debiendo abonar el INSS los intereses legales del art. 921 de la L.E.C. en relación con el art. 45 de la L.G.P. desde la fecha de la notificación de la sentencia de instancia”. 2.- Con tales premisas ha de aceptarse la censura normativa que el INSS hace, siendo así que la doctrina unificada —SSTS 22-septiembre-94 Ar. 7.170, 20-mayo-94 Ar. 4.288, 7-febrero-94 Ar. 809 y 8-marzo-93 Ar. 1.714— ha entendido que el INSS, aunque es entidad que asume las funciones del extinguido Fondo de Garantía, no es responsable subsidiario de la condena del recargo de prestaciones, ocasionado en accidentes de trabajo, por faltas de medidas de seguridad.

En las referidas sentencias, el Alto Tribunal mantiene que la interpretación literal del art. 93.2 LGSS/74 —hoy art. 123 LGSS/94—, al decir que “La responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”, no deja la menor duda de que la responsabilidad por falta de medidas de seguridad es directa e intransferible a cargo del empresario incumplidor, y que la imposibilidad legal del aseguramiento se extiende a cualquier modalidad de seguro, sea éste público o privado, porque donde la Ley no distingue no le es dable hacerlo al intérprete. Y que, por otra parte, el principio de protección social proclamado por el art. 41 CE no puede tener un alcance ilimitado sino que ha de desenvolverse dentro de ciertos límites y en el marco de las disponibilidades financieras del propio régimen de Seguridad Social adoptado, lo que justifica que no sólo el recargo sino también otras varias prestaciones quedan fuera del área de acción del sistema protector de la Seguridad Social, por lo que desde esta perspectiva no cabe invocar, con consistencia jurídica alguna, un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia de la empresa, directamente, condenada a su abono.

Lo anteriormente indicado muestra bien a las claras que la EG no tiene obligación de abonar intereses algunos por el retraso en el abono del recargo. Como con impecable lógica razona la representación del Organismo recurrente, si no es posible condenarle al abono del principal que supone el recargo, con mayor motivo debe estar liberado de la obligación accesoria de satisfacer intereses por abono tardío de aquél. Y en tal línea no está de más traer a colación la afirmación que al efecto hace la precitada STS 20-mayo-94 Ar. 4.288, cuando concluye afirmando que “De esta doctrina se desprende, con toda evidencia, que el Instituto Nacional de la Seguridad Social no tiene obligación alguna en relación con el abono del recargo que se viene examinando”.

DÉCIMO.- 1.- La circunstancia de que eximamos de responsabilidad al INSS en lo que afecta a los intereses previstos en el art. 921 LEC, no significa que el beneficiario haya de verse privado de los mismos, habida cuenta de que es doctrina unificada la de que el consentimiento de la resolución de instancia, por parte del accionante, cuando el fallo condena a uno de los demandados y absuelve al otro, no enerva la pretensión inicial, si llega el supuesto de absolución en grado superior, del único condenado; y, además, que no entenderlo así y limitarse el Tribunal Superior a absolver al recurrente sin decidir sobre otras responsabilidades, supone negar la tutela judicial efectiva(STS 20.01.99 Ar. 811). 2.- Dispone el art. 921 LEC que “cuando la resolución condene al pago de una cantidad líquida, ésta devengará en favor del acreedor, desde que aquélla fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada, un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto de las partes, o por disposición especial, salvo que interpuesto recurso la resolución fuere totalmente revocada. En los casos de revocación parcial, el Tribunal resolverá conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto. Lo establecido en el párrafo anterior será de aplicación a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, salvo las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria”. 3.- Tal como recordábamos en Sentencia de 5-noviembre-98 AS 3.897, en interpretación de aquel precepto la Jurisprudencia constitucional y ordinaria (STC 227/1985, de 10-diciembre; SSTS/Social 2-diciembre-1988 Ar.

9.539, 13-octubre-1989 Ar. 7.530, 5-marzo-1990 y 10-abril-1992 Ar. 2.618; SSTS/Civil 10-diciembre-1985 Ar. 6.433, 5-marzo-1990 Ar. 1.896, 10-abril-1990 Ar. 2.715, 19-junio-1990 Ar. 4.795, 12-marzo-1991 Ar. 2.691, 15-abril-1991 Ar. 3.713, 19-mayo-1991 Ar. 8.139, 4-noviembre-1991 Ar. 9.268 y 30-diciembre-1991, 25-febrero-1992 Ar. 1.554, 29-febrero-1992 Ar. 1.405, 18-marzo-1993...) es unánime al proclamar –lo recuerdan las SSTS 7-febrero-1994 Ar. 810 y 11-febrero-1997 Ar. 1258– que el mismo actúa *ope legis* en todo tipo de resoluciones judiciales y cualesquiera orden jurisdiccional (SSTS 2-diciembre-1988 Ar. 9.539, 13-octubre-1989 Ar. 7.530, 7-diciembre-1989 Ar. 9.193, 7-octubre-1991 Ar. 7.203, 20-enero-1992 Ar. 49, 10-abril-1992 Ar. 2.618, 9-diciembre-1992 Ar. 10.065, 12-julio-1993 Ar. 5.672...), sin necesidad de petición ni incluso de expresa condena para su exigibilidad, la que surge de forma automática desde que se concreta en la decisión judicial la cuantía líquida debitada para conformar fallo condenatorio de su obligado pago, habiéndose incluso afirmado que la resolución dictada en el proceso de ejecución a tales intereses referida no cabe tacharla –como regla– de incongruente, al corresponder al trámite ejecutorio la exacta determinación de los referidos intereses, aunque la ejecutoria no haga alusión a ellos (STS 11-febrero-1997 Ar. 1.258, con cita de las SSTS/Civil de 7-octubre-1991 Ar. 7.443, 12-mayo- 1992 Ar. 3.919, 5-abril-1993 Ar. 2.787, 20-febrero-1995 Ar. 2.770 y 30-noviembre-1995 Ar. 8.722), de forma que, como establece en unificación de doctrina la STS 10-abril-1992 Ar. 2.618, con cita de las SSTS 9-julio-1984 Ar. 4.138 y 2-diciembre-1988 Ar. 9.539, “cuando en la sentencia se condena al pago de una cantidad líquida, aunque en ella nada se haya dispuesto sobre los intereses a que se refiere el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo éstos fruto de una obligación legal, puede decidirse sobre ellos en ejecución de sentencia sin incidir en exceso alguno”; y es más, se contraviene implícitamente lo ejecutoriado cuando los intereses se deniegan por no estar expresamente recogidos en el fallo que se ejecuta (SSTS 1-marzo-1990 Ar. 1.744 y 6-noviembre-1993 Ar. 9.618). 4.- Y en justificación de ello se aduce (SSTS STS 7-febrero-1994 Ar. 810 y STS 11-febrero-1997 Ar. 1.258) que los denominados intereses procesales cumplen una doble función, pues por una parte tienen un fundamento indemnizatorio, al resarcirse con ellos los daños y perjuicios que para quien ha vencido en el juicio se derivan de “la demora en ejecución de una sentencia judicial favorable” (STS 21-febrero-1990 Ar.

1.130), protegiendo así “el interés en obtener satisfacción material de su pretensión [...] sin el deterioro de la depreciación monetaria” (STS 25-octubre-1989 Ar. 7.434); y por otra parte, el abono de los intereses, tiene también un alcance disuasorio –finalidad desmotivadora– de la interposición de recursos infundados (STS/Civil 10-abril-1990 Ar. 2.715). 5.- En el caso de autos la procedencia de fijación de intereses a cargo de la Empresa ejecutada viene impuesta por las anteriores consideraciones. Y si bien en apariencia pudiera sostenerse que la sentencia de 16-enero-95 no condenaba al abono de cantidad líquida alguna, creemos que un recto entendimiento del concepto de liquidez debe llevar a considerar que la condena al “abono del recargo del 30 % en las prestaciones económicas de la Seguridad Social derivadas del accidente laboral” hace referencia al “pago de una cantidad líquida” que el art. 91 LEC establece como presupuesto del devengo de intereses.

Efectivamente, para la Jurisprudencia no hay liquidez cuando la obligación consista en el pago de una cantidad cuya determinación dependa de un juicio previo encaminado a precisarla, pero sí existe cuando la fijación del *quantum* dependa exclusivamente de unas operaciones matemáticas; o lo que es igual, cuando se trate de simple iliquidez contable (así, las SSTS/Civil 19-noviembre-92 ED 11.415 y 4-noviembre-91 Ar. 8.139). Y en el caso de autos no llegaron a discutirse en procedimiento alguno las bases reguladoras e importes de la pensión de Gran Invalidez y del subsidio de Incapacidad Laboral Transitoria, sino la existencia de la infracción de medida de seguridad y la consiguiente procedencia del recargo, con lo que una elemental operación matemática permitía determinar el importe del complemento fijado en razón a la referida omisión de medida de seguridad.

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la Empresa “C.L., S.A.”, confirmamos el Auto que con fecha 6-octubre-2000 desestimó recurso de Reposición contra Auto de 20-junio-00, y que ha sido dictado en ejecución de la sentencia recaída en el expediente nº 19/1994, tramitado por el Juzgado de lo Social nº dos de los de A Coruña, a instancia de don M.P.C. Y con estimación del recurso formulado por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL,

revocamos el Auto en el sentido de dejar sin efecto la condena del referido Organismo, acordando que el abono de los intereses legales del art. 921 LEC corresponde a la empresa “C.L., S.A.”. Asimismo condenamos a la recurrente “C.L., S.A.”, a que por el concepto de honorarios satisfaga 100.000 pts al Sr. Letrado de la parte recurrida. Pérdida de depósito y destino legal para la consignación.

3170 Recurso nº 3.537/97

S.S. EXCLUSIÓN DE COMPLEMENTO DE ANTIGÜIDADE ÓS TRABALLADORES INTERINOS. PRINCIPIO DE IGUALDADE E PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN. CORRESPÓNDELLES O DITO COMPLEMENTO, AÍNDA QUE NON O COBRO DE XURO POR MORA.

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

A Coruña, a seis de abril de dos mil uno.

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 3.537/97 interpuesto por doña P.A.M., doña B.B.P., doña M.C.F.M., doña M.T.I.R., doña A.M.J.P., doña M.P.F., don G.P.G., doña A.M.P.C., doña E.P.G., doña M.C.R.S., doña R.R.B., doña C.R.P. y doña M.C.S.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 377/97 se presentó demanda por doña M.P.A.M. y otros en reclamación de PERSOAL XUNTA siendo demandado CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintisiete de junio de mil novecientos noventa y siete por el Juzgado de referencia que DESESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Para la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia vienen prestando servicios los actores en virtud de contratos laborales temporales, con la categoría de limpiadoras las demandantes y de oficial 2ª faenas agrícolas el demandante don G., con las siguientes antigüedades: doña M.P.A.M. desde el 14.10.93, doña B.B.P. desde el 01.08.92, doña M.C.F.M. desde el 11.04.92, doña M.T.I.R. desde el 12.05.93, doña A.M.J.P. desde el 20.05.92, doña M.P.F. desde el 19.08.92, don G.P.G. desde el 04.01.93, doña A.M.P.C. desde el 27.10.93, doña E.P.G. desde el 11.08.92, doña M.C.R.S. desde el 12.11.92, doña R.R.B. desde el 03.04.92, doña C.R.P. desde el 01.01.93 y doña M.C.S.R. desde el 01.05.92 y con un salario mensual prorrateado de 142.378 pesetas, salvo doña B.B.P. y doña A.M.J.P. que hacen media jornada y su salario es de 71.189 pesetas y don G.P.G. cuyo salario es de 163.635 pesetas. Los actores fueron inicialmente contratados con contratos de interinidad al amparo del Real Decreto 2.104/84. SEGUNDO.- La Xunta no abona a los demandantes el complemento de antigüedad por el que los actores reclaman las siguientes cantidades por los siguientes períodos: 55.048 pesetas por el período de 01.02.96 a 31.01.97 los actores doña B.B.P., doña M.C.F.M., doña A.M.J.P., doña M.P.F., don G.P.G., doña E.P.G., doña M.C. R.S., doña R.R.B., doña C.R.P. y doña M.C.S.R.; 19.660 pesetas por el período de 01.11.96 a 28.02.97 doña A.M.A.M. y doña A.M.P.C. y 43.252 pesetas por el período de 01.06.96 a 28.02.97 la actora doña A.M.A.M. y doña A.M.P.C. y 43.252 pesetas por el período de 01.06.96 a 28.02.97 la actora doña M.T.I.R. La demandada no discutió la cuantificación de estas cantidades salvo las de doña B.B.P. y doña A.M.J.P. que, por realizar media jornada y dado su salario entiende que, de estimarse la demanda, les correspondería la mitad de lo que reclaman, esto es, 27.524 pesetas y se opuso a que se le pagase el complemento en la paga extra de julio a doña M.T.I.R. al reclamar desde el 1 de junio de 1996. TERCERO.- Presentadas por los demandantes reclamaciones previas, les fueron desestimadas mediante resoluciones de fecha 16.05.97 en base a que no les correspondía dicho complemento, según la Xunta, por no tener la condición de personal laboral fijo sino temporal, presentando demanda los actores el día 30.05.97. CUARTO.- La actora doña C.O.R. no acudió al acto de juicio a pesar de haber

sido citada ni otorgó poder a favor del letrado que compareció por los demás actores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por doña M.P.A.M., doña B.B.P., doña M.C.F.M., doña M.T.I.R., doña A.M.J.P., doña M.P.F., don G.P.G., doña A.M.P.C., doña E.P.G., doña M.C.R.S., doña R.R.B., doña C.R.P. y doña M.C.S.R. contra la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia, debo absolver y absuelvo a dicha 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.- 1.- Con carácter previo ha de indicarse, aunque la decisión de instancia no haya hecho mención alguna a tal extremo, que la cuestión suscitada en las presentes actuaciones no sólo afecta en teoría a todos los trabajadores —numerosísimos— que prestan servicios para la Xunta de Galicia en régimen de temporalidad, sino que incluso esa afectación se ha traducido en la presentación de numerosas reclamaciones en vía judicial, con disparidad de soluciones en los diversos Juzgados de lo Social con ello resulta claro, tal como en gran parte de los procedimientos de instancia se viene declarando, que concurre el requisito de afectación general que posibilita el acceso al presente recurso de Suplicación, *ex art. 188.1.b) L.P.L.* 2.- La decisión recurrida desestimó demanda en reclamación de complemento de antigüedad, formulada por trabajadores —Oficial segunda uno de ellos y Limpiadoras las restantes— que prestan servicios para la Consellería de Educación, en virtud de contratos temporales. Sentencia que es recurrida por las actoras, con denuncia de haberse infringido el art. 27.b)1 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, que dispone: "A efectos de antigüedad, y siguiendo el procedimiento fijado en la Orden de 12 de diciembre de 1990, de la Consellería de la Presidencia y Administración Pública, se reconocerá los servicios prestados en cualquier Administración pública con anterioridad a la adquisición de la condición de personal laboral fijo al servicio de la Xunta de Galicia". "La remuneración por trienios de los trabajadores a tiempo parcial, será proporcio-

nal a la establecida para los trabajadores fijos a jornada completa. El cómputo del tiempo para la consolidación de los trienios se determinará como si fuese contratado a tiempo completo". 3.- Los accionantes tienen la antigüedad, salario y jornada laboral que se declara probado en la instancia, cuyo primer ordinal se tiene pro reproducido.

SEGUNDO.- Aunque la redacción no sea diáfana clara y en manera alguna puede descartarse la interpretación del citado art. 27 efectuada por la Magistrada de instancia, entendiendo que el precepto excluye del complemento al personal temporal, de todas formas nos inclinamos por considerar que la cuestión queda más bien reducida a la posible ilegalidad –por contraria a la igualdad o discriminatoria– que pueda significar precisamente el excluir del complemento de antigüedad a los trabajadores interinos. Materia en la que hemos de reiterar criterio ya expuesto en SSTSJ Galicia de 23-enero-01 Demanda 14/00, 16-noviembre-00 R. 2.391/97, 8-noviembre-00 R. 2.104/97, 13-marzo-00 R. 5.520/96, 24-septiembre-99 R. 3.291/99, 30-junio-99 R. 1.936/96, 17-junio-99 R. 2.269/99, 24-marzo-99 R. 797/96, 22-marzo-99 R. 801/96, 13-marzo-90 R. 5.520/96, 8-noviembre-00 R. 2.104/97 y 23-febrero-01 R. 5.016/97. 1.- En primer término ha de destacarse que el diverso tratamiento remuneratorio que es objeto de debate ya había merecido un contundente reproche jurídico en la doctrina del extinguido Tribunal Central de Trabajo, que en sentencias de 24-agosto-83 Ar. 7.298, 23-noviembre-83 Ar. 10.370, 29-agosto-84, 18-octubre-84 Ar. 8.295, 3-febrero-86 Ar. 1.310, 7-mayo-86 Ar. 3.917, 28-julio-86 Ar. 7.190 y 7-septiembre-87 Ar. 20.182 había ya sostenido que el principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución, en norma que reitera para el ámbito de las relaciones de trabajo el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, si bien no fuerza la instauración en todo caso de niveles retributivos idénticos, impide sin embargo que a través de convenios colectivos –incluso no estatutarios– puedan consagrarse diferencias salariales para trabajos idénticos, sin otro fundamento que la temporalidad del vínculo de quienes resulten perjudicados, pues tal causa, por no razonable, supondría discriminación contraria al citado art. 14 y a lo establecido en los Convenios OIT números 111 y 117. Como destaca la doctrina más autorizada, para el extinto TCT era principio jurídico-laboral inamovible el de que constituye una desigualdad de trato irracional e irrazona-

ble la que utiliza como criterio diferenciador para establecer distintas condiciones laborales la naturaleza de personal fijo o no fijo de los trabajadores. 2.- No otra conclusión se impone en el ámbito de la jurisprudencia ordinaria propiamente dicha. La más reciente destaca que cuando el art. 25.1 del Estatuto de los Trabajadores, bajo la rúbrica de "promoción económica", afirma que el trabajador "en función del trabajo desarrollado" podrá tener derecho a aquella promoción en los términos fijados en convenio colectivo o en contrato individual, en manera alguna menciona una clase de contrato laboral por razón de la duración, sino que viene a retribuir la presumible mayor destreza adquirida por la experiencia en el trabajo, y no la constancia o permanencia como fijo al servicio de la misma empresa (SSTS 29-marzo-99 Ar. 3.769, 5-febrero-99 Ar. 1.595, 25-enero-99 Ar. 1.023, 21-diciembre-98 Ar. 1999\446, 15-diciembre-98 Ar. 1999\438, 4-diciembre-98 Ar. 10.196 y 10-noviembre-98 Ar. 9.544). 3.- Es más, consideramos que ese criterio del legislador favorable a la promoción económica sin distinción alguna por razón de la naturaleza –temporal o indefinida– del contrato, que a nuestro parecer es perfectamente deducible del art. 25, se evidencia incluso en el art. 2.2.d) del RD 2.104/84 (21-noviembre), al disponer –se trata de contratos para obra o servicio determinado– que "el trabajador, en función del tiempo trabajado, devengará [no "podrá devengar"] el complemento de antigüedad en los términos fijados en la correspondiente norma, convenio colectivo o contrato individual". Y la utilización de la palabra "devengará", que no la expresión "podrá devengar", hace pensar en el carácter imperativo del cuestionado del plus, limitándose la normación complementaria a determinar su mero importe y forma de abono. 4.- Asimismo ha de destacarse que aunque desde la Ley 11/1994 se haya remitido a la autonomía colectiva y a la individual la regulación de la estructura del salario, ello siempre ha de tener lugar dentro del debido respeto a la Ley y a la Constitución, debiendo tenerse en cuenta –a tales efectos– que el canon de la interpretación conforme a la Constitución orienta asimismo en la dirección de no limitar en principio a determinados colectivos de trabajadores los conceptos retributivos que tienen su origen en el trabajo desarrollado (STS 10-noviembre-98 Ar. 9.544). Aparte de que –no cabe olvidarlo– las normas del Estatuto de los Trabajadores, como disposición que recoge el mandato del art. 35 de la Constitución, actúan legalmente como límite mínimo de esa posible

regulación colectiva o individual (STS 4-diciembre-98 Ar. 10.196). Y de todas formas, si alguna duda hubiese al respecto, la misma siempre debiera dilucidarse –lo recordábamos más arriba– conforme a los criterios hermenéuticos que resultasen más acordes a la Constitución y a la plenitud de los derechos fundamentales, entre ellos la igualdad, canon de interpretación que orientaría en la dirección de no limitar a los trabajadores fijos los conceptos retributivos que tienen su origen en el tiempo de trabajo desarrollado (STS 10-noviembre-98 Ar. 9.544). TERCERO.- 1.- Sobre el alcance general del principio de igualdad, en abstracto, el intérprete máximo de la Constitución le atribuye los siguientes rasgos esenciales (SSTS 76/1990; y 177/1993, de 31-mayo): (a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; (b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; (c) por último, el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. 2.- Para la misma doctrina jurisprudencial, la desigualdad con relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de una “justificación objetiva y razonable” entre situaciones que puede considerarse iguales (SSTS 11-noviembre-86 Ar. 6.322 y 28-septiembre-93 Ar. 7.085); y para que la diferenciación sea constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que además es indispensable que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (SSTS 19-junio-2000 Ar. 5.117 y 22-enero-1996 Ar. 479). 3.- Pero ciertamente ha de admitirse que tratándose más en concreto de materia salarial, tal como recuerda la

STS de 19-junio-00 Ar. 5.117, el Tribunal Constitucional ha establecido en la STC 2/1998 (12-enero-98) una importante diferencia entre los casos en los que la desigualdad retributiva se produce en el ámbito de las relaciones entre particulares, y aquellos otros en los que el empresario o empleador es la Administración Pública, siempre y cuando la diferencia salarial cuestionada no tenga un significado discriminatorio, por incidir, entre otras, en alguna de las causas prohibidas por la Constitución. En este sentido, la STC 34/1984 (9-marzo) declaró que el art. 14 de la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. Y también se ha declarado, que el Convenio Colectivo, aunque ha de respetar ciertamente las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el Convenio Colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988, de 10-octubre; 108/89, de 8-junio; 171/1989, de 19-octubre; 28/1992, de 9-marzo; 2/1998, de 12-enero, entre otras). 4.- Precisamente haciendo esa matización, la STC 177/1993 (31-mayo) afirma que “una interpretación de la cláusula convencional, no sólo a la luz escueta del principio de igualdad sino también desde la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de individuos y grupos, para conseguir así la justicia (SSTC 123/1992 y 98/1993), hace caer por su base la referencia formal a la autonomía colectiva” [como justificación de la diferencia pactada colectivamente]; porque “se pondera que el convenio colectivo, aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y efica-

cia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación”, frente a las “actuaciones singulares de los empresarios privados que corresponden al marco de la autonomía privada [artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores] y no están vinculadas al cumplimiento del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución” (así, STS 17-mayo-00 Ar. 5.513; recordando las SSTS 13-mayo-91 Ar. 3.909, 22-mayo-91 Ar. 6.826, 27-noviembre-91 Ar. 8.420, 14-octubre-93 Ar. 8.051 y 7-julio-95 Ar. 5.483). 5.- Aún con mayor claridad, la STS de 17-mayo-00 Ar. 5.513 recuerda que para las SSTS 17-octubre-90 Ar. 7.929 y 23-septiembre-93 Ar. 7.032 “el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado” y “esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 (RTC 1984\34), la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación”. Ello es así porque, según la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el principio de autonomía de la voluntad deja “un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales”, salvo cuando “la diferencia de trato en materia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o por el Estatuto de los Trabajadores”.

Para esa misma STS 15-mayo-00, lo anteriormente indicado “diferencia claramente el ámbito del principio de igualdad y el de la prohibición discriminatoria, pues mientras que el primero se vincula a la Ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos (STC 161/1991), el segundo extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas relaciones privadas. Por ello, tanto la doctrina

constitucional (SSTC 52/1987, 136/1987 y 177/1993, entre otras), como la de esta Sala (SSTS 13-mayo-91 Ar. 3.909, 22-mayo-91 Ar. 6.826, 27-noviembre-91 Ar. 8.420, 14-octubre-93 Ar. 8.051, 7-julio-95 Ar. 5.483, entre otras) consideran que es contrario al principio de igualdad el trato diferente no justificado establecido por un convenio colectivo para los trabajadores temporales. Precisamente –se insiste– en función de la naturaleza pública que el Convenio Colectivo llega a adquirir por su eficacia vinculante y valor de norma, frente a las actuaciones singulares de los empresarios situadas en el marco de la autonomía privada. 6.- La doctrina se reitera en la STS de 3-octubre-00, referida ya a diferencias salariales por razón de fecha de ingreso en la Empresa, que recuerda –aparte de las citadas– el precedente que significan las sentencias del mismo Alto Tribunal fechadas en 16-febrero-87, 31-julio-91, 27-noviembre-91, 28-enero-93, 28-septiembre-93, 11-octubre-94, 22-enero-96, 22-julio-97, 18-diciembre-97, 2-octubre-98 y 6-julio-00, destacando –se trataba de norma establecida en Convenio Colectivo– que “establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente... cual es la fecha de contratación rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores quiebra en principio de igualdad, sino existe una justificación suficiente que dé razón de esta desigualdad [...] la doble tabla retributiva, que es fruto de un pacto colectivo no de un acuerdo privado o de una decisión aisladamente considerada, conculca el constitucional principio de igualdad, al no ofrecer ninguna justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La única que se explicita, no [les] atinente a la intensidad, naturaleza, duración u otros particulares atinentes a la actividad laboral a desarrollar, sino exclusivamente al momento de la incorporación de los trabajadores como fijos. Se rompe así, como para caso análogo señaló nuestra sentencia de 22 de enero de 1996, el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, que resultan desfavorecidos con relación a sus compañeros más antiguos, por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es el de la fecha de contratación”.

Decisión esta última –STS 22-enero-96 Ar. 118– que invoca precedentes de 22-mayo-91 Ar. 6.826, 11-octubre-94 Ar. 7.764 y 15-julio-95 Ar. 6.261) y cita doctrina constitucional (SSTC 177/1993, de 31-mayo; 36/1987, de 22-julio), afirmando que “si no es discriminatorio

contratar, además de a personal fijo, a otro, de acuerdo con las posibilidades que admite la legislación vigente, con carácter temporal, si lo es, en igualdad de condiciones de trabajo, aplicar a este personal privado de estabilidad de empleo, por esta sola causa, salvo en lo que afecta a la temporalidad, un régimen jurídico y económico diferenciado, pues el principio de igualdad ante la Ley, con expresión tomada del artículo 14 del Convenio 117 de la OIT, determina que las tasas salariales deben fijarse de acuerdo con el principio de salario igual por un trabajo de igual valor en la misma operación y en la misma empresa”.

CUARTO.- Si lo anteriormente argumentado se traduce en la estimación del recurso y de la demanda, ésta –sin embargo– ha de rechazarse en lo que se refiere a la satisfacción de intereses por mora. Y se impone desestimar el interés de demora, porque para que el mismo proceda es preciso que las cantidades reclamadas cumplan los requisitos impuestos por el art. 29.3 ET y que resulten exigibles, vencidas y líquidas, sin que conste retraso en el cobro que pueda imputarse al trabajador o discrepancia razonable en su importe que justifique el litigio, determinantes una y otra de que no opere el recargo (SSTS de 7-junio-1984 Ar. 3.302, 21-diciembre-1984 Ar. 6.483, 14-octubre-1985 Ar. 4.713, 28-septiembre-1989 Ar. 6.541, 28-octubre-92 Ar. 7.850, 15-diciembre-92 Ar. 10.235, 9-diciembre-1994 Ar. 9.960 y 14-febrero-1995 Ar. 1.524; STSJ Galicia 16-febrero-96 R. 463/94, 4-noviembre-99 R. 4.201/96 y 26-octubre-00 R. 4.397/00). Y en este caso concreto, la razonabilidad del impago viene determinada por tratarse en autos de cuestión jurídica –abono de trienios al personal temporal– ciertamente controvertida en todos los ámbitos jurisdiccionales. Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por la representación de los actores, revocamos la sentencia que con fecha 27-junio-1997 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº tres de los de Vigo, y acogiendo la demanda declaramos el derecho de los accionantes a que se les retribuya el complemento de antigüedad en la cuantía legalmente establecida, y más en concreto a que por tal concepto se les abone: (a).- Por el periodo 1-febrero-96 a 31-enero-97: 55.058 pesetas a doña M.C.F.M., doña M.P.F., don G.P.G., doña E.P.G., doña M.C.R.S., doña R.R.B., doña C.R.P. y doña M.C.S.R. (b).- Por el

lapso 1-febrero-96 a 31-enero-97: 27.529 pesetas a doña B.B.P. y doña A.M.J.P. (c).- Por el periodo 1-noviembre-96 a 28-febrero-97: 19.660 ptas. a doña A.M.A.M. y doña A.M.P.C. (d).- Por el tiempo 1-junio-96 a 28-febrero-97: 43.252 pesetas a doña M.T.I.R. Y condenamos a la demandada CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN (XUNTA DE GALICIA), a estar y pasar por la presente declaración, y al abono de las referidas cantidades, absolviéndole de la pretensión sobre recargo por mora.

3171 Recurso nº 1.246/2001

S.S. ASISTENCIA Ó XÚÍZO DE LETRADO E IGUALDADE DAS PARTES NO PROCESO. DESPEDIMENTO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL E ABUSO DE CONFIANZA, DERIVADO DA NEGLIGENCEA NO DESENVOLVEMENTO DO TRABALLO.

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

A Coruña, a seis de abril de dos mil uno.

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. 1.246/2001 interpuesto por don A.G.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.G.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “U.F.M., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 837/2000 sentencia con fecha veintiocho de diciembre del 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 prestó servicios para la demandada desde el 1 de julio de 1998, con la categoría profesional 4ª Adminis-

trativa y percibiendo un salario mensual prorrateado de 440.000 pts./ Segundo.- Con fechas 29 de septiembre pasado recibe carta de despido, previo expediente disciplinario al efecto, con base a los hechos que en la misma se recogen y que se dan por reproducidos./ Tercero.- La normativa de la empresa referente a los cobros, unida a los autos, establece que los fondos recaudados en las Oficinas Comerciales se ingresarán en su totalidad en el mismo día en que se hayan obtenido en las entidades bancarias establecidas al efecto. Cuando no pueda hacerse en dicho día se hará a primera hora del día siguiente o utilizando el cajero nocturno. Las operaciones de cobro exigen por parte del personal cobrador la redacción del correspondiente recibo de cobro que se entrega al pagador una vez abonado, quedando incluida la operación de forma automática en el ordenador. Al finalizar la jornada se elabora un listado de recibos con las cantidades recaudadas que se ingresan en la entidad bancaria a través de los resguardos de entrega en efectivos denominados "boletas" por los trabajadores./Cuarto.- No obstante, y con la finalidad de facilitar el trabajo a las Agencias de Administradores de fincas se viene realizando la operación de cobro con una variante, que es que dichas agencias acuden a liquidar bloques de recibos importantes en numero y cantidad, por lo que los dejan al cobrador, el cual efectúa el listado de facturas y el importe de total a abonar por la agencia, dándolo por cobrador momentáneamente, puesto que al final de la mañana o al día siguiente la agencia facilita bien dinero en efectivo bien cheques para cubrir la cantidad señalada. En el supuesto de que por parte de la agencia no se cubra la cantidad citada, se da de baja el importe correspondiente./Quinto.- En los días señalados, 23, 26, 27, 28 y 29 de junio, el actor no procedió a ingresar las cantidades de 226.070 pts, 163.200 pts, 129.915 pts 141.110 pts y 236.640 pts, respectivamente, correspondientes a recibos contabilizados por él como cobrados en los citados días, y tampoco lo hizo en los días 6, 10, 13 y 26 de julio por importantes de 103.408 pts, 165.090 pts, 175.110 pts y 644.490 pts./Sexto.- El trabajador encargado de la revisión contable, don J.L.M.G. estuvo ausente por motivos familiares hasta el 27 de julio. En dicha fecha comprueba la falta de los justificantes de ingreso o boletas del actor correspondientes a los días 23 y 26 de junio, por lo que revisó las liquidaciones desde el 23 de junio comprobando la falta de las señaladas en el hecho quinto de la presente resolución. Puso en conocimiento de su jefe

inmediato superior este hecho el mismo día 27, comprobándose que los ingresos correspondientes al mes de junio fueron repuestos el día 21 de julio por el actor mediante sendos talones contra su cuenta corriente. Posteriormente se comprobó que las cantidades restantes también fueron repuestas el día 31 de julio por el mismo medio./ Séptimo.- El actor está siendo tratado al menos desde el 3 de mayo de 2000 por trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de alcohol con consumo actual de sustancia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don A.G.G. declaro la procedencia de despido acordado por la demandada "U.F.M., S.L." convalidando la extinción del contrato acordado por la empresa en su día".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia que desestimando la demanda formulada por A.G.G. declaró la procedencia del despido acordado por la demandada "U.F.M., S.L.", convalidando la extinción del contrato acordada por la empresa en su día, se alza en suplicación el demandante articulando su recurso en base a cinco motivos de los cuales, los dos primeros, con amparo procesal en el artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, van dirigidos a que se repongan los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión; el tercero, con apoyo en el artículo 191.b), pretende la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia, concretamente el primero, quinto, sexto y séptimo de la citada resolución y el cuarto y quinto, con amparo en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, tienen por objeto el examen de las infracciones de normas jurídicas y de la Jurisprudencia.

SEGUNDO. En el primero de los motivos de su recurso, la parte actora pretende que se declare la nulidad de lo actuado a fin de que se repongan los autos al estado que mantenían en el momento de haberse infringi-

do normas o garantías do procedimientto que hayan producido indefensión, denunciando la infracción del artículo 21.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, arguyendo que se produjo infracción procesal constitutiva de indefensión pues, la empresa demandada, no comunicó al Juzgado en el plazo de los dos días siguientes a la citación para juicio, ni en ningún otro momento, su propósito de comparecer asistida de Letrado.

Al efecto no está de más recordar que el artículo 21.3 de la Ley Adjetiva Laboral, después de la reforma operada en el referido precepto por consecuencia de lo establecido en la Disposición Adicional quinta de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE de 12 de enero), determina que: “Si en cualquier otra actuación, diversa al acto del juicio, cualquiera de las partes pretendiese actuar asistido de Letrado, el Juez o Tribunal adoptará las medidas oportunas para garantizar la igualdad de las partes”, en tanto que el propio párrafo 3º del artículo 21 de la meritada Ley, antes de dicha reforma, venía estableciendo que “Si el demandante pretendiese comparecer en el juicio asistido de abogado o representado por procurador o graduado social colegiado, lo hará constar en la demanda. Asimismo, el demandado pondrá esta circunstancia en conocimiento del Juzgado o Tribunal por escrito, dentro de los dos días siguientes al de su citación para el juicio, con objeto de que, trasladada tal intención al actor, pueda éste estar representado por procurador o graduado social colegiado, designar abogado en otro plazo igual o solicitar su designación a través del turno de oficio. La falta de cumplimiento de estos requisitos supone la renuncia de la parte al derecho de valerse en el acto del juicio de abogado, procurador o graduado social colegiado”, siendo así que dada la fecha de interposición de la demanda, 6 de noviembre del 2000, esto es, con posterioridad a la reforma del precepto, la invocación del párrafo 3º del mismo no concuerda con los argumentos vertidos por el demandante en el motivo primero de su recurso, pues tales alegatos van encaminados a poner de manifiesto que no se produjo la comunicación al Órgano Jurisdiccional de que la empresa tenía la intención de comparecer en juicio asistida de Letrado, y ello no guarda relación con lo previsto en el citado párrafo del precepto que hace referencia a “cualquier otra actuación diversa al acto del juicio”, pero, en cualquier caso, es lo cierto que lo establecido en el antiguo párrafo 3 y actual 2 del meritado

artículo 21 de la Ley de Procedimiento Laboral, dada su redacción literal, persigue la finalidad de evitar situaciones de indefensión que podrían producirse si, una vez que la parte actora hubiese manifestado su intención de acudir a juicio sin asistencia de Letrado, o lo que es lo mismo, no tuviese el propósito de acudir a juicio con tal asistencia y en consecuencia, no hubiese hecho comunicación alguna al Juzgado en el sentido de que iba a hacer uso de los servicios de abogado (o procurador o graduado social), la demandada sí tuviese intención de comparecer con asistencia técnica y no lo pusiese en conocimiento del Juzgado, porque entonces, impediría al Órgano Jurisdiccional trasladar tal intención a la parte actora que acudiría sin asistencia al juicio ignorando que su oponente sí contaba con la asesoría de tales profesionales, en cuyo caso sería de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del 21.2 (antes 21.3) de la Ley de Procedimiento Laboral, lo que comporta una situación asaz diferente a la del caso que nos ocupa en el que, una vez que la parte actora ya señaló en su demanda que iba a comparecer asistida de Letrado, como refleja el primer otoso del escrito rector del proceso, no puede afirmarse concurrente una situación de indefensión por el hecho de que la demandada hubiese acudido al acto del juicio asistida de letrado sin haber efectuado la comunicación al Juzgado en tal sentido, pues, como ya establece el Juzgador de instancia, no se evidencia que alguna de las partes se encuentre en inferioridad procesal generadora de indefensión al contar ambas con la pertinente asistencia letrada habiendo hecho uso de los medios de defensa que, admitidos por el Juzgador, a bien tuvieron ejercitar en defensa de sus intereses y derechos; en consecuencia, ha de desestimarse el motivo primero del recurso articulado por el demandante.

TERCERO. Con el mismo amparo procesal, esto es el artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la parte actora la infracción del artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, invocando la omisión en el relato de hechos probados de los que se consideran necesarios para fundamentar la conclusión a que llega la sentencia recurrida, argumentando, en síntesis, que hubo omisión en relato de hechos probados por la sentencia, de una circunstancia necesaria para determinar si hubo o no retraso y cuanto por parte del recurrente en su obligación de ingresar diligentemente en la cuenta bancaria de su empresa el dinero que recibía de los clientes,

es decir, las fechas en que recibió esas cantidades de dinero.

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”, , de manera que habiendo hecho uso el Juzgador de las facultades que le confiere el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que es, precisamente, el invocado por el recurrente, no puede prosperar la tesis de este relativa a la concurrencia de omisiones de tal relevancia y trascendencia que justificasen la adopción de la medida de nulidad de actuaciones que postula el demandante, sin que pueda olvidarse que no deviene admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del juzgador, sin perjuicio de que, como acaece en el presente recurso, el litigante que considere procedente la modificación del relato histórico de la sentencia de instancia, por entender concurrente error en la apreciación de la prueba practicada por parte del Juzgador de instancia, articule los motivos de revisión que a bien tenga, sin perjuicio, obviamente, de la respuesta que a tales pretensiones haya de dar el Tribunal en su caso; en consecuencia, no ha de tener éxito el motivo segundo del recurso formulado por la parte demandante.

CUARTO. Al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, con objeto de revisar los hechos declarados probados, interesa, en primer lugar, el recurrente que se modifique el primero de los hechos probados de la sentencia de instancia, a fin de que el referido ordinal se redacte de

la forma siguiente: “El actor prestó servicios en la demandada con antigüedad de uno de julio de mil novecientos sesenta y ocho, con la categoría profesional cuarta administrativa y percibiendo un salario mensual prorrateado de 440.000 pesetas”, invocando, en pro de sus pretensiones revisorias la documental de los folios 501, 502 y 503 de autos, donde se plasman, respectivamente, el documento, de fecha 27.01.00, en que el actor y la empresa pactan el pase de aquel de “U.F.D., S.A.” a “U.F.M., S.A.”, en cuya cláusula quinta se establece que “la antigüedad se computará a partir de la iniciación de la relación laboral entre el trabajador y “U.F.D., S.A.” operando tanto respecto de “U.F.D., S.A.” como de “U.F.M., S.A.”, así como las nóminas correspondientes al mes de junio de 2000, en cuyo apartado relativo a “antigüedad” se hace referencia a “01.07.68”. A tenor de la referida documental procede acceder a la modificación del ordinal primero que habrá de quedar redactado de la forma “ut supra” reflejada.

QUINTO. Asimismo, dentro del ámbito de la revisión del relato histórico, auspicia el demandante, como apartado b) del motivo tercero de su recurso, la modificación del hecho probado quinto a fin de que se establezca que: “el actor contabilizó como cobrados, en el sistema informático, los recibos aportados por Agencias y otros clientes los días 23, 26, 27, 28 y 29 de junio, por importe respectivo de 226.070 pesetas, 163.200 pesetas, 129.915 pesetas, 141.110 pesetas y 236.640 pesetas, procediendo a ingresar las citadas cantidades en la cuenta de “F.” en el “B.P.” el 21 de julio siguiente, mediante cinco cheques nominativos contra una cuenta del Banco de Badajoz. Igualmente contabilizó en el sistema informático los recibos aportados los días 6, 10, 13 y 26 de julio de 2000 por medio de cheques nominativos contra cuenta del “B.M.” y la última cantidad también el 31 de julio mediante dos cheques nominativos contra cuenta del “B.B.”. No consta ni las fechas en que las agencias entregaron realmente el dinero o los cheques al actor ni la titularidad de las cuentas que aparecen en los cheques del “B.B.” y del “B.M.”, siendo su tesis argumental, en esencia, la de que el retraso del actor en ingresar el dinero en la cuenta de “F.” se debe medir desde el momento en que los clientes entregan el dinero o cheque hasta aquel en que es ingresado por el actor en la cuenta del “B.P.” “F.”, añadiendo que para ello es necesario conocer la fecha “a quo”, invocando, en pro de sus intereses revisorios, el contenido de los

folios 26, 27, 28, y 29 de autos, en donde se recogen las fotocopias de diez talones bancarios, siete de ellos de la "C.B." en los que consta el sello del "B.P." con la leyenda "compensado" y la fecha 21.07.00 y tres del "B.M." con el mismo sello y fecha 31.07.00; folios 162, 197, 231, 270, 318, 356, 391 y 462 de autos, en los que se contienen sendos documentos relativos a "liquidación de caja del día, detalle de operaciones de caja", en referencia a los días respectivos, 23.06.00, 26.06.00, 27.06.00, 29.06.00, 06.07.00 y 26.07.00, y folios 391 y 462, en los que se plasman "envíos de remesa de fondos" de los días 10.07.00 y 13.07.00; folios 16 y 18, en donde se reseñan, respectivamente, las declaraciones rendidas por J.B.N. y el propio actor en el expediente disciplinario incoado por la empresa con motivo de los hechos a que se contrae el presente litigio; folio 462, en donde se contiene parte del detalle de operaciones de caja, liquidación de la caja del día 26.07.00, pretendiendo demostrar que los cobros de las cantidades allí reflejadas sólo podían deberse a la suma de las cantidades de bloques de recibos que aportan las agencias; folio 104, 105 y 106, detalle de operaciones de caja, liquidación de caja del día 29.06.00, en el que hay unas anotaciones a lápiz en que se acotan varias de las cantidades allí reflejadas y se hace mención, en tales anotaciones, a "S.R." y "C."; folio 119, detalle de operaciones de caja, liquidación de caja del día, con anotación a pluma de la mención a "agencia Alba", en relación con tres de las cantidades allí expresadas; folios 133 y 142, liquidación oficina comercial, informe del día 13.07.00, en donde se hace referencia a determinadas cantidades bajo el epígrafe "importe cobrado"; folio 142, liquidación caja del día, detalle de operaciones de caja, con anotación a lápiz de "AG" "C."; folios 517 y 519, donde se recoge informe del Comité de Empresa en el que están incorporados escritos de "L.S., S.L.", administración de fincas y "C.S. y otro S.C.", administración de fincas, en que expresan su agradecimiento a los empleados de "F.", haciendo mención, la empresa "C.S.", a la inestimable colaboración del actor facilitándoles el abono de los recibos que gestionan, sin hacer concreta cita de fechas ni recibos.

No ha de prosperar la pretensión revisoria a que se contrae el apartado b) del motivo tercero del recurso pues, algunos de los folios invocados como apoyo de su tesis revisoria por el demandante contienen en realidad prueba testifical documentada, que deviene inhábil a tales efectos, así el contenido de los

folios 16, 18, 517 y 519 de los citados anteriormente, en tanto que la documental restante no pone de manifiesto la existencia de error del Juez de instancia en la valoración de los elementos de prueba llevados a cabo en autos, habiendo hecho uso de las facultades que le confiere el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no gozando el litigante de la prerrogativa de sustituir por su propio e interesado criterio el objetivo e imparcial del Juzgador "a quo", no pudiendo olvidarse que en el ordinal sexto de la resolución de instancia ya se hace referencia a que los ingresos correspondientes al mes de junio fueron repuestos el día 21 de julio por el actor mediante sendos talones contra su cuenta corriente y también fueron repuestas el día 31 de julio por el mismo medio las cantidades restantes, sin que se revele como procedimiento ortodoxo incluir en el motivo dedicado a la revisión de los hechos probados, la crítica de la fundamentación jurídica de la sentencia combatida, siendo así que el recurrente efectúa en el seno del propio párrafo b) del motivo tercero una serie de disquisiciones y alegatos en relación con lo aseverado por el Juez de instancia en el fundamento de Derecho tercero, tildando el recurrente de "rumores sin fundamento" lo que no es sino la consecuencia que extrae el Juez del análisis ponderado del material probatorio de autos y sin que, por último, sea dado extraer de la documental que invoca el recurrente, sin necesidad de hipótesis ni conjeturas sean estas más o menos razonables, las consecuencias que pretende plasmar en el meritado hecho probado quinto del relato histórico de la resolución; en consecuencia, ha de permanecer inalterado el referido ordinal quinto donde se establece que: "En los días señalados, 23, 26, 27, 28 y 29 de Junio, el actor no procedió a ingresar las cantidades de 226.070 pesetas, 163.200 pesetas, 129.915 pesetas, 141.110 pesetas y 236.640 pesetas, respectivamente, correspondientes a recibos contabilizados por él como cobrados en los citados días y tampoco lo hizo en los días 6, 10, 13, y 26 de julio por importes de 103.408 pesetas, 165.090 pesetas, 175.110 pesetas y 644.490 pesetas".

SEXTO. En el apartado c) del motivo tercero, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita la modificación del hecho probado sexto del relato histórico de la sentencia de instancia para que se diga que: "El trabajador encargado de la revisión contable. Don L.M.G., estuvo ausente por motivos familiares

hasta el 27 de julio. En dicha fecha comprueba la falta de los justificantes de ingreso del actor correspondientes a los días 6, 10, 13 y 26 de julio, lo que puso en conocimiento de su jefe inmediato, comprobándose que los correspondientes al mes de junio fueron ingresados el 21 de julio y los del mes de julio al 31 de este último mes"; invoca los folios 26 y 27 de autos, donde se contienen las ya citadas fotocopias de los talones bancarios antes referidos y en relación con el segundo párrafo del texto original del ordinal sexto asevera, sin invocar documento o pericial alguna, que la frase "los ingresos fueron repuestos" carece de apoyo probatorio o indicio alguno y no se cita en la carta de despido, siendo así que ha de desestimarse la revisión pretendida pues, por más que la documental invocada en modo alguno contradice lo aseverado por el Juez en el ordinal aquí combatido, sin que el hecho de que el encargado de la revisión contable se hubiese incorporado al trabajo el día 27 de junio fuese óbice para que pudiera apreciar que hasta el día 21 no habían sido regularizados los ingresos del mes anterior, esto es, el mes de junio de 2000, sin olvidar que la carta de despido, en contra de lo aseverado por el recurrente, sí hace mención a que los días antes señalados de los meses de junio y julio el actor no realizó los correspondientes ingresos bancarios de las cantidades cobradas en las referidas fechas y que las cantidades no ingresadas ascendieron a un total de 1.985.093 pesetas, detallándolas por fechas y cantidades respectivas, no puede apoyarse la revisión fáctica en la manifestación de que no obra en autos prueba o indicio alguno que corrobore lo aseverado por el Juez, habida cuenta de que ello constituye lo que la doctrina y la Jurisprudencia califican como "obstrucción negativa", que carece de eficacia revisoria a los efectos del tan repetido precepto, sin que quepa soslayar, por último, que del examen del conjunto de la prueba practicada no se extrae de forma clara, patente e incuestionable, el error del juzgador, salvo que se acuda a las conjeturas, hipótesis o razonamientos efectuados por el recurrente y por tanto, a esta Sala le está vedado sustituir el criterio judicial por el del recurrente, como éste pretende; en consecuencia, ha de permanecer inalterado el hecho probado sexto en el que se establece que: "El trabajador encargado de la revisión contable, J.L.M.G., estuvo ausente por motivos familiares hasta el 27 de julio. En dicha fecha comprueba la falta de los justificantes de ingreso o boletas del actor correspondientes a los días 23 y 26 de junio, por lo que revisó las

liquidaciones desde el 23 de junio comprobando la falta de las señaladas en el hecho quinto de la presente resolución. Puso en conocimiento de su jefe inmediato superior este hecho el mismo día 27, comprobándose que los ingresos correspondientes al mes de junio fueron repuestos el día 21 de julio por el actor mediante sendos talones contra su cuenta corriente. Posteriormente se comprobó que las cantidades restantes también fueron repuestas el día 31 de julio por el mismo medio".

SÉPTIMO. Interesa el recurrente, por último, en sede de revisión fáctica que se modifique el hecho probado séptimo de la resolución de instancia a fin de que se recoja de la siguiente forma: "El actor está siendo tratado, al menos desde 3 de mayo de 2000, por trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de alcohol, provocado por problemas familiares, como el deterioro cognitivo y orgánico de su madre por la enfermedad de Alzheimer (folio 20) lo que produjo trastorno adaptativo, reacción depresiva prolongada (folio 505). El tratamiento de esta patología precisa la utilización de psicofármacos que por sí mismos inducen también alteraciones hemopsiquiátricas. Así, dentro de los efectos secundarios se reseñan entre otros: sedación, somnolencia, confusión, incoordinación motora, pérdida de memoria, astenia, trastornos del sueño, apatía, fatiga, euforia, depresión. En el motivo de examen del derecho aplicado se explicará la transcendencia en el fallo de la mencionada modificación".

Con independencia de la irregularidad que supone que los folios en los que se plasma la prueba en que pretende apoyar la revisión así como la alusión a los razonamientos que en sede jurídica ofreciese la parte en relación con la transcendencia de la modificación, formen parte del texto alternativo que propone la parte recurrente, no es menos cierto que, en esencia, la redacción original del ordinal séptimo de la resolución de instancia ya recoge que el actor esta sometido a tratamiento por trastornos mentales desde el 03.05.00 siendo así que el documento del folio 20, copia del informe médico privado, emitido por el Dr. D.C. en fecha 30.06.00, invocado por el recurrente ya fue tenido en cuenta por el Juzgador de instancia que plasmó en el ordinal combatido el juicio clínico de tal informe y el documento del folio 505, informe psiquiátrico dimanante del ámbito de la medicina privada, de fecha 07.08.00, no contradice, en su diagnóstico, el antes meritado, no demostrándose,

por ende, error del Juzgador “a quo” en la valoración e interpretación de los elementos de prueba de autos que justificase la modificación - mas bien, adición - pretendida, por lo que, en consecuencia, ha de mantenerse inalterado el ordinal séptimo en el que se establece que: “El actor está siendo tratado al menos desde el 3 de mayo de 2000 por trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de alcohol con consumo actual de sustancia”.

OCTAVO. Al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, con objeto de examinar las infracciones de normas jurídicas o de la Jurisprudencia, el recurrente destina el motivo cuarto a denunciar la infracción del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, aseverando que “la conducta del recurrente no ha incurrido en incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones laborales justificativo de la máxima sanción en el orden laboral que es el despido” y articula el motivo quinto a efectos de denunciar la infracción del artículo 54.2.f) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 54.1 de la misma norma legal, haciendo referencia al criterio gradualista en la imposición de la sanción así como a la trascendencia e influencia de sus problemas con el alcohol y la depresión que le origina la grave enfermedad y deterioro de su madre, concluyendo en que “el posible descuido o negligencia en llevar al día los cobros fue subsanado rápidamente y sin perjuicio para la empresa”.

Han de desestimarse ambos motivos de censura jurídica y es que, debe tenerse en cuenta, por lo que atañe a la pretendida infracción del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, a que se contrae el motivo cuarto, que como se colige de inveterada doctrina, de ociosa cita, la buena fe, deviene consustancial al contrato de trabajo, en cuanto pues el carácter sinalagmático del mismo descansa en la fidelidad que debe presidir la relación laboral entre empresario y trabajador y la Jurisprudencia - Sentencias del Tribunal Supremo 26 de mayo y 9 de diciembre de 1986, entre otras - configura la buena fe y el abuso de confianza como causa de despido argumentando, en esencia, que consiste en usar con exceso el empleado de la confianza que ha recibido de la empresa en razón del cargo que desempeñaba, rebasando los límites del mismo, siendo así que, en el supuesto fáctico que nos ocupa, aún admitiendo, como reseña el ordinal cuarto de los hechos probados de la sentencia de ins-

tancia y el fundamento jurídico tercero de la misma resolución, que existiese cierta flexibilidad en la gestión de cobro que la oficina comercial lleva a cabo con las agencias de administraciones de fincas, como una suerte de situación excepcional a la norma general de la empresa referente a los cobros de recibos a la que se hace mención en el inalterado, por incombato, ordinal tercero de la sentencia de instancia, según resulta de las “normas de cobro” plasmadas en el folio 33 de autos, exigiéndose, a tenor de éstas, que los fondos recaudados en tales oficinas comerciales se ingresen en su totalidad, en el mismo día en que se hayan obtenido, en las entidades bancarias establecidas al efecto de manera que el personal cobrador ha de confeccionar el correspondiente recibo de cobro que se entregue al pagador una vez abonado quedando reflejada la operación en el ordenador y elaborándose al finalizar la jornada un listado de recibos con las cantidades recaudadas que se ingresan en la entidad bancaria a través de las denominadas “boletas”, no es menos cierto que la flexibilidad no podría abarcar un período de tiempo como el transcurrido en el caso presente, debiendo el trabajador dar de baja el importe correspondiente si no se hubiese procedido por el usuario del servicio al abono de la cantidad de que, en su caso, se tratase, por más que la literalidad del ordinal quinto y lo establecido en los fundamentos jurídicos tercero y quinto de la resolución de instancia son determinantes del grave y culpable incumplimiento por parte del actor al evidenciarse que el actor no ingresó oportunamente las cantidades a que se refiere la carta de despido, en la cuenta bancaria de la demandada, como era su obligación, reponiendo las mismas con posterioridad, disponiendo de tales fondos irregularmente y sin autorización para ello, derivándose de todo ello, la concurrencia de una conducta susceptible de ser calificada de grave y culpable e incardinable en el ámbito del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores a que se contrae la carta de despido remitida en su día a aquel por la empresa ahora demandada, y en lo que atañe a la pretendida infracción del artículo 54.2.f) del Estatuto de los Trabajadores a que se refiere el motivo quinto del recurso, por mas que ni en la carta de despido ni en la sentencia de instancia se hace mención de tal causa como base del despido llevado a cabo en el caso presente, aunque, obiter dicta, el Juez de instancia estableciese que la invocación del alcoholismo por parte del actor como atenuante de su conducta incluso podría ser causa de despido, no es menos cierto que

no se colige de lo actuado que la situación psíquica del actor, sometido tratamiento desde poco tiempo antes de los hechos, por causa de la ingesta de alcohol, fuese de tal relevancia que justificando, de algún modo, su comportamiento en relación con los hechos antes relatados, pudiese servir de base para la emisión de una resolución acorde con lo solicitado en el suplico del recurso.

NOVENO. En consonancia con lo hasta ahora expuesto, procede la desestimación del recurso de suplicación formulado por A.G.G. y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por A.G.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad, de fecha 28 de diciembre de 2000, en autos nº 837/00, sobre despido, instados por el antes referido frente a la empresa "U.F.M., S.L.", confirmamos dicha resolución de instancia.

3172 Recurso nº 240/2001

S.S. ILEXITIMACIÓN DAS ORGANIZACIÓNS SINDICAIS PARA A DEFENSA EN XUÍZO DOS INTERESES ECONÓMICOS E SOCIAIS QUE LLES SON PROPIOS. NON ATINXE A TUTELA XUDICIAL DOS DEREITOS SUBXECTIVOS INDIVIDUAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Outeiriño Fuente

A Coruña, a diecisiete de abril de dos mil uno.

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. 240/2001 interpuesto por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por CIG en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado AUTORIDAD PORTUARIA DE A CORUÑA, SINDICATO CC.OO., SINDICATO DE UGT, E.T.B., A.F.R., M.T.D.V. y M.B.B.V., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 670/99 sentencia con fecha 17 de noviembre de 2000 por el Juzgado de referencia que estima excepción de falta de legitimación activa la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- La Autoridad Portuaria, por Acuerdo de 05.02.98, el cual se tiene por reproducido en su integridad, establece lo siguiente: "Por todo ello ambas partes ACUERDAN que por parte de la Autoridad Portuaria de A Coruña se proceda a transformar en contratos para el fomento de la contratación indefinida de los previstos en la Disposición Adicional primera del RDL 8/97, de 16 de mayo los actuales contratos por obra o servicio determinado de los siguientes trabajadores: B.B.V., T.D.V., A.F.R. y don E.T.B.- 2º) Los trabajadores referenciados y hoy codemandados ostentaban la siguiente antigüedad en la empresa Autoridad Portuaria: el Sr. T.B. desde el 30.06.78, el Sr. F.R., desde el 01.06.90, la Sra. B.V., desde el 01.08.92 y la Sra. D.V., desde el 01.08.92.- 3º) La Autoridad Portuaria comunicó al Comité de Empresa la conversión en indefinidos de los contratos temporales de los codemandados por escrito de 10.02.98, efectuándose reunión extraordinaria el 11.02.98 extendiéndose acta de misma fecha la cual se reproduce en su integridad.- 4º) presentada denuncia a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, se emitió informe el 07.05.98 en el sentido siguiente: "Si bien la forma de contratación con el carácter de indefinido de los trabajadores indicados en su denuncia -al amparo del RD 9/97 de 16 de mayo- puede transgredir la forma de ingreso y contratación prevista en el Convenio Colectivo, y en la Ley de Puertos del Estado al no tener en cuenta los principios de mérito, capacidad y convocatoria pública, los incumplimientos en dichas materias no aparecen tipificados como infracciones por Ley 8/88 de 7 de abril sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Por lo que el órgano competente ante el que debe formularse la subsanación es la Jurisdicción Social. Por otra parte, revisados los contratos de trabajo transformados y

circunstancias del caso no se observan irregularidades relacionadas con el contenido del RD Ley 9/97 de 16 de mayo, por cuanto que y todos ellos se encuentran dentro del ámbito de aplicación previsto en su art. 2.2. no afectándoles ninguna de las conclusiones establecidas en el art. 4.- 5º) La única entidad que ostenta la posición de parte actora es la Central Sindical CIG y se solicita en el suplico la declaración de nulidad de los contratos indefinidos realizados con los codemandados por infringir el convenio colectivo aplicable.- 6º) Se presentó reclamación administrativa previa contra la Autoridad Portuaria la cual fue desestimada por resolución de 23.06.99, la cual se reproduce.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que, estimando la excepción de falta de legitimación activa “ad causam” del sindicato C.I.G. debo absolver y absuelvo a la AUTORIDAD PORTUARIA, CC.OO., U.G.T., don E.T.B., don A.F.R., doña T.D.V. y doña M.B.B.V., sin entrar en el fondo del asunto planteado en demanda.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que acogió la excepción de falta de legitimación activa del sindicato Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), y sin entrar en el fondo del asunto absolvió a los demandados, recurre el referido sindicato quien articula un único motivo de suplicación, al amparo del art. 191.a) de la LPL, en el que interesa la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento determinantes de indefensión, por concurrir -a su juicio- infracción por interpretación errónea y no aplicación de los arts. 17.1 y 17.2 de la vigente LPL, art. 2.2.d), 6 y 7 de la LOLS, arts. 7, 24 y 28 de la CE y art. 7 de la LOPJ, así como de la doctrina de suplicación y del Tribunal Constitucional que cita, todo ello sobre la base de sostener que por el sindicato se impugnan unos contratos que ignoran lo que establece un convenio y una Ley, y se promueve la demanda precisamente en cumplimiento de dicho convenio y de la Ley que se entienden infringidos, exigiéndose su exacto cumplimiento, ya que

todas las trabajadoras y trabajadores se ven afectados directamente por lo que establezca el aludido convenio y por su incumplimiento.

Por una parte, la Autoridad Portuaria de A Coruña está afectada por este convenio dado que constituye parte signataria; y, por otro lado, el sindicato C.I.G. tiene la condición de más representativo en Galicia, asistiendo e interviniendo en las sesiones del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria. En este sentido, el art. 17 de la LPL reconoce a los sindicatos la legitimación para defender judicialmente los intereses económicos y sociales que les son propios, por lo que -a su juicio- la sentencia del Juzgado “a quo” vulnera los arts. 7, 24 y 28 de la CE, pues la parte actora no basa su legitimación en el art. 20 de la LPL, sino que actúa como gestora de un interés colectivo, de un interés social. La C.I.G. no sólo realiza una típica función de participación institucional, de representación de los intereses de los trabajadores en la Administración Pública, sino que interviene en un órgano de control y seguimiento del convenio como es la Comisión Paritaria; participa e interviene en el Consejo de Administración planteando cuestiones tan variadas como el problema de la contratación laboral de los trabajadores, tanto de los que ya fueron contratados como los de nueva contratación; tanto la primera contratación como las sucesivas modalidades de contratación, etc..., y este problema afecta a todo el grupo de trabajadoras y trabajadores. Su legitimación activa no viene dada única y exclusivamente por los arts. 151, 152 y 153 de la LPL, referidos al proceso de conflicto colectivo, sino por el genérico art. 17 que no excluye ningún proceso judicial ni lo restringe.

SEGUNDO.- La nulidad de actuaciones que se interesa en el recurso por infracción de los preceptos citados, al haber apreciado la sentencia de instancia la excepción de falta de legitimación del sindicato actor, no puede prosperar por las siguientes consideraciones: 1.- En demanda se postula, con carácter básico y principal, que se declaren nulos y se dejen sin efecto los contratos concertados indefinidos de los cuatro trabajadores demandados, por infringir el convenio colectivo, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, así como -se añade en el suplico- a dar cumplimiento riguroso y exacto del art. 9 a 11 del I Convenio colectivo de Puertos y Autoridades Portuarias y art. 52 de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante.

Tal pretensión se interesa, porque -según se desprende del inalterado relato fáctico-,

mediante Acuerdo de 05.02.1998 suscrito entre la Autoridad Portuaria y los Sindicatos code-mandados C.C.O.O. y U.G.T., se convino que “por parte de la Autoridad Portuaria de A Coruña se proceda a transformar en contratos para el fomento de la contratación indefinida, de los previstos en la Disposición Adicional primera del RDL 8/97, de 16 de mayo, los actuales contratos por obra o servicio determinado de los trabajadores code-mandados: doña B.B.V., doña T.D.V., don A.F.R. y don E.T.B. A medio de escrito de 10.02.98, la Autoridad Portuaria comunicó al Comité de Empresa la conversión en indefinidos de los contratos temporales de los referidos trabajadores. 2.- Planteada así la cuestión, y como señala la STC 210/1994, de 11 de julio, “se hace preciso recordar que, en efecto, los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia (por todos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8 o art. 5, parte II Carta Social Europea), una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que, como ya ha sostenido la doctrina de este Tribunal, no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. La función de los sindicatos, pues, desde la perspectiva constitucional “no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley las invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores “ut singulus”, sean de necesario ejercicio colectivo” (STC 70/1982, fundamento jurídico 3.º), en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva (SSTC 70/1982 cit. 37/1983, 59/1983, 187/1987 ó 217/1991, entre otras)...”. 3.- Es decir, la doctrina transcrita alude a las “acciones que sean de necesario ejercicio colectivo”, lo que permite excluir la legitimación del sindicato recurrente en un caso como el ahora enjuiciado, dado que no se está en presencia de ninguno de los títulos legitimadores que la legislación procesal laboral regula. Así, no se trata de un caso de *legitimación ordinaria* por ser el sindicato titular de derechos u obligacio-

nes (art. 17.1 LPL), ni de un supuesto de *apoderamiento común* previsto en el art. 19 LPL, ni tampoco del sindicato que actúa en *representación e interés de sus afiliados*, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichos trabajadores los efectos de aquella actuación (art. 20 LPL). Igualmente, la legitimación que se invoca no es la prevista en el art. 151 LPL, relativa a la posibilidad de promover *conflictos colectivos* en asuntos que afecten a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, ni, en último término, comparece el sindicato recurrente en la calidad de *coadyuvante* que reconoce el artículo 175.2 de la LPL al sindicato más representativo o al sindicato de pertenencia del trabajador en los procesos de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, en que éste interviene como parte principal.

Por otro lado, el art. 17.2 LPL concede legitimación a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios. Según se desprende de la propia dicción del precepto, el supuesto al que se refiere es el de las *relaciones colectivas de trabajo*. Si el art. 7 CE dice que “los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”, el art. 17.2 LPL lo único que hace es reconocerles legitimación para que esa defensa pueda realizarse en el proceso. Y para concretar esos intereses colectivos de los trabajadores y de los empresarios -a los que se refiere el art. 17.2- ha de acudir a la lista de cuestiones litigiosas del art. 2 de la LPL, donde se señalan como tales intereses colectivos los que atienden a: la tutela de los derechos de libertad sindical cuando la lesión no sea individual (arts. 2.k), y 175 LPL); los conflictos colectivos (arts. 2.1 y 152.a) y b) LPL) y la impugnación de convenios colectivos (arts. 2.m), y 163 LPL), pero no la facultad de los sindicatos para promover un proceso en nombre de un abstracto interés colectivo o social, siempre que lo estimen oportuno o que consideren que se ha infringido una norma laboral.

Similar criterio interpretativo ha sido seguido por numerosa doctrina de suplicación (STSJ de Valladolid de 1 de junio de 1998, AS 6306; STSJ de Extremadura de 2 de junio de 1998, AS 2840; STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2000, AS 1533), pues como ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional, el interés legítimo que justifica la presencia de un

sujeto en un determinado proceso es un interés cualificado y específico (STC 257/1988, Ar. 1988\257), que carece desde luego de la extensión subjetiva de la acción popular (STC 148/1993, Ar. 1993\148) y cuya concreción en cada tipo de supuestos depende sobre todo de la configuración del derecho supuestamente vulnerado (STC 189/1993, Ar. 1993\189), pues “la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualquiera que sean las circunstancias en que ésta pretende hacerse valer” (STC 210/1994), lo que -por lo demás- está en consonancia con la correlativa falta de legitimación que también tienen los incluidos en el ámbito de un convenio colectivo para la impugnación directa de la norma pactada, precisamente en aras de salvaguarda de la negociación colectiva a que se refiere el art. 37.1 CE, pues el interés particular de los incluidos en el ámbito del convenio puede verse protegido por otras vías procesales indirectas referidas a los actos concretos de aplicación de la norma pactada (STC 10 y 12/1996 de 29 de enero).

Consecuentemente, por amplia que sea la delimitación del interés legítimo del sindicato actor, es claro que éste no tiene legitimación para pedir la tutela judicial de derechos subjetivos individuales que, en todo caso, correspondería a unos concretos trabajadores, máxime cuando -además- no existe constancia alguna de que los que pudieran resultar afectados o perjudicados por dichos contratos, los hubiesen impugnado. Como dice la STC 66/1985, de 23 mayo (Ar. 1985\66), por muy maximalista que pretenda ser su interpretación, la consagración constitucional de un derecho no es bastante para crear por sí misma recursos o vías jurisdiccionales inexistentes. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el Sindicato actor Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), contra la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2000 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de esta Capital, en los presentes autos tramitados a instancia del recurrente frente a los demandados Autoridad Portuaria, los Sindicatos Comisiones Obreras (C.C.O.O.) y Unión General de Trabajadores (U.G.T), don E.T.B., don A.F.R., doña T.D.V. y doña M.B.B.V., debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

3173 Recurso nº 03/0007507/1997

S.CA. DESCUBERTOS NAS COTIZACIÓNS Á SEGURIDADE SOCIAL NO RETA. A RECLAMACIÓN DE DÉBEDA NON DEBE ANULARSE POLO FEITO DE COINCIDIR NO TEMPO CON PRIVACIÓN DE LIBERDADE DO TRABALLADOR AUTÓNOMO. INEXISTENCIA DE INDEFENSIÓN.

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

En la Ciudad de A Coruña, diecisiete de abril de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007507/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.M.L., con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado por don J.A.G.P. y dirigido por el Letrado don R.J.P.F., contra Resolución de 10.12.96 desestimatoria de recurso ordinario contra la reclamación de deuda nº 15 -96 -011910535 -02, periodo 1-95 a 12-95, 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 401.371 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 3 de abril de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- La resolución que aquí se impugna, dictada por la Subdirectora Provincial de Gestión Recaudatoria de la TGSS en A Coruña, desestimó el recurso ordinario que formulara el aquí demandante contra reclamación de deuda por descubierto en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), correspondiente al ejercicio 1995, argumentando que pese a que por escrito de 15.10.96, notificado al demandante el 17.10.96, se le requiriera a fin de que presentase la documentación acreditativa de que en el período de tiempo a que se contraía dicho descubierto, permaneciera recluido en prisión, circunstancia que hiciera saber en sede del propio escrito en el que formulara el recurso ordinario, “con el fin de proceder a tramitar su baja en el Régimen, sin que hubiera existido contestación al respecto en el plazo establecido al respecto”.

II.- Pues bien, frente a tal resolución, opone el demandante como primer motivo de impugnación la causación de indefensión derivada de la circunstancia de que la Tesorería no le hiciera saber las consecuencias que podrían derivarse del no atendimento o incumplimiento de tal requerimiento, alegato que es preciso desestimar, pues basta con examinar el texto del requerimiento efectuado para constatar como allí se hizo constar la advertencia de que si no se presentaba la documentación requerida en el plazo de 10 días desde la recepción del requerimiento, se tendría por decaído en su derecho y se dictaría la resolución de acuerdo con la documentación obrante en el expediente, según lo prevenido en el art. 76 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III.- El segundo motivo de impugnación lo sustancia el demandante en el desconocimiento o vulneración por parte de la Tesorería, de lo prevenido en el art. 4.c) de la mencionada Ley 30/92, pues siendo la Administración penitenciaria uno más de los organismos que componen la Administración del Estado, debió la propia Dirección Provincial

de la TGSS solicitar de oficio de aquella otra Administración la facilitación de la información relativa a la estancia en prisión del demandante durante el período objeto de reclamación, alegato que debe correr la misma suerte que el anterior, pues una cosa es el deber de colaboración que aquel precepto establece para las Administraciones Públicas de facilitarse la información que precisan sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias, y otra muy distinta el deber o carga que debe soportar el administrado de acreditar los hechos que le sean favorables, cuya carga no debe soportar la Administración ante quien se hacen valer, salvo que a esa misma Administración y no a otra, le consten u obren en su poder los documentos que los constaten.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por A.M.L. contra Resolución de 10.12.96 desestimatoria de recurso ordinario contra la reclamación de deuda nº15-96 -011910535-02, período 1-95 a 12-95, C.C.C... dictado por TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDD SOCIAL. Sin imposición de costas.

3174 Recurso nº 820/2001

S.S. VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS E CARGA DA PROBA DA PARTE DEMANDADA. CONTRATACIÓN TEMPORAL EN FRAUDE DE LEI E CESAMENTO IMPROCEDENTE.

*Ponente: Ilmo Sr. D. Antonio Outeiriño
Fuente*

A Coruña, a dieciocho de abril de dos mil uno.

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. 820/2001 interpuesto por A.L.I.M. contra la

sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por A.L.I.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandado SERGAS, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 687/00 sentencia con fecha 18 de diciembre 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).- Que el actor con fecha de tres de enero de mil novecientos noventa y cuatro en el marco del Estatuto Jurídico del personal Médico de la Seguridad Social es nombrado Facultativo Eventual fuera de plantilla por acumulación de tareas por un período de seis meses, con la categoría de Facultativo Especialista de Área en el servicio de Oncología del “H.G.G.- G.C.”. Con fecha de cuatro de julio de mil novecientos noventa y cuatro se concierta contrato de duración determinada bajo la modalidad de obra o servicio determinado, quedando el actor vinculado con la institución con el siguiente objetivo, el ejercicio de las funciones correspondientes a la categoría profesional de Facultativo Especialista de Área, del servicio de Oncología, por adscripción al “programa de reducción y contención de la lista de espera de Oncología”, siendo la duración prevista del contrato de un año”. Detectado un error material en la literalidad de la redacción de la cláusula 7ª del mencionado contrato, en relativo a su duración, las partes contratantes, de común acuerdo procedieron a su subsanación mediante Declaración suscrita el día cuatro de julio de mil novecientos noventa y cinco, quedando redactado de la siguiente manera; “...duración de obra o servicio determinado hasta que éste finalice”, percibiendo el actor un salario de trescientas treinta y seis mil ciento veintiuna pesetas (336.121 ptas.).- 2º) Que al actor mediante comunicación de fecha de veintuno de julio de dos mil por el Gerente General en funciones del Complejo Hospitalario le notificó; “...de la evolución de la actividad realizada en ese Servicio desde entonces, resultan los siguientes datos: En el año 1995 el tiempo de espera medio para la primera consulta era de 8,8 días y de 15 días para la segunda y sucesivas. Durante el año 1996 la espera media para la primera consulta fue de 7,6 días, mientras que la de segundas y sucesivas se incrementó a 29,7 días. En el año 1997 la lista de espera media de oncología se mantiene en

7,6 días para las primeras consultas, pasando a 30,2 días las segundas sucesivas. A partir de 1998 el tiempo de espera media se reduce en primeras consultas al pasar de 3,2 días, reduciéndose a 25,6 de las sucesivas. En el año 1999 se ha reducido a 1,3 el número de días de espera media para primeras consultas y 18,5 para las sucesivas, alcanzándose el objetivo de reducción de la lista de espera. En lo que va del presente año 2000 la espera media queda en 1,2 días para la primera consulta y 16,5 para las sucesivas, de lo que se resulta la práctica contención de lista de espera en este Servicio.// por lo expuesto, a la vista de las circunstancias expuestas, motivo por el que debe entenderse cumplida la condición resolutoria establecida en aquel contrato de obra o servicio, se le comunica que el próximo día 5 de agosto de 2000 quedará resuelto dicho contrato causando baja en este Centro.”.- 3º) Que el actor ha desempeñado funciones como facultativo especialista en planta de hospitalización del servicio de oncología del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago en los meses comprendidos entre septiembre de mil novecientos noventa y ocho a septiembre de mil novecientos noventa y nueve, y que durante ese tiempo el actor no ha atendido a pacientes en consultas externas en oncología. Obrando en autos escrito firmado por el actor dirigido a la Dirección de la División de Recurso humanos del Servicio Gallego de Salud, manifestando su desacuerdo con el traslado a planta y la no prestación de funciones en consultas externas durante ese período.- 4º) Que el actor en el año mil novecientos noventa y ocho fue asignado a cubrir el turnos de sábados en siete ocasiones. En el año mil novecientos noventa y nueve fue asignado a cubrir turnos de sábados en siete ocasiones y a cubrir turnos de puentes en dos ocasiones.- 5º) Que el actor ha prestado servicios de atención a consultas externas en la consulta número cinco de Oncología, siendo la actividad realizada en dicha consulta de ciento veinticinco visitas, quinientas treinta y uno visitas sucesivas, mil doscientas sesenta y dos tratamientos largos y ciento cuarenta tratamientos cortos / control.- 6º) Que el actor desde septiembre de mil novecientos noventa y ocho no ha estado presente en las reuniones de Comité de tumores de cabeza y cuello del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago.- 7º) Que el actor no ostenta ni ha ostentado la condición de Delegado de Personal, ni la de Miembro del Comité de Empresa.- 8º) Que el actor formuló la correspondiente reclamación previa en fecha de nueve de agosto de dos mil que fue desestimada por resolución de fecha de ocho de octubre de dos mil.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don A.L.I.M. contra SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debía de absolver y absuelto a la parte demandada de los pedimentos contenidos en la demanda."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de despido interpuesta por el actor don A.L.I.M. absolviendo libremente de la misma al demandado Servicio Galego de Saúde (Sergas). Y contra este pronunciamiento recurre el demandante articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa una la adición al numeral tercero de los hechos probados del siguiente párrafo: "El actor, tanto a título individual como en unión de su compañera en el Servicio de Oncología, la doctora doña M.D.M.P., han venido efectuando reiteradas denuncias ante diversas instancias acerca de la conducta seguida por el Jefe del Servicio de Oncología, doctor don R.L.L. al entender que las mismas eran lesivas para los pacientes, se han constatado asimismo denuncias en el mismo sentido efectuadas por pacientes tratados en el referido Servicio. Las diferencias profesionales y las relaciones entre el Jefe de Servicio y el actor y su compañera la doctora M. revestían una tirantez fuera de lo común llegándose incluso a la condena penal del doctor L. por una falta de coacciones cometida sobre la doctora M.

Pocos meses antes del cese del actor, en concreto el uno de febrero y el uno de abril del año dos mil se produjo el nombramiento con carácter interino de dos facultativos de la misma especialidad en el Servicio de Oncología en que presta sus servicios el demandante". La modificación que se interesa no puede prosperar, pues, por un lado, de la documental que se cita relativa al párrafo primero no se desprende el contenido de la adición que se pretende. Así, la sentencia de fecha 25 de junio de 1999 dictada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Santiago en el juicio de Faltas nº 63/99 (folios 119 a 124), no se refiere para nada al actor, y sí únicamente a la facultativa del servicio doña D.M.P., que no es

parte en el presente proceso y cuya situación personal de posible desavenencia con el Jefe de Servicio no puede identificarse con la del demandante; y lo mismo sucede con la información abierta respecto de dicha facultativa que concluyó con una petición de "archivo" por parte del Inspector Médico Instructor, pues los hechos objeto de tal información no se refieren directamente al actor (folios 133 a 135), y la afirmación de dicho Instructor "de que existen problemas de relación dentro del Servicio" es una expresión genérica que tampoco cita de forma concreta al demandante.

Por otro lado, las denuncias que se mencionan de dos pacientes del servicio (folios 163 a 166 y 285), aparte de referirse a la desaparición de sus historias clínicas y al derecho que pueda asistir a los pacientes a continuar su tratamiento con el facultativo o facultativos que tenían asignado, entre ellos el actor, no constituyen documento hábil a los efectos revisorios del art. 191.b) de la LPL, por tratarse en realidad de un conjunto de manifestaciones incardinables en una prueba testifical que aparece encubierta bajo forma de documental; manifestaciones que, por lo demás, tampoco serían decisivas para extraer la modificación fáctica que se pretende, al tratarse únicamente de "dos pacientes" dentro de todo un Servicio de Oncología existente en un Centro Hospitalario.

Finalmente, la modificación interesada en el segundo párrafo constituye un hecho nuevo que se pretende introducir por primera vez en el proceso en esta segunda instancia, puesto que nada se ha afirmado ni en demanda ni en el acto de juicio sobre el particular. Por ello, no puede aceptarse en aras del respeto a los principios de igualdad de partes y de no indefensión prohibida por el art. 24 CE, ya que frente a tales afirmaciones el demandado Sergas podría haber propuesto y practicado prueba; en concreto, si los nombramientos de facultativos interinos se refieren o no a personas que ya prestaban servicio en el departamento de Oncología vinculados por nombramientos de dicha naturaleza en sustitución de otros con derechos a reserva de plaza, tal como se alega por la parte demandada en su escrito de impugnación del recurso. En todo caso, la adición propuesta en este párrafo se refiere a nombramientos de personal estatutario y el actor se encontraba vinculado con el Sergas por una relación laboral cuya naturaleza -temporal o indefinida- se examina mas adelante.

SEGUNDO.- Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL formula el demandante un

segundo motivo de suplicación, relativo al examen del derecho aplicado, en el que alega violación por inaplicación de los arts. 14, 28.1 y 24 de la Constitución Española, del art. 5.c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, así como del art. 4.2.a) del Estatuto de los Trabajadores, así como de la doctrina del Tribunal Constitucional que cita y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la nulidad radical de los despidos discriminatorios. Y ello sobre la base de sostener que -a su juicio- la motivación del cese del actor despido encubre un despido que ha de ser calificado como nulo radical por atentar contra sus derechos fundamentales. Así: 1.- Los contratos temporales suscritos lo son en *fraude de Ley*, tanto el eventual por acumulación de tareas de fecha 03.01.94 como el de obra o servicio determinado de fecha 04.07.94, pues ni existió la supuesta acumulación de tareas ni mucho menos el supuesto programa de reducción de lista de espera que se pretende como obra o servicio justificativos del segundo, lo que evidencia la existencia de un despido que ha de ser calificado al menos como improcedente, ya que tal razonamiento es aceptado por el Juzgador de Instancia. 2.- Sin embargo, el despido ha de ser reputado como radicalmente nulo, pretensión que se apoya en el contenido del hecho quinto del escrito de demanda: "...la razón real y subyacente a las apariencias de dicho despido es el hecho sobradamente conocido de mis reiteradas denuncias ante diversas instancias de determinadas conductas del Dr. R.L.L., Jefe del Servicio de Oncología provisional, por libre designación, que en mi opinión eran lesivas para los pacientes...".

La sentencia de instancia después de concluir que la parte demandada probó que no existe discriminación en relación con el resto de los facultativos del Servicio de Oncología del Complejo hospitalario de Santiago, obvia por completo los motivos esgrimidos por el demandante para fundar la alegación de discriminación, y que no son otros que las ya aludidas denuncias del actor y las quejas de los pacientes en lo que respecta a la actuación de la Jefatura de Servicio, sin que "ninguna prueba se hubiese aportado por la administración demandada que contradiga lo alegado y probado por el recurrente en relación a estos hechos que no han sido objeto de estudio en la sentencia de instancia". Y es que en el supuesto de alegación de discriminación por el trabajador opera la inversión de la carga probatoria debiendo probar la Administración demandada que la decisión extintiva viene motivada por motivos absoluta-

mente ajenos a los alegados por el actor, en concreto, una decisión unilateral que no tiene otro fundamento distinto de la eliminación de personal que resulta molesto dada su crítica visión de la asistencia prestada por el Servicio de Oncología y su defensa de lo que considera una más correcta y mejor atención al paciente. Por ello, a su juicio, resulta aplicable la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que cita y la del Tribunal Constitucional de 14.02.1992. La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar por las siguientes razones: 1.- Conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993 de 18 de enero), cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (STC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 21/1992). No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada. Dicha entidad ha de ser interpretada no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia... La decisión empresarial será así válida cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental. 2.- Y en el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, se desprende que el demandado Sergas justificó cumplidamente que no existe discriminación en relación con el resto de los facultativos del Servicio de Oncología del Complejo hospitalario de Santiago, pues la resolución recurrida razona cumplidamente a propósito de esa inexistencia de discriminación (art. 14 CE) en el trato dado al actor en relación con las distintas labores a desempeñar en el Servicio de Oncología del Hospital, así: puentes, trabajo en sábados, número de pacientes y asistencia de especialistas al comité de tumores de cabeza y cuello; sin que dichos razonamientos -en los que correctamente se alude a las facultades de organización del Servicio que corresponden al Jefe de Servicio- puedan resultar desvirtuados por las alegaciones del recurrente, máxime

cundo los mismos son expresión de la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio (art. 97.2 LPL), con pleno respeto a los principios de igualdad de partes, oralidad, inmediación y contradicción, sin que esta Sala pueda volver a valorar unos medios probatorios -como la testifical- cuya apreciación es privativa del Juzgador “a quo”.

Por otro lado, de ese inalterado relato de hechos probados tampoco resulta que el cese del actor haya respondido a una represalia por parte del Sergas (art. 24 CE), como consecuencia de sus reiteradas denuncias ante diversas instancias de determinadas conductas del Jefe del Servicio de Oncología, que en su opinión eran lesivas para los pacientes, pues el rechazo de la modificación fáctica propuesta, ya examinado, lleva a la misma conclusión que la sentencia recurrida, máxime cuando lo que se pretende es identificar la situación del actor con la de otra facultativa del mismo Servicio, lo cual, obviamente, no puede resultar viable. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado, pues tampoco concurre la pretendida infracción del art. 28.1, que se refiere al derecho de libertad sindical que en absoluto ha resultado vulnerado.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 la LPL articula el recurrente el tercer motivo de suplicación en el que denuncia violación por inaplicación del art. 108 de la LPL en relación con el art. 55.3 y 4 del ET, por entender que según art. 108 de la LPL, “en el fallo de la Sentencia, el Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo”. Y en este caso tanto del inicial contrato eventual por acumulación de tareas como del contrato de obra o servicio determinado, y bajo cuya cobertura venía prestando servicios el demandante a la fecha de la decisión extintiva del empleador, fueron suscritos en fraude de Ley, pues nunca existió ni la presunta acumulación de tareas ni mucho menos el supuesto programa de reducción de lista de espera que se pretende como obra o servicio justificativos del mismo. Habrá pues de convenirse que estamos ante un real y verdadero despido que ha de ser calificado al menos como improcedente. Y este razonamiento es aceptado sin reserva alguna por el Juzgador de Instancia en lo que se refiere al segundo de los contratos suscritos por el actor, tras el análisis de la más absoluta ausencia de prueba alguna que sostenga la real existencia del presunto programa de reducción de listas de espera. El motivo ha de ser parcialmente acogido en función de las

siguientes consideraciones: 1.- En primer término, ha de rechazarse la alegación de que el inicial contrato suscrito por el actor lo fue en fraude de ley, pues se trató en realidad de un “nombramiento como facultativo eventual fuera de plantilla por acumulación de tareas”, por el período de seis meses comprendido entre el 3/1 al 02.07.94, al amparo de los arts. 5 y 51.2 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, y que finalizó por cumplimiento del término sin que el actor plantease reclamación alguna. No cabe, por tanto, estimar que dicho nombramiento fue en fraude de ley y que la antigüedad del actor en la prestación de sus servicios deba remontarse al 3 de enero de 1994. 2.- Sentado lo anterior, y partiendo de que la relación que unía al actor con el demandado Sergas, en el momento de su cese, tenía naturaleza laboral y no estatutaria, procede estimar el motivo en el sentido de declarar la improcedencia del despido con los efectos legales previstos en los arts. 108 LPL, 55.4 y 56 del ET, pues tanto del relato fáctico como de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se deduce que el contrato para obra o servicio determinado celebrado por ambas partes litigantes con fecha 04.07.1994, al amparo del entonces vigente RD 2.104/1984, de 21 de noviembre, tenía carácter indefinido por carecer de causa y estar viciada la cláusula de temporalidad, ya que no ha quedado debidamente acreditada la existencia del “programa de reducción y contención de la lista de espera de Oncología” para el que el actor fue contratado y a que se refiere -como obra o servicio- la cláusula séptima de su contrato de trabajo. En todo caso, consta también probado que el demandante habría sido destinado a prestar servicios distintos de aquellos para los que fue contratado, habiendo sido trasladado durante un año a trabajar en planta de hospitalización sin atender consultas externas, únicas a las que podría entenderse referido el aludido y supuesto programa, lo que evidencia la situación de fraude de ley invocada en el motivo (art. 15.3 ET).

La consecuencia ha de ser la estimación parcial de la pretensión subsidiaria del recurso, dado que la sentencia impugnada se limita a desestimar la demanda absolviendo al demandado Sergas sobre la base de que no existió despido nulo, sin hacer declaración alguna -como exigen los arts. 55.4 ET y 108 LPL- sobre la improcedencia de dicha decisión extintiva con las consecuencias legales inherentes a la misma, en concreto, la condena del demandado Servicio Galego de Saúde (Ser-

gas), a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte: entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a abonarle la cantidad de 3.073.435 ptas. en concepto de indemnización, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido y hasta la notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario de 11.204 ptas. Procede, por tanto, acoger en parte el recurso, estimar también en parte la demanda y revocar el fallo impugnado.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el actor don A.L.I.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela con fecha 18 de diciembre de 2000, en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, con estimación parcial de la demanda interpuesta por el referido actor, debemos declarar y declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos al demandado Servicio Galego de Saúde (Sergas), a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia OPTe: entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a abonarle la cantidad de 3.073.435 ptas. en concepto de indemnización, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido y hasta la notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario de 11.204 ptas. Y desestimamos la demanda en lo restante pedido.

3175 Recurso nº 1.039/01

S.S. COMUNICACIÓN DO DESPEDIMENTO QUE NON RECIBE O TRABALLADOR POLA FALTA DE DILIXENCIA DA EMPRESA. CONSTITÚE DESPEDI-MENTO INFORMAL E IMPROCEDENTE. POSIBILIDADES DE SUBSANACIÓN. IMPOSIBILIDADE DE RECON-VIR NESTES PROCESOS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Elías López Paz

A Coruña, a diecinueve de abril de dos mil uno.

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. 1.039/01 interpuesto por ambas partes contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.M.O. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "H.R.A., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 756/00 sentencia con fecha veintiuno de noviembre 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.- Que el actor viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la parte demandada "H.R.A., S.L." con domicilio en c)... A Coruña, dedicado a la actividad de hostelería, en virtud de un contrato por tiempo indefinido a tiempo completo celebrado al amparo de la Ley 55/99 para empleados mayores de 45 años, con la categoría profesional de jefe de cocina, con una antigüedad de veintitrés de junio de dos mil, percibiendo un salario mensual de doscientas cincuenta mil pesetas (250.000 ptas), sin inclusión de la parte proporcional de pagas extras./ SEGUNDO.- El día doce de septiembre de dos mil el actor fue despedido de forma verbal, por los motivos que posteriormente se plasmaron en la carta de despido de fecha veintinueve de septiembre de dos mil que fue enviada al actor mediante carta certificada, en los siguientes términos: *"Por la presente se le comunica su despido disciplinario con efectos desde el pasado día 12 de los corrientes. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades en que haya podido incurrir, derivadas de los hechos que nos han llevado a adoptar tal decisión, que son los siguientes: 1º) No cocinar los alimentos a su disposición para la boda celebrada el pasado día 9 de los corrientes, negándose a ello. 2º) Insultar al propietario del hotel D. José Manuel Martínez Ayaso, delante de otros empleados. Tales hechos están tipificados en el artículo 52.2, en los apartados b) y c) del Estatuto de los Trabajadores como causas de despido. Asimismo se le comunica que tiene a su disposición la corres-*

pondiente liquidación y finiquito”./ TERCERO.- Que el actor, el día nueve de setembro de dos mil, no cocinó los alimentos de que disponía para la celebración de la boda que se había concertado ese día en el “H.R.A., S.L.” e insultó al propietario del hotel llamándole “negrero” en presencia de otros compañeros./ CUARTO.- Que J.M.M.O. no ostenta ni ha ostentado la condición de Delegado de Personal, ni miembro de Comité de Empresa o Delegado sindical./ QUINTO.- Que en fecha de veintiocho de setembro de dos mil, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de “sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: *Que desestimando la reconvencción formulada por el “H.R.A., S.L.”*, asimismo se desestima la demanda formulada por J.M.M.O. contra “H.R.A., S.L.”, debo de absolver y absuelvo al demandado de los pedimentos contenidos en los mismos”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por las dos partes ambos impugnados de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda de despido formulada por el actor contra la empresa “H.R.A., S.L.”, a la que absuelve; y, a su vez, también desestima la reconvencción formulada por esta última frente al trabajador demandante. Frente a este pronunciamiento, interponen recurso las representaciones procesales de ambas partes litigantes. La del trabajador, formula tres motivos de suplicación, dedicando el primero a la infracción de normas o garantías del procedimiento que han producido indefensión, destinando el segundo a la revisión de hechos probados y referido al tercero al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia. Por su parte, la representación de la empleadora formula un único motivo de suplicación dedicado al examen de la normativa jurídica aplicada en la sentencia que se impugna.

SEGUNDO.- Un orden lógico procesal impone el examen prioritario del recurso de la parte demandante, y más concretamente del primer motivo, habida cuenta de las consecuencias jurídico-procedimentales que se derivarían

del acogimiento del mismo. En dicho motivo, y al amparo del apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia vulneración del artículo 24 de la Constitución, alegándose que se ha calificado como procedente un despido verbal, ya que el trabajador no ha recibido la carta certificada remitida al día siguiente del acto de conciliación, con lo cual se ha vulnerado el derecho a la defensa contradictoria, por no tener conocimiento de las imputaciones justificativas del cese, por constar en una carta que no llegó a recibir.

En este mismo motivo, se denuncia infracción de los artículos 97.2 de la L.P.L. y del art. 107 del mismo texto legal, por no haber sido valorada conforme a las reglas de la sana crítica la antigüedad del actor en la empresa, así como el salario que venía percibiendo. El motivo no puede prosperar, por la sencilla razón de que las infracciones denunciadas no han supuesto infracción de normas o garantías del procedimiento, ni se ha ocasionado indefensión a esta parte recurrente, por cuanto los defectos denunciados podían subsanarse debidamente, a través de los medios que el ordenamiento jurídico contempla; así el artículo 191 de la L.P.L., en su apartado b), pone a disposición de la recurrente el medio adecuado para lograr la subsanación de las deficiencias que observe en el relato histórico –por exceso, por defecto, o por discrepancia con su contenido-. Y en el presente caso, dicha parte recurrente bien pudo utilizar el cauce de la revisión fáctica (art. 191.b) L.P.L.), con el fin de complementar debidamente las omisiones que pudiera contener la sentencia de instancia en relación con las infracciones denunciadas; medio de subsanación que solamente lo empleó para intentar rectificar la antigüedad, (como se verá al examinar el segundo motivo de recurso), y que se pudo utilizar, del mismo modo, para las restantes omisiones apreciadas y que, a su juicio, debían ser objeto de modificación, en especial, la referida al salario; pues la calificación del despido es una cuestión jurídica, y los defectos, omisiones o ausencia de carta de despido se trata de una cuestión cuyo examen debe realizarse denunciado la infracción normativa correspondiente (art. 55.1 E.T.), por el cauce del apartado c) del art. 191 de la L.P.L.; como así se hizo en el último motivo de recurso y no por la vía del apartado a) de dicho precepto legal.

TERCERO.- Con amparo en el apartado b) del art. 191 de la L.P.L., se formula el segundo motivo de recurso, con el objeto de modificar el H.P. primero de la sentencia para que se

suprima del mismo la frase: ...con una antigüedad de veintitrés de junio de dos mil”, y, en su lugar, se disponga: “... con una antigüedad de dieciocho de junio de dos mil”. El motivo no puede ser acogido por la Sala porque no se sustenta en prueba documental o pericial, y sabido es que las únicas probanzas eficaces a tal fin, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, letra b) y 194.3, ambos de la L.P.L., son las documentales y periciales, y ninguno de estos medios eficaces para la revisión se citan en el motivo, como soporte de aquélla.

CUARTO.- En sede jurídica sustantiva y por el cauce correspondiente del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L., la parte demandante denuncia infracción, por aplicación indebida, del artículo 55.4 del ET. Se alega por dicha parte, en esencia, que se ha calificado como procedente un despido verbal, al considerar probadas las imputaciones contenidas en una carta de despido confeccionada “a posteriori” y que ni siquiera llegó a ser recibida por el trabajador despedido; infringiéndose así los requisitos formales del artículo 55.1 del E.T. (carta de despido y notificación al trabajador); y que al tratarse de un despido verbal, ha de reputarse necesariamente improcedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 “in fine” del ET.

Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido constan en el relato histórico de la sentencia que se impugna y, sustancialmente, pueden resumirse así: A).- El trabajador demandante fue contratado el 23-junio-2000 por la empresa “H.R.A., S.L.”, dedicada a la actividad de hostelería, contrato celebrado al amparo de la Ley 55/99, por tiempo indefinido, para empleados mayores de 45 años, con la categoría de jefe de cocina, pactándose una retribución mensual de 250.000.-pts, sin inclusión de la parte proporcional de las pagas extras. B).- El día 12-septiembre-2000, el actor fue despedido verbalmente, los motivos se plasmaron en la carta de despido de fecha 29-septiembre-2000 remitida por correo certificado, y en la que se le imputaban: 1º) no cocinar los alimentos a su disposición para una boda celebrada el pasado día 9 de los corrientes, negándose a ello; 2º).- insultar al propietario del hotel (el empresario), delante de otros empleados, llamándole “negrero”. Y C).- Según consta en el segundo de los fundamentos de derecho, con evidente valor fáctico, la carta de despido que fue remitida al trabajador por correo certificado, “fue devuelta sin señas”, y la fecha de remisión es de 29-septiembre-2000.

Partiendo de las circunstancias fácticas expuestas, la cuestión litigiosa se centra exclusivamente en determinar si se han de tener por cumplidos los requisitos formales del artículo 55.1 del E.T., en cuanto a la obligación empresarial de notificar por escrito al trabajador, los hechos que motivan el cese y la fecha de efectos, toda vez que sobre las causas que motivaron el mismo, y que permitieron a la juzgadora de instancia calificar de procedente el despido del trabajador, ninguna contienda se plantea en este trámite de duplicación.

La censura jurídica debe ser acogida por la Sala y el recurso del trabajador debe prosperar, por cuanto en nuestro derecho positivo el despido es un acto formal, en el sentido de que debe sujetarse a las formalidades previstas en el artículo 55.1 del E.T., en el que se dispone que “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”; por ello, en los supuestos de omisión de la carta o deficiencias de la misma, el despido debe ser calificado como improcedente.

En el caso enjuiciado, es un hecho conforme, que el trabajador fue despedido verbalmente el día 12 de septiembre de 2000, pues bien, esa decisión empresarial produjo la ruptura del vínculo laboral, y al adolecer de un defecto formal, no cumpliéndose con el requisito de la “notificación por escrito” como exige el artículo 55.1 del E.T. –anteriormente citado-, ello implica, sin más, la declaración de improcedencia de la decisión extintiva empresarial. El empresario que no cumplió con la observancia del citado requisito formal (notificar el cese por escrito), puede subsanar ese defecto, realizando un nuevo despido, posibilidad admitida por el artículo 55.2 del E.T., en el que se establece que “si el despido se realiza inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpliera los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndose durante los mismos en alta en la Seguridad Social”.

La reforma introducida por la Ley 11/1994 ha producido un cambio importante en la redacción de dicho precepto; antes, la

regla sustantiva (artículo 55.3 del E.T.) permitía la subsanación de los defectos observados en el plazo de SIETE DÍAS a partir de la notificación de la sentencia que declarase la nulidad del despido (calificación que recibía anteriormente el cese realizado con incumplimiento de requisitos formales); la Ley procesal (artículo 113.2 de la L.P.L. de 1990) contenía idéntica advertencia. La práctica forense y la doctrina venía sosteniendo que no era preciso esperar a la sentencia y que la subsanación cabía en cualquier momento, excepto en un periodo que se llamó “tiempo muerto” y que iba desde la presentación de la demanda de despido, hasta la fecha en que se dictaba la sentencia, e incluso alguna sentencia como la del TCT de 30-abril-1986, exceptuaba también el plazo a partir del momento de la presentación de la conciliación extrajudicial previa.

Actualmente en nuestro Derecho existen ambas reglas, la sustantiva y la procesal, la primera –como ya vimos–, señala un límite más estrecho (20 días a partir del primer despido, art. 55.2 del E.T.) y la procesal (art. 110.4 de la L.P.L. de 1995, continua admitiendo la posibilidad de subsanación “dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia, cuando el despido se declarase improcedente por incumplimiento de los requisitos y el empresario hubiese optado por la readmisión; pero cuidando la norma en señalar que ese despido ya no es “una subsanación del primero, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha”. Del relato fáctico que anteriormente se expuso, se desprende que el actor fue despedido verbalmente el día 12 de septiembre de 2000, el 28 del mismo mes se celebró el acto conciliatorio ante el SMAC, y al día siguiente la empresa le remitió carta de despido, que fue devuelta “sin señas”. Según se desprende del contenido de la carta, y tal como lo entendió la juzgadora de instancia, la empresa pretende que dicha carta de despido despliegue sus efectos como si hubiese sido entregada el día 12 de septiembre (fecha del cese), pero ello no es posible porque –como ya se dijo– la primera decisión que provocó la ruptura del vínculo fue verbal, de ahí que la calificación del cese deba calificarse, por imperativo legal, de improcedente. Y esa carta remitida el 29.09.2000, sólo podría surtir efectos desde su fecha como un nuevo despido, y nunca desde el día 12.09.2000 como pretende la empresa, pero la Sala no puede entrar a conocer de las causas invocadas por la empresa y contenidas en la citada carta, porque el trabajador no recibió la misma, ya que fue devuelta, por el motivo, según consta

en el sobre, “sin señas”, posiblemente debido a un cambio de domicilio del trabajador, ya que el que figura en el contrato de trabajo, no coincide con el señalado al otorgar el poder “apud acta”; en cualquier caso, la empresa pudo haber intentado la notificación de la carta en el propio acto conciliatorio y no lo hizo; o pudo intentarlo por otros conductos, sin que en este caso conste en absoluto una negativa del trabajador a recibir la carta, sino una responsabilidad empresarial por la falta de notificación, al no haber agotado todos los medios a su alcance para llevar a cabo dicha notificación.

Por cuantas razones se dejan expuestas, la decisión extintiva empresarial, debe calificarse de despido improcedente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 55.4, “in fine” del Estatuto de los Trabajadores y 108.1, párrafo segundo, de la Ley de Procedimiento Laboral. Y al no haberlo apreciado así la juzgadora de instancia, su resolución debe ser revocada por concurrir las infracciones jurídicas a la misma atribuidas.

QUINTO.- Por lo que se refiere al recurso de la empresa demandada, en un único motivo y por el cauce correspondiente del apartado c) del artículo 191 del la L.P.L., se denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 27.1 de la L.P.L., en relación con el artículo 156 de la LEC, art. 7 del Código Civil y en relación con los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código Civil, así como, indebida aplicación del artículo 27.2 de la L.P.L. Se alega por la empresa-demandada que los hechos que motivaron el despido, son los mismos que ocasionaron un daño a la empleadora, por el malicioso comportamiento del trabajador.

La censura jurídica no resulta acogible, porque la procedencia de la acumulación de acciones regulada en el artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no comprende ni admite la posibilidad de acumular a la acción por despido otra que no sea la de extinción del contrato de trabajo de los artículos 50 y 52 del ET, y el texto del artículo 27.2 es claro, y no permite ninguna duda interpretativa, al disponer que “no podrán acumularse a otras en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvencción”, la empresa demandada pretende utilizar precisamente la vía reconvenccional para reclamar daños y perjuicios al trabajador, pero ello no resulta factible al no poderse acumular dicha reclamación a una acción por despido. Por lo que no resulta acogible la pretensión a que el motivo de recurso se contrae y, previa desestimación del mismo, procede dictar un

pronunciamiento confirmatorio de la resolución recurrida en relación con el recurso articulado por la empresa, con las consecuencias previstas en los artículos 202.1.3 y 233.1 ambos de la L.P.L. Por todo ello,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el trabajador demandante don J.M.M.O. y desestimando el de la empresa "H.R.A., S.L.", ambos recursos interpuestos contra la sentencia de fecha veintiuno de noviembre de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Santiago de Compostela, en proceso por despido promovido por don J.M.M.O. contra la citada empresa, debemos revocar y revocamos en parte dicha sentencia y, con estimación de la demanda interpuesta por el referido actor, debemos declarar y declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada "H.R.A., S.L.", a que en el plazo de cinco días contados desde esta resolución opte: entre readmitir al trabajador o bien a abonarle la cantidad de TRESCIENTAS VEINTISIETE MIL TRESCIENTAS SETENTA Y CINCO PESETAS (327.375.- pts) en concepto de indemnización, más la suma en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido a razón del salario diario de 9.700.- pts y hasta la notificación de la presente sentencia. Confirmando la resolución recurrida en lo relativo a la desestimación de la pretensión reconventional formulada por la empresa, decretándose la pérdida del depósito constituido por ésta para recurrir, y condenando a la misma al pago de las costas del letrado de la parte contraria, impugnante del recurso de la empresa, en la cuantía de veinticinco mil pesetas (25.000.- pts).

3176 Recurso nº 2.851/95

S.S. VULNERACIÓN DA GARANTÍA DE INDEMNIZACIÓN INEXISTENTE. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS E CARGA PROBATORIA. PARA QUE SE PRODUZA O DESPRAZAMENTO Á PARTE DEMANDADA, DEBEN ACREDITARSE INDICIOS POLO DEMANDANTE.

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

A Coruña, a veinte de abril de dos mil uno.

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 2.851/95 interpuesto por don F.M.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 473/94 se presentó demanda por don F.M.S. en reclamación de TUTELA DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado el SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco por el Juzgado de referencia que DESESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Que el actor, F.M.S., mayor de edad, con DNI..., viene prestando servicios para el Insalud hoy Sergas, como médico desde el 20.04.79, desde el 01.01.83, ostenta la categoría de medico especialista de medicina intensiva (UCI) y desde el 09.05.86, figura adscrito al servicio de medicina intensiva del Hospital "X.C.". 2.- Que el 25.01.94, el actor fue desplazado al centro de especialistas de la Doblada y tras la reclamación previa preceptiva, el actor presentó demanda ante el Juzgado de lo Social que fue turnada al nº 2 de los de Vigo (Proc. 521/93), celebrándose la vista oral el día 17.09.93, el actor propuso como medios de prueba entre otros, prueba testifical, que fue proveída, citando el juzgado para su practica a J.A.M.C. y M.J.A.R., que comparecieron y depusieron en el juicio, dictándose sentencia por el citado juzgado, con fecha de 28.09.93, contra la que se interpuso por el actor recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que no consta haya sido resuelto. 3.- Que con fecha de 06.06.94, el actor presenta demanda ante esta jurisdicción social, alegando la existencia de actos de represalias del Sergas contra los testigos que comparecieron y depusieron en la vista oral celebrada en el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, con fecha de 17.09.93 (Proc. 521/83), lo cual estima como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, solicitando en el suplico de la demanda que se declare que ha exis-

tido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por parte de la demandada, declare la nulidad radical de la conducta de la empleadora, condene el cese inmediato del comportamiento de la empleadora y la reposición de la situación al momento anterior al 05.10.93, esto es, al Doctor M., al puesto de coordinador del Centro de Especialidades de la Doblada y a la Sra. A.R. en la unidad de arritmias como enfermera y condene a la demandada a abonar una indemnización de cinco millones de pesetas, tanto al actor como a cada uno de los perjudicados, Srs. M. y A.R.

4.- Que con fecha de 11.07.94, por este Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo se dictó sentencia estimando la excepción de falta de legitimación activa del actor, absolviendo en la instancia al demandado Servicio Galego de Saúde, sin entrar en el fondo del asunto, e interpuesto recurso de Suplicación por el actor, contra la citada sentencia, con fecha de 17.11.94, se dictó sentencia, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, acogiendo parcialmente el recurso interpuesto por el actor declarando su legitimación activa para interesar que se declaren la cualidad represaliante de la conducta empresarial frente a la que se acciona y el reconocimiento de indemnización en favor propio, a la par que confirma su falta de legitimación para solicitar la nulidad radical y falta de efectos de las concretas medidas injustamente represaliantes y así entrar a conocer la cuestión de fondo, anulando la sentencia dictada por este juzgado, con fecha de 11.07.94, retrotrayendo las actuaciones al objeto de que por el juzgador se dicte resolución sobre la cuestión de fondo solicitada y por respecto de la cual se ha admitido la legitimación activa.

5.- Que el Doctor M.C., Médico, presta servicios en el complejo hospitalario "X.C." desde el 17.06.1974, con autorización de carácter provisional, como médico adjunto del servicio de Radiología, desde el 21.04.77, con nombramiento de carácter definitivo como médico adjunto de Electro-radiología y desde el 20.07.77, con nombramiento de carácter definitivo, como jefe de sección del servicio de Radiología. En el año 1991, se le nombra coordinador del centro de especialidades de la Doblada, cargo de libre designación, si bien dicho cargo no requiere nombramiento alguno y no existe en la plantilla orgánica ni presupuestaria del complejo Hospitalario la figura del Coordinador del Centro de Especialidades de la Doblada y desde esa fecha el actor venía realizando esas funciones, manteniendo funciones asistenciales en el servicio de Radiología a dedicación parcial, no existiendo una

mayor retribución por las funciones adicionales de coordinador del Centro de Especialidades de la Doblada. Si bien percibía "gratificaciones", que también percibían otros miembros del Servicio de Radiología por programas especiales de reducción de tiempos de espera para procedimientos diagnósticos, cantidades variables en función de la actividad extraordinaria realizada mensualmente. Y por escrito de fecha 25.10.93 el director gerente comunicó al doctor M., que a partir del recibo de la presente, queda sin responsabilidad en cuanto a la coordinación del C.E. de La Doblada, pasando a realizar en plena dedicación sus funciones de jefe de sección de Radiología en dicho centro de especialidades. Que a consecuencia de la sectorización de la población del Área de Salud de Vigo y el apoyo prestado por el servicio de Radiología del "H.X." a la población adscrita al Hospital "M." se incrementó la demanda de pruebas radiológicas y para procurar una respuesta adecuada en tiempo y calidad a dicha demanda de pruebas radiológicas, se le relegó al actor a las tareas adicionales que tenía que realizar como coordinador del C.E. de La Doblada, a fin de que asumiese plenamente sus funciones como jefe de sección de Radiología, quedando a disposición del jefe del servicio de radiología.

6.- Que M.J.A.R., viene prestando servicios en el complejo Hospitalario "X.C.", con categoría profesional de enfermera, desde el 08.08.90, procedente de traslado, habiendo trabajado en los siguientes servicios: desde el 13.08.90 al 09.12.90 en quirófano, del 10.12.90 al 30.01.94, en Unidad de Arritmias, del 31.01.94 al 19.04.94, en urgencias y a partir del 20.04.94, en Hospital de Día. Que la actora se incorporó a la Unidad de Arritmias el 10.02.90, al tratarse de un nuevo puesto se le facilitó formación específica para el desarrollo del nuevo trabajo, asistiendo a cursos, que habitualmente pagan las casas técnicas y ello al igual que a otros profesionales que se incorporan a nuevos puestos. La plantilla de la Unidad de Arritmias, constaba de dos enfermeras y un auxiliar de enfermería y con fecha de 13.12.92 una de las enfermeras solicita traslado de la unidad y uno de los facultativos es trasladado a la C.E. La Doblada y al disminuir el volumen de trabajo quedan una enfermera y un auxiliar. La auxiliar de enfermería I.T., coloca los holter bajo la supervisión de la enfermera M.J.A. y ante las reiteradas quejas del facultativo responsable de la lectura, de los Hólters, el doctor M., se retira a M.I.T. de esta labor, pasando a hacerse cargo de la consulta y M.J.A. de la colocación del Holter. Que

desde el mes de marzo de 1993, hasta enero de 1994, fecha en que M.J.R. estuvo prestando servicios en la Unidad de Arritmias, el Doctor B.T. de la Unidad de Arritmias envió numerosos escritos a la Dirección de enfermería, denunciando las actuaciones de dicha enfermera, del entorpecimiento de todo en la marcha de la unidad, entorpecimiento entre las laborales del personal de enfermería, solicitando reiteradamente la sustitución de dicha enfermera y su traslado. Y con fecha de 31.01.94, el director gerente comunica a la Junta de Área que ante los hechos de conflictividad que vienen ocurriendo en la unidad de arritmias y acogiéndonos a los acuerdos de movilidad de traslados internos, comunica a la Dirección de Enfermería el cambio de puesto de trabajo del personal de enfermería de dicha unidad, debido a la problemática grave existente, asignándole a la citada M.J.A.R. el servicio de urgencias y el servicio al que se incorpora el 31.01.94, y causa baja por accidentes de trabajo el 05.02.94, con el diagnóstico de cervicalgia aguda por movilización de paciente causando alta el 17.04.94, posteriormente la Dirección notificó su incorporación a la unidad de reanimación quirúrgica de donde procede, no llegando a ejecutarse dicha incorporación a dicha Área y posteriormente se le propone una nueva ubicación, ofertándole varias plazas también el Hospital de Día, plaza la cual es aceptada por ella y donde presta servicios desde el 10.04.94, donde realiza un turno de 10 a 17 horas, con concesión de comidas a cargo del centro. 7.- Que el complemento específico percibido por las enfermeras, en el Área de Hospitalización y en el Área de Consultas Externas, y con la llegada de la nueva Dirección de Enfermería se lleva a cabo una regulación del citado complemento que se efectúa en diciembre de 1993, que afectó a todo el personal de consultas externas, también a M.J.A.R., que pertenecía a este grupo. Regularizándose el complemento específico a partir del 12/93, y no exigiéndose devolución alguna de la diferencia a ninguna de las personas afectadas, al tratarse de un error administrativo del Hospital. 8.- Que con fecha de 27.04.94, se convocan plazas para movilidad interna (concurso de traslados internos), entre las cuales se oferta una plaza para la unidad de arritmias y M.J.A.R. con fecha 02.05.94, dirigió escrito al Director de Enfermería, solicitando que la actora que si la plaza de enfermera en la unidad de arritmias que aparece en la convocatoria es la que ella venía desempeñando y en caso positivo considerada el escrito como una impugnación formal a la

convocatoria. 9.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del procedimiento”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por F.M.S. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones contenidas en demanda”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la desestimación de la demanda, formulada en tutela de derechos fundamentales e indemnización de daños y perjuicios, el actor solicita –bajo el amparo del art. 191.b) LPL– nueve revisiones de los hechos declarados probados, referidas una de ellas al quinto ordinal, y las restantes al sexto.

En el apartado de examen del Derecho formula tres motivos en los que sucesivamente denuncia –con la cobertura del art. 191.c) LPL– las siguientes infracciones: (a) del art. 24.1 CE, en relación con el art. 179.2 LPL, por haberse desconocido la garantía de indemnidad en relación con el Sr. M.; (b) del art. 24.1 CE, en relación con el art. 179.2 LPL, por la misma causa y referida a la Sra. A.; y (c) del art. 180.1 LPL, en relación con el art. 24.1 CE, referida ya al actor y por –se afirma– desconocer la tutela judicial efectiva en su vertiente de indemnidad, al no habersele fijado indemnización alguna. Y con carácter subsidiario –vía art. 191.a) LPL– se afirma la vulneración del art. 97.2 LPL, del art. 24.1 CE y del art. 120.3 CE, por achacarse a la sentencia defecto de motivación.

SEGUNDO.- Por metodología procesal se impone tratar en primer término la nulidad de actuaciones que se plantea en el último de los motivos, pues aunque se formula con carácter subsidiario, la inaplicación transitoria del art. 227.2 LEC/200 –conforme a su DF Decimoséptima– determina que ostente plena vigencia la apreciación de oficio de defectos que afecten al orden público procesal y que debamos examinarla con prioridad a la cuestión de fondo, porque la existencia de aquéllos obstarían la resolución de la última. 1.- Con

carácter general nuevamente hemos de recordar –así, SSTSJ Galicia 4-noviembre-94 R. 89/93, 15-febrero-95 R. 559/93, 12.05.95 R. 375/93 y 22-octubre-96 R. 2.933/94, 29-noviembre-96 R. 3.371/94, 5-abril-97 R. 3.831/94, 12-septiembre-97 R. 235/95, 25-septiembre-97 R. 3.515/97, 28-noviembre-97 R. 842/95, 12-abril-99 R. 242/97, 11-junio-99 R. 2.133/99, 13-julio-00 R. 3.217/00 y 3-noviembre-00 R. 4.435/00– que el derecho a la tutela judicial que imponen los arts. 120.3 CE, 259 y 372.3 LEC, y 97.2 LPL, ha de entenderse como el derecho del justiciable y de la propia comunidad a una resolución jurídica-mente fundada y a conocer las razones de la decisión judicial. La exigencia de motivar las decisiones es inherente a la potestad judicial (mezcla inseparable de auctoritas y de imperium: STC 159/92, de 26-octubre) y descansa –STC 22/1994 (27-enero-94)– sobre una serie de finalidades que son esenciales, tanto si se las contempla desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como si se hace desde la propia esencia de la función jurisdiccional; finalidades que, con palabras de la STC 55/1987, consisten en (a) garantizar la posibilidad de control de la sentencia por los Tribunales superiores; (b) lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial que afecta a los derechos de un ciudadano; y (c) mostrar el esfuerzo realizado por el Tribunal para garantizar una resolución carente de arbitrariedad, lo que sólo puede lograrse “si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial, y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica”. Y precisamente por ello, ha de rechazarse tan sólo lo que puede calificarse como mera declaración de conocimiento o como simple “emisión de una declaración de voluntad”, que sería una proposición apodíctica (así, la STC 159/92, de 26-octubre), pero no la escueta fundamentación de la sentencia, pues aunque desde la más pura técnica procesal resulte deseable una fundamentación detallada que exprese el completo proceso lógico que condujo al Juez a su decisión y sea igualmente plausible una descripción exhaustiva de lo que se considera probado (STC 27/93, de 25-enero), la obligada tutela se satisface cuando simplemente se expresa con claridad el motivo que lleva a resolver la pretensión (así, SSTC 116/86, de 8-octubre, 13/87, de 5-febrero, 55/87, 75/88, de 25-abril, 13/89, de 5-febrero, 36/89, 14/91, de 28-enero, 34/92, 22/94, de 27-enero, 27/93, de 25-enero, 304/93, de 25-octubre, 58/94, de 28-febrero, 192/94, de 20-

junio...), siendo así que el citado derecho fundamental no impone servilismo a las alegaciones de las partes (SSTC 159/92, de 26-octubre, 67/93, de 1-marzo y 171/93, de 27-mayo) ni hace exigible una respuesta pormenorizada a los argumentos de los litigantes (STC 15-marzo-93 Ar. 90). E incluso el mismo Tribunal Constitucional ha entendido (por todas, las SS 175/1990 y 2/1992, de 13-enero) que el silencio del órgano judicial respecto de alguna de las cuestiones suscitadas por las partes puede resultar ajustado a las exigencias del art. 24.1 CE cuando, atendidas las circunstancias del caso, pueda ser razonablemente interpretado como desestimación tácita de la argumentación esgrimida por el litigante (así, SSTSJ Galicia 23-marzo-92 R. 805/92 y 5-junio-96 R. 800/94). 2.- En el concreto caso de autos, a la sentencia de instancia no se le puede hacer reproche alguno por defecto de motivación, pues los argumentos fácticos que utiliza para excluir las represalias pretendidas colman –convincientemente, además– la exigencia legal y constitucional de expresar el total proceso lógico que condujo a la Magistrada a la decisión desestimatoria de la demanda. Y ello aún a pesar de que inicialmente se hace una referencia genérica a la prueba practicada en el acto de juicio, documental y testifical, porque acto continuo se razona fácticamente con prolijidad.

En el caso del Sr. M., se sobreentiende que la prueba valorada es exclusivamente la documental aportada por el SERGAS, puesto que como testigos únicamente se manifestaron la Sra. A. –teóricamente represaliada– y el Sr. M., Director de Enfermería que limitó su intervención al caso de la citada Sra. A., subordinada suya. Pues bien, tratándose del referido Sr. M., la Juzgadora hace expresa y detallada argumentación sobre los decisivos datos de hecho justificativos de su cese como Coordinador del Centro de Especialidades de La Doblada, muy singularmente el incremento de la demanda radiológica del HX del Meixoeiro, que aconsejaba –cuando no imponía– el cese de aquél en las funciones adicionales y su concentración en los cometidos que eran propios de su puesto en plantilla, como Jefe de Sección del Servicio de Radiología; y ello –se razona– en relación a un cargo de libre disposición, inexistente en la plantilla orgánica y/o presupuestaria, y carente de dotación remuneratoria específica.

Tratándose de la Sra. A. el detalle en el discurso es aún mayor, con expresa referencia a la prueba testifical (obviamente el único

testigo al efecto, el Sr. M.) y a la documental consistente en multitud de escritos y quejas que se habían formulado contra la citada Enfermera desde marzo/93, por lo tanto con anterioridad a su intervención como testigo a instancia del Sr. M. en septiembre/93. Todo ello, se dice, acreditativo de la situación de conflictividad existente en la Unidad de Arritmias y justificativo del traslado de la susodicha Enfermera, conforme a los acuerdos sobre movilidad interna, con expresa concesión de varias opciones y sin detrimento retributivo alguno. 3.- Todo ello complementado –en términos de adecuada motivación– con el corolario de rechazar todo propósito discriminatorio o represaliante en las medidas adoptadas por el SERGAS respecto de los dos testigos, al explicitarse –en criterio de la Magistrada– una justificación objetiva y razonable; lo que determina que rechacemos la denunciada infracción de los arts. 97.2 LPL, y 24.1 y 120.3 CE. El único defecto formal –mínimo– observable en la motivación de la decisión recurrida es que la invocación de la prueba documental no va acompañada de concretas especificaciones individualizadoras, como fecha, autor o destinatario, pero la referencia a su contenido es suficientemente expresiva como para que sean perfectamente identificados tales documentos, sin que –por lo tanto– ningún reproche pueda hacerse a la sentencia desde la perspectiva de la indefensión que el recurrente mantiene.

TERCERO.- 1.- Por lo que se refiere al apartado revisorio, el recurso propone suprimir en el quinto de los HDP: (a) Desde donde dice “si bien dicho cargo no requiere nombramiento alguno y no existe en la plantilla orgánica [...] hasta “ [...] mensualmente”; y (b) desde donde dice “Que a consecuencia de la sectorización de la población [...]” hasta el final del hecho. Y en sustitución de tales textos, se interesa añadir que “La demandada no ha acreditado hechos justificativos o causas de la decisión del cese del Dr. M., distintas de lo consignado en el comunicado de su cese”. De esta forma y tras la revisión propuesta, la redacción definitiva del ordinal sería la que sigue: “5. Que el Dr. M.C., Médico, presta sus servicios en el Complejo Hospitalario Xeral-Cies desde 17.06.74 con autorización de carácter provisional, como médico adjunto del Servicio de Radiología, desde el 21.04.77, con nombramiento de carácter definitivo de Electro-Radiología y desde el 20.07.77, con nombramiento de carácter definitivo, como Jefe de Sección del Servicio de Radiología. En el año 1991 se le nombra Coordinador del Centro de

Especialidades de la Doblada, cargo de libre designación.

Por escrito de fecha 25.10.93 el Director Gerente comunicó al Dr. M. que a partir del recibo de la presente queda sin responsabilidad en cuanto a la coordinación del C.E. de la Doblada, pasando a realizar en plena dedicación sus funciones de Jefe de sección de radiología en dicho centro de especialidades. La demandada no ha acreditado hechos justificativos o causas objetivas de la decisión del cese del Dr. M., distintas de lo consignado en el comunicado de su cese. El Dr. M. declaró como testigo, a propuesta del actor (Dr. M.) en juicio celebrado a instancias de este último, contra el SERGAS, el 17.09.93, en el que recayó sentencia de fecha de 28.09.93 (hoy recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia)”. 2.- La modificación se sustenta en que “no existe en la documental de la demandada ningún documento que permita afirmar ni declarar como probado” lo que precisamente se solicita suprimir, porque –se dice– el informe de la Dirección Médica del Hospital a la Asesoría del SERGAS, “sin refrendo en juicio no puede considerarse como prueba, ni como prueba suficiente (art. 179.2 TRLPL”, al no ser suficientemente expresivo al respecto, no estar ratificado en juicio, no ser un certificado y no formar parte de un expediente administrativo; llegándose a afirmar que tener tales hechos como probados contradice los arts. 24.1 CE y 94.e) LPL, porque “imposibilita la contradicción, causa indefensión y va contra la oralidad e inmediación”.

CUARTO.- En primer término ha de indicarse que la fundamentación del motivo ya supone de por sí su desestimación, habida cuenta que con tal planteamiento revisorio se viene a desconocer –SSTSJ Galicia 5-marzo-01 R. 277/01, 8-febrero-01 R. 5.959/00, 19-enero-01 R. 5.470/00, 10-enero-01 R. 2.952/98, 16-noviembre-00 R. 3.643/97, 3-noviembre-00 R. 2.886/97, 3-noviembre-00 R. 1.832/97, 20-octubre-00 R. 3.877/97, 13-octubre-00 R. 2.500/97, 13-julio-00 R. 3.217, 30-junio-00 R. 2.962/00, 17-abril-00 R. 359/97, 11-febrero-00 R. 2.066/98, 21-enero-00 AS 103– que el presente recurso no tiene la naturaleza de la apelación ni de segunda instancia, sino que resulta ser –SSTC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– 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.

De esta forma, pues, 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 Juzgador *a quo* pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, con la exclusiva limitación –ha de destacarse– de que no sean arbitrarias, irracionales 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 Juez de instancia 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). Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado *a quo* es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho, precisamente –supuesto de que se haya practicado la “mínima actividad probatoria” a que se refieren las SSTCT 12-junio-87 Ar. 13.090, TC 37/1985, de 8-marzo, TS 21-marzo-90 Ar. 2.204 y las citadas de este TSJ Galicia– para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestiona-

ble 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 pericial (art. 632 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 de sustituir el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de instancia por su personal e interesado criterio; y en todo caso esas conclusiones judiciales se imponen al censurable procedimiento –“cómodo expediente” y “obstrucción negativa” en usuales expresión de la Jurisprudencia y doctrina– 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, 28-noviembre-90 Ar. 8.614, 26-septiembre-1995 Ar. 6.894 y 26-marzo-1996 Ar. 2.495; y las SSTSJ Galicia ya referidas).

QUINTO.- De otra parte, el documento citado es diáfanoamente claro al expresar que la causa del cese del Sr. M. era el quedar “a disposición del Jefe de Servicio de Radiología para procurar una respuesta adecuada en tiempo y calidad a la demanda de pruebas radiológicas, incrementada a consecuencia de la sectorización de la población del Área de Salud de Vigo y el apoyo prestado por el Servicio de Radiología del Hospital Xeral a la población adscrita al Hospital Meixoeiro” (folio 138). En términos que explicitan lo que se desprende de la comunicación del cese al interesado, aludiendo a que “queda sin responsabilidad en cuanto a la coordinación del C.E. La Doblada, pasando a realizar a plena dedicación sus funciones de Jefe de Sección de Radiología en dicho Centro de Especialidades” (folio 139); y no hay que olvidar que se trataba de un cargo discrecional y por ello tan escasamente precisado de justificación en el cese como en el nombramiento, al ser meras razones de oportunidad en la gestión sanitaria las que –a juicio de la Administración– han de determinar uno y

otro, sin que la intervención como testigo a instancia de un compañero pueda suponer un blindaje en su cargo de “confianza”.

SEXTO.- También se discrepa de la naturaleza y fehaciencia acreditativa que el recurso atribuye a la referida prueba. Se trata de un documento oficial incorporado a un expediente administrativo (vid. folio 70) y remitido al Juzgado de lo Social en cumplimiento de Providencia de 6-junio-94 (folio 5), por la que precisamente se acordó requerir al SERGAS para que aportase la documental interesada por otrosí en la demanda. Ciertamente que no se trata de documento público de los previstos en el art. 317 LEC y –por ello– no hace la prueba plena a que se refiere el art. 319.1 de la misma Ley adjetiva. Y aunque ni siquiera se trata de documento al que ley alguna otorgue carácter de público, con presunción *iuris tantum* de certeza (supuesto del art. 319.2), sin embargo es un documento administrativo, y esa oficialidad –aún sin ratificar– le otorga una fiabilidad que se traduce –o puede traducirse– en la fuerza probatoria que la Magistrada le concedió y de la que la Sala en manera alguna disiente, por tratarse de un recurso extraordinario –nos remitimos a lo dicho precedentemente– y porque la conclusión nos parece del todo acertada, acorde a las reglas de la sana crítica; sobre todo cuando frente a la versión oficial –siquiera no medie ratificación alguna a presencia judicial– solamente se ofrece otra que presenta como único apoyo la propia demanda, y que ni siquiera ha sido avalada testificalmente por el supuesto represaliado (el Sr. M.); con lo que igualmente brillan por su ausencia la contradicción, oralidad e inmediatez que el recurso echa a faltar en la versión y prueba del SERGAS.

SÉPTIMO.- 1.- El séptimo de los ordinales también es objeto de pretensión modificativa, concretada en las siguientes adiciones: (a).- Que la Sra. Alvarez se incorporó a la Unidad de Arritmias “por medio de un concurso interno de traslados en donde se exigía en sus bases y para su plaza la necesidad de presentar una memoria, exigencia sólo requerida para dos de las 64 plazas convocadas”. (b).- Que “Con fecha 30 de Septiembre 1993 el Dr. B. propone la sustitución de la testigo en escrito de siete puntos. En el 3º señala que él acudió al Juicio de 17.09.93 por orden de la Gerencia. En el 4º añade textualmente: Poco más tarde me encuentro a la enfermera M.J.A.R. en la vista de la mencionada demanda como testigo del Dr. M., realiza declaraciones

contrarias a los intereses actuales de la unidad y sospecho que ha hecho llegar al Dr. M. documentos internos y de pacientes de la unidad que han sido utilizados por el en la vista. Si en los próximos días confirmo esta sospecha lo haré saber ya que considero grave esta incidencia, existiendo el antecedente de que la gerencia ha ordenado en dos ocasiones cambiar las cerraduras de la unidad”. (c).- Que “Con fecha 20.10.93 la enfermera presentó escrito al Director de Enfermería en el que solicita se expliciten todas las quejas que parecen haber contra ella con el fin de poder defenderse; no consta hubiera contestación al mismo. A su vez, el 31.01.94 se dirige al Director Gerente del Hospital por escrito dejando constancia de ciertas incidencias y de “su indignación porque los representantes de La Dirección de Enfermería me recalquen como un hecho muy negativo para mí el haber acudido como testigo al juicio del Dr. M. contra el Sergas, cuando simplemente ha cumplido sus deberes como ciudadana”; y de la lesión de su honor que producen los comentarios difundidos en tal sentido. También por escrito de 10.02.94 se dirige al Director de Enfermería, transcurridas dos semanas de su salida de La U. de Arritmias, solicitando explicaciones al respecto, pues, dice, Vd. no me ha dado sino dos explicaciones, que acudí a prestar declaración a un juicio que planteó el Dr. M. y que el Dr. B. basa su desconfianza en que he facilitado información para dicho juicio”. (d).- Que “Con fecha 03.11.93 el actor denunció a la Junta de Área del Hospital la situación de ambos testigos (Dr. M. y Sra. A.), poniendo en relación los problemas de ambos con el hecho de haber acudido como testigos al juicio por él promovido”. (e).- Que “Con fecha 04.02.94 el Director Gerente comunica a la Junta de Área del Hospital que serán trasladadas tanto la enfermera como la auxiliar de clínica de la U. de Arritmias (M.J.A. e I.T., respectivamente). La auxiliar de clínica, Sra. T., a pesar de la comunicación indicada, continúa trabajando en la U. de Arritmias. El 07.03.94 la Junta de Área notifica a la Sra. A. que no le constan las razones de su traslado”. (f) Que “El 12.04.94 el Director de Enfermería, a requerimientos de la enfermera, le notifica a ésta que: “su cambio de puesto de trabajo fue realizado ante el deterioro de la convivencia en el seno de la Unidad de Arritmias, con repercusiones asistenciales, y acogiéndose a los acuerdos de movilidad de traslados internos. Asimismo, deseo aclararle que, en ningún momento, se puso en duda su profesionalidad”. A su vez, el 10.02.94 le había notificado por escrito: “le

comunicamos que, en el momento en que se incorpore de su I.L.T., su puesto de trabajo será en el Servicio de Reanimación, turno rotatorio". (g) Que la aceptación de plaza en el Hospital de Día por parte de la Sra. A. fue realizada "transitoriamente". (h).- Que "El 27.04.94 se produce en el Hospital Xeral convocatoria de vacantes internas para el personal de enfermería, ofertándose, entre otras, plaza vacante de enfermería de U. de Arritmias, para la que exigen proyecto y entrevista, requisito no exigido para el resto de las ofertadas. La enfermera comunicó su impugnación al Director de Enfermería por escrito de 02.05.94". (i).- Que "Los acuerdos de movilidad de traslados internos (CTI), a los que se alude en la comunicación de traslado a la enfermera, están incorporados a autos, aportados por ambas partes, y se dan por reproducidos. No constan ni la convocatoria, ni su publicación, ni actuación de la Comisión de Traslados, ni resolución de carácter general. La enfermera que no solicitó el traslado, solicitó por carta registrada dirigida al Director de Enfermería el 09.04.94, que se informara a la Comisión de Traslados, para proceder a evaluar la situación". 2.- No ha lugar a modificar el texto que figura en la decisión recurrida y que resulta diáfanoamente claro: la Sra. A. fue cesada en la Unidad de Arritmias a 31-enero-94, por el Director Gerente, tras quejas continuas profesionales del Sr. B. -desde marzo/93 a enero/94- y en causa a la conflictividad que planteaba, acogiéndose a los Acuerdos sobre movilidad de traslados internos. La realidad de estos hechos tiene incontestable soporte documental (folios 226 a 251), que muestran los continuos enfrentamientos entre el referido facultativo, la Auxiliar Sra. T. y la Enfermera Sra. A., a la que el primero acusa reiteradamente -desde mucho antes del juicio en el que compareció como testigo a instancia del Sr. M.- de graves imprudencias, constante obstruccionismo, actitud contraria a los intereses de la Unidad, desconocimientos profesionales, desatención de sus obligaciones, etc. Escritos en los que reiteradamente -desde el 26-marzo-93- solicita la destitución inmediata de la indicada Enfermera, a lo que finalmente se accede por la Gerencia en decisión que podrá cuestionarse en el plano jurídico (esta es cuestión que no afecta al presente debate), pero que en todo caso tiene su motivación en la conflictividad ya referida, que destacó Director de Enfermería -Sr. M.- en su comunicación de 12-abril-94 a la actora (literalmente, el "deterioro de la convivencia en la Unidad de Arritmias": folio 34) y que reiteró en el acto de juicio (folio 253).

Frente a estos contrastados datos resulta pura ceremonia de confusión añadir al texto los méritos profesionales de la Sra. A., sus opiniones y/o quejas -registradas o no-, las posibles denuncias del Sr. M., el que la Sra. T. continúe o no en la misma Unidad, el que la aceptación de la nueva plaza hubiese sido de forma transitoria o con carácter definitivo, así como los requisitos para cubrir nuevamente la vacante de Enfermera en la Unidad de Arritmias y lo que puedan decir los acuerdos de movilidad de traslados internos. Todo ello -ciertamente- pudiera ser útil a los efectos de determinar la corrección del cese de la tan referida Sra. A., pero no de vislumbrar su posible cualidad represaliante; y de todas formas devienen absolutamente ociosos una vez que ha resultado de palmario acreditamiento que la causa de su traslado fue la tensión y conflictividad existentes en la U. de A.; con o sin razón suficiente (éste no es el tema a debatir), ésta fue la causa y no otra.

OCTAVO.- La consecuencia de todo lo precedentemente dicho ha de ser la de que igualmente desestimemos el apartado de censura normativa -denunciada infracción de los arts. 24. CE y 179.2 y 180.1 LPL-, con rechazo de que la decisión recurrida hubiera desconocido la garantía de indemnidad y la tutela judicial efectiva. 1.- Tal como indica la STC 196/00 (24-julio), reproduciendo reitera doctrina anterior, "El derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que el ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no puede seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza ...En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos" (STC 140/99, de 22-julio; con cita de las SSTC 7/1993, 14/1993 y 54/1995). En definitiva -añade, reproduciendo la STC 197/1998, de 13 de octubre-, "el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 CE puede verse lesionado cuando de su ejercicio por parte del trabajador resulte una conducta ilegítima de reacción o respuesta a la acción judicial por parte del empresario (STC 7/1993), o a la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial (STC 14/1993)". Y la misma resolución del Alto Tribunal destaca -con recuerdo

de las SSTC 7/1993, de 18-enero; 14/1993, de 18-enero; 54/1995, de 24-febrero; 197/1998, de 13-octubre; 140/1999, de 22-julio; y 101/2000, de 10-abril- que la prohibición de tales actos de represalia se desprende del art. 5.c) del Convenio nº 158 de la OIT y del art. 4.2.g) ET, que configura como derecho básico del trabajador “el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo”. E incluso ha sido declarada por la STJCE 22-septiembre-98 (asunto C-185/1997), afirmando que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales. 2.- El citado art. 179.2 LPL preceptúa que “en el acto de juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de [derecho fundamental], corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

En la interpretación de la norma y reiterando doctrina constitucional tantas veces acogida (entre otras, con las SSTSJ Galicia 24-enero-96 R. 5.579/95, 19-julio-96 R. 3.474/96, 15-noviembre-96 R. 4.779/96, 27-noviembre-97 R. 4.407/97, 26-enero-98 R. 4.882/97, 23-marzo-99 R. 794/99 y 11-mayo-99 R. 1.522/99) hemos de señalar una vez más que la mera afirmación del componente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales no basta para justificar el desplazamiento de la carga probatoria a la Empresa, obligada así a acreditar cumplidamente que su decisión se hallaba desconectada de aquellas ilegítimas motivaciones, sino que esa inversión del *onus probandi* requiere que se acredite –por parte de quien lo afirma– un ambiente favorable a la discriminación o atentado contra el derecho fundamental (SSTC 34/1984, de 9-marzo, 21/1992 y 266/1993; SSTS de 28-marzo-85 Ar. 14.04, 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 101/2000, de 10-abril, 266/1993, 21/1992, 197/1990, 187/1990, 135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1985, 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 la misma 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 de la decisión empresarial –que no su nulidad radical– cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se había excluido en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que “puesta entre paréntesis” la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc.), la decisión “habría tenido lugar verosímelmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable” (STC 21/1992, de 14-febrero).

Igualmente ha de tenerse en cuenta que los “indicios” de que el precepto –art. 179.2 LPL– habla no son identificables con la mera “sospecha”, que consiste en “imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia”, sino que los indicios “son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto” (STS 25-marzo-98 Ar. 3.012, con cita de las SSTS 9-febrero-96 Ar. 1.007, 15-abril-96 Ar. 3.080 y 23-septiembre-96 Ar. 6.769), por lo que la misma doctrina habla de “razonables indicios” (STC 101/2000, de 14-abril, por ejemplo), o de “mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia” (STC 41/1989, de 22-marzo; citada por la STS 4-mayo-00 Ar. 4.266) ...Y la 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, en el supuesto de autos la Magistrada *a quo* ni siquiera llega a considerar –a lo que parece– que medie indicio alguno razonable de haberse producido el atentado contra derechos fundamentales por el que se acciona; y no se nos presenta esa apreciación como desprovista de razonabilidad. Y aún en caso contrario, de entenderse presente tal situación indiciaria, tan solo por la mera coincidencia de que las dos medidas de dirección hubiesen afectado a sendos empleados que habían testificado a instancia de otro en septiembre-93, la prueba practicada lleva a entender acreditado –en todo caso– que el cese del Sr. M. como Coordinador del Centro de Especialidades (mes y pico después de su testimonio) y el traslado de la Sra. A. (casi cinco meses más tarde de su comparecencia en juicio) tuvieron causa ajena a la pretendida en demanda y recurso, tal como se ha indicado al tratar –rechazar– la modificación de los hechos declarados probados: el primero para subvenir a una mayor demanda de pruebas de su especialidad de Radiología, y la segunda por los continuos enfrentamientos tenidos en la Unidad de Arritmias. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por don F.M.S., confirmamos la sentencia que con fecha 18-febrero-1995 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº tres de los de Vigo, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE.

3177 Recurso nº 65/01

S.S. ACOSO SEXUAL. ESTIMACIÓN DE VULNERACIÓN DE DEREITO FUNDAMENTAL POLO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PARA A EXECUCIÓN DE SENTENCIA POLO ÓRGANO DE INSTANCIA, CÓMPRE QUE O DE SUPPLICACIÓN SE PRONUNCIE SOBRE OS DEMAIS MOTIVOS DO RECURSO.

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

A Coruña, a veinticuatro de abril de dos mil uno.

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 65/01 interpuesto por “O.T.G., S.L.” y don S.B.A. contra el Auto del Juzgado de lo Social núm. dos de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 876/94 se presentó demanda por doña A.M.I.E. en reclamación sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandados la empresa “O.T.G., S.L.” y don S.B.A., intervención del MINISTERIO FISCAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 de noviembre de 1994 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- La actora A.M.I.E. viene prestando servicios para la empresa demandada “O.T.G., S.L.” desde el 01.06.94, con la categoría profesional de dependiente y un salario mensual de 67.294 ptas. más 12.054 ptas. de prorrata de pagas extras; con contrato de aprendizaje de seis meses de duración. La actora presta sus servicios en un vídeo club. La empresa “O.T.G., S.L.” está constituida por S.B.A. y su esposa M.I.R.D.B. En el vídeo-club, solían estar además de la actora, el Sr. B. y a veces su esposa.- II. La actora prestó servicios en la empresa “A.”, como cajera-dependiente con contratos de naturaleza temporal desde 08.06.92, y entre los períodos de verano y Navidad.- III. En mayo de 1994 la actora fue llamada por la empresa “A.” para su contratación temporal a partir del 30.05.94 y por 3 meses, no aceptando dicho trabajo por haber encontrado otro como encargada de un vídeo-club.- IV.- La actora estuvo de baja por I.L.T. desde 04.07.94 hasta el 11.07.94 por dolor en un brazo.- V. El 01.08.94 la actora empezó a disfrutar de sus vacaciones hasta el 16.08.94, y el 17.08.94 fue dada de baja por I.L.T. con el diagnóstico de depresión.- VI. El día 24.07.94 la actora estuvo comiendo con su esposo y su hija y con el Sr. B. y su esposa, en

la casa que éstos tienen en Gondomar.- VII. El 26.07.94 la actora invitó a tomar un café después de comer y porque era su santo, al Sr. B. y a E.C. (que ayuda a su padre en un bar que está frente al vídeo-club donde la actora presta servicios), pero éstos no fueron.- VIII. A finales de junio de 1994 la actor comentó a E.C., que era muy conocido del jefe, no sólo porque ayudaba en el bar de su padre donde a veces tomaban café juntos, sino porque es aficionado a los bonsais como el Sr. B., que éste se sobrepasaba con ella.- IX. El Sr. B. en una ocasión tocó a la actora en el trasero y ella le amenazó con darle una hostia si volvía a hacerlo, ante lo cual el Sr. B. le pidió disculpas. En múltiples ocasiones el demandado Sr. B. hizo alusiones sexuales a la actora, que la incomodaban, como que podía acostarse con él, seguir felizmente casada y que ello reforzaría la vida matrimonial, o que se le iban las manos a la blusa que llevaba la actora, o que no tuviera complejo de pechos grandes porque él veía que los tenía muy bonitos.- El Sr. B. provocaba roces físicos continuos con la actora, sólo por el hecho de cruzarse en la tienda y llegó a ofrecerle las llaves de una casa que tenía, y hacerle manifestaciones como cuando lo hagas conmigo verás la diferencia.- X. El 08.08.94 y estando de vacaciones la actora, que se encontraba incómoda por los comportamientos del demandado y no quería volver a trabajar al finalizar sus vacaciones, acude al Servicio de información y asesoramiento de los Derechos de la Mujer, dependiente del Concello de Vigo y cuenta a la asesora jurídica sus problemas en el trabajo, quien le aconseja que denuncie y que hable con la psicóloga.- XI. La psicóloga adscrita al Centro de información citado examina a la actora y emite informe en el que diagnostica que la actora presenta un cuadro ansioso, con síntomas de tipo nervioso y es dada de baja laboral el 17.08.94 con el diagnóstico de Depresión Secundaria stress laboral.- XII. Se ha intentado conciliación ante el S.M.A.C.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO.- Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por A.M.I.E. contra “O.T.G., S.L.” o S.B.A., debo declarar y declaro la existencia de vulneración del derecho a la integridad física y moral y la intimidad personal derivados del acoso sexual y debo condenar y condeno a los demandados de modo solidario, a que indemnicen a la actora en la cantidad de 775.000 ptas. por los daños materiales, físicos y morales sufridos. Líbrese testimonio de la presente resolución y

autos para su remisión a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

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, dictando la Sala sentencia con fecha 9 de febrero de 1995 y cuyo fallo es del siguiente tenor literal: “Que debemos estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por “O.T.G., S.A.” y don S.B.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Vigo de 19 de noviembre de 1994, revocándola y declarando que la actora doña M.I.E. no ha sido agredida sexualmente por el empresario recurrente ni se han vulnerado sus derechos fundamentales, absolviéndose a la empresa y demandado, de la reclamación. Y dése a los depósitos constituidos el destino legal de acuerdo con lo antes expuesto.”

QUINTO.- Interpuesto recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia de esta Sala, el indicado Tribunal dictó sentencia fechada el 13 de diciembre de 1999 cuyo fallo es el siguiente: “FALLO/ En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA/ Ha decidido: Otorgar el amparo solicitado por doña A.M.I.E. y en consecuencia/ 1º Reconocer que se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal (arts. 10 y 18.1 C.E.)/ 2º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó el 9 de febrero de 1995, recaída en el recurso de Suplicación núm. 320/95.”

SEXTO.- Recibidos los autos del Tribunal Constitucional, la Sala acordó dictar nueva sentencia en presencia de que la anterior fue declarada nula, designándose al efecto nuevo Ponente por jubilación del anterior.

SÉPTIMO.- En dicha sentencia, de fecha 23.01.2001, se contiene el siguiente fallo: “Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por “O.T.G., S.L.” y don S.B.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo de fecha 19 de noviembre de 1994 (autos nº 876/94), revocamos la resolución de instancia en el único sentido de reducir a 569.430 ptas. (QUINIENTAS SESENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTAS TREINTA PESETAS), el total de la indemnización por daños establecida, confirmando el resto del

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

OCTAVO.- El Juzgado de lo Social número dos de Vigo había dictado Auto de ejecución de sentencia firme, entendiéndose por tal la dictada en su día por ese mismo Juzgado, Auto que es objeto del presente recurso de Suplicación.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Tras el fallo del Tribunal Constitucional que, otorgando el amparo solicitado, reconoció haberse vulnerado el derecho a la intimidad y acordó restablecer a la demandante en su derecho, declarando, a tal fin, la “nulidad de la sentencia de la Sala de lo Social”, el Juzgado de instancia decidió ejecutar su propia sentencia al considerar que había devenido firme, resolución que es recurrida por la empresa ejecutada a través de un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 24.1 de la Constitución, 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 235.1 y 239 de la L.P.L.

SEGUNDO.- Yerra, en efecto, la resolución impugnada. La sentencia de esta Sala de 09.02.95 (Recurso nº 320/95) revocó la de instancia por inexistencia de acoso sexual. La del Tribunal Constitucional anuló la de la Sala por apreciar que sí hubo acoso sexual. Ello provoca que la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia deba, partiendo de la ya incontrovertible declaración de vulneración del derecho fundamental, pronunciarse sobre el resto de los motivos articulados en el recurso de Suplicación: en concreto, el relativo a la impugnación de la cuantía indemnizatoria fijada en la instancia. Y así lo hizo en la sentencia de 23.01.2001 (Recurso nº 320/95), revocando la de instancia en dicho particular (expresamente excluido de análisis en la primera sentencia, más tarde anulada por el T.C.)

En suma, ha de revocarse el Auto de instancia y dejar sin efecto la ejecución seguida al atribuir el juez “a quo” la categoría de ejecutoria a una resolución que no es firme: es más, ha sido parcialmente revocada. La resolución a ejecutar -de ganar firmeza- es la de esta Sala de 23.01.2001. Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la “O.T.G., S.L.” y por don S.B.A. contra el Auto del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo de fecha 26.09.2000, revo-

camos la resolución impugnada, dejando sin efecto la ejecución tramitada.

3178 Recurso nº 253/00

S.S. IMPUGNACIÓN DE ALTA MÉDICA. INCAPACIDADE TEMPORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABALLO, ENTÉNDESE POR TAL AS ENFERMIIDADES OU DEFECTOS PADECIDOS CON ANTERIORIDADE QUE SE AGRAVEN COMO CONSECUENCIA DA LESIÓN CONSTITUTIVA DO ACCIDENTE. RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL EN ORDE ÁS PRESTACIÓNS.

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

A Coruña, a veinticinco de abril de dos mil uno.

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. 253/00 interpuesto por “M.G.” y “G., S.A.” 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 R.A.G. en reclamación de IMPUGNACIÓN ALTA MÉDICA siendo demandado “M.G.”, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, “G., S.A.” y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 619/98 sentencia con fecha uno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- El actor R.A.G., mayor de edad, con D.N.I..., afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, con el nº 36/594.885, viene

prestando servicios para la empresa “G., S.A.”, dedicada en Tui a la actividad de productos químicos, empresa que tenía concertado el riesgo de accidente de trabajo con la “M.G.”.- 2º.- Que el actor venía prestando sus servicios como calandrista, puesto de trabajo en el cual tiene que realizar esfuerzos con pesos en su jornada laboral de 8 horas, labor que realiza de pie, flexionando su columna lumbar y dorsal, teniendo que mover pesos entre 50 y 75 Kilos, que al cabo de la jornada laboral diaria puede haber movido entre 2.000 y 5000 Kilos de peso.- 3º.- Que con fecha de 23.02.1998, cuando el actor se encontraba en la sección donde trabaja, realizando funciones de introducir goma en la calandra, y coger rollos de goma, cuyo peso oscila entre los 15, y los 20 Kg. Este sufrió un accidente de trabajo por sobreesfuerzo, causando baja por AT con dicha fecha, con el diagnóstico de lumbalgia de esfuerzo y con una base reguladora de 171.000.- ptas. mensuales.- 4º.- Que el actor permaneció en situación de baja por IT derivada de AT, desde el 23.02.1998 al 11.08.1998 fecha en que la “M.G.” expide el parte de Alta del actor, por: “debe pasar a la Seguridad Social”.- 5º.- Que el actor, pese al Alta continuó con lumbalgia, e inició nueva IT (por contingencias comunes el 07.10.1998).- 6º.- Que el actor padece: Canal estrecho constitucional. Protusión Discal L4-L5, sin compromiso radicular. Patología congénita, pero se desencadena la sintomatología por la realización de esfuerzos físicos repetidos.- 7º.- Que la empresa “G., S.A.”, concertó Documento de Asociación, con la “M.G.”, con efectos de 24.10.94, la cobertura del riesgo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, estando al descubierto en las cotizaciones a la Seguridad Social, en los siguientes períodos: Año 1996 de abril a diciembre; año 1997 de enero a diciembre; año 1998 de enero a septiembre.- 8º.- Que con fecha de 11.09.1998, el actor presentó sendos escritos de reclamación previa, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Servicio Galego de Saúde impugnando el Alta médica, expedida por la Mutua.- 9º.- Se presentó demanda ante esta Jurisdicción Social con fecha 30.10.1998”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimado la excepción alegada y estimando la demanda interpuesta por R.A.G. contra “M.G.”, “G., S.A.”, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo anular el Alta Médica expedida

por la Mutua el 11.08.1998 y que se reponga al actor en la situación de IT derivada de Accidente Laboral desde tal fecha, con el abono de las prestaciones correspondientes condenando a la MUTUA, a que anticipe el abono de tales prestaciones, con responsabilidad de la empresa, por descubierto de cotización, declarando la responsabilidad subsidiaria del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL”.

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 rechaza la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, estima la demanda interpuesta por el actor don R.A.G., anula el alta médica de 11.08.98 y acuerda que reponga al actor en la situación de IT derivada de accidente laboral desde tal fecha, condenando a la “M.G.” demandada a que anticipe el abono de tales prestaciones, con responsabilidad de la empresa “G., S.A.” por defecto de cotización, y declarando la responsabilidad subsidiaria del también demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Y contra este pronunciamiento recurren tanto la entidad “G., S.A.” como la “M.P.”, articulando, la primera, dos motivos de suplicación, uno de revisión de hechos y otro, de infracción jurídica, y la “M.G.” otros cuatro motivos, tres de modificación de hechos probados, y el cuarto, relativo al examen del derecho aplicado, en cuyo primer apartado reproduce la excepción de falta de agotamiento de la vía previa.

SEGUNDO.- Entrando en el examen de los tres motivos de revisión de hechos probados interpuestos por la Mutua Patronal, al amparo del art. 191.b) de la LPL, interesa dicha recurrente la modificación de los ordinales cuarto y quinto del relato fáctico, así como la adición de un nuevo hecho probado, con los contenidos siguientes: * El hecho cuarto, para que se redacte expresando: “Que el actor permaneció en situación de I.T. derivada de accidente de trabajo desde el 23 de febrero de 1998 al 11 de agosto de 1998, fecha en que la “M.G.” expide el parte de alta del actor, en atención a la situación estabilizada de sus dolencias y que no existía radiculopatía en aquel momento. Ya en abril de 1998

se había apreciado que no existían signos objetivos de padecimiento lumbar y/o afectación radicular y/o discal-lumbar; sin que se presentasen contracturas musculares ni limitación a la movilidad. El alta se emite después de 36 sesiones de rehabilitación y, en consideración a que la tomografía axial computerizada (T.A.C.) realizada al paciente había arrojado un resultado de canal estrecho medular de origen constitucional, y una protusión discal L4-L5 sin compromiso radicular, se entendió que el trabajador debía ser visto por los Servicios Médicos de la Seguridad Social en relación con dicha patología de origen congénito, y así se hizo figurar en el informe médico adjunto al alta". * El hecho quinto, para que en el mismo se haga constar: "Que el actor, una vez fue dado de alta se incorpora a su trabajo, y no consta que haya recibido asistencia médica o que estuviese incapacitado para trabajar, hasta el 7 de septiembre de 1998, fecha en la que es dado de baja de nuevo por enfermedad común". * Y la adición, con los términos: "Una vez dado de baja el trabajador por Contingencias Comunes el 7 de septiembre del año 1998, solicitó el mismo el inicio de un expediente de determinación de contingencia de dicho proceso. Ante tal solicitud, el I.N.S.S. abrió expediente de determinación de Contingencia y recabó la documentación necesaria de los antecedentes de la baja por accidente de trabajo a la "M.G.". La Mutua remitió al I.N.S.S. la documentación relativa al expediente de baja por accidente de trabajo, mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 1998. El I.N.S.S. citó al trabajador a reconocimiento médico, el cual fue practicado en fecha 27 de noviembre de 1998; en dicho reconocimiento médico, se aprecia como situación clínica del trabajador: que refiere limitación a la flexión lumbar, pero que la extensión e inclinaciones están conservadas, que camina de punta y talón, que el lasseque es negativo, que los reflejos osteotendinosos son simétricos y que no tiene hipotrofias musculares. En dicho informe médico de síntesis, el equipo de valoración médica que ve al trabajador, llega a la conclusión de que en todo caso el proceso en fecha 7 de septiembre del año 1998 es derivado de una patología congénita y que la Contingencia es la de Enfermedad Común. No consta que se haya emitido resolución por parte del I.N.S.S. en el expediente de determinación de Contingencias".

Las modificación interesada del hecho cuarto no resulta acogible, pues lo interesado

ya figura en lo substancial en dicho hecho impugnado y en el sexto del relato fáctico, sin que resulten admisibles modificaciones accesorias o de matiz, unidas a las valoraciones particulares de la recurrente. Por otro lado, la del hecho quinto, resulta atendible únicamente en el particular relativo a la fecha de la nueva baja por contingencias comunes, que fue el 07.09.98, en vez del 7 de octubre (folio 47 de las actuaciones), rechazándose la nueva redacción al aparecer contradicha por la apreciación de la prueba realizada por la Juzgadora "a quo" en base al informe médico de síntesis obrante a los folios 91 y 92 de las actuaciones, siendo su interpretación acorde con las reglas de la lógica y de la sana crítica, por lo que no puede ser sustituida por la mas subjetiva e interesada de parte que realiza la Mutua recurrente.

Procede acoger también parcialmente el hecho nuevo que se interesa, con la siguiente redacción acorde con la documental obrante en el expediente administrativo: "Una vez dado de baja el trabajador por contingencias comunes el 7 de septiembre del año 1998, solicitó el inicio de un expediente de determinación de contingencia de dicho proceso. Ante tal solicitud, el I.N.S.S. abrió expediente de determinación de Contingencia y recabó la documentación necesaria de los antecedentes de la baja por accidente de trabajo a la "M.G.". La Mutua remitió al I.N.S.S. la documentación relativa al expediente de baja por accidente de trabajo, mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 1998. El I.N.S.S. citó al trabajador a reconocimiento médico, el cual fue practicado en fecha 27 de noviembre de 1998". Ha de rechazarse la restante redacción que se propone, al contener una particular y sesgada valoración del informe médico de síntesis que no es susceptible de reflejarse en los hechos probados, y que no permite apreciar en la sentencia de instancia el pretendido error de valoración probatoria.

TERCERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la empresa "G., S.A.", interesa con amparo procesal en el art. 191.b) de la LPL, la modificación del hecho segundo en el sentido de que se suprima del mismo la expresión "entre 50 y 75 kg.", y en su lugar se adicione: "...entre 15 y 20 kg.". Motivo que ha de tener favorable acogida por resultar así de la documental que se cita y del parte de accidente (folio 31 de las actuaciones). Igualmente, interesa también la empresa demandada la supresión en el hecho probado sexto de la

expresión "...pero se desencadena...", y en su lugar recoger "...puede desencadenar...". Modificación que no puede prosperar, pues la redacción del hecho impugnado es el resultado de la valoración conjunta de las pruebas practicadas por la Magistrada de instancia, cuyo objetivo e imparcial criterio no puede ser sustituido por el mas subjetivo e interesado de parte, en base a un punto concreto de un informe.

CUARTO.- Ya en sede jurídica sustantiva, el apartado primero del cuarto de los motivos del recurso de la "M.G." denuncia infracción del art. 71 de la LPL, por entender que el INSS inició -a instancia del trabajador- procedimiento para determinar la contingencia de la baja, siendo emitido informe médico de síntesis, sin que haya recaído en ese expediente resolución administrativa, puesto que el trabajador inició procedimiento judicial durante la tramitación del mismo.

El análisis de la invocada excepción, lleva a la mismo conclusión desestimatoria a que llegó la sentencia recurrida, pues en demanda se ejercita por el actor una pretensión impugnatoria del alta médica dada por la Mutua el 11 de agosto de 1998, constando probado y figurando en las actuaciones que con fecha 11.09.98, el demandante presentó sendos escritos de reclamación previa, frente al INSS y al Sergas, impugnando dicha alta médica, lo que permite tener por agotada correctamente la vía administrativa, y ello con independencia de que el actor interesase el correspondiente reconocimiento médico para determinar el origen de la contingencia de IT que le quejaba, ya que el hecho de que el INSS no hubiese dictado sobre este punto ninguna resolución, no le impedía al demandante plantear, una vez agotada aquélla vía administrativa, la correspondiente demanda impugnatoria del alta médica, proponiendo y practicando en el proceso la correspondiente prueba, entre ellas, el resultado del informe médico de síntesis confeccionado por el EVI.

QUINTO.- Finalmente, con el mismo amparo procesal (art. 191.c) LPL), ambas recurrentes articulan sendos motivos de suplicación que -dada su relación- han de ser examinados conjuntamente, en los que denuncian: la empresa "G., S.A.", infracción por aplicación indebida de los arts. 128 y 115.f) de la LGSS, por entender que la lumbalgia por esfuerzo que aquejaba al actor estaba curada en la fecha del alta médica, y que el inicio de una nueva IT no puede reputarse como una recidi-

va, sino como la manifestación exterior de un cuadro derivado de enfermedad común, sin relación de causalidad directa con el trabajo o con la lesión constitutiva de accidente, al acoplarle la empresa a otro cometido carente de esfuerzo. Y la Mutua Patronal, infracción también de los arts. 128 y 115 de la LGSS, sobre la base de sostener que no existe prueba alguna de que el trabajador haya estado necesitado de tratamiento por la lesión derivada del accidente de trabajo o haya estado incapacitado para trabajar después del alta emitida por la Mutua, por lo que -a su juicio- la Magistrada sólo ha tenido en cuenta las manifestaciones del propio trabajador para determinar que el alta de la Mutua es incorrecta por ser el proceso susceptible de una mayor tratamiento, ya que no existe ningún informe médico en los autos en el que pueda apoyar o fundamentar su criterio. Ambos motivos han de ser desestimados, pues de conformidad con lo dispuesto en el art. 115.2 letras f) de la LGSS, tienen la consideración de accidente de trabajo "las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente", requiriendo en tales casos su apreciación la concurrencia de un nexo causal o relación de causa a efecto, lo que puede afirmarse que existe en el presente caso desde el momento en que del relato fáctico se desprende, por un lado, que el actor -calandrista de profesión- sufrió un accidente laboral cuando se encontraba en su puesto de trabajo, al consistir sus labores en flexiones de columna lumbar y dorsal teniendo que mover pesos de entre 15 y 20 kg. A consecuencia de dicho accidente, fue diagnosticado de "lumbalgia de esfuerzo" causando baja el 23/98 y permaneciendo en situación de incapacidad temporal hasta el 11.08.98 en que la Mutua demandada expidió parte de alta, señalando al actor que debería pasar a la Seguridad Social. El demandante, pese al alta, continuó con lumbalgia e inició nueva IT el 07.09.98, lo que pone de manifiesto que no se encontraba curado del proceso de IT derivado de accidente laboral.

Por otro lado, consta también probado que los padecimientos del actor, eran: "Canal estrecho constitucional: protusión discal L4-L5, sin compromiso radicular. Patología congénita, pero se desencadena la sintomatología por la realización de esfuerzos físicos repetidos", lo que también evidencia esa relación de causa a efecto entre las lesiones padecidas con anterioridad por el trabajador y su agravación como consecuencia del esfuerzo realizado con

ocasión de su trabajo. Incluso, aunque se considerase que la empresa le acopló en otro cometido carente de esfuerzo -lo que no consta probado-, es lo cierto que el relato de hechos es concluyente a propósito de “pese al alta, continuó con lumbalgia”. Por ello, no existiendo base para apreciar una etiología ajena al accidente y, por tanto, de “naturaleza común” subsumible en el art. 128.1.a) de la LGSS, procede desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado en cuanto de forma correcta y ajustada a derecho aplicó e interpretó los arts. 133. bis, 128.1 y 115, 2.f) de la LGSS, al estimar la pretensión de demanda calificando la situación de incapacidad temporal del actor como derivada de accidente de trabajo, así como la imposición de la responsabilidad empresarial en orden al pago de la prestación (arts. 86.2.b) y 126.2 de la LGSS), sobre la base del descubierto en el pago de primas a la Mutua durante los meses de abril a diciembre de 1996, de enero a diciembre de 1997 y de enero a septiembre de 1998, lo que evidencia una reiterada y significativa voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar (STS/IV de 1 de febrero de 2000, Ar. 1.436, dictada en Sala General; a la que siguen las 29 de febrero y 27 de marzo de 2000, Repertorio del CGPJ-EDE. 7.059 y 4.729; y 19 de abril de 2000, Ar. 4.246).

SEXTO.- Las costas de los recursos han de ser impuestas a las respectivas partes vencidas, incluyéndose en las mismas la cantidad de 25.000 ptas., por cada recurrente, en concepto de honorarios de Letrado de la parte impugnante. (art. 233 LPL).

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandada “M.G.” de Accidentes de Trabajo, así como el formulado por la empresa, también demandada, “G., S.A.”, contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 1999 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, en los presentes autos sobre impugnación de alta médica tramitados a instancia del demandante don R.A.G., frente a las referidas demandadas, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con imposición a las recurrentes de las costas causadas por sus respectivos recursos que comprenderán la cantidad de 25.000 ptas., cada uno, en concepto de honorarios de Letrado de la parte impugnante.

3179 Recurso nº 1.745/01

S.S. DESPEDIMIENTO DISCIPLINARIO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL. ABONDA CON QUE SE PROBEN ALGUNHAS DAS IMPUTACIÓNS FEITAS NA COMUNICACIÓN ESCRITA, SE REVISTEN GRAVIDADE SUFICIENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a vinte e sete de abril de dos mil uno.

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. 1.745/01 interpuesto por don M.L.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.L.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “C.S., S.L.” (M.R.W.) y M.R.W. “F., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 930/00 sentencia con fecha doce de febrero de dos mil uno 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 viene prestando servicios por cuenta y organización de la empresa “C. S., S.L.”, franquicia de la empresa “F., S.A.”, desde el 27 de septiembre de 2000 (según se reconoce en nómina), con la categoría de “repartidor de mensajería”, bajo el nº 5 de repartidor, y percibiendo un salario mensual con prorrateo de pagas extraordinarias de ochenta y dos mil cuatrocientas sesenta pesetas (82.460 ptas.)./ SEGUNDO.- La empresa “C.S., S.L.” es una franquiciada de la empresa “F., S.A.”, la cual tiene patentada la marca “MRW W.C.”, que le fue concedida el 16 de octubre de 1990 por duración de 20 años. Con fecha de 1 de septiembre de 2000, la empresa “F., S.A.” autoriza a la empresa demandada “C.S.,

S.L.", por un prazo de dos anos prorrogable, "la utilización de la marca MRW para el desarrollo de sus actividades comerciales de mensajería, transporte y reparto de paquetes, en la forma y condiciones que se dirán, utilizar los nombres comerciales y marcas registradas, conocimientos, experiencias, insignias, diseño, combinación de colores, accesorios y métodos de publicidad y comercialización" (Pacto Primero del Contrato de Concesión de Marca)./ TERCERO.- El actor tiene un área de reparto que incluye la zona de Fontiñas, Touro, Polígono del Tambre, San Marcos, Sigüeiro, Lavacolla, O Pino. El modo de proceder a realizar la distribución del reparto diario de mensajes o paquetes la fija el propio mensajero según su conveniencia./ CUARTO.- El día 8 de noviembre de 2000, el actor entrega con una hora de retraso sobre el horario máximo establecido un envío destinado al Hotel "S.A." en la ciudad de Santiago./ QUINTO.- El día 11 de noviembre de 2000, el actor entrega en el Aeropuerto de Lavacolla, en las dependencias de Air Europa, un envío a las 18.25 horas del mencionado día y mes, cuando la hora máxima establecida eran las 11.13 horas, esto es, verifica la entrega con siete horas de retraso./ SEXTO.- El día 14 de noviembre de 2000, el actor debe hacer una entrega en el Colegio de Ingenieros y Obras Públicas, de Santiago, como hora máxima de entregas las 11.00 de dicho día y mes, realizándose la mencionada entrega a las 11.30 horas, antes de la hora máxima establecida, según figura en el albarán correspondiente./ SÉPTIMO.- El 14 de noviembre de 2000 la empresa "M." remite al CHUS un envío cuya entrega debía haber realizado el actor como hora máxima a las 11.00 del día 15 de noviembre, verificándose la misma con una hora de retraso./ OCTAVO.- El día 16 de noviembre de 2000, la empresa "C.S., S.L." recibe de la empresa "F." una carta en la cual se manifiesta su queja hacia la actitud mantenida por uno de los mensajeros de la citada empresa en su actividad laboral de entrega de paquetes en las instalaciones de "F." el día 13 de noviembre, lo cual ha motivado que esta empresa y "hasta nuevo aviso" prohibiese terminantemente la entrada en sus instalaciones de vehículos y personal de MRW./ NOVENO.- El día 17 de noviembre de 2000, el actor entrega a las 12,30 H en la Torre de Control del Aeropuerto de Lavacolla un envío con hora y media de retraso sobre la hora máxima fijada. Ello determina que el siguiente envío que el actor debía entregar, fijado como hora máxima a las 11.20, en la empresa "S., S.A.", en O Pino, se hubiese demorado hasta las 13.30 de ese mismo día y

mes./ DÉCIMO.- El día 20 de noviembre de 2000, en la Consellería de Política Territorial de Santiago, situada en Area Central, el actor entregase con 40 minutos de retraso sobre la hora máxima fijada, el correspondiente envío./ UNDÉCIMO.- Los días 19 y 23 de noviembre de 2000, el actor realiza su trabajo en tiempo./ DUODÉCIMO.- El retraso en la entrega de los paquetes, mensajes, sobres o demás envíos origina que la empresa de mensajería se vea en la obligación de resarcir al cliente perjudicado por el retraso mediante un sistema de "cupones". La empresa considera "cliente" tanto a la persona física o jurídica que solicita un envío como a aquéllas que lo remiten./ DECIMOTERCERO.- El 27 de noviembre de 2000, la empresa "C.S., S.L." remite carta de despido al trabajador por gravísimos incumplimientos contractuales que centra en cinco puntos: la actuación del demandante en las dependencias de la empresa "F."; el retraso de dos horas y veinte, en la entrega de un envío destinado a la Televisión de Galiza, el día 14 de noviembre; el retraso, de 8 horas, en una entrega verificada el 16 de noviembre de 2000 en la empresa "I.", lo que ocasionó la protesta de la mencionada empresa; la no entrega, el día 24 de noviembre de 2000, de 13 sobres destinados al Campus Sur de Santiago de Compostela, que le fueron remitidos al actor a las 12 de la mañana y a las 19.00 de ea misma tarde se presenta en las dependencias de "C.S., S.L." con los 13 sobres sin haber entregado ninguno de ellos, y, por último, la negativa a realizar, el día 24 de noviembre de 2000, una entrega más que se le encomendó al regresar a las 19.00 horas a la empresa./ DECIMOCUARTO.- Con respecto a la entrega de paquetes en la Televisión de Galiza, del día 14 de noviembre de 2000, el albarán figura que dicha entrega se ha realizado por el nº 2, no por el nº 5 que es el número de repartidor que se ha atribuido al demandante por la empresa demandada "C.S., S.L.". El actor advirtió de esta situación en el juicio oral, sin embargo, fue repetidas veces preguntando por la entrega en la Televisión Gallega y lo acontecido ese día, y no negó que hubiese sido él quien tenía que realizar dicha entrega, por lo cual, no obstante el número que figura en el albarán, ha de entenderse que fue el actor, Sr. L.R., quien acudió el día 14 de noviembre a la Televisión Gallega./ DECIMOQUINTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la representación sindical o delegado de personal de los trabajadores./ DFECIMOSEXTO.- Verificada la preceptiva conciliación con fecha de 11 de diciembre de 2000, ésta finalizó "sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo de estimar y estimo la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la empresa "F., S.A." a la que absuelvo en la instancia, y en cuanto al fondo que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por don M.L.R. contra la empresa "C.S., SL.", en demanda de despido, debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las reclamaciones existentes contra ella, y debo de declarar y declaro extinguida la relación laboral que une al actor con dicha empresa".

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, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la empresa "F., S.A.", desestimó la demanda, declarando procedente el despido del actor extinguiendo la relación laboral que le unía con la empresa demandada, absolviendo a las empresas demandadas. Decisión judicial que se recurre en suplicación por el trabajador, que articula en varios motivos diferentes, en los que denuncia, quebrantamiento de forma, pretende la revisión de los hechos probados y censura el derecho aplicado.

Como primer motivo de recurso, con adecuado amparo procesal, denuncia, infracción del art. 105.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, art. 49 del mismo texto legal, en relación con los arts. 245.1.c), 248.3 LOPJ y art. 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pidiendo la nulidad de la sentencia recurrida y se repongan las actuaciones al momento de haberse infringido normas del procedimiento que causaron indefensión, dictando una nueva resolución sin tener en consideración otros hechos que los contenidos en la carta de despido, suprimiendo concretamente los hechos declarados probados 4, 5, 6, 7, 9, 10 y 14; por entender que la Juez había tomado en consideración para la calificación del despido como procedente conductas no imputadas en la carta de despido, y que el conjunto de aseveraciones y especulaciones contenidas en el hecho 14 carecen del carácter objetivo y preciso que requiere todo hecho probado, llegando a incluir en su redacción cuestiones tan ajenas

como el propio proceso mental seguido para llegar a su conclusión.

Censura que se rechaza, pues si bien y de conformidad con el art. 105.2 de la L.P.L. para justificar el despido, "al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido", no se puede desconocer que, aun cuando en el relato fáctico de la sentencia se recogen hechos que no se imputaban en la carta de despido, también se recogen otros que fueron objeto de imputación y es en base a éstos, por los que la magistrado de instancia declaró su procedencia; en todo caso no es necesario que se prueben todas las imputaciones que se contienen en la carta de despido, sino que es suficiente con que se prueben algunas y tengan la gravedad suficiente para dar por extinguida la relación laboral, por lo que en ningún caso se habría producido indefensión. En cuanto a esa supuesta vulneración del art. 49 de la L.P.L. y disposiciones de la LOPJ, si bien es cierto que, el proceso deductivo del por qué se declara el hecho como probado, es mas de la fundamentación jurídica que del "f." de la sentencia, en nada afecta al derecho de defensa del actor, desde el momento en que se recoge como hecho probado el incidente de la entrega de paquetes en la Televisión de Galicia el día 14.11.00, señalándose en el nº 4 de la fundamentación jurídica (con valor de hecho probado) que el retraso se debió... "que no le dio la gana de ir antes".

SEGUNDO.- Como tercer motivo, con adecuado amparo procesal, se pretende la revisión de los hechos declarados probados, así en primer lugar se interesa la modificación del ordinal 1º a fin de que se adicione al mismo un párrafo del siguiente tenor: "correspondiéndole en aplicación del Convenio Colectivo de Transportes de Mercancías por Carretera de A Coruña un salario mensual, con prorrateo de pagas extras de 149.447.- pts". Adición que se rechaza, al tratarse de una cuestión evidentemente jurídica, más propia de la fundamentación jurídica de la sentencia, que del relato fáctico de hechos probados. Interesa igualmente la revisión del ordinal 8º de la sentencia a fin de que donde dice "...se manifiesta su queja hacia la actitud mantenida por uno de los mensajeros de la citada empresa..." se añada: "...cuyo nombre y apellidos no se especifica...". interesando que en el mismo hecho se señale que no se especifica con hechos concretos el comportamiento digno de

reproche, por ello pretende que dicho hecho quede redactado tal como está pero con la siguiente modificación introducida en el subrayado: "...en su actividad laboral de entrega de paquetes en las instalaciones de "F." el día 13 de noviembre sin especificar hechos concretos... lo cual ha motivado...". Modificación que si bien se acepta, es intrascendente, pues, el nombre y apellidos del infractor y la concreción de su indebido comportamiento en las instalaciones de "F." las extrae el juzgador de otras pruebas, a las que se refiere, por ejemplo, en el fundamento de derecho tercero, en el que se introducen ciertos datos fácticos, sin que pueda olvidarse que el propio actor reconoció en el acto de juicio que era él la persona a la que se refería "F."

TERCERO.- Como quinto motivo, con adecuado amparo procesal -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- se denuncia, infracción por interpretación errónea de los arts. 55.4 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores; alegando fundamentalmente que, el despido era improcedente por cuanto no se habían probado todos y cada uno de los cinco motivos contenidos en la carta de despido, así como infracción por no aplicación de los arts. 64.2.b) y 103.2 de la L.P.L. e infracción por interpretación errónea del art. 533.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que debía condenarse a las dos empresas demandadas y rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva de la empresa "F., S.A." que tiene una relación de franquicia con la empresa codemandada "C.S., S.L." que le permite la utilización de la marca comercial MRW para el desarrollo de sus actividades comerciales de mensajería, transporte y reparto de paquetes.

Por lo que respecta al primer motivo de censura jurídica, se rechaza, ya que es jurisprudencia reiterada, la de que, aun cuando no se prueben todas las imputaciones que se contienen en la carta de despido, basta con que se prueben alguna de ellas, si se demuestra la gravedad y culpabilidad del trabajador, para que se de lugar a la procedencia del despido; por lo que estando acreditado y así se desprende del relato fáctico de hechos probados, así como de la fundamentación jurídica de la sentencia (con valor de hecho probado) que el actor que ha venido prestando servicios por cuenta y organización de la empresa "C.S., S.L.", franquiciada de la empresa "F., S.A.", con la categoría de repartidor de mensajería bajo el nº 5, ha incurrido en retraso en la entrega de

los paquetes, mensajes, sobres y demás envíos que le encomienda la empresa y a la que está obligado, que origina que la empresa de mensajería se vea en la obligación de resarcir al cliente perjudicado por el retraso "mediante un sistema de cupones", así ha quedado acreditado: a) el retraso en la entrega en la Televisión de Galicia el día 14.11.00, que generó una queja por parte de ésta en que, por vía telefónica se comunica a la demandada que la justificación por el retraso que el mensajero dio en la Televisión gallega fue que no le dio la gana de ir antes; b) la falta de entrega de 13 sobres en algunas facultades del Campus Sur de Santiago, de tal modo que el actor, cerca de 7 horas después de que le hubiesen sido entregados los sobres para repartir aún no lo había hecho; c) el 16.11.00 la empresa "C.S., S.L." recibe de la empresa "F." una carta en la que le manifiesta su queja hacia la actitud mantenida por uno de los mensajeros de la citada empresa en su actividad laboral de entrega de paquetes en las instalaciones de "F." el 13 de noviembre, lo cual motiva que esta empresa, y hasta nuevo aviso prohibiese terminantemente la entrada a sus instalaciones de vehículos y personal de MRW, fue la actitud del actor la causante de la carta que envía la empresa "F." a la central de "C." en Santiago, lo que evidentemente ocasiona un perjuicio a la empresa demandada, no sólo económico, sino también en relación con su nombre o prestigio profesional. En la carta de queja enviada por "F." se manifiestan expresiones del siguiente tenor: "debido a las múltiples y reiterados incidentes con la polémica actitud de uno de sus empleados en las entregas de paquetería y mensajería..." ello evidencia un inadecuado comportamiento que "F." afirma ser reiterado en el mensajero, que no es otro que el actor; resulta claro y así lo entiende esta Sala que, si bien no se han probado fehacientemente todos y cada uno de los cinco motivos imputados en la carta de despido, sí ha quedado acreditado la existencia de alguna de dichas imputaciones de entidad lo suficientemente grave como para declarar la procedencia del despido, pues, es fundamental en el tráfico jurídico que los sujetos acomoden su actuación a los deberes de lealtad y buena fe que debe presidir sus relaciones (arts. 7.c) del Código Civil) 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 Estatuto de los Trabajadores; 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 traba-

jador, 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 jurisprudencia en el sentido de que en ese incumplimiento se puede incurrir tanto de forma intencionada, dolosa, con ánimo deliberado y conocimiento consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador por quién le ha empleado, como por descuido o negligencia imputable al mismo, sin que para apreciar este tipo de faltas sea necesario que se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa, bastando simplemente el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad; circunstancias que concurren en el caso de autos, de faltas repetidas y voluntarias de incumplimiento contractual al no realizar su trabajo con la diligencia debida, causando con su conducta un perjuicio económico y de prestigio a la empresa. En base a lo que, al haberlo entendido así el Magistrado de instancia, siendo ajustada 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 don M.L.R. , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela, de fecha doce de febrero de dos mil uno, dictada en autos núm. 930/00 seguidos a instancia de don M.L.R. contra "C.S., S.L." (M.R.W.) y M.R.W. "F., S.A." sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3180 Recurso nº 797/01

S.S. AMORTIZACIÓN DE POSTO DE TRABALLO QUE NON MERECE A CONSIDERACIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE IDADE. DESPEDI-MENTO IMPROCEDENTE. CONTRA-TOUSE A OUTRO TRABALLADOR PARA REALIZA-LAS FUNCIÓNS QUE ANTERIORMENTE DESENVOLVÍA O DEMANDANTE.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Elías López Paz

A Coruña, a treinta de abril de dos mil uno.

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. 797/01 interpuesto por don R.D.G. y Cooperativa de Armadores de Pesca del Puerto de Vigo 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.D.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "Cooperativa de Armadores de Pesca del Puerto de Vigo" en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 467/00 sentencia con fecha treinta de noviembre 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.- Don R.D.G., con D.N.I. número..., venía trabajando desde el 06.08.79, para la empresa "U.E.P., S.A." UEPSA, con la categoría de especialista y contrato de carácter fijo a tiempo completo, en el centro de trabajo del Puerto Pesquero del Berbés en Vigo, dedicado a la venta y alquiler de envases para el pescado del tipo "M.C.-U.E.P.S.A.- 55L". Esta actividad es hoy desarrollada por la Cooperativa de Armadores de Pesca del Puerto de Vigo, S.C.L., desde el 09.03.99, que compró a UEPSA el referido molde y todos sus derechos, asumiendo la plantilla de trabajadores de UEPSA, salvo a tres que no habían aceptado el nuevo contrato que les ofrecía la cooperativa debido a la pérdida de derechos, entre ellos la antigüedad, don J.B.P. (Delegado de Personal), don M.B.P. y el actor.- 2º.- Con fecha de 5 de abril de 1999, la empresa UEPSA, solicitó Expediente de Regulación de Empleo, que fue declarado improcedente por resolución de 98.04.99 de la autoridad Laboral. El 13 de abril, dicha empresa rescindió el contrato, por vía de despido por causas objetivas, del demandante y los otros dos trabajadores citados don J. y don M.B.P., alegando como causa el cese en la actividad y la sucesión en la misma de la Cooperativa de Armadores. El Juzgado Social número 2 de Vigo, dictó sentencia de fecha 07.06.99, declarando el despido impro-

cedente y condenando a UEPSA a readmitir o indemnizar a los demandantes. Don J.B.P. optó por la indemnización al ser Delegado de Personal.- 3º.- La empresa UPESA, con fecha 24.06.99 readmite al hoy actor don R.D.G. y al otro trabajador don M.B.P. El 1 de julio de dicho año 99 le despiden nuevamente, por causas objetivas, por encontrarse la empresa en fase de disolución, abonándoles las preceptivas cantidades en concepto de indemnización y salarios de preaviso. Presentada la demanda, que correspondió al Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, por este se dictó sentencia de fecha 30.09.99, declarando el despido improcedente y condenando a UEPSA a readmitir o indemnizar a los despedidos. Recurrida la sentencia el TSJ de Galicia, por sentencia de 1 de octubre de 1999, revocó parcialmente la demanda de instancia, extendiendo la condena con carácter solidario a la Cooperativa de Armadores.- 4º.- Dicha empresa COOPERATIVA DE ARMADORES DE PESCA DEL PUERTO DE VIGO, optó en fecha 21.10.99, por readmitir al demandante, internándole en su plantilla, desde el día 01.11.99, y por indemnizar al otro trabajador despedido. El actor, fue dado de baja por enfermedad el 21 de octubre, permaneciendo en dicha situación hasta el 3 de diciembre que causó alta y nuevamente dado de baja el 8 de febrero de 2000.- 5º.- En virtud de la readmisión la empresa cooperativa, dirige una carta al demandante detallándole la liquidación de los salarios de tramitación 418.529 Pts, y habiendo percibido la indemnización de 2.088.000 Pts, le exigió la devolución de la diferencia, 1.669.476 Pts, y en otro caso procederían a deducir el importe de los salarios que generase. Por su parte el representante de UEPSA, Sr. V.G., dirige una carta al demandante, exigiéndole la devolución de la indemnización percibida por causa del despido intentado, que obra al folio 129 y se da por reproducido.- 6º.- El actor envió carta de fecha 29 de noviembre, a la Cooperativa, que obra al folio 130 y también se da por reproducida. Al serle descontadas las cantidades en las nóminas sucesivas por la empresa cooperativa, se presentó demanda ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación y después en el Juzgado de lo Social número 1 de Vigo, que se concilió, reconociendo el trabajador demandante ser deudor a la Cooperativa, en vista de la cesión de crédito realizada por UEPSA a la COOPERATIVA DE ARMADORES.- 7º.- Desde su reincorporación al trabajo, en las mismas condiciones, categoría y antigüedad, el actor realizaba funciones de puesta a disposición de los usuarios del puerto pesquero del Berbés de las cajas portadores de pescado, y la recogida de las mismas, una vez usadas para su

lavado, realizando a veces también el lavado a mano de dichas cajas. Su jornada era de lunes a viernes en turno de mañana y sus retribuciones mensuales son: S.B. 92.198; antigüedad (6% cuatrienios, 4 x 6% igual 24%) 22.128 Pts. Plus prolongación Jornada 25.182 Pts.; C. Transporte 12.919 Pts.; Vestuario 2.584 Pts. y tres pagas extraordinarias al año, prorrata 34.878 Pts.- 8º.- El 8 de junio de este año 2000, el trabajador recibe la siguiente carta de despido: "Por medio de la presente ponemos en su conocimiento que, la dirección de la empresa ha decidido extinguir su contrato de trabajo por "causas objetivas" con efectos del próximo día 10 de julio del año en curso, al amparo de lo establecido en los Art. 52.c) y 53 del R.D. Leg. 1/1995 (E.T.).- Las causas que motivan esta decisión son la supresión de lavado y estibado manual de cajas, puesto que la objeto de mejorar la competitividad de la empresa se han introducido mejoras tecnológicas, consistentes, básicamente, en nuevas instalaciones e incorporación de un tren de lavado automático de cajas, con alimentador mecánico y paletizado, innovación tecnológica que deja sin contenido su contrato de trabajo, haciendo inevitable la amortización del mismo. La puesta en funcionamiento de dicho tren de lavado está prevista para los últimos días del actual mes de junio.- en consecuencia y cumpliendo los requisitos a que se refiere el Art. 53 del R.D. Leg. 1/1995, adjunto a la presente se incluye Cheque nominativo expedido a su favor, con el Nº E-O.177.329-4 contra Caixavigo, por importe Pts - 1.133.244.- (Un Millón ciento treinta y tres mil doscientas cuarenta y cuatro), correspondiente a la indemnización calculada en 20 días de salario por año de servicio, dicha cuantía resulta del siguiente detalle:

Importe indemnización Ptas 2.263.044.-
Deuda Pendiente según Conciliación

Ante Juzg. Soc. nº 1 Ptas 1.129.800.-
(Proced. 90/2000)

Total a percibir Ptas 1.133.244.-

Quedamos a su disposición para, una vez finalizada la relación labora, facilitarle la oportuna documentación, caso de que pretenda solicitar Prestaciones por Desempleo que pudieran corresponderle; al propio tiempo se le informa que durante el período de preaviso podrá disponer de seis horas semanales de licencia".- 9º.- La empresa procedió a instalar un tren de lavado de cajas de plástico, mediante una máquina, cuyo importe fue de 68.000.000 Pts. La empresa contrató en el año

1999, algunos trabajadores, uno de ellos el testigo Sr. F.P., que entró a través de "A.", E.T.T. y luego quedó fijo, y que realiza las funciones de recogida y entrega de cajas de plástico, y almacenado de las mismas, labor que hacía el actor despedido. La empresa despidió también en julio a otros dos trabajadores.- 10º.- Se intentó conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación, que resultó sin avenencia. El trabajador no ostenta cargo de representación laboral o sindical alguno".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la petición subsidiaria de la demanda interpuesta por don R.D.G. contra la empresa COOPERATIVA DE ARMADORES DE PESCA DEL PUERTO DE VIGO, debo declarar y declaro como improcedente el despido realizado al actor por la empresa demandada y en su consecuencia condeno a dicha empresa a que lo readmita en las mismas condiciones que existan antes de su despido, o, a su elección le abone las cantidades siguientes: a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de CINCO MILLONES NOVECIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA Y UNA PESETAS (5.957.171.-). 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 pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador será de 6.329 Ptas. 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 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.- La Sentencia de instancia estima la demanda y declara improcedente el

despido del actor, condenando a la empresa demandada COOPERATIVA DE ARMADORES DE PESCA DEL PUERTO DE VIGO a soportar las consecuencias inherentes a tal declaración. Frente a este pronunciamiento interponen recurso el trabajador demandante y la citada empresa; el primero, para que se estime la pretensión principal de su demanda y se declare la nulidad del despido; y la empresa, para que se revoque la Sentencia de instancia y se desestime íntegramente la demanda, declarando que no existió despido, sino amortización de puesto de trabajo.

SEGUNDO.- El recurso del trabajador-demandante, se construye a través de tres motivos de Suplicación, dedicando los dos primeros a la revisión de hechos probados y destinando el tercero al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia. Al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral interesa dicha parte recurrente, en primer lugar, la modificación del hecho probado primero de la Sentencia, para añadirle el siguiente texto: *"...La edad actual del demandante es de 60 años, habiendo nacido el 06.07.40."* En el segundo de los motivos, y con idéntico amparo procesal, se interesa la modificación del hecho probado 9º, para que se añada el texto siguiente: *"...La instalación del tren de lavado fue realizada en una nave sita en el Puerto Pesquero del Berbés, zona de servicio del Puerto de Vigo, cuya construcción fue aprobada por la Autoridad Portuaria de Vigo mediante resolución de su Consejo de Administración de 22.03.99"*. En este mismo motivo de recurso, también se solicita que se añada al segundo párrafo del mismo hecho probado lo siguiente: *"...uno de ellos el testigo Sr. F.P., que entró a través de "A.", E.T.T. y luego quedó fijo mediante contrato formalizado en fecha 29.11.99, y que realiza las funciones de recogida y entrega de cajas de plástico, y almacenado de las mismas, labor que hacía el demandante"*. La Sala acoge las dos primeras revisiones, porque así consta en las documentales que se citan en sustento de las adiciones fácticas interesadas, relativas a la edad del trabajador recurrente y a la instalación del tren de lavado, aunque ambas resultan irrelevantes para alterar la calificación jurídica que el Magistrado de instancia ha otorgado al cese del actor, tal como luego se analizará. Y por lo que respecta a la tercera de las indicadas adiciones, no procede acoger la misma por redundante, por cuanto en el hecho probado 9º, ya consta lo que la parte pretende introducir en el relato fáctico.

TERCERO.- En el tercero, y último, de los motivos de recurso del trabajador, con adecuado amparo procesal en el artículo 191.c) del citado texto legal, se denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 14 de la Constitución, en relación con el artículo 4.2.c) y el 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. Alega la citada parte recurrente, en esencia, que su despido se ha producido por discriminación por razón de edad y antigüedad, señalando que si la innovación tecnológica consistió en la supresión del lavado manual de cajas, y el actor realizaba sólo ocasionalmente trabajos de lavado a mano de las mismas, su contrato de trabajo no ha quedado sin contenido, no habiéndose amortizado su puesto de trabajo, y que el despido obedeció por ser el trabajador con mayor antigüedad de toda la plantilla. La Sala no comparte las alegaciones del citado recurrente, no apreciándose vulneración de ningún derecho fundamental, considerándose correcta la calificación del despido efectuada por el Magistrado de instancia.

Conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, (recogida en la Sentencia de esta misma Sala de 13 de julio de 1998, Rec. 1.409/98), así como del Tribunal Supremo (STC 38/1986, de 21 de marzo; 14/1993, de 18 de enero; 180/1994 de 20 de junio; 85/15 de 6 de junio; STS de 27 de septiembre de 1993, Ar. 7045), cuando se alegue por el trabajador que un acto del empresario encubre una conducta lesiva a sus derechos fundamentales, o una represalia por su ejercicio legítimo, incumbe al empresario probar que tal acto obedece a motivos razonables y ajenos a aquel propósito. Con ello se responde no solamente al interés de tutelar de manera primordial los derechos fundamentales, sino a la dificultad que en la práctica encuentra el trabajador para probar la existencia de una actuación lesiva a aquellos derechos. Pero igualmente tampoco se ha de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia del referido móvil lesivo, y que sólo se le puede exigir el acreditamiento de que su proceder obedece a motivos razonables ajenos a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión. A lo que debe añadirse que para imponer esta carga probatoria al empresario no basta la simple alegación por parte del trabajador, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que la causa atentatoria a un derecho fundamental se hubiera producido (SSTC 135/90, 21/1992, 266/1993).

En el caso enjuiciado, ese panorama lesivo del derecho fundamental no se desprende en absoluto de todo el relato de hechos probados que constan en la Sentencia. La parte recurrente insiste a lo largo de su recurso, en que el cese del actor se debió, exclusivamente, a su edad y antigüedad en la empresa, pero lo cierto es que, la demandada trató de acreditar que el despido no guarda relación con dichas circunstancias, sino que es debido a la instalación de una nuevo tren de lavado, lo que provoca la amortización de su puesto de trabajo, es decir, que, aparentemente, existe un motivo de cese que no es ficticio, porque el tren de lavado es cierto que se instaló; por lo que la decisión empresarial de cesar al trabajador no obedeció a su edad, sino que resultaron acreditados y probados por la empresa otros motivos, que aunque no son justificativos del cese —como luego tendremos ocasión de analizar, al examinar el recurso de la empresa—, permiten que el despido deba calificarse de improcedente y no nulo como pretende el trabajador. Consecuentemente, al no apreciarse la vulneración de ningún derecho fundamental, su recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- Pasando al examen del recurso de Suplicación de la empresa, el mismo se construye a través de tres motivos, dedicando los dos primeros a la revisión de hechos probados, y referido el tercero a la infracción de normas sustantivas. Con amparo en el artículo 191.b) de la LPL, la empresa recurrente propone, en el primero de los motivos, la sustitución del hecho probado noveno, por otro, con la siguiente redacción: “9º.- *Con fecha 14 de mayo de 1999 la empresa, con la finalidad de mejorar la calidad del pescado con una mayor higiene y desinfección, en consonancia con la Directiva Comunitaria CEE/91/413, elaboró una memoria económica para la adquisición de un tren de lavado automático de cajas de plástico por importe de 68.000.000 de pesetas que implicaría la amortización de tres puestos de trabajo con un coste total de 9.048.480 pesetas. La amortización de la máquina se realizaría de forma constante durante quince años por un importe anual de 4.586.667 pesetas.* El tren de lavado fue adquirido a la empresa danesa “S., S.A.” importe de 3.068.500 coronas danesas equivalentes a 68.800.000 pesetas, mediante contrato de fecha 16 de diciembre de 1999 e instalada en el mes de junio de 2000”. El motivo no puede ser acogido por la Sala en base a una doble consideración: En primer lugar, porque en el relato fáctico de la resolución impugnada ya consta

lo más sustancial en relación con la instalación de la citada máquina de lavado de cajas, incluida la fecha de instalación y el precio de coste de la misma; y, en segundo lugar, por cuanto la revisión se sustenta en un documento elaborado por la propia empresa recurrente, sin que nadie más haya tenido participación en su elaboración, por lo que no se considera un documento hábil y eficaz a efectos revisorios.

Con idéntico amparo procesal, se solicita en el segundo de los motivos de recurso, la revisión de los párrafos segundo y tercero del hecho probado 9º, para que se adicionen a los mismos los particulares de hecho que a continuación se citan: *“Los trabajadores M.B.C., J.M.T. y J.F.P. prestaron servicios en la cooperativa demandada por cuenta de la empresa de trabajo temporal “A.” desde el mes de junio hasta el 25 de noviembre de 1999 y con fecha 26 de noviembre de 1999, los dos primeros, y 29 de noviembre el último, fueron contratados por la cooperativa demandada como trabajadores fijos con la categoría de peón-mozo, realizando las funciones de recogida, entrega, lavado y apilado de las cajas de plástico. De los tres trabajadores referidos, a dos de ellos, M.B.C. a J.M.T., les afectó la misma decisión extintiva que al actor”*. La modificación solicitada se acoge parcialmente por la Sala, sólomente en lo relativo a las contrataciones de los citados trabajadores y al cese de dos de ellos, porque así consta en los documentos que se citan en sustento de la misma; pero no así en cuanto a las funciones que venían desarrollando, por cuanto el Magistrado de instancia, según hace constar en el primero de los Fundamentos de su Sentencia, valorando prueba documental, de confesión y testifical, alcanza conclusión diferente a la propuesta por la citada parte recurrente. A mayor abundamiento, los documentos que cita como soporte de la revisión (folios 65 al 79), no contienen ninguna referencia expresa a las funciones que venían desarrollando los citados trabajadores.

QUINTO.- En el tercero, y último, de los motivos de recurso formulados por la empresa, se denuncia infracción, por interpretación errónea del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el Capítulo VI del Anexo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 91/493/CEE, con el Capítulo VI del Anexo del Real Decreto 1.437/92, de 27 de noviembre, de adaptación al derecho español de la referida Directiva Comunitaria y artículo 26 del Decreto

419/1993, de 17 de diciembre de la Xunta de Galicia. Se alega por la recurrente, en síntesis, que la exigencia del adecuado cumplimiento de la legislación higiénico sanitaria ha impuesto la implantación del tren de lavado automático, con una inversión de 68 millones de pesetas, lo que ha conllevado la amortización de tres puestos de trabajo de otros tantos trabajadores que se dedicaban al lavado manual de las cajas de plástico; y que de no adoptarse dicha solución, plantearía a corto plazo serios problemas para la Cooperativa demandada, para garantizar su pervivencia y con el fin de conservar los restantes puestos de trabajo.

Partiendo de lo hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido, y que constan en el relato fáctico de la Sentencia recurrida, con los ligeras modificaciones aceptadas por vía de revisión, el recurso de la empresa tampoco resulta acogible. El despido objetivo que se enjuicia, se realiza sobre la base de causas técnicas, que también podían calificarse de productivas o incluso organizativas, por lo que es preciso determinar si a tenor de lo dispuesto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, concurren las exigencias de tener que adoptar medidas que tiendan a superar dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa.

Con anterioridad a la modificación de dicho precepto estatutario, establecida por el Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo, el artículo 52.c) del ET se limitaba a remitirse al artículo 51.1º para establecer lo que debía entenderse por causas técnicas, organizativas o de producción. Y este artículo efectivamente exige para la procedencia de la extinción por estas causas que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa. Pero tras la reforma operada en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores por el citado Decreto-Ley 8/1997, se ha producido un cambio sustancial en los requisitos que el legislador exige para que proceda la amortización del puesto de trabajo por estas causas. La nueva regulación ya no exige que la medida contribuya a garantizar la viabilidad futura de la empresa, sino tan solo que tenga por objeto *“superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”*. En el presente caso, la causa objetiva, técnica o productiva, alegada por la empresa, consta acreditada, porque tal como se desprende del relato probatorio, la deman-

dada instaló un tren de lavado automático de cajas de plástico, y ahora ya no es necesario el lavado manual. Ahora bien, debe determinarse si la implantación de esta nueva tecnología afectó al cometido que venía desarrollando el trabajador demandante.

En el hecho probado 7º -cuya revisión no se solicitó- consta que el actor realizaba funciones de “puesta a disposición de los usuarios del puerto pesquero del Berbés de las cajas portadoras de pescado, y la recogida de las mismas, una vez usadas para su lavado, realizando a veces también el lavado a mano de dichas cajas”. Y en el 9º de los hechos declarados probados, se establece que uno de los trabajadores que fue contratado a través de la empresa de trabajo temporal “A.” en noviembre de 1999, viene realizando las mismas funciones que venía desarrollando el trabajador despedido.

Ciertamente, se puede admitir que las tareas de lavado de cajas han desaparecido casi por completo con la instalación del tren de lavado automático, pero del relato histórico se desprende que las funciones del trabajador despedido eran ajenas al lavado de cajas, su cometido era distinto, aunque ocasionalmente también se ocupase del lavado. Su función principal consistía en poner las cajas a disposición de los clientes y en la recogida de las mismas, y ahora estas funciones son encomendadas a otro trabajador, precisamente contratado en el mes de noviembre de 1999, cuando con fecha 1º de octubre del mismo año, había recaído Sentencia de esta misma Sala, declarando a la Cooperativa de Armadores aquí demandada, a responder solidariamente del despido del que había sido objeto el actor, por parte de la empresa UEPSA, antecesora en la actividad en que se subrogó la citada Cooperativa.

En resumen, si bien la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, técnicas u organizativas, permite el reajuste de las plantillas, a fin de adecuar la plantilla a las necesidades reales de la empresa; sin embargo, esa posibilidad no se puede ejercitar por la empresa de forma arbitraria y sin sujeción a control alguno, de forma que si la empresa contrata a otro trabajador para desarrollar las tareas que venía desempeñando el trabajador despedido, dicha conducta no puede quedar amparada por el contenido del contenido normativo del artículo 52.c) del ET, aunque se haya modificado el marco jurídico, y se suavicen las exigencias legales en relación con el despido por causas objetivas, por cuanto en

modo alguno es factible la extinción de contratos de trabajo sino hay una efectiva amortización de puestos de trabajo. Y en el presente supuesto, no consta en modo alguno que la empresa haya amortizado el puesto de trabajo del actor, sino todo lo contrario, las funciones que él venía desempeñando no han desaparecido, sino que ahora son encomendadas a otro trabajador, que –como ya se dijo- fue contratado después de la readmisión del demandante. En consecuencia, la extinción operada no cuenta con causa suficiente que la justifique, por lo que el recurso de la empresa no puede prosperar, habiendo sido calificado correctamente el cese del trabajador como constitutivo de despido improcedente, en aplicación de lo preceptuado en los artículos 55.4 del ET y 108, párrafo segundo, de la LPL, todo ello con las consecuencias previstas en los artículos 202.1.3 y 4 y 233.1, ambos de la LPL.

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por el actor don R.D.G. y por la empresa “COOPERATIVA DE ARMADORES DEL PUERTO DE VIGO S.C.L.”, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. CINCO de los de VIGO, de fecha treinta de noviembre de dos mil, recaída en proceso por despido promovido por el citado actor, frente a la empresa demandada –antes citada-, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida.

3181 Recurso nº 1.580/2001

S.S. DESPEDIMIENTO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL. NON CABE APRECIAR CONCORRENCIA DESLEAL PORQUE O TRABALLADOR COMERCIALIZABA PARA OUTRA MERCANTIL PRODUCTOS DIFERENTES DOS QUE REPRESENTABA NA EMPRESA.

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

A Coruña, a treinta de abril de dos mil uno.

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. 1.580/2001 interpuesto por “S.P., S.A.” 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 don T.P.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “S.P., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 592/2000 sentencia con fecha 22 de enero de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- El actor, T.P.P., viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 02.01.89, con un salario anual de 11.172.119 ptas. con la prorrate de pagas extras por su categoría profesional de Delegado Comercial./ II.- La empresa demandada se dedica a la actividad de distribución y venta de medicamentos./ III.- El día 21.09.00 el actor fue despedido mediante carta en la que se le dice: “Muy señor nuestro: Con fecha 15 de setiembre del presente año, se procedió a incoarle un expediente disciplinario, ante la presunción de faltas muy graves cometidas por Vd., conforme a lo establecido en el art. 57 del vigente Convenio Colectivo General de la Industria Química. Con fecha 18 de setiembre del 2000 ha presentado Vd. escrito de Alegaciones al Pliego de Cargos, que le fue entregado con motivo de la apertura de expediente disciplinario. A la vista de los cargos imputados en el escrito de apertura de expediente y de las pruebas obrantes en el mismo, nos vemos obligados a proceder a su despido a partir del día de la recepción de este escrito, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en los art. 56 y 57 del vigente convenio general de la industria química y artículos 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores. Los hechos que se le imputan y de los que tuvo conocimiento la Dirección de la empresa, en la semana inmediata anterior a la apertura del expediente y que dan lugar a la sanción de Despido, son los siguientes: D) Que Vd. participa en la Sociedad Mercantil LOC “P., S.A.”, tal y como queda acreditado en la escritura de constitución donde aparece como accionista. 2) Esta anómala situación vulnera claramente los principios de ética y buena conducta comercial de nuestra Cía., de los cuales Vd. tiene conocimiento, contraviniendo, además, el deber de

información a su superior jerárquico. 3) Que por su condición de delegado de ventas de nuestra Cía., Vd. ostenta la representación de “S.P., S.A.” en su zona de trabajo. Ello provoca que el deber de fidelidad adquiera un mayor significado y relevancia que en otras posiciones, haciendo de todo punto inviable la mencionada colaboración. 4) Que todos y cada uno de los hechos anteriormente expuestos fueron por Vd. admitidos el pasado día 12 de setiembre en la reunión mantenida con la Dirección de Recursos Humanos y su superior jerárquico don F.G.C. Lamentamos vernos obligados a tomar esta decisión y ponemos a su disposición la oportuna liquidación-finiquito./ IV.- La Sociedad LCO “P., S.A.”, está constituida desde el 23.07.99 con un capital de 29.000 acciones de 500 ptas. cada uno y el actor es socio –con 750 acciones, y su objetivo social es la comercialización y distribución de productos cosméticos./ V.- El actor pidió permiso al Gerente de Zona de la empresa demandada para participar en la empresa LCO “P., S.A.”, que fue despedido el 14.09.00./ VI.- El actor ha sido –uno de los mejores vendedores de la Compañía y el más premiado./ VII.- La empresa demandada redujo las 2/3 partes de los incentivos porque eran muy elevados y nadie los superaba y por ello no los cobraba y todo ello con efectos de enero de 2.000./ VIII.- El actor empezó a prestar servicios en otra empresa el 13.02.00, con una retribución anual de 4.000.000 ptas. IX.- La empresa tiene una normativa interna sobre política de conducta de negocios en la que, entre otras cláusulas, se prevé que ningún empleado puede participar en actividades de negocios externas que produzcan ingresos regulares, salvo que cuente con aprobación escrita de la empresa y dispone el deber de los empleados de evitar negocios que puedan estar en conflicto con los intereses de la empresa o perjudicar o influir en la habilidad del trabajador para cumplir sus obligaciones, tales como que un empleado o miembro de la familia tanga interés financiero directo o indirecto con un competidor real o potencial./ X.- El actor no es ni ha sido representante sindical./ XI.- 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, declaro IMPROCEDENTE el despido de que el actor T.P.P. ha sido objeto con fecha 29.09.00. Y condeno a la empresa demandada “S.P., S.A.”, a que en el plazo de cinco días ope entre readmitirle o

hacerle entrega de la indemnización de 16.835.583 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.- Recurre la empresa “S.P., S.A.” en solicitud de que se revoque la sentencia dictada en la instancia y se le absuelva de la pretensión formulada en la demanda; a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) de la L.P.L. interesa la revisión del H.P. 1º (motivo 1º) y denuncia infracción de los arts. 54 y 55 del E.T. y de doctrina jurisprudencial, con cita concreta de STS y de TSJ (motivo 2º) y (motivo 3º) infracción del E.T. “en cuanto al cálculo de la indemnización por despido”.

SEGUNDO.- Interesa la recurrente se revise el H.P. 1º de modo que se sustituya el salario que declara la sentencia recurrida de “11.172.119 ptas. con la prorrata de pagas extras” por el de “10.134.345 ptas. con la prorrata de pagas extras”. Dice el motivo al efecto: “Se pretende la modificación de dicho H.P. conforme a la documental que obra en las actuaciones...”; “...En la documentación aportada por mi representada aparece claramente que las comisiones del Sr. P., aplicando ya la reducción de estimados, ascienden a 617.334 ptas. En la sentencia se acepta un salario mayor en base a una hoja de cálculo que presenta el actor... Sin embargo de la documental aportada por mi representada se puede acreditar que las comisiones son las que indica esta parte. Se observan claramente las ventas por productos y por fechas, y de las mismas se desprende que las comisiones son las que indica mi representada”.

Este Tribunal tiene indicado en numerosas ocasiones que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni se trata de una 2ª instancia, resultando ser -SSTC 18/93, 294/93 y 93/97- “un recurso de naturaleza extraordinaria, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes”. Asimismo, este Tribunal (SS.TSJ Galicia 21.01.00, 25.02.00, 03.03.00, 20.03.00, 14.04.00, 17.04.00...) tiene

indicado que el recurso de Suplicación no se halla exento de un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los art. 188 y sigs. L.P.L. y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el art. 194 LPL (“en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare”; “en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas”; y “también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión”). Y este precepto –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– obliga no sólo a indicar los concretos medios revisorios que evidencien el error judicial en la valoración de la prueba y a expresar la nueva redacción que se propone como modificación o añadido del texto de instancia, sino también a justificar adecuadamente toda pretensión modificativa de la parte fáctica de la sentencia. Si ello es así, el motivo revisor no presenta el adecuado planteamiento, pues en él la parte, como se dejó dicho, no concreta debidamente la prueba en que funda la revisión instada. Sin que sirvan las meras referencias genéricas a las pruebas practicadas o a la documental “que obra en las actuaciones”, la recurrente se limita a aludir y remitirse a la documental “aportada por mi representada...” en referencia y acerca de las comisiones, sin mayores concreciones. En todo caso, dentro de la prueba documental aportada por la demandada aparece, entre otra de signo diferente, unos listados con la nota manuscrita de “comisiones sin reducción de estimados” que en 6 hojas con cifras y datos diversos no constituyen por sí solas fundamento hábil de la revisión instada en términos del art. 191.b) L.P.L. al no ser justificantes oportunos de error de valoración en el imparcial criterio judicial de instancia; sin olvidar tampoco que no es misión del Tribunal hacer cuentas o composiciones y cálculos que el recurrente tampoco explicita suficientemente.

En el Fundamento Jurídico 1º de la sentencia recurrida el Juzgador de Instancia motiva el salario de 11.172.119 ptas. que declara probado, asumiendo los cálculos del actor en relación con el aumento de los incentivos por la rebaja de estimados del año 2000, y argumentando “que como quedó acreditado en el acto de juicio a dicha rebaja se le dieron efectos de enero del año 2000” y que la

empresa “tiene mayores y más facilidades para su cálculo, por lo que debió llevarlo a cabo, ya que de la prueba documental aportada, no puede llevarse a cabo otro cálculo”. El recurso no desvirtúa en forma oportuna el imparcial criterio judicial de instancia según lo ya anteriormente puntualizado; máxime cuando es H.D.P. incombato (el 7º) que la empresa demandada redujo las 2/3 partes de los incentivos (objetivos) porque eran muy elevados y nadie los superaba y por ello no los cobraba y todo ello con efectos de enero de 2000; así como que la empresa fue requerida ex ante juicio (folio 15) para que aportase el ATV de Septiembre para determinar comisiones e incentivos del actor, la venta directa realizada, la reducción de estimados..., sólo aportando en su documental un acta de Junta General de LCO “P., S.A.”, escritura social y las listas de números y datos a que antes se aludió. En definitiva, la revisión interesada se rechaza, pues no se justifica el preciso error en la valoración de las pruebas por parte del Juzgador de Instancia, cuyo imparcial criterio en tal caso no puede ser sustituido por el interesado de la parte.

TERCERO.- La infracción que de los art. 54 y 55 E.T. denuncia el recurso en su motivo 2º ha de examinarse a partir de que son HDP los fundamentales siguientes: A) El actor vino prestando servicios para la recurrente desde 02.01.89 como delegado comercial y con el salario ya dicho, dedicándose la empresa a la distribución y venta de medicamentos (H.P. 1º y 2º). B) El día 21.09.00 el actor fue despedido mediante la carta que se transcribe en el H.P. 3º. C) El actor, que ha sido uno de los mejores vendedores de la empresa y el más premiado, pidió permiso al Gerente de Zona de la demandada para participar en la empresa LCO “P., S.A.”. (despedido el 14.09.00); LCO “P., S.A.” se constituyó en 23.07.99 con un capital de 29.000 acciones de 500 ptas. cada una, siendo el actor socio con 750 acciones, constituyendo su objetivo social la comercialización y distribución de productos cosméticos (H.P. 4º, 5º y 6º). D) La demandada tiene normativa interna de conducta de negocios en los términos del H.P. 9º. Y E) El actor empezó a trabajar en otra empresa en 13.11.00 (H.P. 8º).

CUARTO.- Lo imputado al actor en la carta de despido es que participaba en LOC “P., S.A.” como accionista y que ello vulneraba los principios de ética y buena conducta comercial de la compañía, máxime siendo

delegado de ventas con representación en su zona de trabajo. El art. 5.d) E.T. establece como deber básico del trabajador el no concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en esta ley. El art. 21 E.T. regula el pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa; cuyo apartado 1 dispone que no podrá efectuarse la prestación laboral para diversas empresas cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa en los términos que se convengan. El art. 54.2.d) E.T. considera incumplimiento contractual la transgresión de la buena fe contractual. La STS de 8/3/91 (Ar. 1.840) en torno a los art. 5.d) y 54.2.d) E.T. y a la concurrencia desleal vetada al trabajador, decía lo siguiente: “La concurrencia implica una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con la del empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado, en el que se disputa un mismo potencial de clientes. Esta Sala al valorar la concurrencia desleal como quebranto de la buena fe contractual, exige que la concurrencia, aunque no haya originado un perjuicio objetivado, si, que la actividad del trabajador incida en el ámbito de mercado de la empresa, significando una auténtica competencia, y ésta se valora como desleal, bien, porque la perfección profesional que el trabajador adquirió en su relación laboral, es utilizada en contra de su principal, así la sentencia de 30 de marzo de 1987 (R. 1.756), y las citadas en ella, bien con un carácter más mesurado, para calificar de desleal la concurrencia, se exige que el puesto que el trabajador desempeña en la empresa signifique por su categoría o función, la posesión de datos internos de la empresa que constituyan una potenciación de la actividad competitiva, y por ello mismo, una deslealtad en la libre concurrencia del mercado, así la sentencia de 29 de marzo de 1990 (R. 2.367), entre otras. Por último, en todo caso y como es obvio, es necesario para que se dé la competencia desleal la ausencia del consentimiento expreso o tácito del empresario”. En este contexto legal y jurisprudencial, valorando oportunamente la conducta acreditada del demandante el Tribunal considera inviable la infracción que se denuncia en el 2º motivo del recurso. Por un lado, si bien el actor es socio de “LCO “P., S.A.”, y la empresa demandada tiene la normativa interna sobre actividades de negocios externas que se dice en el H.P. 9º, resulta que la referida sociedad, LCO “P., S.A.”, en la que en todo caso el actor tiene una participación

escasa (750 acciones sobre un capital de 29.000 acciones), se dedica a comercializar y distribuir productos cosméticos mientras que la actividad de la recurrente es la de distribución y venta de medicamentos; cualitativamente distintas y que hace desterrable una competencia directa y/o realmente valorable entre ambas, al margen de que en farmacias se puedan también vender cosméticos, máxime cuando la venta de medicamentos requiere receta y tiene unos “consumidores” específicos, y como tales, diferenciados de los de aquellos otros productos; y al margen también de la posible condición de dermatólogos de ciertos accionistas de LCO “P., S.A.” a que se alude en el recurso, pues ni ello, ni su condición de “clientes” de la demandada, está declarado en H.P. ni se muestra como de auténtica trascendencia en su caso y a los presentes efectos a partir de la actividad y dimensión de ambas sociedades. No hay, en suma, la imprescindible competencia económica y comercial con incidencia real y valorable en el ámbito de mercado de la demandada, sin lo que “la pérdida de confianza” por parte de la empresa para con el actor que se dice en el recurso carece de trascendencia en términos de causa de despido; no hay, a partir de ello, una concurrencia desleal por parte del actor, quien además siempre trabajó para “S.P.” con máxima dedicación y excelentes rendimientos dado que (H.P. 6º) “ha sido uno de los mejores vendedores de la compañía y el más premiado”. Por otro lado, es H.D.P. (el 5º) que el actor “pidió permiso al Gerente de Zona de la empresa demandada para participar en la empresa LCO “P., S.A.”, que fue despedido el 14.09.00”; es decir, el actor puso en conocimiento de su superior en la demandada, de quien dependía por ser el gerente de zona, su participación en LCO “P., S.A.”, sin haber sido desautorizado en momento alguno; y si bien el dicho gerente fue despedido en 14.09.00, aquella sociedad había sido constituida en 1999, careciendo de trascendencia respecto del actor el despido del gerente, pues además de haber sido declarado improcedente en su proceso correspondiente, en los HDP nada se explicita salvo que el actor le pidió permiso para con la empresa demandada por ser su jefe y como gerente de zona que era. De este modo, también por esta vía se evidencia que el actor no ha incurrido en actuación alguna acreditada tachable de fraudulenta, desleal o de mala fe, pues actuó en forma oportuna en el seno de la demandada pidiendo permiso para participar en aquella otra sociedad a través de quien era su supervisor y jefe, gerente

de la zona noroeste. Por las razones dichas, la sentencia de instancia ha hecho una aplicación oportuna al caso de los art. 54 y 55 E.T., resultando ajustada a derecho la calificación del despido como improcedente, con sus oportunas consecuencias de conformidad con lo dispuesto en los art. 55 y 56 E.T.

QUINTO.- El último motivo del recurso explicita que “aún en el caso de que se mantuvieran los Fundamentos de la sentencia aquí recurrida, y el salario bruto anual que en el mismo se indica fuese correcto, la indemnización que se indica en el fallo de la sentencia (16.835.583 ptas.), no es correcta de acuerdo con la antigüedad y fecha de despido reconocido en la sentencia...”.

El salario declarado del actor es el de 11.172.119 ptas. anuales y su antigüedad en la empresa de 02.01.89, con despido en fecha 21.09.00, fecha ésta límite a efectos del cómputo indemnizatorio (no el de la sentencia); resulta así que el tiempo de servicios a los efectos del art. 56.1.a) E.T. es el de 11 años, 8 meses y 19 días. Por consiguiente, la indemnización que corresponde ha de ser cuantificada, a partir de un salario mes de 931.010 ptas. (el anual dividido entre 12) y salario día de 31.034 ptas. (931.010 entre 30), en un total de 16.379.339 ptas. En ningún caso la cantidad fijada en la sentencia de instancia tiene justificación partiendo del propio salario y antigüedad que declara y, por lo tanto, no puede ser mantenida, no ajustándose a lo dispuesto en el art. 56 del E.T. y a los cálculos derivados de sus previsiones; como denuncia el recurso en su último motivo. Ello propicia la estimación parcial del recurso y la revocación de la sentencia de instancia en el exclusivo sentido de fijar la indemnización procedente en la suma ya indicada en sustitución de la de 16.835.583 ptas.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa “S.P., S.A.”, revocamos la sentencia de fecha 22.01.2001 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo en autos tramitados bajo el nº 592/00, por demanda interpuesta contra la recurrente por don T.P.P., exclusivamente en cuanto condena fijando el abono de una indemnización de 16.835.583 ptas., pronunciamiento que se sustituye por el de una indemnización de 16.379.339 ptas., confirmando los restantes pronunciamientos que la misma contiene. Y dése a los depósitos constituidos el destino legal.

3182 Recurso nº 3/2001

S.S. REVISIÓN SALARIAL Ó ABEIRO DO CONVENIO XA DENUNCIADO DE OFICINAS E DESPACHOS. PROCEDE O INCREMENTO SEGUNDO O ÍNDICE DE PREZOS Ó CONSUMO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a dos de mayo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes Autos seguidos con el núm. 3/2001 a instancia de la CIG. Representada por el letrado don G.G.F. contra la Asociación de empresarios del sector de oficinas y despachos de la provincia de Pontevedra, que no comparece, siendo objeto del litigio conflicto colectivo.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 14 de marzo del 2001 se recibió en este tribunal, demanda interpuesta por el representante de la CIG. contra la demandada Asociación de empresarios del sector de oficinas y despachos de Pontevedra, integrada en la Confederación de Empresarios de Pontevedra, en la que se suplica se dicte sentencia en la que se reconozca el derecho de los trabajadores que presten servicios en el sector de oficinas y despachos de la provincia de Pontevedra a percibir el incremento en todos los conceptos salariales en el 2,9% de aumento experimentado por el IPC en 1999 y se condene a la demandada a estar y pasar por tal declaración.

Por providencia de fecha 15 de marzo del 2001, se admitió a trámite la demanda, acordándose citar a las partes para la celebración de los actos de conciliación y juicio, señalándose, al efecto, el día 22 de marzo, en cuya fecha debió ser suspendido por falta de citación de la parte actora señalándose de nuevo para el 26 de abril a las diez horas, actos a los que asistió la parte actora no compareciendo la demandada, que consta citada en forma. Abierto el acto por parte actora se ratificó su demanda y recibí-

do el juicio a prueba, por la misma se propuso documental, que fue declarada pertinente, acordándose su unión a los autos. En trámite de conclusiones, la compareciente la elevó a definitivas quedando el juicio para votación y fallo.

En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

Hechos probados

PRIMERO.- El convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de la provincia de Pontevedra, acordado para el año 1999, que se pactó por una duración de un año, cuya vigencia finalizaba el 31 de diciembre de 1999 y que se entendía prorrogado tácitamente por anualidades naturales, de no mediar denuncia expresa entre las partes, fue oportunamente denunciado el 30.09.99 por la central sindical actora, quien en 27.04.00 solicitó de la demandada la constitución de la mesa negociadora del nuevo convenio sin que conste respuesta a dicha solicitud, que nuevamente fue reiterada por la actora, esta vez en unión con otras dos centrales sindicales, el 07.09.00 a través de la delegación provincial de trabajo, sin que conste lo acontecido con posterioridad.

SEGUNDO.- Que el citado convenio en su artículo 6 establecía que “caso de no llegar a una negociación después de realizada la denuncia, el texto del convenio quedará prorrogado, no así los conceptos salariales que aumentarán de acuerdo con la subida del IPC”; no obstante la representación empresarial no aplica dicho precepto y no ha incrementado en el año 2000 los salarios de los trabajadores afectados.

TERCERO.- Las partes se encuentran negociando el nuevo convenio colectivo para el año 2001.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La cuestión litigiosa consiste en determinar si los empresarios vinculados por el convenio colectivo del sector de oficinas y despachos vigente durante el año de 1999 y denunciado por el sindicato actor para el año 2000, vienen obligados a actualizar durante este último año los salarios que venían abonando conforme a dicho convenio durante el año de su vigencia, aplicando a aquellas retribuciones un incremento equivalente al del IPC del año anterior del 2,9%, o bien pueden continuar abonando la retribución de la anualidad precedente al no haberse iniciado la negociación de un nuevo convenio

para el año 2000. La cuestión planteada tiene su origen en el art. 6 del convenio colectivo del sector de oficinas y despachos de la provincia de Pontevedra, acordado para el año de 1999 que establece que “en caso de no llegar a una negociación después de realizada la denuncia el texto del convenio quedará prorrogado, no así los conceptos salariales que aumentarán de acuerdo con la subida del IPC”, y tal cuestión ha sido ya resuelta por esta sala en sentencia de 14.03.98 dictada en procedimiento de conflicto colectivo, sobre el mismo objeto y siendo esencialmente las mismas partes (en aquella fecha actuaban como actores otros dos sindicatos más), por lo que ha de mantenerse en el presente supuesto igual criterio que entonces que, fundado en la aplicación del art. 3.1 y 1.281 del Código Civil a la interpretación del mentado precepto convencional, estima que lo pactado por las partes en el art. 6 del convenio pretende que mientras no se llegue a un nuevo acuerdo, pacto o convenio, el contenido salarial no quede bloqueado o congelado en el establecido en el citado convenio sino que se incrementen de acuerdo con la subida del IPC, consecuentemente el hecho de que ni siquiera se haya llegado a constituir en el año 2000 la mesa de negociación del citado convenio no empece a que se aplique dicho precepto y que por tanto se actualicen las tablas salariales del año 99 con la subida del citado IPC, lo que conlleva acoger la demanda rectora de los autos. Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación de la demanda, formulada por la CIG., debemos declarar y declaramos el derecho de todos los trabajadores, que prestan servicios en el sector de oficinas y despachos de la provincia de Pontevedra, a percibir el incremento en todos los conceptos salariales, del 2,9% de aumento, experimentado por el IPC en 1999; condenando a la asociación empresarial del sector de oficinas y despachos provincial de Pontevedra, no comparecida a estar y pasar por esta declaración.

3183 Recurso nº 1.563/01

S.S. INCOMPETENCIA DA ORDE XURIS-DICCIONAL SOCIAL. CESAMENTO DE PERSOAL EVENTUAL DE CONFIANZA Ó SERVIZO DA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a cuatro de mayo de dos mil uno.

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. 1.563/01 interpuesto por la Excm. Diputación Provincial de Pontevedra contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña B.L.B. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la Excm. Diputación Provincial de Pontevedra en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 725/00 sentencia con fecha dieciséis de enero de dos mil uno por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- La actora, doña B.L.B., D.N.I. núm..., prestó servicios para la Excm. Diputación Provincial de Pontevedra desde febrero de 1990 mediante una relación que se articuló de la siguiente manera: 1) Por resolución presidencial de 14.02.90, Pte. don C.J.M., fue nombrada funcionaria de empleo para desempeñar el puesto de trabajo de jefe de gabinete de prensa al amparo del artículo 104.2 de la Ley 71/85 de 2 de abril./ 2) Tras las elecciones del año 91, siendo presidente de la Diputación, don C.J.M. sigue ocupando el mismo puesto. Con fecha 02.04.91, se publica en el B.O.E. la convocatoria electoral para las corporaciones locales. El 17.07.91, don C.M. toma nueva posesión de su cargo./ 3) Mediante escrito de fecha 18.07.95 se le comunicó que el día 19 de julio de 1995 cesaría automáticamente en su condición de funcionaria de empleo por imperativo de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley 30/84 de 2 de agosto y artículo 104.2 de la Ley 7/85 de 2 de abril. Se formaliza un contrato laboral eventual, por circunstancias de la producción como técnico de gabinete de prensa al amparo de lo previsto en el artículo 3 del Real Decreto. 2.546/94 de 29 de diciembre, con efectos de 21 de julio de 1995 a 30 de septiembre de 1995. 4) Por resolución presidencial de 01.10.95 fue nuevamen-

te nombrada funcionaria de empleo para ocupar el puesto de trabajo de jefe de gabinete de prensa con efectos de 01.10.95 al amparo de lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 7/85 y 176 RDL 781/86 de 18 de abril y artículo 20 de la Ley 30.07.84 de 2 de agosto./ 5) El presidente M.A. cesa en abril de 1999 (BOE 20.04.99). Con fecha 23.07.99 el presidente toma posesión de su cargo. Por resolución presidencial de fecha 23.07.99 se prorrogaron sus servicios./ 6) Por resolución presidencial de 20 de agosto de 1999 fue nombrada nuevamente funcionaria de empleo. La categoría profesional es la de jefe de gabinete de prensa y el salario mensual prorrateado es de 375.000 ptas./ 2º.- Con fecha 02.10.00, se le comunica su cese con efectos de 30 de septiembre de 2000, mediante carta del siguiente tenor literal: "Que por resolución presidencial de fecha 20 de agosto de 1999 nº 7.667 se nombró a doña B.L.B. funcionaria de empleo de esta Excm. Diputación Provincial para desempeñar el puesto de trabajo de jefe de gabinete de prensa con efecto de 10 de agosto de 1999. Considerando: que en virtud de lo dispuesto en el art. 104.2 de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y art. 61.12.d) del Real Decreto 2.568/86 de 28 de noviembre, de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, el nombramiento y cese de los funcionarios de empleo es libre y corresponde al presidente de la Entidad Local. En uso de las facultades que me atribuyen los citados preceptos he resuelto cesar a doña B.L.B. en el puesto de trabajo de jefe del gabinete de prensa con efectos 30 de septiembre de 2000" 3º.- Desde su toma de posesión en febrero de 1990 ha venido prestando servicios de manera ininterrumpida. 4º.- Se ha agotado la vía administrativa previa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: estimando la demanda interpuesta por doña B.L.B. contra EXCMA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE PONTEVEDRA declaro improcedente el despido de la trabajadora demandante condenando a la demandada a que la readmita en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o a su elección a que le abone las siguientes percepciones económicas./ A) En todo caso una indemnización cifrada en 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 42 mensualidades que se concreta en el supuesto de autos en

5.962.500 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 encontrase otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación. La opción deberá hacerse mediante escrito o comparecencia ante la secretaría de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de 5 días sin esperar su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entenderá que procede la primera".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción, y acoge la pretensión deducida en la demanda, declarando la improcedencia del cese de la demandante doña B.L.B., condenando a la demandada Excm. Diputación Provincial de Pontevedra 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 en la cantidad de 5.962.500 pesetas, con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del cese hasta la notificación de la sentencia o hasta que en encontrase otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia. Este pronunciamiento es impugnado por la representación procesal de la diputación condenada, la cual articula tres motivos de recurso por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, con el objeto de revisar los hechos declarados probados. Y por el cauce del apartado c) del artículo 191 del mismo texto legal, denuncia infracción, por no aplicación, del artículo 89 y 104.2 de la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, en relación con el artículo 61.12.d) del RD 2.568/86, de 28 de noviembre, y en relación con el artículo 20.2 de la Ley 30/84, de 2 de agosto de 1984, así como de la jurisprudencia aplicable. Igualmente, denuncia aplicación indebida del artículo 1.1 del RDL 1/95, de 24 de marzo, por el que se aprueba el TR del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 1 del RDL 2/95, de 7 de abril por el que se aprueba el TR de la L.P.L. Se alega por la entidad recurrente que la actora ocupaba un puesto de trabajo como funciona-

rio de emprego o de confianza, por lo que debe declararse la incompetencia de jurisdicción de los Tribunales de lo Social, la cual debe venir atribuida a los órganos judiciales del Orden Contencioso-Administrativo.

SEGUNDO.- Así pues, con carácter previo al examen del recurso de la recurrente, y por afectar al orden público procesal, debe analizarse y examinarse preferentemente la competencia de esta jurisdicción para conocer de la cuestión que se ventila en esta "litis". Y en relación con el examen de dicha cuestión de incompetencia, la misma debe ser resuelta por la Sala con plena libertad, sin sujetarse a los presupuestos y concretos motivos de 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 de febrero-1990 (AR. 1.099) y 4 de julio de 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 interesados, pues como reiteradamente declara la doctrina jurisprudencial, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la calificación que les otorguen los intervinientes (STS de 21-junio-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 (STS de 23-octubre-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 calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (SSTS de 21-julio-1988 y 5-junio-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 valorar las circunstancias que rodearon la contratación de la

demandante, la sala goza de total libertad –como ya se dijo– pudiendo analizar la totalidad de la prueba practicada, si bien en el presente caso se puede aceptar el relato probatorio de la sentencia de instancia, en el que se recogen todas las relaciones contractuales que la actora mantuvo con la diputación demandada y que, sustancialmente, pueden resumirse así: 1.- Por resolución presidencial de fecha 14 de febrero de 1990, de conformidad con lo establecido en el art. 104.2 de la Ley 7/85 de 2 de abril, fue nombrada funcionaria de empleo (eventual) para desempeñar el puesto de trabajo de jefe de gabinete de prensa, siendo alta con esa misma fecha en el padrón de afiliación a la Munpal (Mutualidad de funcionarios de la Administración Local) bajo el número... Este nombramiento se produjo siendo presidente don C.J.M.R. 2.- Tras las elecciones municipales del año 1991, continuó desempeñando dicho puesto de trabajo como funcionaria de empleo al haber sido designado presidente la autoridad que le confiriera tal nombramiento don C.J.M. 3.- Mediante escrito de fecha 18 de julio de 1995, en base a lo dispuesto en el art. 20.2 de la Ley 30/84 de 2 de agosto, y art. 104.2 de la Ley 7/85 de 2 de abril, se le comunicó que el día 19 de julio de 1995 cesaría automáticamente en su condición de funcionaria de empleo por expiración del mandato de la autoridad a la que prestaba su función de confianza y asesoramiento. 4.- Por Resolución Presidencial de fecha 21.07.95 se autoriza, en tanto no se crearan los puestos de confianza, la contratación laboral eventual, por circunstancias de la producción de doña B.L.B. como técnico de gabinete de prensa al amparo de lo previsto en el art. 3 del Real Decreto 2.546/94, de 29 de diciembre, con efectos 21 de julio de 1995, hasta el 30 de septiembre de ese mismo año, en cuya fecha cesaría automáticamente la interesada. 5.- Con fecha 30 de septiembre de 1995 se extingue dicho contrato, de naturaleza laboral temporal, por expiración del tiempo transcurrido. 6.- Por resolución presidencial de fecha 1 de octubre de 1995, una vez constituida la nueva corporación provincial y creados los puestos de confianza, fue nombrada funcionaria de empleo para desempeñar puesto de trabajo de jefe de gabinete de prensa con efectos 01 de octubre de 1995, de acuerdo con lo señalado en los artículos 104 de la Ley 7/85, art. 176 del RDL 781/86, de 18 de abril y art. 20 de la Ley 30/84 de 2 de agosto. 7.- Por Resolución Presidencial de fecha 23 de julio de 1999, se prorrogaron sus servicios al continuar la autoridad que la nombró como presidente en funciones, en y tanto no se constituyese la nueva cor-

poración provincial. 8.- Constituida la nueva corporación provincial, por resolución presidencial de fecha 20 de agosto de 1999, fue nombrada funcionaria de empleo a tenor de lo dispuesto en el art. 104.2 de la Ley 7/85, de 2 de abril y art. 250.3 de la Ley 5/97 de Admón. Local de Galicia, para desempeñar el puesto de jefa del gabinete de prensa con efectos 10 de agosto de 1999. 9.- Finalmente por resolución presidencial de 02 de octubre de 2000, en base a lo establecido en el art. 104.2 de la Ley 7/85, y art. 61.12.d) del RD 2.568/86 de 28 de noviembre, se produce el cese de doña B.L.B. como funcionaria de empleo, jefa del gabinete de prensa, con efectos 30 de septiembre de 2000.

CUARTO.- Partiendo de las distintas relaciones mantenidas entre las partes litigantes, y que se acaban de enumerar, la cuestión litigiosa se centra en determinar si esa relación que venía vinculando a la actora con la diputación provincial de Pontevedra es de carácter laboral, y como tal incluida en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, o por el contrario se trata de una relación excluida por el artículo 1.3 del mismo texto estatutario, al encontrarse las partes vinculadas a través de un contrato con amparo en la Ley de Bases de Régimen Local, en cuyo caso la competencia para conocer del cese de la actora no vendría atribuida a este orden jurisdiccional, sino que correspondería a la jurisdicción Contencioso-Administrativa. La sala acepta la censura jurídica que la recurrente dirige a la resolución recurrida, la cual debe ser revocada, por cuanto como ya resolvió en sus sentencias de 8 de febrero de 1999 (A.S. 59), y en la más reciente de 20 de marzo de 2000 (A.S. 507), la relación entre la actora y la entidad recurrente se formaliza al amparo de la LBRL, para un cargo de confianza, jefe de gabinete de prensa, cuyo nombramiento y cese la ley atribuye al presidente de la entidad local o provincial. Según el artículo 89 de la LBRL, Ley 7/85, de 2 de abril, el personal al servicio de las entidades locales estará integrado por “funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial”, de esta triple clasificación que formula el indicado precepto, ninguna duda ofrece que la vinculación de la actora con la diputación demandada se incardina en el último inciso de la indicada norma, esto es, como personal eventual nombrada para un puesto de confianza, y con la salvedad del período comprendido entre el 21 de julio de 1995 hasta el 30 de

septiembre siguiente (poco más de dos meses, en una relación que ha durado más de diez años) en que la actora sí estuvo contratada en régimen de derecho laboral, la vinculación desde el inicio (febrero de 1990) hasta la fecha de cese (octubre de 2000), siempre tuvo la misma naturaleza de personal eventual para desempeñar un puesto de confianza. De las distintas modalidades contempladas en el citado artículo 89, la administración puede optar por cualquiera de ellas, y en el presente supuesto ha optado por la de personal eventual, -salvo el corto período antes indicado- y en estos casos, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.2 de la citada Ley 7/85, el nombramiento y el cese de este personal es libre y corresponde al alcalde o al presidente de la entidad local correspondiente. Así pues nos hallamos ante una contratación administrativa realizada al amparo de la mencionada Ley de Bases de Régimen Local, que es la que regula y disciplina dicha relación, y como sostienen las SSTs de 16.02.84 (Ar. 883) y 10.05.83 (Ar. 2.363), “queda claro que es la ley la única fuente que justifica la ruptura de la presunción legal de existencia de un contrato de trabajo, pues lo que fundamentalmente determina la adscripción al área de la contratación administrativa con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autoriza y con sometimiento a la misma”, normativa que en el presente supuesto viene constituida por la LBRL. Consecuentemente, la calificación otorgada por la magistrada de instancia a la relación que vinculaba a las partes litigantes, no es correcta, puesto que los servicios que la actora venía desempeñando para la diputación provincial de Pontevedra, han de entenderse amparados por los artículos 89 y 104 de la LBRL, este último expresamente citado en las resoluciones acordando el nombramiento de la actora, como personal eventual, correspondiendo su nombramiento al presidente de la indicada entidad, por lo que resulta evidente que la relación que la actora mantenía con la misma se halla excluida del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, quedando incluida dentro de las relaciones que el citado artículo en su núm. 3 expresamente excluye del ámbito laboral. Por todo ello, la sala considera que la jurisdicción competente para conocer de las vicisitudes de la relación existente entre las partes, no es la social, sino que la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, según lo dispuesto en los artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 1 y

2 de la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que debe ser estimado el recurso de suplicación interpuesto por la diputación demanda y revocada la resolución recurrida. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Excm. Diputación Provincial de Pontevedra, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de los de dicha ciudad, de fecha dieciséis de enero de dos mil uno, recaída en proceso por despido promovido por la actora doña B.L.B., frente a la entidad recurrente, y con revocación de la misma debemos declarar y declaramos la incompetencia de este orden jurisdiccional para conocer de la cuestión litigiosa, por venir atribuido el conocimiento de la misma a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3184

Recurso nº 49/98

S.S. DEVOLUCIÓN DE IMPORTE A UNHA MUTUA POLA ENTIDADE XESTORA DERIVADA DE MATERIAL PROTÉSICO. COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL. CUESTIÓN DE RESPONSABILIDADE EN ORDE ÁS PRESTACIÓNS. A PRESTACIÓN ORTOPROTÉSICA CORRESPÓNDELLE Á MUTUA INCLUSO LOGO DA CUALIFICACIÓN DA INVALIDEZ.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a cinco de mayo de dos mil uno.

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. 49/98 interpuesto por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, TGSS y SERGAS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de La Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 838/96 se presentó demanda por MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO en reclamación de GASTOS MÉDICOS siendo demandado el J.M.P.R., INSS, TGSS, SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1 de septiembre de 1997 por el juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Que el trabajador don J.M.P.R. afiliado al régimen general de la Seguridad Social con el número..., sufrió el 29.08.91 un accidente de trabajo cuando prestaba sus servicios para la empresa "M.C.R.", sufriendo por ellos las siguientes dolencias: tetraplejía completa motora e incompleta sensitiva nivel C7 por fractura de C5-C6 y C7.- 2º) A consecuencia de las graves secuelas padecidas, el Instituto Nacional de la Seguridad Social tramitó expediente de invalidez permanente, declarándole en resolución dictada el 27.03.92 afecto de Gran Invalidez con efectos económicos de 23.01.92 a cargo de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo donde tenía cubierto el riesgo la empresa "M.C.R."- 3º) Que don J.P.R. fue atendido médicamente en el Hospital Juan Canalejo de A Coruña, que emitió facturas por compra de prótesis puestas a disposición de aquel consistentes en collarín fillawer (33.945 pesetas), silla modelo Roller (356.550 pesetas) y grúa elevadora hidráulica (250.282 pesetas).- 4º) Que la Tesorería General de la Seguridad Social en el mes de noviembre de 1992 efectuó cargos a la mutua actora, a través del modelo T-8 por las facturas de prótesis designadas al Sr. P., por un importe total de 640.771 pesetas.- 5º) Que ha quedado agotada la vía administrativa previa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo estimar en parte la demanda interpuesta por la MUTUA GALLEGA DE ACCIDENTES DE TRABAJO, contra don J.M.P.R., INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo declarar y declaro que no procede el abono por parte de la mutua demandante de las prótesis suministradas por

el SERGAS a don J.M.P.R. consistentes en collarín Fillawer y grúa elevadora hidráulica, cuyo importe ascienden a la suma de 284.227 pesetas condenando al SERGAS y a la Tesorería General de la Seguridad Social a estar y pasar por tal declaración y al reintegro de dicha cantidad a la mutua demandante absolviendo a don J.M.P.R. de todos los pedimentos contenidos en demanda.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, tras desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción (desestimación que no se hizo constar en el fallo, aunque si fue examinada), acoge la de falta de legitimación pasiva del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y estima en parte la demanda de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, declarando que no procede el abono por parte de la mutua de las prótesis suministradas por el SERGAS (Servicio Galego de Saúde) al trabajador codemandado don J.M.P.R., consistentes en un collarín Fillawer y grúa elevadora hidráulica, cuyo importe ascendió a 284.227 pesetas, condenando al SERGAS y TGSS a reintegrarles dicha cantidad. Este pronunciamiento se impugna por las representaciones procesales de la demandante mutua gallega, y de los demandados Servicio Galego de Saúde y Tesorería General de la Seguridad Social. La mutua demandante, articula cinco motivos de recurso, dedicando los tres primeros a la revisión de hechos probados y referidos los otros dos al examen del derecho aplicado en la sentencia que se impugna. Por su parte, la representación de la TGSS, al igual que la del SERGAS, no cuestionan los hechos declarados probados, y articulan un primer motivo, por el cauce del apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (si bien la representación del SERGAS se ampara en el apartado c) de dicho precepto), solicitando la reposición de los autos el estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, por entender que en la sentencia se ha incurrido en infracción, por aplicación indebida, del artículo 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 3.b) del mismo texto legal. Se alega por

los citados organismos, que la Mutua de Accidentes de Trabajo demandante se limitó en su demanda a pedir la devolución de las facturas, por entender que le habían sido cobradas indebidamente, y que ello supone modificar la liquidación practicada por la TGSS a través del modelo T-8, que constituye un acto de gestión recaudatoria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1.d) del R.D. 1.637/95, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, y que por ello la jurisdicción competente para conocer del presente asunto es la Contencioso-Administrativa, y no la Jurisdicción Social, citando diversas sentencias en apoyo de su tesis.

SEGUNDO.- Así pues, la cuestión que se plantea por la TGSS y por el SERGAS, en el primer motivo de sus respectivos recursos, es la de determinar si el orden social de la jurisdicción es o no el competente para conocer de la pretensión deducida por la Mutua de Accidentes de Trabajo en su demanda, esto es, que no se halla obligada al pago de las citadas prótesis, y que los demandados deben reintegrarle la cantidad que le fue cargada por la TGSS, por el importe de 640.777 pesetas, y que la mutua considera que le han sido cargadas indebidamente. Ambos motivos deben ser rechazados, pues de conformidad con la doctrina sentada por la sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998, (Ar. 5.093) recaída en unificación de doctrina y resolutoria de un supuesto idéntico al que constituye el objeto de la presente controversia, (seguida por las Sentencias de esta sala de fecha 31 de marzo y 3 de abril del presente año) “...de la Tesorería General de la Seguridad Social no ha emanado formalmente ningún acto de gestión recaudatoria, sino un simple cargo material, cuyo medio de actuación no consta, aunque probablemente se ha instrumentado como compensación institucional (artículo 89 de la Orden Ministerial de 8 de abril de 1992). Por otra parte hay que señalar que la pretensión deducida en la demanda no se dirige siquiera contra un acto tácito de gestión recaudatoria. En realidad lo que se impugna en las presentes actuaciones no es el descuento practicado por la tesorería, sino la imputación de la deuda realizada mediante la facturación cursada en su momento por el Servicio Galego de Saúde, y es claro que no es éste un acto recaudatorio, sino un acto declarativo que imputa una responsabilidad en orden a una prestación...”.

TERCERO.- El recurso de la mutua demandante, dedica los tres primeros motivos a la revisión de hechos probados, -como antes se indicó- y al amparo del artículo 191 apartado b) de la Ley de Procedimiento Laboral solicita, en el primero de los motivos, la modificación del hecho declarado probado segundo de la sentencia impugnada, para que se añada la siguiente frase: "La Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo ingresó el 18 de junio de 1992 en la cuenta de la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste de la pensión reconocida a don J.M.P.R. por importe de 11.103.543 pesetas". En el segundo de los motivos, interesa la modificación del hecho probado tercero, para que quede redactado del modo siguiente: "TERCERO: Que don J.M.P.R. fue atendido médicamente en el Hospital Juan Canalejo de La Coruña que emitió facturas por compra de prótesis puestas a disposición de aquel en el mes de junio de 1992, consistentes en collarín fillawer (339.945.-ptas, debe entenderse 33.945 ptas); silla modelo Roller (356.550 pesetas) y grúa elevadora hidráulica (250.282.-ptas.). Finalmente, en el tercero, y último, de los motivos dedicados a la revisión de hechos, la mutua recurrente solicita la modificación del hecho probado tercero (en realidad, quiere referirse al cuarto), para que quede redactado de la siguiente forma: "Que la Tesorería General de la Seguridad Social en el mes de noviembre de 1998 efectuó cargos a la mutua actora a través del modelo T-8 notificado a la mutua gallega el 5 de mayo de 1993, por las facturas de prótesis designadas al Sr. P. por importe total de 640.777 ptas." La sala accede a las revisiones interesadas, a la vista de las pruebas documentales en que se sustentan, y ello con el fin de precisar las fechas en que se sucedieron las distintas actuaciones descritas, por cuanto el contenido fáctico esencial, referido a las distintas prótesis y a su importe, ya figuraba en el relato probatorio.

CUARTO.- En el motivo cuarto del recurso, la mutua denuncia infracción, por violación, del artículo 143 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, en relación con lo dispuesto en el artículo 122 del mismo texto legal, y artículo 2 del Real Decreto 1.245/79, de 29 de mayo, y resolución de fecha 28 de septiembre de 1973. Se alega, en esencia, por la mutua recurrente que las entidades colaboradoras no pueden seguir soportando las vicisitudes de los accidentados después de declarada la incapacidad y abonado el capital coste de la pensión, ya que de lo

contrario se produciría un enriquecimiento injusto por el INSS, como sucesor del fondo compensador del seguro de accidentes de trabajo. Y en el quinto, y último de los motivos, se denuncia infracción, por no aplicación, de la Orden de 4 de enero de 1982, Título VI del anexo, quinta norma para la aplicación de la tarifa primera en relación con el Capítulo II del Título I de dicha tarifa. Se alega por la mutua recurrente, en síntesis, que ni el médico encargado de la asistencia sanitaria del paciente, ni el Hospital Juan Canalejo, ni el SERGAS, solicitaron a la M.G., ni a sus servicios médicos autorización alguna para la compra de las prótesis puestas a disposición del trabajador accidentado, incumpléndose así la citada normativa, por lo que no procede el abono de aquellas por la citada mutua demandante. Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido constan en el relato fáctico de la sentencia impugnada, con las modificaciones aceptadas por vía de revisión, y, en lo sustancial, pueden resumirse así: 1.- Que el trabajador don J.M.P.R. (codemandado en los presentes autos), sufrió un accidente de trabajo el 29 de agosto de 1991, cuando prestaba sus servicios para la empresa "M.C.R.", a consecuencia del cual presentó una "tetraplejía completa motora e incompleta sensitiva nivel C7 por fractura de C5-C6 y C7". 2.- Tramitado el correspondiente expediente de Invalidez, la Dirección Provincial del INSS dictó resolución de fecha 27 de marzo de 1992, declarando al citado trabajador en situación de Incapacidad Permanente Absoluta en el grado de GRAN INVALIDEZ, con efectos económicos de 23 de enero de 1992, derivada de la contingencia de Accidente de Trabajo, a cargo de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, con la que la empresa citada tenía cubierto el riesgo por tal contingencia. Ingresándose por la citada mutua el 18 de junio de 1992, el capital coste de la pensión reconocida por importe de 11.103.543 pesetas. 3.- El citado trabajador, fue atendido en el Hospital Juan Canalejo de A Coruña, que emitió facturas por compra de prótesis puestas a disposición de aquel, consistentes en collarín Fillawer (33.945 ptas.), silla modelo Roller (356.550 ptas.), y grúa elevadora hidráulica (250.282 ptas.). 4.- La Tesorería General de la Seguridad Social en el mes de noviembre de 1992, efectuó cargos a la mutua demandante, a través del modelo T-8, por el importe de las facturas descritas en el punto anterior, que ascendieron a un total de 640.777 pesetas. Así pues, la cuestión litigiosa consiste en determinar si las prótesis que le han sido facilitadas al

beneficiario de la Seguridad Social, el trabajador accidentado, que tras sufrir un accidente de trabajo ha quedado en esta tetrapléjico, su importe debe ser imputado en su totalidad a la mutua que cubría el riesgo del accidente, o si solo procede imputarle el importe de la silla para inválidos por valor de 356.550 pesetas, debiendo ser reintegrada en la suma de 284.227 pesetas por la TGSS y por el SERGAS cantidad a que ascendió el collarín y una grúa elevadora. La censura jurídica que se denuncia no puede tener favorable acogida, de conformidad con lo resuelto por esta misma sala en las dos sentencias, anteriormente citadas, resolviendo supuestos similares al aquí enjuiciado. En dichas sentencias se declara que la obligación de prestar la asistencia sanitaria y proporcionar la silla de ruedas al trabajador accidentado, recaía sobre la mutua patronal accionante por imperio de lo establecido en los art. 10, 11 y 12 del antes citado Decreto 2.766/1967, de 16 de noviembre (vigentes, en la fecha en que se produjo la liquidación de la tesorería, y después de la entrada en vigor del RD 63/1995, de 20 de enero); siendo de resaltar que el último de los invocados artículos impone la prestación de la asistencia sanitaria al accidentado “desde el momento en que se produzca el accidente o se diagnostique la enfermedad profesional y durante el tiempo que su estado patológico lo requiera”; de ahí que en nada puede afectar a la obligación de la aseguradora -como ésta parece insinuar en su recurso- el hecho de que la declaración de incapacidad del accidentado, Gran Invalidez, efectuada con posterioridad a la prestación de asistencia, retrotraiga sus efectos económicos a un momento anterior, ya que el mandato contenido en los preceptos que quedan invocados, en modo alguno puede provocar el traslado de tal obligación a la entidad gestora de la Seguridad Social. Por otro lado, resulta también inatendible la infracción denunciada del Reglamento de Accidentes de Trabajo, no sólo por su ineficacia normativa sino también por su irrelevancia a los fines de la presente controversia. Y finalmente, en cuanto a la Orden 4 de enero de 1982, Título VI del Anexo, Quinta Norma para la aplicación de la tarifa primera, en relación con el Capítulo II del Título I de dicha tarifa, debe precisarse que tanto por el ámbito de aplicación de la orden, reguladora de tarifas de honorarios y retribuciones por asistencia sanitaria en accidentes de trabajo, como por los epígrafes concretos invocados por la recurrente, referidos a servicios extraordinarios y autorización previa, en nada altera la conclu-

sión antes sentada, extraída, como queda dicho, de textos legales de superior rango normativo, máxime cuando la mutua patronal conocía la situación y lesión medular sufrida por el accidentado, al haberse hecho cargo de la asistencia sanitaria prestada al trabajador y no haber cuestionado las restantes partidas de la liquidación presentada por la Tesorería.

QUINTO.- El segundo de los motivos del recurso formulado por el Sergas, al amparo del art. 191.c) de la LPL, sin denuncia expresa de norma sustantiva, se limita a argumentar sobre los conceptos legales de prótesis y ortesis, citando la Orden de 18 de enero de 1996 de desarrollo del Real Decreto 63/95, de 20 de enero, ambas normas citadas genéricamente sin especificar ningún precepto legal como infringido y refiriéndose al Anexo III. 3º de este último texto legal y la Orden de 7 de febrero de 1997 de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, por la que se regula la prestación ortoprotésica en la Comunidad Autónoma de Galicia, en cuyo Anexo V se establece la lista de prótesis especiales; y termina citando Sentencias del Tribunal Supremo de 26.05.94 y 28.11.94. El motivo tampoco puede prosperar, de un lado, porque la normativa que invoca como vulnerada resulta inaplicable al caso litigioso por razones de derecho intertemporal (la liquidación efectuada a la mutua patronal se produjo en el mes de mayo de 1993, según se desprende del cuarto de los hechos probados), y de otro, porque la exclusión de abono del collarín y de la grúa, que no tienen el carácter de prótesis en el sentido técnico jurídico, está amparada por la normativa contenida en los art. 108 de la Ley de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 y 11 letra b), del Decreto 2.766/1967, de 16 de noviembre, dando lugar únicamente a ayudas económicas.

SEXTO.- En el segundo, y último, de los motivos del recurso interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, con amparo en el art. 191 letra c) de la LPL, se denuncia infracción, por inaplicación, del art. 3 de la Ley 1/1989, de 2 de enero, del Servicio de Salud, en relación con el art. 1 del Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social; y ello sobre la base de que la recurrente no tiene competencia alguna en relación con la prestación de asistencia sanitaria cuyo reembolso pretende la mutua, siendo aquella competencia, actualmente y en el presente caso,

del Servicio Galego de Saúde; por lo que, estima que no cabe exigirle responsabilidad alguna, ya que su actuación se ha limitado a deducir el importe de las facturas emitidas por el Sergas, sin que sea la recurrente perceptora de las cantidades detráidas a la mutua, por tratarse de recursos correspondientes al Sergas. La improsperabilidad de la censura jurídica resulta del hecho de que la tesorería ha sido el organismo que practicó las liquidaciones giradas a la mutua demandante, tal como resulta del relato de hechos probados, en virtud de las funciones de servicio común, lo que le confiere, la debida legitimación pasiva junto con la que le corresponde al codemandado Servicio Galego de Saúde.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, así como los interpuestos por los demandados Servicio Galego de Saúde y Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha 1º de septiembre de 1997 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de esta capital, en los presentes autos tramitados a instancia de la mutua recurrente frente a los referidos demandados y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, decretándose la pérdida del depósito constituido por la mutua para recurrir, al que se dará el destino legal una vez haya ganado firmeza la presente resolución.

3185

Recurso nº 4.839/97

S.S. COMPLEMENTO DE ANTIGÜIDADE: CORRESPÓNDELLE ASÍ MESMO ÓS TRABALLADORES VINCULADOS CON CONTRATO TEMPORAL Á ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Coto

A Coruña, a siete de mayo de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 4.839/97 interpuesto por la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de La Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 290/97 se presentó demanda por doña I.F.F. en reclamación de personal Xunta siendo demandada la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y siete 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 viene trabajando para la demandada mediante contrato de interinidad para sustituir a doña H.R.R., ambas con la categoría de limpiadoras, en tanto la segunda permanezca en situación de I.L.T. La prestación de servicios la inicia el 25 de octubre de 1993. Segundo.- Con fecha 31 de enero de 1994, la trabajadora sustituida pasa a la situación de Invalidez Permanente, por lo que la actora continúa en el desempeño de su plaza en tanto ésta no se cubra reglamentariamente, continuando en activo en la actualidad. Tercero.- Se agotó la vía previa en la forma reglamentaria. Cuarto.- La cuantía del trienio para 1996 es de 3.932 pts. Quinto.- La cuestión debatida puede afectar a un gran número de trabajadores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por doña M.I.F.F. declaro su derecho a percibir un trienio desde el 1 de noviembre de 1996 condenando a la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, a hacérselo efectivo en la cuantía y efectos reglamentarios desde dicha fecha".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO. La Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de

Galicia se alza en suplicación contra la resolución de instancia, que estimando la demanda articulada por M.I.F.F., declaró su derecho a percibir un trienio desde el 01.11.96, condenando a la consellería demandada a hacérselo efectivo en la cuantía y efectos reglamentarios, articulando un único motivo, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, tendente a denunciar como infringido el artículo 27.b.1.5 del III Convenio Colectivo Único para el personal de la Xunta de Galicia, publicado en el D.O.G. nº 249 de 28 de diciembre de 1994.

SEGUNDO. Por más que en el suplico de su recurso, la Xunta de Galicia, solicita, sin duda por involuntario error de transcripción, que se tenga “por formulada impugnación del recurso de suplicación interpuesto de adverso contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña, de fecha 26.09.97 y previos los oportunos y preceptivos trámites, dicte sentencia desestimatoria del recurso y confirmando en su totalidad la que se recurre”, del contexto de lo actuado e incluso de lo aseverado en el propio cuerpo del escrito se constata que no solo la recurrente es la meritada entidad sino que lo pretendido es que se revoque la sentencia de instancia, arguyendo, en esencia, que los trabajadores contratados con carácter temporal no tienen derecho a retribución por antigüedad.

TERCERO. Así las cosas, no ha de tener éxito la censura jurídica a que se contrae el recurso, relativa a la vulneración del art. 27.b.1.5 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, con cita de la Orden de 12 de diciembre de 1990 (Consellería de Presidencia e Administración Pública). A tal efecto, esta propia sala, superando anteriores criterios, ha venido estableciendo en diversas sentencias, valga por todas la de 13.03.00 recaída en el recurso 5.520/96, que: “En primer término ha de destacarse que el diverso tratamiento remuneratorio que es objeto de debate, ya había merecido un contundente reproche jurídico en la doctrina del extinguido Tribunal Central de Trabajo, que en sentencias de 24-agosto-83 Ar. 7.298, 23-noviembre-83 Ar. 10.370, 29-agosto-84, 18-octubre-84 Ar. 8.295, 3-febrero-86 Ar. 1.310, 7-mayo-86 Ar. 3.917, 28-julio-86 Ar. 7.190 y 7-septiembre-87 Ar. 20.182 había ya sostenido que el principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución, en norma que reitera para el ámbito de las relaciones de trabajo el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabaja-

dores, si bien no fuerza la instauración en todo caso de niveles retributivos idénticos, impide sin embargo que a través de convenios colectivos –incluso no estatutarios– puedan consagrarse diferencias salariales para trabajos idénticos, sin otro fundamento que la temporalidad del vínculo de quienes resulten perjudicados, pues tal causa, por no razonable, supondría discriminación contraria al citado art. 14 y a lo establecido en los convenios OIT números 111 y 117. Como destaca la doctrina más autorizada, para el extinto Tribunal Central de Trabajo era principio jurídico-laboral inamovible el de que constituye una desigualdad de trato irracional e irrazonable la que utiliza como criterio diferenciador para establecer distintas condiciones laborales la naturaleza de personal fijo o no fijo de los trabajadores. No otra conclusión se impone en el ámbito de la jurisprudencia ordinaria propiamente dicha. La más reciente destaca que cuando el art. 25.1 del Estatuto de los Trabajadores, bajo la rúbrica de “promoción económica”, afirma que el trabajador “en función del trabajo desarrollado” podrá tener derecho a aquella promoción en los términos fijados en convenio colectivo o en contrato individual, en manera alguna menciona una clase de contrato laboral por razón de la duración, sino que viene a retribuir la presumible mayor destreza adquirida por la experiencia en el trabajo, y no la constancia o permanencia como fijo al servicio de la misma empresa (SSTS 29-marzo-99 Ar. 3.769, 5-febrero-99 Ar. 1.595, 25-enero-99 Ar. 1.023, 21-diciembre-98 Ar. 1999\446, 15-diciembre-98 Ar. 1999\438, 4-diciembre-98 Ar. 10.196 y 10-noviembre-98 Ar. 9.544). De otra parte, aunque desde la Ley 11/1994 haya remitido a la autonomía colectiva y a la individual la regulación de la estructura del salario o la propia implantación de complementos de antigüedad, de manera que colectivamente puedan pactarse unos u otros requisitos para su devengo, ello siempre ha de tener lugar dentro del debido respeto a la Ley y a la Constitución, debiendo tenerse en cuenta –a tales efectos– que el canon de la interpretación conforme a la Constitución orienta, asimismo, en la dirección de no limitar en principio a los trabajadores fijos los conceptos retributivos que tienen su origen en el tiempo de trabajo desarrollado (STS 10-noviembre-98 Ar. 9.544). Aparte de que –no cabe olvidarlo– las normas del Estatuto de los Trabajadores, como disposición que recoge el mandato del artículo 35 de la Constitución, actúan legalmente como límite mínimo de esa posible regulación colectiva o individual (STS 4-diciembre-98 Ar. 10.196) y que –como destaca la STS 29-marzo-99 Ar. 3.769– el crite-

rio favorable al devengo de trienios por el personal contratado temporalmente ha sido aceptado ya por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 11-noviembre-98 Ar. 9.624, 4-diciembre-98 Ar. 10.196 y 23-diciembre-98 Ar. 385. Es más, consideramos que ese criterio del legislador favorable a la promoción económica sin distinción alguna por razón de la naturaleza –temporal o indefinida– del contrato, que a nuestro parecer es perfectamente deducible del artículo 25, se evidencia incluso en el art. 2.2.d) del Real Decreto 2.104/84 (21 de noviembre), al disponer –se trata de contratos para obra o servicio determinado– que “el trabajador, en función del tiempo trabajado, devengará [no “podrá devengar”] el complemento de antigüedad en los términos fijados en la correspondiente norma, convenio colectivo o contrato individual”. Y la utilización de la palabra “devengará”, que no la expresión “podrá devengar”, hace pensar en el carácter imperativo del cuestionado del plus, limitándose la normación complementaria a determinar su mero importe y forma de abono. Por su parte, la Jurisprudencia Constitucional es todavía más clara sobre el extremo debatido: sobre el alcance general del principio de igualdad, en abstracto, el intérprete máximo de la Constitución le atribuye los siguientes rasgos esenciales (SSTS 76/1990; y 177/1993, de 31-mayo): (a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; (b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; (c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; (d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un

juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente graves o desmedidos. Tratándose más específicamente de materia salarial, tal como indica la STC 2/1998 (12-enero-98), su doctrina al respecto ha establecido una importante diferencia entre los casos en los que la desigualdad retributiva se produce en el ámbito de las relaciones entre particulares, y aquellos otros en los que el empresario o empleador es la Administración Pública, siempre y cuando la diferencia salarial cuestionada no tenga un significado discriminatorio, por incidir, entre otras, en alguna de las causas prohibidas por la Constitución. Y en este sentido, la STC 34/1984 (9-marzo) declaró que el art. 14 de la Constitución Española no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad. Y también se ha declarado, que el convenio colectivo, aunque ha de respetar ciertamente las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988, de 10-octubre; 108/89, de 8-junio; 171/1989, de 19-octubre; 28/1992, de 9-marzo, entre otras). Sin embargo, cuando el empresario es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 Constitución Española), con interdicción expresa de la arbitrariedad (artículo 9.3 Constitución Española). Como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que, como hemos declarado, concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales (SSTC

161/1991; 95/1996, de 29 de mayo; y 2/1998, de 12 de enero). Y la vigencia del principio de igualdad en este ámbito llevaría a afirmar que el personal que presta servicios para las administraciones públicas tiene derecho a un tratamiento salarial, no sólo que no sea desigual por aplicación de un criterio prohibido por la Constitución, sino que respete el principio general de igualdad, lo que implica el pago de iguales salarios por trabajos iguales. La diferencia de trato aunque esté establecida en un acuerdo entre la administración y los sindicatos, no es suficiente para considerar que la misma está justificada y se ajusta a las exigencias del artículo 14 Constitución Española (sentencia 2/1998, de 12 de enero), porque el convenio, con valor normativo y, en consecuencia, inscrito en el sistema de fuentes del derecho está por ello mismo subordinado a las normas de mayor rango, en virtud del respeto al principio de jerarquía reconocido constitucionalmente como una de las facetas del imperio de la Ley, ateniéndose al elenco de los derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y muy especialmente el que proclama la igualdad y veda cualquier discriminación. De ahí que en tales convenios no se puedan establecer diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, y muy especialmente en caso de identidad de trabajo (SSTC 52/1987, de 7 de mayo; 136/1987, de 22 de julio; y 177/1993, de 31 de mayo); siendo de destacar que a los jueces y tribunales se les impone examinar la posible contradicción entre lo pactado colectivamente y un derecho fundamental (SSTC 207/1987, de 22-diciembre; 56/1988, de 24 de marzo; 166/1988, de 26 de septiembre; 177/1988, de 10 de octubre; y 28/1992, de 9 de marzo). Tratándose concretamente de trabajadores temporales, la Doctrina Constitucional tiene indicado (STC 177/1993, de 31 de mayo) que si bien la duración del contrato no es un dato o factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias en las condiciones de trabajo del personal fijo discontinuo y eventual (STC 136/1987, de 22-julio), como tampoco lo es el que atiene a las características del puesto de trabajo, ya que no es contraria al principio de igualdad la regulación diferente de aquellas condiciones si va referida a distintas actividades laborales o profesionales y responde a las peculiaridades de cada una de ellas (por todas, STC 170/1988, de 29 de septiembre). Pero en todo caso ha de mantenerse, con la ya citada STC 177/1993 (31 de mayo), que la modalidad de adscripción –fija o temporal– no puede por sí misma justificar el distinto tratamiento retributivo, ya que su

resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad. Se hace así de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por la eventualidad del empleo, intensificando su situación menesterosa, con lo que en definitiva se enmascara una infravaloración de su trabajo. De esta forma, la desigualdad se convierte en discriminación, su cara peyorativa, por no ofrecer más soporte visible que una minusvaloración de las funciones desempeñadas por el grupo segregado y peor tratado, notoriamente débil y desprotegido en el momento de la contratación, ya que carecen de poder negociador por sí solos (STC 136/1987, de 22 de julio; también la STC 22/1994, de 27 de enero, siquiera referido a trabajadores a tiempo parcial), y en situación desfavorable “a priori” respecto del personal de plantilla. En definitiva, la ruptura de la ecuación o equivalencia entre salario y trabajo –a igual tarea igual retribución– vulnera el artículo 14 en el marco que le prestan los artículos 1 y 9 de la Constitución. En el concreto caso de autos, el art. 27.b.1 del citado Convenio Colectivo Único dispone que “El complemento de antigüedad será de tres mil seiscientas setenta y una pesetas mensuales para todos los trabajadores, cualquiera que sea su categoría profesional, que perfecciones trienios a partir de la entrada en vigor del presente convenio [...]. Para el cómputo de trienios, se considerarán los servicios prestados en periodo de prueba o excedencia forzosa con cargo público. Asimismo, se tendrán en cuenta los servicios prestados durante el tiempo de duración del servicio militar o equivalente. A efectos de antigüedad y siguiendo el procedimiento fijado por la Orden de 12 de diciembre de 1990, de la Consellería da Presidencia e Administración Pública, se reconocerán los servicios prestados en cualquiera Administración pública con anterioridad a la adquisición de la condición de personal laboral fijo al servicio de la Xunta de Galicia. La remuneración por trienios de los trabajadores a tiempo parcial será proporcional a la establecida para los trabajadores fijos a jornada completa. El cómputo del tiempo para la consolidación de los trienios se determinará como si fuese contratado a tiempo completo”. A la vista de esta redacción la sala ha sostenido en diversas ocasiones –sentencias, entre otras, de 30-junio-99 R. 1.936/96, 24-marzo. 99 R. 797/96 y 22-marzo-99 R. 801/96– que los términos del referido precepto no excluyen con claridad a los trabajadores temporales de percibir el premio de antigüedad: el primer inciso proclama con carácter general la atribución del

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

(SSTC 123/1992 y 98/1993), hace caer por su base la referencia formal a la autonomía colectiva”. CUARTO. La aplicación de los antedichos argumentos al presente caso determina la desestimación del recurso articulado por la consellería demandada, pues no se evidencia la vulneración de la normativa que se dice infringida, por lo que, en consecuencia, deviene procedente la confirmación de la sentencia de instancia, en la que se reconoció el derecho de la actora –vinculada a la Entidad demandada mediante contrato de interinidad para sustituir a otra trabajadora, ambas con la categoría de limpiadoras, en tanto que ésta permaneciese en situación de I.L.T., iniciando, la demandante, la prestación de sus servicios el día 25.10.93, continuando la actora en el desempeño de su plaza cuando el 321.1.94(sic) la trabajadora sustituida pasó a la situación de Invalidez permanente, y permaneciendo en activo en la actualidad, según resulta del relato histórico de la sentencia de instancia, cuyos ordinales no fueron combatidos en el recurso, aquietándose expresamente con los mismos la parte recurrente– a percibir un trienio desde el 1 de noviembre de 1996.

Fallamos

Desestimando el recurso interpuesto por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia contra la sentencia dictada, con fecha 26 de septiembre de 1997, en autos nº 290/97, tramitados por el Juzgado de lo Social nº 3 esta ciudad, a instancia de M.I.F.F., confirmamos la resolución de instancia.

3186 Recurso nº 1.659/01

S.S. CONTRATACIÓN LABORAL EN FRAUDE DE LEI. A EXTINCIÓN DO CONTRATO MERECE A CONSIDERACIÓN DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, SEN QUE TEÑA VALOR LIBERATORIO O RECIBO DE LIQUIDACIÓN ASINADO POLA TRABALLADORA.

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

A Coruña, a ocho de mayo de dos mil uno.

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. 1.659/01 interpuesto por el Excmo. Concello de Viveiro contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.R.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el Excmo. Concello de Viveiro en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 676/00 sentencia con fecha uno de diciembre 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 actor, don M.R.L., cuyos datos personales constan en autos, vino prestando sus servicios para el EXCMO. CONCELLO DE VIVEIRO, con las siguientes circunstancias laborales: antigüedad 22 de diciembre de 1997, categoría profesional peón, salario 161.751 pesetas mensuales incluida la prorratea de pagas extras. El actor no ostenta ni ostentó la representación de los trabajadores./ SEGUNDO.- El actor inició la relación laboral con el Excmo. Concello de Viveiro, con contrato de trabajo de duración determinada celebrado el 22 de diciembre de 1997 que se extendió hasta el 21 de septiembre de 1998, concertado para la realización de obra o servicio determinado siendo el objeto realizar funciones de competencia municipal en el servicio de limpieza y otros servicios municipales. El 22 de septiembre de 1998 se celebró nuevo contrato también de duración determinada para realización de obra o servicio determinado y siendo el objeto el mismo que el anterior contrato./ TERCERO.- Con fecha 19 de julio de 2000 el Concello de Viveiro dirige al actor escrito de preaviso y notificación de finiquito, en él se recoge: "...que el próximo día 4 de agosto de 2000 vence el contrato de trabajo que ambas partes tenemos firmado...". el actor en fecha 4 de agosto de 2000 firma el finiquito y recibe 154.400 pesetas, en él se hace constar como fecha de cese 4 de agosto de 2000 y como causa, fin de obra./ CUARTO.- Se presentó la preceptiva reclamación previa el 14 de agosto de 2000, sin obtener contestación a

la misma./ QUINTO.- La comisión de gobierno, en sesión extraordinaria, celebrada el 23 de agosto de 2000, por unanimidad acuerda ratificarse en el despido efectuado el 4 de agosto de 2000, autos (folio 41), no consta que el actor hubiese recibido la comunicación del citado acuerdo./ SEXTO.- El actor permaneció en situación de incapacidad temporal del 5 al 19 de junio de 2000 por lumbalgia, causando nueva baja médica el 4 de julio de 2000".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando la demanda presentada por don M.R.L. contra el Excmo. CONCELLO DE VIVEIRO, debo declarar y declaro que el cese del actor producido el cuatro de agosto de dos mil constituye despido improcedente y en consecuencia debo condenar a la parte demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión del actor, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio equivalente a SEISCIENTAS TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTAS OCHO (634.908.-) pts. En todo caso, deberá abonar al actor los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, que hasta el momento de la presente resolución se elevan a SEISCIENTAS CUARENTA Y SIETE MIL CUARENTA (647.040.-) pesetas".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por el actor, declaro que el cese del actor producido el cuatro de agosto de dos mil constituye despido improcedente, condenando a la parte demandada Concello de Viveiro a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia opte entre la readmisión del actor, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o una indemnización de 634.908 pesetas, y en ambos casos el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, que asciende a la suma de 647.040 pts. Se alza en suplicación la parte demandada Excmo. Concello de Viveiro,

interponiendo recurso articulado sobre dos motivos, el primero dedicado a revisión fáctica y el segundo denunciando infracción jurídica.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la parte recurrente la revisión de los hechos declarados probados, pretendiendo en concreto la revisión del HDP3, a fin de que quede redactado con el siguiente texto: "Con fecha 19 de julio de 2000, el Concello de Viveiro dirige al actor escrito de preaviso y notificación de finiquito, en el se recoge : "...Que el próximo día 4 de agosto de 2000 vence el contrato de trabajo que ambas partes tenemos firmado...". El actor en fecha 4 de agosto firma recibo de finiquito y recibe 154.400 pesetas, cuyo contenido es del siguiente tenor: El trabajador suscrito cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa arriba indicada, y recibe en este acto la liquidación de partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresa al pie, cuyo recibo reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa, comprometiéndose a nada mas pedir ni reclamar a la empresa. Se hace constar como fecha de cese 4 de agosto de 2000 y como causa fin de obra. Modificación que tiene su apoyatura en la documental obrante al folio 88 de los autos, consistente en recibo de finiquito. Modificación a la que debe accederse, al estar amparada en documento hábil al efecto y por cuanto que siendo una de las cuestiones discutidas en el presente recurso, la existencia del finiquito y la eficacia liberatoria del mismo, es dato relevante y trascendente la constancia en el relato fáctico del contenido integro del recibo de finiquito.

TERCERO.- Por el cauce procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, invoca el recurrente el segundo motivo de suplicación, denunciando infracción por inaplicación del artículo 1.256, en relación con los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil, así como el artículo 49.a) del ETT, alegando en síntesis que acreditado en autos la existencia de un finiquito de la relación laboral, habrá de entenderse que dicho recibo de saldo y finiquito ha de surtir los efectos dimanantes de la voluntad de las partes, libremente manifestada por la firma que figura autenticándolo, por cuanto que al ratificar con su firma el contenido del mencionado recibo, acredita la libre voluntad del actor para extinguir la relación laboral de mutuo acuerdo

con la empresa, debiendo producir el repetido recibo efectos liberatorios tanto sobre la liquidación de haberes como sobre la extinción de la relación laboral. Por todo lo cual solicita que se estime el recurso, se revoque la sentencia de instancia y se dicte nueva sentencia por la que se declare extinguida la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes y se absuelva al concello de las peticiones contenidas en la demanda. Censura jurídica que no ha de alcanzar éxito, ya que como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en diferentes sentencias, en el sentido de que si en principio nada parece pueda obstar a la admisión del recibo de finiquito firmado por la parte actora, en cuanto instrumento de acuerdo o convenio entre empresa y trabajador en orden a la extinción del contrato, no obstante, cuando con ello se pretende dar por finalizado un contrato temporal que ha sido declarado ineficaz por el juez "a quo", dicho recibo de finiquito carece de validez. A la luz de lo anteriormente expuesto, es necesario señalar, que en el presente supuesto, aun aceptando que cuando se suscribió el documento de finiquito no se tuvo en cuenta ni se trató el tema de la relación contractual, no cabe entender existiera transacción alguna sobre la misma, pues por otra parte, la cantidad abonada se circunscribió a lo estrictamente adeudado a la extinción del contrato que les unía, no constando que la actora estimara que con la firma del finiquito se produciría su renuncia, la cual ha de entenderse nula de conformidad a lo dispuesto en el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues, como se ha dicho antes, no se trataría de una transacción, sino de una mera renuncia. Por tanto, tal y como se contiene en el fundamento jurídico de la sentencia de instancia, cuando afirma que en el presente supuesto nos encontramos ante una relación de trabajo de duración indefinida, debido a que el contrato de limpieza suscrito el 12 de marzo de 1997 resulta extraño a su enunciado, por cuanto que el servicio de limpieza de las dependencias municipales es, sin lugar a dudas una necesidad permanente de lo que se sigue su intemporalidad para conducir a su indefinición, escapando así dicha causa de temporalidad al control del trabajador y quedando exclusivamente su consideración bajo el poder de la empresa, es de señalar que tal como dispone el art. 15.7.º del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980\607 y ApNDL 3006), se ha de entender indefinida la relación laboral configurada como de duración temporal cuando el contrato de trabajo se celebró en fraude de ley, y por ello, la parte actora ganó

la condición de fija de plantilla al formalizar el contrato y, en consecuencia, el recibo firmado como saldo y finiquito no tiene efecto de extinguir la anterior situación laboral ni goza de eficacia para hacer perder a la actora los derechos derivados de la misma, ya que supondría aceptar como válida la renuncia a derechos indisponibles del trabajador al no tener dicho documento la finalidad de extinguir de mutuo acuerdo la relación laboral, sino de liquidar los conceptos salariales referenciados en el documento. Siendo además de señalar, que en el supuesto de autos, en el recibo de finiquito y después de indicar que se causaba baja por fin de obra, las partes indicaron que en ese acto quedaba rescindido el contrato, por mutuo acuerdo de las partes, toda vez que el finiquito, como negocio jurídico que es, se halla sujeto a las normas sobre interpretación de los contratos de los artículos 1.281 y SS. del Código Civil, entre las que se encuentra la de atender a la intención evidente de los contratantes, así como (artículo 1.285) interpretar unas cláusulas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, y es claro que el juego de tales preceptos permite concluir que el indicado finiquito fue suscrito, pese a la mención “de mutuo acuerdo” en él contenida, como consecuencia de la decisión empresarial de cesar al trabajador alegando la el fin de obra, causa esta que se erigió en única a la hora de la aceptación de la extinción contractual por el trabajador, como lo revela el hecho de que se limitase a percibir exclusivamente el importe íntegro de la liquidación y que tal fuera la causa indicada como determinante de la baja en la empresa y teniendo en cuenta que el objeto de los contratos temporales suscritos por el actor con la demandada era precisamente la realización de la obra o servicio determinado, siendo el objeto realizar funciones de competencia municipal en el servicio de limpieza y otros servicios municipales y dado que precisamente la limpieza de las dependencias municipales es una necesidad permanente, (como recoge la sentencia de instancia, si bien en la fundamentación jurídica, pero con valor de hecho probado) es evidente que en el supuesto de autos no se produjo un fin de obra, ya que el servicio de limpieza ha de seguir prestándose y es en si mismo una necesidad permanente, lo que conduciría además, como se ha expuesto anteriormente, al carácter indefinido de la relación laboral, al suscribirse contratos temporales para atender a necesidades permanentes; y poniendo en relación el finiquito suscrito, con el contrato firma-

do entre las partes, es claro que el indicado finiquito deviene nulo, pues el mismo fue suscrito, como consecuencia de la decisión empresarial de cesar al trabajador alegando el fin de la obra, cuando es obvio que no se produjo el fin de obra, ya que el servicio de limpieza ha de seguir prestándose y es en si mismo una necesidad permanente, lo que conduce al carácter indefinido de la contratación, por lo que la firma del finiquito supone además una renuncia de derechos irrenunciables, todo lo cual conduce a la declaración de nulidad del finiquito, no teniendo por ello valor liberatorio, y por ello y no habiéndose producido en la sentencia de instancia las infracciones denunciadas en el motivo, ello conduce a la desestimación del recurso y por tanto a la confirmación de la sentencia de instancia. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Excmo. Concello de Viveiro contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo, de fecha uno de diciembre de dos mil, dictada en autos núm. 676/00 seguidos a instancia del recurrente contra el Excmo. Concello de Viveiro sobre despido, confirmando íntegramente la resolución recurrida

3187 Recurso nº 1.856/01

S.S. PRESCRICIÓN DE INFRACCIÓN. AS FALTAS MERECEAN A CONSIDERACIÓN DE GRAVES E NON MOI GRAVES, Ó ABEIRO DO ACORDO INTERCONFEDERAL DE COBERTURA DE BALEIROS. XA QUE LOGO, XA PRESCRIBIRAN CANDO SE REALIZOU O DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a diez de mayo de dos mil uno.

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. 1.856/01 interpuesto por recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por A.G.M.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado Concello de Boiro en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 822/2000 sentencia con fecha 5 de enero de 2001 por el juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Que la actora viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la parte demandada Excmo. Concello de BOIRO con domicilio en Plaza do Concello s/n de Boiro, dedicado a la actividad económica de Concello, en virtud de un contrato de carácter de interinidad para cubrir la plaza con derecho a reserva del puesto de trabajo que pertenece a doña M.D.V.G., que se encuentra en situación de excedencia voluntaria, con una antigüedad de fecha veintiocho de junio de mil novecientos noventa y ocho, con la categoría profesional de asistente a domicilio, encuadrado dentro del programa de actuación social del departamento municipal de servicios sociales, percibiendo un salario de ciento catorce mil pesetas (114.000 ptas.) mensuales, incluido el prorrateo de pagas.- 2º) La ordenanza reguladora de la prestación de servicio a domicilio y teleasistencia domiciliaria en su artículo 2.1. recoge con claridad el concepto de este servicio: "El servicio de ayuda a domicilio es un servicio de apoyo a nivel preventivo, educativo y asistencial para las familias o personas con dificultades para mantener o establecer su bien físico, social o afectivo, y que pretende dar respuesta a los problemas y necesidades socio-familiares que presenten las personales, atendíendolas en su propio domicilio, evitando internamientos innecesarios y proporcionándole, por lo tanto, la posibilidad de continuar en su entorno natural, mientras esto sea posible." En su artículo 5.1 recoge las obligaciones de las trabajadoras familiares: "a) ser respetuoso, evitando que la confianza con el beneficiario y su familia interfiera en el trabajo. B) respetar la intimidad del usuario y guardar la debida confidencialidad. C) no

hacer participe a los beneficiarios, y a la familia de este, de sus propios problemas, separando, todo lo posible, su vida privada de su trabajo. D) respetar íntegramente el horario y las tareas establecidas y no realizar cambios sin previa autorización del/a trabajador/a social. e) no hacer trabajos a otros miembros de familia distintos de los beneficiarios, aunque convivan en la misma casa. Si se trata de personas mayores o incapacitadas, se estudiará el caso dentro del departamento de Servicios Sociales. F) comunicar la ausencia, con antelación, tras la autorización del jefe de personal o del beneficiario y el responsable del servicio. G) no acudir al lugar de trabajo acompañados de personas ajenas al servicio. h) no recibir en custodia, dinero, joyas ni objetos. I) no recibir ningún tipo de prestación/bonificación por parte del usuario (dinero, regalos, etc...). k) no disponer de las llaves de ningún domicilio, a excepción de cuando las condiciones del caso así lo exijan y siempre con el consentimiento del/a trabajador/a y, por supuesto, a petición del beneficiario"- 3º) La actora fue amonestada de forma verbal por el alcalde don R.R.G. como consecuencia del informe emitido por la asistencia social, con fecha quince de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, también fue amonestada con anterioridad por la asistente social doña M.T.C. y por la concejal de asuntos sociales doña M.J.R.B., como consecuencia de las quejas verbales y en el propio ayuntamiento realizadas por los usuarios. La actora fue despedida en agosto de dos mil señalándose que el mismo tendría efectos desde el quince de septiembre de dos mil. Presentando escrito de alegaciones en fecha de treinta y uno de agosto de dos mil, y recibiendo informe del comité de empresa en fecha veintinueve de agosto de dos mil.- 4º) Que la actora, definitivamente, por Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Boiro de fecha veintidós de septiembre de dos mil, se le comunicó despido en los siguientes términos: "...A la vista del contenido de los informes que constan en el expediente, que se asumen plenamente en la presente resolución, se considera probado que la trabajadora doña A.G.M.F. incumplió sus obligaciones laborales de forma muy grave, según a continuación se detalla: 1.- Falta de puntualidad o inasistencia al trabajo en los últimos tres meses; el catorce de mayo no acude al domicilio del usuario don B.L. y, el día dieciocho llega con retraso al domicilio de la usuaria M.D.P.; el dieciocho de julio llega con treinta minutos de retraso al domicilio del usuario G.D.; el veintiséis de julio llega con diez minutos de retraso al domicilio de la

usuaria M.D.P.; el siete de agosto llega con treinta y cinco minutos de retraso al domicilio de la usuaria M.D.P. (tercer retraso en menos de un mes); el diecisiete de agosto no acude al domicilio del usuario F.S., en horario de 17,30 a 18,30 que tiene asignado. 2.- Indisciplina y desobediencia en el trabajo (incumplimiento de la obligación de comunicar al responsable del servicio la ausencia de algún usuario para poder dedicar ese tiempo a atender a otros). El veintiocho de julio, la usuaria S.B. acudía al Hospital Clínico de Santiago a realizar unos controles médicos, teniendo conocimiento de esta circunstancia de forma anticipada, la empleada, que no lo comunicó a la persona responsable del servicio, por lo que ese tiempo no fue empleado en atender a otro usuario. El catorce de agosto, la usuaria M.D.P. se ausentaba del domicilio, teniendo conocimiento de esta circunstancias desde el día diez, la empleada, que no lo comunicó a la persona responsable del servicio, por lo que ese tiempo no fue empleado en atender a otro usuario. 3.- Reiterada no utilización de elementos de protección en materia de seguridad e higiene. A pesar de las advertencias realiza trabajos delicados, como es el baño de los usuarios, sin la bata y en su caso, sin los guantes que se le facilitan en el departamento y sin desprenderse de joyas que tiene en las manos, circunstancias que suponen un riesgo para las personas usuarias del servicio, casi todas con problemas de salud. En una ocasión, acude a trabajar con evidentes síntomas de padecer varicela, con el riesgo que esto supone para los usuarios. 4.- Disminución voluntaria y continuada del rendimiento del trabajo normal, ejecución deficiente de los trabajos encomendados y ofensa a los usuarios: Desmotivación a la hora de realizar las tareas a domicilios y se sienta sin preguntar que tiene que hacer, en lugar de observar el entorno y valorar las necesidades; daños causados en ropa de algunos usuarios con motivo de plancharla. Daños a otros enseres como espejos; a las veces, quedan las cosas a medio hacer argumentando que tienen que ir atender a otros usuarios cuando no es cierto y dejar las tareas para otras empleadas; descuidos en el aseo personal de algunos usuarios; malas contestaciones a los usuarios y amenazas con retirada del servicio de asistencia a domicilio".- 5º) Que la actora no acudió los días veintitrés y treinta de julio al domicilio de la usuaria R.V. Los días catorce de julio, veintiséis de julio, diez de agosto llegó con retraso a casa de la beneficiaria M.D.P.- 6º) Que la actora no comunicó a la responsable del servicio, que el día catorce de

agosto la usuaria M.D.P. se iba ausentar de su domicilio.- 7º) Que la actora no realizaba debidamente las tareas domésticas, realizándolas muy rápidamente para poder marcharse cuanto antes.- 8º) Que la actora no ostenta ni ha ostentado la condición de delegado de personal, ni miembro de comité de empresa o delegado sindical.- 9º) Que la actora formuló la previa reclamación previa en fecha de veintiséis de septiembre de dos mil, siendo desestimada por resolución de fecha ocho de noviembre de dos mil."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la excepción de prescripción formulada por la actora doña A.G.M.F., asimismo se desestima la demanda formulada por doña A.G.M.F. contra el Excmo. Ayuntamiento de BOIRO, debía de absolver y absolvía a la entidad demandado de los pedimentos contenidos en los mismos."

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.- Por la representación letrada de la parte demandante, se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que desestimando la excepción de prescripción y desestimando la demanda, declaró procedente el despido de la actora, declarando extinguida la relación laboral que le unía con el ayuntamiento demandado, al que absolvía de las pretensiones de la demanda; pretendiendo, como primer motivo de recurso, con adecuado amparo procesal, la revisión de los HDP, así en primer lugar, se pretende, la modificación del ordinal 5º, a fin que quede redactado del tenor literal siguiente: "QUINTO.- La actora durante la jornada de trabajo tenía que desplazarse en su vehículo propio entre los domicilios de los diversos beneficiarios, debiendo recorrer en ocasiones distancia de hasta 19 kilómetros; igualmente el horario establecido por la asistente social era continuo de modo tal que entre la terminación del servicio a un beneficiario y el comienzo del siguiente no mediaba en tal horario espacio temporal alguno". Modificación que se acepta, al estar acreditada por la documental obrante en autos, (folios 13 a 27 y 42 a 45). Interesa igualmente la supresión del HP 5º, y para el caso que no

prospera tal petición, quede redactado del tenor literal siguiente: “Que la actora no acudió los días veintitrés y treinta de junio al domicilio de la usuaria R.V. Los días 14 de julio, 26 de julio y 10 de agosto llegó con quince minutos de retraso a casa de la beneficiaria M.D.P.”. Por lo que respecta a la supresión se rechaza, al tratarse de un hecho negativo y no aportarse documental que de modo directo y evidente demuestre el error del juzgador, tratando de hacer una nueva valoración de la prueba, ya valorada y practicada en la instancia y en prueba testifical, medio no idóneo a efectos revisorios (art. 191.b) de la LPL); sin que se acepte la pretensión subsidiaria, que trata de amparar en las imputaciones que se contienen en la carta de despido, sin que se desprenda de prueba documental idónea al respecto. Interesa igualmente, que se adicione un nuevo ordinal el 8º pasando los actuales 8º y 9º, a ser 9º y 10º y del tenor literal siguiente: “OCTAVO.- Que la actora recibió el 22.08.00 carta de despido con efectos del día 15.09.00, no obstante lo cual continuó prestando servicios hasta el día 22.09.00 en que se le entrega nueva carta de despido donde se le imputan los mismos hechos”. Modificación que se rechaza, por cuanto lo recibido por aquélla con fecha 22-agosto-2000 no fue una carta de despido, sino la comunicación de la apertura de un expediente disciplinario, concediéndole un plazo de diez días a fin de que formulara las alegaciones que tuviere por conveniente, dándose traslado al comité de empresa concediéndole igualmente un plazo de diez días hábiles.

SEGUNDO.- Como segundo motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción por no aplicación del art. 60.2º del ET y 54.2.a), b) y e) del mismo cuerpo legal, por entender que las faltas que se imputan a la trabajadora estaban prescritas. Para una más acertada resolución de esta litis se ha de tener en cuenta: A) de conformidad con el art. 60.2 del ET, las faltas leves prescribirán a las diez días, las graves a los veinte días y las muy graves a los sesenta días, a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión, y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido. B) por su parte, el art. 54 del ET al hablar de despido disciplinario, en su punto 1 señala que el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario mediante un despido basado en el incumplimiento grave y culpable del trabajador. C) señalándose en su punto 2 que se

consideran incumplimientos contractuales: a) las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad en el trabajo, b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo... y e) la disminución continuada o voluntaria en el rendimiento del trabajo, normal o pactado...; de donde se infiere que, para que el despido disciplinario pueda prosperar se exige que concorra un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Por lo que respecta a la supuesta infracción del art. 60.2 del ET, esta sala tiene declarado, reiteradamente que en la regulación de la indicada norma se debe distinguir el plazo de 60 días para las faltas muy graves –denominado de prescripción corta-, contados desde la fecha en que el empresario o quien tenga la potestad de sancionar, tuvo conocimiento de la comisión de la falta, y otro de seis meses –denominado de prescripción larga-, contados desde la fecha en que se haya cometido la falta, haya o no tenido el empresario conocimiento de su comisión; pero la dificultad surge para fijar el “dies a quo” o comienzo del cómputo del plazo de prescripción, cuando se trata de lo que jurídicamente se conoce como “una conducta continuada”. Esto es, constituida por una pluralidad de acciones prolongadas en el tiempo que obedecen a una unidad de propósito y que vulneran bienes jurídicos de la misma o análoga naturaleza. Es doctrina jurisprudencial reiterada, la expresiva de que el reconocimiento a que se refiere el art. 60.2 es identificable con aquella situación en que el empresario tomó conciencia de la infracción, no de la actividad aislada y aséptica, sino de su significación antijurídica, de tal forma que si el hecho, es, en cuanto a su naturaleza, solapado, no hay conciencia de la falta (sentencia del TS de 14 de enero de 1987, ref. 25); que no hay prescripción, si cuando la empresa sanciona no ha transcurrido el plazo de los sesenta días o de los seis meses, en el momento de iniciarse el expediente o información correspondiente, con objeto de depurar la conducta del trabajador sancionado, especialmente en aquellos supuestos que exigen un previo trámite de minuciosa investigación para conocer el alcance y dimensión de la transgresión; otra postura conduciría a premiar a aquellas situaciones difícilmente descubiertos por su naturaleza y complejidad que obtendrían en muchos casos el beneficio de la prescripción, frente al hecho notorio, aislado y puntual que siendo o pudiendo ser menos importante, siempre resultaría sancionado (S. TS 6-febrero y 21-julio-1986, ref. 4.268) y que cuando se trata de infracciones que comportan un ingrediente básico de clandestinidad, al consistir en una ocultación de operaciones

fraudulentas, no puede hacerse una imputación inmediata y simultánea al conocimiento superficial, sino que precisa de tiempo para una información de las supuestas irregularidades, ya que la ocultación por su carácter subrepticio y furtivo tiende a mantener en la ignorancia al empresario, por lo que hay que concluir en la persistencias y continuidad en el tiempo de los efectos de las faltas cometidas, en tanto no sean descubiertas por la entidad perjudicada, pues otra cosa supondría beneficiar al infractor, por lo que no es admisible apreciar la prescripción cuando el conocimiento pleno no se obtuvo hasta la inspección llevada a cabo, lo que aleja toda idea de abandono o renuncia por pasividad (S. TS 13-noviembre-1986, ref. 6.337). Como antecedentes de la cuestión litigiosa deben señalarse los siguientes: La actora ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia del Excmo. Ayuntamiento de BOIRO con domicilio en Plaza do Concello s/n de Boiro, dedicado a la actividad económica de concello, en virtud de un contrato de interinidad para cubrir la plaza con derecho a reserva del puesto de trabajo que pertenece a doña M.D.V.G., que se encuentra en situación de excedencia voluntaria, con una antigüedad de fecha veintiocho de junio de mil novecientos noventa y ocho, con la categoría profesional de asistente a domicilio, encuadrado dentro del programa de actuación social del departamento municipal de servicios sociales, percibiendo un salario de ciento catorce mil pesetas (114.000 ptas.) mensuales, incluido el prorrateo de pagas. Con fecha 22 de agosto de 2000, se le abrió expediente disciplinario en base a una serie de imputaciones, haciéndose una propuesta de despido, concediéndosele un plazo de diez días para que formulase alegaciones, escrito que se dio traslado al comité de empresa, para que informase lo que estimase por conveniente, presentándose por la actora, escrito de alegaciones en fecha 31-agosto-2000 e igualmente por parte del comité de empresa; sin que se hubiere nombrado Instructor, el Ayuntamiento de Boiro, por Decreto del Alcalde de fecha 22-septiembre-2000 le comunicó su despido en los siguiente términos. "...A la vista del contenido de los informes que constan en el expediente, que se asumen plenamente en la presente resolución, se considera probado que la trabajadora doña A.G.M.F. incumplió sus obligaciones laborales de forma muy grave, según a continuación se detalla: 1.- Falta de puntualidad o inasistencia al trabajo en los últimos tres meses; el catorce de mayo no acude al domicilio del usuario don B.L. y, el día dieciocho

llega con retraso al domicilio de la usuaria M.D.P.; el dieciocho de julio llega con treinta minutos de retraso al domicilio del usuario G.D.; el veintiséis de julio llega con diez minutos de retraso al domicilio de la usuaria M.D.P.; el siete de agosto llega con treinta y cinco minutos de retraso al domicilio de la usuaria M.D.P. (tercer retraso en menos de un mes); el diecisiete de agosto no acude al domicilio del usuario F.S., en horario de 17,30 a 18,30 que tiene asignado. 2.- Indisciplina y desobediencia en el trabajo (incumplimiento de la obligación de comunicar al responsable del servicio la ausencia de algún usuario para poder dedicar ese tiempo a atender a otros). El veintiocho de julio, la usuaria S.B. acudía al Hospital Clínico de Santiago a realizar unos controles médicos, teniendo conocimiento de esta circunstancia de forma anticipada, la empleada, que no lo comunicó a la persona responsable del servicio, por lo que ese tiempo no fue empleado en atender a otro usuario. El catorce de agosto, la usuaria M.D.P. se ausentaba del domicilio, teniendo conocimiento de esta circunstancias desde el día diez, la empleada, que no lo comunicó a la persona responsable del servicio, por lo que ese tiempo no fue empleado en atender a otro usuario. 3.- Reiterada no utilización de elementos de protección en materia de seguridad e higiene. A pesar de las advertencias realiza trabajos delicados, como es el baño de los usuarios, sin la bata y en su caso, sin los guantes que se le facilitan en el departamento y sin desprenderse de joyas que tiene en las manos, circunstancias que suponen un riesgo para las personas usuarias del servicio, casi todas con problemas de salud. En una ocasión, acude a trabajar con evidentes síntomas de padecer varicela, con el riesgo que esto supone para los usuarios. 4.- Disminución voluntaria y continuada del rendimiento del trabajo normal, ejecución deficiente de los trabajos encomendados y ofensa a los usuarios: desmotivación a la hora de realizar las tareas a domicilios y se sienta sin preguntar que tiene que hacer, en lugar de observar el entorno y valorar las necesidades; daños causados en ropa de algunos usuarios con motivo de plancharla. Daños a otros enseres como espejos; a las veces, quedan las cosas a medio hacer argumentando que tienen que ir atender a otros usuarios cuando no es cierto y dejar las tareas para otras empleadas; descuidos en el aseo personal de algunos usuarios; malas contestaciones a los usuarios y amenazas con retirada del servicio de asistencia a domicilio"; la actora fue amonestada de forma verbal por el alcalde don R.R.G. como consecuencia del informe

emitido por la asistencia social, con fecha quince de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, también fue amonestada con anterioridad por la asistente social doña M.T.C. y por la concejal de asuntos sociales doña M.J.R.B., como consecuencia de las quejas verbales y en el propio ayuntamiento realizadas por los usuarios; la actora no acudió los días veintitrés y treinta de julio al domicilio de la usuaria R.V. Los días catorce de julio, veintiséis de julio, diez de agosto llegó con retraso a casa de la beneficiaria M.D.P.; la actora no comunicó a la responsable del servicio, que el día catorce de agosto la usuaria M.D.P. se iba ausentar de su domicilio; no realizaba debidamente las tareas domésticas, realizándolas muy rápidamente para poder marcharse cuanto antes lo que había dado lugar a muchas quejas por algunos beneficiarios. Los problemas que se suscitan en la presente litis, consisten en determinar; si las faltas que se imputan a la actora, son muy graves o graves, si se trata de faltas continuadas o por el contrario son distintas e independientes, si están prescritas, -como se entendió por la recurrente- o, por el contrario; como se entendió por el ayuntamiento demandado y por el juez de instancia; no habían prescrito al tratarse de faltas muy graves y continuadas y que el expediente instruido al efecto interrumpió dicha prescripción. Llegándose a la conclusión por esta sala de que, las faltas que se imputan a la actora son graves (no muy graves) (de conformidad con el “Acuerdo de Cobertura de Vacíos”) están prescritas, y no se trata de faltas continuadas, pues, las infracciones cometidas son de distinta naturaleza; así en lo que se refiere a las faltas de asistencia “de no acudir al trabajo los días 23 y 30 de julio al domicilio de la usuaria R.V.”, no merecen la calificación de muy graves, pues, de conformidad con el art. 18.b) del “Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos (resolución de 13.mayo.1997): “La inasistencia injustificada al trabajo de dos a cuatro días durante el período de un mes, se considerará como falta grave, exigiéndose para que sea muy grave y generadora del despido “que la inasistencia injustificada al trabajo lo sea durante tres días consecutivos o cinco alternos en un período de un mes”, circunstancias que no concurren en el supuesto de autos, en que la ausencia al trabajo solamente se produce durante dos días del mes de julio, y aún cuando, también, según se desprende de la fundamentación jurídica (con valor de hecho probado) “la actora no acudió al domicilio del usuario B.”, en ningún caso, se dan los requisitos a que se ha hecho mención, por lo que sería a partir de los días 20 y 30 de julio, cuando se

inicia el cómputo del plazo de prescripción, por lo que habiendo sido despedida el 22 de septiembre, es evidente que ha transcurrido el plazo de prescripción (de veinte días para faltas graves). Se le imputa igualmente llegar tres días tarde “el 14, y 26 de julio-2000 y el 10-agosto-2000 con quince minutos de retraso, al domicilio de doña M.D.P.”, que se debe calificar de grave, de conformidad con el art. 18. a) del Acuerdo de Cobertura de Vacíos: “La impuntualidad no justificada hasta en tres ocasiones a la entrada o salida del trabajo en un mes por un tiempo total de hasta sesenta minutos”, que igualmente estaría prescrita. Se imputa a la trabajadora: “el no avisar que el 14 de agosto de 2000 la usuaria D.P. se ausentaría de su domicilio”, sin perjuicio de que puede ser constitutiva de una falta grave, de indisciplina o desobediencia, a que se refiere el apartado f) nº 2 del art. 18 del Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos, es evidente que siendo la fecha de la comisión de la misma, el día 14 de agosto en tanto que la carta de despido es de 22 de septiembre, igualmente ha prescrito, sin que pueda entenderse interrumpida la prescripción de las indicadas faltas, por la apertura de expediente informativo al no ser obligatoria la instrucción del mismo; y respecto a la falta de rendimiento en el trabajo, en donde se recogen como hechos “la disminución voluntaria y continuada en el trabajo”: ejecución deficiente de los trabajos encomendados y ofensas a los usuarios, describiéndose una serie de conductas como son: desmotivación a la hora de realización de las tareas encomendadas tanto en lo relativo al trabajo doméstico como en el aseo personal, llegar a los domicilios y sentarse sin preguntar lo que tiene que hacer, en lugar, de observar y valorar sus necesidades; daños causados en la ropa de algunos usuarios.... Dejar cosas sin hacer... descuidos en el aseo personal... malas contestaciones e incluso amenazas; en tanto que en la relación de hechos probados lo único que consta acreditado, es que no realizaba debidamente las tareas domésticas, realizándolas muy rápidamente para poder marcharse cuanto antes, que había dado lugar a quejas de varios beneficiarios; esta sala entiende, -que dado que también existen usuarios que hablan bien de la actora-, que lo que en realidad se ha demostrado es una imputación genérica, sin que se concreten las diversas imputaciones, ni se dan los requisitos que al efecto se establecen en el art. 54.2.e): “Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento en el trabajo”, que como ha interpretado la doctrina jurisprudencial” por rendimiento normal habrá que entender el ren-

diminuto mínimo acostumbrado, esto es el obtenido por los trabajadores de la misma categoría que desarrollen análogas funciones (TS de 25-enero-1988) y que el requisito de la disminución del rendimiento sea "continuado", que exige que la gravedad del incumplimiento habrá de verificarse por su permanencia en el tiempo, no bastando sólo un descenso del rendimiento. Razones que llevan a esta sala a declarar el despido como improcedente con las consecuencias que se señalan en el art. 56 del ET y 108 de la LPL. En base a lo que al no ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia estimar el recurso y revocar el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por doña A.G.M.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. uno de SANTIAGO, en fecha 5 de enero de 2001, autos nº 822/2000, y con revocación de la misma, se declara la improcedencia del despido de la actora condenando al Ayuntamiento de BOIRO, a que a su opción, y en el plazo de cinco días, desde la notificación de la sentencia la readmita en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido o le abone una indemnización por importe de TRESCIENTAS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTAS PESETAS (376.200 ptas.), así como los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, con un haber diario de TRES MIL OCHOCIENTAS PESETAS (3.800 ptas), entendiéndose que si no opta en el plazo de cinco días procederá su inmediata readmisión.

3188 Recurso nº 1.907/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. COMPOSICIÓN, POLA PARTE SOCIAL, DAS COMISIÓN CREADAS POLO CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA. APLICABILIDADE DO PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDADE E LÍMITES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a once de mayo de dos mil uno.

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. 1.907/01 interpuesto por CIG 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 don M.L.L., en representación de CC.OO. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandada la empresa "C.I., S.A." y la CIG en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 679/00 sentencia con fecha diecinueve de enero de dos mil uno por el juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I. En la empresa demandada "C.I., S.A." se celebraron elecciones sindicales el 12.01.99 donde se eligieron 13 representantes, de los que 9 miembros pertenecen al sindicato CIG y 4 a CC.OO.- II. El 18.06.99 se reunió el comité de empresa y se eligen los cargos de las comisiones de trabajo, constituyéndose una comisión paritaria con 2 miembros de CIG. Una comisión de formación con 2 miembros de la CIG. Una comisión paritaria de salud laboral con 2 miembros de la CIG. Una comisión de salud laboral con 3 miembros, 2 de la CIG y 1 de CC.OO. Y el Fondo Social con 3 miembros, 2 de la CIG y 1 de CC.OO. III.- El 17.09.99 en reunión ordinaria del comité de empresa, los miembros de CC.OO. manifestaron el desacuerdo con las comisiones constituidas y demandan su derecho a estar en esas comisiones.- IV.- El 06.06.00 y el 14.06.00 el sindicato CC.OO. notifica a la empresa y al comité de empresa su disconformidad con la constitución de las comisiones.- V.- El 07.11.00 se interpone papeleta de conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por M.L.L. como representante del sindicato CC.OO. contra "C.I., S.A." y el sindicato CIG, debemos declarar y declaramos el derecho de CC.OO. a participar en todas las comisiones en proporción a los miembros que tienen en el comité, de

forma que cada 2 anos un membro de los dos que deben formar las comisiones sean una de CC.OO. y otro de la C.I.G., condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, desestimando la demanda en el resto y absolviendo a los demandados”.

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.- Por la representación del comité de empresa de la C.I.G., se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que estimando parcialmente la demanda de conflicto colectivo, interpuesta por la representación del sindicato CC.OO., declaró el derecho de este sindicato a participar en todos las comisiones en proporción a los miembros que tienen en el comité, de forma que cada dos años un miembro de los dos que deben formar las comisiones sea uno de CC.OO. y otro de la C.I.G., condenando a los demandados a estar y pasar por esa declaración, desestimando la demanda en el resto y absolviendo a dichos demandados; que articula en tres motivos diferentes: así denuncia en primer lugar, quebrantamiento de forma, interesando se repongan los autos, al estado en que se encontraban antes de dictar sentencia, al haberse infringido normas del procedimiento que producían indefensión; pretende igualmente la revisión de los hechos declarados probados y en último término, censura el derecho aplicado en la sentencia recurrida; solicitando de no estimarse la nulidad de la sentencia, la desestimación íntegra de la demanda, absolviendo a los demandados de todas las peticiones formuladas en el suplico de aquélla.

SEGUNDO.- Por lo que respecta al quebrantamiento de forma, que ampara en los arts. 97.2 de la L.P.L. y 9.3 de la C.E. se alega, “incongruencia omisiva”, por no haber resuelto la juzgadora en el fallo de la sentencia la excepción de prescripción formulada, falta de motivación, al no fundamentarse la sentencia en norma de derecho positivo, e incongruencia del fallo respecto de lo pedido en el suplico de la demanda, por entender, que el derecho reconocido a los miembros de CC.OO. a participar en todas las comisiones de trabajo de forma que cada dos años un miembro de los que deben formar las mismas sea de

CC.OO. y otra de la C.I.G. no fue objeto de petición en la demanda, ni en el acto del juicio, por lo que entendía se había producido indefensión. Censura que se rechaza por la sala, porque en ningún caso se ha producido esa supuesta indefensión, pues, aun cuando literalmente no se recoge en el fallo de la sentencia “que se desestima la excepción de prescripción alegada”, tácitamente, se sobreentiende, desde el momento en que en la fundamentación jurídica se dice: que la excepción no puede ser estimada, porque de conformidad con el art. 1.973 del Código Civil. el sindicato actuante ha impugnado extrajudicialmente el acta discutida y ha puesto en conocimiento del comité de empresa, y de la propia empresa su desacuerdo con la actuación y resolución de aquella reunión de 18 de junio de 1999, desacuerdo que puso de manifiesto, tanto en septiembre de 1999, como en junio del año 2000, por lo que el plazo de prescripción de un año desde aquella reunión, (18 de junio del 99) hasta el momento de presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC el 7 de noviembre del 2000 no ha transcurrido quedando interrumpido por dichas reclamaciones extrajudiciales. Por lo que respecta a la falta de motivación y posible incongruencia entre el suplico de la demanda y el fallo, igualmente se rechaza, puesto que al no haber norma directamente aplicable, ha de acudir a la analogía como principio general del derecho (art. 4.1 del C.C.) por lo que no cabe mas proporcionalidad que el temporal, precisamente por analogía con la proporcionalidad de la composición de las comisiones.

TERCERO.- Como segundo motivo y con adecuado amparo procesal, pretende la revisión de los hechos declarados probados y así en concreto se adicionen varios incisos al hecho probado 2º, así a continuación del texto: el 18 de junio del 99 se reunió el comité de empresa se haga constar: “con asistencia de los miembros de CC.OO. y se eligen... una comisión de formación con dos miembros de la C.I.G., comisiones no presentó candidato. Una comisión paritaria de salud laboral con dos miembros de la C.I.G., CC.OO. no presentó candidato”. Adición que si bien se acepta, al estar acreditada por la documental (folio 83 de los autos), es irrelevante a los efectos de la resolución de la presente litis. Interesa igualmente la adición de tres nuevos hechos probados que se recogen a los folios 5 y siguientes de la pieza de recurso, que se tienen por reproducidos; la que se rechaza, por cuanto, al estar fundamentada en el propio convenio

colectivo de la empresa, tratándose de norma paccionada, sin perjuicio de tenerlos en cuenta en la fundamentación jurídica de la sentencia, en ningún caso cabe recogerlos en el "factum" de aquélla.

CUARTO.- Como tercer motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, denuncia infracción, por interpretación errónea de los arts. 7, 19,22, anexo 1 "Organización del comité de salud laboral" y "Fondo Social" del convenio colectivo de la empresa "C.I., S.A.", vigente para los años 1999 y 2000; infracción por interpretación errónea del principio de "proporcionalidad"; así mismo infracción por inaplicación del reglamento del comité de empresa y de los arts. 37.1 de la C.E. y 82 del E.T., alegando fundamentalmente que no era correcto el criterio aplicado por la magistrada de instancia de proporcionalidad temporal y dado que el sindicato CIG, tenía la mayoría en el comité de empresa, cuando la composición de las comisiones de trabajo o de negociación estaban integradas por dos miembros del comité de empresa en representación de los trabajadores debían ser cubiertas por los representantes de la CIG que era el sindicato mayoritario en el comité y en base precisamente al criterio de "proporcionalidad" y solamente en aquellas comisiones que tengan tres miembros podrán tener participación los representantes de CC.OO. pero en ningún caso cuando tengan dos miembros. Como antecedentes de la cuestión litigiosa, se han de tener en cuenta los siguientes: A) En la empresa codemandada "C.I., S.A.", se celebraron elecciones sindicales el 12 de enero de 1999 resultando elegidos trece representantes, de los que nueve miembros pertenecen al sindicato C.I.G. y cuatro a CC.OO.; B) El 18 de junio del 99 se reunió el comité de empresa y se eligen los cargos de las comisiones de trabajo, constituyéndose las siguientes comisiones: una "comisión paritaria", compuesta por dos miembros del comité de empresa y dos representantes de la empresa, siendo asignados los dos miembros de dicha comisión al sindicato C.I.G.; una "comisión de formación", compuesta por dos miembros del comité de empresa, y dos representantes de la empresa siendo asignados los dos miembros del comité a la C.I.G.; una "Comisión Paritaria de Salud Laboral", integrada por dos miembros representantes de la empresa y dos representantes de los trabajadores, habiéndose asignado y siendo nombrados en representación del comité de empresa dos miembros de la C.I.G;

una "comisión de salud laboral" compuesta por tres miembros propuestos por el comité de empresa que formarán la representación de la parte social, dos miembros designados por la dirección de la empresa que formarán la representación empresarial y dos miembros en calidad de asesores técnicos, siendo designados los tres miembros del comité de empresa del siguiente modo: dos de la C.I.G. y uno de CC.OO.; y el "Fondo Social" cuya comisión estaría formada por tres miembros del comité de empresa y tres representantes designados por la empresa asignándose en representación del comité de empresa, dos miembros a la C.I.G. y uno a CC.OO.; C) Por el sindicato CC.OO. se interpone demanda de conflicto colectivo, en la que impugna el acta por la constitución defectuosa de algunas comisiones las integradas por dos representantes del comité de empresa, constituidas al amparo del convenio colectivo de la empresa y pide se declare primero la nulidad del acta en la que se hace la constitución de las comisiones de trabajo y además que se declare el derecho del sindicato comisiones obreras a participar en todas las comisiones en base a la proporción que tienen como miembros del comité de empresa. Esto sentado, la censura jurídica que se formula no puede prosperar, pues, el acta redactada en la reunión del comité de empresa del día 18 de junio de 1999, en la que se hizo la constitución de las comisiones de trabajo fue perfectamente legal de conformidad con el convenio colectivo de la empresa y art. 13 del reglamento del comité de empresa de "C.I., S.A." que en su art. 13 establece: "El comité de empresa podrá nombrar tantas comisiones de trabajo como sean necesarias guardando la representatividad legal que le corresponde a cada opción sindical con presencia en el comité". Ante la ausencia de una normativa directamente aplicable el principio de "proporcionalidad" es el que en el ordenamiento vigente inspira la composición de los órganos de representación de los intereses laborales, sin perjuicio de algunas excepciones justificadas por el carácter técnico de determinados organismos, pues como señalan las sentencias del (T.S. de 24 septiembre de 1991 y de 31 de octubre de 1995) el criterio de la "participación proporcional" es el que inspira en el ordenamiento vigente, tanto la composición de diversos organismo de representación de intereses laborales, como la presencia de los sindicatos en los órganos colegiados de representación institucional" ante las Administraciones Públicas. Así lo han reconocido la doctrina del Tribunal Central de Trabajo y

desde la perspectiva del derecho de libertad sindical la propia jurisprudencia constitucional (sentencia del T.C. 7/1990 de 18-1 y sentencia del T.C. 137/1991 de 20-6). Pero no es menos verdad que la Ley no lleva entre nosotros este principio de proporcionalidad representativa hasta sus últimas consecuencias al instaurar diversos mecanismos que los restringen: umbrales mínimos de representación, ventajas asignadas a las representaciones de origen o naturaleza sindical, topes máximos en la composición de ciertos órganos “posición singular” atribuida a los sindicatos más representativos, así pues, como tal criterio o principio de derecho colectivo del trabajo, la participación proporcional que mide la presencia orgánica de distintos sujetos colectivos, según el peso representativo de cada uno de ellos, informa el ordenamiento de las representaciones profesionales, pero puede ser restringida dentro de los límites que impone el respecto a la libertad sindical, en atención a diversas consideraciones, sobre todo de operatividad funcional o de eficacia representativa. En el presente supuesto, no ofrece duda que las distintas “Comisiones” se constituyeron guardando la “representatividad legal de cada sindicato”, por lo que el acta de constitución se estima correcta, pues, cuando la comisión de trabajo tenía tres representantes del comité de empresa, se asignaron dos a la CIG y uno a CC.OO. el problema surge cuando la composición de esas comisiones esta integrada por dos representantes del comité de empresa, si debe hacerse como se pretende por CC.OO. -asignando un miembro a CC.OO. y otro a la C.I.G, o por el contrario, asignarse los dos a la C.I.G; debiendo aceptarse esta última solución, pues, en caso contrario, no habría criterio de “proporcionalidad”, sino de “paridad”, estando representados los sindicatos con un 50 % cada uno y esto no fue el resultado electoral, en donde en la elección de los miembros del comité de empresa, la C.I.G obtuvo la designación de 9 representantes y CC.OO. cuatro; ahora bien, teniendo en cuenta que CC.OO. tiene derecho a participar en todas las comisiones de negociación –constituidas de acuerdo con el convenio colectivo-, la sala entiende ajustada a derecho el criterio aplicado por la magistrada de instancia, que entendió que el criterio de “proporcionalidad” cuando el número de miembros de la comisión es de dos, la participación de CC.OO. debe ser “proporcional en el tiempo”, es decir, que durante la mitad del mandato, dos años, intervengan solo miembros de la C.I.G y en los dos años siguientes lo haga un miembro de la C.I.G y otro de CC.OO., sin

que ello suponga incongruencia entre el suplico de la demanda, y el fallo de la sentencia y la falta de cobertura legal, -ante la ausencia de norma directamente aplicable-, debe suplirse acudiendo a la analogía como principio general del derecho (art. 4.1 del C.C.), por lo que no cabe mas proporcionalidad que la temporal, por analogía con la proporcionalidad de la composición de las comisiones. En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la CIG, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Vigo, de fecha diecinueve de enero de dos mil uno, dictada en autos núm. 679/00 seguidos a instancia de don M.L.L., en representación de CC.OO contra la empresa “C.I., S.A.” y la CIG sobre CONFLICTO COLECTIVO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3189 Recurso nº 2.138/01

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. SUFICIENCIA DOS INDICIOS APORTADOS POLO DEMANDANTE E FALLA DE EXPLICACIÓN OBXECTIVA E RAZOABLE DA SÚA CONDUCTA POR PARTE DA EMPRESA.

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

A Coruña, a once de mayo de dos mil uno.

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. 2.138/01 interpuesto por RENFE 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.L.M.R. en reclamación de tutela de derechos fundamentales siendo demandada RENFE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 831/96 sentencia con fecha 7 de marzo de 2001 por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: PRIMERO.- El actor don J.L.M.R. vino prestando servicios para la RENFE desde el 1 de abril de 1957 con la categoría profesional de oficial de oficio en el taller de material- autopulsado de Ourense, percibiendo un salario de 267.000.-pts., incluida prorrata de pagas extras. En fecha 31 de diciembre de 2000 causa baja en la red al firmar un contrato privado de prejubilación. / SEGUNDO.- El actor desde el año 1976 vino formando parte de la brigada de socorro como componente fijo, al estar capacitado para el manejo de grúa. Dicha brigada en el taller de Ourense está constituida por una serie de personal fijo, apta para realizar tareas especiales, y una serie de trabajadores que se van turnando. / TERCERO.- En fecha 7 de octubre de 1996 se le entregó comunicación del siguiente tenor literal: “ASUNTO: BRIGADA DE SOCORRO DEL TREN TALLER.- Por orden superior, le comunico, que a partir del presente mes de octubre dejará de pertenecer Vd. a la Brigada de Socorro del Tren Taller”./ CUARTO.- En fecha 11 de septiembre de 1995 al actor se le entregó comunicación del siguiente tenor literal: “ASUNTO: PLAN DE PREJUBILACIONES.- Por la presente le comunico que el próximo día 14 de septiembre, deberá Vd. presentarse en la sala de reuniones de este taller, a las 10,30 h., para mantener una reunión con el jefe de recursos humanos de León sobre el tema epigrafiado”. Al actor se le informó sobre la posibilidad de prejubilarse en fechas 1 de abril de 1996, 1 de diciembre de 1996 y 1 de febrero de 1997. / QUINTO.- El actor percibió cuando prestaba servicios en la Brigada de Socorro unas 18.414.-pts., más otra cantidad por las horas extras efectuadas y descansos no disfrutados. / SEXTO.- En fecha 10 de diciembre de 1996 se celebró acto de conciliación con resultado “Sin Efecto”, presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social Decano el 18 de diciembre de 1996”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal

siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por don J.L.M.R. contra la empresa RENFE, debo condenar y condeno a la empresa RENFE a que abone al actor la cantidad de UN MILLÓN CUATROCIENTAS CUARENTA y NUEVE MIL CIENTO CATORCE PESETAS (1.449.114.-pts.), como consecuencia del trato discriminatorio sufrido por él al ser apartado de la Brigada de Socorro”.

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 decisión que apreció vulneración de derechos fundamentales y le condenó a que abonase al trabajador la cantidad que había dejado de percibir al ser apartado de la “Brigada de Socorro del Tren Taller”, con motivo –amparado en el art. 191.c) LPL– en el que se denuncia infracción de los art. 177 y 180, en relación con el art. 181, de la LPL. En el relato de HDP, el magistrado de instancia refiere: (a) que el actor ha formado parte de la citada Brigada de Socorro como componente fijo desde 1976, al estar capacitado para el manejo de grúa, hasta que con fecha 7-octubre-96 se le comunicó su cese, con exclusiva indicación de que “Por orden superior, le comunico, que a partir del presente mes de octubre dejará de pertenecer Vd. a la Brigada de Socorro del Tren Taller”; (b) que en 11-septiembre-95 se le ordenó acudir a una reunión con el jefe de recursos humanos de León, para tratar el tema de su posible prejubilación en diversas y sucesivas fechas (1-abril-96, 1- diciembre-96 y 1-febrero-97); y (c) que el actor se prejubiló en 31-diciembre-00. A estos datos que figuran en la parte histórica de la sentencia ha de añadirse la decisiva afirmación que el magistrado hace en la fundamentación jurídica, aunque con innegable valor fáctico que le atribuye valor de hecho declarado probado (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, recientemente, SSTSJ Galicia, 10-enero-01 R. 2.952/98 y 10-enero-01 R. 3.424/98, 12-enero-01 R. 3.357/97, 12-enero-01 R. 4.511/99, 26-enero-01 R. 5.343/99, 23-marzo-01 R. 1.151/98 y 20-abril-01 R. 4.610/99), respecto de que frente al indicio de

represalia por no haber aceptado el demandante la prejubilación, la empresa se limitó a justificar el cese aludiendo a “razones organizativas” que no llegó a concretar, por lo que la decisión recurrida tiene por igualmente acreditada la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado.

SEGUNDO.- 1.- El art. 179.2 LPL preceptúa que “en el acto de juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de [derecho fundamental], corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. En la interpretación de la norma y reiterando doctrina constitucional tantas veces acogida (entre otras, con las SSTSJ Galicia 24-enero-96 R. 5.579/95, 19-julio-96 R. 3.474/96, 15-noviembre-96 R. 4.779/96, 27-noviembre-97 R. 4.407/97, 26-enero-98 R. 4.882/97, 23-marzo-99 R. 794/99, 11-mayo-99 R. 1.522/99 y 20-abril-01 R. 2.851/95) hemos de señalar una vez más que la mera afirmación del componente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales no basta para justificar el desplazamiento de la carga probatoria a la Empresa, obligada así a acreditar cumplidamente que su decisión se hallaba desconectada de aquellas ilegítimas motivaciones, sino que esa inversión del *onus probandi* requiere que se acredite –por parte de quien lo afirma– un ambiente favorable a la discriminación o atentado contra el derecho fundamental (SSTC 34/1984, 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 101/2000, de 10-abril, 266/1993, 21/1992, 197/1990, 187/1990, 135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1985, 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 la misma 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 de la decisión empresarial –que no su nulidad radical– cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se había excluido en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que “puesta entre paréntesis” la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc.), la decisión “habría tenido lugar verosímilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable” (STC 21/1992, de 14-febrero). Igualmente ha de tenerse en cuenta que los “indicios” de que el precepto –art. 179.2 LPL– habla no son identificables con la mera “sospecha”, que consiste en “imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia”, sino que los indicios “son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto” (STS 25-marzo-98 Ar. 3.012, con cita de las SSTs 9-febrero-96 Ar. 1.007, 15-abril-96 Ar. 3.080 y 23-septiembre-96 Ar. 6.769), por lo que la misma doctrina habla de “razonables indicios” (STC 101/2000, de 14-abril, por ejemplo), o de “mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia” (STC 41/1989, de 22-marzo; citada por la STS 4-mayo-00 Ar. 4.266) ...Y la 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. 2.- Lo anteriormente indicado lleva a rechazar la infracción denunciada y a desestimar el recur-

so. La simple coincidencia de haberse rechazado una prejubilación cuya posibilidad se le “informa” en reunión –impuesta– con directivo de la empresa destacado *ad hoc* desde León y de que escasas fechas posteriores sea cesado “por orden superior” sin explicación adicional alguna, constituye ciertamente ya de por sí un razonable indicio de que hay vínculo –ciertamente censurable– entre la decisión del trabajador de continuar prestando servicios y su cese en la Brigada de Socorro, que así parece tener una finalidad disuasoria. Pero el indicio no puede por menos que tenerse por confirmado cuando varios testigos corroboran las afirmaciones del actor acerca de las presiones recibidas. Y este acreditamiento indiciario obligaba a la Empresa, por imponerle el citado art. 179 LPL y la doctrina jurisprudencial a que anteriormente hemos hecho referencia, a ofrecer una justificación objetiva y razonable de la decisión citada. Pero por toda explicación se alude a vagas “razones organizativas”, que ni siquiera se intentan acreditar, pues el único testigo propuesto al efecto por RENFE se limita a afirmar que el cese fue acordado por el jefe de taller (algo que en manera alguna concuerda con la comunicación de cese, que lo atribuye a la “jefatura del CGM de León: folio 114), que no le constan presiones al actor y que el mismo era un buen trabajador. 3.- En todo caso se impone no admitir la indefensión que el recurso atribuye al hecho de que la demanda no haga precisión –temporal, de personas y circunstancias– a las presiones que en ella se afirman; pues con ello olvida el recurrente que el tema suscitado en el escrito rector de las actuaciones es exclusivamente que el cese en la Brigada de Socorro fue una represalia por no haber aceptado la prejubilación, y en ese contexto ha de ser interpretada la frase de que “RENFÉ le viene presionando desde hace meses”. Aparte de que el art. 179 LPL invierte la carga probatoria en términos que privan de todo sentido a la denuncia. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la RENFE, confirmamos la sentencia que con fecha 7-marzo-2000 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº uno de los de Orense, a instancia de don J.L.M.R. y por la que se acogió la demanda formulada. Asimismo acordamos que la parte recurrente satisfaga, por el concepto de honorarios, 25.000 ptas. al Sr. letrado de la parte recurrida.

3190 Recurso nº 2.045/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. FIXACIÓN DAS DATAS DE VACACIÓNS Ó ABEIRO DO CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESAS DE SEGURIDADE. OBRIGA DE NEGOCIAR DE BOA FE QUE NON IMPLICA OBRIGA DE CHEGAR A UN ACORDO, MÁXIME TENDO EN CONTA QUE A POSTURA DA EMPRESA FOI RAZOABLE.

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

A Coruña, a catorce de mayo de dos mil uno.

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. 2.045/01 interpuesto por don M.L.F., don X.L.C.R. y don X.L.R.C. 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 5 de diciembre de 2000 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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 Endesa (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 Endesa 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 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 de 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 carnavales; 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 vacacionales 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 en 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 desestimando la demanda formulada por don M.L.F., don X.L.C.R. y don X.L.R.C., contra la empresa “P., S.A.”, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte actora en solicitud de que con revocación de la senten-

cia de instancia, se estime la demanda declarando la nulidad del calendario de vacaciones elaborado por la empresa para el año 2000 y, asimismo, que el período que constituye turno para el disfrute de las vacaciones es el propuesto por el comité de empresa; a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia en un motivo único la infracción del art. 38 E.T., con cita de concretas SS de T.S.J., y la infracción del art. 46 del convenio colectivo interprovincial para empresas de seguridad.

SEGUNDO.- La infracción legal que se denuncia debe ser examinada tomando en consideración que son H.D.P. los fundamentales siguientes: A) Los actores son miembros del comité de empresa de “P., S.A.”, promoviendo el presente conflicto colectivo que afecta a todo el personal del centro de trabajo en Endesa (As Pontes), con categoría de vigilante de seguridad; en total, 39 trabajadores. B) “P., S.A.” presta servicio en las instalaciones de Endesa distribuidos en turnos de mañana, tarde y noche. C) El comité de empresa de “P., S.A.” en As Pontes aprobó en reunión celebrada el 19.08.99 un calendario vacacional para el año 2000 en que se repartirían las vacaciones en períodos de 15 o 16 días hasta completar los 31 que marca el convenio estatal en los períodos concretos que se dicen en el H.P. 5º. D) En reunión celebrada el 30.09.99 entre el comité de empresa y “P., S.A.” ésta no aceptó el cuadrante de vacaciones propuesto por aquel, haciendo la empresa la propuesta de 3 personas de enero a mayo, 5 de junio a septiembre y 3 de octubre a diciembre. E) En fecha 27.10.99 “P., S.A.” estableció el calendario del programa vacacional para el año 2000 como obra en el documento nº 11 de autos. Y F) en los años 96 a 99 el calendario vacacional fue como explicita el H.P. 4º.

TERCERO.- En lo relativo al criterio de determinación del disfrute de las vacaciones, el primitivo texto del E.T. (Ley 8/1980, de 10-marzo) establecía en su art. 38 con carácter principal el <<común acuerdo entre el empresario y el trabajador>>, y a falta del mismo se remitía a los que pudiese señalar el correspondiente convenio colectivo, señalando –en cualquier caso- como criterios a aplicar la posibilidad de que el empresario pudiera excluir –como período vacacional- el que coincidiese con la mayor productividad estacional de la empresa, <<previa consulta con los representantes de los trabajadores>>, y el que asimismo pudieran fijarse colectivamente las vacaciones <<por acuerdo entre el

empresario y los representantes legales de los trabajadores>>. La actual redacción del art. 38 del E. de los T. (debidamente a la Ley 11/1994, de 19/mayo, y mantenida en el RD Legislativo 1/1995, de 24-marzo) indica que <<El período o períodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad a los establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de vacaciones>>. Para la sala es claro que la actual normativa –con el objetivo de mantener el difícil equilibrio entre el interés de los trabajadores, el de la empresa y el público- mantiene como criterio básico de determinación de fechas el acuerdo individual, pero siempre en el marco que se hubiese pactado por convenio colectivo, al que se remite <<en su caso>>- para la planificación anual; no es menos evidente –creemos- que excluye la posibilidad de que de forma unilateral <<previa consulta con los representantes de los trabajadores>>- el empresario pueda ya excluir sin más determinados períodos para el descanso; a lo que entendemos, tampoco suprime la necesidad de pactar colectivamente la planificación anual y obligatoria de las vacaciones <<de todo el personal>>, como demuestran el inciso <<en su caso>> de la versión actual y el precedente art. 38.2.b) ET; y parece dudoso –por la ventaja de adaptarse a las exigencias concretas de la empresa- que haya desaparecido la primacía que al decir de la doctrina mayoritaria atribuía el mismo art. 38.2.b) ET al acuerdo interno –representantes de los trabajadores/empresa-, incluso frente al convenio colectivo. Por su parte, el art. 46.3 del convenio colectivo de ámbito nacional para las empresas de seguridad dispone en cuanto al disfrute de las vacaciones que en cada empresa se establecerá un turno rotativo de disfrute de las vacaciones y que el período “que constituye turno se determinará de acuerdo entre las empresas y el comité... debiéndose fijar el cuadro de vacaciones con antelación de dos meses al inicio del período anual de vacaciones”. De acuerdo con lo anterior, a lo que aspira tanto el E.T. como el convenio colectivo de autos es a que el cuadro de vacaciones sea pactado entre empresa y representantes de los trabajadores. Pero ello lo que engendra es la obligación de “negociar”, y de hacerlo con buena fe, con la representación de los trabajadores cuando se trata de que la empresa establezca el cuadro de vacaciones, el turno rotativo de disfrute vacacional que prevé el art. 46 del convenio colectivo; obligación de negociar que, como

dice la sentencia de este T.S.J. de 30.03.00, no comporta el derecho a pactar el calendario vacacional “porque aquel deber tan solo implica intentar conseguir de buena fe un acuerdo, cuyo logro depende ya de multitud de factores y en manera alguna es coercible”. De este modo, si se cumplió la dicha obligación de negociar y no se alcanzó acuerdo entre empresa y trabajadores, resulta obligado examinar lo acordado y decidido por la empresa en aras de concluir si fue razonable y legalmente imprescindible o arbitrario y sin contenido y motivación protegible. En el caso presente, y conforme a los H.D.P., la empresa demanda negoció con el comité acerca del calendario vacacional para el año 2000 en los términos que era obligado. El comité de empresa de As Pontes aprobó un calendario vacacional para el año 2000 en agosto de 1999; la empresa se reunió al efecto con el dicho comité en 30.09.99; y al no resultarle asumible lo propuesto por el comité le hizo otra propuesta, que al no aparecer aceptada ni provocar alternativas propició finalmente que la empresa estableciese el calendario del programa vacacional para el año 2000 que se dice en el H.P. 3º ya en 27.10.99, lo que resultaba preciso por las fechas y por derivación del propio art. 46 del convenio colectivo (que preveía fijar el cuadro vacacional con una antelación de dos meses al inicio del período anual de vacaciones). Pero es que, además, el calendario vacacional establecido por la empresa en octubre de 1999 se muestra, como motivadamente dice la sentencia recurrida en su fundamento jurídico único, “enteramente razonable”. Y es que a partir de que el art. 46 del convenio colectivo de aplicación solamente señala la duración de las vacaciones y un turno rotativo de disfrute, la empresa, si bien lo fija a lo largo del año 2000 completo y no, como hace el comité, en los determinados períodos coincidentes con un disfrute de vacaciones para la mayoría de las personas, en concreto (H.P. 5º) Navidad, Carnavales, Semana Santa, verano, ello lo hace así en razón de que sin prohibir el convenio colectivo la fijación del turno a lo largo del año, se trata de empresa (fundamento jurídico único de la sentencia de instancia, también con su correspondiente valor fáctico) que carece de períodos de baja o menor actividad y por tanto precisa conservar indefectiblemente un mínimo necesario de plantilla durante todo el año, lo que no posibilita el calendario propuesto por el comité. Siendo legítimamente valorable el motivo y razonable la decisión de la empresa en orden a la

fijación del calendario vacacional, que también ha venido cambiando cada año los períodos de disfrute “a fin de que (fundamento jurídico de la sentencia de instancia) todos los trabajadores tengan el disfrute de todas las quincenas”, así como respetuosa con el convenio colectivo y adoptada tras intentar conseguir de buena fe el acuerdo, no cabe declarar la nulidad de aquel calendario que se interesa por el comité de empresa con el fin ulterior de que el período que constituye turno vacacional sea el propuesto por él. En definitiva, ni cabe imputar falta de voluntad negociadora a la empresa en el supuesto de autos ni censurar la decisión aquí en cuestión en los términos de legalidad que se denuncian en el recurso al amparo del art. 191.c) L.P.L., de tal manera que procede confirmar la sentencia de instancia que así lo ha considerado y resuelto, con rechazo del recurso referido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por doña E.P.R. en nombre y representación de don M.L.F., don J.L.C.R. y don X.L.R.C., contra la sentencia dictada en fecha 05.12.00 por el Juzgado de lo Social de Ferrol en autos de conflicto colectivo tramitados bajo el nº 616/99 a instancias de la parte recurrente frente a la empresa “P., S.A.”, confirmamos la sentencia recurrida.

3191 Recurso nº 1.655/01

S.S. DEREITO DE FOLGA NA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ORDE DUNHA CONSELLERÍA QUE MODIFICA OS SERVICIOS MÍNIMOS ESTABLECIDOS POLA AUTORIDADE GOBERNATIVA. VULNERACIÓN DO DEREITO.

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

A Coruña, a quince de mayo de dos mil uno.

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. 1.655/01 interpuesto por SERGAS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.G.R., en calidad de Secretaria Provincial del Sindicato de Enfermería SATSE en reclamación de tutela de los derechos de libertad sindical siendo demandado Sergas y Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 556/00 sentencia con fecha siete de febrero de dos mil uno 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.- Por doña M.C.G.R., con D.N.I. número..., en representación del Sindicato SATSE, como secretaria provincial del mismo en Pontevedra, y debidamente apoderada por la secretaria del sindicato SATSE, se planteó demanda sobre tutela de los derechos fundamentales de libertad sindical, contra el SERGAS.- 2º.- El sindicato referido, promovió legalmente convocatoria de huelga del colectivo de enfermería, que presta servicios en las instituciones sanitarias públicas del SERGAS, desde las 10 a las 12 horas del día 28 de junio de 2000.- 3º.- La Consellería de Sanidad, por Orden de 26 de junio de 2000, DOG del 28 de junio, determinó los servicios mínimos, que debían garantizar durante dos horas de huelga, publicándose en anexo a la Orden el número de profesionales afectados por señalados mínimos (folios 124 y 125) que se da por reproducido.- 4º.- Por los directores gerentes de los centros hospitalarios, se sobrepasan los mínimos señalados, sobre todo para quirófano, en la forma siguiente: - En el Complejo Hospitalario Xeral-Xies de Vigo: Quirófano: a) Mínimos: 2; b) Designados nominalmente 23, Quirófanos Cíes: a) Mínimos: 2; b) Designados nominalmente 9 -En el Hospital Meixoeiro de Vigo: Quirófano: a) Mínimos: 8; b) Designados nominalmente: 24.- 5º.- En el Hospital Xeral estaban programadas 19 intervenciones quirúrgicas y 6 de urgencia y en el Policlínico Cíes 18”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción

y falta de legitimación activa, alegados por la parte demandada y estimando en parte la demanda formulada por doña M.C.G.R., en nombre y representación del Sindicato SATSE, contras el SERGAS, con la intervención del MINISTERIO FISCAL, debo declarara y declaro la vulneración del derecho fundamental a la huelga, del artículo 28.2 de la Constitución Española, por la entidad demandada”.

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, tras desestimar las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de legitimación activa, acoge en parte la demanda formulada por doña M.C.G.R., en nombre y representación del sindicato SATSE contra el SERGAS y declara la vulneración del derecho fundamental a la huelga cometida por la entidad demandada. Decisión ésta contra la que recurre el demandado Sergas quien articula un único motivo de suplicación en el que denuncia infracción, por interpretación errónea, de lo dispuesto en el art. 6, 7 y 10 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, y ello por entender que la adecuación por el gerente del centro de los nuevos servicios mínimos a la actividad quirúrgica prevista para ese día, se hizo con completo conocimiento del sindicato convocante que asistió a la reunión en la que el representante de la división de asistencia sanitaria manifestó que no era posible una desprogramación de los quirófanos, ya que menoscabaría gravemente la organización y atención en su conjunto durante la jornada ordinaria. Sin embargo, supone la recurrente que por error en la orden dictada ese mismo día por la Consellería de Sanidad no se tuvo en cuenta respecto del Complejo Hospitalario Xeral-Cies y Meixoeiro la modificación operada; ello debe ser debido a un error por cuanto la ratio de personal determinado por centros hospitalarios semejantes al Complejo Xeral-Cies y Meixoeiro, como puede ser Juan Canalejo o Teresa Herrera de La Coruña, es semejante a la 2ª fijada por éstos, comprendiendo por tanto también la actividad quirúrgica programada. El error sufrido al publicar la orden de la consellería, consistente en que se reprodujo el primer anexo en lugar del 2º, no puede llevar a con-

cluir que se ha producido una violación del derecho fundamental de huelga, por cuanto el sindicato accionante tenía conocimiento desde el mismo día 26 de que no se accedía a su criterio de suspender actividades quirúrgicas programadas por entender que el perjuicio sufrido por el ciudadano no tenía cabida dentro de su derecho de huelga, ejercitándose éste más ampliamente en el ámbito de las consultas externas. En consecuencia, se estableció el número de efectivos necesarios para garantizar, en todo caso, la actividad urgente y preferente durante las horas de huelga, resultando preciso mantener la programación básica de la actividad de quirófanos, así como el funcionamiento de los servicios centrales para permitir la realización de las pruebas complementarias precisas.

SEGUNDO.- La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar, pues del inalterado relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida para nada se desprende el supuesto error que el demandado-recurrente atribuye ahora a la Orden de 26 de junio de 2000 (DOG de 28 de junio siguiente), dictada por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, para determinar los servicios mínimos destinados a garantizar el funcionamiento de los distintos servicios de los hospitales de Galicia, durante las dos horas de huelga convocada por el Sindicato demandante para el día 28 de junio de 2000. Dichos servicios mínimos, fijados por la Consellería de Sanidade al amparo del art. 10. 2 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, por afectar la huelga a un servicio esencial, de naturaleza pública y de reconocida o inaplazable necesidad, fueron fijados, para cada centro hospitalario, en el anexo que se acompaña a la referida orden, sin que en ningún momento el demandado Sergas hubiese invocado en juicio, ni tampoco acreditado, la existencia de un supuesto error en la fijación de los aludidos servicios mínimos; y en el hipotético supuesto de que se hubiese producido, podía haber sido rectificado por la propia consellería que los fijó. Por ello, lo que no resulta jurídicamente admisible es que una vez fijados y publicados tales servicios mínimos por la autoridad de gobierno de la Comunidad Autónoma, a quien estaba atribuida la competencia, el demandado Sergas a través de sus gerentes hospitalarios, haya procedido a modificar unilateralmente los mismos, incrementándolos sensiblemente, sobre todo para quirófanos, en los complejos hospitalarios Xeral Cies y Meixoeiro de Vigo, pues

como señala la STS de 11/7/1994 (Ar. 6.545), la infracción por la empresa de los servicios mínimos establecidos vulnera el derecho fundamental de huelga de los trabajadores consagrado en el art. 28.2 de la Constitución, ya que a través de su unilateral incremento se está impidiendo o vaciando de contenido el aludido derecho fundamental, máxime cuando en el presente caso se trataba de un paro con una duración de solo dos horas. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el demandado Sergas, contra la sentencia de fecha 7 de febrero de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, en los presentes autos tramitados a instancia del actor sindicado de enfermería SATSE, representado por doña M.C.G.R., frente a la entidad recurrente y el ministerio fiscal, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

3192

Recurso nº 1.569/01

S.S. CARTA DE DESPEDIMIENTO QUE FAI REFERENCIA A INFRACCIÓNS MOI GRAVES SEN CONCRETA-LAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS. INSUFICIENCIA QUE PRODUCE QUE O DESPEDIMIENTO SEXA CUALIFICADO COMO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a dieciocho de mayo de dos mil uno.

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. 1.569/01 interpuesto por empresa “C.P. y V., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña R.M.A.A. en reclamación de DESPIDO, siendo demandada la empresa “C.P. y V., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 732/00 sentencia con fecha 3 de febrero de 2001, por el juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** La demandante doña R.M.A.A., mayor de edad y con D.N.I. número..., viene prestando servicios para la empresa “C.P. y V., S.A.”, dedicada a la actividad de seguridad, desde el día 11.04.00, a medio de contrato de duración determinada a tiempo parcial con la categoría profesional de vigilante de seguridad que fue prorrogado hasta el 10.09.00. Con fecha 11.09.00 se suscribe nuevo contrato de duración determinada para obra o servicio determinado a tiempo completo, percibiendo un salario mensual de 135.467 pesetas, incluido prorrateo de pagas extraordinarias.- **SEGUNDO.-** Por medio de carta de fecha 09.11.00, se le comunicó que se le despedía con efectos desde el 09.11.00 en base a los siguientes hechos: Mediante la presente le comunicó que con fecha 09 de noviembre de 2000, queda rescindido por despido disciplinario el contrato laboral que le une a esta empresa por las faltas relacionadas a continuación: falta muy grave de fecha 11.09.00.- falta grave de fecha 17.09.00.- falta muy grave de fecha 21.09.00.- falta muy grave de fecha 11.10.00.- falta muy grave de fecha 29.10.00.- falta muy grave de fecha 30.10.00.- falta muy grave de fecha 05.11.00.- Siendo comunicadas las faltas relacionadas a continuación de fecha 11.09.00, 17.09.00, 21.09.00, 21.09.00 y 11.10.00 con fecha 27.10.00 negándose a la firma de dichas sanciones.- Con fecha 08.11.00, le fueron notificadas las faltas relacionadas a continuación: faltas de fecha 29.10.00, 30.10.00 y 05.11.00, negándose a la firma de citadas comunicaciones, siéndole entregada copia de la misma.- Por todo lo expuesto se le comunica su despido disciplinario con fecha 09 de noviembre de 2000.- **TERCERO.-** Los hechos imputados a la actora en la carta de despido no han resultado acreditados.- **CUARTO.-** Con fecha 27.10.00 se le notifica a la actora la imposición de sendas faltas, una de carácter grave por los hechos ocurridos el día 17.09.00, por haber dejado tiradas en el suelo de la oficina dos compresas usadas

y restos de comida en una de las mesas; y así mismo la comisión de una falta muy grave por los hechos ocurridos el día 21.09.00, cuando fue sorprendida por el encargado de la obra de la depuradora de... totalmente dormida en posición acostada.- QUINTO.- Con fecha 26.09.00 la actora firmó un escrito con el siguiente contenido: "Yo, R.M.A. en presencia de los representantes de los trabajadores, firmo el presente escrito de reconocimientos de los hechos ocurridos el día 12.09.00, en los cuales fue hallada durmiendo tapada con una manta y un despertador por el Inspector de servicios, reconociendo la citada falta".- SEXTO.- Presentada la papeleta de conciliación ante el SMAC el día 21.11.00, la misma tuvo lugar en fecha 07.12.00 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda la actora el día 18.12.00.- QUINTO.- La actora no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por doña R.M.A.A., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto la misma con fecha 09.11.00 por parte de la empresa "C.P. y V., S.A.", a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión de la trabajadora o abonarle una indemnización de 118.738 pesetas, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, advirtiéndole a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión."

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.- Declarada la improcedencia del despido, recurre la empresa a través de los siguientes motivos: A) modificación fáctica, a fin de hacer constar que el salario de la demandante es de 108.159 ptas. mensuales y que tras el despido fue contratada por otra empresa a jornada completa; B) sustitución del tercero de los probados ("Los hechos imputados en la carta de despido no han resultado acreditados") por otro expresivo de que "De los hechos imputados a la actora en la carta de despido la actora reconoció por escrito la primera de las faltas

relacionadas en la carta de despido"; C) infracción de los art. 55, 56.1.b) y 26.2 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que los hechos imputados en la carta de despido eran perfectamente conocidos por la trabajadora y, en cualquier caso, el reconocimiento de la primera falta (quedarse dormida en el puesto de trabajo) justifica la procedencia del despido, al tratarse de una vigilante de seguridad; procede igualmente tomar en cuenta el salario de convenio con exclusión de las indemnizaciones por transporte y vestuario, así como la repercusión, en orden a los salarios de trámite, del nuevo empleo de la demandante.

SEGUNDO.- El folio 17, al que se remite la recurrente, contiene las tablas salariales para el año 2000 del convenio estatal de empresas de seguridad. En ellas se ordenan los pluses de transporte y vestuario como *complementos salariales*, asignándoles una cuantía fija anual distribuida en 15 pagas; razón por lo cual en las nóminas de la actora figuran tales conceptos en el capítulo de "percepciones salariales", sujetos a las oportunas deducciones por IRPF y Seguridad Social. De ahí que no puedan tratarse como indemnizaciones o suplidos, sino como partidas integrantes del salario. El art. 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores dispone el abono -para el supuesto de despido improcedente- de una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedente o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probare por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. Pues bien, la empresa no alegó nada al respecto en la contestación a la demanda (ni en trámite de conclusiones), omisión que no puede suplir planteándola "ex novo" en vía de suplicación y basándose en documentos y circunstancias anteriores a la fecha de la sentencia de instancia (y del acto del juicio) e incluso -según afirma la recurrente- anteriores (los hechos) a la presentación de la demanda. En suma, no puede plantearse en suplicación lo que se hurtó a la instancia, en la que pudo y debió debatirse el extremo en cuestión. Tampoco puede aceptarse la modificación del texto del tercero de los probados para sustituirlo por el propuesto alternativamente. En primer lugar, no se trata de una verdadera modificación, sino de una supresión, pues lo relativo al escrito firmado por la actora reconociendo los hechos ocurridos el día 12.09.00 ya se relata en el ordinal quinto. En segundo lugar, el texto

propuesto es conjetural, en la medida en que trata de forzar la coincidencia entre los hechos ocurridos el 12.09.00 (a que se refiere el escrito) y la primera de las faltas imputadas (sin descripción de conductas) en la carta de despido y referida al día 11.09.00 (la fecha es, precisamente, la única concreción de la imputación), siendo así que la carta de despido –como luego se analizará– no contiene indicación alguna atinente al día 12.09.00.

TERCERO.- Una carta de despido consistente en una relación seriada de FALTAS MUY GRAVES con indicación de la fecha y ayuna de una mínima descripción, no satisface, desde luego, el contenido cabal de un escrito resolutorio del vínculo laboral por motivos disciplinarios. La carta de despido ha de contener conductas circunstanciadas, en forma tal que permita la representación de lo atribuido, tanto para la defensa como para la evaluación de su trascendencia jurídica; incluso para que el empleador pueda proponer y practicar prueba sobre la concreta imputación. Consciente de ello, la recurrente reduce toda la argumentación sobre las “faltas” a la que figura como suceso ocurrido el día 11.09.00 (la primera de la relación), pretendiendo haber logrado su prueba por el escrito de la trabajadora obrante al folio 60 (y que recoge el quinto de los probados). Pero tal escrito relata un hecho acaecido el 12.09.00, por lo que continúa sin saberse a qué se refiere la “FALTA MUY GRAVE de fecha 11.09.00”. En definitiva y por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “C.P. y V., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo de fecha 03.02.01 (autos 732/00), confirmamos la resolución de instancia y condenamos a la recurrente al abono de 50.000 ptas. en concepto de honorarios del letrado impugnante del recurso.

3193 Recurso nº 1.951/01

S.S. APLICABILIDADE DO CONVENIO NACIONAL DE ESTACIÓNS DE SERVIZO ÁS TENDAS EMPRAZADAS NAS DITAS ESTACIÓNS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a dieciocho de mayo de dos mil uno.

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. 1.951/01 interpuesto por don M.L.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 110/01 se presentó demanda por don M.L.P. en reclamación de conflicto colectivo siendo demandada la “E.S.B., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 9 de marzo de 2001 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. Con fecha 8 de febrero de 2001 la autoridad laboral remite demanda de oficio de conflicto colectivo promovido por el delegado de personal de la empresa “E.S.B., S.L.” contra la citada empresa, impugnando la fijación unilateral de los turnos de trabajo por parte de la empresa, todo ello acompañado del informe y expediente administrativo.- Segundo. Se aportan al acto de juicio por la actora, unos cuadros horarios carentes la mayoría de la conformidad del representante de los trabajadores o de la de aquellos individualmente, figurando en la mayoría simplemente el sello y firma de la empresa.- La totalidad de dichos cuadros comprenden una semana y vienen fechados el viernes anterior.- La empresa aporta una relación de horarios sin hacer referencia al periodo que corresponde y sin fecha alguna.- Unas y otras relaciones son impugnadas o por ambas partes, al carecer de firma, fechas o veracidad suficiente en su caso.- Tercero. Se aporta igualmente por la empresa escrito entregado en el S.M.A.C. el día 1 de marzo, referente al acta de revocación del representante de los trabajadores, de fecha 28 de febrero, en la que 8 sobre once votan por dicha revocación.- Cuarto.- La tienda existente en la gasolinera, se rige por el convenio

colectivo de comercio al por menor de productos alimenticios.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando en parte la demanda de conflicto colectivo remitida por la autoridad laboral, declaro la nulidad de todos los cuadrantes existentes en la empresa “E.S.B., S.L.” carentes de la conformidad de los trabajadores, debiendo aquella elaborar un horario en el que conste la jornada y turnos de la totalidad de la plantilla, así como los correspondientes descansos, constando la conformidad de los afectados, en la forma señalada en el convenio colectivo de estaciones de servicio, condenando a dicha empresa a estar y pasar por la presente declaración.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria parcial de las pretensiones deducidas en la demanda, interpone recurso la representación procesal del demandante, construyéndolo a través de un solo motivo de suplicación, en el que, con cobertura en el art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, achaca a la resolución que impugna infracción, por interpretación errónea, del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 2 del convenio colectivo nacional de estaciones de servicio, así como de los art. 3.1 y 1.281 del Código Civil, con cita de la sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 31 de enero de 2001, por estimar que el convenio colectivo nacional de estaciones de servicio es aplicable, a todo el personal que integra la plantilla de la empresa demandada, incluidos los trabajadores que prestan servicios en la tienda sita en la propia estación de servicio. La sentencia de instancia estima la demanda parcialmente, declarando la nulidad de todos los cuadrantes existentes en la empresa demandada, “E.S.B., S.L.”, carentes de la conformidad de los trabajadores, debiendo aquélla elaborar un horario en el que conste la jornada y turnos de la totalidad de la plantilla, así como los correspondientes descansos, constando la conformidad de los afectados, en la forma señalada en el convenio colectivo de estaciones de servicio, condenando a la empresa a estar y pasar por tal

declaración. La estimación parcial de la demanda, obedece, aunque el fallo de la sentencia no lo manifieste expresamente, a que el “iudex a quo”, entiende que la tienda existente en la gasolinera se rige por el convenio colectivo de comercio al por menor de productos alimenticios, por lo que no le afecta, en relación con la jornada y horario, el convenio colectivo de estaciones de servicio, que no le es de aplicación. Por el contrario, la parte recurrente estima que a la tienda de la estación de servicio también le es de aplicación el último convenio citado. Quedando, pues, centrada la temática planteada en el recurso en esta última cuestión. La censura debe prosperar, ya que los convenios colectivos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia, y si, por otro lado, el art. 2º del convenio colectivo estatal de estaciones de servicio -BOE de 3 de julio de 1997- comprende dentro de su ámbito funcional las tiendas existentes en aquellos centros de trabajo, es evidente que la tienda ubicada en la estación de servicio de la empresa demandada, debe incluirse dentro del ámbito de aplicación del mencionado convenio, criterio éste que ha mantenido la Audiencia Nacional -Sala de lo Social-, en la sentencia invocada por la parte recurrente, resolutoria de conflicto colectivo promovido por federación de industrias afines de UGT y federación de industrias textil-piel, químicas y afines de CCOO contra “G., S.A.”. Por lo expuesto procede, previa estimación del recurso, dictar un pronunciamiento parcialmente revocatorio del suplicado y, en definitiva, estimatorio, en su integridad, de la pretensión deducida en la demanda. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de don M.L.P., contra la sentencia de fecha nueve de marzo de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de La Coruña, en proceso sobre conflicto colectivo, promovido por el recurrente como delegado de personal de la empresa demandada, frente a la patronal “E.S.B., S.L.”, debemos revocar y revocamos parcialmente, la resolución recurrida, en el sentido de incluir dentro del pronunciamiento que contiene a la tienda ubicada en el centro de trabajo de la demandada.

3194 **Recurso número: 03/0008053/1997**

S.CA. PROCEDEMENTO SANCIONADOR E ÓRGANO ADMINISTRATIVO SUPERIOR XERÁRQUICO ÓS EFECTOS DE RECURSO DE ALZADA. NORMAS TRANSITORIAS. REXE A LEI 30/1992, Ó ABEIRO DA SÚA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCEIRA. ESTRUCTURA DO MINISTERIO DE TRABALLO E ASUNTOS SOCIAIS TRALA REESTRUTURACIÓN DE 1997. OBSTRUCCIÓN Ó LABOR INSPECTOR. VALOR PROBATORIO DAS ACTAS DOS CONTROLADORES LABORAIS E CARGA DA PROBA. XA QUE NON SE CONSTATOU A EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, A EMPRESA NON DEBE SER SANCIONADA POLA DITA OBSTRUCCIÓN.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, dieciocho de mayo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008053/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por H.C.D., con D.N.I... domiciliado en...(Orense), representado por doña. A.M.L.P. y dirigido por el Letrado don A.V.B., contra Resolución de 27.02.97 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Orense de 30.06.94 sobre acta de infracción nº 346/94, Expte. nº 24.179/94. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 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 15 de mayo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 27.02.97, desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Orense de 30.06.94, que imponía la sanción de 500.100 ptas. por infracción del art. 49.3 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, obstrucción de la actividad inspectora.

II.- Alega el recurrente la falta de competencia de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para resolver el recurso de alzada. Dicha dirección General se arroga la competencia invocando los art. 122 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1956 y lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ahora bien, de acuerdo con el recurrente, en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera en relación con la Disposición Transitoria Segunda, el procedimiento administrativo aplicable a este expediente sería el previsto en el R.D. 1.860/75, de 10 de julio, por el que se aprueba el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social, por entender que se trata de un expediente iniciado durante el período de 18 meses a que se refiere la Disposición Transitoria Segunda 2 en relación con la Disposición Adi-

cional Tercera de la Ley 30/92. Pero el recurrente incurre en un error: el período a que se refieren las disposiciones mencionadas no es de 18 meses, sino de 6. Por tanto, teniendo en cuenta que la Inspección tuvo lugar el 21.04.94, y el Acta de Inspección es de fecha 23.05.94, el apartado de la Disposición Transitoria Segunda aplicable no es el 2, que señala que “los procedimientos iniciados durante el plazo de adecuación contemplado en la disposición adicional tercera se regirán por lo dispuesto en la normativa anterior que les sea de aplicación, salvo que con anterioridad a la expiración de tal plazo haya entrado en vigor la normativa de adecuación correspondiente, en cuyo caso, los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor se regularán por la citada normativa”, lo que, al haberse aprobado el RD 396/96, de 2 de abril, que regula el Reglamento sobre Procedimiento para la Imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social y para la Extensión de Actas de Liquidación a la Seguridad Social, daría lugar a que al expediente le fuera aplicable el RD 1.860/75, de 10 de julio, sino el 3, que dispone que “a los procedimientos iniciados con posterioridad al término de plazo de seis meses, a que se refiere la disposición adicional tercera, les será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en la presente “Ley”. En efecto, el Acta es de fecha 23.05.94, la Ley 30/92, de acuerdo con su Disposición Final, entró en vigor a los tres meses de su publicación, que tuvo lugar el 27.11.92, esto es, el 27.02.93, cumpliéndose el período de seis meses a partir de la entrada en vigor a que alude la Disposición Adicional Tercera el 27.08.93, meses antes de la iniciación del procedimiento. Es aplicable al procedimiento el art. 114 de la Ley 30/92, que advierte que el recurso de alzada podrá interponerse ante el órgano superior jerárquico del que dictó la resolución que se recurre. Según el recurrente el órgano competente es, de acuerdo con el art. 15 del RD 530/85, de 8 de abril, que aprueba la Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Trabajo, la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, y no la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, que fue quien resolvió. No tiene en cuenta el recurrente que dicho RD fue sustituido por el RD 1.888/96, de 2 de agosto, que aprueba la nueva Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Trabajo Asuntos Sociales. Siendo la resolución del recurso de alzada de fecha 27.02.97, ya era aplicable este nuevo RD, cuyo art. 7 atribuya a la Dirección

General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social “la dirección del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, asumiendo la organización, planificación, coordinación y ejecución de las funciones propias de dicho Sistema en materia de Relaciones Laborales, Prevención de Riesgos Laborales, Seguridad Social, Empleo y cualesquiera atribuidas por otras disposiciones o mediante convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas”. En conclusión, ha resuelto el órgano competente.

III.- Ya respecto al fondo del asunto, el recurrente alega no haber obstruido la labor inspectora, puesto que cuando los controladores laborales le piden que identifique a un trabajador de unos 45 ó 50 años, con bigote, pantalón azul de trabajo y jersey que sale corriendo y desaparece, no pudo identificarle como trabajador suyo porque no lo era, sino que era un cliente, cuya identidad facilitada durante la tramitación del expediente, aportando una declaración jurada del mismo en la que afirma ser cliente y no trabajador de la empresa. En el Acta de Inspección, sin embargo, se hace constar que ante el requerimiento al titular del acta para que identifique a la persona referida anteriormente, “Don H.C.D. manifiesta que no hay nadie y que nosotros no hemos visto nada. Se le requiere para que inmediatamente identifique al trabajador referido, y no hace el menor intento para identificarlo, limitándose a negar los hechos”; se le advierte de las consecuencias de tal actitud y de que esos hechos constituyen obstrucción muy grave a nuestro trabajo, a lo que el titular del acta responde que lo buscásemos nosotros”, actitud de obstrucción que se documenta nuevamente en el Informe complementario. Es cierto que los controladores presumen que quien sale corriendo y desaparecer al entrar ellos es un trabajador de la empresa, pero dicha afirmación no se sustenta en el vacío, sino en el dato de que al entrar en el centro de trabajo comprobaron que allí “se encontraban prestando servicios en el mismo el titular del acta y dos trabajadores más, además de una cuarta persona ajena a la empresa y que solo estaba mirando”, según recoge el Acta. El Informe complementario puntualiza “que se encontraba el titular en el tejado (en la esquina), subido en la escalera otro trabajador y abajo el trabajador que salió corriendo al ser avisado por el que estaba en la escalera. Además había la cuarta persona ajena a la obra”. Por tanto, lo vieron trabajando con los demás, y no mirando como la otra persona ajena a la

empresa. Interrogado el empresario se limita a negar los hechos, sin explicar, como pudo hacer en el momento, que se trataba de un cliente, sin explicar, como pudo hacer en el momento, que se trataba de un cliente, según alega posteriormente tanto durante el expediente sancionador como en la demanda.

Las declaraciones juradas que aporta el recurrente, firmadas por dos trabajadores de la empresa y por el cliente, según el recurrente, que salió corriendo, trabajador según los controladores, carecen de eficacia para desvirtuar el valor probatorio que acompaña a las Actas de Inspección de Trabajo, ya que se presume que pueden ser de mera complacencia con la Empresa en la que prestaron o prestan sus servicios, según doctrina jurisprudencial reiterada.

Ahora bien, el derecho a la presunción de inocencia garantiza en el ámbito sancionador el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en la previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad. La carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recae indudablemente sobre la Administración Pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos (STC 120/94, de 25.04). De forma reiterada la doctrina del TS ha señalado que pese a que el RD 1.667/86 no reconozca a los Controladores Laborales presunción legal de certeza de sus actuaciones, el hecho de que los declare colaboradores de la Inspección de Trabajo y les reconozca funciones y atribuciones cuando menos en el mismo grado que a los controladores de la Seguridad Social, para quienes la Ley 40/80, de 5 de julio, sí reconoce la presunción legal de certeza en sus actuaciones, y dada la integración de éstos en el Cuerpo de Controladores Laborales, debe reconocerse la presunción legal de certeza en las actuaciones de aquéllos, cuando se hallan verificadas por el Inspector de Trabajo, pues la actividad de control y comprobación desarrollada por los Controladores Laborales queda sometida a examen de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en cuyas manos está la potestad de extender las actas promovidas por los Controladores, o bien su verificación (SSTS 10.11.87, 18.07.86, 25.11.88, 21.03.89, 02.02.90, 18.07.91, entre otras). Por tanto, resulta evidente que la carga de probar los hechos imputados incumbe a la Administración, y no puede suplirse una prueba por las meras afir-

maciones del controlador laboral cuando, por la entidad de los hechos, no son directamente apreciables sino a través de otros medios de prueba.

El análisis de lo ocurrido revela una serie de datos que conducen a la Sala a estimar no probada la infracción imputada por la Administración a H.C. No resulta acreditado que se negara a colaborar con la Inspección, ya que se ha identificado y ha comparecido a requerimiento de la misma en las dependencias de ésta el día que le fue señalado. Es cierto que fue requerido para que identificase al trabajador que se hallaba en la obra y que huyó al ver a los Controladores, según se hace constar en el Acta, y que no lo hizo. Pero nada prueba la existencia de una relación laboral entre ellos, pues podía perfectamente tratarse de un cliente. Y aunque fuera suyo, a estas alturas ya no debe desconocer la Administración que nadie está obligado a declararse culpable, correspondiendo la carga de la prueba a la Administración. En tales circunstancias resulta carente de fundamento considerar responsable de la presencia de un trabajador sin identificar a H.C. Ante la imposibilidad de “coger” a este trabajador se opta por requerir sin más al recurrente para que fuera éste quien aportase la prueba imposible de que el huido no trabajaba para él, en lugar de realizar de oficio cuántas actuaciones resultasen necesarias para acreditar los hechos que le fueron imputados al recurrente, por cuanto que, como es afirmado por el TS, la carga de la prueba corresponde a quien invoca el presupuesto fáctico de la infracción (STS 30.05.81, 24.09.82, entre otras).

En definitiva, partiendo de que las Actas no hacen prueba más que de los hechos objetivos que recogen, pero no de las deducciones subjetivas de los Controladores Laborales o del Inspector de Trabajo, este Tribunal no considera suficientemente probado que se tratara de un trabajador de la empresa.

En consecuencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo presentado, por no hallarse suficientemente acreditada la comisión de la infracción imputada.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por H.C.D. contra

Resolución de 27.02.97 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Orense de 30.06.94 sobre acta de infracción nº 346/94, Expte. nº 24.179/94 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y en consecuencia, anulamos las resoluciones recurridas por ser contrarias a Derecho. Sin imposición de costas.

3195 Recurso nº 2.756/98

S.S. RECARGO DE PRESTACIÓNS DE SEGURIDADE SOCIAL. DOCTRINA XERAL. INFRACCIÓN DA OBRIGA DE PARALIZA-LA MÁQUINA ANTES DE INTRODUCI-LAS MANS. PROCEDENCIA DO RECARGO, PERO MODERACIÓN EN ATENCIÓN Á CONDUCTA DO TRABALLADOR.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa María Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veintiuno de mayo de dos mil uno.

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. 2.756/98 interpuesto por empresa "P.G., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 11/97 se presentó demanda por don R.R.M. en reclamación de infracción medidas de seguridad siendo demandados el INSS, la TGSS, el SERGAS, la empresa "P.G." e "I." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha catorce de mayo de mil novecientos noventa y siete por el juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El actor, nacido el 8 de mayo

de 1969, con D.N.I..., se encuentra afiliado a la Seguridad Social en el Régimen General siendo su profesión habitual la de operario de fábrica de plástico. 2.- En fecha 21.07.95 el actor sufrió accidente laboral cuando el mismo procedía junto con otro operario y el Jefe de turnos a limpiar unos rodillos mecánicos de una máquina empleada para el estiramiento longitudinal de la película de film, rodillos que pueden girar a velocidad (y regulable desde un departamento de control o mando) y situados en la parte inferior e interior de la máquina a una altura aproximada de 1 metro, debiendo el trabajador introducirse en la máquina a través de unas puertas de altura de 70 cm que hay debajo de la máquina y permanecer en cuclillas mientras efectúa dicha operación de limpieza. No existe luz en dicho compartimento necesitando iluminarse a través de luz portátil. Que mientras se realizaba la limpieza de la máquina, ésta se hallaba en funcionamiento y girando los rodillos a una velocidad lenta sin determinar y quedando la mano del trabajador accidentado atrapada entre los dos rodillos. Dicha operación de limpieza se realiza habitualmente siendo operación regular de mantenimiento de la máquina cada 8 o 10 días y siempre se realiza con la máquina en movimiento. Dicha operación la realizan los trabajadores de la empresa demandada desde que tienen la categoría de ayudante. Por estos hechos la autoridad laboral en fecha 30.11.95 confirmó la sanción propuesta por la Inspección de Trabajo y Seguridad en acta levantada al efecto por infracción del art. 5 de la Ley de 7 de abril de 1988 y art. 89 y ss. de la Ordenanza Laboral de Seguridad e Higiene. 3.- Como consecuencia del anterior accidente el actor sufrió secuelas consistentes en amputaciones a nivel de tercio medio del metacarpiano del 2º dedo, amputación del 3º dedo a nivel de la base de la falange proximal y que está englobada en el colgajo chino. Amputación del 4º dedo a nivel del tercio proximal de la falange media con anquilosis a 90º de la articulación interfalángica proximal. 5º dedo corto, con anquilosis de las articulaciones interfalángicas. La articulación metacarpo falángica a 45º y con un rango de movilidad de 15º. Sensibilidad de protección adecuada. Colgajo chino para cobertura cutánea de la palma. Zona de injerto laminar en antebrazo secuela zona dadora del colgajo chino antebraquial de 10,3 por 7,35 cm con bordes hipertróficos. Secuela cicatricial de la zona donante del injerto laminar del injerto reseñado anteriormente. 4.- La Dirección Provincial del I.N.S.S., mediante resolución de fecha

23.09.96, declarou que la actora se encontraba en situación de Invalidez Permanente derivada de accidente laboral, en grado de total para su profesión habitual, contra la que se interpuso la reclamación previa postulando el grado de absoluto, sin que haya recaído resolución expresa. 5.- El salario base regulador de la prestación asciende a 2.192.496 ptas. anuales. 6.- El dictamen de la U.V.M.I. es de fecha 28 de mayo de 1996".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente las pretensiones de la demanda interpuesta por don R.R.M. debo condenar y condeno a la empresa "P.G." a que deposite en la TGSS, el capital coste correspondiente al recargo del 50% en todas las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo sufrido por el trabajador Sr. R.M., absolviendo a las entidades INSS, TGSS, la mutua "I." y SERGAS de las pretensiones de la parte actora, sin perjuicio de las responsabilidades gestora y recaudatoria, respectivamente, del I.N.S.S. y T.G.S.S. en orden a abonar a la actora, en su respectivo carácter, el citado recargo en la pensión de INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL reconocida, con los efectos y revalorizaciones correspondientes".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y condena a la empresa a que deposite en la TGSS, el capital coste correspondiente al recargo del 50% en todas las prestaciones de la Seguridad Social, derivadas del accidente de trabajo derivada sufrido por el trabajador y desestimado la demanda en la petición de IPA manteniendo de la IPTTH reconocida; frente a ella interpone el recurso de suplicación la empresa condenada y al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del art. 191 Ley Procedimiento Laboral, interesa la revisión del hecho probado segundo de la sentencia por entender que a la vista de la prueba propuesta y practicada en el acto del juicio no es posible derivar responsabilidad alguna imputable a su representada por una presunta infracción en materia de seguridad e higiene en el trabajo, en relación con el accidente laboral sufrido por el actor el día 21 de

julio de 1995, y en consecuencia solicita la modificación del hecho probado segundo de la sentencia en el sentido de que se haga constar en el mismo que: "En fecha 21.07.95 don R.R.M. sufrió una lesión por aplastamiento en su mano izquierda cuando en una parada de línea y tras limpiar los rodillos de estiro en compañía de don R.F. y don R.B., éste último procedió a la verificación de la limpieza observando que el segundo rodillo del par de estiro estaba algo sucio, razón por la cual advirtió a sus compañeros que iba a efectuar la maniobra de bajada del mismo, para lo cual acudió al panel de control y pulsó el botón de bajada. Que fue en ese momento cuando oyó un grito y accionó el botón de parada al igual que don R.F. que tiró de las cuerdas de parada de emergencia que se encuentran en el interior de la máquina M.D.O. pudiendo observar que el Sr. R.M. había sufrido un atrapamiento sin poder explicar por qué éste había desatendido la advertencia de la maniobra, cuando su otro compañero la había acatado. Que ha quedado acreditado que en todo momento la empresa demandada cumplió y observó sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, tanto generales como particulares por lo que no procede la imposición del recargo en las prestaciones solicitada por la actora. El motivo no puede prosperar, la parte actora como hemos apuntado textualmente, se dedica a narrar y dar argumentos de lo que ella entiende que ocurrió y pretende que sea declarado probado, sustituyendo así su subjetivo criterio, por el del juez a quo, cuando no consta error de hecho al efecto, que por derivación de documental o pericial, así lo acredite.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso se alega la incorrecta aplicación e interpretación de los art. 19.4 E.T. 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, 89 y ss. de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene y la jurisprudencia que los desarrolla, así como por incorrecta aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que no estaba vigente en la fecha en que se produjo el accidente (21.07.95) y que ha sido aplicada retroactivamente por el juzgador al supuesto de autos. Es doctrina jurisprudencial reiterada, recogida recientemente en la sentencia 02.10.00 que con relación a este singular recargo en las prestaciones, la jurisprudencia unificadora ha sentado las siguientes líneas generales básicas: a) el recargo ostenta un carácter sancionador y por ende, el precepto legal regulador de este aumento porcentual ha de ser interpretado restrictivamente, por lo

que partiendo de aquella naturaleza, se ha declarado que, como regla, no se aplica el recargo a las mejoras voluntarias de la acción protectora, pues aunque estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias imperativas de la Seguridad Social (entre otras, SSTS/IV 20-III-97, -recurso 2.730/1996, 11-VII-97 -recurso 719/97). b) se afirma que el recargo es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo, (entre otras, SSTS/IV 8-III-93, 7-II-94, 8-II-94, 20-V-94). c) se trata de responsabilidad empresarial cuasi-objetiva, con escasa incidencia de la conducta del trabajador, como se afirmó con relación a la intrascendencia de la falta de negativa a realizar los trabajos sin la protección requerida en un supuesto de accidente laboral de un trabajador con cargo de colaboración en materia de seguridad e higiene (STS/IV 6-V-98). d) en orden a su abono, está exento de responsabilidad el INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, recayendo la responsabilidad directa y exclusivamente sobre el empresario, lo que se fundamenta como una consecuencia de su carácter sancionatorio. Además el referido carácter del recargo y su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide pueda ser objeto de aseguramiento público o privado (entre otras SSTS/IV 8-III-93, 23-III-94, 20-V-94, 22-IX-94). El recargo de prestaciones de la Seguridad Social impuesto en el art. 123 del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por RDL 1/94 de 20 junio, antiguo art. 93 de la LGSS de 1974, cuando se deriva de la omisión de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, causantes del accidente, exige, la existencia de nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores, y la conducta pasiva del empleador, consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias respecto a máquinas, instrumentos o lugares de trabajo, excluyéndose la responsabilidad empresarial cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención o por imprudencia del propio trabajador acci-

dentado, cuando no se acogen o utilizan las medidas adoptadas por la empleadora y puestas a su disposición; la omisión puede afectar a las medidas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, con criterios ordinarios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores, criterio éste que no es otra cosa que reflejo y operatividad, en el ámbito de las relaciones de Seguridad Social, del derecho básico en el contenido de la relación laboral, recogido en los art. 4.2 y 19 del E.T. y que con carácter general y como positivación del principio del derecho alterum non laedere, elevado a rango constitucional por el art. 15 del Texto fundamental y que, en términos de gran amplitud, tanto para el ámbito de las relaciones contractuales como extra contractuales, consagra el Código Civil en sus arts. 1.104 y 1.902, debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el art. 7 de la Ordenanza de 09.03.71, ha de valorarse con criterios de razonabilidad, según máximas de diligencia ordinaria, exigibles a un empresario normal, cooperador a los fines de la convivencia industrial; que son criterios coincidentes con los recogidos en el art. 16 del convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo de 22-junio-81 y ratificados por España en 26.07.85, en cuanto impone a los empleadores en la medida que sea razonable y factible, garantizar que los lugares de trabajo, operaciones y procesos, sean seguros y no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores (TSJ Cataluña, 27.03.00). Proyectada la anterior doctrina al caso de autos en que la sentencia de instancia declara probado que "En fecha 21.07.95 el actor sufrió accidente laboral cuando el mismo procedía junto con otro operario y el Jefe de turnos a limpiar unos rodillos mecánicos de una máquina empleada para el estiramiento longitudinal de la película del film, rodillos que pueden girar a velocidad (y regulable desde un departamento de control o mando) y situados en la parte inferior e interior de la máquina a una altura aproximada de 1 metro debiendo el trabajador introducirse en la máquina a través de unas puertas de altura de 70 cm que hay debajo de la máquina y permanecer en cuclillas mientras efectúa dicha operación de limpieza. No existe luz en dicho compartimento necesitando iluminarse a través de luz portátil. Que mientras se realizaba la limpieza de la máquina, ésta se hallaba en funcionamiento y girando los rodi-

llos a una velocidad lenta sin determinar y quedando la mano del trabajador accidentado atrapada entre los dos rodillos. Dicha operación de limpieza se realiza habitualmente siendo operación regular de mantenimiento de la máquina cada 8 o 10 días y siempre se realiza con la máquina en movimiento. Dicha operación la realizan los trabajadores de la empresa demandada que tienen la categoría de ayudante. Por estos hechos la autoridad laboral en fecha 30.11.95 confirmó la sanción propuesta por la Inspección de trabajo y Seguridad en acta levantada al efecto por infracción del art. 5 Ley 7 abril 1988 y art. 89 y ss. de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene. De todo ello resulta que el recurso no puede prosperar, porque el accidente se produjo porque la limpieza de la máquina se llevó a cabo estando esta en movimiento y esto supone la infracción del art. 89 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene de 09.03.71 que establece: "Para evitar peligros que puedan causar al trabajador los elementos mecánicos agresivos de las máquinas por acción atrapante, cortante, lacerante, punzante, prensante, abrasiva o proyectiva, se instalarán las protecciones más adecuadas al riesgo específico de cada máquina. Y que el mecanismo de la máquina MDO es peligroso lo demuestran los paneles de información aportados por la empresa como prueba documental, donde se muestra el peligro y por ello la prohibición de introducir las manos estando la máquina en movimiento; de donde deriva que la infracción fue evidente al llevar a cabo el trabajo de limpieza con la máquina en activo aunque lo fuera a poca velocidad. Respecto del quantum y porcentaje del recargo y puesto que la omisión de las medidas de seguridad descritas, no pueden descartar la total imputabilidad de la empresa, si procede la reducción al límite mínimo, que por previsión legal debe ser del 30% por que el trabajador dada su experiencia profesional debió abstenerse de efectuar el trabajo sabiendo que la máquina estaba activada, por lo que, aunque esta actitud imprudente no rompe el nexo causal entre la infracción y el accidente es de entidad suficiente para justificar la reducción del recargo.

TERCERO.- Por último señalar que no ha habido incorrecta inaplicación de la ley de prevención de riesgos laborales de fecha 08.11.95, Ley 31/95, porque la sentencia de instancia no aplica ninguno de los preceptos de dicha ley y sólo hace referencia a que la misma recoge (como transposición a nuestro derecho) la obligación de seguridad que en el

derecho comunitario recoge la directiva 89/391; desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no vulnera la normativa, que por la parte recurrente se invoca; de ahí que procede, previa desestimación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

CUARTO.- Por lo que se refiere a las manifestaciones de la recurrente en el otrosí, la Sala está de acuerdo con las manifestaciones de la parte actora en el escrito de impugnación del recurso, y no se admiten, por su intrascendencia, y porque no son prueba documental propiamente dicha, sino manifestaciones de parte, o de testigos vertidas en otro procedimiento, que se pudieron practicar en este, para su valoración por el juez de instancia. En consecuencia,

Fallamos

Que estimado el recurso parcialmente de suplicación interpuesto por la empresa "P.G., S.A., contra la sentencia de fecha 14.05.97, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 del Ferrol, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de que manteniendo la condena del recargo por falta de medidas de seguridad, reducimos su importe al 30% confirmando el resto de los pronunciamientos.

3196 Demanda 4-01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. ADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. NON CÓMPRE ACUDIR ANTES DA DEMANDA Á COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DO ACORDO. PERSOAL DE CARÁCTER EVENTUAL QUE PRESTA OS SEUS SERVICIOS NOS DISPOSITIVOS DE URXENCIAS EXTRAHOSPITALARIAS. NON PROCEDE A SÚA CONVERSIÓN EN PERSOAL EVENTUAL INTERINO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a veintiuno de mayo de dos mil uno.

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

en nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes autos seguidos con el número de demanda 4-01 demanda a instancia Confederación Intersindical Galega (CIG), contra Servicio Galego de Saúde (SERGAS), siendo el objeto del litigio CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por la representación de la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) se interpuso demanda de Conflicto Colectivo contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE (SERGAS), en la que tras exponer los hechos y los motivos que estimaron de aplicación, terminan suplicando que “se declare que a los afectados por este conflicto les corresponde en derecho un nombramiento de carácter interino, con derecho a permanecer en el puesto de trabajo hasta el momento en que sea ocupado por personal estatutario fijo a través de los procesos legalmente previstos para la provisión de estos, condenando al SERGAS a estar y pasar por tal declaración y a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto de juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó, oponiéndose a la demandada, según consta en el acta de juicio.

Hechos declarados probados

PRIMERO.- El ámbito del conflicto colectivo planteado por la representación de la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE (SERGAS), afecta a todo el personal sanitario de las categorías Médicos y ATS/DUE que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Gallega, prestan sus servicios con carácter eventual para la cobertura de la atención continuada en los dispositivos de urgencias extrahospitalarias no transformadas en puntos de atención continuada (PAC) y en la demanda entablada se formula la siguiente petición: “Que se declare que a los afectados de este conflicto les corresponde en derecho un nombramiento de carácter interino, con derecho a permanecer en el puesto de trabajo hasta el momento en que sea ocupado por personal estatutario fijo a través de los procesos legal-

mente previstos para la provisión de estos, condenando al SERGAS a estar y pasar por tal declaración y a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento.

SEGUNDO.- Los trabajadores afectados anteriormente aludidos, conforme a lo previsto en normativa a la que nos referiremos, acceden a los puestos de trabajo a través de un nombramiento de personal eventual, formalizándose por persona tantos nombramientos cuantos días son llamados a prestar servicios, haciéndose constar en el nombramiento una garantía de que serán llamados al menos por un período de seis meses prorrogables por otros seis, cuantas veces se precise en los dispositivos de atención urgente extrahospitalaria. Son retribuidos con el valor hora de los módulos horarios por atención continuada establecidos en la normativa vigente.

TERCERO.- Por Decreto 200/93 se estableció en la Comunidad Autónoma de Galicia la ordenación de la asistencia sanitaria en base a su estructuración en servicios de atención primaria y unidades de atención primaria. Para completar el organigrama se promulgó el Decreto 172/1995 de 18 de mayo, por el que se aprobó el plan de urgencias extrahospitalarias de esta Comunidad Autónoma. El plan que se diseña prevé la prestación de la atención urgente extrahospitalaria en una serie de puntos geográficos de carácter funcional, no estructural, denominados puntos de atención continuada (PAC) en los que participen todos los profesionales sanitarios de atención primaria de las localidades incluidas en su ámbito de cobertura. Su horario de funcionamiento abarca de 15 a 9 horas, sin perjuicio de las modalidades de organización que se puedan establecer. La implantación de los PAC será paulatina en la medida de las posibilidades organizativas y asistenciales. Mientras no se constituyan los PAC, en las localidades en que existiese un servicio normal o especial de urgencias, la atención continuada y permanente será asumida por el personal de los actuales equipos de atención primaria, conjuntamente con el personal de los servicios normales y especiales de urgencias, en cuanto –estos se mantengan como tales siempre y cuando la población cubierta por el nuevo sistema sea como mínimo del 50%. Los servicios normales y especiales de urgencia son estructuras a punto de desaparecer. La integración de la atención de urgencia como parte de la prestación de los profesionales de la atención primaria implica su desaparición. En el momento

actual no se han transformado en PAC los dispositivos de urgencias extrahospitalarias de las siguientes localidades: Pontevedra, Lalín, Vigo, Redondela, Lugo, Burela, Sarria, Viveiro, Ourense, Santiago, Rianxo, Boiro, Ribeira, O Son, A Pobra, A Coruña, Carballo, Arteixo y Ferrol, en los que existían servicios normales o especiales de urgencias.

CUARTO.- La vinculación de personal temporal para la realización de la atención continuada se realiza de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1999 de 5 de octubre y el compromiso para el desenvolvimiento de las urgencias extrahospitalarias, mediante un nombramiento estatutario de carácter eventual que tiene por objeto la concreta cobertura.

QUINTO.- La Orden de 30 de junio de 1997, reguló el régimen de preintegración del personal estatutario con destino en los servicios de urgencia, estableciendo como jornada de trabajo para los profesionales reintegrados la de 40 horas semanales, en los turnos de atención continuada que les correspondan. Así la jornada laboral anual de los profesionales que prestan sus servicios en los dispositivos de atención urgente extrahospitalaria (personal facultativo y ATS/DUE) supone una prestación ordinaria de trabajo efectivo en atención urgente de 1.572 horas anuales. Por el contrario el personal que desempeñe puestos de trabajo no preintegrados procedentes de los servicios de urgencia, con jornada semanal de 36 horas, tienen jornada anual de 1.415 horas. Así en distintas ciudades y localidades de esta Comunidad Autónoma (Ourense y Vigo, entre otras), el personal que no optó por integrarse en el nuevo sistema realizan una jornada de 114 horas mensuales, a razón de 36 h. semanales, es decir 1.415 horas anuales. Por el contrario los que están en situación de preintegración su jornada laboral es de 160 horas al mes, a razón de 40 horas semanales y por tanto su jornada es de 1.572 horas anuales.

SEXTO.- Con fecha 15 de febrero 2001, en el marco de la mesa sectorial de negociación del personal sanitario, los representantes de la administración sanitaria y las centrales sindicales CC.OO, CESM, CSI-CSIF, SATSE, UGT y la central sindical que promueve la presente acción de conflicto colectivo CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) han suscrito y firmado un pacto por el que se regulan determinadas condiciones de trabajo del personal que presta sus servicios en el ámbito de las urgencias extrahospitalarias en la atención primaria del Servicio Galle-

go de Salud, en cuya norma 5.7 y bajo el epígrafe "Nombramiento de atención continuada en el ámbito de la atención primaria", se recoge: "Resulta preciso definir la forma de vinculación que permita la incorporación de profesionales en el proceso de reparto de trabajo que viene producido fundamentalmente por la no obligatoriedad de prestación de atención continuada o urgente y del proceso de reducción progresiva de ella...el modelo de vinculación tiene evidentemente un carácter transitorio que no excederá del plazo de 5 años aludido en el punto 5.8. Ultimado el período transitorio se procurará una solución de empleo de carácter estructural siempre que así derive de la organización del trabajo. Esta vinculación se definirá por la siguientes características: a)...nombramiento estatutario de carácter público; b) ...los nombramientos tendrán carácter temporal; d)...compatibilizarán la atención urgente con los nombramientos para la atención ordinaria de duración no superior a un mes... por causa de esta compatibilidad y preferencia, la prestación en términos anuales de servicios de estos profesionales no se compondrá exclusivamente de turnos de atención continuada...; e) se garantiza a los profesionales seleccionados un nombramiento de una duración de hasta seis meses; f) La prestación de servicios de atención continuada urgente del personal nombrado por esta causa será remunerado con el mismo valor hora que lo que resulta de la aplicación a la prestación de atención continuada de los profesionales integrantes de las unidades y servicios de atención primaria...".

SÉPTIMO.- Fue intentada la conciliación previa el 22.03.01, con el resultado de sin avenencia, siendo presentada la demanda ante este Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 06.04.01.-

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- A través de una acción de conflicto colectivo que afecta a todo el personal sanitario ATS/DUE y facultativos que prestan servicios profesionales en los dispositivos de urgencias extrahospitalarias, no transformados en puntos de atención continuada (PAC) en el ámbito de la atención primaria, la representación de la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) solicita se declare que los afectados por este conflicto les corresponde en derecho un nombramiento de carácter interino, con derecho a permanecer en el puesto de trabajo hasta el momento en que

sea ocupado por personal estatutario fijo a través de los procesos legalmente previstos para la provisión de estos, condenando al SERGAS a estar y pasar por tal declaración y a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento. Frente a dicha pretensión la representación legal del SERGAS opuso, con carácter previo, la excepción de inadecuación de procedimiento por no considerar ajustado a derecho el cauce procedimental escogido para sustanciar la petición deducida en la demanda al entender que no se dan los requisitos exigibles para entablar una acción de conflicto colectivo; así como defecto en la formulación de la demanda por no haber sido sometida la problemática planteada, con carácter previo, a la creada comisión de seguimiento integrada por la administración sanitaria y los sindicatos firmantes del pacto de 15.02.01. Así pues, cumple dar respuesta a las dos excepciones planteadas por la demandada pues el éxito de cualquiera de ellas impediría entrar a resolver sobre la cuestión de fondo. Por lo que atañe a la primera excepción planteada, cabe señalar que el debate para la diferenciación entre la pretensión propia del conflicto colectivo y aquella que reviste caracteres de individualidad, ha sido resuelta reiteradamente por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en Sentencias dictadas en recurso de casación para unificación de doctrina, tales como las de 18.06.92 (RJ 1992\4.595), 21.07.92 (RJ 1992\5.644), 23.11.92 (RJ 1992\8.827), 22.06.93 (RJ 1993\4.777), 25.06.93 (RJ 1993\4.927), 23.10.93 (RJ 1993\8.058), 11.07.94 (RJ 1994\6.547), 15.12.94 (RJ 1994\10.499) y 04.05.95 (RJ 1996\3.247), entre otras. Y la doctrina sentada por las resoluciones mencionadas puede resumirse como sigue: “La diferencia entre un proceso individual y un proceso colectivo no puede conceptuarse apelando exclusivamente al carácter general o individual del derecho ejercitado en la pretensión, sino que es preciso tener también en cuenta el modo de hacerlo valer”. “Por ello, el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral (R.D Legislativo 7 de abril de 1995) adscribe al proceso de conflicto colectivo las demandas que no sólo tengan un interés general, sino que al propio tiempo exige que afecten a un grupo genérico de trabajadores, es decir, que el reconocimiento del derecho sea interesado no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino para ellos en cuanto colectivo, y sean cualesquiera los trabajadores singulares comprendidos en él”. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1992 (RJ 1992\4.672), tres son, por tanto,

los requisitos que definen el tipo de pretensión que corresponde a este proceso: la existencia de un conflicto actual, el carácter jurídico de ese conflicto y su trascendencia colectiva. Esta última, que es la que aquí se debate, viene dada, a su vez, por dos elementos: el subjetivo, vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregada de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, y el objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que es el que se actúa a través del conflicto. La noción de interés general o colectivo es una noción particularmente problemática, como muestra la evolución de la importante doctrina elaborada en suplicación por el Tribunal Central de Trabajo, órgano judicial que hasta la entrada en vigor de la nueva planta del orden social tenía la competencia para conocer en esta materia en el segundo grado jurisdiccional y cuyos criterios tiene un indudable valor orientador. El interés colectivo se ha definido como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros y como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. Estas circunstancias concurren en el presente caso, pues la cuestión planteada afecta a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, cual es el personal sanitario ATS/DUE y facultativos que prestan servicios profesionales en los dispositivos de urgencias extrahospitalarias, no transformados en puntos de atención continuada (PAC) en el ámbito de la atención primaria. Y resulta claro que la petición genérica de que se declare que a los afectados les corresponde en derecho un nombramiento de carácter interino, solo puede hacerse a través del procedimiento de conflicto colectivo, que es el procedimiento elegido y el adecuado para hacer valer tal derecho, lo cual conlleva la desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento. Por lo que atañe a la segunda excepción invocada, esto es la obligación de someter a la comisión de seguimiento, previo a la presentación de la demandada, la problemática planteada en base al pacto suscrito por la administración sanitaria con las centrales sindicales, entre las que se encontraba la CIG, cabe señalar que la norma sexta de la resolución conjunta de 15 de febrero de 2001 por la que se ordena la publicación de

dicho pacto, en la que se apoya la demandada para oponer dicha excepción, contempla, en efecto, la creación de una comisión de seguimiento integrada por la administración sanitaria y las centrales sindicales que lo suscriben, entre ellas la demandante, pero sin que se establezca en modo alguno tal exigencia, limitándose a recoger "...que conocerá (la comisión de seguimiento) toda la problemática referida a los puntos que ya fueron objeto de mención explícita en los anteriores epígrafes y de todos aquellos otros que deriven del contenido del resto de los epígrafes que se consensúan". Pero sin que de dicha redacción quepa deducir que se constituye un orden necesario legal como ocurre en la sentencia de Audiencia Nacional citada por la demandada, que acoge la excepción procesal de defecto formal en el modo de proponer las demandas, por no haber sido sometidos los conflictos con carácter previo, a la comisión paritaria. Al margen de lo expuesto, aún considerando la interpretación más favorable para quien invoca la excepción, estaríamos ante un defecto subsanable que pudo y debió ser puesto de manifiesto por la parte en el acto de conciliación, sin que entonces nada se hubiera alegado al respecto.

SEGUNDO.- La petición de fondo se sustenta en que los afectados son llamados para cubrir servicios hasta ahora prestados por el personal estable, fijo e interino, en los dispositivos de urgencias extrahospitalarias (principalmente servicios normales o especiales de urgencias no transformados formalmente en PAC), en plazas propias y exclusivas de esos dispositivos, y en que son contratados para desempeñar el mismo turno y horario, funciones y tipo de prestación antes desempeñado por personal estable, fijo o interino que fueron desplazados o trasladados a nuevo destino en otros centros de atención primaria; invocando, al efecto, el principio de causalidad para la contratación no estable para evitar, lo que a su juicio constituye, un manifiesto abuso de derecho por la posición dominante y prepotente que se irroga la administración al formalizar, por persona, tantos nombramientos como cuantos días son llamados a prestar servicios. La parte demandada se opone, negando que el personal con nombramiento de atención continuada haya completado los huecos del personal estable desplazado, ya que no existen vacantes en las plantillas de esos servicios dada la provisionalidad de su pervivencia y que los eventuales realizan una prestación asistencial distinta y en horario diferente al resto de los

profesionales, es decir que no es la situación equiparable al personal de plantilla ni ocupan plaza vacante, citando al efecto los Decretos 200/93, 172/99 y el pacto 15.02.01(DOG de 02.03.01). El abuso del derecho ha sido configurado, con carácter general, por la jurisprudencia (SSTS de 06.04.87 [RJ 1987\2.491], 20.02.92 [RJ 1992\1.418], 11.07.94 [RJ 1994\6.388], 02.12.94 [RJ 1994\9.395] y 15.03.96 [RJ 1996\2.367]) señalando como requisitos generales: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestado de forma subjetiva (intención de perjudicar) o bajo forma objetiva (anormalidad en el ejercicio abusivo del derecho), ejercicio abusivo del derecho que sólo existe cuando se hace con intención de dañar, sin que resulte provecho para quien lo ejercita o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y al tratarse de un remedio extraordinario sólo puede acudirse a su doctrina en casos patentes. Pero centrándonos en las concretas alegaciones hechas por la parte demandante para decir que en la contratación del personal afectado por el presente conflicto colectivo, la administración ha incurrido en manifiesto abuso de derecho, cabe señalar que la existencia de esta figura descansa - entre otros - en dos elementos graduales de apreciación subjetiva: el exceso "manifiesto" y el límite "normal" en el ejercicio del derecho. En el supuesto enjuiciado el tipo de nombramientos llevados a cabo por el SERVICIO GALEGO DE SAUDE (SERGAS), contrariamente a lo alegado por la parte accionante, encuentra amparo en la Ley 30/1999 de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud, concretamente en su artículo 7.5 se dispone que el nombramiento de carácter eventual se expedirá cuando sea necesario para la cobertura de la atención continuada; estableciéndose que se acordará el cese del eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron. Pero es que a mayor abundamiento, tal situación encuentra amparo en el pacto suscrito por la administración y las distintas centrales sindicales, entre las que se encuentra la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), de fecha 15 de febrero de 2001 por el que se regulan determinadas condiciones de trabajo del personal que presta servicios en el ámbito de las urgencias extrahospitalarias en la atención primaria del SERGAS

(Publicado en el DOG de 02.03.01), en cuya norma 5.7 se alude al nombramiento de atención continuada en el ámbito de la atención primaria, y en la que en concreto se señala: "resulta preciso definir la forma de vinculación que permita la incorporación de profesionales en el proceso de reparto de trabajo que viene producido fundamentalmente por la no obligatoriedad de prestación de atención continuada o urgente y del proceso de reducción progresiva de ella... el modelo de vinculación tiene evidentemente un carácter transitorio que no excederá del plazo previsto de 5 año... Esta vinculación se definirá por las siguientes características... los nombramientos tendrán carácter temporal". Quiere ello decir que existe normativa específica y un acuerdo firmado que avala la actuación del SERGAS y, como dice la jurisprudencia no cabe apreciar abuso de derecho en la contratación que la misma ley autoriza (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 marzo 1981 [RJ 1981\1.341] y 1 marzo 1983 [RJ 1983\1.094]); o como señala la sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 25 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6.641) "quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la ley no le ha concedido". Debe recordarse, además, que la institución del abuso del derecho se debilita en alguna medida cuando el titular del derecho subjetivo es una Administración Pública, cuya actuación está (o, al menos debe estar) presidida por el interés público (art. 103.1 de la Constitución).

TERCERO.- El derecho que esgrimen los afectados a ostentar un nombramiento como personal estatutario de carácter interino con derecho a permanecer en su puesto de trabajo hasta el momento en que sea ocupado por personal estatutario fijo, lo apoyan – como arriba adelantamos – en que son contratados para desempeñar el mismo turno y horario, funciones y tipo de prestación antes desempeñado por personal estable, fijo o interino que fueron desplazados o trasladados a nuevo destino en otros centros de atención primaria. La sala sin embargo no comparte tales alegaciones, en primer lugar porque no existen vacantes en las plantillas de estos servicios, dada la provisionalidad de su pervivencia, pues los servicios normales de urgencias y los servicios especiales (SNU y SEU) son estructuras tendentes a desaparecer, ya que la integración de la atención de urgencia como parte de la prestación de los profesionales de atención primaria implica su desaparición. La parte accionante dice en su demanda que los afectados son

llamados para cubrir servicios prestados por personal fijo que fue trasladado o desplazado a centros de atención primaria, sin embargo la realidad es otra bien distinta, pues no hay tal desplazamiento sino la integración en dichas unidades de atención primaria, y así resulta de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del Decreto 200/1993 de 29 de julio, que establece la Ordenación de la Atención Primaria de la Salud en la Comunidad Autónoma de Galicia, cuando señala "resuelta la integración, el puesto de trabajo integrado correspondiente quedará incorporado de forma definitiva al sistema de atención primaria regulado en este decreto, quedando sus funciones y el cupo de titulares del derecho a la asistencia correspondiente, cuando los hubiere, integrado en el nuevo sistema". Es decir la referida normativa impone la amortización de la plaza de origen y su transformación en una nueva unidad de atención primaria. En segundo lugar porque no existe coincidencia horaria entre los profesionales de los SNU y SEU y de los profesionales vinculados en estos dispositivos para la atención urgente, pues el personal que se incorpora a través de nombramientos de atención continuada no realiza la misma jornada que los profesionales de la plantilla del dispositivo, ya que la jornada laboral anual de los profesionales que prestan sus servicios en los dispositivos de atención urgente extrahospitalaria (personal facultativo y ATS/DUE) supone una prestación ordinaria de trabajo efectivo en atención urgente de 1.572 horas anuales. Por el contrario el personal que desempeñe puestos de trabajo no preintegrados procedentes de los servicios de urgencia, con jornada semanal de 36 horas, tienen jornada anual de 1.415 horas. Por último, en lo que se refiere a la retribución de la atención continuada, como prestación complementaria de los profesionales de atención primaria se retribuye con un valor hora, establecido por la normativa reglamentaria, de igual manera que los profesionales vinculados temporalmente. En consecuencia al no ocupar plazas vacantes ni existir la identidad de turno, horario y tipo de prestación que alegan los afectados, por todo lo expuesto procede la desestimación de la demanda de conflicto colectivo entablada absolviendo a la demandada de la petición deducida en el escrito rector. Por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando la demanda de Conflicto Colectivo entablada por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.)

contra el Servicio Galego de Saúde (SERGAS), debemos absolver y absolvemos a la demandada de la petición deducida en el escrito rector.

3197 **Recurso número: 03/0007685/1997**

S.CA. CONIVENCIA NA OBTENCIÓN INDEBIDA DE PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO. DOS FEITOS PROBADOS CONSTÁTASE QUE O TRABALLADOR NON PRESTOU SERVIZOS NA EMPRESA RECORRENTE E QUE A ACTITUDE DE EXTINGUIR UN CONTRATO INDEFINIDO POR VONTADE PROPIA PARA PRESTAR SERVIZOS TEMPORAIS NUNHA ACTIVIDADE NA QUE NON TIÑA CUALIFICACIÓN NON É RAZOABLE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, veintiuño de mayo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007685/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.F.L., con D.N.I... domiciliado en...(A Coruña), representado por don J.M.G.M. y dirigido por el Letrado doña M.J.L.E., contra Resolución de 05.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 458/96, Expte. nº 15.765/96. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 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 15 de mayo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo y Migraciones de 05.02.97, desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña de 22.07.96, que impone la sanción de 501.000 ptas. por infracción tipificada en el art. 29.3.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones de desempleo.

II.- De acuerdo con el Acta de Infracción elaborada a la vista de los hechos comprobados por el Controlador actuante, del expediente de solicitud de prestaciones por desempleo presentado por el trabajador J.M.L.M. ante el INEM se desprende que tras cinco años de contrato como fijo, de motorista de una embarcación de pesca de la que es armador su padre, cesa voluntariamente el 30.05.95, y tras un contrato de duración determinada como carpintero por obra de realización de una reforma en una galería de una vivienda en Corcubión, invoca el cese por fin de contrato para solicitar y obtener prestaciones por desempleo el 11.07.95. El controlador laboral visita el 06.10.95 a la empresa que facilitó el contrato de trabajo y el certificado de empresa, hoy recurrente. Interrogados los dos trabajadores únicos trabajadores de la empresa, que ya prestaban sus servicios en la fecha en que también dijo estar prestándolos J.M.L.M., "no saben dar razón del presunto compañero que estuvo en la empresa de 5 a 23 de junio/95". Citado por escrito el Sr. L., comparece en fecha 22.02.96 y respecto del trabajo

desempeñado en la carpintería declara “que estubo un día o dos de la primera semana y otro día o dos de la segunda semana en el taller, no recordaba fijo.. Que el resto del tiempo estubo trabajando en Corcubión, en una casa en el balcón, cuyos detalles va soltando sin definición a las preguntas que se le realizan: a) casa vieja “creo que tiene un piso”, no sabe si tiene buhardilla; b) el balcón dice que es corrido, no sabe cuantas puertas dan al mismo; c) cree que está pintado de blanco; d) cree que las hojas de la galería eran de guillotina; e) cree que los cristales eran cuadrados; f) no sabe decir que trabajo se hizo: si le cambiaron algunas maderas o si se cambiaron paños enteros; g) ubica el balcón en una casa al lado del bar “O.R.” de Corcubión, o da a otro punto a una calle o a un callejón; h) manifiesta asimismo que llevaba toda su vida laboral, seis años a la mar, no tiene conocimientos de carpintería, que habló únicamente con el empresario A. y con ninguna otra persona para obtener el contrato de trabajo y que quería cambiar el bar o “R. de C.”, sin éxito, informando el propietario de un edificio de enfrente “que puede dar fe de que en este año último no haya hecho obra esa empresa en aquella calle”. Por todo ello, los controladores laborales comprueban la incerteza de los hechos que se definen en el contrato de trabajo suscrito entre el trabajador J.M.L.M. y la empresa A.F.L., así como el acuerdo de voluntades entre empresa y trabajador para que éste obtenga indebidamente prestaciones por desempleo, mediante la entrega de la empresa al trabajador y de éste al INEM de documentos inexactos, el contrato de trabajo y el certificado de empresa, que crean la ficción de la situación legal de desempleo para lucrarse de la prestación que de otra manera no hubiera podido obtener.

III.- En la demanda la empresa recurrente aporta varios medios de prueba para demostrar la ejecución de la obra: declaración firmada por el dueño de la casa núm... de la C/... , que afirma que en el mes de junio de 1995 contrató con la empresa recurrente el arreglo de la galería y piso de madera de la indicada casa, en la que han estado trabajando tres empleados, incluido J.M.L.M.; Acta notarial de 02.06.97 instada por la hermana del dueño de la casa núm..., hoy..., dice la recurrente, sin número dice el Acta notarial, que linda por su derecha con la entrada por esta calle del café-bar “O.B.”, y por la izquierda con un callejón que conduce a la Marina, apreciando el Notario la existencia de galerías de manera en las que existen obras aparentes como la

colocación de refuerzos de madera de la galería y cambio de la madera del piso en la cocina y el baño, con fotografías; factura de la obra, sin firma. La recurrente considera probada la ejecución de la obra, consistente, según sus propias palabras, en “obras menores para evitar la ruina en la que no es necesaria una especial cualificación profesional, idóneas para un aprendiz, siendo el trabajador contratado apto para el desempeño de estos trabajos”.

IV.- A estos efectos este Tribunal ha de señalar que, aún considerando que la obra existiera, lo que parece acreditado, también parece acreditado que en ella no trabajó el Sr. L.M. pues, como se señala en el Acta, sus teóricos compañeros de trabajo durante tres semanas no le recuerdan y él mismo no recuerda con detalle la obra realizada, ni la dirección donde se ejecutó. No resulta creíble que abandone un puesto de trabajo seguro en el mar por otro de corta duración en tierra, siendo contratado para una obra de carpintería aún cuando reconoce no tener conocimientos de este oficio, y que la empresa le contrate a pesar de eso, y no como aprendiz. A juicio de este Tribunal están suficientemente probados los hechos que sirven de base a la imputación de connivencia entre empresa y trabajador para que éste perciba indebidamente la prestación de desempleo a la cual de otra forma no habría podido acceder.

Alega también la recurrente que la presunción de certeza de las Actas de Infracción no alcanza a los informes elaborados por los controladores laborales, frente a lo cual este Tribunal ha de señalar que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo las actas levantadas por la Inspección de Trabajo, previa actuación de los controladores laborales gozan de presunción “iuris tantum” de veracidad prevista en los art. 38 del Decreto 1.860/75, de 10 de julio, y 52.2 de la Ley 8/88, pudiendo los Inspectores desarrollar su función fiscalizadora, sin necesidad de visitar, mediante comprobación del expediente administrativo, siempre que constaten, a la vista de las actuaciones practicadas por dichos controladores, la existencia de hechos constitutivos de infracción (vid. por todas las STS sala 3 sección 4 de 08.05.00).

Procede, la desestimación del recurso contencioso-administrativo con confirmación de la sanción impuesta.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por A.F.L. contra Resolución de 05.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 458/96; Expte. 15.765/96 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

3198 Recurso nº 1.846/01

S.S. VALOR LIBERATORIO DO RECIBO DE LIQUIDACIÓN CANDO EXPRESA UNHA VONTADE CLARA E INEQUÍVOCA DE EXTINGUI-LA RELACIÓN LABORAL POR VONTADE DO TRABALLADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Elías López Paz

A Coruña, a veintidós de mayo de dos mil uno.

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. 1.846/01 interpuesto por "L.E.I., S.L.", "C.X., S.L.", y la Asociación "C.E.P.S." y doña M.I.M.G. 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.I.M.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "L.E.I., S.L.", "C.X., S.L." y la Asociación "C.E.P.S." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 698/00 sentencia con fecha doce de enero de dos mil uno por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Probado que la demandante M.I.M.G., prestó servicios a las

demandadas desde el día 1 de septiembre de 1999 con la categoría profesional de titulada de grado medio.- SEGUNDO.- La sociedad mercantil "L.E.I., S.L.", fue constituida en escritura pública otorgada el día 06.11.98 ante el notario de Orense don A.P.G. por la Asociación juvenil "X. e C." - "C.", la que es socio único y titular del capital social, 50 participaciones sociales de 10.000 ptas. cada una.- TERCERO.- La Sociedad mercantil "C.X., S.L." fue constituida en escritura pública otorgada ante el notario de Orense Sr. H.V. el día 01.10.99 por los codemandados "C.E.P.S.", "L.E.I., S.L." y las personas físicas J.M.N. y M.M.G., el capital social de esa empresa es de 500.000 ptas., del que son titulares "C.E.P.S." (290 participaciones de 1.000 ptas), "L.E.I., S.L." (150 participaciones de 1.000 ptas.), J.M.N. (20 participaciones de 1.000 ptas.) y M.M.G. (40 participaciones de 1.000 ptas.).- CUARTO.- La demandante prestó servicios a "C.E.P.S." en régimen de voluntariado desde el día 07.09.99, con una jornada de 9 a 14 horas, pasando a jornada completa el día 28.09.99, desde el inicio de su prestación de servicios la actora trabajó indistintamente para las empresas demandadas "C.E.P.S.", "C.X., S.L." y "L.E.I., S.L." El día 11.02.00 la demandante suscribió contrato de trabajo de duración indefinida a jornada completa con "L.E.I., S.L.".- QUINTO.- Con fecha 19.09.00 la empresa "L.E.I., S.L.", comunica a la demandante lo siguiente: "don E.G.T., en su condición de apoderado de la empresa "L.E.I., S.L.", comunica a la trabajadora doña M.I.M.G. su despido, en el día de la fecha; así mismo se le indica que tiene a su disposición en las oficinas de la empresa el finiquito que le corresponde; así mismo se le comunica por dicha empresa que "desde el próximo día 15 de septiembre y hasta el día 21 del mismo mes, ambos inclusive", disfrutará Ud. del período vacacional que todavía le corresponde".- SEXTO.- La actora firmó documento de finiquito, el que literalmente dice: "La que suscribe, doña I.M.G., declaro libremente haber rescindido en el día de hoy el contrato que tenía con la empresa "L.E.I., S.L.", con domicilio en C/... Ourense, habiéndoseme practicado en este acto y de común acuerdo, liquidación de todos mis derechos derivados del referido contrato, reconociendo recibir la cantidad que en derecho me pertenece, según desglose al final del comento. Con el recibido de la cantidad a continuación indicada, quedo completamente saldada y finiquitada de todos mis derechos y comprometiéndome a nada más pedir y reclamar. De acuerdo con lo previsto en el artículo tercero de la vigente Ley 2/91 doy mi confor-

midad al finiquito que me practica la empresa y los firmo, no haciendo uso de la presencia del representante de los trabajadores. Nómina de agosto: 84.000 ptas, nómina de septiembre: 57.181 ptas., vacaciones no disfrutadas: 9.894 ptas., parte proporcional de pagas extras: 84.872 ptas. Los conceptos y cantidades enumeradas se han practicado según el descuelgue de convenio existente en la empresa. A pesar del citado descuelgue, la indemnización por despido se practica siguiendo el convenio colectivo del sector, siendo esta un importe de: 107.544 ptas. Total a percibir: 343.491 ptas. Ourense, a 19 de septiembre de 2000.- SEPTIMO.- La demandante no ostenta cargo sindical alguno.- OCTAVO.- Con fecha 23.10.00 se celebró, sin avenencia, acto de conciliación ante el SMAC.- NOVENO.- La Asociación "C.E.P.S.", figura inscrita en el Registro Central de Asociaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia, todas las actuaciones de esta asociación en el desarrollo de sus fines asociativos se realizarán sin interés lucrativo alguno (art. 2 de los Estatutos de "C.E.P.S.").- DECIMO.- M.A.R.O. es administrador único de la empresa "C.X., S.L." y administrador único de la empresa "L.E.I., S.L.", y secretario de la Junta Directiva de "C.E.P.S." las empresas "C.X., S.L." y "L.E.I., S.L.", tiene su domicilio social en la C/... Ourense y "C.E.P.S.", tiene en la misma C/...

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por M.I.M.G. contra las empresas "C.E.P.S.", "C.X., S.L." y "L.E.I., S.L." debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la actora realizado por al demandada el día 19.09.00 y, en consecuencia, debo condenar y condeno a las demandadas a estar y pasar por tal declaración y a que, a su poción y en el plazo d cinco días desde la notificación de la presente sentencia, la empresa "L.E.I., S.L.", readmita a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o que todas las codemandadas le indemnicen solidariamente en la cantidad de 151.807 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 3460 ptas./día".

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.- La sentencia de instancia, estima la demanda y declara improcedente el despido de la actora, condenando a las empresas demandadas a estar y pasar por dicha declaración, y a la empresa "L.E.I., S.L." a que readmita a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, que todas las empresas codemandadas la indemnicen solidariamente en la cantidad de 151.807 pesetas, con abono, en ambos casos, de los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta la notificación de la referida sentencia. Contra este pronunciamiento se interpone recurso tanto por las empresas codemandadas como por la trabajadora demandante. Las empresas demandadas articulan dos motivos de suplicación, el primero dedicado a la revisión de los hechos probados y el segundo para denunciar infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia. Por su parte, la actora no cuestiona el relato fáctico de la sentencia impugnada, planteando dos motivos de recurso, ambos dedicados al examen del derecho, para impugnar la retribución salarial asignada a la demandante y solicitando la aplicación de la condena solidaria, en relación con todos los efectos inherentes a la declaración de improcedencia del despido, para las tres empresas codemandadas.

SEGUNDO.- Con amparo en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, las empresas recurrentes solicitan la modificación de los hechos probados primero y cuarto, proponiéndose como redacción alternativa de los citados hechos probados la siguiente: Primero.- "Probado que la demandante, M.I.M.G., prestó servicios a la demandada "C.E.P.S." desde el 7 de septiembre de 1999, con dedicación de 9:00 horas a 14:00 horas, y a partir del día 28 de septiembre de 1999, en dedicación completa, en ambos casos en calidad de voluntaria sin percibir remuneración alguna, hasta la fecha de su baja en fecha 7 de febrero de 2000; que prestó servicios a la demandada "L.E.I., S.L." desde el día 9 de febrero de 2000, con la categoría de auxiliar administrativo; que careció de relación laboral alguna con la codemandada "C.X., S.L.". Cuarto.- "La demandante prestó servicios a "C.E.P.S." en régimen de voluntariado desde el día 07.09.99, con una dedicación de 9 a 14 horas, pasando a dedicación completa el día 28.09.99. El día 11.02.00 la demandante suscribió contrato de trabajo de duración indefinida a jornada completa con "L.E.I., S.L.". La sala

acoge este motivo de recurso y acepta las modificaciones propuestas, a la vista de los documentos en que se sustentan las mismas, resultando de la documental que se cita en apoyo de las revisiones, que la trabajadora inicialmente prestó servicios en régimen de voluntariado, previamente solicitado por la propia interesada, suscribiendo la ficha-candidatura para voluntariado en "C.E.P.S." en fecha 26 de mayo de 1999 (folios 136 y 137 vuelto), solicitando ser acogida como voluntaria, así como sus preferencias horarias y de dedicación. Así mismo, la inclusión en las pólizas de seguros de accidentes y de responsabilidad civil, se efectuó en su condición de personal voluntariado, constando al folio 140 de los autos la comunicación a la compañía de seguros de las altas y las bajas de los voluntarios en la cobertura del seguro, incluyéndose el alta de la actora y posterior baja, cuando es contratada como personal laboral. Constando a los folios 99 y 267 de las actuaciones, el contrato de trabajo de la actora de fecha 11 de febrero de 2000, suscrito por tiempo indefinido, constando, igualmente, a partir del indicado mes los recibos oficiales de salarios firmados por la trabajadora, con la categoría profesional de auxiliar administrativo (Folios 268 al 273).

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, las empresas recurrentes articulan el segundo motivo de recurso, para denunciar infracción de los artículos 8, 56 y 49.1.a), todos del Estatuto de los Trabajadores. Se alega en el citado motivo de recurso, en síntesis, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.3.d) del indicado texto estatutario, se excluye del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, y que la relación de voluntariado debe considerarse no laboral. Se alude también a que el documento de finiquito firmado por la trabajadora tiene el triple valor de ser: a) documento acreditativo de la extinción indubitada de la relación laboral por mutuo acuerdo, b) valor liberatorio, en virtud del cual, se declaran saldadas las cuentas y c) documento acreditativo de que el pago se ha producido. Se concluye la argumentación con la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1986, que se transcribe parcialmente. La actora inicialmente se vinculó con "C.E.P.S.", en régimen de voluntariado, tal como se desprende de la abundante prueba documental que obra en las actuaciones -a la que se hizo referencia en el anterior fundamento jurídico-. Posteriormente, en el mes de

febrero de 2000, suscribió contrato de trabajo de duración indefinida con la empresa "L.E.I., S.L.", como auxiliar administrativo, empresa esta última tutelada en su constitución por "C.E.P.S.". Y en fecha 19 de septiembre de 2000, la trabajadora demandante firmó el documento de finiquito obrante al folio 276 de las actuaciones, y que se transcribe literalmente en el sexto de los hechos probados de la sentencia recurrida. En dicho documento se declara que la actora rescinde libremente el contrato que tenía con la empresa, añadiéndose que con el recibo de la cantidad que se consigna en el mismo, queda completamente saldada y finiquitada en todos los derechos, comprometiéndose a nada más pedir y reclamar. A la vista de los términos en que se haya redactado el citado documento del finiquito, la cuestión litigiosa consiste en determinar si cabe otorgar valor y efectos liberatorios al citado documento; o si, por el contrario, no es eficaz para extinguir la relación laboral, como entendió el magistrado de instancia. La sala no acepta ni comparte los argumentos expresados por el juzgador de instancia para negar eficacia liberatoria al documento suscrito por la trabajadora. El valor liberatorio de los finiquitos, está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora el documento y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta. Como ha señalado la doctrina científica y la jurisprudencia, entre otras, sentencia de 24 de junio de 1998, el contenido del finiquito es variable y puede incorporar tanto un reconocimiento de que la relación laboral se ha extinguido, como la constatación del abono de la liquidación por las cuentas pendientes derivadas del desarrollo de la relación laboral y la conformidad con esa liquidación. Señala el Alto Tribunal que, en el momento en que suele procederse a esta declaración, existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan. En realidad, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato deberá incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario. En cualquier caso, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6830), el acuerdo que se plasma en el finiquito "ha de estar sujeto a las reglas de interpretación de los contratos, que establecen los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de un forma sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados. Para valorar el alcance de estos documentos hay que estar al valor que el

precepto ya mencionado da a la intención de los contratantes sobre la palabras, y a la prevención del artículo 1.289, del nombrado código, de que no deberán entenderse comprendidos en los términos de un contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar". La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial, con los criterios interpretativos que se dejan sentados, implica que, en el caso de autos, y a la vista de los términos literales del documento del finiquito, debe otorgarse eficacia liberatoria al mismo. Dichos términos son claros y expresivos, no dejando duda alguna acerca de su eficacia y de su alcance liberatorio, expresando una voluntad clara de la trabajadora de extinguir la relación laboral que le vinculaba con la empresa "L.E.I., S.L.", dada la literalidad del documento, y teniendo en cuenta los actos anteriores, coetáneos y posteriores, como establecen los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil y la jurisprudencia interpretativa de los mismos. La sentencia recurrida niega eficacia liberatoria al documento del finiquito sobre la base de la confesión de la trabajadora y sobre actos anteriores y posteriores que se daban en la relación laboral, y mas concretamente, sobre la forma de pago del salario, señalando que la trabajadora vino percibiendo sus salarios a través de la sucursal bancaria en la que tenía domiciliado el abono de haberes, y que, por el contrario, la liquidación que consta en el recibo de finiquito se le entregó en efectivo, y a este hecho el magistrado de instancia le atribuye valor esencial para negar eficacia al finiquito. La sala no comparte este criterio, sin que a ese hecho, que por otra parte creemos que no concurre a la vista del documento obrante al folio 277 de las actuaciones recibo bancario del pago de la cantidad fijado en el finiquito, pueda atribuírsele semejante trascendencia, teniendo en cuenta la voluntad de la trabajadora expresada en el documento del finiquito, empleando unos términos y unas expresiones claramente demostrativos de una voluntad extintiva de la relación laboral, que son las que habitualmente se emplean en estos casos, y que no pueden resultar desconocidas para la actora, al tratarse de persona diplomada, con el título de Graduado Social. En consecuencia, en el caso enjuiciado es de aplicación la doctrina general sobre la trascendencia liberatoria del documento de finiquito, por haber sido aceptado libremente por la trabajadora con voluntad inequívoca de querer extinguir la relación laboral, que tenía naturaleza indefinida, por lo tanto, no había duda posible sobre una liquidación

de cuentas por finalización de un relación laboral temporal, constando el deseo libremente aceptado de rescindir la relación laboral, con renuncia expresa a cualquier tipo de reclamación ulterior, y sin que exista dato alguno sobre un posible vicio de consentimiento que pudiera provocar la nulidad del negocio jurídico. Por cuanto se deja expuesto, procede la estimación del recurso de las empresas, y la consiguiente revocación de la sentencia recurrida. Consecuentemente, se hace innecesario el examen del recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora. Se acuerda la devolución a las empresas recurrentes de los depósitos constituidos para recurrir, y la cancelación de los aseguramientos prestados, todo ello una vez firme la presente resolución, de conformidad con el artículo 201.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de las empresas recurrentes "L.E.I., S.L.", "C.X., S.L.", y la asociación "C.E.P.S.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. tres de los de Ourense, de fecha 12 de enero de 2001, recaída en autos 698/00, seguidos en proceso por despido, promovido por la demandante doña M.I.M.G.; y con revocación de dicha resolución y desestimación de la demanda rectora de las presentes actuaciones, declaramos extinguida la relación laboral que vinculaba a la indicada actora con la codemandada "L.E.I., S.L.", en virtud del documento de finiquito suscrito el 19 de septiembre de 2000. Se acuerda la devolución a las empresas recurrentes, de los depósitos constituidos para recurrir, así como la cancelación del aseguramiento prestado, todo ello una vez haya ganado firmeza la presente resolución.

3199 Recurso nº 1.557/01

S.S. SANCIÓN DE SUSPENSIÓN DO SUBSIDIO POR MATERNIDADE. REALIZACIÓN DE TRABALLOS POR CONTA PROPIA DURANTE A PERCEPCIÓN DO MESMO. NON PROCEDE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veinticuatro de mayo de dos mil uno.

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 1.557/01 interpuesto por INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 240/00 se presentó demanda por D.C.T. en reclamación de sanción siendo demandado el INSS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de enero de 2001 por el juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- La actora doña D.C.T., con DNI número..., le fue impuesta una sanción de pérdida del subsidio de maternidad durante 3 meses por compatibilizar el trabajo por cuenta propia con el subsidio de maternidad.- 2º) La actora es autónoma de peluquería. El día de la visita del Inspector actuante se encontraba cortándole el pelo a su suegro.- 3º) Se agotó la vía administrativa previa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por doña D.C.T. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro nula y sin efecto la sanción impuesta a la actora de pérdida del subsidio de maternidad por 3 meses, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por tal pronunciamiento en los términos legal y reglamentariamente establecidos."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandado 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 acoge la pretensión deducida en la demanda, declarando nula y sin efecto la sanción

impuesta a la actora por el demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, de pérdida del subsidio de maternidad durante tres meses. La representación procesal del referido instituto, impugna dicha decisión judicial, articulando dos motivos de recurso al objeto de obtener la revocación de la misma, invocando al efecto por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos probados y el examen del derecho aplicado.

SEGUNDO.- La revisión de hechos pretendida, se ciñe a la sustitución del hecho probado segundo de la sentencia recurrida, proponiéndose el siguiente texto alternativo: "La actora es autónoma peluquera. El día de la visita del inspector se encontraba atendiendo a una persona de 50 o 55 años aproximadamente. Dijo que era familiar suyo si bien no aportó ninguna prueba en tal sentido". El motivo no puede ser acogido por la sala, por cuanto el hecho propuesto y el que se pretende revisar son coincidentes en todo, salvo en la identidad de la persona a la que la demandante se encontraba cortando el pelo el día en que se giró visita por la Inspección de Trabajo. La magistrada de instancia, declara probado que dicha persona era el suegro de la peluquera. Y el organismo recurrente quiere que se haga constar que la actora no aportó ninguna prueba en tal sentido, y aunque ello es cierto, no lo es menos que en el momento de la visita, manifestó al inspector que la persona a la que se encontraba cortando el pelo, era un familiar, y pese a esta alegación, no se efectuó comprobación alguna por el funcionario actuante. Y esa omisión o desidia de la Inspección, no puede ahora tornarse en una circunstancia favorecedora para los intereses de la administración recurrente.

TERCERO.- Por el cauce procesal correspondiente, el instituto recurrente articula el segundo motivo de recurso, a través del cual denuncia infracción de los artículos 17 y 46 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones del Orden Social, así como del artículo 133 quinquies de la LGSS e infracción de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/97, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el artículo 1.250 del CC y con las Sentencia del Tribunal Supremo de 10.10.97 y 04.02.97. Se alega por el organismo recurrente, en síntesis, que el Inspector de Trabajo, constató mediante su percepción directa, que la actora se encontraba cortado el

pelo a una persona, por lo que es procedente la sanción impuesta por el INSS al haberse compatibilizado el trabajo de peluquera con la percepción del subsidio de maternidad. Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido, constan en el relato fáctico de la sentencia recurrida y, en lo sustancial, consisten en que a la actora, que es trabajadora autónoma de peluquería, le fue impuesta una sanción de pérdida del subsidio de maternidad durante tres meses por compatibilizar el trabajo por cuenta propia con el referido subsidio, dado que el día 13 de octubre de 1999, sobre las 18,50 horas, según pudo constatar la Inspección de Trabajo, se encontraba cortando el pelo a una persona, que resultó ser su suegro. Y a la vista de estas circunstancias fácticas, la cuestión litigiosa consiste en determinar si la sanción que le fue impuesta es ajustada a derecho; o si, por el contrario, la actividad que realizaba la actora no puede considerarse como trabajo a los efectos de lo dispuesto en el artículo 133 quinquies de la LGSS, y por ello la sanción no se ajusta a la legalidad, como así lo entendió la magistrada de instancia.

El citado artículo 133 quinquies de la LGSS, prevé la pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad, cuando el beneficiario "...trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso". Y el artículo 17 de la LISOS considera infracción grave "...efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, siempre que exista la incompatibilidad, legal o reglamentariamente establecida". Y esta incompatibilidad en el caso de infracciones tipificadas como graves, se sanciona en el artículo 46 1.2 de la citada Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, con la pérdida de la prestación o pensión durante un período de tres meses. Así pues, debe determinarse si a la conducta de la trabajadora le resultan de aplicación los citados preceptos legales. Y en este sentido, la sala comparte el criterio de la juzgadora de instancia, al considerar que la actora no se encontraba realizando un trabajo lucrativo en los términos exigidos por la citada normativa. En efecto, dichos preceptos sancionan la conducta de aquellos beneficiarios que, no obstante encontrarse percibiendo el subsidio por maternidad, continúan desarrollando su trabajo y percibiendo la correspondiente contraprestación económica por el mismo. Pero esto no ocurre en el caso enjuiciado, en el que existen suficientes elementos indiciarios de los que cabe extraer la conclusión de que la actora no compatibilizaba su trabajo como peluquera, con el subsidio por maternidad. Estos indicios serían, entre otros,

que al parecer se trataba de una peluquería de señoras, y la persona a quien se encontraba cortando el pelo era un hombre, no había otras personas en el local de la peluquería, la persona a la que atendía era su suegro, y por dicha labor fácilmente cabe presumir que no iba a recibir una remuneración económica, sino que prestaba un servicio de forma desinteresada, por tratarse de un familiar. Por otra parte, debe significarse que lo que se deja expuesto no contradice la presunción "iuris tantum" que de ordinario se reconoce a las actas que extiende la Inspección de Trabajo, ya que en el presente caso, -y como ya se apuntó- en el acta, no se hizo referencia alguna a la identidad de la persona que era atendida por la actora, pese a la alegación por ésta de que se trataba de un familiar, no efectuándose comprobación alguna al respecto. Por todo ello procede rechazar la censura jurídica dirigida contra la sentencia recurrida, desestimar el recurso, y dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. En consecuencia:

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. dos de los de Pontevedra, en autos 240/00, seguidos sobre sanción, en proceso promovido por la demandante doña D.C.T., frente al instituto recurrente, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3200 Recurso nº 2.076/01

S.S. PROCESO DE TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. SUMARIEDADE CUALITATIVA. NON CABE A DECLARACIÓN DE NULIDADE E INEFICACIA DE ACORDOS COLECTIVOS. DIFERENCIAS RETRIBUTIVAS EN CONTRA DE NOVOS TRABALLADORES FIXOS. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a veinticinco de mayo de dos mil uno.

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 2.076/01 interpuesto por don F.L.M., don P.R.R., don P.N.G., don G.M.G., don J.M.G.D., don J.R.B.S., don J.M.P.A. y don A.P.L., demandantes y la empresa "S., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 618/00 se presentó demanda por don F.L.M. y otros en reclamación de tutela de derechos fundamentales siendo demandada la empresa "S., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 17 de noviembre 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.- Los actores pertenecían al antiguo Registro Especial de Estibadores Eventuales, que han sido incorporados como trabajadores fijos de la plantilla de "S., S.A.", en virtud de los acuerdos establecidos al efecto, y refrendados judicialmente por la sentencia dictada en los autos de juicio número 356/98 del Juzgado de lo Social número dos de A Coruña, que lleva fecha de 2 de noviembre de 1998.- SEGUNDO.- Que el 19.09.97 la aquí actora y demandada suscribieron un acuerdo en el que, entre otras cosas, se recoge: "La sociedad de estiba, incorporará a su censo 10 de trabajadores/as el día 31 de octubre de 1997, la elección será del antiguo registro del Instituto Nacional de Empleo. Igualmente, de mantenerse el nivel de empleo por encima del 85%, las partes se comprometen a que las bajas vegetativas que puedan producirse en "S., S.A." se cubran automáticamente a partir de la firma del presente acuerdo. "La elección será del antiguo registro del Instituto Nacional de Empleo". El punto 6º párrafo 2º del citado acuerdo dispone: "En el supuesto de incumplimiento por cualquiera de las partes de alguno de los acuerdos contemplados en el presente documento, quedará sin efecto la totalidad del mismo". La celebración del acuerdo de fecha 19.09.97 tenía por objeto la desconvocatoria de huelga instada, por el comité de empresa".- TERCERO.- Por el comité de empresa de "S.,

S.A.", en su día, se formuló demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de esta capital, sobre cumplimiento de un acuerdo firmado con fecha 19.09.97, y en fecha 02.11.98 se dictó sentencia por la que se estimó dicha reclamación. Entre tanto se tramitaron los referidos autos, y se sustanció el recurso de suplicación, la empresa y el comité siguieron negociando a fin de buscar una solución que permitiese la continuidad de la empresa, habida cuenta de que las circunstancias por la que atravesaba, agravadas por la separación del sector de pesca, hacían inviable su continuidad, al no poder hacer frente a la totalidad de la plantilla, y que dio lugar a que en el ejercicio económico de 1997 el resultado negativo fuese de 583.051.000 ptas. En este sentido se llegó a un acuerdo en 5 de octubre de 1998 por el que se aprueba la apertura de un expediente de prejubilaciones, estableciendo una plantilla operativa de 51 trabajadores, y que a medida de que aquellas se fueren produciendo proceder a la contratación de trabajadores de la lista eventual, para los cuales se fija como salario mensual garantizado la cifra de 150.000 ptas.- con la obligatoriedad de realizar los turnos pactados en el art. 11 del convenio. Dichos acuerdos se ratifican en nueva reunión de 13 de noviembre de 1998, en la que, además, se añade el siguiente pacto: "4º As partes comprometen a desistir de todo tipo de acciones judiciales ya interpuestas e pendientes de sentencia, ncluido o recurso da sentencia nº 569/98 do Xulgado num. 2 da Coruña interposto por "S.", o efecto de garanti-lo clima social adecuado para o normal desenvolvemento da actividade productiva."- CUARTO.- en este orden de acontecimientos el 10 de febrero de 1999 tiene lugar una nueva reunión con el comité en la que se señala como fecha tope para proceder a las prejubilaciones la del 31 de agosto del mismo año, en cuyo momento se procederá a la contratación del nuevo personal, al cual le será de aplicación las condiciones económicas del III Acuerdo Marco para el grupo Auxiliar -al que pertenecen los demandantes- la cantidad bruta mensual por todos los conceptos de 120.000 ptas. Como consecuencia de dichos pactos, la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo de La Coruña, dicto resolución con fecha 18 de febrero de 1999 autorizando a "S., S.A." para proceder a la extinción de las relaciones laborales de 37 trabajadores. Asimismo, una vez que se había obtenido un acuerdo entre empresa y comité en relación a la nueva estructuración de la empresa, comparecieron ante el Juzgado de lo Social en que se había tramitado el conflicto

colectivo aludido, e hicieron constar en el mismo lo siguiente: "Que en cumplimiento de la sentencia dictada por ese Juzgado el 02.11.98, en el expediente de autos núm. 556/98, confirmada por el T.S.J.G. el 26 de febrero de 1999, han llegado a un acuerdo con la empresa, en orden a los términos planteados en el conflicto colectivo, con un plan de prejubilaciones y de incorporaciones, por lo que se interesa se tenga por ejecutadas definitivamente las expresadas sentencias en todos sus términos."- Asimismo la demanda, una vez obtenida la autorización de la autoridad laboral sobre regulación de plantilla, procedió a comunicar a los trabajadores que iban a ser incorporado y las condiciones en que tendría lugar aquella, celebrándose con todos ellos una reunión el día 6 de mayo de 1.999.- QUINTO.- En fecha 23 de agosto de 1999 se celebró reunión del comité de empresa y la patronal levantándose acta del siguiente tenor literal: Por "S., S.A." R.T.V. Por la parte social J.N.L.S., M.C.G., E.S.F. y J.C.C. En la sala de juntas de "S., S.A.", siendo las 10,00 horas del día 23 de agosto de 1999, se reúnen las personas que anteriormente se relacionan, las cuales, en base a la ordenación colectiva del trabajo y de la grave situación económica que afecta a la empresa y en interés de la generalidad de los trabajadores de la misma, acuerdan los siguientes puntos: En relación con las prejubilaciones de trabajadores fijos de "S., S.A." y la entrada de un número igual de trabajadores eventuales, el comité de empresa, en función de los acuerdos del 13 de noviembre de 1998 del Juzgado de lo Social número 2 y del T.S.J. de Galicia del 26 de febrero de 1999, en todos sus términos, con la entrada de los trabajadores anteriormente mencionados, y por lo tanto resuelto el conflicto colectivo presentado, en autos 356/98, por el comité de empresa. Como consecuencia del acuerdo firmado el 10 de febrero de 1999, sobre prejubilaciones, mantenimiento de plantilla y condiciones económicas de los nuevos trabajadores, ambas partes acuerdan trasladar al comité negociador del convenio colectivo, para no perjudicar las condiciones económicas de los actuales trabajadores fijos, el mantenimiento de las actuales condiciones económicas como garantía Ad Personam para el actual colectivo, pudiendo la empresa acordar cualquier tipo de condiciones económicas con los trabajadores de nuevo ingreso. Constituir con carácter inmediato la comisión negociadora del convenio colectivo, la cual estará formada por los representantes de la empresa y el comité.- SEXTO. En fecha 23.08.99 se celebró reunión de la mesa negociadora del convenio levantán-

dose acta en la que se hace constar: Por "S., S.A." R.T.V. Por la parte social J.M.L.S., M.C.G., E.S.F. y J.C.C. En la sala de juntas de "S., S.A.", siendo las 10,00 horas del día 23 de agosto de 1999, se reúnen las personas que anteriormente se relacionan, para abrir la mesa de negociación del convenio colectivo la cual queda formalmente constituida, pudiendo las partes acudir con los asesores que en cada momento consideren oportuno.- Tras una serie de intervenciones y consideraciones de todas las partes, las cuales teniendo en cuenta la situación económica de la empresa, aceptan como vía de solución, a medio plazo de los problemas actuales la necesidad de rebajar los costes salariales, por lo cual se acuerda, para su inclusión en el convenio actual lo siguiente.- 1º.- Se modifica el art. 21), Salario base, el cual queda establecido para todos los grupos y su cuantía será de 69.270 ptas. mes, con aplicación desde el 1 de enero de 1999. Los trabajadores en plantilla de "S., S.A.", a fecha 1 de enero de 1999, mantendrán todas y cada una de sus condiciones económicas como garantía "Ad Personam", con carácter irrevocable y hasta su jubilación.- SÉPTIMO. En fecha 14 de septiembre de 2000 se reúne el comité de la empresa y la representación empresarial, con el fin de continuar con las negociaciones del convenio colectivo y la parte social plantean la necesidad de que se ponga en convenio colectivo como salario base la cantidad de 170.910 ptas. que establecía el anterior convenio. A lo que la parte empresarial consta que no son asumibles los planteamientos". En el anterior convenio colectivo publicado en el BOP de 01.03.97 en el art. 21 se establecía lo siguiente "El salario será igual para todos los grupos y su cuantía será de 170.910 ptas. mes".- octavo.- Los demandantes perciben e salario base como retribución por su prestación laboral desarrollada en la empresa en la cuantía de 70.680 ptas. al mes, y realizan la misma actividad y en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores de la plantilla de la empresa que lo perciben en cuantía de 170.910 ptas. Reclaman los demandantes diferencias salariales por el período comprendido entre el 01.09.99 y el 31.07.00 hasta un total por dicho concepto de 1.302.990 ptas.- Postula la actora una indemnización por los daños y perjuicios que la actuación (omisiva) de la demandada ha causado a los no contratados concretando la cuantía en que cifra los mismos 6.800 pesetas/días y pidiendo una condena a la misma invocando el artículo 1.101 del Código Civil, hasta un total de 4.488.000 ptas.- NOVENO.- Los actores reclaman por el concepto de indemnización

derivada del acuerdo de 1997, 6.800 ptas. diarias durante el periodo 31.10.97 a 01.09.99. Los demandantes durante el año 1997, 1998 y 1999 han venido trabajando en su condición de eventuales para las distintas empresas consignatarias y asimismo han permanecido en el paro en los periodos no trabajados, y tanto en uno como en otro supuesto han percibido retribuciones, y se ha cotizado a la Seguridad Social. Percibieron por ello las siguientes cantidades don A.P.L. 5.316.929 ptas., don J.R.B.S. 5.023.483 ptas., don P.N.G. 4.706.462 ptas.; don P.R.R. 4.576.118 ptas., don G.M. 4.186.730 ptas., don J.M.G.D. 3.777.057 ptas., don F.L.M. 3.758.934 ptas. y don J.M.P.A. 3.458.311 ptas. Por lo expuesto, y previo el recibimiento a prueba, se interesa la desestimación de la demanda. En cuanto a la reclamación salarial se solicita en demanda el reconocimiento del percibo de diferencias por el periodo 01.09.99 a 31.07.00".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda promovida por don F.L.M., don P.R.R., don P.N.G., don G.M.G., don J.M.G.D., don J.A.B.S., don J.M.P.A. y don A.P.L. contra la empresa "S., S.A.", el ministerio fiscal y el comité de empresa de "S., S.A." debo declarar y declaro el derecho de los actores a no ser discriminados y a percibir sus retribuciones de acuerdo con las tablas salariales establecidas en el convenio colectivo de la empresa "S., S.A." para los trabajadores fijos de la misma, declarando asimismo nulos y sin efecto los acuerdos de suscritos el 23 de agosto de 1999 por los representantes de "S., S.A.", y el comité de empresa de las misma, así como el clausulado del contrato de trabajo suscrito por los actores el 1 de septiembre de 1999, que pueda conllevar trato discriminatorio alguno en el orden retributivo, y en aplicación de convenio colectivo de "S., S.A.", para los actores, condenándose a la empresa demandada a reponer a los actores los derechos vulnerados, y a abonarles las diferencias retributivas reclamadas en demanda en la cuantía de 1.302.990 ptas. para cada uno de los actores por el período 01.09.99 a 31.07.00, absolviendo a la empresa de las restantes pretensiones contenidas en demanda."

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 pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia -que, con estimación en parte de la demanda, declaró el derecho de los actores a no ser discriminados y a percibir sus retribuciones de acuerdo con las tablas salariales establecidas en el convenio colectivo de la empresa "S." para los trabajadores fijos de la misma; declaró, asimismo, nulos y sin efecto los acuerdos, suscritos el 23 de agosto de 1999 por los representantes de "S., S.A." y el comité de empresa, así como el clausulado del contrato de trabajo, suscrito por los actores el 1 de septiembre de 1999, que pueda conllevar trato discriminatorio alguno en el orden retributivo, y en aplicación del convenio colectivo de "S., S.A.", para los actores; condenó a la empresa demandada a reponer a éstos los derechos vulnerados y a abonarles las diferencias retribuidas reclamadas en la demanda, en la cuantía de 1.302.990 pesetas, para cada uno de ellos, por el periodo 01.09.99 a 31.07.00; y la absolvió de las restantes peticiones del escrito inicial-, formulan recurso de suplicación, por una parte, "S., S.A.", en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, en el hecho probado tercero, al hacer referencia a los resultados negativos de la empresa, se añada: "...y en el ejercicio de 1999, 372.725.049 pesetas"; en segundo, por igual cauce, a fin de que el último apartado del hecho probado cuarto, quede redactado en el sentido de que, "asimismo, la demandada, un vez obtenida la autorización de la autoridad laboral sobre regulación de plantilla, procedió a comunicar a los trabajadores que iban a ser incorporados y las condiciones en que tenían lugar aquellas, celebrándose con todos ellos un reunión el día 6 de mayo de 1999, en la que se aceptan nuevamente las condiciones que constaban en el escrito remitido en 3 de mayo y firmado por los trabajadores, y que consistían en contrato indefinido, salario mensual de 150.075 pesetas brutas garantizadas, y dos pagas extras"; en tercero, por el mismo cauce, a fin de que se añada un nuevo apartado al hecho probado sexto, que afirme que "en el contrato de trabajo suscrito por los demandantes con la demandada, en la cláusula adicional IV, se pactó que el sueldo garantizado mensual sería de 150.075 pesetas; y en la cláusula V que dicha retribución sería percibida en periodo de vacaciones y en pagas extras"; en cuarto, por el cauce del apartado c) del citado artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción de los artículos 14 de la Constitución, y 4.2.c), 17 y 82 del Estatuto de los Trabajadores; y, en quinto, por igual cauce que el anterior, alegando infrac-

ción de los artículos 26 y 31 del citado Estatuto; y, por otra, por los demandantes, en primer lugar, por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, alegando violación, por aplicación indebida, del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 1973 del Código Civil; y, en segundo, por igual vía, alegando violación de los artículos 245 del TRLPL, 24 de la Constitución, y 1.101 del Código Civil.

SEGUNDO.- Del examen de lo actuado, y, especialmente, del escrito inicial, surge a la sala una cuestión, que, si bien no fue expresamente denunciada por la codemandada "S.", en ningún momento, debe ser analizada, de oficio, ya que, el no hacerlo, afectaría negativamente al orden jurídico procesal; y es la referente a que, no obstante afirmar los actores expresamente, en el encabezamiento de la demanda, que la formulaban en tutela del derecho fundamental de prohibición de tratamiento discriminatorio, a través del procedimiento regulado en el capítulo XI del Título II del Libro II del TRLPL –que puede ser planteado, tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 181 de dicho texto, por los trabajadores, cuando se suscite la necesidad de tutelar, entre otros, el citado derecho fundamental, en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social; y cuyo objeto queda limitado, tal como señala el artículo 176, en relación con el 181, del mencionado texto, al conocimiento de la lesión denunciada, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos, a la tutela de dicho derecho fundamental-; sin embargo, incluyeron en su suplico un pronunciamiento, cuando es el referente a que se declaren "nulos y sin efecto los acuerdos suscritos del 23 de agosto de 1999 por los representantes de "S." y el comité de empresa", que excede del ámbito del procedimiento utilizado –toda vez, que, es mas propio del proceso de conflicto colectivo, porque, en principio, afecta a un grupo genérico de trabajadores y versa sobre la aplicación e interpretación de un acuerdo social (artículo 151 del TRLPL), y que, por lo tanto, no cabe acumular, por prescripción legal, al elegido-; y, de todo ello resulta que, como tal pretensión fué planteada, a través de un procedimiento inadecuado, la Sala no puede entrar en su conocimiento, y, ante ello, los demandados deben ser absueltos en la instancia, con relación a él.

TERCERO.- Entrando en el análisis del primer motivo del recurso, formulado por "S.,

S.A.", no existe inconveniente en efectuar las revisiones fácticas, que, a través del mismo interesa, dado que, por una parte, consta su certeza del contenido de la prueba documental, que cita en su apoyo; y, por otra, aunque es cierto que las mismas poco nuevo de interés aportan, al haber sido recogidos prácticamente todos sus extremos en la resolución impugnada, sin embargo, también lo es, que contribuyen a precisar y completar la relación fáctica de ésta.

CUARTO.- Es conveniente hacer constar, a efectos de resolver adecuadamente la cuestión debatida –que, en definitiva, se sintetiza, en determinar si "S., S.A." quebrantó o no la prohibición de tratamiento discriminatorio, al señalar la retribución de los actores, cuando los contrató como fijos-, que es doctrina jurisprudencial reiterada, a tener en cuenta para resolverla, que el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; y la segunda, se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado, y esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trate de diferencias de trabajo que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas la igualdad de trabajo ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación, porque el principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales, salvo cuando la diferencia de trato en materia salarial tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o por el Estatuto de los Trabajadores (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1990, 23 de septiembre de 1993, 17 de mayo de 2000, etc.).

QUINTO.- Es igualmente, conveniente hacer constar, a efectos de resolver adecuadamente la cuestión debatida, que son datos objetivos a tener en cuenta para ello, recogidos, fundamentalmente, en la relación fáctica de la

sentencia de instancia: a) que, por sentencia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña, en fecha 2 de noviembre de 1998, en procedimiento de conflicto colectivo nº 356/1998, promovido por el secretario del comité de empresa de “S., S.A.”, contra ésta, que fue confirmada con posterioridad por otra de esta Sala, de 26 de febrero de 1999, se declaró el derecho de los trabajadores, afectados en el ámbito del acuerdo de 19 de septiembre de 1997 –alcanzado con objeto de desconvocar la huelga, instada por el comité de empresa, entre los aquí demandantes y ésta, y en el que se recogía, entre otros extremos, que la empresa incorporaría a su censo diez trabajadores el 31 de octubre de 1997, siendo la elección del antiguo registro del I.N.E.M., manteniéndose el nivel de empleo por encima del 85%, y comprometiéndose las partes a que las bajas vegetativas que pudiesen producirse se cubrieren automáticamente, a partir de su firma-, a ser incorporados a “S., S.A.” y el derecho de los mismos a ser indemnizados por los perjuicios que el incumplimiento del acuerdo, por parte de la demandada, se hubiesen causado, aunque sin proceder condena material alguna por ser incompatible con la esencia de la acción de conflicto colectivo ejercitada; b) que, tras diversas reuniones, entre el comité de empresa de “S., S.A.” y los representantes de ésta, en la celebrada el 23 de agosto de 1999, se acordó, por una parte, “en base a la ordenación colectiva del trabajo y de la grave situación económica que afecta a la empresa y en interés de la generalidad de los trabajadores de la misma”, entre otros extremos, “en relación con las prejubilaciones de trabajadores fijos de “S., S.A.” y la entrada de un número igual de trabajadores eventuales”, dar por ejecutadas las sentencias anteriormente referidas con la entrada de los trabajadores anteriormente mencionados, los aquí actores” y, por lo tanto, resuelto el conflicto colectivo, planteado por el comité de empresa, y, por otra parte “como consecuencia del acuerdo firmado en 10 de febrero de 1999, sobre prejubilaciones, mantenimiento de plantilla y condiciones económicas de los mismos trabajadores”, trasladarlo al comité negociador del convenio colectivo, “para no perjudicar las condiciones económicas de los actuales trabajadores fijos, el mantenimiento de las actuales condiciones económicas, como “garantía ad personam”, para el actual colectivo, pudiendo la empresa acordar cualquier tipo de condiciones económicas con los trabajadores de nuevo ingreso”; c) que, también en fecha 23 de agosto de 1999, se celebró reunión de la mesa negociadora del convenio, acordando entre otros

extremos, abrirla y, “tras una serie de intervenciones y consideraciones de todas las partes, las cuales teniendo en cuenta la situación económica de la empresa, captan como vía de solución, a medio plazo la necesidad de rebajar los costes salariales”, modificar el artículo 21, salario base, “el cual queda establecido para todos los grupos y su cuantía será de 69.270 pesetas mes, con aplicación desde el 1 de enero de 1999”, si bien “los trabajadores en plantilla de “S., S.A.” a fecha 1 de enero de 1999, mantendrán todas y cada una de sus condiciones económicas, como garantía “Ad Personam” con carácter irrevocable y hasta su jubilación”; d) que en el anterior convenio colectivo de “S., S.A.” publicado en el BOP, de 1 de marzo de 1997, se establecía, en el artículo 21, que “el salario será igual para todos los grupos y su cuantía será de 170.910 pesetas mes”; y e) que los demandantes perciben, desde que entraron como fijos de plantilla, el salario base en la cuantía de 70.680 pesetas mensuales, y realizan la misma actividad y en las mismas condiciones, que el resto de los trabajadores de la empresa, que, a su vez, lo perciben en la cuantía mensual de 170.910 pesetas.

SEXTO.- Del examen relacionado de los datos objetivos anteriormente expuestos y de la doctrina jurisprudencial, igualmente expuesta, sobre prohibición de discriminaciones, la sala llega a la conclusión de que la empresa “S., S.A.” al contratar a los actores, como trabajadores fijos, el 1 de septiembre de 1999, no incurrió en dicha prohibición, ya que: a) no cabe olvidar, como regla general, que el principio de la autonomía de la voluntad le dejaba, al hacerlo, un amplio margen de maniobra, y, por lo tanto, en el ejercicio de sus poderes de organización, podía libremente disponer su retribución, respetando los mínimos legales o convencionales; b) no es decisivo a efectos de pretender que fueron objeto de discriminación, el hecho de que los trabajadores que venían realizando su misma actividad y en las mismas condiciones en la empresa, vinieren percibiendo como retribución un salario base mensual en cuantía de 170.910 pesetas, que era el establecido en el art. 21 del convenio colectivo, publicado en el BOP, el 1 de marzo de 1997, mientras que a ellos se le fijó el de 70.680 pesetas mensuales, ya que la actuación empresarial en ese sentido, encajaba en el marco, que le proporcionaba, por una parte, el acuerdo de 23 de agosto de 1999, adoptado entre la empresa y el comité de la misma, en el que, ante la grave situación económica, que afectaba a la empresa y en interés

de la generalidad de los trabajadores de la misma, se hizo constar, entre otros extremos: trasladar al "comité negociador del convenio colectivo, para no perjudicar las condiciones económicas de los actuales trabajadores fijos, el mantenimiento de las actuales condiciones económicas como "Garantía ad Personam" para el actual colectivo, pudiendo la empresa acordar cualquier tipo de condiciones económicas, con los trabajadores de nuevo ingreso", el acuerdo, firmado el 10 de febrero de 1999, sobre prejubilaciones, mantenimiento de plantilla y condiciones económicas de los nuevos trabajadores; y, por otra parte, el acuerdo de la misma fecha, de la mesa negociadora del convenio, en el sentido de que, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa, aceptaba incluir en el convenio actual, que se modificaba su artículo 21, en el sentido de que el salario base quedaba establecido, para todos los grupos, en la cuantía de 69.270 pesetas mensuales, con aplicación desde el 1 de enero de 1999, si bien los trabajadores, en la plantilla de "S., S.A." en esa fecha, mantendrían todas y cada una de sus condiciones económicas, como garantía "ad personam", hasta su jubilación -la importancia de los acuerdos mencionados, a los efectos del análisis que se lleva a cabo, como es lógico, no pasó desapercibida para los actores, y, por ello, pretendieron, aunque como se expuso, a través de una vía inadecuada, en este procedimiento, que se declarase su nulidad en la medida que les afectasen negativamente; pero, como tal pretensión no prospera, siguen vigentes-; y c) no resultó acreditada la presencia del principio jurídico, alegado como por los demandantes, como base para obtener la declaración de discriminación de los actos de contratación que, con relación a ellos, realiza la empresa, pues no obstante recogerse en el artículo 17.1 del ET, entre otras causas de discriminación, la que se lleva a cabo en materia de retribuciones, como ya se expuso, no llegó a existir ésta, por las razones indicadas.

SÉPTIMO.- Llegando la sala a la conclusión de que la empresa no incurrió en la prohibición de discriminación, denunciada por los actores, con relación a sus retribuciones, y con origen en los contratos de trabajo, suscritos el 1 de septiembre de 1999, ello lleva consigo la estimación en parte del recurso de suplicación, planteado por la empresa -en parte, dado que se considera, de oficio, que la pretensión de la demanda, relativa a que se declaren nulos y sin efectos los acuerdos, suscritos el 23 de agosto de 1999 por los repre-

sentantes de "S., S.A." y el comité de empresa, fue inadecuadamente planteada en este procedimiento, por lo que, sin entrar a conocer en su fondo, procede absolver en la instancia a los demandados-; y la desestimación del formulado por los demandantes, por la razón obvia de que, con él se pretende, que se condene a la empresa a abonar, a cada uno de ellos, una indemnización, por importe de 4.488.000 pesetas, que, en su caso, tendría su razón de ser en haber incurrido aquélla en una prohibición de discriminación, que no se acepta; la revocación del fallo de la sentencia de instancia; y la desestimación de la demanda, en la forma anteriormente señalada. Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación en parte, del recurso de suplicación, planteado por "S., S.A.", y con desestimación del formulado por don F.L.M. y otros, contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de lo Social número cuatro de A Coruña, en fecha 17 de noviembre de 2000, con revocación de su fallo; y con desestimación de la demanda; debemos absolver y absolvemos en la instancia a "S., S.A." y a su comité de empresa, de la petición de la misma relativa a que se declaren nulos y sin efecto alguno los acuerdos, por ellos suscritos, el 23 de agosto de 1999; y debemos absolverles y les absolvemos de las restantes peticiones de la misma.

3201 Recurso nº 2.125/01

S.S. DESPEDIMENTOS POR CAUSAS ECONÓMICAS. ANÁLISE DA CAUSA NO EIDO DA EMPRESA. INEXISTENCIA DE GRUPO DE EMPRESAS. IMPROCEDENCIA DOS DESPEDIMENTOS. OS CUSTOS LABORAIS DAS DESPEDIDAS EXCEDEN O IMPORTE DAS PERDAS ANUAIS. IMPORTE DA INDEMNIZACIÓN: DIFERENCIA ENTRE ANTIGÜIDADE E ANOS DE SERVICIO.

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

A Coruña, a treinta de mayo de dos mil uno.

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 2.125/01 interpuesto por don A.S.C. y P.P.R. 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 doña M.C.P.R. y otros en reclamación de despido siendo demandado A.S.C. y otro en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 814/2000 sentencia con fecha veintiuno de febrero de dos mil uno 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.- Las actrices doña M.C.P.R., doña M.E.N.R. y doña C.C.L., vinieron prestando servicios para los demandados don A.S.C. y doña P.P.R., con las siguientes antigüedades, categorías y salarios, con inclusión de prorrateo de pagas extras: 1.- M.C.P.R.: con una antigüedad reconocida del 3 de marzo de 1975, si bien prestó servicios desde 1973 al 19 de septiembre de 1976, y desde el 11 de agosto de 1977 en adelante con la categoría profesional de oficial de primera y 123.000.-pts. 2.-doña M.E.N.R.: 10 de febrero de 1975, ayudante y 120.000.-pts. 3.- doña C.C.L.: 6 de febrero de 1974, oficial de segunda y 123.000.-pts.

SEGUNDO.- Las actrices venían prestando servicios en la peluquería "L.C." que los demandados poseían en la c/..., en la que además se vendían productos de perfumería, pelucas, bishoños y ropa y complementos. TERCERO.- Los empresarios demandados además de la actividad de peluquería, se dedican a la actividad de floristería, teniendo dos locales abiertos al público, uno en la c/... y otro en la c/..., y un vivero de flores, árboles y plantas en "F." Además perciben una renta mensual de 149.034.-pts., mes por el arrendamiento de un local de su propiedad sito en la c/... de esta ciudad ("C.I.)/CUARTO.- En fecha 5 de octubre de 2000 la empresa demandada remitió por conducto notarial a cada una de las actrices comunicación escrita por la que se procedía a extinción de sus contratos por cierre de la

peluquería por causas económicas, fijando como fecha de extinción de sus contratos la del 6 de noviembre de 2000. Dicha comunicación es del siguiente tenor literal común para cada una de ellas: "Muy señora mía: En virtud de la presente le comunico que mi empresa de peluquería "L.C.", con fundamento en lo dispuesto en el artículo 52.c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ha tomado la decisión de rescindir su relación laboral por causas objetivas de índole económica, más en concreto, el cierre de la misma. En cuanto a la fecha de extinción de su contrato, la misma será el día 6 de noviembre de 2000.- Así pues, la causa económica que justifica la extinción contractual que le comunicamos es la existencia continuada de pérdidas en la empresa, las cuales hacen inviable actualmente el mantenimiento de la explotación, procediéndose al cierre de la empresa el próximo día 6 de noviembre de 2000. Las referidas pérdidas ascendieron durante los últimos cuatro años a las siguientes cantidades: a.- Durante el año 1997 las pérdidas sumaron una cantidad total de 2.480.010 pesetas. b.- durante el año 1998 las pérdidas ascendieron a 2.708.620. c.- Durante el año 1999 la empresa perdió 2.006.300 pesetas. d.- Finalmente, durante el presente año hasta la fecha de 30 de setiembre de 2000 la empresa tuvo unas pérdidas de 1.750.050 pesetas.- Si desea más información relevante sobre estas circunstancias la empresa se la facilitará gustosamente.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 del texto legal citado, simultáneamente a esta comunicación y con ella, le ofrecemos y ponemos a su disposición el importe correspondiente a la indemnización legal fijada cuya cuantía, salvo error u omisión (que de acreditarse será inmediatamente subsanado) ...que se le ofrecen en cheque nominativo a su favor, librado contra nuestra cuenta en Caixa de Aforros de Vigo e Ourense. Respecto a las cantidades que integran su finiquito las mismas serán puestas a su disposición el día de cierre de la empresa.- Le comunicamos igualmente que los diez días de vacaciones correspondientes a este año que usted tiene pendientes se le conceden a partir del próximo día 21 del presente mes.- Atentamente.- A.S.C.". Las indemnizaciones fijadas en dichas comunicaciones para cada una de las actrices son las siguientes: a M.C.P.R.: 1.526.724.-pts., a M.E.N.R.: 1.501.260.-pts. y a C.C.L.: 1.551.972.-pts. Los cheques a que hace referencia la carta fueron entregados al Notario requerido, tal como se desprende de las actas de requerimiento aportadas a autos, cuyo contenido se da por reproducido. QUINTO.- En

fecha 16 de octubre de 2000 los demandados vendieron por medio de escritura pública notarial de igual fecha, el local ubicado en el número 54 de la c/..., donde estaba ubicado el negocio de peluquería, por el precio de 20.000.000.-pts. SEXTO.- Las actoras no ostentan ni han ostentado durante el último año cargo representativo de los trabajadores. SÉPTIMO.- En fecha 10 de noviembre de 2000 presentaron papeleta de conciliación, celebrándose el acto de conciliación con resultado "Sin Efecto", presentando demanda las actoras ante el Juzgado de lo Social Decano en fecha 13 de diciembre 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.C.P.R., doña M.E.N.R. y doña C.C.L., contra los empresarios don A.S.C.Z y doña P.P.R., debo declarar y declaro improcedente el despido de las actoras, condenando a los empresarios demandados a que en plazo de cinco días opten entre readmitirlas en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abonen una indemnización de CUATRO MILLONES SETECIENTAS TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTAS SETENTA Y NUEVE PESETAS (4.736.279.-pts.) a doña M.C.P.R.; CUATRO MILLONES SEISCIENTAS TREINTA MIL SEISCIENTAS CUARENTA PESETAS (4.630.640.-pts.) a doña M.E.N.R. y CUATRO MILLONES NOVECIENTAS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTAS QUINCE PESETAS (4.932.915.-pts.) a doña C.C.L., con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente sentencia.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la estimación de la demanda por despido, los empresarios recurren y por el cauce del art. 191.b) LPL solicitan las siguientes revisiones de los HDP: 1ª.- Nueva redacción al ordinal primero, con redacción definitiva del siguiente tenor: "doña C.P.R.: con una antigüedad de 11 de agosto de 1979 y con la categoría de oficial de primera y 123.000 pts. Dicha labor profesional fue siempre realizada en la empresa de peluquería". 2ª.- Añadir al tercero de los hechos párrafo

–tercero– indicativo de que "Estas actividades diversas se realizan a través de tres empresas diferentes: una de peluquería, otra de floristería y por último, un vivero". 3ª.- Incorporar al cuarto de los HDP que "La contestación ofrecida por las tres trabajadoras manifestaba su oposición al despido por considerar la cantidad ofrecida como indemnización insuficiente". 4ª.- Diversas expresión al séptimo de los hechos probados, expresiva de que "En fecha 10 de noviembre de 2000 presentaron papeleta de conciliación en la cual tan solo se hacía mención como hechos fundementadores a la supuesta antigüedad de las trabajadoras y a la recepción de la carta de despido, así como su oposición a los despidos planteados por la empresa, pero ello sin aludir o mencionar cuales eran los motivos de su oposición ni la existencia de una empresa global que abarcaba las otras actividades. Poco más tarde presentaron demanda las actoras ante el Juzgado de lo Social Decano en fecha de 13 de diciembre de 2000". 5ª.- Adición de un octavo ordinal, referido a que "La empresa de peluquería propiedad de los demandados ha tenido importantes pérdidas durante los ejercicios de 1997, 1998, 1999 y 2000, que ascendieron a 2.480.010, 2.708.620, 2.006.300 y 1.750.050 pesetas, respectivamente".

SEGUNDO.- 1.- El certificado de vida laboral –Tesorería General de la Seguridad Social– que figura incorporado a las actuaciones como folio 157, pone de manifiesto que la Sra. P.: (a) prestó servicios para los demandados entre el 03.03.75 y el 19.09.76; (b) lo hizo para un tercero –F.F. e INP– en los periodos 02.11.76 a 31.01.77 y 01.03.77 a 06.08.77; (c) volvió a prestar servicios para los demandados entre el 11.08.77 y el 31.05.79; (d) lo hizo para otra empresa –F.R.– en el período 17.11.00 a 23.11.00; y (e) figura nuevamente bajo la patronal demandada desde el 11.08.79 y hasta el 14.12.00. Contrasta este certificado con lo manifestado por el magistrado en el relato de los HDP, en los que señala servicios entre el 03.03.75 y el 19.09.76 (coincide con el documento de la TGSS) y desde el 11.08.77 en adelante (prescinde de solución de continuidad entre 31.05.79 y 11.08.79), y que refiere antigüedad reconocida del 03.03.75. Posteriormente, en el fundamento tercero en fine, aclara tales afirmaciones razonando que los servicios efectivamente prestados son los que constan en el documento de la TGSS, y que el reconocimiento de la antigüedad –por parte de la empresa– a 03.03.75 compensa los previos servicios prestados a la misma, incluso con ante-

rioridad a la indicada fecha; reconocimiento que tiene el indubitado acreditamiento de las múltiples nóminas aportadas a autos (folios 174 a 206), en los que figura la citada fecha como inicio de prestación de servicios y la correlativa remuneración del plus de antigüedad, en proporción a tales servicios. Por ello, con una mayor especificación se declara probado en el apartado uno del ordinal primero: “doña C.P.R.: con la categoría de Oficial de primera y 123.000 pts., habiendo prestado servicios en los periodos 03.03.75 a 19.09.76 y 11.08.77 a 31.05.79, así como desde el 11.08.79 y hasta el 14.12.00, aunque se le reconocía y abonaba oficialmente antigüedad desde el 03.03.75”. Y nada procede añadir respecto del lugar de prestación de servicios, porque no ha sido objeto de discusión y porque tal lugar consta ya específicamente en el ordinal segundo de los HDP. 2.- No puede aceptarse la segunda de las adiciones, relativa a las diversas actividades se realizan a través de “empresas” diferentes-, por cuanto que con ello se trata de incorporar al relato de hechos una expresión de naturaleza jurídica “empresas”- con la que se intenta predeterminar el fallo, con en cierto modo pretende anticipar, y que –por lo mismo- no puede incluirse en la parte histórica de la sentencia, sino que en su caso ha de tener adecuada ubicación y justificación en los fundamentos de derecho (a título de ejemplo, las SSTSJ Galicia 12-enero-01 R. 3.357/97, 15-marzo-01 R. 444/00, 29-marzo-01 R. 1.246/98, 19-abril-01 R. 3.064/98, 20-abril-01 R. 2.109/99...). 3.- Se aceptan la tercera y cuarta de las modificaciones, referidas a los ordinales cuarto y séptimo, porque vienen avaladas por la documental que al efecto se invoca (documento notarial y acta de conciliación); y ello a pesar de su intrascendencia a los efectos de eventual modificación de la parte dispositiva de la sentencia, que no ha de alterar, siendo así que –como tenemos resaltado en muchas otras ocasiones: últimamente, Sentencias de 10-enero-01 R. 3.424/98, 12-enero-01 R. 4.678/99, 19-enero-01 R. 5.470/00, 24-enero-01 R. 3.204/97, 15-marzo-01 R. 444/00, 29-marzo-01 R. 1.202/01 y 21-abril-01 R. 218/99- al no ser este trámite de suplicación el último grado de jurisdicción y resultar siempre factible que contra la presente sentencia se interponga recurso de casación, de manera que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo bien pudiera apreciar en forma diversa la trascendencia de los hechos que el recurso pretende incorporar al relato fáctico, tales circunstancias determinan que la sala deba ya dejar definitivamente configurada la visión que tiene

de los hechos, sin que pueda excluir respuesta a los motivos revisorios por considerar que los aducidos son intrascendentes para el pronunciamiento que haga (SSTS 23-febrero-99 Ar. 2.018, 19-enero-98 Ar. 997, 22-mayo-96 Ar. 4.610...). 4.- Especial mención –por decisiva- merece la incorporación que se pretende de un nuevo hecho declarado probado, el octavo, alusivo a las pérdidas de la empresa: “La empresa de peluquería propiedad de los demandados ha tenido importantes pérdidas durante los ejercicios de 1997, 1998, 1999 y 2000, que ascendieron a 2.480.010, 2.708.620, 2.006.300 y 1.750.050 pesetas, respectivamente”. Admitimos también la modificación que se pretende, y muy especialmente porque no compartimos el razonamiento del Juzgador *a quo*, respecto de que como observa algunas discrepancias entre el informe pericial aportado, los libros de contabilidad y las declaraciones de IRPF, sostiene que aquéllas “hacen que en modo alguno pueda conocerse con exactitud la situación económica real, tanto del conjunto de actividades empresariales realizadas por los demandados, como de cada una de ellas en particular, lo que determina que no puede considerarse acreditada la existencia de una situación económica negativa que en aplicación del artículo 52.c) del Estatuto de los trabajadores, justifique el despido objetivo realizado por los demandados”. Y discrepamos de tal parecer, porque (a) entendemos que la única situación económica a valorar es la de la peluquería, tal como más adelante se justificará, y (b) la falta de coincidencia en los resultados finales ofrecidos por la contabilidad empresarial y los documentos fiscales, no solamente puede tener las explicaciones técnicas que el recurso argumenta, sino que en todo caso no es argumento para excluir la corrección de una prueba pericial que ha tenido en cuenta los elementos referidos y otros, y mucho menos para no admitir –cuando menos- la realidad de unas pérdidas que en mayor o menor cuantía evidencia toda la prueba practicada. En concreto, la existencia de las pérdidas en la actividad de “L.C.” que informa la pericial viene también avalada por datos tan reveladores como la considerable disminución en el consumo de agua (de 233 litros en 1997 se pasa a 153 litros en 2000) y en el de electricidad (de las 786 pts/día de consumo medio en 1997 a las 733 pts en 2000), la minoración del suministro de materiales propios y accesorios de peluquería (542.063 pts durante 1997, con cifra decreciente hasta las 128.510 pts en 2000), el aplazamiento de pagos del IVA, los procedimientos de apremios fiscales, los

requerimientos por impagos de prestamos, etc, en los términos que especifican los recursos y acredita la variada prueba documental que en los mismos se citan.

TERCERO.- 1.- Respecto de la cuestión jurídica –con amparo en el art. 191.c) LPL– los recurrentes acusan la infracción del art. 80.1.c) LPL, argumentando que entre la papeleta de conciliación ante el SMAC no guarda debida coherencia con la demanda, porque en ésta –se dice– se refiere a hechos distintos. 2.- Una primera consideración que se impone para rechazar el motivo es el de que se está invocando una infracción adjetiva por el cauce de las vulneraciones sustantivas, siendo así que debiera formularse al amparo del art. 191.a) LPL. Y en segundo término, la viabilidad de la denuncia viene determinada –con arreglo a la citada norma– por la concurrencia ineludible de que la infracción de normas de procedimiento “hayan producido indefensión”, lo que ni siquiera se ha pretendido en el recurso. Aparte de que no se alcanza a ver como el supuesto o real laconismo de la papeleta de conciliación puede dejar indefensa a una parte a la que en demanda se le detallan los pormenores fácticos de la pretensión actora y que, por lo mismo, en manera alguna puede invocar –ciertamente tampoco lo hace– que su derecho a la defensa hubiese sufrido menoscabo alguno. En tales condiciones el alegato de la censura se evidencia exclusivamente formal y no exenta de cierto componente abusivo, que rechaza el art. 75 LPL en su proclamación de los principios del proceso. 3.- Pero es que, además, tampoco en teoría puede prosperar la tesis mantenida en el recurso y relativa a que la papeleta de conciliación ha de resultar –en lo fáctico– exhaustiva respecto de la demanda. Tal como destacaba la STS 17-febrero-99 Ar. 2.597, “la conciliación regulada en los artículos 63 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral es susceptible de una triple consideración, a) como una actividad ordenada a una solución del conflicto con evitación del litigio; b) como un contrato-transacción cuando la conciliación llega a término; y c) como un presupuesto procesal”. Y a lo que entendemos, está plenamente acertado el Magistrado de instancia al hacer una interpretación teleológica del art. 80.1.c) LPL y una aplicación restrictiva de la prohibición de alegar en la demanda hechos nuevos, porque –entendemos– tal mandato se refiere exclusivamente a hechos los básicos y constitutivos de la pretensión, sin que el precepto requiera –expresa o finalísticamente– que se haga un relato pormenorizada-

mente coincidente con el que con posterioridad ha de contenerse en la demanda. 4.- Si alguna duda quedase al respecto, se ha de señalar (así, sentencias de 30-marzo-00 R. 778/97, 6-octubre-00 R. 2.432/97, 23-marzo-01 R. 512/98 y 29-marzo-01 R. 1.246/98), que la STS 18-marzo-1997 Ar. 2.569, ha reiterado la doctrina sentada por la STC Pleno 76/1996 (30-abril), de que “el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reclama, en lo que ahora nos importa, la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 90/1986), muy especialmente cuando esté en juego no el acceso a los recursos sino el acceso a la jurisdicción (SSTC 37/1995 y 55/1995), para permitir así un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, contenido propio y normal de aquel derecho (STC 40/1996)”.

CUARTO.- 1.- En el segundo de los motivos del apartado de examen del derecho y por el mismo cauce del art. 191.c) LPL, el recurso denuncia violación del art. 1 ET, en relación con doctrina jurisprudencial. Motivo con el que se combate la tesis judicial de que no cabe hacer separación de las tres actividades empresariales (floristería, peluquería y vivero), porque al tratarse de empresario individual y carecer aquellas de personalidad jurídica independiente de los demandados, el centro de imputación de responsabilidades es único, por tratarse de una sola empresa o –en su caso– de un grupo de empresas.

QUINTO.- 1.- Por lo que se refiere al primer aspecto de la denuncia, el relativo a que la decisión recurrida considera que hay una sola empresa por tener todas las actividades unas mismas personas físicas como empresarios, la Sala está en absoluto desacuerdo con el magistrado *a quo*. A los efectos ahora debatidos son perfectamente diferenciables los conceptos de empresa y de empresario, pues mientras que por éste ha de entenderse –conforme al art. 1 ET– toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquella y por cuenta y cargo de la misma, la empresa –como realidad económica que es– ha sido definida como “organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado”. Y a lo que entendemos, esta diferencia de conceptos

es la que permite afirmar –lo afirma la STS 16-julio-86 Ar. 4159, oportunamente citada en el recurso– que “los derechos que al trabajador corresponden conforme lo establecido en la legislación o en virtud de pacto, no tienen como sujeto pasivo a la persona titular de la empresa, sea física o jurídica, sino a la entidad empresa como tal, a la cual se encuentra vinculado activa y pasivamente dicho titular”, sin perjuicio de que tratándose de empresario individual deba éste responder de las deudas de la empresa –art. 1.911 CC– con todos sus bienes presentes y futuros. 2.- La inmediata consecuencia de lo precedentemente dicho es que al objeto de determinar la situación económica justificativa de las extinciones del contrato de trabajo, el análisis ha de limitarse a la empresa en la que presten servicios los trabajadores afectados, sin que sea admisible computar la economía de todas las restantes empresas –como realidad económica– de que resulten titulares las mismas personas físicas o jurídicas. En el caso de autos, siendo objeto de la litis el despido de los trabajadores de la peluquería “L.C.”, por alegada situación deficitaria en los últimos años, la corrección del cese ha de examinarse a la luz exclusiva de los resultados obtenidos en la citada explotación, resultando –a estos efectos– absolutamente irrelevante la suerte económica que hayan tenido la explotación del vivero y la actividad de floristería.

SEXTO.- 1.- Respecto de la segunda cuestión, la relativa a la posible existencia de un grupo de empresas, la sala reitera doctrina ya expuesta en numerosas ocasiones –entre las últimas, sentencias de 26-febrero-99 R. 585/96, 4-marzo-99 R. 100/99, 30-junio-99 R. 3.243/96, 6-noviembre-00 R. 4.283/00 y 9-mayo-01 R. 4.700/97– y recordar con la STS 30-junio-93 Ar. 4.939 que en el ámbito mercantil son sobradamente conocidas y tratadas las diversas manifestaciones positivas de la concentración de capitales y fuerzas empresariales (Agrupaciones de Interés Económico, reguladas por Ley 12/91, de 29-abril; agrupaciones de empresarios, a las que aplicar el art. 42 del Código de Comercio, el art. 87 Ley de Sociedades Anónimas, y la Ley 24/88 de Mercado de Valores; las uniones temporales de empresas de que trata la Ley 18/82, de 26-mayo, modificada por la Ley 12/91, de 29-abril; en materia de seguros privados, el RD 2.486/98, de 20-noviembre, modificado por RD 996/2000, de 2-junio). Y aunque también sea conocida la figura en el campo del Derecho Fiscal (en donde se aplica la responsabilidad

solidaria por todas las deudas tributarias del grupo, conforme al art. 38 Ley 10/82, de 26-abril, que modifica la Ley General Tributaria; asimismo, el grupo es contemplado en el RD 537/97, de 14-abril), lo cierto y verdad es que en el campo del derecho laboral –fuera de las escasas referencias que representan el art. 3 y la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto-ley 1/92, de 13-abril (después Ley 22/92, de 30-julio), sobre Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, del art. 7 del Real Decreto 830/85 (30-abril), sobre Empresas Pesqueras Conjuntas, del art. 51.14 ET, en relación con el art. 42 del Código de Comercio–, la Ley 10/97 (24-abril) sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (modificada por la Ley 44/99, de 29-noviembre), la cuestión relativa a la responsabilidad de los grupos de empresas es materia huérfana de tratamiento sustantivo y tan sólo tiene meras alusiones en sede procesal (art. 16.5, 80.1.b), 82.3.a) y 246 LPL). Ahora bien, ello no ha impedido un copioso tratamiento jurisprudencial, que parte de la STS de 19-mayo-69 (Ar. 2.773) y en el que se ha pasado de una inicial concepción en el que la pertenencia al grupo se considera un dato irrelevante desde la perspectiva laboral, al más moderno criterio de admitir la trascendencia del referido grupo cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales. Reproduciendo literalmente nuestra precedentes sentencias de 16-febrero-94 (R.108/94), 17-marzo-94 AS 2.877, 13-diciembre-95 (R. 4.847/93), 15-octubre-97 (R. 2.932/95), 20-enero-98 R.1.872/95 y 13-febrero-98 R. 2.032/95, aparte de las más recientes ya indicadas, hemos de indicar una vez más que: (a).- El criterio general que actualmente se mantiene es el de que los vínculos accionariales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personalidad de cada una de las sociedades debidamente constituidas como tales (SSTS de 23-junio-83 Ar. 3.043, 3-marzo-84 Ar. 1.512), de manera que el control de unas Sociedades por otras a través del capital social no altera su respectiva personalidad jurídica, salvo en los supuestos legales de fusión por absorción; y que tan sólo se admite “levantar el velo” de la personalidad jurídica y extender la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante, alcanzando al empleador real (plural o individual) y trascendiendo de las formalidades jurídicas, cuando concurren específicas circunstancias. O lo que es igual, “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o

más empresas pertencen ao mesmo grupo empresarial para derivar de ello, sin máis, una responsabilidade solidaria respecto de obrigacións contraídas por una de ellas con sus propios traballadores, sino que es necesaria, ademais, la presencia de elementos adicionales" (STS 26-noviembre-1990 Ar. 8.605, 30-junio-1993 Ar. 4.939, 20-enero-1997 Ar. 618, 29-octubre-1997 Ar. 7.684 y 26-enero-1998 Ar. 1.062). (b).- Asimismo se mantiene en doctrina (STS 29-octubre-1997 Ar. 7.684) que las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajos y del aspecto de estar afectado por el fenómeno, real o ficticio de empresarios. La jurisprudencia ha utilizado para optar por una u otra de las soluciones diversos criterios, como son el de atenerse a la realidad en la identificación del empresario, en virtud del cual debe ser considerado como tal, de acuerdo con el art. 1.2 del ET, quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios, la exigencia de la buena fe, el rechazo del fraude de ley y la valoración de la responsabilidad solidaria, como la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial que inciden sobre la relación individual de trabajo, de acuerdo con el ordenamiento vigente. (c).- La responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos –el principio de “primacía de la realidad”–, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir; y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad (SSTS 3-marzo-1987 Ar. 1.321, 8-octubre-1987 Ar. 6.973 y 30-junio-1993 Ar. 4.939). En este sentido declaró ya la STC 46/1983 (27-mayo) que corresponde a la Jurisdicción Laboral resolver quién es el “empresario verdadero” y quién opera como “empresario aparente” para eludir consecuencias de orden laboral que pudieran resultarle gravosas, “y ello con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos”. Y en tal línea se ha indicado que para dispensar la obligada tutela judicial –art. 24-1 CE– los tribunales pueden penetrar en el sustrato de las personas jurídicas y “levantar su velo”, al objeto de proteger los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados, pues su respeto es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, como proclama el art.

10.1 CE (STS 25-septiembre-89 Ar. 6.488). Pero la carga de la prueba de los supuestos determinantes de la responsabilidad del grupo empresarial recae sobre “quien pretende hacer valer los efectos jurídicos laborales atribuidos a los mismos” y que “aunque esta carga no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociables o mercantiles del grupo [...] sí ha de alcanzar a las citadas características especiales que tienen relevancia para las relaciones de trabajo” (SSTS 3-mayo-1990 Ar. 3.946, 29-mayo-1995 Ar. 4.455 y 30-diciembre-1995 Ar. 1.003). 2.- Entre los referidos elementos adicionales, determinantes de responsabilidad del grupo, son de destacar los siguientes: (a).- La prestación de servicios para las diversas empresas (SSTS 4-marzo-1985 Ar. 1.270 y 7-diciembre-1987 Ar. 8.851), bien en forma simultánea e indiferenciada (SSTS 29-marzo-78 Ar. 78 Ar. 1.111, 6-mayo-81 Ar. 2.103 y 8-junio-88 Ar. 5.251), o bien de manera alternativa (STCT de 4-noviembre-81 Ar. 6.441 y 9-julio-82, así como STS de 1-junio-78 Ar. 2.247), o también sucesivamente por mor de contratos encadenados (STCT de 3-febrero-84 Ar. 939, 14-octubre-86 Ar. 9.473 y 27-marzo-87 Ar. 6.699); en el bien entendido de que “salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores” (SSTS 26-noviembre-1990 Ar. 8.605, 30-junio-1993 Ar. 4.939 y 26-enero-1998 Ar. 1.062). (b).- La superposición de Empresas en el circuito rector de las decisiones, de manera que exista una actuación y dirección unitaria del grupo o conjunto de empresas, agrupadas bajo unas mismas coordinadas y dictados (SSTS 6-mayo-81 Ar. 2.103, 5-marzo-85 Ar. 1.274 y 8-octubre-87 Ar. 6.973; STCT de 4-julio-87 Ar. 6.053); o en otras palabras –SSTS 24-julio-1989 Ar. 5.908 y 30-diciembre-1995 Ar. 1.003– que se aprecie en el grupo de empresas una relación vertical de dirección y una dirección unitaria proyectada tanto sobre las relaciones económicas como empresariales, de modo que, más allá del aspecto jurídico formal entre las empresas aisladamente consideradas, trascienda una misma realidad económica –fragmentada jurídicamente– proyectada a través del mando de una empresa dominante, en

la que reside el poder de dirección y una situación de dependencia de las restantes, respecto a las relaciones económicas, financieras y laborales. (c).- La amplia comunicación o trasvase entre los diversos patrimonios sociales, que produce entre ellos una situación de confusión y que influye en situaciones de crisis afectante a alguna de las empresas del grupo (SSTS de 11-diciembre-85, 10-noviembre-87 Ar. 7.838, 19-noviembre-1990 Ar. 8.583 y 30-junio-1993 Ar. 4.939), lo que tiene lugar en los supuestos de “caja única”, falta de “tesorería propia”, “cajas aparentemente únicas”, renuncias internas de créditos, pago de nóminas y de las cuotas de la Seguridad Social” (STS 8-junio-88 Ar. 5.256); (d).- La existencia de una apariencia externa unitaria, que justifica la responsabilidad global del Grupo, en aras a la seguridad jurídica y al principio de que quien crea una apariencia verosímil se halla obligado frente a los que de buen fe aceptan tal apariencia como una realidad (SSTS de 8-octubre-87 Ar. 6.973, 10-noviembre-87 Ar. 7.838, 12-julio-88 y 22-diciembre-89 Ar. 9.073, 19-noviembre-1990 Ar. 8.583 y 30-junio-1993 Ar. 4.939); y (e).- La utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores (SSTS de 30-enero-90 Ar. 233, 3-mayo-90 Ar. 3.946, 4-mayo-90 Ar. 3.960, 24-septiembre-90 Ar. 7.045, 31-enero-91 Ar. 200, 22-marzo-91 Ar. 1.889); y (f).- La creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SSTS 11-diciembre-1985 Ar. 6.094, 3-marzo-1987 Ar. 1.321, 8-junio-1988 Ar. 5.256, 12-julio-1988 Ar. 5.802 y 1-julio-1989). 3.- En el supuesto sometido a debate no concurre ninguno de esos elementos que pueden llevar a apreciar la existencia del grupo empresarial, sino una simple diversidad de empresas en las que concurre el exclusivo dato común de tener unos mismos propietarios, que es perfectamente acorde al derecho de libertad de empresa consagrado en el art. 38 CE y en la que no apreciamos utilización abusiva alguna de esa diversidad. Efectivamente: (a) las actividades son absolutamente diferentes, como lo son sus nombres comerciales y sus logotipos, sin que guarden relación alguna los servicios de peluquería con los de floristería o vivero, y sin que haya apariencia externa que justifique responsabilidad –solidaria– de las tres empresas; (b) no consta subordinación o simple coordinación decisoria en las respectivas actividades, que no responden a una realidad económica única; (c) no media comunicación

alguna entre sus respectivos patrimonios, conservando cada una su propia tesorería, contabilidad diferenciada, tratamiento fiscal independiente e inmovilizado propio; (d) las plantillas se encuentran perfectamente diferenciadas y no ha habido trasvase alguno de personal entre unas y otras.

SÉPTIMO.- Por el mismo cauce procesal se denuncia la vulneración de los arts. 105.2 LPL y 52.c) ET, en relación con el art. 1.214 CC. 1.- El art. 52.c) ET se refiere expresamente a la “necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta ley y en número inferior establecido en el mismo”; y aunque esta redacción pudiera inducir a pensar que el amparo normativo para la extinción del contrato por causas objetivas se limita a supuestos individuales, que no colectivos y afectantes a la totalidad de los trabajadores de la empresa (así lleva a entenderlo la frase “amortizar puestos de trabajo”), lo cierto es que la jurisprudencia ha destacado (SSTS 8-marzo-99 Ar. 2.117 y 25-noviembre-99 Ar. 8.745) que el precepto –art. 51.1– al que se remite la norma primeramente citada, dispone que “se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas”. Con lo que se hace evidente que el despido por causas objetivas, de carácter colectivo, es el procedimiento adecuado para extinguir los contratos de trabajo cuando se producía el cierre de la empresa, porque –STS 14-junio-96 Ar. 5.162– “el segundo elemento del supuesto de despido por motivos económicos que se describen en los artículos 51.1 ET y 52.c) ET 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 empresa”; y puede consistir, asimismo, en la supresión 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... 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.

Es ésta la solución que impone, no sólo el tenor literal del texto legal, sino la fuerza de la lógica. Esta 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. El legislador, de esta forma, soluciona el problema del fin de estas empresas no viables, de manera todo lo satisfactoria que es posible para ambas partes en el contrato. Debe destacarse que no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún otro precepto que provea solución a esa necesidad". 2.- Pues bien, en el caso de autos no está justificada la extinción de los contratos de las tres accionantes y recurridas, por cuanto que las mismas constituían la íntegra plantilla de la peluquería, y si bien hemos tenido por acreditadas determinadas pérdidas –del orden de 1.750.050 pts en el año 2000–, el obvio descenso de actividad que las mismas representan únicamente podría justificar la "amortización" de uno de los puestos de trabajo (sus costes empresariales –incluida cotización a la Seguridad Social– son superiores a la pérdida anual del negocio), o a lo sumo de dos, pero no el cese de las tres trabajadoras y el cierre de la empresa, cuya absoluta inviabilidad no ha sido acreditada, siendo destacable que el cese de la actividad se produce después de haberse escriturado la venta del local de negocio. Ciertamente que el informe pericial hace referencia al "estrangulamiento" económico de la explotación y a su inviabilidad, pero aparte de que tales cifras no reflejan la ineluctabilidad del cierre, resulta decisivo que el recurso no insta adición fáctica alguna que proporcione cobertura al cese absoluto en la actividad empresarial.

OCTAVO.- Finalmente, en forma subsidiaria y referida exclusivamente al pronunciamiento relativo a la Sra. P., el recurso denuncia interpretación errónea de las SSTS 23-mayo-94 y 8-marzo-93, así como del art. 53.1.b) ET. Denuncia que la sala entiende puesta en relación con el art. 56.1ª ET, puesto que con ella se pretende destacar que a los efectos indemnizatorios únicamente son computables los servicios efectivos y no la antigüedad reconocida en nómina. 1.- Es criterio general mantenido por la jurisprudencia –STS 21-marzo-00 Ar. 3.421 y las que en ella se citan– "que el tiempo de servicios que debe computarse a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente guarda relación con el de trabajo realizado, de modo que la antigüedad reconocida fuera de este módulo, solamente incide en el cálculo de la indemniza-

ción por despido, cuando así fuera expresamente reconocida por pacto individual o en el orden normativo aplicable". Asimismo mantiene el alto tribunal –STS 15-febrero-00 Ar. 2.040, con prolija cita que en parte reproduciremos– que "en el ámbito del derecho del trabajo es regla y principio general, admitido por la doctrina tanto científica como jurisprudencial que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. La novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones (sucesivas) diferentes". Y es más, la misma doctrina jurisprudencial sostiene igual consecuencia respecto de servicios prestados en virtud de sucesivos contratos, si la relación laboral había devenido indefinida por irregularidades en el primer contrato o del cese (SSTS 16-abril-99 Ar. 4.424, 13-octubre-98 y 20-febrero-97 Ar. 1.457), o si no media solución de continuidad o esta no es significativa (SSTS 30-marzo-99 Ar. 4.414 y 29-septiembre-99 Ar. 7.540), entendiéndose que tal solución de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando "entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido" y que "tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos". 2.- En el supuesto objeto de debate: (a) la relación laboral interrumpida de la Sra. P. con la empresa demandada data de 11-agosto-79; (b) previamente había prestado servicios para la misma durante tres años y cuatro meses, en los periodos 03.03.75 a 19.09.76 y 11.08.77 a 31.05.79; (c) la empresa le ha venido reconociendo y abonando en nómina antigüedad desde el 03.03.75. Pues bien ello se traduce en una singularidad que es innegable, pero que no llega al extremo de poder considerarse –como hace el magistrado de instancia– que se le vino a "compensar" los servicios efectivamente prestados para la empresa, pues es claro que se remuneraba antigüedad por tiempo superior –trece

meses— al de la real actividad desarrollada en la demandada. Porque la solución de continuidad entre los diversos es de considerable entidad (entre el primer y segundo contrato es de un año; y entre la finalización del segundo y el inicio del tercero median casi tres meses) y porque no hay pacto alguno expreso por virtud del cual la antigüedad habría de repercutir en la indemnización por despido o extinción por voluntad del trabajador. Ciertamente que pudiera pensarse en que el reconocimiento empresarial se limitara —a efectos indemnizatorios— al tiempo de servicios efectivamente prestados (añadir a los servicios ininterrumpidos los tres años y medio de actividad previa y discontinua), pero esta solución se nos presenta en exceso artificiosa y todavía más alejada de la voluntad explícita. Por ello admitimos la denuncia que subsidiariamente hace la parte recurrente. En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación parcial del recurso formulado por doña P.P.R. y don A.S.C., revocamos también parcialmente la sentencia que con fecha 21-febrero-2001 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº uno de los Orense a instancia de doña M.C.P.R., doña M.E.N.R. y doña C.C.L., y declaramos que la indemnización correspondiente a la Sra. P. es —salvo error u omisión— de 4.231.035 pts (cuatro millones doscientas treinta y una mil treinta y cinco pesetas, confirmando los restantes pronunciamientos de la decisión recurrida.

3202 Recurso número: 03/0008183/1997

S.C.A. INFRACCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDADE SOCIAL. NON DAR DE ALTA A UN TRABALLADOR. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABALLO. NEGLIXENCIA E INTENCIONALIDADE DA RECORRENTE. PROCEDE A IMPOSICIÓN DA SANCIÓN NO SEU GRAO MÁIS ALTO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, treinta de mayo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008183/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por T.V.I., con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don J.G.C., contra Resolución de 14.01.97 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 176/94, Expte. nº 25.754/94. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 300.000 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 29 de Mayo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 14.01.97, desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, que impone la sanción de 300.000 ptas. por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 64.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Decreto 2.065/74, de 30 de mayo, en relación con el artículo 17 de la Orden de 28.12.66, por la que establecen normas para la aplicación y desarrollo en el campo de aplicación, afiliación,

cotización y recaudación en régimen voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social, constitutivo de infracción consistente en que la empresa no comunica en tiempo y forma el alta de un trabajador que ingresa a su servicio, infracción tipificada en el art. 14.1.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que la considera grave, y que se aprecia en su grado máximo teniendo en cuenta la negligencia e intencionalidad de la empresa.

II.- El Acta de Infracción señala que en virtud del Expediente cuya copia se adjunta “se ha comprobado que el trabajador A.R.V. ha realizado trabajos para esa empresa como Ayudante, cuando menos durante tres días en el mes de junio y los días 21 y 22 de julio. El mencionado trabajador, contratado por el Sr. C.N., esposo de la titular de la empresa, le ayudaba a este en trabajos de montaje de antenas de televisión, instalación y pinturas torretas, etc... percibiendo una retribución por su trabajo, 2000 ptas. por jornada trabajada (tardes, toda vez que por las mañanas trabajaba en otra empresa), la dirección y organización del trabajo la efectuaba el Sr. C.N., quién también aportaba los materiales, aportando el mencionado trabajador solamente su esfuerzo físico, bajo la supervisión del Sr. C.”. Citada la empresa, se comprobó que el mencionado trabajador no ha sido dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, lo que da lugar, a juicio de la Inspección, a la infracción que se imputa a la recurrente.

III.- Frente a los hechos consignados en el Acta la recurrente alega la inexistencia de trabajo realizado bajo el control y organización de la supuesta empresa, porque el marido de la recurrente se limitaba a intermediar y supervisar la obra ejecutada, para que el cliente quedara satisfecho. No tenía empleados y las obras eran contratadas a empresarios autónomos, entre ellos A.R.V., que no percibía salario sino precio por unidad de obra, según contrato de arrendamiento de obra.

Sin embargo, estas alegaciones se contradicen con las propias declaraciones de A.R. que obran en el Expediente, puesto que allí declara los datos que recoge el Acta: que es el Sr. C. quien le contrata cuando tiene trabajos grandes, para que le eche una mano, esporádicamente, que le paga conforme al trabajo realizado, por ejemplo si es toda la tarde dos mil pesetas. De la declaración se desprende con claridad que no es un trabajador autónomo, sino que trabaja a las órdenes y bajo la

organización del esposo de la recurrente, que le paga por jornada trabajada y no por obra, y que es quien aporta los materiales.

IV.- Alega también la recurrente que su esposo carecía de poder o autorización alguna para representarla y comprometerla, siendo así que en el momento de la supuesta infracción no existía empresa alguna, pues estaban en trámites de constitución de una sociedad mercantil.

Sin embargo, las propias declaraciones del Sr. C. que obran en el expediente contradicen la primera afirmación de la recurrente de su esposa, disponiendo de poder notarial para tomar decisiones respecto a la mencionada empresa”.

En segundo lugar, el hecho de que la empresa no estuviera dada de alta en la Licencia Fiscal no obsta a que de hecho continuara con su actividad económica, como también reconoce en su declaración el esposo, pues preguntado “como seguía trabajando la empresa “T.” si como dijo anteriormente la misma estaba dada de baja en la Seguridad Social y en la Licencia Fiscal desde el mes de enero de 1993, manifiesta que estaba esperando abrir nuevamente y por eso no interrumpió el trabajo de la empresa”.

V.- Por último, alega la recurrente que no exige reincidencia como le imputa el Acta. Vista el Acta, este Tribunal debe señalar que no imputa reincidencia, sino negligencia e intencionalidad de la empresa, que se desprendería del hecho de que estuvo dada de baja en Licencia Fiscal y no se da de alta hasta seis meses y medio más tarde, a pesar de que, como resulta de las declaraciones del esposo de la recurrente, mantuvo su actividad. A juicio de este Tribunal el grado máximo está suficientemente justificado.

Por los motivos expuestos, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con confirmación de la sanción impuesta.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por T.V.I. contra Resolución de 14.01.97 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A

Coruña sobre acta de infracción nº 176/94: Expte. nº 25.754/94 dictado por Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Sin imposición de costas.

3203 Recurso número: 03/0008268/1997

S.CA. INFRACCIÓN LABORAL: CONTRATACIÓN DE TRABALLADORES PARA SUBSTITUÍR A OUTROS EN FOLGA. NON SE SOSTÉN A ALEGACIÓN DA EMPRESA DE QUE O CONTRATO SE FORMALIZOU PARA SUBSTITUÍR DÚAS TRABALLADORAS EN VACACIÓNS. GRADACIÓN DA SANCIÓN.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, treinta de mayo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008268/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.L., S.A." domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don F.J.G.R., contra Resoluciones de 21.04.97 desestimatorias de recursos contra otras de la Delegación Provincial en A Coruña de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre actas de infracción nº 763 y 805/96, Expte. nº 1/97 y 5/97. Es parte la Administración demandada Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada por el Letrado de la Xunta de Galicia. La cuantía del asunto es determinada en 1.500.100 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 pertinen-

tes, 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 29 de mayo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Se interpone recurso contencioso-administrativo contra dos Resoluciones de la Dirección Xeral de Relacións Laborais de 21.04.97, desestimatorias de recursos contra otras de la Delegación Provincial de A Coruña de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, que imponen respectivamente sanciones de 1.000.000 y de 500.100 ptas, por infracción de lo dispuesto en el art. 6.5 del Real Decreto Ley 17/77 de 04.03.77, sobre Relaciones de Trabajo, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, infracción calificada como muy grave de acuerdo con el art. 96.10 del Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, apreciándose en su grado mínimo de acuerdo con lo establecido en los art. 36 y 37 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y por infracción, en segundo lugar, de lo dispuesto en los art. 93 y 96.10 del Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, graduándose la infracción en su grado mínimo conforme a los art. 36 y 37 de la Ley 8/88.

II.- Empezando por la primera infracción, el Acta de Inspección afirma que se realizó visita de inspección a los centros de trabajo que la empresa tiene en A Coruña el 15.05.96, examinándose posteriormente los días 16.05 y 21.05 en las oficinas de la Inspección Provincial la documentación laboral y de Seguridad Social requerida de la empresa. De estas actuaciones se pudo concluir que: "En el centro de trabajo de C/..., se encontraba atendiendo al público, con uniforme de trabajo, S.L.G. Según manifiesta, y se comprueba docu-

mentalmente, la relación de trabajo con la empresa "P.L., S.A.", comenzó el día 14.05.96. En el centro de trabajo de C/..., se encuentra B.S.L., vinculada a la empresa desde el 14.05.96. Según escrito remitido a esta Inspección por la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, con fecha 27.04.96, se comunica la convocatoria de huelga en el sector de panaderías, para los días 2, 3, 6 a 10, 13 a 17, 20 a 24 y 27 a 31 de mayo. En la empresa "P.L., S.A.", se produjo adhesión a dicha convocatoria de huelga, según manifestaciones de trabajadores y del Delegado sindical de dicha empresa. Las trabajadoras B.S.L. y S.L.G. fueron contratadas como ya se ha indicado, en fecha 14.05.96. Formalmente, el objeto de su contrato era cubrir las vacaciones de otros trabajadores de la empresa. En la citación enviada a la empresa con fecha 15.05.96 se le requiere para presentar a esta Inspección Provincial el día 16.05.96 el cuadro de vacaciones. En tal fecha la empresa no lo aporta. Con fecha 21.05.96 presenta una relación de fechas de vacaciones de los trabajadores que no reúne las características de un cuadro de vacaciones al no constar su fecha de elaboración, no haber sido realizado con una antelación de dos meses respecto a la primera fecha de disfrute de descanso y estar firmado únicamente por la Gerente de la empresa. Por ello, de los hechos descritos se concluye que la empresa de referencia, ha procedido a sustituir a trabajadores huelguistas por otros no vinculados al centro al tiempo de su ejercicio", proponiéndose una sanción de un millón de pesetas.

Respecto de la segunda infracción, el Acta de Inspección señala que, girada visita al centro de trabajo de la empresa sito en la C/..., de A Coruña, el día 16.05.96, se constató que se encontraba prestando servicios una trabajadora que causa alta en la empresa el mismo día, siendo la única persona que se encontraba en el centro de trabajo, y que sustituía a las dos trabajadoras que habitualmente atienden el despacho de panadería del establecimiento, las cuales, según el Acta, "no se encontraban disfrutando de vacaciones puesto que no existe constancia de que por parte de la empresa se les hubiese comunicado en forma alguna la orden de dicho disfrute". Comprobado el calendario de vacaciones se observa que sólo una de las trabajadoras debía comenzar las vacaciones ese día, mientras que la otra debía disfrutarlas el mes de junio.

III.- Frente a estos datos la recurrente alega que alguna de las trabajadoras contrata-

das en las fechas a que se alude en el acta ya estuvo contratada en otras ocasiones para hacer sustituciones por vacaciones, y alguna sigue prestando servicios en la empresa a pesar de haber finalizado la huelga hace meses. Aporta el cuadro de vacaciones firmado por el personal, con expresión de las fechas reales de disfrute, explicando que si no se presentó en su día fue porque la huelga del sector impidió al dicente y al administrador encontrar el documento original, por lo que exhibieron la copia existente en el archivo. Alega que no se ha probado que los trabajadores no conociesen el contenido del cuadro de vacaciones con dos meses de antelación. También apunta que a la empresa no le constaba, en el momento de la contratación de las trabajadoras aludidas, que las otras estuviesen en huelga, puesto que "suponer que todo trabajador que no asiste al trabajo un día en que está prevista una huelga de sector, se encuentra en huelga es demasiado suponer y una actuación automática de la empresa suponiendo esto podría llevarle a absurdos tales como situar en huelga a alguien que ese día recibe una baja por I.T. o se ausenta por algún otro motivo o, sencillamente, disfruta de un permiso o de unas vacaciones previamente programadas". La recurrente pone en duda la eficacia probatoria del Acta al no indicar las fuentes de conocimiento de las inspectoras actuantes, que no identifican a los trabajadores ni al Delegado Sindical, que a juicio de la recurrente no existe en la empresa.

Estas alegaciones son refutadas por el Informe de la Inspección, que claramente pone de manifiesto que "una de las presuntas sustitutas, B.S.L. fue contratada, como se indica en el acta, el 14.05.96. Según el fichero informático de la Tesorería General de la Seguridad Social, fue dada de baja el 21.05.96. No parece admisible pues la causa alegada". En efecto, las vacaciones de las trabajadoras a quienes según la recurrente había de sustituir se extendieron, en su caso, del 16.05.96 a 14.06.96, y en otro de 14.05 a 31.05.96, según el propio cuadro de vacaciones aportado por la empresa y firmado por los trabajadores. Resulta obvio que, como deduce correctamente la Inspección, la causa del contrato no fue la sustitución por vacaciones, sino la sustitución de trabajadores en huelga. Para llegar a esta conclusión no es obstáculo que la misma trabajadora sustituta hubiera sido contratada en años anteriores para sustituir a otras trabajadoras que disfrutaban de sus vacaciones, pues es lógico que la empresa acuda a quien ya conoce para realizar las sustituciones, sea por vacaciones, sea por huelga del sector.

IV.- Por lo demás, la Inspección hace constar que en el expediente de la empresa existen documentos que prueban fehacientemente que las fechas de disfrute de vacaciones de algunas trabajadoras fueron comunicadas a las interesadas el mismo día de inicio de éstas, documentos que no se aportan a efectos de asegurar la confidencialidad, y que por lo tanto este Tribunal no puede valorar al no haberse asegurado el principio de contradicción.

V.- El Informe de la Inspección adjunta fotocopia del recibo de salarios correspondiente al mes de mayo 96 de una de las trabajadoras sustituidas, a la cual se le descuentan salarios por los nueve días de huelga, concretamente días, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16 y 17 de mayo, lo que prueba que esos días la trabajadora estaba de huelga, pese a lo manifestado por la empresa de que no hay constancia de que los trabajadores estuvieran en huelga.

VI.- Queda fehacientemente probado, a juicio de este Tribunal, que la empresa procedió a sustituir a trabajadoras en huelga. Ahora bien, la infracción consiste en sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma. Al utilizarse el plural, existe una sola infracción aunque los trabajadores contratados sean varios, sirviendo el número de contratados para graduar, en su caso, la infracción. Por este motivo, se acuerda imponer únicamente la sanción de un millón de pesetas por la comisión de esta infracción, en su grado mínimo aunque no en su límite inferior, dejando sin efecto la segunda sanción de 500.100 ptas. aún estimando probados los hechos que dieron lugar a ella.

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

Fallamos

Que estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo deducido por "P.L., S.A." contra Resoluciones de 21.04.97 desestimatorias de recursos contra otras de la Delegación Provincial en A Coruña de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre actas de infracción nº 763 y 805/96; Exptes. nº 1/97 y 5/97 dictado por Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, y en consecuencia, se acuerda dejar sin efecto la segunda sanción de 500.100 ptas. impuesta, manteniendo los restantes pronunciamientos de la resolución impugnada. Sin imposición de costas.

3204 Recurso número: 03/0008583/1997

S.CA. INFRACCIÓN DE SEGURIDADE SOCIAL: DAR OCUPACIÓN A PERCEPTORES DE PRESTACIÓN DE SEGURIDADE SOCIAL SEN DALOS ANTES DE ALTA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, treinta de mayo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008583/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por L.C.G. con D.N.I... domiciliado en... (Pontevedra), representado por don J.T.E.P. y dirigido por el Letrado don F.J.R.A. (Habilitado), contra Resolución de 16.04.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra, sobre acta de infracción nº 911/96 Expte. 813/97. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el Abogado del estado. La cuantía del asunto es determinada en 505.000 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 conclusio-

nes, se señaló para votación y fallo el día 29 de mayo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 16.04.97, desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra, que impone la sanción de 505.000 ptas. por incurrir en el art. 25 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, dar ocupación a trabajadores titulares de prestaciones por desempleo sin darlos de alta en la Seguridad Social, infracción calificada de falta muy grave a tenor del art. 29.3.3.2 de la citada Ley, en su grado mínimo.

II.- Según lo señalado en el Acta de Inspección, girada visita a las obras que la empresa recurrente estaba llevando a cabo, consistentes en la construcción de una pista de bodeques de piedra desde la verja de la puerta principal hasta la puerta de la vivienda, se encuentra en la obra, con otros trabajadores, B.P.D., “quien manifestó que había comenzado a trabajar en la empresa de referencia hacía unos tres días y que aún no había firmado ninguna documentación. Este trabajador, que vestía mono azul y que tenía puesta una mascarilla, se encontraba, en el momento de la visita, cortando uno de los bodeques de piedra con una sierra. Solicitado el libro de matrícula de personal, a los trabajadores de la empresa que se encontraban en el centro de trabajo, se comprobó que, el mismo, no se encontraba a disposición de los funcionarios actuantes”. Citada la empresa, comparece el día señalado con la documentación requerida, comprobándose que el parte de alta en el Régimen General de la Seguridad Social del trabajador mencionado tiene fecha de 18.05.96, con fecha de efecto del 19.06.96, aún cuando el mismo inició su prestación de servicios en la empresa al menos desde el día 17.06.96, fecha de la visita de los controladores actuantes. “Solicitada en el INEM situación de prestaciones del trabajador... se ha comprobado que, el mismo, en el momento de la visita, se encontraba en situación de alta respecto del subsidio por desempleo que percibía”. De estos datos se deriva, según la Inspección, la comisión de la infracción que se imputa a la recurrente.

III.- La recurrente afirma que el Acta de Inspección carece de fuerza operativa porque los Controladores Laborales sólo comprobaron que sobre las 11.15 horas del día de autos el trabajador se encontraba en la obra, “pero no demostraron que don B. hubiese empezado a trabajar para la pequeña empresa de mi cliente tres días antes de la visita efectuada”. Respecto de estas alegaciones este Tribunal ha de señalar que el Acta goza de presunción de veracidad respecto de los hechos allí constatados por el actuante, y que en el caso que nos ocupa el Acta recoge la declaración realizada por el trabajador a los controladores laborales, afirmando que había empezado a trabajar tres días antes. Este motivo de impugnación debe rechazarse.

IV.- Afirma la recurrente, asimismo, que “desconocía en absoluto que el Sr. don B.P.D. fuera perceptor del subsidio por desempleo, ya que la obra surgió de un día para otro, y el trabajador fue llamado el mismo día en que comenzó a trabajar y se le solicitó toda la documentación pertinente, documentos que el trabajador no presentó por causas en todo caso ajenas a la empresa, no manifestando a mi representado que era perceptor de las prestaciones por desempleo”. Ante estas alegaciones ha de ponerse de relieve que, una vez que se considera probado que, según sus propias declaraciones, el trabajador llevaba al menos tres días trabajando allí, no queda sino rechazar esta disculpa de la recurrente, pues en tres días bien tuvo la posibilidad de comprobar la situación del trabajador.

V.- Por los motivos expuestos, este Tribunal considera suficientemente acreditada la comisión de la infracción imputada, por lo que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con confirmación de la sanción impuesta.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por L.C.G. contra Resolución de 16.04.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra, sobre acta de infracción nº 911/96, Expte. 813/97 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

3205 Recurso número: 03/0008590/1997

S.CA. INFRACCIÓN DE SEGURIDADE SOCIAL: DAR OCUPACIÓN A PERCEPTORES DE PRESTACIÓNS DE SEGURIDADE SOCIAL SEN DALOS ANTES DE ALTA. REQUISITOS FORMAIS DA ACTA DE INFRACCIÓN E DA RESOLUCIÓN SANCIONADORA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, treinta de mayo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008590/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "E., S.L." domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don P.B.F., contra Resolución de 25.04.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.109/96; Expte. nº 2.296/97. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el abogado del estado. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 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 conclusio-

nes, se señaló para votación y fallo el día 29 de mayo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo y Migraciones de 25.04.97, desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, que impone la sanción de 500.100 ptas. por infracción de lo dispuesto en el art. 29 a 32 del R.D. 84/96, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas, y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores a la Seguridad Social, y procedimientos y plazos, tipificada y calificada como muy grave en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

II. En el Acta el Controlador Laboral hace constar "que, en virtud de visita efectuada el día 08.08.96, a las 11 h. 45", al centro de trabajo... y teniendo en cuenta el examen de la documentación aportada por la empresa, tal como Libro de Matrícula del Personal, partes de alta y baja, boletines de cotización, etc. Así como de las declaraciones efectuadas por el titular de la empresa y de la propia trabajadora, en las que manifiestan que la trabajadora que se refleja empezó su prestación laboral ese mismo día a las 10 horas, así como de las circunstancias fácticas observadas en el momento de la visita de inspección, en la que se percibió que la trabajadora estaba realizando su actividad laboral como cualquier otro de los trabajadores de la empresa, y en concreto, se encontraba en una mesa planchando ropa y también consultados los datos informáticos del INEM en las que aparece como preceptora de las prestaciones por desempleo, se ha comprobado que el empresario mencionado en el encabezamiento dio ocupación desde el 08.08.96, a M.B.B.R., titular de prestaciones por desempleo, y que no había sido dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, por cuanto el empresario no efectuó en tiempo y forma, la oportuna comunicación del ingreso a su servicio", lo que da lugar a la infracción de los preceptos citados en el apartado anterior.

III. La recurrente impugna la corrección del Acta de Infracción alegando varios

motivos: que no consta a qué obedece la visita del controlador, si a orden superior, si a denuncia previa, únicos supuestos en los que puede actuar éste; que no se notifica en el término de diez días hábiles de la actuación inspectora, que no es otra que la del 8 de agosto de 1996; que el Acta de Infracción de la inspectora no describe hecho alguno en la propia acta, ni expresa si lo ha sido por visita o de alguna otra manera; que no está firmada el Acta de Infracción por el controlador actuante, sino exclusivamente por la inspectora, no conteniendo el contenido mínimo previsto en la legislación aplicable. Estos motivos no pueden ser aceptados: no es necesario hacer constar el motivo de la visita del controlador, que en cualquier caso actúa en uso de las competencias que le confiere la D.A. 27ª de la Ley 31/91, de 30 de diciembre, y el RD 1.667/86, de 26 de mayo; que el Acta de Infracción, de fecha 18.09.96, fue notificada el 25.09.96, por tanto dentro del preceptivo plazo de 10 días, que no se cuenta desde la visita, como pretende hacer creer la recurrente, sino desde la fecha del Acta de Infracción; por lo demás, el Acta está firmada por la inspectora, haciendo alusión a que los hechos se describen en el Anexo que se acompaña, firmado por el controlador laboral actuante, conteniendo todos los requisitos necesarios para su validez.

IV. Alega también la recurrente que el instructor del expediente solicitó informe del controlador en el plazo de diez días, que no fue evacuado en dicho término. Asimismo se apunta que no se notificó a la recurrente el nombramiento del instructor, por lo que no pudo ejercer las facultades de recusación previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo. Este Tribunal debe recordar a la recurrente que, de acuerdo con el art. 83 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, “el informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución”, lo que significa que también podrá ser tenido en cuenta si el órgano competente lo estima procedente. Por lo demás, en lo que se refiere al nombramiento del instructor, no aparece en la ley mencionada obligación alguna de comunicar su identidad, y en cualquier caso no expresa la recurrente la razón que debería dar lugar a la recusación, por lo que este Tribunal entiende que no existe otra que el deseo de retrasar el procedimiento.

V. Asimismo la recurrente alega que la resolución no está firmada por el Director General sino por un Jefe de Sección. Se

recuerda a la recurrente que lo que firma el Jefe de Sección es la comunicación de la resolución, en la cual señala clara y rotundamente que la resolución ha sido elaborada y firmada por la Directora General de Trabajo y Migraciones.

VI. Ya respecto del fondo del asunto, la recurrente alega que la persona encontrada planchando no era una trabajadora, sino que estaba realizando una prueba con ropa de desecho para comprobar su grado de preparación, sin saber si percibía o no prestaciones. En apoyo de esta tesis se señala que apenas dos meses antes de la visita de inspección se solicitó el envío de aspirantes al INEM y que después de pasar 47 trabajadores sólo dos puestos quedaron cubiertos, y que el Convenio del sector permite a las empresas de sus ámbitos “someter a los aspirantes a las pruebas prácticas y psicotécnicas convenientes para comprobar su grado de preparación”. Respecto de estas alegaciones ha de señalarse que en el Informe el controlador laboral resalta que la mujer encontrada trabajando no fue enviada por el INEM, pues la empresa no aportó prueba en ese sentido, que se encontraba prestando servicios en labores de planchado de ropa, sin que ninguno de los titulares de la empresa estuviese supervisando dicha labor y que no entró consignados por el controlador en el Anexo al Acta y en el Informe permiten destruir la presunción de inocencia que ampara a la recurrente, ya que ponen de manifiesto que la mujer que fue encontrada planchando no estaba realizando una prueba, como pretende hacer creer la recurrente, sino que estaba trabajando de forma habitual, sin haber sido dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y siendo además perceptora de prestaciones por desempleo, lo que da lugar a la infracción que se imputa.

VII. En conclusión, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto con confirmación de la sanción impuesta.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “E., S.L.” contra Resolución de 25.04.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.109/96; Expte. nº

2.296/97 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

3206 **Recurso número: 03/0007990/1997**

S.CA. EXTINCIÓN DA PRESTACIÓN DE DESEMPREGO POR SANCIÓN E DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS. ACCESO INDEBIDO Á PRESTACIÓN: EXTINCIÓN DE CONTRATO INDEFINIDO E POSTERIOR SUBSCRICIÓN DOUTRO TEMPORAL DE CURTA DURACIÓN.

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

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno de mayo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007990/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.M.P.B. con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado doña. C.M.G.P.M., contra Resolución de 05.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción nº 40/96; Expte. nº 15.849/96. 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

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.

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.

No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 22 de mayo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por Secretaría General de Empleo de fecha 5 de febrero de 1997 desestimatoria de recurso deducido contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad social y Asuntos Sociales de A Coruña de 30 de agosto de 1996 en virtud de la cual se desestima recurso ordinario formulado por la empresa ahora recurrente contra acta de infracción núm. 40/96 en la que se propone pérdida de prestaciones por desempleo y devolución de cantidades indebidamente percibidas, como autora de una infracción tipificada en el art. 29.3.5 de la Ley 8/88, de 7 de abril como muy grave.

La parte demandante sustancia el recurso, en síntesis, en los siguientes motivos impugnatorios: a) incompetencia de jurisdicción por cuanto que el Controlador hace una serie de consideraciones en el Acta, que exceden de la función de constatar solo hechos, dando por ciertos en esa función unos hechos cuya valoración corresponde al orden social; b) nulidad del acto por incompetencia del órgano sancionador en función de la cuantía de la sanción, pues habiendo sido sancionada por el Director Provincial de Trabajo y S.S. éste sólo tiene competencia para la imposición de sanciones hasta el importe de 1.000.000 ptas. y el importe de la prestación por desempleo es de 1.005.444 ptas. vicio que es insubsanable, por ser la potestad sancionadora indelegable; c) en cuanto a la presunción de certeza del acta, ésta no ha de extenderse a conjeturas y d) en cuanto al fondo no existe motivación, pues el Controlador entiende que hay connivencia con el empresario, pero si nos atenemos al TC-2 obrante al folio 22 la embarcación en la que el demandante prestaba sus servicios realizó expediente de regulación de empleo.

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

II. En el examen del presente supuesto hemos de partir de los hechos relatados en el cuerpo del Acta. Ante tales hechos se estima por la inspección de trabajo que tal comportamiento constituye la infracción que se le imputa, por lo que propuso la imposición de la sanción consistente en extinción de la prestación por desempleo y devolución de las cantidades indebidamente percibidas. Una vez notificada dicha acta a la parte demandante, ésta presentó escrito de descargos, tras le cual se dictó la resolución impugnada primero en vía administrativa y una vez desestimado el recurso en la presente vía jurisdiccional.

Debe recordarse —como ya esta Sala tuvo ocasión de hacerlo en el recurso núm. 7.404/97, entre otros—, que constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y del TEDH (así por ejemplo, sentencias del TEDH de 08.06.76, de 21.01.84, de 28.06.84, de 22.05.90, de 27.08.01, el 24.02.84) la que de los principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse con ciertos matices en el procedimiento administrativo sancionador, en tanto en cuanto este supone un ejercicio de ius puniendi del Estado, sobre la base del derecho a un proceso justo consagrado en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y aplicable en el ámbito de las sanciones administrativas, y, así, entre aquellas garantías procesales se ha hecho referencia expresa al derecho de defensa (STC 4/82) y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación (SSTC 2/87, 190/87 y 21 2/90), el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/82, 36 y 37/85, 42/79, 76/90 y 138/90) derechos fundamentales todos ellos que han sido amparados por el legislador en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Art. 140 de la Ley 30/92, de 26-XI); e incluso garantías que la Constitución no impone en la esfera de la punición administrativa, tales como, por ejemplo, en el derecho al juez imparcial (SSTC 22/90 y 76/90) o la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 26/94) también han sido adquiridos en alguna medida por la legislación administrativa, aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal. Trasvase de garantías este necesario para preservar los valores esenciales que se

encuentren en la base del art. 24 de la Constitución Española y la Seguridad Jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución Española en tanto sean compatibles las garantías señaladas con la naturaleza del procedimiento administrativo.

III. En definitiva, el derecho a la presunción de inocencia garantiza en el ámbito sancionador el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en la previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad (SSTC 341/93, de 18.11 y SSTC Sala 3ª de 23.12.91, 25.11.93 y 26.02.95 entre otras). De modo que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de infracción recae indudablemente sobre la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculcado un probatio diabólica de los hechos negativos (STC 120/94, de 25.04).

De forma reiterada la doctrina del TS ha señalado que pese a que el RD 1.667/86 no reconozca a los Controladores Laborales presunción legal de certeza de sus actuaciones, el hecho de que los declare colaboradores de la Inspección de Trabajo y les reconozca funciones y atribuciones, cuando menos en el mismo grado que a los controladores de la Seguridad Social, para quienes Ley 40/80 de 5 de julio si reconoce la presunción legal de certeza en sus actuaciones en su art. 4º, y dada la integración de éstos en el Cuerpo de Controladores Laborales, debe reconocerse la presunción legal de certeza en las actuaciones de aquellos, cuando se hallan verificadas por el Inspector de Trabajo, pues la actividad de control y comprobación desarrollada por los Controladores Laborales queda sometida a examen de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en cuyas manos se ubica la potestad de extender las actas promovidas por los Controladores o bien su verificación (SSTC 10.11.87; 18.07.86; 25.11.88; 23.03.89; 02.02.90; 18.07.91; 22.03.95 y 05.07.96, entre otras).

IV. El análisis obtenido de alegatos desenvueltos por la parte demandante en el supuesto de Autos desde la óptica de la precedente doctrina revela una serie de datos que conducen a la Sala a estimar existente la infracción imputada por la Administración a la misma, sin que a ello sea óbice la supuesta incompetencia por razón del órgano jurisdiccional, por cuanto que el acto recurrido es la sanción impuesta por la Administración, materia objeto de conocimiento de esta Orden Jurisdiccional al menos en el momento de la

consumación de los hechos; sin que sea tampoco óbice la falta de competencia del órgano sancionador por razón de la cuantía, por cuanto que si a tenor del art. 127.2 de la Ley 30/92 de la potestad sancionadora era indelegable, tras la reforma operada por la Ley de 13 de enero de 1999, en el sentido en que se había pronunciado nuestro más alto Tribunal en el particular, es susceptible de delegarse.

Luego resulta acreditado —y en consecuencia suficientemente motivada la resolución impugnada— por el expediente que el INEM remite a la Inspección que el recurrente, marinero toda su vida laboral desde el año 1975, deja voluntariamente su contrato en el pesquero “P.” en fecha 24.04.95 y mediante contrato de corta duración como carpintero oficial 2ª en la empresa M.A.L. y otro, S.C. por obra y servicio determinado, que no se especifica, desde el 7 de abril y que remata el 30 de abril de 1995, solicitando prestaciones por desempleo desde el 1º de mayo de 1995.

En fecha 6 de octubre de 1995 a las 12,45 horas efectuada visita al taller de la empresa, una carpintería metálica, entrevista el Controlador Laboral al peón A.A.L., que dice no conocer a J.M.P.B., ahora recurrente. Entrevistado el socio M.A.L. manifestó, sin que se acredite y menos se alega coacción alguna al respecto, que ese trabajador estaría en la empresa un mes, y pedido que especificar las fechas y teniendo en cuenta que las fiestas de O... son en agosto, fijó el período del contrato del trabajador ahora recurrente en julio de 1995, más o menos inmediatamente antes de las fiestas. Por su parte el otro socio, hijo del anterior socio, comparece en fecha 11 de octubre en las oficinas de la Inspección y declaró en cambio que el trabajador recurrente había sido contratado para realizar una obra en casa de una tía suya (del propio trabajador se refiere) en la misma calle de su domicilio C/..., obra de P.B. Requerida factura de esta obra se remitió y se remitió y se observa que es la núm. 596 pagada el 12 de abril de 1995 a la finalización de la obra.

Ciertamente las manifestaciones del Socio Gerente en relación con la prestación de servicios por parte del recurrente son en efecto diferentes a las reflejadas en dichos documentos: mes de julio contra mes de abril de 1995. A mayor abundamiento la factura remitida es exponente de que la obra para la que fue contratado el trabajador recurrente de que la obra fue pagada el 12 de abril, pese a que el contrato celebrado con el mismo por el citado Gerente

sea de fecha 24.04.95, aunque con efectos de 7 de abril y plazo de duración: un mes, según certificación de la empresa. Tal comportamiento no puede menos que calificarse de constitutivo por tanto de la infracción que se le imputa y merecedor de la sanción que le fue impuesta, sin que resulte absolutamente desproporcionado y carente de fundamento alguno considerar la existencia de un acuerdo de voluntades entre trabajador y empresa para lucrarse de una prestación a la que de otro modo no hubiere podido acceder pues como se afirma por la Inspección en base al expediente remitido por el INEM si el trabajador dejó voluntariamente su contrato en el pesquero “P.” a ello no es óbice el que según el TC presentado el 28 de abril de 1995 ante C.G. se haya hecho constar que la embarcación se encontraba paralizada en puerto por expediente de regulación de empleo, a partir del 20 de marzo de 1995, por cuanto que como se informa si la embarcación para el 20 de marzo del 95 y se solicita seguro (prestaciones) de desempleo debería haberlo hecho por tal motivo ante el Instituto Social de la Marina, oficina correspondiente y como marinero con base a la certificación de la empresa de cese por ese motivo, certificación que si se ha expedido en fecha 22 de junio de 1994 en la misma se señala su cese como voluntario y no por aquel motivo.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo que nos ocupa, al hallarse suficientemente acreditada la comisión por la parte demandante de la infracción que le fue imputada y en relación a la cual en concepto de autor fue sancionado por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña.

V. 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 J.M.P.B. contra Resolución de 05.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. De Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción nº 40/96; Expte. nº 15.849/96 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

3207 Recurso número: 03/0008024/1997

S.CA. INFRACCIÓN DE SEGURIDADE SOCIAL: DAR OCUPACIÓN A PERCEPTORES DE PRESTACIÓNS DE SEGURIDADE SOCIAL SEN DALOS ANTES DE ALTA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la ciudad de A Coruña, treinta y uno de mayo de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008024/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.R., con D.N.I... domiciliado en... (Pontevedra), representado por don X.L.V. y dirigido por el Letrado doña M.J.M.H. (Habilitado), contra Resolución de 04.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 165/96, Expte. nº 9.506/96. 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 22 de mayo de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por Secretaría General de Empleo de fecha 11 de febrero de 1997 desestimatoria de recurso deducido contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra de 15 de abril de 1996 en virtud de la cual se desestima escrito de descargos formulado por la empresa ahora recurrente contra acta de infracción núm. 165/96 en la que se propone imposición de sanción a la misma por importe de 1.200.000 ptas. como autora de una infracción tipificada en el art. 29.3.5 de la Ley 22/93 como muy grave en su grado mínimo, atendidas las circunstancias señaladas en el art. 36.

La parte demandante sustancia el recurso en los siguientes motivos impugnatorios: a) Inexistencia de materia infractora en su actuación, lo que determina la inexistencia de infracción y correspondiente sanción, por cuanto que las dos personas que el Controlador entendió que se encontraban trabajando el día de su visita habían acudido al lugar de trabajo después de la hora habitual del comienzo de la jornada laboral a fin de solicitar trabajo y en concreto don A.B. no se encontraba trabajando sino que como el otro supuesto trabajador, fue citado por el empresario para ser contratado y estando allí a la espera de que éste llegase cogió una plancha de poliuretano, siendo lo que interpretó el Controlador "como trabajo"; b) Las ropas que traía deben ser las suyas habituales, toda vez que acudió así al lugar de la obra ya entrada la mañana, poco antes de que se presentase el Controlador y c) Hasta después del día 15 de enero de 1996 la empresa desconocía el hecho de que ambos estuviesen cobrando prestaciones por desempleo, sin saber cual era la situación laboral de estas dos personas, ya que no hubo tiempo material para hacerles estas cuestiones preliminares al contrato de trabajo, dada la premura con que se presentó el Controlador, coincidiendo este momento casi simultáneamente con la llegada de los presuntos trabajadores. La empresa se opone luego a las manifestaciones que dice el Controlador vertió don A.F.R., negando así el hecho de que éste estuviese trabajando hacía ocho meses, faltando éste a la verdad o siendo mal interpretado. La demandada Administración General del Estado

comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por ser conforme a Derecho la resolución impugnada.

II. En el examen del presente supuesto hemos de partir de los hechos relatados en el anexo del Acta. Ante tales hechos se estima por la inspección de trabajo que tal comportamiento constituye la infracción que se le imputa, por lo que se propuso la imposición de la sanción por el importe de 600.000 ptas. por cada uno de los trabajadores. Una vez notificada dicha acta a la empresa demandante, ésta presentó escrito de descargos, tras el cual se dictó la resolución impugnada primero en vía administrativa y una vez desestimado el recurso en la presente vía jurisdiccional. Debe recordarse —como ya esta Sala tuvo ocasión de hacerlo en el recurso núm. 7.404/97, entre otros—, que constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y del TEDH (así por ejemplo, sentencias del TEDH de 08.06.76, de 21.01.84, de 28.06.84, de 22.05.90, de 27.08.01, el 24.02.84) la de que los principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse con ciertos matices en el procedimiento administrativo sancionador, en tanto en cuanto esto supone un ejercicio de *ius puniendi* del Estado, sobre la base del derecho a un proceso justo consagrado en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos humanos y aplicable en el ámbito de las sanciones administrativas y así, entre aquellas garantías procesales se ha hecho referencia expresa al derecho de defensa (STC 4/82) y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación (SSTC 2/87, 190/87 y 21 2/90), el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/82, 36 y 37/85, 42/79, 76/90 y 138/90) derechos fundamentales todos ellos que han sido amparados por el legislador en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Art. 140 de la Ley 30/92 de 26-XI; e incluso garantías que la Constitución no impone en la esfera de la punición administrativa, tales como, por ejemplo, en el derecho al juez imparcial (SSTC 22/90 y 76/90) o la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 26/94) también han sido adquiridos en alguna medida por la legislación administrativa, aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal. Trasvase de garantías este necesario para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24 de la Constitución Española y la Seguridad Jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución Española en tanto sean compatibles las garantías señaladas con la naturaleza del procedimiento administrativo.

III. En definitiva, el derecho a la presunción de inocencia garantiza en el ámbito sancionador el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en la previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad (SSTC 341/93, de 18.11 y SSTC Sala 3ª de 23.12.91, 25.11.93 y 26.02.95, entre otras). De modo que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de infracción recae indudablemente sobre la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculcado una probatio diabólica de los hechos negativos (STC 120/94 de 25.04).

De forma reiterada la doctrina del TS ha señalado que pese a que el RD 1.667/86 no reconozca a los Controladores Laborales presunción legal de certeza de sus actuaciones, el hecho de que los declare colaboradores de la Inspección de Trabajo y les reconozca funciones y atribuciones, cuando menos en el mismo grado que a los controladores de la Seguridad Social, para quienes Ley 40/80 de 5 de julio sí reconoce la presunción legal de certeza en sus actuaciones en su art. 4º, y dada la integración de éstos en el Cuerpo de Controladores Laborales, debe reconocerse la presunción legal de certeza en las actuaciones de aquellos, cuando se hallan verificadas por el inspector de Trabajo, pues la actividad de control y comprobación desarrollada por los Controladores Laborales queda sometida a examen de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en cuyas manos se ubica la postestad de extender las actas promovidas de los Controladores o bien su verificación (SSTS 10.11.87; 18.07.86; 25.11.88; 21.03.89; 02.02.90; 18.07.91; 22.03.95 y 05.07.96, entre otras).

Por tanto, resulta evidente que en el Acuerdo Sancionador la carga de probar los hechos imputados incumbe a la Administración, como consecuencia de la aplicación al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador de los principios propios del proceso penal, y no puede suplirse una prueba por las meras afirmaciones del inspector laboral cuando los hechos no son directamente apreciables por él sino a través de otros medios de prueba (STS Sala 3ª 22 de marzo de 1995).

Por lo expuesto, la jurisprudencia, al interpretar ya el art. 38 del D. 1.880/75 de 10 de julio de procedimiento para la inspección de sanciones por infracción de las leyes sociales y para la liquidación de cuotas de la Seguridad social, viene señalando que la presunción de veracidad atribuida a las actas de ins-

pección se fundamenta en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al inspector actuante, presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental de la presunción de inocencia del art. 24 C.E., ya que el citado art. 38 se limita a atribuir a tales actos el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario, y es también reiterada la jurisprudencia que ha limitado el valor atribuible a las actas de la inspección, limitando la presunción de certeza a solo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como puede ser documentos o declaraciones incorporados a la misma. En cualquier caso esa presunción de certeza desplaza la carga de la prueba al administrado, de suerte que es ésta quien debe acreditar con las pruebas precisas, que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la inspección (SSTS Sala 3ª 9 de julio de 1991 y 27 de julio de 1995; entre otras).

IV. El análisis obtenido de alegatos desenvueltos por la parte demandante en el supuesto de Autos desde la óptica de la precedente doctrina revela una serie de datos que conducen a la Sala a estimar existente la infracción imputada por la Administración a la empresa sancionada. Así, resulta acreditado que tanto don A.F.R. como don A.B.M. se hallaban prestando servicios en calidad de peón para el empresario en el momento de la visita del Controlador el día 15 de enero de 1996, a las 11,15 horas, realizando el primero por tanto tareas propias de dicha categoría: rozando en la puerta del local, pese a ser receptor de subsidio por desempleo con efectos de 8 de agosto de 1995 a 7 de agosto de 1996; realizando el segundo también tareas propias de aquella categoría: dando servicio al titular de la empresa, el cual colocaba en la fachada frontal del local planchas o paneles de poliuretano y recortando las planchas según indicaciones del titular, con ropa de trabajo consistente en jersey de chandal azul, pantalón vaquero claro y zapatos marrones deteriorados, que presentaban al igual que la ropa descrita señales propias de utilizarse en la construcción, pese a ser asimismo receptor de prestaciones por desempleo.

En el momento de la visita no había sido dados de alta en la SS y menos comunicado aquella circunstancia de prestación de ser-

vicios por cuenta del empresario a la Entidad Gestora de Prestaciones por Desempleo, actuaciones éstas que se llevan a cabo con posterioridad a la visita del Controlador Laboral. Tal comportamiento no puede menos que calificarse de constitutivo por tanto de la infracción que se le imputa y merecedor de la sanción que le fue impuesta, ya en su grado mínimo, sin que resulte absolutamente desproporcionado y carente de fundamento alguno considerar a la empresa responsable de la presencia de dos supuestas personas en su local, pues el art. 8.1 del ET determina en efecto que “se presume la existencia de un contrato de trabajo entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe...”, habiendo declarado el TS en S ya de 14.10.78 que “la presunción se funda en la idea de consentimiento tácito, de la conducta del trabajador y empresa ...”, hallándose por otra parte el aludido contrato dotado de una vis atractiva como pone de relieve el propio TS en sentencia de 23.01.76; ergo habrá de acreditarse por quien se oponga a su existencia que los servicios no se prestaron en tal concepto, lo que en los presentes autos no se acredita; tan solo se afirma, que los trabajadores habían ido a pedir trabajo, citados por el empresario, y estando allí a la espera de que éste llegase, al menos uno de los trabajadores cogió una plancha de poliuretano, y en relación con las ropas que deben ser las tuyas habituales y no las de trabajo.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo que nos ocupa, al hallarse suficientemente acreditada la comisión por la demandante de la infracción que le fue imputada y en relación a la cual en concepto de autora fue sancionada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra.

V. 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 J.R. contra Resolución de 04.02.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provin-

cial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 165/96, Expte. nº 9.506/96 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

3208 **Recurso nº 2.041/2001**

S.S. CONTRATO DE INTERINIDADE. NON PROCEDE A SÚA EXTINCIÓN PORQUE A TRABALLADORA SUBSTITUÍDA CAMBIE DE EXCEDENCIA POR COIDADADO DE FILLO A EXCEDENCIA POR MOTIVOS PROPIOS.

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

A Coruña, a cuatro de junio de dos mil uno.

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. 2.041/2001 interpuesto por doña M.C.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.G. en reclamación de Despido siendo demandado MINISTERIO DE DEFENSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 729/2000 sentencia con fecha dieciséis de enero de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- La demandante, doña M.C.G., previo concurso oposición convocado al efecto inició su relación laboral con el Ministerio de Defensa en fecha 16 de febrero de 1998, ocupando destino en el "H.N." de Ferrol, ostentando la categoría profesional de Diplomada Universitaria de Enfermería, correspondiéndole un salario mensual, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, de 237.000 pesetas./ Segundo.- La deman-

dante suscribió contrato laboral en la modalidad de interinidad, con cuya cláusula segunda dice: "Doña M.C.G. presta sus servicios en el "H.N." de Ferrol, en la categoría de D.U.E., con carácter interino en sustitución de doña N.E.M. (D.U.E.), que se halla en situación de excedencia para cuidado de hijos". Y en cuya cláusula sexta, se dice: "el presente contrato producirá plenos efectos en la fecha de su firma y finalizará cuando se incorpore el titular al puesto de trabajo, o cambie de situación de dicho titular originando vacante, o se proceda a la amortización del puesto de trabajo./ Tercero.- El referido contrato de trabajo se realizó para sustituir a la trabajadora, con derecho a reserva de trabajo a doña N.E.M., quien ostenta la categoría de D.U.E., quien había solicitado excedencia para cuidado de hijos en fecha 16 de octubre de 1997, terminando la misma en fecha 15 de octubre del 2000./ Cuarto.- Asimismo el acta de toma de posesión de la demandante consta como causa de la toma de posesión por finalización período de contratación por excedencia cuidado de hijos de doña N.E.M./ Quinto.- La citada excedencia finalizó el 15 de octubre del 2000, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo la sustituida N.E.M. Llegada dicha fecha no se produjo el reingreso y que la trabajadora sustituida doña N.E.M., no solicitó el reingreso al servicio activo con quince días de antelación al día de su excedencia./ Sexto.- En fecha 16 de octubre del 2000, el Ministerio de Defensa, para el personal, de oficio, procedió a declarar a la trabajadora sustituida N.E.M., en situación de excedencia por asuntos propios por un periodo de dos años./ Séptimo.- En fecha 15 de octubre de 2000, el Ministerio de Defensa, publicó comunicación literal siguiente: "en el día de la fecha CESA en este "H.N.", una vez efectuada su jornada laboral, por finalización del periodo por el que fue contratada. Excedencia por cuidado de hijos de doña N.E.M./ Octavo.- El 6 de noviembre del 2000, la demandante agotó la preceptiva reclamación administrativa previa ante el Ministerio de Defensa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 15 de octubre del 2000, es ajustada a derecho, en consecuencia debo desestimar y desestimo la demanda seguida por M.C.G. contra el Ministerio de Defensa, "H.N." de Ferrol, con íntegra absolución al demandado de las peticiones deducidas en su contra en el escrito rector del precepto.

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 actora en solicitud de que revocando la sentencia recurrida, que desestima la demanda, se declare la nulidad o improcedencia de su despido con las consecuencias legales correspondientes, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión del H.P. 3º y denuncia la infracción del art. 4.2.b) y C.R.D. 2.546/94, que desarrolla el art. 15 E.T., y del art. 49.1.b) E.T.

SEGUNDO.- Interesa la recurrente la revisión del H.P. 3º “al final de la cuarta línea” a fin de que se le añada: “...15.10.2000, con reserva de su puesto de trabajo hasta el 16.10.98. Transcurrido este primer año, la nueva reserva lo será a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional en la misma localidad”.

El fundamento de la revisión instada es puramente jurídico, puesto que se dice al efecto en el motivo revisor que de conformidad con el art. 56 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, la reserva de puesto de trabajo en supuesto de excedencia por nacimiento de hijos es durante el primer año y en los dos siguientes la reserva lo será a un puesto del mismo grupo profesional en la misma localidad, a partir de lo cual y del art. 46 E.T. la parte reitera el contexto fáctico que ya declara la sentencia recurrida (la actora inició excedencia el 16.10.97 y la finalizó el 15.10.2000...). Consecuentemente, no cabe modificar el contenido del H.P. 3º, puesto que no se pretende introducir en el mismo hechos o una situación fáctica, sino meras conclusiones o consideraciones de signo jurídico, impropias como tales de los H.D.P. sin perjuicio de que en trance de examinar el derecho aplicado se efectúen todas las que procedan a consecuencia de aplicar el Convenio Colectivo y demás normas pertinentes a los HDP.

TERCERO.- Son H.D.P. los fundamentales siguientes: A) La actora inició su relación laboral con el M de Defensa en 16.02.98 como explícita el H.P. 1º, como diplomada universitaria de enfermería con destino en el “H.N.” de Ferrol. A tal efecto, suscribió en dicha fecha contrato laboral de interinidad, que obra al folio 37; y cuya cláusula 2º decía que sustituía

a N.E.M., que se hallaba en excedencia para cuidado de hijos, y la 6ª que el contrato finalizaría cuando se incorporase el titular, o cambiase de situación dicha titular originando vacante, o se amortice el puesto. B) Doña N.E.M., con categoría D.U.E., había solicitado excedencia para cuidado de hijos en fecha 16.10.97, con terminación el 15.10.2000. En esta fecha finalizó la excedencia, pero doña N. no se reincorporó ya que no solicitó el ingreso al servicio activo con 15 días de antelación, según se dice en el H.P. 5º; al día siguiente, el Ministerio de Defensa la declaró en situación de excedencia por asuntos propios por un periodo de dos años. Y c) El 15.10.2000 el Ministerio de Defensa publicó el cese de la actora en el “H.N.”, por finalización del periodo por el que fue contratada. “Excedencia por cuidado de hijos de doña N.E.M.”.

CUARTO.- Este Tribunal, en sentencias como las de 24.06.94, 02.04.96, 20.11.96, 12.03.99..., tiene declarado que la complejidad que plantea la contratación temporal por parte de las Administraciones públicas, responde –según es común doctrina- a que en la misma concurren ordenamientos jurídicos diversos (el laboral y el administrativo) que obedecen a principios que incluso llegan a ser contrapuestos, y cuya interpretación integradora no siempre resulta fácil. Con ello es claro que se justifica una línea jurisprudencial no siempre coincidente, pero en la que parecen consolidarse determinados planteamientos, y entre ellos los siguientes: a) con carácter general puede afirmarse que cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios (en el sentido a que se refiere el art. 1.2 E.T.) y celebran contratos temporales, el principio de la legalidad establecido por el art. 9.1 CE les lleva a sujetarse a la normativa general, coyuntural o sectorial, debiendo someterse –con el mayor rigor posible- a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo, y que su especial posición respecto a la selección del personal a su servicio no puede legitimar, siempre y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de esta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica, b) a la par, la Administración Pública se halla sujeta en materia de selección de su personal a los principios de igualdad, de mérito y de capacidad (arts. 14 y 103 CE) y a la preceptiva oferta pública de empleo mediante la oportuna convocatoria a través de los sistemas de

concurso, oposición o concurso-oposición (art. 19 Ley 30/1984, de la Función Pública), lo que lleva a que no sea dable presumir el fraude en su actuación seleccionadora y contratación, cuando las Instituciones y Entidades de las diversas Administraciones utilizan los instrumentos legales para subvenir al desempeño temporal de vacantes, c) las posibles irregularidades que afecten a la referida contratación de personal a servicio no necesariamente determinan la atribución con carácter indefinido de un contrato de trabajo, no bastando con que concurra una simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, sino que es preciso que se incurra en un defecto esencial que lleve a hacer subsistir la relación laboral más allá del tiempo pactado.

Asimismo, la sentencia de este Tribunal de 17.06.99 se hace eco de y deja establecido lo siguiente: "...porque –tal como señala la STS 22-septiembre-98 Ar. 7.423 a partir de la STS 7-octubre-96 Ar. 7.492 (seguida por las sentencias de 10-diciembre-96 Ar.9.139, 30-diciembre-96 Ar. 9.864,11-marzo-97 Ar. 2.312 y 14-marzo-97 Ar. 2.471) se establece nueva línea jurisprudencial que distingue, en orden a la determinación de los efectos derivados de irregularidades trascendentes en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas, entre trabajador "fijo de plantilla" y "contratado con carácter indefinido", reservando la primera calificación a los contratados por el procedimiento reglamentario. Y precisando tal distinción, las SSTs 20-enero-98 Ar. 1.000 y 21-enero-98 Ar. 1.138, dictadas en Sala General, sientan la doctrina de que las AAPP están situadas "en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público". Añadiendo las mismas que el reconocimiento de las irregularidades no llevará a consecuencias prácticas distintas de las que se derivarían de un contrato de interinidad con la garantía de empleo hasta la cobertura del puesto que se desempeñase, y que el "carácter indefinido del contrato" implica que no esté sometido –directa o indirectamente- a un tér-

mino, pero como la Administración empleadora está obligada a adoptar las medidas precisas para la provisión regular de puesto de trabajo, resulta que "producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir en contrato". 2.- De esta forma y cualquiera que sean las irregularidades apreciables en las sucesivas contrataciones del actor, pese a todo éste no pasó a ser trabajador "fijo"...y en manera alguna quedó protegido su contrato frente al evento de que la plaza por él ocupada fuese cubierta en la forma reglamentaria."

QUINTO.- El art. 56.b) del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, al regular las excedencias del personal laboral incluido en su ámbito de aplicación dispone que los trabajadores tendrán derecho a un período máximo de excedencia para el cuidado de hijos... de 3 años a contar desde la fecha de nacimiento, y puntualizando que los trabajadores en esta situación tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el primer año, transcurrido el cual "la reserva lo será a un puesto del mismo grupo profesional en la misma localidad". Dado que la causa del contrato de interinidad de la actora fue, según quedó antes dicho, la sustitución de la DUE titular N.E.M. en situación de excedencia maternal y que ésta había solicitado en fecha 16.10.97, la reserva de su puesto de trabajo finalizaba, de acuerdo con el Convenio Colectivo, en 1998; sin embargo, a pesar de ello, dado que se mantenía la situación de excedencia para cuidado de hijos y el derecho de la sustituida a un puesto en la misma localidad, que incluso podía ser el mismo que venía desempeñando ex ante excedencia, no se considera que ello, al margen de ciertos concretos efectos, tuviese influencia en orden a alterar en lo esencial la situación jurídica de la actora y su derecho a seguir ocupando el puesto en tanto no se cubriese reglamentariamente o se amortizase; sin perjuicio de lo que luego se dirá al respecto, el propio contrato preveía su finalización en razón de "cambio de situación de dicho titular originando vacante", pudiendo haberse producido ésta pero persistía la excedencia maternal de la titular a la que sustituía interinamente la actora.

Sin embargo, a la actora se la cesa el 15.10.2000 "por finalización del período por el que fue contratada. Excedencia por cuidado de hijos de doña N.E.M." cuando resulta que si bien en tal fecha se agotaban los 3 años de duración que como máximo tenía la exceden-

cia maternal, la titular sustituida no se había incorporado efectivamente al puesto, ni este había sido cubierto reglamentariamente por otro titular, subyaciendo en la no incorporación de aquella el paso a otra excedencia por un período de dos años vía art. 56 del convenio colectivo, en cuanto prevé que si antes de finalizar el período de excedencia por cuidado de hijos no se solicita el reingreso al servicio activo, con 15 días de antelación, el trabajador será declarado de oficio en excedencia voluntaria por interés particular por un mínimo de dos años. Lo que se deriva de ello es que se ha producido un cese improcedente en el contexto de la relación laboral de la actora.

SEXTO.- Y es que a la actora se la cesa al cabo de los 3 años del inicio de la excedencia maternal de la titular sustituida, plazo máximo de su duración según el convenio Colectivo, pero no hubo reincorporación de aquella sino mero cambio en el título de la excedencia sin tal incorporación en momento alguno, ni tampoco cobertura reglamentaria de la plaza ni amortización de la misma, lo cual no propicia causa legítima para el cese dado a la actora. El cambio de la situación administrativa de la titular sustituida, pasando a excedencia voluntaria por interés particular al agotarse el plazo máximo de la maternal sin reincorporación efectiva, no propició la aparición de vacante de la plaza ocupada interinamente por la actora, pues la titular había perdido el derecho a reserva del puesto desde antes, ni llevó consigo su cobertura o amortización, verdaderas causas reglamentarias de extinción de la relación laboral de la actora en el caso presente; como se viene a argumentar normativamente en el recurso.

La causa del cese fue la finalización “del período por el que fue contratada. Excedencia por cuidado de hijos de doña N.E.M.” (H.P. 7º), que como tal no se considera puede amparar el cese. El propio contrato de interinidad suscrito en su día preveía la finalización cuando se incorporase el titular, se amortizase el puesto o cambiase de situación dicha titular originando vacante, y respecto de esta última causa había desaparecido anteriormente la reserva de puesto de la titular. La invocada en el recurso STSJ de Madrid de 14.06.99 en torno al contrato de interinidad y en el contexto del art. 15 E.T. y 8.2 del R.D. 2.546/94, normas que en el caso presente también se aducen, razonaba en el sentido de que la condición pactada en el contrato requiere para cumplirse la efectiva incorporación a la plaza: “...ante la interpre-

tación dada a supuestos como al caso a estudio por el T.S. (entre otras, las SS de 15 y 19/5 y 15.12.97), en los que entiendo como razona en el Fundamento Jurídico 3º de las resoluciones citadas...” que la condición resolutoria pactada en el contrato (art. 1.114 del Código Civil) no se cumple sólo con el acto formal de la toma de posesión del titular... sino que requiere la efectiva incorporación a la plaza con la consiguiente prestación de servicios...”.

Por otra parte, la jurisprudencia ha venido interpretando la interinidad en el marco estatutario (STS de 07.05.99) haciendo hincapié en que la esencia de la modalidad contractual de la interinidad consiste en la necesidad de suplir al titular de un puesto y debe mantenerse al sustituto en tanto permanezca la plaza vacante hasta que no sea cubierta o suprimida, añadiendo: “Esta interpretación de los preceptos estatutarios que ha dado esta Sala, no queda invalidada por el Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, como argumenta el escrito de impugnación del recurso, pues por una parte aunque ciertamente este Real Decreto regula el contrato de interinidad de modo distinto a como lo era en el Real Decreto 2.104/1984, de 21 de noviembre de 1984 –artículo 4º- la modificación principal, que es la supresión del apartado d) del artículo 4º que prevenía la transformación del contrato de interinidad en indefinido cuando el trabajador sustituido no se reincorporase al trabajo en el plazo legal o reglamentariamente establecido, en nada afecta a la continuidad de la interinidad cuando ésta pasa de sustituir a un trabajador con reserva de plaza a desempeñar interinamente una plaza vacante...”

De igual modo, la STS de 18.01.2000 insiste, en el mismo marco estatutario, que tanto en la eventualidad como en la interinidad la desaparición del vínculo requiere la de la causa que determinó el nombramiento, lo que no se produce mientras continúe justificadamente ausente el sustituido por más que la ausencia durante su decurso experimente cambio en su motivación por no afectar a la finalidad del nombramiento.

Por consiguiente, no habiendo existido en el caso presente incorporación a la plaza, ni por el titular sustituido ni por otro titular designado reglamentariamente, y tampoco amortización, la decisión unilateral del empleador demandado de dar por extinguida la relación jurídico laboral que la unía con la actora es constitutiva del acto de despido que se interesa en la demanda y se reitera en el recurso; que

como reclama la actora-recurrente, si bien de modo subsidiario, aunque sin argumentar en absoluto la nulidad que en primer término también postula y a la que se opone expresamente la parte demandada en la impugnación del recurso, debe ser calificado de improcedente -dada su causa- con los efectos correspondientes que pide el recurso de opción entre readmisión o indemnización legal vía E.T., como ha resuelto este T.S.J. en supuestos similares (S. de 14.01.2000...), también STS 11/5, 21.09.99..., en armonía con la naturaleza laboral del contrato suscrito entre actora y demandada, con sometimiento a las normas pertinentes del E.T. Todo ello sobre la antigüedad y salario declarados en los H. P. de la sentencia de instancia, desde 16.02.98 a 15.10.2000 y salario total mes de 237.000 ptas., y con aplicación del art. 56 y demás oportunos del E.T.

Fallamos

Que estimando en su petición subsidiaria el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.C.G., revocamos la sentencia dictada con fecha 16.01.2001 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol en autos nº 729/2000; y en consecuencia, estimando en su petición subsidiaria la demanda interpuesta, declaramos improcedente el despido de la trabajadora demandante doña M.C.G. y condenamos al demandado Ministerio de Defensa "H.N." de Ferrol a que en el plazo de los 5 días siguientes a la notificación de esta resolución opte entre readmitir a la actora en las mismas condiciones que regían anteriormente a la decisión extintiva o le abone en concepto de indemnización la cantidad de 948.000 ptas., y en ambos casos también al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se produjo aquella decisión extintiva hasta la de notificación de esta sentencia a razón de 7.900 ptas. día, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 57 E.T.

3209 Recurso nº 2.166/2001

S.S. GRAVACIÓN EN VÍDEO. INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DO DEREITO Á INTIMIDADE. DESPEDIMENTO PROCEDEnte POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL DE VISITADOR MÉDICO.

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

A Coruña, a cuatro de junio de dos mil uno.

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. 2.166/2001 interpuesto por don A.V.H. 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 A.V.H. en reclamación de Despido siendo demandado "L.M., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 850/00 y acum. 26/01 sentencia con fecha ocho de marzo de dos mil uno 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 A.V.H. vino prestando servicios para la empresa "L.M., S.A.", desde el 23 de febrero de 1989 con categoría profesional de Visitador médico desde abril de 1999 en la provincia de Ourense y percibiendo una retribución anual de 9.000.000.-pts., con inclusión de pagas extras, sueldos, complementos y comisiones./SEGUNDO.- En fecha 23 de noviembre de 2000 le fue entregado pliego de cargos por la empresa "L.M., S.A.", al actor, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, concediéndole un plazo de 24 horas para presentar pliego de descargos y pidiéndole la devolución del ordenador y el coche de la empresa, que fueron entregados por el actor./TERCERO.- El actor en fecha 24 de noviembre de 2000 remitió por correo certificado con acuse de recibo pliego de descargos, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, que fue recibido por la demandada en fecha 28 de noviembre de 2000./CUARTO.- En fecha 27 de noviembre de 2000 la empresa demandada remitió por correo certificado con acuse de recibo, carta de despido al actor, que fue recibida por éste el día 15 de diciembre de 2000, y cuyo tenor literal es el siguiente: "Muy señor nuestro: Como consecuencia del procedimiento sumario incoado se ha constatado la reali-

dad de los hechos imputados en el mismo, por lo que la Dirección de la Empresa ha tomado la decisión de extinguir su Contrato de Trabajo por causas disciplinarias, con efectos de esta fecha.- La deslealtad y abuso de la buena fe contractual queda constatada en los siguientes hechos: Primero: Se ha comprobado que procede a falsear, alterar y simular los partes de actividad diaria (I.A.D.), mediante la declaración en los mismos de visitas médicas y farmacéuticas no realizadas en los días y horas que Vd. ha reportado informáticamente en los citados I.A.D.- En relación con su declaración del I.A.D., referido a su actividad laboral del día 04.10.00 manifiesta en concreto que:

-A las 09'20 h. visitó al Dr. J.M.G.C., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 09'40 h. visitó al Dr. M.M.P.L., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 10,00 h. visitó al Dr. S.T.G., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 10'20 h. visitó al Dr. J.G.J., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 10'40 h. visitó al Dr. M.Q.V., en el Policl. S.D. (COSAGA), Ourense.

-A las 11'00 h. visitó al Dr. B.R.D., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 11'20 h. visitó al Dr. J.A.B.N., el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 11'40 h. visitó al Dr. J.L.L.M., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 12'00 h. visitó al Dr. F.J.P.T., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 12'20 h. visitó al Dr. L.R.R., en el Hospital (N.S.C.) cl..., Ourense.

-A las 12'40 h. visitó al Dr. A.S.P., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 13'00 h. visitó al Dr. E.F.C., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 13'20 h. visitó al Dr. F.D.L.P.G., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 13'40 h. visitó al Dr. F.R.M., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 14'00 h. visitó a la Dra. E.B.L., en el Hospital, (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 14'20 h. visitó al Dr. A.O.G., en el Hospital, (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 14'40 h. visitó al Dr. J.A.E.M., en el Hospital (N.S.C.), cl..., Ourense.

-A las 18'15 h. visitó al Dr. V.J.C., en Cl..., Ourense.

-A las 19'00 h. visitó al Dr. J.E.G., en el (C.M.D.C.), Ourense.

-A las 19'45 h. visitó al Dr. A.C.L. en Av..., Ourense.

Dichas visitas no fueron realizadas por Vd. en el día y hora indicados.- En su declara-

ción en el I.A.D. referido a su actividad laboral del día 05.10.00, manifiesta en concreto que:

-A las 18'00 visitó al Dr. J.G.S., en c..., Ourense.

-A las 18'15 visitó al Dr. V.F.C., en c..., Ourense.

-A las 18'45 visitó al Dr. M.R.C.L., en c..., Ourense.

-A las 19'30 visitó al Dr. M.P.R., en c..., Ourense.

Dichas visitas no fueron realizadas en las horas y fechas indicadas por Vd., y mucho menos la señalada a las 17'00 h. en LA FARMACIA "A.D.C.".- En su declaración en el I.A.D., referido a su actividad laboral del día 06.10.00, manifiesta en concreto que:

-A las 14'15 h. visitó al Dr. D.B.C., en el (C.S.P.), cl..., Ourense.

-A las 17'45 h. visitó al Dr. A.M.L.F., en LG-P.I..., Ourense.

-A las 18'15 h. visitó al Dr. M.C.R.P., en LG-P.I..., Ourense.

-A las 19'00 h. visitó al Dr. J.L.C.V., en cl..., Ourense.

-A las 10,15 h. visitó al Dr. P.A.M., en cl..., Ourense.

-A las 19'45 h. visitó al Dr. M.B.L. en c/..., Ourense.

Las mencionadas visitas nunca fueron realizadas en las horas y fechas por Vd. indicadas, así como tampoco procedió a visitar las Oficinas de Farmacia siguientes: Farmacia G.B., Farmacia N.C.

En su (declaración en el I.A.D. referido a su actividad laboral del día 11.10.00, manifiesta en concreto que:

-A las 17'30 h. Visitó al Dr. C.G.C., en CL..., Ourense.

-A las 19'00 h. visitó al Dr. J.B.G.G., en H. PROV. (S.M.N.), avd..., Ourense.

-A las 19,30 h. visitó al Dr. M.A.H., en H. PROV. (S.M.N.), cl..., Ourense.

Las visitas señaladas. no fueron realizadas en la fecha y hora indicadas, así como tampoco compareció en las oficinas de farmacia siguientes: -Farmacia D.P. -Farmacia F.P. -Farmacia G.G.

El pasado día 13.10.00, Vd. no realizó visita médica ni farmacéutica alguna, por lo que resulta absolutamente FALSO que en esa fecha visitara en los lugares y horas indicadas por Vd. en el I.A.D., a los Dr., que a continuación se relacionan: -Dr. G.P.M., -Dr. A.F.F., -Dr. F.J.C.M., -Dr. J.L.G.R., -Dr. F.P.D., -Dr. J.L.G.M., -Dr. A.E.L.R., -Dr. C.G.R., -Dr. F.M.S.,

-Dr. A.R.D.F., -Dr. J.M.T.L., -Dr. A.V.L., -Dr. M.T.G.L., -Dr. D.G.T., -Dr. P.F.G., -Dr. M.P.C.C., -Dr. B.L.A., -Dr. J.V.F.R., -Dr. M.I.V.D. -Dr. J.R.Q.G., -Dr. J.F.B.P., -Dr. M.F.G.S. Y las FARMACIAS del Sr. B.A., Sra. P.R., Sra. P.V. y Sra. V.H.- En su declaración en el I.A.D., referido a su actividad laboral del día 24.10.00, manifiesta en concreto que:

-A las 10'30 h. visitó al Dr. M.D.T.S., en H. PROV. (S.M.N.), avd..., Ourense.

-A las 11'00 h. visitó al Dr. A.C.R., en H. PROV. (S.M.N.), avd..., Ourense.

-A las 11'30 h. visitó al Dr. G.L.B., en H. PROV. (S.M.N.), avd..., Ourense.

-A las 12'00 h. visitó al Dr. A.G.F., en H. PROV. (S.M.N.), avd..., Ourense.

-A las 14'30 h. visitó al Dr. V.C.F., en H. PROV. (S.M.N.), avd..., Ourense.

-A las 18'30 h. visitó al Dr. M.A.P.D.J.R. en cl..., Ourense.

-A las 19'00 h. visitó al Dr. P.Q.G., en POLICL S.D. (COSAGA), avd..., Ourense.

-A las 19'45 h. visitó al Dr. F.A.V., en cl..., Ourense.

Las mencionadas visitas nunca fueron realizadas en las horas y fechas indicadas.- En su declaración de I.A.D., de fecha 25.10.00 manifiesta concretamente que:

-A las 16'30. visitó al Dr. J.J.O.E., en (C.S.A.P.), Cl..., Ourense.

-A las 17'00 h. visitó al Dr. R.V.G., en (C.S.A.P.), Cl..., Ourense.

-A las 17'30 h. visitó al Dr. M.P.R.C., en (C.S.A.P.), Cl..., Ourense.

-A las 18'00 h. visitó al Dr. A.G.G., en (C.S.A.P.), Cl..., Ourense.

-A las 18'30 h. visitó al Dr. M.C.R.P., en (C.S.A.P.), Cl..., Ourense.

-A las 19'00 h. visitó al Dr. S.F.J., en (C.S.A.P.), Cl..., Ourense.

-A las 19'30 h. visitó al Dr. R.F.R., en (C.S.A.P.), Cl..., Ourense.

-A las 19'45 h. visitó al Dr. M.A.L.O., en (C.S.A.P.), Cl..., Ourense.

Las visitas detalladas no fueron realizadas en las horas y días señalados.- SEGUNDO.- Ha procedido a declarar un kilometraje no realizado; así al respecto concretamos: El día 04.10.00 declara 30 Km., cuando no utilizó el vehículo en toda la jornada.- El día 06.10.00 declaró 125 Km., cuando no utilizó el vehículo en toda la jornada.- El día 11.10.00 declaró 210 Km., cuando realizó un total aproximado de 170 Km., durante la mañana, no utilizando con posterioridad el vehículo.- El día 13.10.00 procedió a declarar 30 Km., cuando no realizó

actividad alguna para la Empresa ni utilizó el vehículo.- El día 24.10.00 procedió a declarar 30 Km., cuando no llegaron a 10 los realizados.- TERCERO.- ha procedido a facturar y cobrar media dieta, los días 5, 6 y 11 de octubre pasado, por un importe total de 6.396 Ptas. cuando no le correspondían de acuerdo con la actividad realizada.- Tales hechos constituyen una falta muy grave, por razón de la transgresión de la buena fe contractual y especialmente por el abuso de confianza en el ejercicio de su actividad laboral al servicio de "L.M., S.A.", por lo que al amparo de lo previsto en el XI Convenio Colectivo para la Industria Química y Art. 54.2 del R.D.L. 1/1995 de 24 de mayo procedemos a aplicarle la sanción de despido con efectos del día de la fecha."/QUINTO.- Los informes de Actividad diarios realizados por el actor correspondiente a los días 4, 5, 6, 11, 13, 24 y 25 de octubre, por constar en autos se dan por reproducidos./ SEXTO.- A) El día 4 de octubre de 2000 el actor después de visitar el Centro Hospitalario de OURENSE (Centro de Especialidades), y hacer una visita al Colegio Médico, sito en la c/..., y entrar en la cafetería el "M", contigua al edificio donde reside, sobre las 9'32 horas entró en el portal de su casa.

B)- El día 5 de octubre a las 17'55 horas salió de su casa dirigiéndose a la sucursal de "C.V." ubicada en la calle... realizando una operación en el cajero. Después se dirigió a la cafetería Princesa, contigua a la citada oficina bancaria, donde estuvo conversando con una joven largamente. A las 19'19 horas dejó el local despidiéndose de la joven, dirigiéndose a su domicilio donde entró a las 19'25 horas.

C) El actor en fecha 6 de octubre de 2000 a las 13'50 horas salió de la finca en la que reside, desplazándose a la Oficina de "C.V." en la calle..., donde después de dirigirse a los mostradores realiza una operación en el cajero automático, abandonando la sucursal bancaria a las 14'05 horas. Después de hacer una entrada rápida al Café "M" a las 14' 17 horas entró en el inmueble que habita. A las 16'30 horas sin poder precisarse la hora en que salió de casa, regresó de nuevo a esta. Cinco minutos más tarde salió con su mujer, junto a la cual se encaminó a la Plaza de..., entrando en el establecimiento de quinielas allí ubicado. Lo abandonaron enseguida y se dirigieron a las Galerías "L.", sitas en la C/..., entrando en una tienda de reparación de televisores. En dicho local permanecieron hasta

las 16'50 horas, saliendo entonces a la calle para dirigirse a la c/... donde se sitúa una tienda de Telefónica. A las 17'02 horas salieron de este establecimiento y se encaminaron de regreso a la Plaza... donde se reunieron con una joven en el café "P", donde permanecieron hasta las 18'30. Posteriormente regresaron a su domicilio a las 19'15 horas.

D) El día 11 de octubre de 2000, desde las 8'30 horas que salió de su casa hasta la llegada a su domicilio, con posterioridad a las 14 horas, realizó 170 km., en el ejercicio de su actividad profesional. A las 17'35 horas salió con su mujer encaminándose a la calle..., entrando en una droguería-perfumería, en donde permanecieron durante cinco minutos, para después dirigirse a la calle..., donde entraron en una tienda de la Compañía Airtel. Cinco minutos después abandonaron este establecimiento, separándose y continuando el actor su trayecto hacia la calle..., donde entró en el número..., saliendo a las 18'30 y encontrándose con su mujer en la calle, dirigiéndose juntos a la calle..., donde se ubica una tienda Telefónica. Diez minutos después salieron y se encaminaron a la c/..., entrando en la tienda de deportes "R" sito en el nº..., donde estuvieron hasta las 18'55 horas para dirigirse luego a la calle El Paseo, entrando en la tienda "H.B.". Abandonaron esta a las 19 horas continuando el trayecto por la misma calle, entrando en la zapatería D.M., cinco minutos después salieron y se dirigieron al nº... de la misma calle, donde esperaron hasta las 19'15 horas; saliendo un niño rubio junto al cual marcharon a la cafetería "I." sita en calle..., permaneciendo en dicho establecimiento hasta las 19'40 horas, dirigiéndose los tres juntos a su domicilio. Diez minutos más tarde, el actor volvió a salir con su esposa para ir al supermercado "C".

E) El día 13 de octubre de 2000 abandonó su casa a las 9'40 horas acompañado de su esposa, quienes entraron en la cafetería "M". Cinco minutos más tarde salieron, dirigiéndose el actor a la calle... donde entró en las dependencias de "A.". Permaneció en la mismas hasta las 10,10 horas encaminándose a una droguería sita en la esquina de la calle Progreso con Alameda donde estuvo hasta las 10'22 horas, para dirigirse entonces al centro comercial "P", sito en el nº... de la misma vía. Allí entró en la tienda de fotografía llamada "S.F", donde realizó unas fotocopias. A las 10'35 horas abandona el establecimiento. y cinco minutos más tarde entró en el quiosco de la Plaza de... Allí realizó una rápida gestión

y a las 10'45 lo abandonó emprendiendo el camino de regreso a casa, donde entró, si bien volvió a salir a las 10'50 horas, esta vez a bordo de su vehículo dirigiéndose al Campus Universitario, estacionándose en las inmediaciones y encaminándose después al Departamento de Servicio de Deportes y a la Comunidad que comunica por el interior con del departamento administrativo en donde se realizan los trámites de matriculaciones. Diez minutos más tarde volvió a salir, emprendiendo el camino de regreso a casa, donde entra a través del garaje. A las 11 '23 horas abandonó de nuevo su casa y se dirigió a la oficina de "C.V." en..., donde realizó una rápida operación y a las 11'35 horas la abandonó regresando a casa, no sin antes detenerse para mantener una conversación con su teléfono móvil. Volvió a salir del domicilio a las 11'40 horas, de nuevo con su coche dirigiéndose al Parque de San Lázaro, donde recogió a su mujer y a su hija, subiendo estas al coche y continuando trayecto en dirección al Campus Universitario, donde tras aparcar el vehículo, accedieron al Departamento de Servicios de Deportes. A las 11'52 horas abandonaron el recinto a través del Departamento Administrativo, y en el coche se dirigieron hacia la estación de autobuses, apeándose al llegar su mujer y su hija, mientras él aguardaba en el interior del vehículo. Cinco minutos más tarde regresaron, reemprendiendo la marcha en dirección a su domicilio donde entraron a las 12'10 horas. A las 17'15 horas abandonaron de nuevo su casa en el coche para dirigirse al centro comercial "C.", abandonando el recinto a las 18'10 horas, regresando a casa, donde después de dejar a su hija en la calle..., entraron a las 18'35 horas.

F) El día 24 de octubre el actor salió de su domicilio a las 8'28 horas a bordo de su vehículo y circuló hasta llegar a una gasolinera REPSOL ubicada en la carretera nacional 120 a la salida de Vigo. Después de repostar combustible se dirigió hasta el concesionario "R.L.A. y Cía S.A.", ubicado en la misma carretera a un km., de distancia, permaneciendo en el interior del concesionario hasta las 10'42 horas, abandonándolo entonces a bordo de su vehículo, dirigiéndose a la calle..., donde se sitúa un taller mecánico. Allí se paró y después de conversar con un empleado del establecimiento unos instantes, transcurridos unos cinco minutos, volvió a subir a su coche para reemprender el trayecto, ahora en dirección a "N.B.", en la confluencia de aquella misma vía con la de... Después de charlar unos minutos con varios empleados, se situó a la espera

junto al automóvil, permanecendo en esta tesitura desde las 10'46 hasta las 11'03 horas, momento en que uno de los operarios subió al coche y lo colocó en el interior del local para disponerse a trabajar. A las 11'53 horas el actor salió de dicho establecimiento a bordo de su vehículo, yendo al concesionario "R.", donde entró a las 11'58 horas y a las 12'02 horas lo abandonó conduciendo hasta el Complejo Hospitalario "C-P." entrando en el parking de la calle... a las 12'16 horas. Allí permaneció en el interior del vehículo hasta las 12'33 horas, momento en que emprendió la marcha con el coche, rodeo el edificio hospitalario y volvió a entrar en el mismo parking donde se estacionó en doble fila, continuando en esta tesitura hasta las 12'44 horas, en que se marchó de nuevo, sin llegar a bajarse del turismo y realizó la misma operación de rodear el recinto dos veces seguidas, aparcando correctamente ahora. A continuación entró en el edificio de la Residencia Sanitaria "C.P. o N.S.D.C." donde estuvo hasta las 13'40 horas, momento en que abandonó el citado edificio y se encaminó hasta su vehículo, dejando el maletín en el maletero, yendo luego al bar "L." sito en el nº 5 de la calle...

Ocho minutos más tarde salió de aquel establecimiento, regresando al coche, siendo avisado entonces por un hombre de unos 30 años, con quien se detuvo a charlar durante un minuto. Finalizada la conversación emprendió regreso a su casa entrando en el parking de la finca a las 14'02 horas. A las 14'06 horas salió del aparcamiento caminando dirigiéndose a la cafetería "M." sita en..., permaneciendo en esta hasta las 14'35 horas en que regresó a su domicilio, entrando en el aparcamiento. A las 18'29 horas salió acompañado de su esposa, dirigiéndose a pie al "C.S." sito en..., permaneciendo en el interior hasta las 18'56 horas, emprendiendo entonces el camino de regreso a casa donde entraron cuatro minutos más tarde.

G) El día 25 de octubre de 2000 el actor salió de su casa a las 8'27 horas y regresó a las 16'06 horas. A las 17'14 salió nuevamente con su esposa encaminándose al nº 20 de la calle... en donde entraron a las 17'32 horas saliendo más tarde de a las 19'30 horas. H) El actor no realizó las visitas a médicos y farmacias que se hacen constar en la Carta de despido los días 5, 6, 11, 13, 24 y 25 de octubre, y que él hizo constar en los I.A.D., correspondientes a esos días./SÉPTIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el último año

cargo representativo de los trabajadores. /OCTAVO.- Laboratorios "M., S.A., y T.C.F., S.A.", constituye un grupo de empresas, don J.G. es. Director de Recursos Humanos de ambas empresas. El actor figura en el Registro de socios de la Asociación Profesional de (I.T.S.) de OURENSE, desempeñando las labores de visitador médico con plan de trabajo de Laboratorios "T.C.F., S.A.", desde el mes de mayo de 1992./NOVENO.- En fechas 14 de diciembre de 2000 y 9 de enero de 2001 se celebraron Actos de Conciliación ante el S.M.A.C., con resultado "Sin Efecto", presentando demandas el actor ante el Juzgado de lo Social Decano en fechas 26 de diciembre de 2000 y 12 de enero de 2001."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando las demandas acumuladas -autos nº 850/00 y nº 26/01 (del Juzgado de lo Social nº Dos), formuladas por don A.V.H. contra las empresas "Laboratorios "M., S.A. y T.C.F., S.A" debo declarar y declaro procedente el despido efectuado por la empresa Laboratorios "M., S.A", absolviendo a las empresas demandadas de la pretensión ejercitada por el actor contra ellas."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO. La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de OURENSE con fecha 8 de marzo de 2001, desestimando las demandas acumuladas - autos nº 850/00 y 261/01 - formuladas por A.V.H. frente a las empresas Laboratorios "M., S.A. y T.C.F., S.A.", declaró procedente el despido efectuado por la empresa Laboratorios "M., S.A.", absolviendo a las empresas demandadas de la pretensión ejercitada por el actor contra ellas.

SEGUNDO. Disconforme con dicha resolución, se alza en suplicación el demandante y, en un primer motivo de recurso, con amparo procesal en el artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión. En un primer apartado del referido motivo, invoca la

infracción de los artículos 1 y siguientes de la L.O. 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el artículo 18 de la Constitución Española y 4 del Estatuto de los Trabajadores, así como la vulneración de la Jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 30.11.92 y del Tribunal Constitucional de 29.11.84, al admitirse como prueba cintas de vídeo grabadas por detectives contratados por la Empresa. No ha de tener éxito la pretensión auspiciada por la parte actora habida cuenta de que, por mas que, el contenido de las cintas de vídeo a que se contrae el motivo de recurso no conculca o vulnera en modo alguno la intimidad personal y familiar y mucho menos el honor del demandante, habiendo sido obtenidas en lugares públicos y las imágenes captadas en el garaje, a que se refiere el recurrente, no constituyen intromisión en el espacio íntimo y privativo del mismo en forma tal que se erigiese en óbice para la consideración de la grabación como válida y eficaz apoyatura de la tesis sustentada por la empresa demandada, sin que pueda olvidarse que, amen de los referidos vídeos, obra en autos informe elaborado por la agencia de detectives privados convenientemente ratificado en autos por el autor material del seguimiento así como por el titular de la agencia, no se ha constatado la concurrencia de irregularidades y defectos, a que alude el recurrente, en relación con la meritada prueba de vídeo, que la convirtiesen en ineficaz o inidónea a efectos probatorios, estando incardinada en el ámbito del artículo 90 de la Ley de Procedimiento Laboral, donde se establece que “Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”, siendo así que, como determina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14.03.00, haciéndose eco de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª de 17.06.96 y de la resolución de la Sala 1ª de 12.06.99, aun cuando el material obtenido por medio de reproducción de la imagen y del sonido no es propiamente un documento, accede al proceso por medio de la actividad que constituye el medio de prueba documental, dada su condición de soporte material representativo de hechos y procede asignarle valor de prueba documental a los efectos pre-

vistos en el art. 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral debe rechazarse, pues, el motivo de recurso auspiciado por la parte demandante.

TERCERO. Constituyendo el segundo apartado del motivo primero, con amparo procesal en el artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, invoca la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 90 de la Ley de Procedimiento Laboral, arguyendo que propuesta la declaración testifical de los Sres: Q.V. y G.J., ésta no se pudo llevar a cabo por “causas no imputables a esta parte” y que, solicitada para mejor proveer la práctica de dicha prueba testifical, el Juez de instancia no lo había acordado, considerando que, con ello, se ha visto privado de medio de prueba esencial para la defensa de sus derechos e intereses.

No ha de tener éxito la solicitud del recurrente en tanto que la no comparecencia de los testigos, citados al efecto, no constituye “per se” al actor en situación de indefensión, máxime cuando no consta que en el acto del juicio hiciese manifestación alguna en orden a la estricta necesidad de su comparecencia, sin que pueda olvidarse que la práctica de diligencias para mejor proveer tiene carácter facultativo para el Juzgador que, en modo alguno, está vinculado por las manifestaciones o solicitudes que lleven a cabo las partes, siendo de destacar que los dos testigos no comparecidos están incluidos entre los que debía visitar el actor el día 04.10.00, y que en el fundamento segundo, párrafo cuarto, ya se establece que “no puede considerarse acreditado que a dichos médicos y los demás que se mencionan en la carta no los haya visitado ese día”, por mas que, la parte actora, aquí recurrente, ni siquiera hizo expresa y concreta petición de que se acordase la práctica de la testifical, pues, como se desprende del acta del juicio, se refirió exclusivamente a que “si Su Señoría estima preciso se reciba testifical para mejor proveer”; en consecuencia, no constatándose la vulneración de la normativa invocada, debe rechazarse la pretensión a que se contrae el punto segundo del motivo primero del recurso.

CUARTO. Con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la revisión del ordinal sexto de los que constituyen el relato histórico de la sentencia de instancia a fin de que se redacte de la forma siguiente: “A) El día 4 de octubre

de 2000, don A.V.H., visitó a los siguientes médicos:

A las 9:20 H. visitó al Dr. J.M.G.C. en el "H.N.S.C.", C/... OURENSE.

A las 9:40 H. visitó al Dr. M.M.P.L., en el "H.N.S.C., C/... OURENSE.

A las 10:00 H. visitó al Dr. S.R.G. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 10:20 H. visitó al Dr. J.G.J. en el "H.N.S.C.", C/..., OURENSE.

A las 10:40 H. visitó al Dr. M.Q.V. en el "P.S.D." (COSAGA), Avda ..., OURENSE.

A las 11:00 H. visitó al Dr. B.R.D. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 11:20 H. visitó al Dr. J.A.B.N. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 11:40 H. visitó al Dr. J.L.L.M. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 12:00 H. visitó al Dr. F.J.P.T. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 12:20 H. visitó al Dr. L.R.R. en el "H.N.S.C.", C/..., OURENSE.

A las 12:40 H. visitó al Dr. A.S.P. en el "H.N.S.C.", C/..., OURENSE.

A las 13:00 H. visitó al Dr. E.F.C. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 13:20 H. visitó al Dr. F.P.G. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 13:40 H. visitó al Dr. F.R.M. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 14:00 H. visitó al Dr. E.B.L. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 14:20 H. visitó al Dr. A.S.O.G. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 14:40 H. visitó al Dr. J.A.E.M. en el "H.N.S.C., C/..., OURENSE.

A las 18:15 H. visitó al Dr. V.J.C. en C/..., OURENSE.

A las 19:00 H. visitó al Dr. J.E.G. en el "C.M.E.C.", Avda..., OURENSE.

A las 19:45 H. visitó al Dr. A.C.L. en Avda..., OURENSE.

B) El día 5 de octubre de 2000, don A.V.H., realizó las siguientes visitas:

A las 17 H, Farmacia "A.D.C."

A las 18 H, visitó al Dr. J.G.S., en cr... (OURENSE).

A las 18:15 H, visitó al Dr. V.F.C., en cr... (OURENSE).

A las 18:45 H, visitó al Dr. M.R.C.L., en cr... (OURENSE).

A las 19:30 H, visitó al Dr. M.P.R., en cr... (OURENSE).

C) El día 6 de octubre de 2000, don A.V.H. realizó las siguientes visitas:

A las 14:15, visitó al Dr. D.B.C., en el "C.S.P.", c/..., (OURENSE).

A las 17:45, visitó al Dr. A.M.L.F., en Noalla (OURENSE).

A las 18:15, visitó al Dr. M.C.R.P., en Noalla (OURENSE).

A las 19:00, visitó al Dr. J.I.C.V., en..., (OURENSE).

A las 19:15, visitó al Dr. P.A.M., en..., (OURENSE).

A las 19:45, visitó al Dr. M.B.L., en..., (OURENSE).

Farmacia G.B., Farmacia N.C.,

D) El día 11 de octubre de 2000, el actor realizó las siguientes visitas:

A las 17:30 H, visitó al Dr. C.G.C., en..., (OURENSE).

A las 19:00 H, visitó al Dr. J.B.G.G., en "H.S.M.N.", Avda..., OURENSE.

A las 19:30 H, visitó al Dr. M.A.H., en "H.S.M.N., Avda..., OURENSE.

Farmacia D.P., Farmacia F.P., Farmacia G.G.,

D) El día 13 de octubre de 2000, el actor realizó las siguientes visitas:

Dr. G.P.M., Dr. A.F.F., Dr. F.J.C.M., Dr. J.L.G.R., Dr. F.P.D., Dr. J.L.G.M., Dr. A.E.L.R., Dr. C.G.R., Dr. F.M.S., Dr. A.R.D., Dr. J.M.T.L., Dr. A.V.L., Dr. M.T.G.L., Dr. B.G.T., Dr. P.F.G., Dr. M.P.C.C., Dr. B.L.A., Dr. J.V.F.R., Dr. M.I.V.D., Dr. J.R.Q.G., Dr. J.F.B.P., Dr. M.F.G.S., Farmacia del Sr. B.A., Farmacia de la Sra. P.R., Farmacia de Sra. P.V., Farmacia de Sra. V.H.,

E) El día 24 de octubre de 2000, don A.V.H., realizó las siguientes visitas:

A las 10:30 H. visitó al Dr. M.D.T.S. en el HP. "S.M.N., C/..., OURENSE.

A las 11:00 H. visitó al Dr. A.C.R. en el HP. "S.M.N.", C/..., OURENSE.

A las 11:30 H. visitó al Dr. G.L.B. en el HP. "S.M.N. C/..., OURENSE.

A las 12:00 H. visitó al Dr. A.G.F. en el HP. "S.M.N.", C/..., OURENSE.

A las 14:30 H. visitó al Dr. V.C.F. en el HP. "S.M.N.", C/..., OURENSE.

A las 18:30, visitó al Dr. M.A.P.D.J.R. en cl..., (OURENSE).

A las 19:00, visitó Al Dr. P.Q.G., en (COSAGA), Avda..., OURENSE .

A las 19:45, visitó al Dr. F.A.V., en C/..., OURENSE.

F) El día 25 de octubre de 2000, el actor realizó las siguientes visitas:

A las 16:30 H, visitó al Dr. J.J.O.E., en el C.S. "A.P.", cl..., OURENSE.

A las 17:00 H, visitó al Dr. R.V.G., en el C.S. "AP.", cl..., OURENSE.

A las 17:30 H, visitó al Dr. M.P.R.C., en el C.S. “AP.”, cl..., OURENSE.

A las 18:00 H, visitó al Dr. A.G.G., en el C.S. “AP.”, cl..., OURENSE.

A las 18:30 H, visitó al Dr. M.C.R.P., en el C.S. “AP.”, cl..., OURENSE.

A las 19:00 H, visitó al Dr. S.F.J., en el C.S. “AP.”, cl..., OURENSE.

A las 19:30 H, visitó al Dr. R.F.R., en el C.S. “AP.”, cl..., OURENSE.

A las 19:45 H, visitó al Dr. M.A.L.O., en el C.S. “AP.”, c/..., OURENSE”.

Apoya su pretensión de revisión en la documental obrante en los autos y en concreto lo que denomina “certificados” que obran en las actuaciones a los folios 107 a 180, incluidos, emitidos por diversos profesionales de acreditada solvencia y reconocido prestigio”. Sin que ello suponga poner en duda el prestigio profesional y la solvencia de las personas que suscriben los respectivos escritos obrantes a los folios que se citan por el recurrente en apoyo de sus pretensiones, es lo cierto que, como en anteriores ocasiones ha venido estableciendo 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 – S.T.S. 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 desdenarse el hecho de que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del juzgador, en uso de las facultades que, en orden a la valoración e interpretación de los elementos de prueba llevados a cabo en autos, le otorga la normativa vigente al efecto, siendo así que la prueba invocada por el recurrente no reviste virtualidad suficiente para constituir válida apoyatura de las pretensiones revisorias

del demandante, pues carece de valor documental, a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de 15.07.94, en orden a “certificaciones” en las que “no consta ni por mera referencia, del archivo, documento o elemento básico del que se hayan obtenido tales datos, siendo más bien, una manifestación personal que goza de la autoridad y veracidad que se supone a quién la expresa, pero que carece de valor documental para cualquier finalidad perseguida”, esto es, se trata en realidad de manifestaciones testificales documentadas en este caso, ni siquiera ratificadas en juicio, carentes del carácter necesario para su eficacia a los efectos pretendidos por la parte recurrente, sin que pueda soslayarse que la revisión, como se expresó “ut supra” ha de descansar necesariamente en prueba documental y/o pericial hábiles de las que inequívocamente se derive la concurrencia de error del Juzgador en la interpretación de los elementos de prueba; en consecuencia, debe rechazarse el motivo en cuestión, debiendo permanecer inalterado el ordinal sexto de los que componen el relato histórico de la resolución de instancia.

QUINTO. Aún en el ámbito de la modificación del relato histórico, pretende la adición de un nuevo hecho probado cuya redacción sería la siguiente: El día 4 de octubre de 2000, el actor realizó 30 km. El día 5 de octubre de 2000, el actor realizó visitas en el Centro Penitenciario de... (OURENSE).

El día 6 de octubre de 2000, el actor realizó 125 Km.

El día 11 de octubre de 2000, el actor realizó 210 Kilómetros.

El día 13 de octubre de 2000, el actor realizó 30 kilómetros.

El día 24 de octubre de 2000, el actor realizó 30 kilómetros.

Los días 5, 6 y 11 de octubre de 2000, se devengaron media dieta por día.

Se apoya la revisión en lo que denomina “certificaciones” obrantes a los folios 107 a 180, a la sazón, las mismas que invocó a los efectos de la revisión interesada en el motivo antes sustanciado, por lo que, la misma suerte desestimatoria ha de acompañar a la pretensión contenida en el motivo que ahora analizamos, al no descansar, en atención a lo “ut supra” establecido, en documental y/o pericial que pusiera de manifiesto el error del Juzgador en la valoración e interpretación de los elementos de prueba llevados a cabo en autos, siendo de destacar que, en relación con el kilometraje relativo al día 4 de octubre de

2000, al establecer el fundamento jurídico segundo, párrafo cuarto "in fine", con innegable valor fáctico, que "tampoco puede considerarse... que no utilizara su vehículo en toda la jornada y que los 30 km. declarados no sean correctos", huelga incorporar tal aserto al relato de hechos probados; por lo expuesto, ha de permanecer inalterado el relato fáctico de la sentencia de instancia.

SEXTO. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita el examen del Derecho aplicado, denunciando, en un primer apartado, la infracción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y demás normas concordantes de aplicación y en un segundo motivo, la infracción del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores y concordantes de aplicación.

Por mas que no cabe considerar que la actuación de los representantes de la empresa el día 23 de noviembre de 2000 fuese constitutiva de un despido nulo o improcedente, como pretende el recurrente, pues en tal fecha le fue entregado pliego de cargos por la empresa, cuyo contenido literal obra en autos a los folios 231 a 234 y se le solicitó la devolución del ordenador y el vehículo de la empresa, siendo contestado por el actor a medio del pliego de descargos, remitido por correo certificado a la mercantil aquí demandada, lo que no es determinante sino de una previa actuación de la empleadora en orden a hacer partícipe al actor de determinadas circunstancias irregulares que, a juicio de la patronal, habían acaecido en relación con la actividad laboral desarrollada por el demandante y en concreto con los partes de atención diaria, los kilometrajes y las dietas, relativas a los días allí expresados, no es menos cierto que los hechos a que se contrae el relato histórico de la sentencia de instancia determina que la actuación del demandante, al no haber realizado las visitas indicadas en los informes de actividad diaria relativos a los días 5, 6, 11, 13, 24 y 25 de octubre de 2000 - en relación con el día 4 del mismo mes ya estableció la sentencia de instancia que no podía considerarse acreditado que a los médicos que se mencionan en la carta no los hubiese visitado ese día - con la repercusión consiguiente en orden a la incorrecta, por indebida, declaración de kilometraje de los días 11, 13 y 24 y la facturación del importe de media dieta relativa a los días 5, 6, y 11 de octubre de 2000, es incardinable en el ámbito del despido procedente, al constituir un incumplimiento grave y culpable contemplado en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabaja-

dores, pues supone una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, de manera que, como consecuencia, deviene procedente la desestimación del recurso articulado por la parte actora y la confirmación de la sentencia recurrida.

Fallamos

Desestimando el recurso de Suplicación articulado por A.V.H. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de OURENSE de fecha 8 de marzo de 2001, en autos acumulados nº 850/00 y 26/01 (del Juzgado de lo Social nº 2), instados por aquel contra las empresas "L.M., S.A. y T.C.F., S.A.", confirmamos la resolución de instancia.

3210 Recurso nº 2.933/98

S.S. REVALORIZACIÓN DE COMPLEMENTO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ PERMANENTE. CONDENA SOLIDARIA Á EMPRESA E Á ENTIDADE ASEGURADORA E ABSOLUCIÓN DO MINISTERIO DE ECONOMÍA E FACENDA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a cinco de junio de dos mil uno.

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 2.933/98, interpuesto por doña M.B.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 1.081/96 se presentó demanda por doña M.B.C. en reclamación de REVALORIZACIÓN PENSIÓN INCAPACIDAD siendo demandada la empresa "T., S.A.", "A.E.S.V., S.A.E." y el MINISTERIO DE HACIENDA en su día se cele-

bró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de febrero de 1998 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- La actora doña M.B.C. que fue trabajadora de la empresa demandada “T., S.A.” se encuentra en situación pasiva por invalidez permanente desde el 27.07.83, reconociéndosele una prestación por importe del 100% de su haber regulador que se fijó inicialmente en 86.332,50 pesetas mensuales, más dos pagas extraordinarias./ SEGUNDO.- En virtud del R.D. 2.248/85 de 20 de noviembre se produjo la integración en la Seguridad Social del Régimen de prestaciones de la empresa demandada, con efectos desde el 01.10.87./ TERCERO.- La actora ha percibido su pensión conforme a lo previsto en el art. 19 del Convenio Colectivo (BOE 11.08.87) el cual dispone que “el personal de la Compañía que en la fecha de la integración se encuentra en situación pasiva, ya sea por jubilación o por invalidez permanente, pasará a percibir la pensión que le corresponda en el Régimen General de la Seguridad Social completada en la cuantía precisa para alcanzar el 100% de la pensión que viniera percibiendo el interesado en el momento de la integración en el Régimen General.”/ CUARTO.- La pensión inicial fijada a la actora con cargo a la Seguridad Social asciende al 55% de la base reguladora, abonándole la empresa la cantidad de 52.142 pesetas mensuales más dos pagas extraordinarias para completar la revisión inicial./ QUINTO.- Conforme a lo previsto en el art. 33 del Convenio Colectivo de 1979 desde el año 1980 y sucesivos, el Ministerio de Hacienda dictaba una Orden acordando el porcentaje de incremento de las pensiones sin que para 1986 y 1987 se dictase norma alguna al respecto, tras aprobarse por Ley 33/85 de 22 de noviembre la supresión de la Renta de Tabacos./ SEXTO.- Que “T., S.A.” suscribió con la “Cía C.V. (hoy E.S.V., S.A.E)” en fecha 31.12.88 contrato de seguro de rentas vitalicias y de supervivencia del colectivo de pensionistas, estando incluida en la relación de asegurados la ahora demandante./ SÉPTIMO.- Que la actora interpuso demanda en fecha 14.09.90 solicitando la revalorización del complemento que abona “T., S.A.”, en los mismos porcentajes fijados para las revalorizaciones de la Seguridad Social, que dio lugar a los autos número 800/90 del Juzgado de lo Social número cinco de esta ciudad (hoy número cuatro), recayendo sentencia

en fecha 05.07.91 desestimatoria. Interpuesto recurso de Suplicación contra la misma en fecha 15.03.93 dictó sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la que estimando en parte el recurso interpuesto declaró el derecho de la recurrente a que se le respeten las condiciones en que fue declarada inválida permanente en 27.07.83, y en consecuencia a que desde el año 1986 y por el cauce reglamentario la recurrida “T., S.A.” proponga la actualización de la parte de pensión a su cargo, con derecho de la beneficiaria a las diferencias económicas que tal propuesta pueda suponer, de ser aceptada por quien corresponda y condena a la referida empresa a estar y pasar por dicha declaración, con abono de las diferencias que en su caso pudieran producirse, con absolución del codemandado I.N.S.S. Declarada firme e instada ejecución dictó auto en fecha 06.10.95 el Juzgado de instancia teniendo por ejecutada la sentencia./ OCTAVO.- Que el Ministerio de Economía y Hacienda no admitió la revalorización solicitada por la demandante./ NOVENO.- Que la demandante solicita en la presente demanda que las codemandadas, solidariamente o la que se estime pertinente, están obligadas a revalorizar el complemento de la pensión que viene percibiendo la actora desde el año 1986 hasta la presentación de la demanda rectora, en los mismos porcentajes fijados para las revalorizaciones de la Seguridad Social./ DÉCIMO.- que en fecha 03.12.96 se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C. con resultado de sin avenencia respecto a “T. S.A.” y sin efecto respecto a “E.S.V., S.A.E.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por doña M.B.C. contra la Empresa “T., S.A.”, la “A.E.S.V., S.A.E.” y el MINISTERIO DE HACIENDA, absolviendo a los codemandados de los pedimentos contenidos en la misma.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme la actora con que, en la sentencia de instancia, se desestime la demanda -dirigida a que los demandados Empresa “T., S.A.”, “A.E.S.V., SAE”, y Ministerio de Economía y Hacienda, o el que de ellos

corresponda, solidariamente o en el concepto que se estime pertinente, están obligados a revalorizar el complemento de pensión, que viene percibiendo desde el año 1986 hasta el presente, en los mismos porcentajes aplicados por la Seguridad Social a la pensión, o en los que se estimen procedentes-, formula recurso de Suplicación, por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción de los artículos 15 de los Convenios para 1979 y 1983, y 19 del Convenio de 1986, en relación con el 33 del Convenio de 1986, en relación con el 33 del Convenio de 1979 y con el Real Decreto 2.248/1985, de 2 de noviembre.

SEGUNDO.- Son datos de interés, para resolver el tema debatido: a) que la actora, trabajadora que fue de "T., S.A." (hoy A., S.A.), se encuentra en situación pasiva, por invalidez permanente, desde el 27 de julio de 1983, habiéndosele reconocido una prestación, por importe del 100% de su haber regulador, que se fijó, inicialmente, en la suma de 86.332,50 pesetas mensuales, más dos pagas extraordinarias; b) que, conforme a lo previsto en el artículo 33 del Convenio Colectivo de "T., S.A.", desde el año 1980 y sucesivos, el Ministerio de Hacienda dictaba una Orden acordando el porcentaje de incremento de las pensiones, que, sin embargo, no se dictó en los años 1986 y 1987, tras haber entrado en vigor la Ley 33/1985, de 22 de noviembre, de supresión de la Renta de Tabacos; c) que, por aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 2.248/1985, de 20 de noviembre, se produjo la integración de Seguridad Social, del Régimen de prestaciones de la empresa demandada, con efectos de 1 de octubre de 1987; d) que la actora vino percibiendo su pensión, conforme a lo previsto en el artículo 19 del Convenio Colectivo (BOE de 11 de agosto de 1987), que dispone que "el personal de la Compañía que, en la fecha de la integración se encuentra en situación pasiva, ya sea por jubilación o por invalidez permanente, pasará a percibir la pensión que corresponda en el Régimen General de la Seguridad Social, completada en la cuantía precisa para alcanzar el 100% de la pensión que viniera percibiendo el interesado en el momento de la integración en el Régimen General"; y, en virtud de ello, quedó fijada, en el 55% de la base reguladora, con cargo a la Seguridad Social, y, además, en la de 52.142 pesetas mensuales, más dos pagas extraordinarias, que le vino abonando la Empresa, para completar la revisión inicial; e) que "T., S.A." suscribió, en fecha 31 de diciembre de 1988, un contrato, con la "Cía. C.V." (hoy E.S.V., S.A.E.), de seguro de rentas vitalicias y de supervivencia

del colectivo de pensionistas, estando inclinada, en la relación de asegurados, la demandante; f) que, en fecha 15 de marzo de 1993, por esta Sala se dictó sentencia, en procedimiento, seguido por la aquí actora contra "T., S.A.", declarando el derecho de aquélla a que se le respeten las condiciones en que fue declarada inválida permanente, en 27 de julio de 1983, y, en consecuencia a que, desde el año 1986 y por el cauce reglamentario, "T., S.A." proponga la actualización de la parte de pensión a su cargo, con derecho a la beneficiaria a las diferencias económicas que tal propuesta pueda suponer, de ser aceptada por quien corresponda, y condenándola a estar y pasar por tal declaración, con abono de las diferencias que, en su caso, pudieran producirse; y g) que el Ministerio de Economía y Hacienda no admitió la revalorización, solicitada por la demandante, y, por auto de 6 de octubre de 1985, el Juzgado de instancia tuvo por ejecutada dicha sentencia.

TERCERO.- El examen de lo anteriormente expuesto, lleva a las siguientes conclusiones: a) que ninguna duda existe acerca de que la actora tiene derecho a que se le respeten las condiciones en que fue declarada inválida permanente, en fecha 27 de julio de 1983, pues -aparte de que "T., S.A.", asumió tal obligación, como una mejora directa de prestaciones (artículo 192 del vigente TRLGSS de 1994 y 182 del derogado Texto de 1974), ya que no en vano se estableció en el artículo 19 del Convenio Colectivo de 1987, que el personal de la Compañía que, en la fecha de integración, se encuentre en situación pasiva, ya sea por jubilación o por invalidez permanente, pasará a percibir la pensión que corresponda en el Régimen General de la Seguridad Social, completada en la cuantía precisa para alcanzar el 100% de la pensión que viniera percibiendo el interesado en el momento de la integración en el Régimen General -, así lo dispuso, expresamente, la sentencia de esta Sala, dictada en fecha 15 de marzo de 1993, en procedimiento, seguido por la aquí demandante contra "T., S.A.", en solicitud de revalorización del complemento, que abona "T., S.A.", en los mismos porcentajes fijados para las revalorizaciones de la Seguridad Social; y b) que el problema surge, con relación a la forma en que deberá llevarse a cabo el abono de las revalorizaciones de referencia, porque, en la sentencia de esta Sala, que cita, se señaló que "desde el año 1986 y por el cauce reglamentario la recurrida "T., S.A." proponga la actualización de la parte de la pensión a su cargo, con derecho de la beneficiaria a las diferencias económicas que tal propuesta pueda suponer, de ser aceptada por quien correspon-

da...”, y porque, cuando “T., S.A.”, propuso la revalorización solicitada, el Ministerio de Economía y Hacienda, no la admitió, dado que, tras ser aprobada la Ley 33/1985, de 22 de noviembre, que suprimió el Contrato de Monopolio que dicha Empresa tenía concertado con el Estado y suprimió la Renta de Tabacos, a cuyo cargo iban –antes de la integración del colectivo de pensionistas en el Sistema de la Seguridad Social, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 2.248/1985, de 20 de noviembre–, las prestaciones satisfechas por ella; cesó, en, el año 1986, en las actualizaciones, que había venido llevando a cabo desde el año 1980 al 1985; y, con todo ello, en derecho que al efecto correspondía a la demandante, y que le fue reconocido en aquella sentencia, pasó a ser ilusorio.

CUARTO.- No obstante las dificultades que ello supone, porque existe una sentencia firme de esta Sala cuyos pronunciamientos, es obligatorio respetar, sustancialmente, señaló, entre otros extremos, “que desde el año 1986 y por el cauce reglamentario la recurrida “T., S.A.” proponga la actualización de la parte de la pensión a su cargo, con derecho de la beneficiaria a las diferencias económicas que tal propuesta pueda suponer, de ser aceptada por quien corresponda... –que, en definitiva, reconoce el derecho de la actora a las diferencias económicas, derivadas de la revalorización de la pensión; y que también en definitiva, no indica que la propuesta de actualización se deba presentar, precisamente, ante el Ministerio de Economía y Hacienda–, la Sala entiende, a efectos de que dicha sentencia se cumpla en su integridad, y como complemento a lo en ella acordado, que es preciso, con estimación de la demanda, reconocer el derecho de la actora a percibir las correspondientes revalorizaciones, sin necesidad de acudir a una propuesta previa, que no tiene razón de ser, desde que entró en vigor la Ley 33/1985, de 22 de noviembre; condenar a su abono solidariamente, a “T., S.A.”, y a la Compañía de Seguros “E.S.V., S.A.E”, en cuanto tiene concertado con aquélla contrato de seguro de rentas vitalicias y de supervivencia del colectivo de pensionistas, en cuya relación está incluida la actora; delimitar, a efectos de eliminar cualquier tipo de interferencia con la ejecución de la sentencia, dictada por esta Sala, en fecha 15 de marzo de 1993 –que se tuvo por ejecutada por auto de 6 de octubre de 1995–, los efectos de dicha condena, a la fecha de la solicitud; y absolver al Ministerio de Hacienda de las peticiones del escrito inicial, al no corresponderle aprobar las consiguientes propuestas de revalorización, a partir de la

entrada en vigor de la Ley 33/1985; y, en todo caso, sin que sea obstáculo a lo expuesto, el hecho de que, en el artículo 33 del Convenio Colectivo para el año 1979 se establezca, no que la empresa quede obligada a efectuar la actualización, sino solamente que “por la Compañía se propondrá la actualización de los haberes del personal en situación pasiva, a través de los cauces reglamentarios y con ocasión de la revisión de las retribuciones del personal activo por Convenios Colectivos”, dado que dicha redacción, impuesta por las circunstancias existentes en aquel momento – era preciso acudir a los citados cauces reglamentarios, en el año 1979, porque, obviamente, aún no había entrado en vigor la Ley 33/1985, que suprimió la Renta de Tabacos–, no excluía, sino todo lo contrario, la obligación de “T., S.A.”, de hacer frente a las actualizaciones. Por lo expuesto.

Fallamos

Que, con estimación en parte del recurso de Suplicación, planteado por doña M.B.C. contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de A Coruña, en fecha 16 de febrero de 1998, con revocación de su fallo, y con estimación en parte de la demanda, debemos declarar y declaramos que la empresa “T., S.A. (hoy A., S.A.)” y la Compañía Aseguradora “E.S.V., S.A.E.”, están obligadas, solidariamente, a revalorizar el complemento de pensión, que viene percibiendo la actora, desde la fecha de la solicitud, en los mismos porcentajes aplicados por la Seguridad Social a la pensión; condenando a dichas demandadas a estar y pasar por esta declaración; y que debemos absolver y absolvemos al Ministerio de Economía y Hacienda, de las peticiones de la demanda.

3211 Recurso nº 1.408/98

S.S. PENSIÓN DE ORFANDEDE. CUESTIONES DE DEREITO TRANSITORIO. TEN DEREITO Á MESMA A BENEFICIARIA QUE CUMPRIU DEZAOITO ANOS NO 1997, ANTES DA ENTRADA EN VIGOR DA LEI 24/1997, DO 15 DE XULLO, E XA RECIBIRA NOTIFICACIÓN DE EXTINCIÓN.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a once de junio de dos mil uno.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.408/98, interpuesto por doña C.V.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña C.V.P. en reclamación de orfandad, siendo demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 738/98 sentencia con fecha 31 de diciembre de 1997, por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) La demandante doña C.V.P., nacida el 6-abril-1979, vino lucrando pensión de orfandad que se abonaba a su madre doña O.P.V., por tenerla a su cargo, pensión que había sido reconocida por resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. de fecha 6-septiembre-1985 en la cuantía del 20% de una base reguladora de 34.353 pesetas mensuales y efectos económicos de 3-febrero-1985.- 2º) Por escrito de fecha 23-mayo-1997 de la indicada Entidad Gestora, se comunicó a la madre de la accionante que se procedía a la extinción de la pensión de orfandad de su hija con motivo del cumplimiento de 18 años de edad.- 3º) En fecha 16-julio-1997 se publicó en el BOE la Ley 24/97, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, y entre otros puntos, modificó la edad para ser beneficiario de la pensión de orfandad. Al amparo de esta normativa, la actora en fecha 5-septiembre-1997 presentó solicitud ante el INSS reclamando la reanudación del pago de la pensión que le había sido extinguida. Dictándose resolución denegatoria por el INSS de fecha 25-septiembre-1997, por no ser de aplicación la citada Ley 24/97 a los pensionistas de orfandad que cumplieron los 18 años antes de su entrada en vigor.- 4º) Disconforme la actora con dicha resolución denegatoria, interpuso reclamación previa el 3-octubre-1997, que fue expresamen-

te desestimada por resolución del INSS de 13 de noviembre siguiente.- 5º) Agotada la vía administrativa previa se interpuso la demanda origen de los presentes autos, que fue repartida a este Juzgado el 27 de noviembre último".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda promovida por doña C.V.P. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre reanudación de pensión de orfandad, debo absolver y absuelvo a los Organismos demandados de la pretensión deducida en la demanda".

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha treinta y uno de diciembre de 1997 del Juzgado de lo Social nº uno de Lugo, seguido a instancia de doña C.V.P. contra el INSS y la TGSS, por parte de la propia actora, basándose el mismo, al amparo del art. 191.c) de la LPL en infracción de la disposición transitoria sexta bis de la LGSS en la redacción dada por la misma por la Ley de 15 de julio de 1997 24/97 de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, en relación con el art. 175 de la LGSS .

De conformidad con el hecho probado primero y segundo de la Sentencia, la actora nació el 06.04.79, percibía una pensión de orfandad reconocida por resolución de la Dirección Provincial de INSS de fecha 06.09.85 en la cuantía del 20% de una base reguladora de 34.353, por escrito de 23 de mayo de 1997 la Entidad Gestora le comunica la extinción de la pensión con motivo del cumplimiento de la edad de 18 años. Dicha cuestión ha sido resuelta por reiterada jurisprudencia del T. Supremo, entre otras la de 12 de mayo de 1999 (Rec. 3.717/98), la cual dice: "Aunque por aplicación de la normativa vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 24/97, la actora perdía su pensión de orfandad al cumplir los 18 años, esto es el 23 de junio de 1997, los efectos de la nueva ley ampliadora de los beneficios de la orfandad le son aplicables si se tiene en cuenta y se armoniza el contenido de las disposiciones anteriormente citadas. Entre ellas hay dos que justifican sobradamente el derecho de

la actora reconocido por la sentencia recurrida. Una es la citada Disposición adicional octava de la LGSS carente de sentido sino se aplicara la ley de 15 de julio de 1997 a las prestaciones de orfandad ya causadas antes del 5 de agosto de 1997, fecha de entrada en vigor de aquella ley, con arreglo a la legislación anterior, pues, obviamente, la entrada en vigor de las leyes señala el momento de aplicación de las mismas a las situaciones surgidas desde entonces. Y la otra disposición es la Transitoria sexta bis antes aludida. Según ella se establece un principio general para determinar los nuevos límites de edad respecto a la condición de beneficiarios de la prestación de orfandad, cual es la aplicación a partir de 1 de enero de 1999. Pero seguidamente se instaura un régimen transitorio paulatino aplicable a los años 1997 y 1998, respectivamente de 19 y 20 años y de 20 y 21 en el supuesto de inexistencia de ambos padres. La actora tiene 18 años en 1997 y 19 en 1998 con lo que está dentro de los límites señalados por la disposición sexta mencionada que tampoco se entendería si solo se aplicara a quienes teniendo 18 años en 1997, como la actora, los cumplieran, sin embargo, a partir del 5 de agosto de dicho año, en consecuencia de lo dicho, siendo este también el caso concreto de la recurrente, es por lo que procede la estimación del motivo del recurso, teniendo en consecuencia, derecho a la reanudación de la prestación interesada de orfandad.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña C.V.P. contra la sentencia de fecha 31 de diciembre de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Lugo, con revocación de la sentencia de instancia y estimando la demanda rectora de los autos, debemos declarar y declaramos el derecho de la actora a percibir la pensión de orfandad en la cuantía y forma reglamentaria.

3212 Recurso nº 2.403/2001

S.S. NULIDADE DAS ACTUACIÓNS POR DENEGACIÓN DE PROBA DE CONFESIÓN. UNHA PARTE PODE PEDIR CONFESIÓN DOUTRA QUE APAREZA NA MESMA POSICIÓN PROCESUAL DE DEMANDADO.

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

A Coruña, a once de junio de dos mil uno.

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. 2.403/2001 interpuesto por Liga Nacional de Fútbol Profesional y OTROS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por P.K. en reclamación de TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado (L.N.F.P., R.F.E., "R.C.D.C., S.A.D.", C.S.D. y MINISTERIO FISCAL). En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 923/00 sentencia con fecha dos de enero de dos mil uno 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 P.K., de nacionalidad checa, con pasaporte de ese país número... y permiso de residencia y trabajo número X...W viene prestando sus servicios como deportista profesional para la entidad "R.C.D.C., S.A.D." mediante contrato fechado el 14.01.1999, el cual se reproduce en su integridad./ Segundo.- El actor solicitó su inscripción como jugador profesional el 14.01.1999./ Tercero.- El 24.07.2000 fue solicitada ante la Liga Nacional de Fútbol Profesional lo siguiente: "El "R.C.D.C., S.A.D." solicita la inscripción de los deportivos don P.K., don N.N. y don S.B. en condición de COMUNITARIOS en virtud de lo puesto en el artículo 48 del Trabajo de la Unión Europea como consecuencia de los Tratados de dicha Unión Europea con la República Checa y con el Reino de Marruecos, países a los que pertenecen los citados deportistas según se indica"/ Cuarto.- El 27.07.2000 fue solicitada ante la Liga Nacional de Fútbol Profesional lo siguiente: "Don E.R.G., Abogado, en nombre y representación de don P.K., según consta acreditado en escritura de poder a mi favor otorgada que se acompaña, solicitó la inscripción de don P.K., con pasaporte

número... de la República de Chequia en condición de COMUNITARIO, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea como consecuencia de los Tratados de dicha Unión Europea con la República de Chequia, país al que pertenece don P.K.”/ Quinto.- Por resoluciones de fecha 25 y 28 de julio de 2000 la Liga Nacional de Fútbol Profesional desestimó las peticiones en base a lo siguiente: Al respecto lamentamos comunicarle no poder acceder a lo solicitado, ello en base a lo dispuesto en el art. 173 del Reglamento General de la R.F.E.F. que establece que tendrán la consideración de comunitarios los jugadores que posean la nacionalidad de cualquiera de los países que conforman la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo”./ Sexto.- El número de licencias futbolistas extranjeros no comunitarios que puede poseer un club de fútbol que participe en categoría profesional es el de 5 y 3 el número de los que pueden ser alineados simultáneamente durante la disputa de un partido de fútbol en virtud del acuerdo de 28.05.1999, el cual se reproduce./ Séptimo.- El actor alega violación de derechos fundamentales por discriminación en virtud de lo argumentado en el hecho sexto de la demanda, el cual se reproduce./ Octavo.- Los futbolistas profesionales inscritos por el “R.C.D.C., S.A.D.” para su participación en competiciones oficiales de fútbol profesional correspondiente a la temporada 2000/2001 son los que se desprenden del certificado de 18.12.2000 emitido por la R.F.E.F., el cual se reproduce./ Noveno.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 07.08.2000 contra la (L.N.F.P.) y el “R.C.D.C.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la totalidad de las excepciones planteadas por la (R.F.E.F. y el C.S.D.) de falta de competencia de este orden jurisdiccional social, falta de competencia territorial y falta de acción y, estimando la demanda interpuesta por don P.K. contra la (L.N.F.P., R.F.E.F., “R.C.D.C., S.A.D.” y C.S.D.), debo declarar y declaro la nulidad radical de las resoluciones de 25 y 28 de julio de 2000 de la (LNFP) por las que se deniega la consideración de comunitario del actor, condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por tal declaración y al cese inmediato de la conducta discriminatoria respecto de don P.K., pudiendo prestar sus servicios como jugador profesional de fútbol en igualdad de condiciones con los jugadores españoles y /o comunitarios.”

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 demanda de tutela de derechos fundamentales solicita la declaración de nulidad radical de las resoluciones de 25 y 28.07.2000 de la (L.N.F.P.) por la que se deniega la consideración de comunitario de don P.K. y se condene al cese de la conducta discriminatoria respecto del Sr. K., permitiéndole prestar sus servicios como jugador profesional de fútbol en igualdad de derechos con los jugadores españoles y/o comunitarios. La sentencia dictada en la instancia se pronuncia del siguiente modo: “Que desestimando la totalidad de las excepciones planteadas por la (R.F.E.F. y el C.S.D.) de falta de competencia de este orden jurisdiccional social, falta de competencia territorial y falta de acción y, estimando la demanda interpuesta por don P.K. contra la (L.N.F.P., R.F.E.F., “R.C.D.C., S.A.D.” y C.S.D.), debo declarar y declaro la nulidad radical de las resoluciones de 25 y 28 de julio de 2000 de la (LNFP) por las que se deniega la consideración de comunitario del actor, condenando a las entidades demandadas a estar y pasar por tal declaración y al cese inmediato de la conducta discriminatoria respecto de don P.K., pudiendo prestar sus servicios como jugador profesional de fútbol en igualdad de condiciones con los jugadores españoles y /o comunitarios.”.

SEGUNDO.- Frente a la sentencia dictada se interponen los siguientes recursos de Suplicación: La (L.N.F.P.) interpone recurso en solicitud de que se declare “la nulidad de la sentencia, dictando otra más ajustada a derecho por la que se declare la inexistencia de discriminación por razón de nacionalidad a don P.K.”. A este efecto y al amparo del artículo 191.c) LPL, denuncia el recurrente infracción del art. 17 E.T. en relación con el art. 181 LPL (motivo único). El Abogado del Estado, recurre en solicitud de que se revoque la sentencia de instancia “declarando la inexistencia de denegación de licencia administrativa, subsidiariamente la incompetencia del Orden Social, subsidiariamente la inadecuación de procedimiento y también con carácter subsidiario, entrando en el fondo del asunto, absuelva a la demandada”; en otro-sí interesa que caso de entrar a conocer del fondo, se

plantee cuestión prejudicial ante el T.J.U.E. A estos efectos, el recurso formula los motivos siguientes, al amparo del art. 191.c) LPL: 1º.- Inexistencia de licencia, con cita de diversos preceptos legales. 2º.- Incompetencia de jurisdicción, con cita del art. 533.1 LEC y 1.2.a) y 4.1 LPL y 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación con los arts 8, 30 y 33 Ley 10/90 y 3 y 28.1 y D.A. 2º del R.D. 1.835/91 y 1.5 del R.D. 1.006/85 y jurisprudencia que cita. 3º.- Inadecuación de procedimiento, con cita de los arts. 181 y 175 LPL y STS de 14.11.97. Y 4º infracción del art. 14 C.E. y 39 del Tratado Constitutivo de la C.E. en relación con el art. 38 del Tratado de Asociación de la C.E. con Chequia.

La (R.F.E.F.) recurre en solicitud de que se declare: A) La nulidad de la sentencia recurrida, y con ella de las actuaciones realizadas desde el momento de la solicitud de la prueba de confesión del representante legal del "R.C.D.C., SAD", retro trayéndose las mismas a tal momento. B) Subsidiariamente, se declare la incompetencia por razón de la materia de la Jurisdicción Social. C) Subsidiariamente, se desestime la demanda, por falta de acción o de trato discriminatorio. A estos efectos y al amparo del art. 191.a), b) y c) LPL el recurso articula los siguientes motivos: 1º) Nulidad de actuaciones por infracción de normas y garantías del procedimiento causante de indefensión, en concreto de los arts 87.1 y 3, 90 y 91 LPL. 2º) Revisión del H.P. 8º. 3º) Infracción de los arts. 2, 3 y 181 LPL en relación con los arts. 1 E.T., 9.4 LOPJ, 7, 8, 30.2 y 32.4, 33.1, A y 41 Ley 10/90, 1.1, 3, 7, 28 y D.A. 2ª R.D. 1.835/91 y SSTs de 26.12.99, 24.06.88, 17.2 y 05.10.98, 08.06.89, 05.12.96 y 19.07.84, en función de la alegación de incompetencia de jurisdicción. 4º) Infracción del art. 32.4 Ley 10/90 en relación con el art. 7 RD 1.835/91 y 15 de los estatutos de la (R.F.E.F.) aprobados por resolución del C.S.D. de 27.12.99. 5º) Infracción de los arts. 14 C.E., en relación con el art. 17.1 E.T., art. 1 RD 1.006/85 y art. 28 y D.A. 2ª R.D. 1.835/91, y art. 38 del Acuerdo de Asociación suscrito por la CEE y la República Checa de 04.10.83 (BOE 28.01.98).

TERCERO.- A la vista de los recursos interpuestos y de los motivos articulados en los mismos, aparece como de prioritaria resolución el motivo formulado al amparo del art. 191.a) LPL en el recurso de la (R.F.E.F.). Y es que se trata de un motivo dirigido a obtener una nulidad de actuaciones que con inclusión

de la sentencia dictada en la instancia, pretende la reposición del proceso al momento de la solicitud en el acto de juicio de la prueba de confesión judicial del representante legal del "R.C.D.C.". El motivo, por su propia significación, trascendencia y efectos caso de admisión, resulta de preferente resolución a los demás alegados en los recursos interpuestos (incluidos los relativos a incompetencia de jurisdicción e inadecuación de procedimiento), puesto que las cuestiones que subyacen en ellos se plantearon en el acto de juicio y se han de decidir en sentencia, tras haber sido alegado en aquel acto lo oportuno y practicado en él la prueba pertinente solicitada por las partes en orden a dejar fijados los presupuestos de hecho a partir de los que ha de resolverse todo lo planteado. El motivo de nulidad de actuaciones de que se trata afecta ex ante, al presupuesto para resolver en sentencia de modo ajustado a los principios imperativos que rigen el proceso todo lo planteado en juicio por las partes.

CUARTO.- La infracción que de los arts. 87.1 y 3, 90 y 91 LPL denuncia el motivo formulado por la R.F.E. de Fútbol en orden a interesar la nulidad de actuaciones se sustenta en la denegación que ha efectuado el juzgador "a quo" de la prueba de confesión del representante legal del "R.C.D.C., SAD." Y efectivamente, en las actuaciones aparece plasmado lo siguiente, de interés oportuno para la resolución de lo planteado: A) El acto de juicio tuvo lugar el 20.12.2000, compareciendo al mismo las partes, y en concreto el demandado "R.C.D.C., SAD", representado debidamente por don M.T.P., cuyo poder al efecto aparece testimoniado a los folios 42 a 45. B) Si bien en dicho acto la R.F.E.F. se opuso a la demanda, el "R.C.D.C., SAD", adoptó la siguiente postura procesal, según se lee al folio 332 Vtº: "Concedida la palabra al representante del "R.C.D." contesta que nada tiene que oponer a la demanda". C) Llegado el momento de la proposición y práctica de la prueba, se constata (folio 333) la siguiente incidencia: "Por la Federación propone documental y confesión judicial repre. Deportivo", "S.Sª se deniega la confesión judicial instada por el representante de la Federación por tener la misma posición procesal, no haber sido pedida con anterioridad y no es oponente. Por el representante de la Federación se hace la oportuna protesta por la inadmisión de la citada prueba". Y d) El representante del "R.C.D.C., SAD" actuó con un poder al efecto (folios 42 a 45) en que consta se le confieren facultades de absolver

posiciones en confesión judicial. De lo anterior se deriva la admisión del motivo de recurso de que se está tratando.

QUINTO.- La prueba de confesión denegada por el juez “a quo” pudo y debió de ser practicada en el acto de juicio, entrando de plano en la previsión del art. 90.1 LPL de que las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley y en el mandato del art. 87.1 LPL de que “se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto”. Y es que la Federación pedía la confesión de una parte compareciente en el acto de juicio y representada legalmente por persona con aptitud al efecto según el poder a ella conferido (art. 91.3 LPL), no pudiendo ser denegada la práctica de la prueba en tales circunstancias por “no haber sido pedida con anterioridad”, ya que era factible su práctica en el acto, no requiriendo por ello diligencia de citación al efecto, y siendo (art. 91.1 LPL) las posiciones de la prueba de confesión a proponer verbalmente, sin admisión de pliego. La objeción a la práctica de la prueba relativa a tener la misma posición procesal proponente de la prueba y parte a confesar y no ser “oponentes”, tampoco resulta admisible.

SEXTO.- Ya en el ámbito del proceso civil y de la LEC de 1881, concreta jurisprudencia había venido matizando la necesidad prevista en el art. 579 de esta Ley de que la confesión judicial debía exigirse del “litigante contrario”. En concreto, la STS (Sala I) de 18.07.91 (Art. 5.396) decía: “...declarando, asimismo, la de 19 de noviembre de 1949 (R. 1.271) que, según el artículo 579, para que un litigante pueda exigir la prueba de confesión en juicio, es preciso que se exija de otro litigante, es decir, de otro que sea contrario al que le pida, o sea, que sostenga tesis y formule peticiones contrarias a las de éste...”. Es más, la LEC 1/2000, con entrada en vigor escasos días después de la celebración del juicio de autos, siendo precisamente la LEC de aplicación supletoria en el ámbito del proceso laboral (D.A. 1ª LPL; también, art. 4 LEC 1/2000), al regular la prueba de “interrogatorio de las partes” prevé en su art. 301 que un colitigante pueda solicitar el interrogatorio de otro colitigante “siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos”.

También en el ámbito estricto del proceso laboral el T.S. ha considerado la admisión de la prueba de confesión solicitada por un demandado respecto de los codemandados. La STS (Sala 4ª) de 16.07.93 (Art. 5.682), que invo-

ca la (R.F.E.F.), dejó establecido al efecto lo siguiente: “En cuanto a las confesiones, el Magistrado de Instancia, de un lado inadmitió las que las hoy recurrentes propusieron al solicitar las de sus codemandados “por entender que la LEC no prevé la práctica de confesión a la propia parte...” . Ambas decisiones son contrarias a derecho y por tanto merecedoras de censura casacional. La primera porque el art. 76 de la Ley de Procedimiento aplicable confiere a los litigantes y sus defensores el derecho –que en primer lugar atribuye al Magistrado– de hacer a las partes las preguntas que estimen necesarias para el esclarecimiento de los hechos, configurando así el sistema distinto del que pueda resultar establecido en el ordenamiento procesal civil; y porque la complejidad del proceso de autos no permitía establecer “a priori” la identidad de derechos e intereses entre todos los demandados, por lo que no cabía hurtar a los que ahora recurren medios de defensa que pudieran afectar a los que les sean propios frente a los otros demandados. Y la segunda, amén de serle también predicable la primera razón dicha, porque en la fase de alegaciones, al contestar, se alegó distinta situación entre unos y otros demandantes, cuyo esclarecimiento reclamaba que todos hubieran de someterse a la confesión, medio probatorio distinto y de superior trascendencia al testifical y al que por ello no cabe aplicar analógicamente la limitación que previene el art. 82 de la Ley de Procedimiento Laboral”.

La aplicación al caso de autos de la explicitada doctrina y argumentación que contiene conduce definitivamente a dejar sin fundamento admisible la decisión del juez “a quo” de denegar la práctica de la prueba de confesión del representante del “R.C.D.C., SAD.” Y es que aunque solicitada dicha prueba por un codeemandado, la (R.F.E.F.) la contraposición de intereses entre ambos era patente y se había ya exteriorizado procesalmente al contestar a la demanda (mientras que la Federación se opuso a la demanda, el “R.C.D.C.” contestó que “nada tiene que oponer a la demanda”), de tal modo que eran “litigantes”, partes contrarias realmente por estar sus intereses en oposición o conflicto. Por consiguiente, la prueba de confesión del representante del demandado “R.C.D.C.” ha sido indebidamente denegada en el acto de juicio. Asimismo, la parte proponente de la prueba y hoy recurrente –que tampoco muestra conformidad con el conjunto fáctico manejado por el Juzgador de Instancia y con el declarado en su sentencia– efectuó la correspondiente protesta por la denegación, protesta que el artículo 87.2

LPL exige y prevé frente a la inadmisión consignando la prueba solicitada, al afectar la denegación a la prueba en sí misma y ex ante a su práctica y no a aspectos concretos de ella; en armonía con el hecho de que el juzgador en ningún caso la denegó por una hipotética inutilidad o irrelevancia de sus resultados, en todo caso sin fundamento constatable o constatado.

SÉPTIMO.- Así pues, se ha denegado en el acto de juicio indebida e injustificada-mente una prueba solicitada por la parte recurrente en tiempo y forma, pertinente como tal al margen de las restantes propuestas, con oportuna protesta en referido acto, de tal manera que con independencia de la valoración que pueda hacer el juzgador de instancia de tal prueba, en el contexto de conjunto probatorio practicado, como resolvía la antes aludida STS de 16.07.93 (que anula la sentencia allí recurrida, con anulación también del acto del juicio durante cuya celebración se produjo la infracción apreciada y con reposición de las actuaciones), existe una vulneración de normas procesales esenciales, un quebrantamiento de forma con infracción de los arts. 90, 91 y 87.1 LPL y del derecho de la demandada –recurrente a la tutela judicial efectiva y a la oportuna defensa en juicio, y su consecuencia legal es la de anular las actuaciones, con inclusión de la sentencia dictada, reponiéndolas al momento de celebración del juicio para que, con la oportuna nueva celebración del mismo, se practique también la prueba propuesta y no admitida. Esto supone la admisión del primer motivo del recurso interpuesto por la (R.F.E.F.) y, en lo esencial, la petición que con carácter preferente articula; que por su propia significación y efectos, y según lo que quedó anteriormente dicho, obsta a resolver los demás motivos en él formulados y los que plantean los restantes recursos, que obviamente quedan imprejuzgados en esta suplicación.

Fallamos

Que estimando en su primer motivo el recurso interpuesto por la (R.F.E.F.), contra la sentencia dictada el día 02.01.2001 por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña en Autos nº 923/00, tramitados a instancias de don P.K., y sin entrar por ello a resolver los demás motivos y los de los otros recursos también interpuestos por la (L.N.F.P.) y el Abogado del Estado, anulamos las actuaciones correspondientes, con inclusión de la sentencia dictada en la instancia, y reponemos el proceso al momento de celebración del acto de juicio con el fin de

que, con la oportuna nueva celebración del mismo en forma legal, se practique asimismo la prueba propuesta por la demandada –recurrente de confesión del representante legal del (R.C.D.C., SAD), indebidamente denegada, y tras ello, se proceda a dictar sentencia resolutoria de la pretensión formulada con libertad de criterio y plena jurisdicción.

3213 Recurso nº 2.056/01

S.S. PRESCRICIÓN DE FALTAS. CONCEPTO DE FALTA CONTINUADA. NON EXISTE SE SE PRODUCEN DIVERSOS FEITOS SEN RELACIÓN ENTRE ELES.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a catorce de junio de dos mil uno.

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. 2.056/01 interpuesto por M.T.N.B. 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 M.T.P.A. en reclamación de Despido siendo demandado M.T.N.B. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 320/00 sentencia con fecha veintiocho de febrero de dos mil uno 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.T.P.A., ha venido prestando servicios, para la demandada M.T.N.B., en la Residencia de la Tercera Edad de..., desde el 7 de agosto de 1996, con la categoría de Auxiliar Cuidadora y percibiendo un salario mensual de 140.178 ptas., a efectos de indemnización. La actora suscribió con la Entidad demandada, desde el 7 de agosto de 1996, los siguientes contratos: -

Contrato eventual por circunstancias de la producción desde el 7 de agosto de 1996 al 7 de octubre de 1996.- Contrato de obra o servicio desde el 1 de noviembre de 1996 al 30 de septiembre de 1997.- Contrato de interinidad por vacante, desde el 1 de octubre de 1997 hasta la actualidad. Dichos contratos figuran incorporados a autos teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido.- SEGUNDO.- En fecha 24 de abril pasado, la Entidad demandada entregó a la actora comunicación escrita de despido, la cual figura incorporada a autos teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido.- TERCERO.- La actora se encuentra en situación de Incapacidad Temporal, derivada de enfermedad común desde el 10 de abril de 2000, con el diagnóstico de “Síndrome Depresivo”.- CUARTO.- La actora se encuentra afiliada a la C.I.G. Valdeorras desde el 18 de marzo del 2000. No ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores.- QUINTO.- En reclamación por despido la actora interpuso reclamación previa el 15 de mayo del 2000 la cual no ha sido contestada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.T.P.A., contra la M.T.N.B., debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora llevado a cabo por la demandada el 24 de abril del 2000, y en consecuencia, condeno a la entidad demandada a que, a su opción, readmita a la actora, una vez sea dada de alta médica, en su mismo puesto de trabajo y condiciones que regían antes de producirse el despido o que le indemnice la cantidad de 790.851 ptas. advirtiéndose que la antedicha opción deberá efectuarse por la demandada, ante este Juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por la actora contra la M.T.N.B., declaro improcedente el despido de la actora llevado a cabo por la demandada el 24 de abril de 2000, condenando a la entidad demandada a que, a su opción, readmita a la actora una vez sea dada de alta médica en su mismo puesto de

trabajo y condiciones que regían antes de producirse el despido o que le indemnice la cantidad de 790.851.- pesetas. Se alza en suplicación la demandada, interponiendo recurso, articulado sobre tres motivos, con amparo procesal en los apartados a) b) y c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y en el primer motivo, al amparo del apartado a) del citado precepto, se denuncia infracción del artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando sintéticamente que la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida adolece de graves carencias y vacíos, pues estando centrada la cuestión controvertida en la determinación de si el despido es procedente o no, la misma no relaciona los datos precisos para examinar este extremo, estimando en definitiva que los hechos probados son insuficientes a los fines indicados, por lo que la consecuencia es la de declaración de nulidad de la sentencia a fin de que se dicte otra que cumpla adecuadamente lo que ordena el citado artículo 97, y esta exigencia de la suficiencia de Hechos Probados es de derecho necesario, al afectar al orden público del proceso.

El motivo, desde luego, ha de fracasar, pues para que la nulidad de actuaciones se declare es necesario no sólo que se haya infringido una norma de procedimiento, sino que, la misma sea esencial y se precise por la denunciante haciéndolo valer en el momento de su producción, y que la infracción procesal produzca indefensión, y tales requisitos no concurren aquí, pues aparte de no mencionar la recurrente que indefensión se le ha causado, y lo cierto es que si la juez “a quo” no recoge los hechos imputados a la actora es por que dichos hechos no han sido probados, y solicitándose además la adición de múltiples HDP, (por la vía del artículo 191 apartado b) de la Ley de Procedimiento Laboral) se estima por la sala inviable este motivo pues se intenta suplantar la decisión del juzgador, buscando una nulidad de actuaciones.

TERCERO.- Que al amparo de lo establecido en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la parte recurrente la revisión de los Hechos declarados probados. Y pretende en concreto las siguientes revisiones: 1.- Adicionar un nuevo HDP, que llevaría el ordinal sexto, y con el siguiente tenor literal :”Que la actora el día 14 de enero de 1997 se le sanciona con suspensión de empleo y sueldo durante dos días, debido a que no administro la medicación requerida al residente don D.D.R..”. 2.- Adicionar un nuevo

hecho, con el ordinal séptimo y con el siguiente texto: "Que la demandante recoge en su ficha de trabajo actividades que no realiza. Así, en la ficha de control de baños y movilizaciones, se recoge que el día 8 de septiembre de 1997 a las 8,30 horas su compañera. D., había afeitado y bañado a A. Ese mismo día doña M.T. recoge como tarea realizada el afeitado de A. a las 9 horas." 3.- Adicionar otro HDP, el octavo, con el siguiente texto: "Que el día 2 de diciembre de 1997, la actora acudió a la farmacia "A." a comprar los medicamentos, cuando correspondía adquirirlos en la "F.P.", dado que en la residencia esta establecido la norma de reparto mensual en la adquisición de productos farmacéuticos entre las dos farmacias existentes en P.T., adquiriéndose dichos artículos del día 1 al 15 en la farmacia "P." y del 16 al 30/31 en la farmacia "A.". Ello dio lugar a que el 15 de diciembre se le enviase comunicación recordándole el contenido de dicha norma." 4.- Adicionar otro HDP, el Noveno, con el siguiente tenor literal: "El día 9 de febrero de 1997, a la hora del desayuno, siendo la actora la encargada de distribuir la medicación a los residentes, la correspondiente a don A.P. se encontraba en el vaso de doña A.N." 5.- Adicionar otro HDP el décimo con el siguiente texto: "con fecha de 29 de diciembre de 1998 el Psicólogo animador socio cultural, en un informe sobre la labor de la actora, recoge los siguientes extremos: -Que la residente B.S.R., que se encuentra en silla de ruedas, hace las siguientes quejas sobre doña. M.T.P.A.: -Que no le ayuda a vestirse y desvestirse como los demás auxiliares. Que no le ayuda a trasladarse a la cama desde la silla de ruedas. -Que no la acompaña al baño cuando lo solicita." 6.- Adicionar un nuevo HDP, el decimoprimer, con el siguiente texto: "Que en presencia del Psicólogo animador socio cultural, en noviembre de 1998, la residente doña A.R.L. relata que se encuentra mal, que tiene la garganta mal, que ha estado estornudando y manchaba de sangre el pañuelo. Este le dice a la actora que ponga estos hechos en conocimiento del medico del centro. Comprobado posteriormente dicho extremo doña M.T. no lo había recogido en el libro de incidencias ni se lo había comunicado al medico como era su obligación". 7.- Adicionar un nuevo HDP, el duodécimo, con el siguiente texto: "Que en el escrito del medico de la Residencia, de fecha 4 de enero de 1999, este pone en conocimiento de la dirección del centro, que el no se hacía responsable de las negligencias e irregularidades derivadas de la actuación de doña M.T.P.A. como Auxiliar de clínica ". 8.- Adicionar otro HDP, el decimoter-

cero, con el siguiente texto: "Que con fecha de 3 de febrero de 1999, la residente doña H.G.L. pone en conocimiento de la dirección del centro que a su compañera de habitación, doña C.M., doña T.P.A. no le cambia el pañal por la mañana, ni la atiende como su estado requiere." 9.- Adicionar otro HDP el decimocuarto, con el siguiente tenor literal: "Que en la ficha de trabajo de fecha 8 de febrero de 1999, la demandante recoge que le ha cambiado el pañal a doña B. Posteriormente la residente pone en conocimiento del director, en concreto el día 10 de febrero de 1999, que el día 8 de febrero de 1999, doña M.T. no le había cambiado el pañal que se encontraba orinado, quitándose ella misma". 10.- Adicionar otro HDP, el decimoquinto, con el siguiente texto: "Que con fecha de 15 de abril de 1999, el médico del centro, Dr. J.L.C.P., recoge queja de doña R.D.R., hija del residente N.D.V., en que se denuncia la actitud negligente de doña M.T.P.A. en el cuidado de su padre". 11.- Adicionar otro nuevo HDP, el decimosexto, con el siguiente tenor: "Que el día 16 de abril de 1999, a doña L.A.D. la actora no le administro la medicación correcta, que constaba en el libro de ordenes medicas y en el libro de actas ". 12.- Adicionar un nuevo HDP, el decimoséptimo, con el siguiente texto: "Que el día 18 de mayo de 1999, el medico de la residencia pone en conocimiento de los responsables de la residencia que doña M.T. no entrega las fichas de trabajo diariamente, pese a la orden escrita de hacerlo ,entregándolas todas juntas o no haciéndolo". 13.- Adicionar un nuevo HDP, el decimoctavo, con el siguiente texto: "Que el día 17 de diciembre de 1999 la demandante no cambio las sábanas ni el cinturón de seguridad, que estaban orinados, en la casa de doña V.P.A., siendo ella la que se había ocupado de dicha habitación ese día ." 14.- Adicionar un nuevo HDP, el decimonoveno, del siguiente tenor: "Que la noche del día 12 de marzo de 2000, durante el turno de noche que realizaba M.T., doña B.S.R. solicitó de la actora que le acompañase al cuarto de baño, cosa que esta se negó a hacer. Que el día antes de esa fecha, ante el requerimiento de doña B. para que le acercase un bolso de tela de fondo rígido, que se encontraba en la mesa de su habitación, la demandante se lo tiro a la cabeza impactándolo en la ceja izquierda, causándole dolor." 15.- Adicionar por ultimo otro HDP nuevo, con el ordinal vigésimo, y con el siguiente texto: "Que la actora no se encontraba en el centro de trabajo, a la hora de entrada, los días 16 y 19 de marzo de 2000". 16.- Adicionar otro HDP, el vigésimo primero, con el siguiente

tenor: "Que el día 10 de abril de 2000, la residente B.S.R. pone en conocimiento del centro, que hace poco mas de una semana, cuando la demandante realizaba el turno de noche, sujetó a la residente por los brazos, y agito su cuerpo de forma amenazante, que le pellizco deliberadamente en piernas y brazos, con la única intención de causarle dolor, llamándole mentirosa y diciéndole que ojalá se muriese." 17.- Adicionar otro HDP el vigésimo segundo, con el siguiente texto: "Que doña B. falleció el día 14 de noviembre de 2000". 18.- Y finalmente adicionar otro HDP, el vigésimo tercero, con el siguiente texto: "Que debido a que doña H. sufre un cuadro confusional agudo, esta representación tuvo que renunciar a la testifical de la misma."

En cuanto a la adición pretendida en primer lugar y que tiene su apoyo procesal en la documental obrante en los folios 102 de los autos, a saber carta de sanción, la misma prospera, al apoyarse en documento hábil al efecto y desprenderse de la documentación señalada, sin perjuicio de entrar a valorar al examinar el último motivo del recurso, si dicha falta está o no prescrita.

En cuanto a las adiciones pretendidas en segundo y tercer lugar, y que tienen su apoyo procesal en la documental obrante a los folios 101, 102 y 103 de los autos, las mismas no pueden prosperar, al carecer los documentos en que se apoya de eficacia revisoria, y ello por cuanto que los escritos y comunicaciones en que se apoya no fueron ratificados en el acto de juicio.

En cuanto a las adiciones pretendidas en cuarto, quinto y sexto lugar, de adicionar los HDP noveno, décimo, y undécimo, y que tiene su sustento procesal en la documental obrante a los folios 98 y 99 de los autos, las mismas tampoco pueden prosperar, al carecer la documental en que se apoyan de eficacia probatoria, al apoyarse en informes no ratificados en el acto de juicio.

En cuanto a las adiciones pretendidas de adicionar HDP nº decimosegundo, décimo tercero, decimocuarto y decimoquinto y decimosexto, y que tienen su sustento procesal en la documental obrante a los folios 92, 94, 95 y 96 de los autos, han de correr igual suerte desestimatoria, pues al apoyarse en documentos inhábiles para revisar, al tratarse de relatos provenientes de terceros que no han sido ratificados en el acto de juicio.

Y finalmente por lo que se refiere a las adiciones pretendidas, de adicionar nuevos hechos, con los nº decimoséptimo, decimoctavo, decimonoveno, vigésimo y vigesimoprimer, y que tienen su apoyo procesal en la documental obrante en los folios 91, 87, 86, 81, 82, 84, 272 y, 276 de los autos, las citadas adiciones tampoco pueden prosperar por cuanto que los documentos en que se apoyan tampoco han sido ratificados en el acto de juicio, por lo que carecen de eficacia revisoria y dichos documentos ya han sido valorados por la juez "a quo" la cual formo su convicción valorando los diversos datos y elementos que convergen en el proceso y la totalidad de las pruebas practicadas y no es lícito sustituir la versión imparcial y objetiva del juzgador, por el criterio interesado de la recurrente.

CUARTO.- En sede jurídica, por el cauce procesal del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral la parte recurrente denuncia infracción del artículo 54 del ETT y la jurisprudencia que lo desarrolla, alegando en esencia, que parte la sentencia de instancia de considerar, para calificar el despido improcedente, que la empresa no ha probado en el acto de juicio que las faltas imputadas en los puntos 14, 15 y 16 de la carta y que asimismo el resto de las imputadas están prescritas, y respecto de la prescripción invoca la recurrente la sentencia del TS de 6 de marzo de 1996, alegando que cuando, como acontece en el supuesto de autos, que cuando el trabajador comete varios errores continuados, la comisión del último sirve de base para el despido, que es el que se tiene en cuenta a efectos de prescripción y los demás deben tenerse en cuenta como antecedentes sirviendo para demostrar la reiterada conducta del trabajador y para poner de manifiesto la gravedad de la misma. Y en cuanto a los hechos imputados en la carta en los puntos 14, 15 y 16, estima la recurrente que si han sido acreditados, si bien no por prueba directa al fallecer una de las testigos y no poder declarar la otra ante el estado de salud mental, pero si por pruebas indiciarias, por todo lo cual estima que dichos hechos valorados en su conjunto, demuestran la actitud negligente de la trabajadora y por ello sancionables con despido, al infringir el artículo 54 del ETT en su punto d). Por todo ello solicita la recurrente que se revoque la sentencia de instancia y se dicte otra por la que se retrotraigan las actuaciones al momento de haberse infringido las normas o garantías de procedimiento que ha producido indefensión y subsi-

diariamente se desestime íntegramente la demanda y se reconozca que el despido es procedente.

La cuestión jurídica que plantea el recurso de la empresa en primer lugar se reduce en determinar si estamos o no ante faltas continuadas, y si están o no prescritas. Pues bien, respecto de ello decir, que los hechos sancionados no son constitutivos de una falta laboral continuada, pues no concurren los elementos definidores de ésta, cuáles son la realización de dos acciones, al menos, que configuran una conducta mantenida en el tiempo y que responden a una misma actitud de no comunicar de forma inmediata los pedidos, además de no darse tampoco la vulneración con tales comportamientos de bienes jurídicos de la misma o análoga naturaleza (SS. 17 noviembre 1986 [RJ 1986\6.687] y 12 febrero 1987 [RJ 1987\842], entre tantas otras). Es doctrina jurisprudencial, como se afirma en la segunda de dichas sentencias (la cual cita, a su vez, entre otras, las de 17 abril y 17 diciembre 1984 [RJ 1984\2.105 y RJ 1984\6.395], 25 marzo, 15 octubre y 12 noviembre 1985 [RJ 1985\1.384, RJ 1985\4.723 y RJ 1985\5.765] y 14 enero y 6 junio 1986 [RJ 1986\220 y RJ 1986\2.493]), que en este tipo de infracciones la prescripción sólo se inicia desde el momento en que estos hechos se conocen por la empresa en todo su alcance y significación o, en el caso del plazo prescriptivo fijado en seis meses, desde la fecha de la comisión, cuando a partir del último hecho cesa esta conducta continuada. Y en el supuesto de autos como acertadamente razona la juez “a quo” los hechos descritos en los puntos 1 al 13 de la carta se refieren a hechos cometidos en diversas fechas, (sin relación alguna entre ellos) entre el 14 de enero de 1997 y el 17 de diciembre de 1999, por lo que es obvio que los mismos cuando son sancionados el 24 de abril de 2000, mediante la carta de despido, están prescritos, al haber transcurrido en exceso el plazo fijado en el artículo 60.2 del ETT, al tratarse de hechos concretos y determinados conocidos por la empresa en el momento de su comisión, no de hechos ocultos y en modo alguno de una conducta continuada como se ha expuesto anteriormente, por lo que como señala la juez “a quo”, al no haber ejercitado la empresa en tiempo y forma su poder sancionador, las faltas están prescritas.

Y respecto de la denunciada infracción del artículo 54 del ETT, por estimar que

respecto de los hechos imputados en la carta en los puntos 14, 15 y 16, han de estimarse acreditados sino por prueba directa si por prueba indiciaria, decir que La parte suplicante da por sentado que la pretensión revisoria deducida que postulaba en el motivo hubiera prosperado y, como quiera que ya se ha visto que no, se hace preciso recordar, que los hechos son una base indispensable para el examen del derecho aplicado, y en el caso que nos ocupa su estudio se aborda desde la plataforma de una narración fáctica inamovible en la cuestión que se dice, por no haber alcanzado éxito la pretensión revisoria pretendida en tal sentido, lo que hace necesario tener presente que la forma lógica de la norma, que es la de una proposición condicional, que consta como tal de dos elementos: la hipótesis o supuesto, que es el hecho o relación de vida a que se refiere la norma y la tesis o consecuencia que establece la ordenación adecuada de aquel hecho o relación, fijando los efectos jurídicos que produce. Se trata en definitiva, de un imperativo condicionado o hipotético: dadas ciertas premisas, el derecho impone consecuencias determinadas. De cuanto viene diciéndose se deduce la necesidad de poner en relación los hechos declarados probados con el contenido material y formal de los preceptos supuestamente infringidos en la sentencia combatida, en orden a determinar si las consecuencias deducidas por el Juez “a quo” son o no ajustadas a derecho y así, hallándose subordinado el éxito del motivo al de la revisión fáctica pretendida y no alcanzada, como ya se ha dicho, decae la argumentación breve e imprecisa, por otro lado, que se utiliza al recurrir, haciendo inaplicable al supuesto del proceso la existencia de la vulneración acusada.

Por cuanto que aun cuando no se recoge en el relato fáctico de la sentencia de instancia, si figura en la fundamentación jurídica con valor de hecho probado que los hechos imputados en la carta de despido en los puntos 14, 15, y 16 de los autos no han resultado acreditados por la entidad demandada, por cuanto que los testigos son todos indirectos, limitándose a manifestar que recibieron quejas de las internas indicadas, pero si mayores precisiones, ni del día ni de la hora en que se produjeron los hechos, por todo ello y no constando acreditadas las imputaciones efectuadas a la actora y estando las otras prescritas, no puede apreciarse en la sentencia la infracción denunciada en el motivo por cuanto

que la juez “a quo” correctamente desestimó la demanda por este motivo, al no acreditarse los hechos imputados y estar otros prescritos, por lo que estimó que el despido había de declararse improcedente con las consecuencias inherentes a dicha declaración. Por todo lo cual procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por M.T.N.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de Ourense, en fecha veintiocho de febrero de dos mil uno, en proceso núm. 320/00 promovido por doña M.T.P.A. frente (M.T.N.B.) sobre Despido, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3214 Recurso nº 2.225/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. APLICACIÓN RETROACTIVA DE CLÁUSULA DE CONVENIO COLECTIVO SOBRE DIFERENCIAS ENTRE IPC PREVISTO E IPC REAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a 14 de junio de dos mil uno.

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 2.225/01, interpuesto por recurrente contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 682/00 se presentó demanda por don P.G.V.G. en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandado el “H.M., S.A.” en su día

se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 29 de diciembre de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- El Convenio Colectivo Provincial del Sector de Hostelería (B.O.P. 01.10.97), con vigencia del 01.01.97 al 31.12.99, establecía en el último párrafo del art. 24: “para 1999 el salario bruto base mensual para los trabajadores afectados por este Convenio, será el resultante de incrementar a las tablas salariales de 1998 el IPC previsto por el Gobierno para ese año 1999”. En el art. 25 y bajo el epígrafe “Revisión Salarial, se establecía en el último párrafo: “En el año 2000 tan pronto se conozca la cifra real del IPC a 31 de diciembre de 1999, si éste superase el aplicado como subida en las tablas salariales y en el importe correspondiente al plus de antigüedad por derechos adquiridos de ese año, ambos se revisarán y regularizarán conforme al mismo, sirviendo de base los nuevos importes para calcular las tablas salariales y los importes de antigüedad por derechos adquiridos para el 2000”./ II.- El IPC previsto para 1999 fue del 1,8 %, y el real del 2,9 %./ III.- Si bien numerosas empresas provinciales del Sector, interpretaron tal precepto abonando atrasos desde Enero de 1999, por el exceso del 1,1%, el “H.M., S.A.” entiende que tal diferencia sólo debe aplicarse al cálculo de los salarios para el año 2000./ IV.- No se reunió la Comisión Paritaria del Convenio, al no existir consenso entre las partes sobre el tema. En el Convenio firmado para el año 2000 a 2002, se estableció cláusula en el art. 25 “Revisión salarial”, que dice: “No ano 2001, tan pronto se coñeza a cifra real do IPC a 31 de decembro de 2000, se este superase o aplicado como suba nas táboas salariais, no importe correspondente ó complemento de antigüidade polos dereitos adquiridos dese ano, e no complemento de transporte, os tres conceptos revisaranse e regularizaranse conforme a este, con efectos retroactivos a 01.01.2000”./ V.- Afecta el Conflicto a la totalidad de la plantilla de la Empresa demandada.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don P.G.V.G., como delegado de personal de la Empresa “H.M., S.A.”, declaro el derecho de los trabajadores de la demandada a percibir el exceso del 1,1% producido entre el IPC, previsto y el IPC real del año

1999, con efectos del 01.01.99, condenando a "H.M., S.A." a estar y pasar por tal declaración."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme la empresa demandada con que, en la sentencia de instancia, se declare el derecho de sus trabajadores a percibir el exceso de 1,1%, producido entre el IPC previsto y el IPC real del año 1999, con efectos de 1 de enero de 1999; formula recurso de Suplicación, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando, por una parte, infracción, por violación, de los artículos 3 y 4 del Código Civil, en relación con los 1.091, 1.254 y 1.258 del mismo Cuerpo Legal.

SEGUNDO.- Se centra el tema objeto de debate en determinar si, a la vista de lo dispuesto en el último apartado del artículo 24 del Convenio Colectivo provincial del Sector de Hostelería (BOP de 1 de octubre de 1957), con vigencia del 1 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1999, acerca de que, "para 1999 el salario bruto base mensual para los trabajadores afectados por este Convenio, será el resultante de incrementar a las tablas salariales de 1998 el IPC previsto por el Gobierno para ese año 1999", y en el último apartado del 25, bajo el epígrafe "revisión salarial", respecto a que "en el año 2000, tan pronto se conozca la cifra real del IPC, a 31 de diciembre de 1999, si éste superase el aplicado como subida en las tablas salariales y en el importe correspondiente al plus de antigüedad por derechos adquiridos de ese año, ambos se revisarán y regularizarán conforme al mismo, sirviendo de base los nuevos importes para calcular las tablas salariales y los importes de antigüedad por derechos adquiridos para el 2000"; y de que, el IPC, previsto para 1999 fue del 1,8% y el real del 2,9%; procede aplicar o no al salario de los trabajadores de la empresa demandada, "H.M., S.A.", con relación al año 1999, el incremento del IPC, oficialmente previsto, como pretende esta empresa, o el real, como interesa la parte actora y acepta la Sra. Juez "a quo".

TERCERO.- Es preciso tener en cuenta, para resolver dicha cuestión, por una parte, que, según se desprende de lo expuesto, la

misma queda reducida a un mero problema de interpretación; y por otra, que para llevar a cabo ésta, al centrarse en los artículos de un Convenio Colectivo –o lo que es lo mismo, de una fuente de las relaciones laborales (artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores) que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, es una peculiar figura jurídica en la que coexisten elementos contractuales y normativos..., que, al mismo tiempo crea derechos y deberes entre las partes que lo conciertan y tiene carácter normativo... (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1987, etc.)-, debe tenerse en cuenta, tanto lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, sobre la aplicación de las normas jurídicas, acerca de que se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas; como lo establecido en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, sobre la interpretación de los contratos, que, entre otros extremos, determinan que, si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas, pero que, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, y que, para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato.

CUARTO.- De la aplicación de las normas interpretativas expuestas al supuesto litigioso, resulta: a) que, del análisis literal de lo dispuesto en los últimos apartados de los artículos 24 y 25 del Convenio Colectivo Provincial del Sector de Hostelería de Pontevedra, con vigencia del 1 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1999, no aparece precisado, con la claridad necesaria, si el salario bruto mensual de los trabajadores, por él afectados, debe aumentar, en el año 1999, en la proporción en que lo hizo el IPC oficialmente previsto para dicho año, o el real, pues, a diferencia de lo que sucedió, al redactar el Convenio para los años 2000 a 2002 –en cuyo artículo 25 se señaló, expresamente, "con efectos retroactivos a 01.01.2000"–, nada se indicó sobre tal extremo; pero ello no significa, sin embargo, que tal omisión implique la intención de las partes, que negociaron el Convenio, con vigencia de 1 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1999, de que los efectos retroactivos no tuvieran lugar, con relación al año 1999, pues, la redac-

ción del último apartado del artículo 25 –“en el año 2000 tan pronto se conozca la cifra real del IPC a 31 de diciembre de 1999, si éste superase el aplicado como subida en las tablas salariales y en el importe correspondiente al plus de antigüedad por derechos adquiridos de ese año, ambos se revisarán y regularizarán conforme al mismo, sirviendo de base los nuevos importes para calcular las tablas salariales y los importes de antigüedad por derechos adquiridos para el 2000”–, es lo suficientemente ambigua para inferir que no es clara, que deja dudas acerca de cual fue su intención, y que, por lo tanto, la interpretación, exclusivamente, literal, debe ser olvidada; b) que las interpretaciones lógica y sistemática llevan a entender que la intención de las partes negociadoras del Convenio Colectivo, que se analiza, fue extender lo dispuesto en el último apartado del artículo 25, sobre la aplicación de la cifra real del IPC, conocida a 31 de diciembre de 1999 a este año, pues así lo indica, tanto el hecho, que recoge, acertadamente, la Sra. Juez “a quo”, de que se utilicen los verbos “revisar” y “regularizar”, y no solamente el primero, sino también la circunstancia de que, en el artículo correlativo del Convenio Colectivo para los años 2000 a 2002, se determine, expresamente “con efectos retroactivos a 01.01.2000”, dado que, con ello, cabe entender que se constató, a efectos de eliminar futuros problemas, un dato, que se estimaba necesario, y que no se hizo constar en el anterior, bien por una mera omisión, o bien porque, en aquel momento, no se consideró preciso, quizás porque se entendió que entraba dentro del terreno de la más pura lógica que el aumento salarial, debería ajustarse al incremento real del IPC, y no al oficialmente previsto, con anterioridad, por el Gobierno; y c) que, además, la interpretación finalista de los artículos mencionados, en relación con el tema debatido, incide decisivamente, en sentido favorable a la postura, adoptada por la Juzgadora de instancia, ya que la realidad social del tiempo actual, con una continuada inflación, mayor o menor, pero siempre progresiva, en el ámbito económico, exige de la adopción de medidas, que protejan los salarios frente a tal situación, dado que lo contrario implicaría un desgaste paulatino del poder adquisitivo de quienes los perciben, que podría afectar, negativamente, incluso, al derecho constitucional de tener una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia (art. 35.1 de la Constitución); y ello significa, trasladado al caso que se analiza, que, en la disyuntiva, no suficientemente aclarada en el Convenio Colectivo de si debe incrementarse, duran-

te el año 1999, el salario de los trabajadores afectados, en la medida que subió el IPC, inicialmente previsto por el Gobierno, o el real, la Sala adopte, también por esta vía, una postura favorable a que el incremento deba adaptarse al aumento real del IPC.

QUINTO.- 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 la empresa “H.M., S.A.”, contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de Vigo, en fecha 29 de diciembre de 2000, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3215 Recurso nº 2.546/01

S.S. CONTRATOS DE OBRA E SERVICIO DETERMINADO. ENCADEAMENTO DE CONTRATOS TEMPORAIS. SE TÓDOLOS OS CONCERTADOS RESPONDEN A SITUACIÓNS CERTAS E REAIS, A EXTINCIÓN DO DERRADEIRO CONTRATO É AXUSTADA A DEREITO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a catorce de junio de dos mil uno.

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. 2.546/01 interpuesto por don J.P.M. y don J.A.B.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.P.M. y don J.A.B.B. en reclamación de Despido siendo demandado la “C.G.M.” en su día se celebró

acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 944/00 y 961/00 acumulados, sentencia con fecha catorce de febrero por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Hecha la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, han quedado demostrados como tales y así se declaran expresamente: PRIMERO.- D. J.P.M. prestó servicios por cuenta y organización de la “C.G.M.”, desde el 26 de septiembre de 1996, cuando firmó un contrato por obra o servicio determinado, con la categoría profesional de Técnico en informática, en el que se establecía una jornada laboral de 37,5 horas de lunes a viernes, y una percepción económica de dos millones doscientas mil pesetas (2.200.000 ptas) brutas, con prorrateo de pagas extraordinarias./ D. J.A.B.B. prestó servicios por cuenta y organización de la “C.G.M.”, desde el 11 de septiembre de 1996, cuando firmó un contrato por obra o servicio determinado consistente en la “realización de trabajos informáticos en el proyecto Nodus” con la categoría profesional de Técnico en informática, en el que se establecía una jornada laboral de 37,5 horas de lunes a viernes, y una percepción económica de ciento cincuenta y siete mil ciento cuarenta y tres pesetas (157.143 ptas) brutas mensuales con prorrateo de pagas extraordinarias./ SEGUNDO.- El Sr. P.M. firmó un segundo contrato, que se extiende desde el 9 de diciembre de 1996 hasta el fin de la obra o servicio determinado, consistente en la “realización de trabajos informáticos en el proyecto europeo Nodus”, con idéntica jornada y con salario fijado de ciento cincuenta y siete mil ciento cuarenta y tres pesetas (157.143 ptas) brutas mensuales con prorrateo de pagas extraordinarias./ El Sr. B.B. firmó un segundo contrato, que se extiende desde el 8 de enero de 1998, por obra o servicio determinado, para actuar como “Monitor de formación para el proyecto Hermes y mantenimiento de la unidad informática”, con idéntica jornada al anterior y un sueldo de ciento sesenta y nueve mil setenta y cuatro pesetas (169.074 ptas) mensuales con prorrateo de extraordinarias./ TERCERO.- El Sr. P.M. firmó un nuevo contrato, por obra o servicio determinado consistente en “trabajo de investigación, análisis e implementación de materiales para el proyecto Hermes”, que se extiende desde el 8 de enero de 1998, con idéntica jornada al anterior y un sueldo de ciento sesenta y nueve mil setenta y cuatro pesetas (169.074 ptas) brutas mensuales

con prorrateo de extraordinarias./ El Sr. B.B. firmó un nuevo contrato, por obra o servicio determinado, consistente en “monitor de formación y mantenimiento de la red informática del proyecto Hermes”, que se extiende desde el 1 de enero de 1999 con idéntica jornada y categoría, con un salario de ciento setenta y cuatro mil ciento cuarenta y seis pesetas (174.146 pts) brutas mensuales con prorrateo de extraordinarias./ CUARTO.- El Sr. P.M. firmó un cuarto contrato con la demandada, de obra o servicio determinado, que se extendió desde el 1 de enero de 1999, para el servicio de “monitor de formación y mantenimiento de la red informática del proyecto Hermes”, con idéntica jornada y categoría, con un salario de ciento setenta y cuatro mil ciento cuarenta y seis pesetas (174.146 ptas) brutas mensuales con prorrateo de extraordinarias./ El Sr. B.B. firmó un contrato con la demandada, de obra o servicio determinado que se extendió desde el 1 de enero de 2000, para la realización de “programación del año 2000”, con idéntica jornada, categoría profesional, y un salario sueldo de ciento setenta y nueve mil trescientas setenta pesetas (179.370 ptas) brutas mensuales con prorrateo de extraordinarias./ QUINTO.- El Sr. P.M. celebró un quinto contrato con la demandada, por obra o servicio determinado consistente en “programación de actividades para el año 2000”, que se extendió desde el 1 de enero de 2000, con idéntica jornada, categoría profesional, con un sueldo de ciento setenta y nueve mil trescientas setenta pesetas (179.370 ptas) brutas mensuales con prorrateo de extraordinarias./ El Sr. B.B. firmó un quinto contrato, por obra o servicio determinado, que se extendió desde el 3 de abril de 2000, para “elaboración de materiales de mantenimiento informático para cursos “empleado de oficina”, según programa de cursos F.I.P. de COGAMI de Santiago y A Coruña”, teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, con idéntica jornada y categoría, y un sueldo de ciento setenta y nueve mil trescientas setenta pesetas (179.370 ptas) brutas mensuales, con prorrateo de extraordinarias./ SEXTO.- Las fuentes de financiación de COGAMI son las aportaciones de la Consellería de Sanidade, por un lado, y los proyectos europeos por otro. También tienen, en ocasiones, financiación privada. En todo caso, sus ingresos dependen de aportaciones externas. La contratación se realiza en atención a la existencia de dicha financiación./ SÉPTIMO.- El Sr. P.M. finalizó su relación laboral con la demandada, con efectos del 8 de noviembre

de 2000. El Sr. B.B. finalizó su relación laboral el 17 de noviembre de 2000./ OCTAVO.- Entre la Consellería de Sanidade y COGAMI se celebró un Convenio para Financiamiento de programas de atención a personas con discapacidades físicas de Galicia, con fecha de 3 de marzo de 1997, prorrogable tácitamente por años naturales. Por escrito de 8 de abril de 1996 se remite la Instrucción para la Xustificación de Gastos de proyectos enmarcados na iniciativa comunitaria de “emprego de recursos humanos. Capítulo Horizón” (Proyecto Nodus). Se aprueba el Proyecto Hermes, con fecha de 31 de marzo de 1998, por remisión de escrito de la Consellería de Sanidade. El Financiamiento de un programa de Inserción Social el 14 de marzo de 2000, que tuvo una Addenda el 19 de octubre de 2000./ La Consellería de Familia concedió los cursos F.I.P., con fecha de 21 de febrero de 2000./ NOVENO.- Celebrada la preceptiva conciliación, en fecha de 12 de diciembre de 2000, ésta finalizó “sin acuerdo”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta, acumuladamente, por don J.P.M. y don J.A.B.B., contra la “C.G.M.” debo declarar y declaro absuelta a la demandada de toda pretensión aducida contra ella, y declaro extinguida la relación laboral que une a los actores con el organismo autónomo”.

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 representación letrada de los actores, se interpone recurso de Suplicación contra la sentencia desestimatoria de su pretensión de que se declaren nulos, o subsidiariamente improcedentes, los ceses de que fueron objeto, al estimar que no se trataba de un despido, sino de extinción de la relación laboral por realización de la obra o servicio para la que fueron contratados, absolviendo a la “C.G.M.” (COGAMI), pretendiendo, como primer motivo de recurso, con adecuado amparo procesal, la revisión de todos los hechos declarados probados, a fin de que queden redeclarados del tenor literal siguiente: “PRIMERO.- Don J.P.M. prestou servicios por conta e organización da “C.G.M.”, dende o 26

de setembro do 1996, cando firmou un contrato por obra ou servizo determinado, do cal o amparo legal era o RD 2.546/1994, e o obxecto: “realización de traballos de informática para o Proxecto Europeo Nodus”. A categoría profesional era Técnico de Informática, a xornada laboral era de 37,5 horas de luns a venres, cunha percepción bruta de 2.200.000.- pts, con prorrateo de pagas extras. Se establecía un periodo de proba de 2 meses. A duración é ata a fin do servizo. Se cursa baixa na Seguridade Social o 08.12.1996, por finalización do servizo./ O Sr. P. asina un segundo contrato, ao amparo do mesmo Real decreto., que vai dende o 09.12.1996 e se estende ata a fin do servizo que consistía en: “realización de traballos de informática para o Proxecto Europeo Nodus”. Idéntica xornada de traballo e salario de 157.143.- ptas. brutas mensuais con prorrateo de pagas extras. Igual categoría profesional. Se establece un periodo de proba de 2 meses. Foi dado de baixa na Seguridade Social o 31.12.1997, por fin de contrato./ Este mesmo traballador asina un terceiro contrato, con efectos dende o 08.01.1998, se celebra ao amparo do art. 15 do ET según redacción dada polo RDL 8/97. O obxecto era “traballos de investigación, análises e implementación de materiais para o proxecto HERMES”. A duración ata a fin do servizo. A categoría profesional Técnico de Informática, igual xornada e soldo de 169.074.- ptas. brutas con prorrateo de pagas extraordinarias. Se establece un periodo de proba de seis meses. Se da de baixa na Seguridade Social o 31.12.1998, por fin de servizo./ O cuarto contrato de obra ou servizo que asina o Sr. P., baixo a mesma normativa sinalada, ten efectos dende o 01.01.1999 ata a fin do servizo. O obxecto era: “monitor de formación e mantemento da rede informática do proxecto Hermes”. A categoría profesional segue sendo a mesma Técnico en Informática, con igual xornada e soldo de 174.146.- ptas brutas mensuais e prorrateo de pagas extras. Se establece un periodo de proba de dous meses. Se cursa de baixa na Seguridade Social o día 31.12.1999, por fin de servizo./ O quinto contrato de obra ou servizo que asina este mesmo traballador vai dende o 01.01.2000 ata a fin do servizo. Se redacta ao amparo do art. 15 do ET, segundo redacción dada polo RDL 2.720 de 18 de decembro. O obxecto era: “programación de actividades para o ano 2000”. Igual categoría profesional, idéntica xornada. Salario de 179.370.- ptas. mensuais e prorrateo de pagas extras. Se cursa a baixa na Seguridade Social o 17.05.2000, por fin dos traballos contratados.

Finalmente asina o Sr. P. novo contrato de obra ou servizo, baixo a mesma normativa que o anterior, o cal non aparece relacionado na sentenza que se recorre. Os efectos son dende o 18.05.2000, ata a fin do servizo. O obxecto: "Trabaios de informática para lograr los objetivos establecidos en el programa de Inserción Social del Colectivo de Personas con Discapacidad Física, firmado con la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais". A categoría profesional é a mesma, Técnico en Informática, con idéntica xornada laboral e salario de 179.370.- ptas. mensuais e prorrateo de pagas extras./ O 24 de outubro do 2000, notifícase ao traballador que o 8 de novembro do 2000, finaliza o contrato de traballo por fin de obra ou servizo. Ao mesmo tempo se lle comunica que deixará de prestar os seus servizos para "C.G.M.". SEGUNDO.- Don J.A.B.B., prestou servizos por conta e organización de "C.G.M.", por medio de contrato de duración determinada celebrado ao amparo do RD 2.546/1994, con efectos dende o 11.09.1996, ata a fin do servizo, o obxecto era: "realización de traballos de informática para o proxecto Europeo "NODUS". A categoría profesional é Técnico en Informática, cunha xornada laboral de 37,5 horas de luns a venres. O salario de 157.143.- ptas. brutas mensuais con prorrateo de pagas extras. Se establece un período de proba de 2 meses. Se cursa baixa na Seguridade Social o 31.12.1997, por fin de contrato./ O Sr. B.B. asinou un segundo contrato de obra ou servizo determinado, celebrado ao amparo do art. 15 do ET segundo redacción dada polo RDL 8/97. Os efectos van dende 08.01.1998, ata a fin do contrato. O seu obxecto era: "Monitor de formación para o proxecto "HERMES" e mantemento da rede informática". Idéntica categoría profesional e igual xornada. O salario de 169.074.- ptas. brutas mensuais con prorrateo de pagas extras. Se fixa un período de proba de 6 meses. Se cursa baixa na Seguridade Social o 31.12.1998, por "fin de servizo"./ O terceiro contrato que asina este traballador é idéntico que o anterior, incluso comparte o mesmo obxecto. Os seus efectos van dende 01.01.1999, ata a fin do servizo. Se fixa un período de proba de 2 meses, igual xornada de traballo e mesma categoría profesional. O salario de 174.146.- ptas. brutas mensuais con prorrateo de pagas extras. Reiteramos o obxecto: "monitor de formación y mantenimiento de la red informática para el proyecto "HERMES". Se deu fe da baixa na Seguridade Social o 31.12.1999, por "fin de servizo". O seguinte contrato que unía ao Sr. B. coa demandada, foi celebrado ao amparo do art.

15 do ET segundo redacción dada polo RDL 2.720 do 18 de decembro, e se estende dende o 01.01.2000, ata a fin do servizo, o obxecto: "programación de actividades para el año 2000. Se respecta igual xornada e idéntica categoría profesional. O salario 179.370.- ptas. mensuais, con prorrateo de pagas extras. Se cursa baixa na Seguridade Social o 02.04.2000, por fin dos traballos contratados./ O derradeiro contrato, o quinto, foi subscrito por don J.A.B., o 03.04.2000, amparado na mesma normativa que a sinalada anteriormente, duración ata a fin do servizo. Se respecta a mesma categoría profesional e xornada laboral e salario. O seu obxecto: "elaboración de materiais de mantemento informático para cursos de empregado de oficina, segundo programa de cursos FIP de COGAMI de Santiago e A Coruña". O 31 de outubro do 2000 notifícase ao traballador que: "o próximo día 17 de novembro de 2000 finaliza o contrato de traballo subscrito con Vd... por motivo de FIN DE OBRA/SERVICIO". Ao mesmo tempo se lle comunica que, definitivamente, deixará de prestar os seus servizos para "C.G.M." (Folio 387 dos autos)". TERCERO.- O resto dos membros integrantes do equipo informático de COGAMI, tiñan idénticos contratos que os sinalados nos dous feitos probados anteriores". CUARTO.- Os contratos así subscritos, encadeados no tempo, con obras ou servizos xenéricos, con obxectos enlazados e repetidos, constitúen un evidente fraude de Ley". QUINTO.- Dende o inicio da relación laboral, os meus representados, desenvolveron sempre as mesmas tarefas, mantemento de toda a rede informática da que se vale esta ONG, para levar a cabo o seu obxecto social. Con este fin, atendían tódalas necesidades informáticas de tódolos departamentos de COGAMI, montaban aulas, creaban redes e atendían a toda unha multitude de Centros Especiais de Emprego, dispersos pola xeografía galega". SEXTO.- D. J.P.M. e don J.A.B.B., foron despedimentos improcedentes, o 8 de novembro de 2000 e o 17 de novembro de 2000, respectivamente".

Modificación que se acepta en cuanto a los hechos probados primero, segundo, tercero y quinto, no así el cuarto y el sexto que implican calificaciones o valoraciones jurídicas, mas propias de la fundamentación jurídica de la sentencia, que del relato fáctico de hechos probados.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, con adecuado amparo procesal sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-

se denuncia infracción del art. 15.1 del ET, 6.4, 1.214 y 1.253 del Código Civil, 97.2 de la L.P.L. y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin que se cite concretamente cuál es la infracción; alegando fundamentalmente, que los contratos para obra o servicio determinado que se concertaron por los recurrentes con la "C.G.M." durante mas de cuatro años, realizando siempre las mismas tareas, no tenían autonomía ni sustantividad propia, al no haberse especificado la prestación laboral o servicio a desarrollar y fueron realizados en fraude de Ley, supliendo la contratación por tiempo indefinido por múltiples contrataciones temporales sucesivas, por lo que la cláusula de temporalidad debía considerarse nula y los contratos indefinidos y en consecuencia la extinción como despido improcedente, careciendo de todo valor liberatorio los documentos de saldo y finiquito y que era ilícito que se establecieran periodos de prueba, cuando desde el comienzo de la relación laboral, la categoría profesional fue siempre la misma de técnicos de informática.

Para una más acertada resolución de esta litis se ha de tener en cuenta: A) es cierto que en determinados casos de contratación sucesiva la jurisprudencia ceñía el examen al último de los contratos temporales celebrados, pero tal doctrina fue matizada por el mismo Tribunal Supremo para aquellos otros supuestos en que la relación de trabajo desarrollada a través de varios contratos temporales había tenido carácter ininterrumpido, sin solución de continuidad o mediando una pequeña interrupción, en cuyo caso debe procederse al examen de toda la serie contractual. En tal sentido, el T.S. consolida la unificación de su doctrina, entre otras, en la reciente sentencia de 29 de mayo de 1997 (Ar. 4.473), que resume así su posición sobre el alcance del control de legalidad que deben realizar los órganos de la Jurisdicción Social en relación con los contratos de trabajo sucesivos de una serie contractual: "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 solo procede el examen o control de legalidad de los contratos celebrados con posterioridad; 3) en aplicación de la regla precedente, el control de legalidad ha de atenderse exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre él y el anterior exista una solución de continuidad superior al plazo de caducidad de la acción de despido, y 4) no

obstante lo anterior, como se precisa en sentencia de unificación de doctrina de esta misma fecha (R.J. 1997, 4.471), 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 acredita una actuación empresarial en fraude de ley y al mismo tiempo la unidad esencial del vínculo laboral". Y se reitera por el mismo Tribunal, en las más recientes de 12 de julio de 1997 (Recurso 3.521/96) y 17 de marzo de 1998 (Ar. 2.682), que dicen: "Cuando se ha concertado una serie de contratos temporales sucesivos en una misma relación laboral, si cualquiera de ellos incurre en vulneración de la normativa que lo regula, la relación laboral deviene en indefinida sea cual sea el contrato que se encuentre afectado de tal irregularidad; por ello, los contratos posteriores al que resulta inválido no regularizan la temporalidad de la relación laboral indefinida que queda constituida. En consecuencia, la pretensión no puede verse reducida al examen del último contrato temporal concertado, sino que debe examinarse la totalidad de los contratos para determinar el momento en que la relación pudo convertirse en indefinida, ya que tal condición no se pierde por la posterior celebración de contratos temporales. Por otro lado, la interrupción breve que pudiera existir entre unos y otros no puede tampoco convalidar una extinción carente de causa, ni el carácter indefinido ya adquirido"; B) los contratos para obra o servicio determinado vienen reglados en el art. 15 del E.T. y en el RD 2.720/98 de 20 de diciembre que establece como objeto del mismo en su art. 2.1º: la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta, precisando su apartado 2º.b) que: "su duración será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio", y el art. 8.2: "se extinguirá cuando se realice la obra o servicio objeto del contrato. De esta formulación legal se deduce clara y repetidamente que la duración del contrato no viene determinada por un mero dato temporal -su establecimiento no hubiera podido ampararse en el art. 15.1 del ET-, sino por la realización efectiva de la obra o servicio contratado, de modo que la referencia a un periodo de tiempo ha de tener carácter de simple previsión y no el de inserción de un término cierto y fatal (sentencia del TS de 28.12.93), es decir, el contrato es temporal porque su extinción se

basa en un hecho que ciertamente, va a sobrevenir, la realización del servicio, pero sin embargo es incierto en cuanto a la fijación exacta de tal ejecución. Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de unificación de doctrina de 08.06.99 señala: “no cabe objetar que la realización de este tipo de trabajos constituya la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, pues, lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en este contrato.

Del relato fáctico de hechos probados, tal como ha quedado redactado, se desprende que los actores han venido prestando servicios sin solución de continuidad por cuenta de la “C.G.M.” (COGAMI), en virtud de distintos contratos para obra o servicio determinado, así el Sr. P.M. desde el 26 de septiembre de 1996 hasta el 8 de noviembre de 2000 en que dejó de prestar servicios para dicha Confederación al haber expirado su contrato por fin de obra o servicio, lo que se puso en su conocimiento con fecha 24 de octubre de 2000, y don J.A.B.B. desde el 11 de septiembre de 1996 hasta el 17 de noviembre de 2000, en que igualmente dejó de prestar servicios al finalizar su contrato para obra o servicio determinado, por el fin de la obra o el servicio, lo que se le preavisó con fecha de octubre de ese año, desarrollando programas de formación para personas con discapacidades a través de la red, siendo el objeto de los mismos: la realización de trabajos de informática para el proyecto europeo Nodus”; “trabajos de investigación, análisis e implantación de materiales para el proyecto Hermes”; “programación de actividades para el año 2000”; “trabajos de informática para lograr los objetivos establecidos en el programa de inserción social del colectivo de personas con discapacidad física”, y todo ello en virtud del Convenio celebrado entre la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais y la “C.G.M.”, que eran financiados con las aportaciones de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais por un lado y por otro por la Comunidad Europea y en ocasiones con financiación privada, de tal modo que sus ingresos dependían de aportaciones externas y la contratación únicamente se realizaba en atención a la existencia de dicha financiación.

Esto sentado, esta Sala entiende que los contratos concertados entre los actores y la demandada se ajustaron a lo preceptuado en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y al efecto establecido por Real Decreto 2.720/98 de 28 de diciembre, y ello por cuanto: 1º) los contratos tienen una causa u objeto cuales son los distintos proyectos europeos y de la Xunta, individuales y no permanentes en la empresa a que ya se hizo mención y que dependen de la oportuna dotación presupuestaria a cuyo fin los actores eran contratados como “técnicos de informática”; 2º) Tienen autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, pues, la “C.G.M.” (COGAMI) es una O.N.G. cuya labor principal es la formación e integración en el mundo laboral de las personas con discapacidades a través de cualquier medio a su alcance, y en el caso de esta litis, el objeto de los distintos contratos, de que se hizo mención, es la formación a través de la red informática de las personas con discapacidades, y 3º) la duración es limitada pero incierta al depender los contratos, del mantenimiento de la subvención económica necesaria, subvención que procede de un tercero, fondos de la Xunta o de la Comunidad Europea o privada, disponibilidades, que pueden diferir de un año a otro. En último término, precisamente por las razones expuestas, relativas a la planificación en función de las subvenciones existentes, y por la propia naturaleza del trabajo a desarrollar, ha de entenderse que es para cada periodo concreto y no con carácter permanente; por lo que en ningún caso, puede hablarse de fraude de Ley y sin que sea óbice el que en alguno de los contratos se pacte el mismo proyecto u objeto, pues, las partidas presupuestarias se conceden de año en año. En base a lo que, al haberlo entendido así el Magistrado de instancia, siendo ajustada 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 don J.P.M. y don J.A.B.B., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago de Compostela, de fecha catorce de febrero de dos mil uno, dictada en autos núm. 944/00 y 961/00 acumulados, seguidos a instancia de los recurrentes, contra la “C.G.M.” -sobre Despido-, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3216 Recurso nº 1.500/98

S.S. COMPLEMENTO DE PENSIÓN DE XUBILACIÓN. CONVENIO DE CAIXAS DE AFORROS. CONCEPTOS SALARIAIS QUE SE DEBEN INCLUIR NA BASE DE CÁLCULO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a quince de junio de dos mil uno.

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 1.500/98, interpuesto por empresa "C.O." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 649/97 se presentó demanda por don J.L.G.L. en reclamación de Completo de Jubilación siendo demandada la empresa "C.O." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de enero de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor don J.L.G.L., comenzó a prestar servicios para la empresa demandada "C.O.", desde el 2 de enero de 1972, con la categoría profesional de Jefe VA. Realizando funciones de Director de la Oficina de..., y percibiendo un salario mensual de 498.608 pesetas, con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias. La empresa demandada dio de alta al actor en la Seguridad Social el 01.04.73.- SEGUNDO.- En fecha 03.05.97, el actor se jubiló por cumplimiento de los 65 años. Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS, de fecha 13.05.97, se concedió al actor pensión de jubilación en cuantía resultante de aplicar a una base reguladora mensual de 316.886 pesetas, el porcentaje del 80% siendo la pensión inicial de 253.508 pesetas, con efectos del 03.05.97.- TERCERO.- Durante

el período comprendido entre el 01.05.96 al 30.04.97 las retribuciones percibidas por el actor abonadas por la demandada fueron las siguientes:

Salario base:	2.502.600 pts.
Antigüedad:	842.948 pts.
Plus laudo:	59.208 pts.
Plus S.Social:	51.948 pts.
Plus IRTP:	95.748 pts.
Plus representación:	176.640 pts.
Categoría asimilada:	58.330 pts.
Paga extra julio:	290.203 pts.
Paga extra diciembre	290.302 pts.
Dos pagas de estímulo a la producción	580.406 pts.
Dos pagas y media de beneficios	711.332 pts.
Paga aprobación balance	290.203 pts.
TOTAL	5.940.769 pts.

CUARTO.- La empresa demandada viene abonando al actor en complemento de pensión de jubilación en cuantía mensual de 109.425 pesetas, desde el 03.05.97.- QUINTO.- Se celebró sin avenencia la conciliación ante el S.M.A.C."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don J.L.G.L. contra "C.O.", debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir la cantidad mensual de ciento setenta mil ochocientos treinta y dos pesetas por catorce mensualidades, en concepto de complemento de pensión de jubilación y, en consecuencia, condeno a la demandada a abonar mensualmente al actor la citada cantidad, y a abonarle la cantidad de cuatrocientas cincuenta y cinco mil seiscientos cuarenta y una pesetas en concepto de diferencias al período comprendido entre el tres de mayo de mil novecientos noventa y siete y el treinta de septiembre de mil novecientos noventa y siete."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada y declara el derecho del actor a percibir la cantidad mensual de 170.832 ptas. por catorce mensualidades en concepto de complemento de pensión de jubilación (la demandada le venía abonando por tal con-

cepto 109.425 ptas.), condenando a la empresa "C.O." a abonar mensualmente al actor la citada cantidad, así como la cantidad de 455.641 ptas. en concepto de diferencias durante el período de 03.05.97 a 30.09.97. Dicha resolución es recurrida en suplicación por la representación legal de la Entidad demandada, en cuyo primer motivo del recurso denuncia la infracción por inaplicación del artículo 97.2 de la L.P.L. en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la CE de 1978 alegando, en síntesis, que la sentencia de instancia ni contiene una completa declaración de hechos probados ni una fundamentación jurídica que permita a la Sala conocer los razonamientos que la Juzgadora ha utilizado para llegar a la decisión adoptada.

Es incuestionable que toda sentencia dictada en el ámbito del Orden Jurisdiccional Social ha de expresar, "dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso", y "asimismo, y apreciando los elementos de convicción, declarará expresamente los hechos que estime probados", tal como ordena el artículo 97.2 de la Ley Procesal aludida. Ahora bien, en esta materia se han de tener en cuenta, como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 04.10.95 (R.45/95) las consideraciones siguientes, entre otras: a) "La declaración fáctica de la sentencia se ha de basar necesariamente en la prueba practicada en el proceso, siendo emanación o consecuencia obligada de tal prueba; razón por la que dicho artículo hace explícita referencia a la apreciación por el Juez de los "elementos de convicción" y b) la utilización por el Juez o Tribunal de los medios de prueba del modo y en los supuestos a que se refieren los artículos 87, números 2 y 3, 88, 93.2 y 95, constituye una facultad absolutamente libre de los mismos, que queda totalmente a su discrecionalidad o arbitrio..."

Ordinariamente, sólo podrá afirmarse que la narración histórica es insuficiente, cuando en ella no se recogen hechos de relevancia en el pleito, a pesar de que los mismos han quedado acreditados en virtud de la prueba practicada en él. Pero en tales supuestos está al alcance de quien recurre en suplicación contra la sentencia de que se trate poder subsanar tal defecto, solicitando que se revise o modifique dicho relato fáctico mediante la inclusión en él de los hechos omitidos por la sentencia impugnada, basándose tal modificación en las pruebas documentales o periciales que obren en autos y que demuestren la realidad de esos hechos. Por ello, en estos casos

los Tribunales laborales, desde mucho tiempo atrás, han venido manteniendo que es al propio Tribunal que conoce del recurso a quien corresponde normalmente determinar la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados de la sentencia recurrida, sin que como norma general las partes puedan basar los motivos de sus recursos de suplicación en esa particular alegación de nulidad de lo actuado, pues el cauce procesal que, para remediar esa insuficiencia, pueden utilizar las partes es, como se acaba de decir, la pertinente adición o revisión fáctica basada en documentos o pericias obrantes en autos. Así lo ha proclamado con reiteración la Sala IV del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias de las que mencionamos las de 4 y 7 noviembre 1988 (RJ 1988\8.523 y RJ 1988\8.538), 7 junio, 11 octubre y 27 diciembre 1989 (RJ 1989\4.548, RJ 1989\7.166 y RJ 1989\9.088) y 21 mayo 1990 (RJ 1990\4.478). La pretendida nulidad ha de venir rechazada pues resulta cuando menos curioso que la parte que alega tal deficiencia hasta el punto de llevarle a decir que la incompleta declaración de hechos probados y la escasa fundamentación jurídica no permite a la Sala conocer los razonamientos que la Juzgadora ha utilizado para llegar a la decisión adoptada, no pida la revisión de un solo hecho probado y se limite a proponer la adición de un único hecho que ni siquiera tiene influencia para decidir la cuestión de fondo.

En el segundo motivo del recurso se postula la nulidad de actuaciones por supuesta indefensión al considerar que al versar la reclamación sobre complemento de pensión, la fecha de incorporación a la plantilla de la Entidad demandada como empleado de la misma resulta ser un dato necesario de especificación y es insuficiente como viene reflejada.

En efecto, la determinación de la antigüedad en la empresa es fundamental para decidir la cuestión, pues la fecha clave para aplicar uno u otro de los sistemas de cálculo del Convenio es la de 23.02.72. En el hecho primero de la demanda rectora se dice expresamente que el actor viene prestando sus servicios desde el día 02.01.72, haciendo constar en los siguientes hechos que por ello resulta de aplicación el artículo 70 del Convenio. La demandada por su parte sostiene que la antigüedad es la que figura en nómina, es decir la de 01.04.73. Y en el incombato hecho probado primero de la resolución recurrida se declara expresamente que el actor comenzó a prestar sus servicios para la empresa demandada

“C.O.” desde el día 2 de enero de 1972 y que la empresa dio de alta al actor en la Seguridad Social el 01.04.73; razonando la Juzgadora de instancia, con acierto, en el fundamento jurídico segundo porqué llega a la conclusión de que aquella es la fecha en que se inició la relación laboral entre las partes. Esto expuesto no se acierta a comprender dónde se produce la invocada indefensión, pues si ya en la demanda se reflejaba aquella fecha ello permitía a la parte demandada preparar los medios de prueba necesarios para combatir o tratar de demostrar que la fecha de antigüedad no era esa. Pero es que, después de venir reflejada la fecha en la relación fáctica de la resolución recurrida la recurrente ni siquiera pide la revisión, si bien trata de demostrar, como luego se verá, que desde aquella fecha hasta el alta en la S.S. la relación no era laboral. Es importante tener presente que aún cuando los órganos jurisdiccionales deben efectuar lo necesario para que no se creen por propio error o funcionamiento deficientes situaciones de indefensión material, también les compete a las partes intervinientes actuar con la debida diligencia “sin que puedan alegar indefensión quien se coloca a si mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible” (por todas, STC 172/2000 de 26 de junio). En efecto, solo son susceptibles de causar indefensión los errores imputables al órgano judicial, pero no aquellos otros que se deban única y exclusivamente a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia del recurrente o de los profesionales que lo representan o defienden (SSTC 112/1993 de 29 de marzo, 18/1996 de 12 de febrero y 78/1999 de 26 de abril).

En el tercer motivo del recurso se pretende la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal: “Sexto.- El cómputo de las bases de cotización de los 24 últimos meses cotizados inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, asciende según la propia Entidad Gestora a 8.934.600 ptas.”. No existe inconveniente en aceptar tal adición, si bien con nulos efectos prácticos por lo que más adelante se dirá, al analizar la cuestión de fondo.

SEGUNDO.- En el primer motivo de los destinados al examen del derecho aplicado (cuarto del recurso) se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 3.2.c) del EECA, Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro, RDGT de 16 de abril de 1982, BOE 4 de mayo alegando, en esencia, que desde el 02.01.1972

hasta al 01.04.1973 la relación no era laboral y el citado artículo excluye expresamente del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo al personal que como el actor preste sus servicios en calidad de agente, corresponsal y en general mediante contrato de comisión o relación análoga. El tema planteado constituye una cuestión nueva, imposible de discutirse en suplicación, pues dado el carácter extraordinario de un recurso de esta naturaleza, el mismo impide examinar estas cuestiones, pues, de hacerlo, el Tribunal Superior se convertiría en Juez de instancia, construyendo “ex officio” el recurso, vulnerando los principios de contradicción y de igualdad de partes en el proceso, ambos pilares fundamentales de nuestro sistema constitucional y procesal. En resumen, se está planteando una cuestión nueva que no ha sido suscitada ni controvertida por las partes durante la tramitación del proceso y cuya admisión supondría una vulneración del principio dispositivo y de rogación que rige el proceso lo que impediría a este Tribunal, en consonancia con la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación, resolver otras cuestiones que no han sido planteadas ni debatidas en la instancia. Ello determina la inviabilidad del motivo, ya que según jurisprudencia consolidada, la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación lleva consigo que el planteamiento que se haga ha de corresponder con el que se hizo en el expediente, de manera que las infracciones que se denuncian sean armónicas con las que fueron acusadas en los autos, sin que sean admisibles otras distintas, ya que así resulta de lo dispuesto en el artículo 231.1 de la L.P.L. y en el artículo 1.710.2 de la supletoria L.E. Civil.

En el siguiente motivo se denuncia la infracción por interpretación errónea de los artículos 44 y 66.3 del EECA alegando que no son salario pensionable los tres pluses, de Seguridad Social, el de IRTP y el denominado de representación. Con carácter previo al examen del motivo conviene indicar que la recurrente ha unido al recurso una sentencia de la Audiencia Nacional cuya aportación ha de venir rechazada de plano al conculcar lo prevenido en el artículo 506 de la L.E. Civil, al ser aquella de fecha anterior. Pero es que, además, no excluye ninguno de los conceptos expresados, limitándose a incluir los cuatro conceptos que allí eran objeto de discusión, y estima la demanda formulada por los sindicatos demandantes contra la “C.A.O.” sobre conflicto colectivo y declara que la demandada debe incluir en la base reguladora de las prestaciones

correspondientes a la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social que tiene establecida las partidas salariales “paga extra aprobación de balances”, “complemento de salario base”, “antigüedad en pagas extras” y “plus laudo 79” con referencia a los empleados que las vengan percibiendo.

En el apartado tercero del artículo 66 del Convenio se establece que la base para el cálculo de los complementos de las pensiones estará constituida por los conceptos que establece el artículo 44 del presente Estatuto, que le puedan corresponder al empleado; y el indicado artículo 44 del Convenio determina los conceptos retributivos que conforman la estructura legal del salario en las Cajas de Ahorro, entre los que se incluye “otros conceptos de vencimiento periódico superior al mes”. Hay que considerar salario pensionable los tres pluses discutidos (Seguridad Social, IRTP y representación) al venir incluidos en el citado apartado 5 del repetido artículo 44, y no hay razón alguna para excluir dichos pluses cuando la recurrente ni siquiera ha intentado demostrar que no fueran de vencimiento periódico superior al mes. En los restantes motivos del recurso se denuncia la infracción de los artículos 70.1 párrafo segundo del EECA en la redacción dada a este por el artículo 21 del XIV Convenio Colectivo; 70.2 en relación con el 71.1 alegando, en síntesis, que al haber ingresado con posterioridad al 23 de febrero de 1972 y no haber acreditado 25 años de servicios prestados como empleado de la plantilla, por cuanto en el período que transcurre entre enero de 1972 y abril de 1973 no tenía relación laboral, el cálculo efectuado por la Entidad demandada fijando el complemento en la cantidad de 109.425 ptas. ha sido correcto. Y para el caso de que no fuera admitido dicho motivo, con carácter subsidiario de estimarse que el supuesto del trabajador es el general del artículo 70.1, el complemento de pensión a reconocer solo debe alcanzar el 80% del salario pensionable ya que éste es el porcentaje de la pensión reconocida por la Seguridad Social.

Cumple señalar en primer lugar que no se acepta, por lo dicho anteriormente, que el actor haya ingresado en la Caja con posterioridad al 23 de febrero de 1972, al ser un hecho probado incontestado que lo hizo el 02.01.72; tampoco se acepta, por lo arriba expuesto, que entre el 02.01.72 y 01.04.73, fecha en que la empresa le dio de alta en la Seguridad Social, la relación no haya sido laboral. Sentado ello cabe señalar que el cálculo de la base para fijar el

complemento de pensión por jubilación, a abonar por la Caja de Ahorros, debe efectuarse en base a los salarios percibidos por el trabajador por los conceptos que figuran en el aludido artículo 44 y ss. del Estatuto de Empleados de las Cajas, de 16 abril 1992. Por su parte el artículo 70.1, al regular el complemento de la pensión de jubilación, dispone que el trabajador tendrá derecho a que se complemente la pensión de jubilación que perciba de la Seguridad Social, hasta alcanzar el porcentaje que resulte de sus retribuciones de acuerdo con el apartado 3 del artículo 66, precepto este en el que se fija la base del cálculo indicando que “estará constituida por los conceptos que establece el artículo 44, que le puedan corresponder al empleado, más ayuda familiar, percibidas en los doce meses anteriores al mes en que se produzca la jubilación”. A su vez el artículo 44 fija la estructura legal del salario en las Cajas de Ahorro en: a) sueldo base, y b) complementos del salario base (antigüedad, de puesto de trabajo, de cantidad y calidad, estatutarias, otros complementos de vencimiento periódico superior al mes y plus de residencia). El Tribunal Supremo en la sentencia de 10.04.96 (Ar.3.072), sienta la doctrina interpretativa de los invocados artículos 70 y 71 del Convenio en el sentido de que el artículo 70 constituye la norma general configuradora del complemento de pensión de jubilación, la cual se aplica a los empleados que se jubilen a partir de los 65 años, con la particularidad de que si el interesado ingresó desde el 23.02.72 en adelante se necesita, además, para su inclusión en esta norma general, contar al menos con 25 años de servicios prestados. Esta norma general otorga el derecho a que se complemente la pensión de jubilación que perciba por la Seguridad Social hasta alcanzar el 100% de sus retribuciones. En el supuesto enjuiciado se cumplen estas condiciones para su aplicación ya que el actor se jubiló a partir de los 65 años y ha ingresado antes del 23.02.1972, por lo que tiene derecho a que se complemente la pensión de jubilación que perciba por la Seguridad Social hasta alcanzar el 100% de sus retribuciones.

Por último indicar que la mejora de pensión de jubilación no está sujeta a las mismas vicisitudes que la pensión concedida por la Seguridad Social, ni para determinar aquella ha de estar al porcentaje correspondiente a los años de cotización, en el caso del recurrente el 80%, pues basta la lectura del art. 70.1 del XIV Convenio Colectivo, para darse cuenta que la mejora de pensión alcanza la diferencia hasta completar el haber regulador

que conforme al art. 44 del propio Convenio determina como base reguladora, sin que la aplicación de porcentaje sea procedente, pues el citado precepto, que regula en exclusiva tal mejora de Seguridad Social en relación con la prestación de jubilación, no hace referencia alguna al mismo, como así lo efectúa el apartado 1 del art. 66 del citado Convenio, que no es aplicable a la prestación de jubilación, sin que pueda admitirse que la referencia que efectúa el segundo párrafo del apartado 1.º del art. 70 del Convenio Colectivo al art. 66.3 del mismo, suponga la omisión de la utilización de porcentaje, dado que hay que entender de la interpretación literal del citado párrafo que la referencia a los mismos casos y términos de las prestaciones de Seguridad Social, están dirigidas a la efectividad y existencia de la pensión, pero no en la determinación de su cuantía, la cual, por imperativo del sentir literal del apartado 1.º del art. 70, consiste en la diferencia entre lo percibido por la prestación de Seguridad Social y el cien por cien que hubiera percibido en activo.

En consecuencia y por lo expuesto procede la desestimación del recurso de Suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la Empresa "C.O.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Ourense de fecha 26 de enero de 1998, confirmando la expresada resolución. Se decreta la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, condenado a la parte recurrente a que abone cien mil pesetas en concepto de honorarios de letrado de la parte impugnante en el recurso.

3217 Recurso nº 987/98

S.S. INADMISIÓN DE RECURSO DE SUPLICACIÓN POR FALTA DE DENUNCIA DE INFRACCIÓN NORMATIVA.

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

A Coruña, a dieciséis de junio de dos mil uno.

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 987/98 interpuesto por la empresa "R.P., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 165/97 se presentó demanda por la Empresa "R.P., S.A." en reclamación de Alta - Baja siendo demandado la Tesorería General de la Seguridad Social y don P.C.I. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 4 de noviembre de 1997 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- La Inspección de Trabajo gira visita a la sede de la empresa el 12 de agosto de 1996. Revisada la documentación de la empresa y mantenida entrevista con el representante de la misma y trabajadores que se encontraban en el centro, se levanta acta de infracción en la que se constata que el trabajador don P.C.I. prestó servicios para la empresa actora desde el 01.01.96 hasta el 31.07.96, realizando funciones de técnico de control y sonido en programas emitidos por la empresa en fin de semana, utilizando los equipos de la misma con horario de media jornada. sábados y domingos de 10 a 14 horas, percibiendo por la prestación de servicios una cantidad mensual de 30.000 ptas.- Segundo.- A la vista de dicha acta y la complementaria de liquidación de cuotas, la Tesorería General de la Seguridad Social, con fecha 30 de diciembre de 1996 dictó resolución por la que se efectuaba el alta de oficio en "R.P., S.A." de don P.C.I. con fecha de efectos de 12.08.96 y baja de 31.08.96.- Tercero.- La empresa mantiene la existencia de una relación becada con el trabajador. No ha quedado demostrada dicha relación. Por el contrario. Son ciertos los hechos contenidos en el acta de infracción de la Inspección de Trabajo. Cuarto.- Se agotó la vía previa en la forma reglamentaria."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda formulada por la empresa "R.P., S.A." absuelvo de la misma a la demandada Tesorería General de la Seguridad Social, confirmando en todos sus extremos la resolución recurrida.- Absuelvo de la demanda al codemandado don P.C.I."

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- 1.- La decisión de instancia desestimó la demanda formulada frente a la TGSS por el alta de oficio practicada respecto del codemandado Sr. C. Y frente a esta sentencia, la recurrente se limita en su recurso de Suplicación a un solo motivo que ampara en el art. 191.b) LPL y que destina a la revisión de los HDP, proponiendo la siguiente redacción para el ordinal primero: "Don P.C.I. realizó prácticas profesionales en la empresa "R.P., S.A.", en calidad de becado y con una bolsa de estudios de 30.000 pesetas mensuales, realizando dichas prácticas a petición propia durante los meses de julio y agosto del año 1995 y de igual manera y duración en el año 1996, no existiendo por tanto relación laboral alguna entre don P.C.I. y la empresa "R.P., S.A.". 2.- Una vez más ha de indicarse (por citar algunas recientes, las SSTSJ Galicia 12-enero-01 R. 4.679/99, 22-febrero-01 R. 73/00, 16-marzo-01 R. 612/00, 23-marzo-01 R. 935/00, 30-marzo-00 R. 877/98, 20-abril-01 R. 969/99, 18-mayo-01 R. 1.616/00, 21-mayo-01 R. 5.363/97, 25-mayo-01 R. 2.419/00...) que el recurso de Suplicación no se halla exento de un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los art. 188 y sigs. LPL y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el art. 194 LPL ("en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare"; "en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas"; y "también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión"). Y este precepto –sostiene unánime

doctrina jurisprudencial– obliga no sólo a indicar los concretos medios revisorios que evidencien el error judicial en la valoración de la prueba y a expresar la nueva redacción que se propone como modificación o añadido del texto de instancia, sino también a justificar adecuadamente toda pretensión modificativa de la parte fáctica de la sentencia. A la par que presupone denunciar y razonar adecuadamente la infracción de una específica disposición legal, por cuanto que la parte dispositiva de la sentencia que se recurre –exclusivo objeto final del recurso– únicamente es rectificable en virtud de una apreciada vulneración infracción normativa que previamente se hubiese señalado y argumentado, siendo incontestable doctrina jurisprudencial la de que la ausencia de apartado de examen del Derecho en el recurso y/o la falta de una correcta denuncia de vulneración de disposiciones legales o Jurisprudencia, determinan que el recurso devenga estéril y deba ser desestimado; en la misma forma que esa naturaleza extraordinaria del recurso –STS 7-mayo-1996 Ar. 4.381– implica que el Tribunal de suplicación tan solo deba examinar –cuestiones de orden público procesal aparte– aquellas infracciones legales que hayan sido aducidas por los recurrentes, no siéndole hacedero abordar las infracciones no denunciadas o que no lo hubiesen sido con arreglo a las referidas formalidades, porque –STS 24-junio-1992 Ar. 4.669– el incumplimiento de tal carga procesal de la parte no puede ser suplida por el órgano judicial, abocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos exigidos por el art. 75 de la LPL que, en la fase actual del recurso, actúa como causa de inadmisión. 3.- Y como también tenemos reiteradamente indicado, este planteamiento en nada compromete la tutela judicial efectiva, pues –han de ser citadas las SSTC 37/1995 y 93/1997, de 8-mayo– "el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas", y el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni se trata de una segunda instancia, resultando ser –SSTC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– "un recurso de naturaleza extraordinaria, en el que el Tribunal *ad quem* no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes". En consecuencia y por ajustarse el presente recurso a las formalidades mínimas que la legislación procesal establece,

Fallamos

Que inadmitiendo el recurso interpuesto por “R.P., S.A.”, declaramos firme la sentencia que con fecha 4-noviembre-1997 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Tres de los de A Coruña, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a don P.C.I.

3218 Recurso número: 03/0008394/1997

S.CA. CONTRATACIÓN DE TRABALLADORA ESTRANXEIRA SEN PERMISO DE TRABALLO. COMO A EMPRESA TRAMITOU A SÚA BAIXA NA SEGURIDADE SOCIAL INMEDIATAMENTE DESPOIS DE VERIFICA-LA AUSENCIA DE DITO PERMISO, DEBE DEIXARSE SEN EFECTO A SANCIÓN.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de junio de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008394/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “P.C., S.L.” domiciliado en... (Vigo), representado y dirigido por el Letrado doña. C.T.C., contra Resolución de 11.12.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra-Vigo sobre acta de infracción nº 74/95, Expte. nº 10.067/96. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 505.000 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 12 de junio de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 11.12.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra-Vigo, que impone la sanción de 505.000 ptas. por incurrir en el art. 35.1 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por haber utilizado una trabajadora extranjera en la realización de actividades laborales, sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, siendo considerada tal infracción como muy grave en su grado mínimo, conforme al art. 37 del mismo texto legal.

II. De acuerdo con el Acta, girada visita de control y seguridad social a la empresa recurrente en su centro de trabajo el 11.01.95 se comprobaron los siguientes hechos: “1º. Que atendiendo a los clientes que había en la barra y a un grupo sentado en una mesa de la sala se encontraba A.O.M. de nacionalidad cubana... vestía de negro. 2º. Que en el centro de trabajo no había ningún otro trabajador ni representante alguno de la empresa. 3º. Que A.O.M. declaró que el día 10.10.95 fue su primer día de trabajo y que comenzaba su jornada a las 10 de la mañana finalizando a las 14,30 h. Todavía no había llegado a un acuerdo salarial con la empresa”. Citada la empresa, ésta comparece y presenta la documentación requerida, “constatándose las siguientes circunstancias: 1º. Que A.O.M. carece de permiso de trabajo y su visado de estancia por 90 días fue concedido el 20.06.94. El 1 de julio de 1994 solicitó tarjeta de residente en la Unión Europea como residente no laboral. 2º. Que

“P.C., S.L.” por medio de fax el 10.01.95 a las 17 h. 9 m. comunica a la Administración de la Seguridad Social el alta en el Régimen General de la Seguridad Social de A.O.M. con fecha 11.01.95. El 16 de enero con efectos 11.01.95 insta la baja en el Régimen General de la Seguridad Social de A.O.M. reflejando como causa de baja: falta permiso de residencia. La actuación empresarial descrita en el párrafo anterior, independientemente de su nulidad jurídicamente hablando –art. 6.3 del Código civil- es inversa a la que debió realizar y que la lógica impone cuando se trata de admitir en una empresa a un trabajador extranjero, en este caso, es imprescindible antes de iniciarse la relación laboral verificar el permiso de trabajo y de residencia”, lo que da lugar a la infracción que se imputa.

III. La recurrente alega “que en el momento de la contratación, la trabajadora informó a la empresa que cumplía con todos los requisitos legales para la prestación de servicios por cuenta ajena en España, en particular, los relativos a los correspondientes permisos de residencia y de trabajo, por haber trabajado con anterioridad, según sus manifestaciones”. Fue dada de alta inmediatamente. Al día siguiente, 11 de enero, al no presentar los permisos necesarios “la trabajadora confesó a la empresa que carecía del preceptivo permiso de trabajo, por lo que en consecuencia y con carácter inmediato y efectos al día 11 de enero de 1995, fue tramitada su baja en la Seguridad Social”. En el Acta existe un error material, que apunta la recurrente y es reconocido por el Controlador Laboral en su informe, ya que el primer día de trabajo de A.O. no fue el 10.10.95, sino el 10.01.95. Estas alegaciones deben ser acogidas, pues demuestran que la empresa ha actuado de buena fe, dando de alta a la trabajadora confiando en que tenía el permiso, y dándola inmediatamente de baja cuando se comprueba que no era cierto.

IV. Por los motivos expuestos, procede la estimación del recurso, dejando sin efecto la sanción impuesta.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “P.C., S.L.” contra Resolución de 11.12.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social

de Pontevedra-Vigo sobre acta de infracción nº 74/95; Expte. nº 10.067/96 dictado por Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; y en consecuencia, se deja sin efecto la sanción impuesta. Sin imposición de costas.

3219 Recurso número: 03/0008408/1997

S.CA. INFRACCIÓN GRAVE EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS. INCUMPRIMENTO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS NOS EQUIPOS DE TRABAJO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de junio de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008408/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por G.D.P.R. con D.N.I... domiciliado en... (Lugo), representado y dirigido por el Letrado don J.S.M. contra Resolución de 25.03.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en Lugo de la C. de Xustiza, Interior e R. Laborais sobre acta de infracción nº 339/96; Expte. nº 28/97. Es parte la Administración demandada Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada por el letrado de la Xunta de Galicia. La cuantía del asunto es determinada en 251.000 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 12 de junio de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 25.03.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, que impone la sanción de 251.000 ptas. por infracción de lo dispuesto en el art. 124.7 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene, OM 09.03.71, en relación con los art. 4.2.d) y 19.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, R.D. Legislativo 1/95, de 24 de marzo, y 14 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, infracción que se califica como grave a tenor de lo previsto en el art. 47.16.b) de la Ley 31/95 citada, apreciándose en su grado mínimo.

II. De acuerdo con el Acta de Seguridad e Higiene, "girada visita el día 02.10.96 sobre las 10:30 h. a centro de trabajo, tramo de Autovía Villartelin-Nadela y en la zona de planta de machaqueo prestaba servicio el trabajador de la empresa referenciada don J.G.P..., dicho trabajador realizaba el trabajo de cargar camiones en la planta utilizando una máquina excavadora Hanomag-55 C, la cual carecía de luces y dispositivo de aviso sonoro en marcha atrás", lo que da lugar a la imputación de la infracción mencionada.

III. El recurrente trata de desvirtuar la presunción de veracidad de los hechos objetivos recogidos en el Acta alegando que "en el momento de la visita, el trabajador de la plantilla del actor estaba cargando áridos en la planta machacadora que se encuentra a más de doscientos metros de la autovía en obras, autovía en donde la inspectora se detuvo. Desde tan lejos no puede saberse si la máquina llevaba o no dispositivo de aviso sonoro de marcha atrás, no solo por la distancia, sino por la existencia de un grupo electrógeno que no permite siquiera, el ruido que hace, la conver-

sación entre dos personas. Tampoco es posible determinar si la máquina carece o no de luces porque la visita se produce a las 10:30 horas de la mañana, es decir de día, y además la polvareda existente en el centro de trabajo... no permite ver desde 200 m. si la máquina tiene o no alumbrado". Presenta también el recurrente en el expediente administrativo una certificación del responsable técnico de la empresa "T.E.T." en la que se hace saber que la mencionada entidad ha revisado la instalación eléctrica e instalada una sirena de marcha atrás en la máquina de que se trata el 11.06.96. Respecto de estas alegaciones ha de hacerse constar que el Acta narra con precisión y claridad los hechos, encontrándose debidamente contruidos los elementos configuradores de la veracidad del Acta. Se trata del relato de hechos directamente percibidos. Por lo demás, el hecho de que el 11.06 se hubiera realizado una inspección técnica del vehículo no es obstáculo para afirmar que el día de la visita el mismo ni tenía luces ni sonido de advertencia de marcha atrás, como señala el Acta.

IV. Por los motivos expuestos, procede desestimar el recurso interpuesto, confirmando la sanción en todos sus extremos.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por G.D.P.R. contra Resolución de 25.03.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en Lugo de la C. de Xustiza, Interior e R. Laborais sobre acta de infracción nº 339/96; Expte. nº 28/97 dictado por Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais. Sin imposición de costas.

3220 Recurso nº 2.226/2001

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. ACORDO INTERNO DE CONCURSO DE TRASLADOS, NO ÁMBITO DO SERGAS QUE DISTORSIONA A APLICACIÓN DA NORMATIVA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a veintidós de junio de dos mil uno.

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 2.226/2001 interpuesto por C.G.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 16/01 se presentó demanda por la C.G.T. en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandados el Servicio Galego de Saúde, Junta de Personal del Complejo Hospitalario "X.C.", Confederación Intersindical Galega (CIG), Comisiones Obreras (CC.OO.), Unión General de Trabajadores (UGT), CEMSATSE, SAE. y SEGA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de enero de 2001 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Con fecha 21.07.00 la Gerencia del Complejo Hospitalario "X.C." –dependiente del SERGAS- y la Comisión de Centro (en la que el sindicato C.G.T., cuenta con dos miembros, suscribieron una normativa en la que se fijaban los criterios a seguir en los Concursos de Traslados internos (antigüedad, experiencia, cursos, etc.); en lo referente a la "antigüedad do nomeamento en propiedade", se establece una fracción de puntos –diferente, según los casos-, "por cada mes en activo". Igualmente se acuerda: "En caso de empate terase en conta: 1º As fraccións de tempo traballado; 2º A maioría de idade.- II.- En agosto de 2000 se publicó Convocatoria para provisión de puestos de trabajo del Complejo Hospitalario "X.C.", tanto de personal sanitario no facultativo (98 plazas), como de personal no sanitario (26 plazas).- III.- En reuniones celebradas por la Comisión de Traslados Internos (C.T.T.) –de la que forman parte dos miembros de la Comisión de Centro-, de fechas 06.11.99 y 18.12.99, se tomaron diversos acuerdos sobre la aplicación del Baremo, estableciéndose en el apto. primero: "Valorar como mes completo as fraccións de días de servicios prestados que pasen de 15 días e non tomados en consideración se

son menores". De tales acuerdos tuvo conocimiento la Comisión de Centro el 14.12.00.- IV.- Con fecha 04.12.01, publicada el 07.12.00 se resolvió el Concurso de Traslados cubriéndose 29 plazas de personal sanitario y 8 plazas de personal no sanitario, quedando el resto de ellas desiertas por falta de solicitudes. Aún existiendo personal que vio denegada su solicitud a plaza concreta, por obtener menor puntuación, ninguno de ellos recurrió dentro del plazo de 10 días naturales establecida en la normativa aprobada el 21.07.00."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por C.G.T. contra SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, JUNTA DE PERSONAL DEL COMPLEJO HOSPITALARIO "X.C.", C.I.G., CC.OO., U.G.T., CEMSATSE, S.A.E., y S.E.G.A., debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contenidas en la demanda."

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interpone recurso de Suplicación contra la sentencia de fecha veintitrés de enero de dos mil uno, del Juzgado de lo Social nº tres de Vigo, seguido a instancia de C.G.T. contra el SERGAS, Junta de personal del Complejo Hospitalario "X.C.", y otros, por parte de la parte actora, basándose el mismo, al amparo del art. 191.c) de la LPL en infracción por inaplicación de las normas sustantivas siguientes: Normativa sobre Concursos de Traslados internos en el Complejo Hospitalario "X.C.", Convocatoria de 11.08.00 para la provisión de puestos de trabajo por concurso de traslados interno de personal del CH "X.C.", apartado 3 y Reglamento de funcionamiento de la Comisión de Centro de CH "X.C." art. 5, todo ello con el acuerdo adoptado por la comisión de baremación en su reunión de fecha 06.11.00 cuya impugnación ha dado origen al presente pleito consistente en valorar como mes completo "as fraccións de días de servicios prestados que pasen de 15 días, e non tomalos en consideración se son menores".

Poniendo dicho acuerdo, el cual se impugna, con la normativa que rige en tal Centro Hospitalario sobre concurso de traslados internos, que figura recogido en el hecho pro-

bado primero de la sentencia, según el cual: “En agosto de 2000 se publicó Convocatoria para provisión de puestos de trabajo del Complejo Hospitalario “X.C.” tanto de personal sanitario no facultativo (98 plazas), como de personal no sanitario (26 plazas)”, pone de manifiesto que a efectos de tener en cuenta la antigüedad de los solicitantes, se atenderá a “cada mes en activo”, luego en consecuencia se fija como criterio de baremación inicial el del “mes”, con independencia de los días, y es en el caso de empate cuando se acoge un segundo criterio de baremación que son las fracciones de tiempo trabajado (días, en este caso) y mayoría de edad.

Dado que la antigüedad se certifica por días (F-63) por parte del SERGAS el criterio del redondeo obliga a considerar los meses en activo de 30 días (ya que unos son de 28, otros de 29 y otros de 31) pero no de 15 días ya que este último criterio carece de rigor y base lógica. El acoger el criterio de tener en consideración como mes a computar cuando exceda de 15 días y no valorarlo cuando no exceda de tal límite, permite desaparecer las fracciones, por lo que, producido un empate no queda más que acudir al segundo criterio de desempate como es el de la mayoría de edad.

Introduciéndose con el acuerdo que se impugna por los recurrentes, criterios arbitrarios en la selección del personal, ya que pudiera ocurrir que dos trabajadores uno que tenga una fracción de tiempo de 28 días trabajados y otros que tenga 16 días, si se atiene a la literalidad de los criterios fijados el 21.07.00, nunca empatarían porque uno (el de 28) tiene mas antigüedad que otro (el de 16) no siendo necesario acudir a la mayoría de edad (como segundo criterio de desempate).

Pero con la modificación introducida por el acuerdo de 06.11.2000 puede ocurrir que el que tiene menos antigüedad (16 días) por tener mas edad se le adjudicaría la plaza frente al que tiene mas antigüedad (28 días) que por tener menor edad no se le concedería la misma. En los hechos probados de la sentencia cuya modificación no se ha interesado, aparecen fechas que contrastadas las actuaciones se constatan erróneas, en este sentido el orden cronológico de los hechos son los siguientes: 1) 21.07.2000 normativa que fija criterios a seguir en concursos de traslados internos; 2) 10.08.2000 convocatoria para provisión de puestos de trabajo; 3) 06.11.2000 acuerdo sobre aplicación de Baremo (que es objeto de impugnación); 4) 04.12.2000 publicado 07.12.2000 se resuelve el concurso de Traslados; 5) El acuer-

do (que se impugna) se puso en conocimiento del Sindicato Impugnante como consecuencia de la celebración del Pleno de la Comisión de Centro el 14.12.2000. En consecuencia de lo cual y a mayor abundamiento dicho Acuerdo que se pretende que fuera interpretativo va más allá de tal competencia y asume funciones normativas estableciendo nuevos criterios de baremación (que sólo corresponderían al Pleno de la Comisión de Centro) dándole además publicidad una vez que se hallaba resuelto el concurso para la provisión de puestos de trabajo.

En consecuencia de lo cual se llega a la conclusión que por el acuerdo que ha resultado impugnado se está distorsionando la literalidad de la normativa sobre concursos de traslados internos por todo lo cual, se estima el motivo del recurso. Entendiendo que el proceso de provisión está completado, y al no haber sido impugnado por ningún interesado no puede reabrirse el mismo quedando dicha situación consolidada.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la C.G.T., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Vigo, de fecha 23 de enero de 2001, con revocación de la misma y estimación de la demanda se declara que el acuerdo de 6 Noviembre de 2000 de la Comisión de Traslados Internos del Hospital “X.C.” es contrario en su apartado 2º de la normativa sobre concurso de traslados internos existente y en consecuencia se declara la nulidad de dicho acuerdo de 06.11.2000, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración. Absolviendo a los demandados del resto de peticiones de demanda.

3221 Recurso nº 658/98

S.S. COTIZACIÓN POR SALARIOS DE TRAMITACIÓN. RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL EN ORDE ÁS PRESTACIÓNS POR DESCUBERTOS. NON SE PRODUCE CANDO OS MESMOS NON TEÑEN INCIDENCIA NO ACCESO NIN NA INTENSIDADE DA ACCIÓN PROTECTORA. EXISTENCIA DE INCAPACIDADE PERMANENTE ABSOLUTA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa M. Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veinticinco de junio de dos mil uno.

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. 658/98 interpuesto por los demandados AYUNTAMIENTO DE CARBALLO e INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.A.G.P. en reclamación de INCAPACIDAD siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Ayuntamiento de Carballo. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 398/97 sentencia con fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventa y siete por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) Que el actor don M.A.G.P., nacido el 10.04.53, de profesión "informático", figura afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº..., teniendo acreditadas cotizaciones suficientes para causar pensión./ 2º) Que por razón de enfermedad el actor solicitó ante la Comisión de Evaluación de Incapacidades declaración de invalidez permanente, proponiéndose por aquella el reconocimiento de una total, acordándolo así la Entidad Gestora./ 3º) Que disconforme con la anterior resolución, tanto con relación al grado de invalidez como en lo referente a la base reguladora, el actor interpuso reclamación previa, la cual fue desestimada".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta por don M.A.G.P., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el AYUNTAMIENTO DE CARBALLO y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que dicho

demandante se encuentra en situación de invalidez permanente absoluta con derecho a percibir la correspondiente pensión en el 100% de su base reguladora fijada en la cuantía de 215.269 pesetas, condenando a todos los demandados a estar y pasar por tal declaración en sus respectivas responsabilidades, y al I.N.S.S. al abono de la pensión correspondiente con efectos del 14.08.96".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por los codeemandados Ayuntamiento de Carballo e I.N.S.S. siendo el primero impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara que el demandante se encuentra en situación de IPA con derecho a percibir la pensión en el 100% de la Base reguladora de 215.269 ptas. condenando a todos los demandados a estar y pasar por tal declaración en sus respectivas responsabilidades y al INSS al abono de la pensión correspondiente; frente a ella interpone recurso de Suplicación el Excmo. Ayuntamiento de Carballo y solicita al amparo del art. 191.b) Ley Procedimiento Laboral que el hecho probado 6º de la sentencia se amplíe expresando: "Con fecha de 31 diciembre de 1994 se extinguió la relación laboral que unía al actor con el Ayuntamiento de Carballo." Se admite la adición ya que así figura al folio 28, en la sentencia de 07.02.95 del Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña.

Como tercer motivo del recurso pero también al amparo del art. 191.b) Ley Procedimiento Laboral se pide la supresión del siguiente párrafo: "A excepción del período comprendido entre los meses de enero a mayo de 1995 en el que la entidad gestora ha tomado como base de cotización durante los meses de enero, febrero, marzo y abril de 73.140 ptas. y 213.791 ptas. durante el mes de mayo cuando por tales períodos deberían haberse tomado como bases de cotización las de 307.560 ptas." No procede dicha supresión por lo que luego se fundamentará.

SEGUNDO.- Respecto de las infracciones de normas sustantivas y al amparo del art. 191.c) LPL el recurrente entiende que la sentencia infringe los art. 103 y 104 de la Ley General Seguridad Social, en relación con los art. 26.2 Estatuto Trabajadores y 276 Ley Procedimiento Laboral, así como la doctrina juris-

prudencial que los interpreta, porque impone al empresario en su Fundamento de Derecho Segundo la obligación de mantener en alta al trabajador durante el período correspondiente a los salarios de tramitación y cotizar por los mismos hasta el último día del mes siguiente al de la notificación de la sentencia que en el caso que nos ocupa sería hasta el mes de mayo de 1995.” La denuncia no puede prosperar porque es cierto el carácter indemnizatorio de los salarios de trámite, pero ello no libera de la obligación de cotizar así la sentencia del T.S. de 09.12.99 señala: “En la discusión sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación esta Sala se ha inclinado con decisión por la tesis de que en los mismos predomina el carácter indemnizatorio frente al salarial y como dice la sentencia de contraste, aunque constituyen un concepto jurídico propio con vertientes que los asimilan a los salarios y a la indemnización lo cierto es que la doctrina de esta Sala en Sentencia de 13 mayo de 1991 (RJ 1991, 3.907) dictada en Sala General atendiendo a finalidad perseguida por los mismos, declara expresamente que la figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para el se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha del despido y durante la instrucción del despido correspondiente. Esta doctrina como la propia sentencia dictada razona había sido ya esbozada por la de 29 enero 1987 (RJ 1987, 174 y 175) y las de 27 febrero, 30 abril, y mayo de 1990 (RJ 1990, 1.240 y 3.511) y ha sido seguida por las de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10.050) y 19 mayo 1994.

Rompiendo esta línea jurisprudencial se dicta la sentencia de 7 julio de 1994 (ya citada) que se inclina por la naturaleza salarial de los salarios del trámite sentencia aislada, pues en la dictada en 14 marzo 1995, (RJ 1995, 2.010), vuelve a declararse de modo explícito la misma doctrina que ha sido literalmente transcrita.

El predominio del carácter indemnizatorio que la Sala ha conferido a los salarios de trámite continúa diciendo la sentencia, obliga a reconsiderar el criterio seguido por la sentencia aportada como contradictoria y a rectificarlo, ya que la obligación impuesta al empresario principal que responde durante el año siguiente a la terminación de su encargo de las obligaciones contraídas por los contratistas con sus trabajado-

res por el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores, se refiere a las obligaciones de naturaleza salarial y como se ha hecho ver en el fundamento precedente los salarios de trámite tienen vertientes salariales como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria como razonan las múltiples sentencias de esta Sala ya citadas. De lo expuesto resulta procedente la estimación del cuarto motivo del recurso al entender que la sentencia infringe el art. 126 nº 2 de la Ley General Seguridad Social porque aunque en el fallo de la sentencia recurrida no aparezca con claridad la condena del recurrente a cantidad alguna, de su redacción en conjunción con el razonamiento jurídico que se hace en el fundamento de derecho nº 3 podría deducirse que tuviera que capitalizar el capital coste y por ello el recurrente ataca la parte dispositiva y por lo mismo estimamos el recurso de Suplicación interpuesto en lo referente a la posible infracotización, conforme a la doctrina jurisprudencial reciente que señala por ejemplo la sentencia de 18.09.00 al decir: “La solución a la cuestión debatida en forma concorde con la establecida en la sentencia de contraste ya ha sido dada por esta Sala en su STS/IV 01.02.00 (RJ 2000, 1.436) (recurso 694/99, Sala General voto particular) seguida entre otras por las SSTs/IV 29.02.00 (RJ 2000, 2.414) (recurso 1.106/99) y 27.03.00 (RJ 2000, 3.126) (recurso 2.474/99) a cuya doctrina debe estarse y en la que en síntesis se establece: La tradición jurídica interpretativa de la responsabilidad empresarial por descubiertos en el pago de cotizaciones, la doctrina de la Sala, dictada en unificación de doctrina, se concretó en los siguientes postulados: 1) La regla a aplicar en estos casos viene constituida por el art. 136.1 y 2 de la LGSS, completada por lo dispuesto en los art. 94 y ss. del texto articulado de la LSS 21 abril 1966, en cuanto que al no establecer aquel art. 136 más que la regla general de que “el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva”, procede estar a lo dispuesto en los indicados preceptos de la Ley de 1966 con el valor reglamentario que les dio la disposición transitoria 2 del Decreto 1.645/1972, de 23 junio (RCL 1972, 1.210 y NDL 27.318), habiendo aceptado expresamente la vigencia de dichos preceptos con el indicado carácter reglamentario, entre otras muchas en el mismo sentido anteriores y posteriores, dos SSTs de 22.04.94 (RJ 1994, 3.271 y 3.273) (Recursos 2.304/93 y 2.475/93, dictadas

en Sala General); y 2) A partir del hecho de que el art. 94.2.c) de aquella norma reglamentaria imputaba la responsabilidad de las prestaciones al empresario por falta de ingreso de las cotizaciones, pero moderando tal responsabilidad en determinados supuestos y previendo la posibilidad de que la misma se produjera en otros supuestos a determinar “reglamentariamente” pero nunca determinado, la Sala construyó una doctrina que distinguía a los efectos de determinar la responsabilidad empresarial, entre descubiertos empresariales que pudieran ser considerados ocasionales o esporádicos y aquellos otros que por su trascendencia debieran de valorarse como rupturistas en cuanto aparecieron como demostrativos de la intención empresarial de no cotizar (“voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación” dice alguna sentencia de esta Sala como la de 27.02.96 [RJ 1966, 1.511] Recurso 1.896/95), “voluntad de incumplimiento empresarial nítida y persistente” se exige en la STS de 12.02.97 (RJ 1997, 1.262) (Recurso 3.406/1996), de forma que en el primer caso el empresario quedaba exonerado de responsabilidad pero no en el segundo. En dicha doctrina la responsabilidad derivaba de la voluntariedad empresarial en los descubiertos de cotización, una vez ponderadas las circunstancias que la habían determinado y la trascendencia mayor o menor de aquellos descubiertos en la relación de protección. Este criterio ha sido el utilizado por toda la Jurisprudencia unificada a partir del año 1991, aun cuando tiene su origen en sentencias de casación anteriores... Dicho criterio ha sido completado con la proporcionalidad en la responsabilidad cuando el descubierto de cotización reiterado no lo ha sido en atención al tiempo sino a la cuantía - supuestos de infracotización - cual puede apreciarse en la STS de 17.01.98 (RJ 1998, 738) (Recurso 3.083/92) -en relación con una prestación de IPT para la profesión habitual del trabajador en la que la empresa había cotizado todo el tiempo pero en cuantía inferior a la debida-.

Ese mismo criterio ha sido aplicado igualmente para determinar las responsabilidades empresariales derivadas de riesgos comunes, tanto en los casos de descubiertos de cotización temporales como en los descubiertos por cotización inferior a la debida o infracotización, de forma que no sólo se ha liberado de responsabilidad a la empresa cuando los descubiertos son ocasionales sino que cuando se le ha de imputar responsabilidad por descubiertos reiterados, sean temporales o por cotización inferior a la debida, se hace responsable a la empresa y al INSS pero en proporción a la

influencia que el defecto de cotización haya tenido en la cuantía de la prestación (como supuestos de infracotización reiterada con responsabilidad proporcional pueden citarse las SSTs de 28.09.94 (RJ 1994, 9.714) [Recurso 2.552/93], 20.07.95 [RJ 1995, 6.718] [Recurso 3.795/94], 27.02.96 [RJ 1996, 1.511] [Recurso 1.896/95] o 31.01.97 [RJ 1997, 648] [Recurso 820/96], entre otras). La ponderación de la voluntariedad empresarial en los descubiertos temporales de cotización a fin de determinar si eran ocasionales o rupturistas, cuando la prestación depende de la cobertura de un determinado período de carencia, fue abordada de forma novedosa por la STS 08.05.97 (RJ 1997, 3.970) (Recurso 3.824/96), dictada en la Sala General, en la que se contempló la influencia que pudiera tener en la responsabilidad para hacer frente a las prestaciones por maternidad anticipadas por el INSS los descubiertos de cotización de un año en los tres años de vigencia de la relación laboral, cuando la trabajadora tenía cubierto el período de carencia legalmente requerido. En ella se decidió que la empresa debía de quedar exonerada de responsabilidad sobre dos argumentos: el primero se apoya sobre la doctrina tradicional de la Sala antes expuesta, apreciando que los descubiertos en este caso eran ocasionales o esporádicos aunque el descubierto era de doce meses, pues no obedecían a la “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación” sino a presumibles dificultades de liquidez; pero en el segundo argumento se introdujo un razonamiento nuevo sobre criterios de legalidad constitucional al considerar que, puesto que el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de Seguridad Social, sino que el impago de las cotizaciones constituye, por una parte, una infracción grave sancionable administrativamente -art. 13, 37 y 38 de Ley 8/88 (RCL 1988, 780) de infracciones y sanciones en el Orden Social-, y da lugar al cobro de dichas cotizaciones por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes -art. 33 LGSS- se dijo que, para no vulnerar el principio constitucional del “non bis in ídem” “la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido. En otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa y sanción indirecta también administrativa por la vía de una responsabilidad que no se justifica en el marco de la relación de la pro-

tección, en un efecto que no puede autorizar una regra qué, como el art. 94.3 de la Ley de 21 abril de 1966 que tiene, como se ha dicho valor reglamentario y es, además anterior a la Constitución [RCL 1978, 2.836 y ApNDL 2.875]).

De esta forma se vulneraría además, como ya señaló la sentencia de 27 febrero 1996, el principio de proporcionalidad, pues el alcance de la responsabilidad no está en función de la gravedad del incumplimiento sino de la cuantía de la prestación causada y de las demás variables que determinan en su caso el importe del capital coste cuando se trata de pensiones" para extraer de ello como conclusión que "la regla del número 2 de este artículo sobre responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador. Y todo ello a los efectos de absolución del recurrente a este procedimiento y sin perjuicio de sus obligaciones con la TGSS que no son objeto de este pleito.

TERCERO.- Por último y respecto del recurso de Suplicación interpuesto por el INSS que tiene por objeto examinar la normativa aplicada en la sentencia recurrida ya que infringe, por interpretación errónea el art. 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto refundido de 20 junio 1994. Determina el art. 137, en su apartado 5, que "se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio; entendiéndose el INSS que las limitaciones funcionales padecidas por el trabajador le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual, de informático, no le inhabilitan por completo para el desempeño de actividades retribuidas de marcado carácter sedentario o que no exijan de una especial concentración o esfuerzos físicos o psíquicos.

La denuncia no puede prosperar; la sentencia de instancia en su hecho probado nº 4 señala que las dolencias que padece el actor consisten en: intervenido el 19.10.94 de colestomatoma ótico antral y durante el postoperatorio presentó meningitis que fue solucionada. Conversación en tono normal. Hipocusia total en O.I. y del 85% en O.D. según esto de inflamación. En RNM (94) quiste coloide TV ventrículo. No hizo hora RNM tras junio 94. Actualmente refiere desgana, falta de concentración. Síndrome ansioso depresivo. Sintomatología fóbica.

Estos padecimientos impiden al actor la realización de cualquier trabajo, por lo que procede la confirmación de la sentencia de instancia que lo declaraba en situación de IPA, porque es reiterada doctrina jurisprudencial, la de que toda actividad profesional requiere un mínimo de dedicación, rendimiento y diligencia, que precisa en cualquier caso, una actitud laboral que en razonable medida sea valorable en el ámbito del mercado de trabajo (STS 24.04.90), puesto que la prestación de un oficio por liviano y sedentario que sea, sólo puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de empleo, permanencia en él durante la jornada, y estar en condiciones de consumir una tarea que aún siendo leve, demanda un cierto grado de atención y una moderada actividad física (STS 27.02.90), por lo que la inhabilitación para el trabajo debe entenderse como absoluta si las lesiones sólo consienten quehaceres determinados y livianos con afán de superación y de sobreponerse al dolor más allá de lo que es exigible como normal diligencia (STS 4-diciembre-89). En consecuencia:

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Carballo y desestimado el recurso del INSS debemos de confirmar y confirmamos la declaración de IPA del actor don Á.G.P. con derecho a la pensión del 100% de la base reguladora de 215.269 ptas. condenando al INSS a su reconocimiento y abono, con la absolución del Excmo. Ayuntamiento de Carballo y de la TGSS.

3222

Recurso número: 03/0008411/1997

S.CA. INFRACCIÓN GRAVE EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS. FALTA DE FORMACIÓN DUN TRABALLADOR. INFRACCIÓN GRAVE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, veinticinco de junio de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008411/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "H.P.Y., S.L.", con D.N.I./C.I.F. domiciliado en...(Lugo), representado y dirigido por el letrado don A.A.G., contra Resolución de 25.03.97 desestimatoria de recursos contra otra de la Delegación Provincial en Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 218/96; Expte. nº 16/97... Es parte la Administración demandada Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais representada por el letrado de la Xunta de Galicia. La cuantía del asunto es determinada en 1.000.000 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 19 de junio de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 25 de marzo de 1997, desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, que impone la sanción de un millón de pesetas por infracción de lo previsto en los art. 14, 15 y 19 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales, que se considera falta grave a tenor de lo dispuesto en el art. 47.8 del mismo cuerpo legal, en su grado mínimo, teniendo en cuenta la gravedad de los daños producidos ante la

ausencia de las medidas preventivas necesarias. Se aprecia responsabilidad solidaria de la empresa "A.F. UTE. M.", empresa principal.

II. De acuerdo con el acta, "girada visita el día 27 de mayo de 1996, a centro de trabajo tramo de autovía Bamonte-Monte Salgueiro, al objeto de cumplimentar informe sobre accidente laboral del trabajador M.F.C. ocurrido el día 22 de mayo de 1996, el PK. 14 de dicho tramo de autovía. La visita se realiza conjuntamente con el Técnico del Centro de Seguridad e Higiene... acompañados por representantes de la empresa principal "A.UTE.M.". El trabajador de referencia, que según documentación laboral aprobada por la empresa "H.P.Y., S.L.", para la que trabajaba, parece ser que inició su actividad en la empresa el día 22 de mayo de 1996, es decir, el mismo día del accidente; conducía un camión bañera..., transportando conglomerado para ser extendido en la autovía. Al intentar rectificar el sentido de la marcha que llevaba, dentro del tajo, para poder descargar el material, colisionó con una máquina estacionada en uno de los márgenes sufriendo como consecuencia lesiones calificadas de graves... Según se ha comprobado, la vida laboral del trabajador afectado no presenta ninguna trayectoria como conductor de vehículos... La operación a realizar el día del accidente, consistía en la descarga de aglomerado en el tajo para ser extendido por la máquina correspondiente, teniendo que entrar el camión en la zona marcha atrás... La empresa no justifica que el trabajador tuviese o hubiese recibido la instrucción adecuada al trabajo a realizar y con el medio de características especiales que manejaba, toda vez que la conducción de vehículos articulados implica determinados riesgos inherentes a ellos mismos. La empresa no cumple con la obligación de garantizar la formación suficiente y adecuada para prevenir los riesgos en orden a la protección eficaz que en materia de seguridad tiene derecho el trabajador. La maniobra que ocasionó el Accidente del trabajador demuestra el desconocimiento que él mismo tenía sobre su realización, siendo otras personas ajenas a la empresa las que tienen que darle el aviso. La empresa ni acredita ni justifica la información adecuada, ni al efecto sobre la realización del trabajo a "ejecutar", lo que da lugar a la infracción que se imputa a la recurrente.

III. La recurrente alega, apoyándose en la inspección ocular realizada por los Agentes de la Guardia Civil de Tráfico que obra en el

expediente, que el trabajador accidentado “circulaba de forma errónea por el carril indicado, dirección Lugo y a velocidad inadecuada según obra en disco tacógrafo” y que la causa del accidente fue “la poca adherencia que los vehículos poseen al circular por tramo dotado de riesgo de emulsión y posiblemente a que el conductor del camión... hizo uso del freno, este por el peso de la carga que transportaba y la propia inercia del vehículo, hizo que se realizase el efecto “tijera”. Frente a estas alegaciones cabe señalar que tanto la velocidad inadecuada como el conducir de forma errónea por el carril indicado pueden ser debidas no tanto a imprudencia del conductor cuanto a su falta de formación en lo que se refiere a la conducción de un vehículo cargado de las características que se apuntan, y sobre un firme también peculiar.

IV. Señala además la recurrente, que el trabajador fue oportunamente instruido por el administrador de la sociedad y que posee los permisos de conducción necesarios, aportando Acta notarial de manifestaciones del trabajador accidentado en este sentido, donde asume la responsabilidad por el accidente. Ha de señalarse que este Tribunal considera que este tipo de manifestaciones realizadas por los trabajadores deben ser analizadas con prevención, ya que puede tratarse de declaraciones de favor que realiza para contentar al empresario.

V. También alega la recurrente que se trata de un accidente de circulación vial, y que en propio Auto de archivo del Juzgado donde se instruyeron diligencias por el siniestro ocurrido se señala que “ha quedado acreditado que en el accidente tuvo gran relevancia causal la culpa del conductor lesionado”. Frente a ello debe ponerse de relieve nuevamente que la imprudencia del trabajador es fruto de su ignorancia, de la cual es responsable la empresa que le contrató para un puesto de trabajo arriesgado sin darle la formación correspondiente.

VI. Asimismo dice la recurrente que la inspectora no recoge en el acta cuáles han sido las fuentes utilizadas para llegar a saber cómo sucedió el accidente, lo que provoca indefensión y desvirtúa la presunción de veracidad del Acta. Sin embargo, la recurrente no niega que los hechos se produjeran tal y como se describe, relato que además coincide con el contenido en la diligencia de inspección ocular de la Guardia Civil.

VII. También apunta la recurrente que se omitió indicar que el fundamento de la resolución que se recoge en el acta se hace de

forma implícita al amparo y concordante con el informe del Centro de Seguridad e Higiene en el Trabajo, del que no se le dio traslado. Cabe oponer que las conclusiones del Técnico del Centro fueron recogidas por la Inspectora en el acta, así que no se observa indefensión alguna.

VIII. Además, dice la recurrente que la sanción es desproporcionada, afirmación con la que este Tribunal no puede estar de acuerdo, pues se ha impuesto en su grado mínimo, aunque en su límite superior, teniendo en cuenta la gravedad de los daños producidos.

IX. Asimismo alega la recurrente, que se le notificó extemporáneamente el Acta de Infracción, lo cual debe dar lugar a la nulidad del expediente. Sin embargo, respecto de los plazos señala el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que “las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objetivo de la notificación o resolución, o interpongan cualquier recurso que proceda”. No procede, por tanto, la nulidad cuando la notificación no se cursa dentro del plazo de diez días que preceptúa el apartado anterior.

X. Además alega la recurrente defectos formales en el Acta, que no pueden admitirse pues no son relevantes, ya que se limitan a la ausencia de la norma que atribuye, competencia a la autoridad que dicta la Resolución impugnada.

XI. También alega la recurrente falta de competencia, pues debería resolver a su juicio, el Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, y no el Director General de Relaciones Laborales. Si se atiende a los decretos que regulan la estructura orgánica de la Xunta de Galicia se observa que es competente el órgano que resolvió y no el Conselleiro, como pretende la recurrente.

XII. En conclusión, procede desestimar el recurso interpuesto, confirmando la sanción recurrida. Sin costas.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “H.P.Y.,

S.L." contra Resolución de 25.03.97 desestimatoria de recursos contra otra de la Delegación Provincial en Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 218/96; Expte. nº 16/97 dictado por Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais. Sin imposición de costas.

3223**Recurso número: 03/0009516/1997**

S.CA. OBSTRUCCIÓN Ó LABOR INSPECTOR. XA QUE NON SE CONSTATOU A EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL, A EMPRESA NON DEBE SER SANCIONADA POLA DITA OBSTRUCCIÓN. A EMPRESA NON PODE SER OBRIGADA A DECLARAR CONTRA SI MESMA E DECLARARSE CULPABLE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Faraldo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, veinticinco de junio de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0009516/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.Y., S.L." con D.N.I... domiciliado en... (Pontevedra), representado y dirigido por el Letrado don R.T.N. (Habilitado), contra Resolución de 11.06.97 estimando en parte el recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.062/95; Expte. nº 3.691/96. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el abogado del estado. La cuantía del asunto es determinada en 500.001 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y

fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 19 de junio, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 11 de junio de 1997, que estima en parte el recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra, imponiendo la sanción de 500.001 pesetas por obstrucción de las funciones que corresponden a los Controladores Laborales, al no identificar a las personas que prestan sus actividades laborales en el centro de trabajo, lo que constituye infracción tipificada en el art. 49 de la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

II. De acuerdo con el Acta, se "giró visita de Inspección de Empleo y Seguridad Social al domicilio de la empresa de referencia. 2. Que tras preguntar por el encargado, e identificarse mostrando su credencial, comunica a los trabajadores que se hallan en la planta baja del centro de trabajo que va a proceder a identificarlos. 3. Que en ese momento una señora vestida con mandil de plástico naranja y botas verdes de agua que se hallaba empujando un carro con cajas para trasladarlo a otro habitáculo del centro de trabajo en compañía de M.C.J. y J.S.P., huye por la puerta posterior del centro de trabajo. Se le comunica que por favor no abandone el centro de trabajo antes de ser identificada ya que está incurriendo en una infracción, a lo que la mencionada señora hace "caso omiso". Preguntados a los trabajadores sobre la identidad de la persona huida, manifiestan no saberla. Preguntado al gerente de la empresa, tampoco identifica a la mujer, lo que da lugar a la infracción que se imputa.

III. La recurrente alega básicamente falta de prueba de la relación laboral, indicando que por el centro de trabajo deambulaban

muchas personas ajenas a la empresa, pues se trata de una lonja de uso generalizado donde operan multitud de trabajadores pertenecientes a distintas empresas. En efecto, este Tribunal considera insuficientemente probados los hechos que darían lugar a la infracción, ya que no se ha podido demostrar fehacientemente la relación laboral con la mujer huida. Resulta desproporcionado y carente de fundamento considerar a la empresa responsable de la presencia de una persona en su local, imputándole una actitud intencionada de obstrucción a la labor inspectora, cuando, ante la insuficiencia de actividad probatoria, se optó por requerir sin más a la empresa sancionada para que fuese ésta la que no sólo declararse contra sí misma, sino que también se declarase culpable, pese a lo que dispone el art. 24 CE, en lugar de realizar de oficio cuantas actuaciones resultasen necesarias para acreditar los hechos imputados a la recurrente, por cuanto que la carga de la prueba corresponde a quien invoca el presupuesto fáctico de la infracción.

IV. En conclusión, procede estimar el recurso interpuesto y anular la sanción impuesta. Sin costas.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "P., S.L." contra Resolución de 11.06.97 estimando en parte el recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.062/95, Expte. 3.691/96 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

3224 Recurso nº1.041/00

S.S. REINTEGRO DE PRESTACIONS INDEBIDAS. EXTENSION TEMPORAL DA OBRIGA DE REINTEGRO. CINCO ANOS, SEN EXCEPCIONS, LOGO DA LEI 66/1997, DO 30 DE DECEMBRO.

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

A Coruña, a vinte e seis de xullo de 2001.

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. 1.041/00 interpuesto por INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por INSS en reclamación de REINTEGRO DE PRESTACIONES siendo demandado don A.R.G. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 381/99 sentencia con fecha cuatro de enero de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandado don A.R.G. solicitó el 13.06.94 pensión de jubilación que fue concedida por resolución de 23.06.94 sobre una base reguladora de 133.449 pesetas, porcentaje 100%, por 45 años cotizados y efectos de 03.06.94, tomando en consideración el Instituto Nacional Seguridad Social las siguientes cotizaciones: A.O.V. del 01.08.57 al 04.08.67, 3.656 días; "B.C.", del 01.12.67 al 10.12.67, 10 días; V.L. y R.C., del 08.01.69 al 31.07.72, 1.301 días; J.S.V., 01.08.72 al 26.12.89, 6.357 días; Desempleo, del 27.12.89 al 18.06.90, 143 días y F.M.T., del 19.06.90 al 02.06.94, 1.436 días, según expediente administrativo que se reproduce./SEGUNDO.- El demandado, en el escrito de solicitud de la pensión de jubilación, hizo constar que había solicitado otra pensión de jubilación por la Mutualidad de Empleados de Notarías y la referida Mutualidad puso en conocimiento del Instituto Nacional Seguridad Social el 12.07.94 que se había reconocido pensión de jubilación al demandado con efectos 02.06.94./TERCERO.- Por resolución de 25.11.98, que se reproduce, se pone en conocimiento del demandado la percepción indebida de 9.196.398 pesetas./CUARTO. -Las empresas "F.M.T." y "F.J.S.V." estaban excluidas de cotización al Régimen General de la Seguridad Social por las prestaciones de jubilación, invalidez y muerte y supervivencia hasta la fecha de la

integración de los empleados de Notarías en el Régimen General./QUINTO.- El Instituto Nacional Seguridad Social solicita que se declare que la pensión de jubilación del demandado, reconocida por la entidad gestora, lo fue indebidamente y se le condene al demandado al abono de 9.962.549 pesetas por el periodo de 03.06.94 al 30.04.99 y las que se generen con posterioridad.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra don A.R.G., debo declarar y declaro que la pensión de jubilación reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social el 23.06.94 lo fue indebidamente, condenando al demandado a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas desde el 25.08.98 más las que se continúan percibiendo hasta que recaiga resolución firme.”

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 decisión de instancia estimó parcialmente la demanda del INSS, declarando que la pensión de Jubilación –RGSS– que le había sido reconocida al demandado por Resolución de 23-junio-94, lo había sido de forma indebida, y condenó al beneficiario a devolver las cantidades percibidas por tal concepto desde el 25-agosto-98. Decisión de la que discrepa la EG, con denuncia de haberse infringido por interpretación errónea el art. 145 LPL, en relación con los art. 62 y 102 LRJAP y PAC (Ley 30/1992, de 26-noviembre). Y con la que tampoco está de acuerdo el Sr. R. que en su recurso: (a) solicita la nulidad de actuaciones, por infracción de los art. 1.195 y siguientes CC, en relación con el RD 148/1996, y con los art. 359 y 372 LEC; (b) interesa la revisión de los HDP; y (c) denuncia la infracción –primero– de los art. 1.195 y siguientes del CC y del art. 2 OM 21-febrero-96, en relación con el RD 148/96, así como –segundo– del art. 43 LGSS y –tercero– del art. 82 Ley 40/1998 (9-diciembre), en relación con el art. 81 RD 214/1999 (5-febrero).

SEGUNDO.- El recurso argumenta la nulidad instada, afirmando que procede “por

no compensar las cantidades reclamadas con las diferencias que le corresponden percibir al efectuársele la regularización de la pensión que viene percibiendo por la Mutualidad de Empleados de Notarías” y “subsidiariamente, por no haberle posibilitado derecho de opción que le correspondería, a favor de la más beneficiosa de las 2 pensiones reconocidas por la Entidad Gestora demandante”. Es indudable que no procede acordar la nulidad pretendida, siendo así que ésta únicamente puede ser consecuencia –de estimación excepcional– de una infracción de “normas o garantías de procedimiento que hayan producido indefensión”. Y el beneficiario tan sólo argumenta inaplicación de normas sustantivas, que en su caso –ante su pretendida infracción– debe invocarse por el cauce del art. 191.c) LPL; sin que la Sala alcance a ver vulneración –inargumentada– de los art. 359 y 372 LEC, relativos a la congruencia y formalidades de la sentencia, justificativa de que se deja sin efecto las actuaciones de instancia.

TERCERO.- Las revisiones fácticas que el recurso propone van referidas a incluir las siguientes indicaciones: 1.- “El demandante percibió en concepto de pensión del Régimen General de la Seguridad Social los importes anuales que se señalan a continuación con indicación de las retenciones efectuadas en concepto de IRPF:

Año	Cuantía percibida en el año	Retención I.R.P.F.
1994	1.192.145	131.134
1995	1.933.680	212.702
1996	2.035.586	223.918
1997	2.071.272	227.838
1998	2.114.770	232.624

2.- “La Entidad Gestora demandante tiene pendiente de regularización la pensión de Seguridad Social que ha de corresponderle tras la integración del personal adscrito a la Mutualidad de Notarías”. “La pensión de jubilación que le correspondería al demandado por el cómputo de la totalidad de cotizaciones al régimen general y a la Mutualidad de Empleados de Notarías es de 35 años y 5 meses, con lo cual le correspondería un 100% de la Base reguladora”. Alternativamente, –se dice en el recurso– “para el supuesto de que se estimase que al demandado le corresponde la opción por la pensión más favorable, el párrafo quedaría establecido señalando le correspondería un 88% en función exclusiva-

mente de los años cotizados al Régimen General de la Seguridad Social”.

3.- Se admite la primera de las revisiones, por cuanto que se trata de datos fácticos que tienen el apoyo documental que representan las declaraciones de IRPF (folios 55 a 101) y los propios certificados del INSS (folios 102 a 106). Pero no así las dos restantes, muy fundamentalmente porque se trata de expresiones de naturaleza jurídica claramente predeterminantes del fallo, que pretenden anticipar, y que –por lo mismo– no pueden incluirse en la parte histórica de la sentencia, sino que en su caso tendrían adecuada ubicación y justificación en la fundamentación jurídica (a título de ejemplo, las SSTS 8-noviembre-00 R. 4.364/00, 30-noviembre-00 R. 4.288/97, 30-noviembre-00 R. 3.754/99, 7-diciembre-00 R. 3.237/97, 13-diciembre-00 R. 4.152/99, 12-enero-01 R. 3.357/97, 15-marzo-01 R. 444/00, 29-marzo-01 R. 1.246/98, 19-abril-01 R. 3.064/98, 20-abril-01 R. 2.109/99, 30-mayo-01 R. 1.008/98...). Defectuosamente, el recurso no hace referencia alguna al dato objetivo –propio de los HDP– de las cotizaciones satisfechas, para posteriormente denunciar infracción jurídica que guarde relación con tales cuotas y el pretendido derecho a determinado importe en la prestación, sino que pretende incorporar –indebidamente– al relato de hechos la conclusión jurídica, sin hacer constar su obligado antecedente fáctico y sin señalar infracción de norma sustantiva –de Seguridad Social– que debiera haber llevado a aquella consecuencia. Y la Sala no puede –en obligada observancia de su imparcialidad– suplir las deficiencias del recurso y construirlo *ex officio*.

CUARTO.- En el primer motivo de examen del Derecho aplicado, la parte recurrente alega que se ha desconocido su derecho a compensar el débito con las diferencias que le corresponden percibir por la pensión regularizada reconocida por la Mutuality de Empleados de Notarías; y en todo caso que se ha desconocido su derecho de opción. 1.- La cuestión relativa a la compensación no puede admitirse a debate; y de examinarse, habría de ser rechazada. Lo primero, porque el presente trámite de Suplicación tiene naturaleza extraordinaria y en él tan sólo tiene cabida –aparte de cuestiones procesales y de orden público– el examen de materias planteadas en la instancia, de manera que no cabe innovar cuestiones diversas y que han de rechazarse precisamente por novedosas (a título de ejemplo, la STS 11-julio-89 Ar. 5.453, 22-diciembre-89 Ar. 9.261, 8-

abril-91 Ar. 3.256, 29-enero-93 Ar. 384, 23-septiembre-97 Ar. 6.579 y 14-mayo-98 Ar. 4.651; y las SSTSJ Galicia –entre las más recientes– de 27-enero-00 R. 5.748/96, 2-marzo-00 R. 2.947/98, 12-mayo-00 R. 1.192/97, 12-mayo-00 R. 1.959/00, 16-mayo-00 R. 2.018/97, 28-junio-00 R. 1.974/97, 26-octubre-00 R. 4.397/00, 6-noviembre-00 R. 4.883/97, 6-noviembre-00 R. 4.283/00, 8-noviembre-00 R. 4.364/00, 22-noviembre-00 R. 4.868/00, 14-diciembre-00 R. 4.192/99, 19-enero-01 R. 5.288/00, 25-enero-01 R. 4.007/97, 8-febrero-01 R. 5.334/00 y 21-febrero-01 R. 5.503/98). Y lo segundo, porque –art. 1.196 CC– para que proceda la compensación es preciso que ambas deudas “sean líquidas y exigibles”, siendo unánime doctrina jurisprudencial la de que son líquidas solamente las deudas cuyo objeto y cuantía estén perfectamente determinados (SSTS/I 12-abril-85, 14-marzo-86...); y en el caso de autos, no solamente no hay tal liquidez, sino que ni siquiera el recurrente ha insinuado cantidad alguna al respecto. 2.- Tampoco es de recibo el extremo relativo al supuesto derecho de opción. En primer lugar porque no se denuncia precepto alguno que al respecto hubiese infringido la decisión de instancia, lo que impide –nuevamente ha de recordarse que se trata de un recurso extraordinario y de cognición limitada a las infracciones que las partes denuncien– a la Sala examinar la referida cuestión. Y en segundo término, porque tal derecho a optar presupone la existencia del derecho a la pensión por el RGSS, lo que ha sido negado por el Magistrado argumentando el art. 161.1.b) LGSS y el defecto de carencia específica, que el recurrente ni siquiera menciona.

QUINTO.- Procede examinar conjuntamente las denuncias –de beneficiario y EG– relativas a infracción de los art. 43 y 145 LGSS, en relación con los art. 62 y 102 LRJAP y PAC. 1.- En lo que se refiere a la prescripción del derecho a revisar la decisión declaratoria del derecho, conforme a la doctrina unificada –SSTS 15-noviembre-99 Ar. 9.786, 21-abril-2000 Ar. 4.251, 18-mayo-00 Ar. 5.162, 5-junio-00 Ar. 5.535, 17-julio-00 Ar. 7.181 y 26-septiembre-00 Ar. 9.671– ha de destacarse: (a) que el art. 145 LPL no establece una regulación completa y excluyente que impida en todos los casos la aplicación de los principios del régimen de la nulidad de los actos administrativos, si no que el mismo se refiere a los supuestos de anulabilidad de los actos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, no a la nulidad radical, pues,

aunque la DA 6ª de la Ley 30/1992 prevé que la revisión de oficio de los actos de la Seguridad Social se regirá por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral, hay que tener en cuenta que tal remisión opera sobre una regulación incompleta que ha de integrarse con las reglas generales, sin perjuicio de las especialidades de orden procesal que derivan de la competencia del orden social; (b) que para tales supuestos de mera anulabilidad el art. 145 LGSS establece el plazo de cinco años, cuyo cómputo se inicia con la resolución reconocedora del derecho y no con la fecha en que la EG afirma haber tenido conocimiento del error cometido en la decisión anulada; (c) el vicio originario, tanto entrañe nulidad radical como simple anulabilidad del acto, ha de regirse por la norma específica aplicable en el momento en que se dictó el acto administrativo, la LPA/1958 o la Ley 30/1992; y (d) en los supuestos que resulte aplicable la LPA/1958, al no existir un precepto similar al art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, que defina como un supuesto de nulidad de pleno derecho la falta de un requisito esencial en el reconocimiento de una prestación, y al no existir tampoco una regla de este carácter en el art. 145 LPL, ha de concluirse que en tales casos la facultad revisoria de la EG prescribe a los cinco años de dictarse la resolución reconocedora del derecho.

2.- En lo que afecta a la extensión temporal de la obligación de reintegro, la Sala ha recordar en primer término la doctrina expuesta –entre otras– en SSTJ Galicia de 13-marzo-00 R. 64/97, 7-abril-00 R. 65/97, 25-mayo-00 R. 851/97, 27-mayo-00 R. 589/97, 7-julio-00 R. 1.817/97 y 30-septiembre-00 R. 2.012/97, 27-octubre-00 R. 2.124/97, 3-noviembre-00 R. 2.886/97, 22-diciembre-00 R. 3.516/97, 20-mayo-01 R. 1.105/98 y 21-mayo-01 R. 772/98. En ellas hemos sostenido –con carácter general– que la obligación de reintegrar lo indebidamente percibido viene dispuesta en el art. 1.895 CC (“cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”) y en los arts. 56 de la LGSS/74 y 45.1 LGSS/94 (“los trabajadores y las demás personas que hayan percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social vendrán obligados a reintegrar su importe”). Pero que la cuestión ciertamente decisiva –hasta la adición del art. 45.3 LGSS operada por el art. 37 de la Ley 66/1997, de 30-diciembre– es la relativa al

alcance temporal que haya de darse a la obligación de reintegrar. Extremo de decisiva trascendencia, por los quebrantos económicos que para una economía de subsistencia –la general en los pensionistas– puede significar una deuda largamente acumulada y desproporcionada a sus posibilidades reales, sobre el que la doctrina jurisprudencial más reciente (entre otras, las SSTS de 3-noviembre-1998 Ar. 8.914, 19-mayo-1998 Ar. 4.729, 12-mayo-1998 Ar. 4.334, 28-enero-1998 Ar. 6...) sigue el criterio iniciado en unificación de doctrina por la STS 12-febrero-1992 Ar. 971 y mantenido por la STS –de Sala General– de 24-septiembre-1996 Ar. 6.855, expresivo de que la regla general sobre el período de devolución de prestaciones indebidamente percibidas es el tradicional de la prescripción quinquenal, que el art. 45.3 LGSS/94 establece de manera expresa. Regla general cuenta con dos excepciones, que son el cambio de interpretación de la normativa reguladora de las prestaciones con trascendencia en el alcance de las mismas, y la inexigibilidad de una devolución prolongada de prestaciones percibidas a la vista de las conductas respectivas –en el origen del hecho causante de la percepción indebida– de la EG y del asegurado, mostrando la primera demora injustificada en la regularización de la prestación, y siendo apreciable en el beneficiario una conducta inequívoca de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones de información a la EG. Y caracterizando una y otra, la misma doctrina jurisprudencial pone de manifiesto que la buena fe se presume “ex lege” (art. 434 CC), y que la demora que ha de ser comprobada, específica, y significativa.

3.- Pero, tal como hemos adelantado, el art. 37 de la Ley 66/1997 (30-diciembre) ha modificado el art. 45 LGSS y le ha añadido un tercer párrafo, expresivo de que “3. La obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los 5 años (4 años, a partir del 1-enero-00: art. 24 Ley 55/1999, de 29-diciembre), contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora”. Y ello excluye toda consideración respecto del exclusivo error de la EG y buena fe del actor, como justificativos de una corrección jurisprudencial en el alcance retroactivo del reintegro, porque –a lo que entendemos– la rotundidad del pre-

cepto obsta aplicar la doctrina jurisprudencial correctora.

4.- Finalmente ha de indicarse que el art. 82 Ley 40/1998 (9-diciembre) que el recurso cita significa la cobertura legal para la retención a cuenta del IRPF llevada a cabo por la EG ("2. Las entidades y las personas jurídicas [...] que satisfagan o abonen rentas sujetas a este impuesto, estarán obligadas a practicar retención e ingreso a cuenta, en concepto de pago a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al perceptor, en la cantidad que se determine reglamentariamente [...] 5. El perceptor de rentas sobre las que deba retenerse a cuenta de este impuesto computará aquéllas por la contraprestación íntegra devengada"). Por su parte, el art. 4 RD 1.163/1990, de 21-Septiembre (relativo al procedimiento para realizar devolución de ingresos indebidos de naturaleza tributaria), admite con carácter genérico que el procedimiento pueda obedecer a "instancia de persona interesada", y más en concreto el art. 9 del admite la posibilidad de que el trámite reparatorio pueda iniciarse por solicitud de los "retenedores" del impuesto. Y ello se traduce, ante el error del INSS en el reconocimiento de la pensión y sin entrar a valorar la postura del beneficiario frente al doble cómputo de unas mismas cuotas, en que hayamos de llegar a conclusión opuesta a la expresada en STSJ Galicia 26-noviembre-92 AS 5.346 (supuesto en el que el beneficiario había ocultado maliciosamente datos a la EG) y consideremos ahora que sería contrario a un elemental planteamiento de Justicia que el beneficiario tenga que reintegrar no solamente la cuantiosa cantidad percibida sino también la que materialmente no llegó a integrarse en su patrimonio y fue ingresada en el Tesoro a cuenta del IRPF. En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación parcial del recurso interpuesto por don A.R.G. y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, revocamos en parte la sentencia que con fecha 4-enero-2000 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Dos de los de A Coruña, y declaramos que la obligación de reintegrar comprende todas las prestaciones percibidas desde el 3-junio-1994, excluyendo las cantidades retenidas a cuenta del IRPF. Y mantenemos los restantes pronunciamientos de la decisión recurrida.

3225 Recurso nº 2.275/01

S.S. DEMANDA DE CONFLICTO COLECTIVO SOBRE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓN DE TRABALLO. APLICACIÓN DO PRAZO DE CADUCIDADE DE VINTE DÍAS. CELEBRACIÓN DE REUNIÓN ENTRE A DIRECCIÓN E O COMITÉ DE EMPRESA.

Ponente: Ilma Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a vinte e seis de xullo de 2001.

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. 2.275/01 interpuesto por (C.I.G.) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandado "F.A., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 76/2001 sentencia con fecha nueve de marzo de 2001 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- En su centro de trabajo de RIBADUMIA, la empresa "B.A., S.A." tenía establecido desde 1994, un sistema de prima a la producción que se aplicaba cuando se trabajaba en algunas tareas relacionadas con la manipulación de anchoa y que percibían todos los trabajadores que, por orden de la empresa, estaban adscritos a dichas tareas. El número de trabajadores adscrito a las tareas de la anchoa variaba según las circunstancias pero representaba una parte importante del total de trabajadores del centro de trabajo y todos los trabajadores de "producción" tenían derecho a su percibo si eran adscritos, aunque

fuera temporalmente, a las tareas que daban lugar a su devengo. (testifical del Sr. O.).- SEGUNDO.- En el mes de agosto de 2000, la empresa, de forma unilateral, dejó de pagar la prima alegando averías en las máquinas pesadoras que, conectadas a un sistema informático, controlaban la producción individual. El Comité de Empresa preguntó a la Dirección por la razón de la falta de pago de la prima y la empresa manifestó que ello se debía a la avería de la maquinaria de recuento y que tendría carácter temporal. (Testifical de la Sra. P.).- TERCERO.- Sobre esta cuestión se celebraron, desde el mes de septiembre de 2000 varias reuniones por el Comité de Empresa con la Dirección e intervino en las mismas el sindicato actor y, en su nombre, don J.F.P. quien negoció con la empresa durante el mes de octubre de 2000 hasta que, alrededor del 15 de noviembre del mismo año, fue comunicada por la Dirección de la demandada la decisión empresarial de supresión definitiva de la prima a la producción en los trabajos con anchoa. (testifical del Sr. F.).- CUARTO.- Las razones aducidas por la empresa para suprimir la prima fueron las averías de la maquinaria de recuento de la producción, la necesidad de su reposición, el alto costo del mismo dada la no idoneidad de los locales para asegurar su correcto funcionamiento por cuanto tal maquinaria tendría que estar aislada para evitar su reiterado deterioro por las condiciones ambientales de humedad y sales empleadas en el proceso de conservación. (testifical de la Sra. P. y de la Sra. A.)”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que apreciando la caducidad de la acción, desestimo la demanda de conflicto colectivo interpuesta por CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA contra “B.A., S.A.” y, sin entrar en el fondo del asunto, absuelvo a la parte demandada de todas las peticiones de la demanda”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que apreciando la excepción de caducidad de la acción, desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Confederación Intersindical Galega contra la empre-

sa “B.A., S.A.”, y sin entrar en el fondo del asunto, absuelve a la parte demandada de todas las peticiones de la demanda. Se alza en Suplicación la Representación de la Confederación Intersindical Galega, articulando el recurso sobre un único motivo, correctamente amparado en el artículo 191 apartado c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando infracción jurídica.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, interpone la parte demandante recurso, denunciando infracción por aplicación indebida del artículo 59.4 del ETT, en relación con los artículos 24 de la CE, 41 del ETT, art. 64.1, 4.d) del ET, artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral y sentencias del TS de 27.12.99 y 10.04.2000, alegando en síntesis que la demanda de autos se presenta en materia de conflicto colectivo y por la eliminación de forma unilateral por parte de la empresa de una prima de producción que forma parte de un sistema retribuido consolidado, o sea estamos hablando de un concepto de salario, por ello estamos en presencia de una reducción salarial, no de una variación de un sistema retribuido, de una variación de un sistema de rendimientos de trabajo, tanto el sistema de trabajo, como el sistema de rendimientos no se modifica e igualmente el sistema retributivo, lo único que varía es el pago a fin de mes de ese salario devengado por ese sistema de trabajo y rendimiento, sería lo mismo que si la empresa decidiese no pagar el plus de transporte reconocido por que se le estropean los computadoras, no porque entienda que no procede dicho pago por lo que estima que en ningún caso puede hablarse de un plazo de caducidad, sino de prescripción de 1 año, alegando finalmente que aplicar la caducidad, como señalan las invocadas sentencias del TS de fechas, 27.12.99 y 10.04.2000 supondría, utilizar indebidamente una modalidad procesal a la que sólo cabe acudir, cuando se impugne una auténtica modificación sustancial; y hacer una interpretación tan extensiva de un instituto tan severo como el de la caducidad, supone cercenar los derechos de los trabajadores a acceder al proceso, y primar una conducta patronal cuando menos irregular; y por otra parte la empresa esta obligada a cumplir las exigencias legales del artículo 41 del ETT y pretender como hace la sentencia de instancia, tener como correctamente aplicadas las formalidades a las que se hace referencia en el artículo 41 del ETT es privar de las solemnidades

que este tipo de situaciones contenciosas derivadas de los procesos que tienen unos plazos perentorios tienen que seguir en cuanto a las formas y documentos, y, finalmente la empresa ni acredita ni intentó acreditar las razones que dieron lugar a que se dejara de pagar la prima. Por todo lo cual solicita que se dicte nueva sentencia, revocando la de instancia, que se entienda que la acción no esta caducada y entrando en el fondo del asunto se declare el derecho de los trabajadores de la empresa "B.A., SA" en el centro de trabajo de..., a percibir la prima de producción durante el tiempo que trabajen con la anchoa, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración, y subsidiariamente se remitan los autos al juzgado de procedencia para que entrando en el fondo del asunto dicte la correspondiente sentencia.

En lo que respecta a la caducidad, que es la excepción de mayor calado, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 59.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 138.1 de la Ley Ritual o Procedimental, el plazo para recurrir las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo es de 20 días hábiles, computándose desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial. Como tiene decidido el Tribunal Supremo, el párrafo 4 del art. 59 del ET "es totalmente aplicable también en los procesos de conflicto colectivo" (STS 14 mayo 1997 [RJ 1997\4.095], para unificación de la doctrina, así como de 21 febrero, 14 marzo y 29 mayo 1997 [RJ 1997\1.571, RJ 1997\2.473 y RJ 1997\4.475]), siendo inconsistente la tesis contraria, "Visto que los argumentos en favor de una interpretación del art. 59.4 del Estatuto que excluye la caducidad de la acción en los conflictos colectivos no son concluyentes, debe entenderse que esta caducidad es aplicable a los dos de procedimiento, y ello por las dos siguientes razones: a) Porque la caducidad se predica de la acción y ésta se ejerce con el mismo contenido, aunque con distinto ámbito en los dos tipos de procesos; b) Porque la finalidad de la caducidad es evitar la indefinición en situaciones que afectan gravemente a ambas partes, y esta finalidad quedaría burlada si sólo se aplicara a los conflictos individuales" (STS 29 mayo 1997, "in fine"). La Sala comparte tal criterio, porque amén de tal referencia genérica sin diferenciación, el propio precepto se remite al apartado tercero anterior que se refiere a la caducidad en el despido, pretendiendo pues el mismo régimen en cuanto a la celeridad para despejar la incógnita y en aras de la

seguridad jurídica respecto a si la decisión empresarial estuviese o no ajustada a derecho. La propia naturaleza de la materia y finalidad perseguida por la norma reguladora de la modificación de las condiciones de trabajo, movilidad funcional y geográfica, abona tal solución, lo que viene corroborado por la prescripción contenida en el art. 138, apartado 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en cuanto a que quedaría en suspenso la acción individual impugnatoria si se interpusiese la de conflicto colectivo, lo que no tendría virtualidad si esta última tuviese un plazo de interposición distinto y mucho más dilatado que la anterior, pues en tal caso mal podría suspenderse lo que hiciera varios meses que hubiera concluido. Si bien es cierto que la caducidad ha de ser interpretada de forma restrictiva sin posibilidad de extrapolaciones no expresamente previstas y que en las acciones colectivas el propio proceso de toma de decisiones en orden al inicio de acciones judiciales es más lento lo que chocaría con un reducido plazo y que éste fuese de caducidad, ello quedaría excepcionado, como queda dicho, por la propia naturaleza de la materia en cuestión y la finalidad y espíritu de la norma al pretender dotar de flexibilidad la toma de decisiones sobre tal materia, así como su ejecutividad, de donde se derivaría la necesidad de despejar la incertidumbre y la inseguridad jurídica producida en los supuestos de un plazo más dilatado como pudiese ser el general del año de prescripción, o la inexistencia de plazo alguno. Cuantas consideraciones quedan hechas conducen a la revocación de la sentencia y la estimación del recurso, pues siendo hecho probado que la decisión empresarial comenzó a ejecutarse a primeros de enero del año 1996, y que fue en 15 de febrero cuando se produjo la interposición de la demanda conciliatoria, ha de concluirse que la misma se encontraba ya fuera de plazo. Pues bien respecto de ello cabe decir que, en efecto, la sala estima, de acuerdo con el juez "a quo", que en el supuesto de autos la acción ejercitada queda sometida a la normativa específica sustantiva y procesal de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, y ello por cuanto que obviamente se trata de una modificación unilateral de la empresa de un sistema de remuneración, por cuanto que se abona la prima de alcanzar una determinada producción, a todos los trabajadores que estaban adscritos a algunas tareas relacionadas con la manipulación de anchoa, pues la empresa a través de unas

maquinas pesadoras, conectadas a un sistema informático controlaban dicha producción, prima que deja unilateralmente de abonar, inicialmente por averías de las maquinas pesadoras, y posteriormente por la necesidad de reposición, el alto costo de la maquinaria, la no idoneidad de los locales para asegurar su correcto funcionamiento, al tener que estar dicha maquinaria aislada, para evitar su deterioro, por las condiciones ambientales de humedad y sales empleadas en el proceso de conservación; y por tanto sometida la impugnación de la medida a los plazos de caducidad del artículo 59.4 del ETT; Y así es de destacar que:

A) Nuestro legislador ha querido fijar un plazo brevísimo para que se pueda impugnar judicialmente una decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo, análogo al fijado para los despidos: veinte días hábiles (art. 59.3 y 4 ET), lo que excluye de cómputo domingos y festivos, incluidos los específicos de la comunidad autónoma y localidad en donde ha de presentarse la demanda (art. 182.1 LOPJ [RCL 1985\1.578, 2.635 y ApNDL 8.375]).

B) De manera expresa, el apartado 4 del art. 59 ET señala que dicho plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de notificación de la decisión empresarial, tras la finalización, en su caso, del período de consultas. Notificación cuyo sujeto pasivo son los trabajadores afectados por la decisión, dado que son los únicos perjudicados por la medida y a quienes, por ello, resulta obligado hacerla (art. 41.4 ET en su párrafo cuarto), al ser quienes tienen acción para impugnarla. Conviene señalar que dicho precepto, a diferencia de lo que ocurre en los casos de modificaciones de carácter individual (art. 41.3 ET, en su párrafo primero), no incluye a la representación de los trabajadores, sin que resulte ilógico ese diferente tratamiento, pese a que en las modificaciones colectivas también disponen de acción los sujetos legitimados para interponer conflicto colectivo (art. 41.4 ET, en su párrafo quinto), ya que en aquellos casos no han tenido conocimiento alguno de la decisión empresarial y, por tanto, cumple una función informativa, que no es necesaria en los supuestos de ámbito colectivo, dado que en ellos ha habido un período previo de consultas que satisface, sobradamente, esa función.

C) Criterio legal determinante de que, en el caso de autos, cuando la parte deman-

dante presenta demanda impugnando la medida adoptada por la empresa, o sea el día de la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC el 6 de marzo de 2001 hubiera transcurrido ya el plazo fatal previsto para el ejercicio de su acción, puesto que la decisión impugnada se comunicó a los trabajadores afectados el día 15 de noviembre de 2000, iniciándose al día siguiente el cómputo de dicho plazo.

D) Conclusión que no cabe enervar argumentando que realmente no se abrió un período de consultas, ni acuerdo con los representantes de los trabajadores ni notificación de la medida, lo cual además de las consideraciones que ello merezca de cumplimiento o no de los requisitos formales que se examinarán a continuación, a los efectos que aquí interesa relativas al inicio del *dies a quo* del plazo de caducidad, decir que, en efecto, según resulta del inalterado relato fáctico, desde el mes de septiembre de 2000, se celebraron varias reuniones por el comité de Empresa con la dirección, interviniendo en ellas el sindicato actor, negociando con la empresa durante el mes de octubre de 2000 hasta que, alrededor del 15 de noviembre del mismo año, fue comunicada por la dirección de la demandada la decisión empresarial de supresión definitiva de la prima de producción en los trabajos con anchoa y, por tanto, que el día inicial de cómputo de dicho plazo era el 15 de noviembre de 2000.

En consecuencia, el sindicato demandante ejercita su acción fuera de plazo, como acertadamente lo resolvió el Juzgado y también conlleva el fracaso del primero de los motivos del recurso, lo que hace innecesario el análisis de las restantes causas fundadoras de dicho recurso, procediendo la absolución de la demandada.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de Pontevedra, en fecha nueve de marzo de 2001, en proceso núm. 76/2001 promovido por el Sindicato demandante-recurrente frente a la Empresa "B.A., S.A." sobre Conflicto Colectivo, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3226 Recurso nº 2.451/2001

S.S. DESPEDIMENTO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL. VULNERACIÓN DOS DEREITOS Á TUTELA XUDICIAL EFECTIVA E Á INTIMIDADE INEXISTENTE. NON CONCULCACIÓN DA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN. CÓMPUTO DA PRESCRICIÓN DAS FALTAS A PARTIR DO DERRADEIRO INCUMPRIMENTO, NO CASO DO MESMO TIPO DE INFRACCIÓN. NECESIDADE DE INVESTIGACIÓN E INSPECCIÓN QUE INTERROMPE O PRAZO DE PRESCRICIÓN. TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL NO ÁMBITO DA BANCA PRIVADA. NON SE PRODUCE FALTA CONTINUADA NO CASO DE FALTAS PUNTUAIS E ETIOLOXICAMENTE DIVERSAS. PRESCRICIÓN EXISTENTE.

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

A Coruña, a vinte e seis de xullo de 2001.

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

En nome do Rey

ha dictado a seguinte

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.451/2001 interpuesto por don J.M.B.R. y la empresa "B.P., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 791/2000 se presentó demanda por don J.M.B.R. en reclamación de Despido siendo demandada la empresa "B.P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de marzo de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Probado que el demandante prestó servicios a la empresa demandada "B.P., S.A." desde el día 1 de octubre de 1977

con la categoría profesional de Administrativo y percibiendo un salario mensual con inclusión del prorrateo de pagas extras de 294.439 pesetas./Segundo.- El demandante es afiliado a la Central Sindical "Confederación Intersindical Galega" pagando sus cuotas como afiliado a través de la cuenta corriente que el actor tenía en la sucursal de "B.P." en..., en la que prestaba sus servicios el demandante. No ostentando cargo representativo sindical de clase alguna./Tercero.- El día 31 de octubre del año 2000 el demandante recibe carta de despido la que literalmente dice: Coruña, 27 de octubre de 2000.- Sr. D. J.M.B.R..- "B.P."-...- Muy Sr. nuestro: Como consecuencia de un informe del Departamento de Auditoría Interna se ha tenido conocimiento de los siguientes HECHOS: Primero.- El 24 de abril último realizó Vd. un pago en efectivo de 180.000 pesetas contra la cuenta corriente número 100.163, cuyo titular es don J.R.M.F., utilizando la clave de concepto 11 "pago por su cuenta a terceros", incumpliendo la normativa interna del Banco (Circular nº 8.344, de 06.03.1996). No figura ningún tipo de detalles aclaratorios en el soporte contable, ni documentación justificativa. A requerimiento del Equipo de Auditoría, no facilitó explicación alguna sobre su posible causa o justificación, limitándose a decir que no recordaba la operación. Dicho pago lo realizó Vd. obteniendo el efectivo de la Caja Fuerte, a pesar de que debía haberlo tramitado por el dispensador, ya que se trataba de una operación inferior a 500.000 pesetas. La operación figura registrada con su clave personal en la hoja de fondo. En su escrito al Departamento de Auditoría Interna, fechado el primero de octubre último, manifiesta que no es capaz de recordar la persona a la que se efectuó el pago, y reconoce que "el mencionado adeudo es un apunte atípico, que contraviene la normativa del Banco"./Segundo.- El primero de junio pasado fue Vd. sustituido como responsable de Caja, a causa de una falta de 150.000 pesetas, detectada en las existencias de la Caja Fuerte en el arqueo del 26 de mayo, cuyo origen no se pudo determinar, a pesar de las exhaustivas comprobaciones efectuadas por la Oficina./Tercero.- En su citado escrito al Departamento de Auditoría Interna, manifiesta que hace, aproximadamente, seis meses solicitó al cliente del "B.P.", don J.R.M.F., un préstamo en efectivo de 250.000 pesetas.

Lo expuesto evidencia que ha vulnerado gravemente la normativa interna del Banco, no habiendo cumplido Vd. ninguna de las prescripciones que señala la Circular nº 8.344

para los casos puntuales en que razones excepcionales aconsejen el pago en efectivo a terceros de recibos; ha incurrido en una grave negligencia y falta de rigor en la atención prestada a dicha operación imputada en el hecho segundo, ocasionando al Banco un quebranto para nuestra entidad de 150.000 pesetas, y en último lugar ha propiciado además con su conducta conflictos de intereses con un cliente del Banco, que daña la imagen del mismo, por lo que la Dirección General ha dispuesto su despido disciplinario al amparo de lo dispuesto en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, estando tipificadas las faltas por Vd. cometidas en el apartado 1º del artículo 50 del vigente Convenio Colectivo de la Banca Privada. El despido surtirá efectos el mismo día que se le notifique.

Se servirá acusar recibo en el ejemplar duplicado que con tal finalidad se acompaña. Atentamente"./Cuarto.- Probado que el demandante el día 24.04.2000 efectuó un pago en efectivo de 180.000 pesetas contra la cuenta corriente nº... de la que es titular el Sr. M., utilizando la clave del concepto 11 "pago por su cuenta a terceros", dicha operación carece de documentación justificativa y no figura firma del perceptor de los fondos; esta operación fue realizada desde el terminal 1.887 y con la clave personal del demandante, esta operación fue realizada entre una operación de consulta de saldo y otra de reintegro de 5000 pesetas efectuada en la cuenta corriente del actor número.../Quinto.- El día 13.09.2000 los servicios de Auditoría del "B.P." inician una visita de inspección de la sucursal de "B.P." en... emitiendo informes de fecha 15 y 20 de septiembre y el día 29.09.2000 emiten memorándum sobre el trabajo especial realizado en la sucursal de "B.P." en..., cuyos contenidos obrantes en los folios 61 a 69 se dan aquí por reproducidos./Sexto.- M.N.P.S., interventora de la Sucursal de "B.P." de..., se reincorporó a su puesto de trabajo después de terminar el periodo de vacaciones, el día 24.09.2000 no comprobó ese día los movimientos de las cuentas bancarias de la Sucursal de..., movimientos que son periódicamente notificados por el Banco a sus clientes./Séptimo.- En el arqueo de caja de 26 de mayo de 2000 se advirtió la existencia, de la falta de 150.000 pesetas no pudiendo determinarse su origen./Octavo.- En el mes de marzo de 2000 el demandante solicitó del Sr. M.F. le prestase 225.000 pesetas las que le devolvió./Noveno.- Con fecha 30.11.2000 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el SMAC./Décimo.-

El demandante permaneció en situación de incapacidad temporal desde 18.07.2000 a 22.09.2000.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por don J.M.B.R. contra "B.P., S.A.", debo declarar y declaro la improcedencia del despido del demandante realizado por la demandada el día 31.10.2000; en consecuencia de tal declaración, DEBO CONDENAR y CONDENAR a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración ya que, a su opción y en el plazo de cinco días, readmita al actor en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que indemnice al actor en la cantidad de 10.194.946 pesetas, con abono al actor de los salarios de tramitación desde la fecha del despido 31.10.00 hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 9.814,63 pesetas/día.

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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Bajo la cobertura del art. 191.b) LPL, el trabajador interesa añadir un nuevo ordinal: "UNDECIMO. Que según la normativa interna del "B.P.", circular 7.722, de 19.10.92, corresponde a los interventores de las oficinas de la entidad, el velar por el cumplimiento de la normativa interna en todos sus aspectos. Constando ente sus funciones de revisión y control contable, entre otras, la realización del cuadre contable, la correcta contabilización de las operaciones diarias, la realización de los arqueos de caja, la adecuación del nivel de saldo, y el velar por que los apuntes contables se efectúen sin demora".

Se admite, por acreditarlo la citada Circular (folios 344 a 358), y ello a pesar de la intrascendencia del texto –lo adelantamos– a los efectos de eventual modificación de la parte dispositiva de la sentencia, que no ha de alterar. Como tenemos resaltado en muchas otras ocasiones –últimamente, Sentencias de 10-enero-01 R. 3.424/98, 12-enero-01 R. 4.678/99, 19-enero-01 R. 5.470/00, 24-enero-01 R. 3.204/97, 15-marzo-01 R. 444/00, 29-marzo-01 R. 1.202/01 y 21-abril-01 R. 218/99 y 30-mayo-01 R.2.125/01–, al no ser este trámite de Suplicación el último grado de jurisdicción y

resultar siempre factible que contra la presente sentencia se interponga recurso de Casación, de manera que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo bien pudiera apreciar en forma diversa la trascendencia de los hechos que el recurso pretende incorporar al relato fáctico, tales circunstancias determinan que la Sala deba ya dejar definitivamente configurada la visión que tiene de los hechos, sin que pueda excluir respuesta a los motivos revisorios por considerar que los aducidos son irrelevantes para el pronunciamiento que haga (SSTS 23-febrero-99 Ar. 2.018, 19-enero-98 Ar. 997, 22-vayo-96 Ar. 4.610...).

SEGUNDO.- Por su parte –con la misma cobertura procesal– la empresa pretende igualmente la modificación del relato fáctico, y más concretamente: (a) que en el ordinal quinto se suprima la indicación de que fueron emitidos informes en fechas 15 y 20 de septiembre, siendo así que fue librado un informe –único– y tiene fecha 29.09.2000; y (b) que en el ordinal sexto se añada la indicación “Siendo en tal fecha el actor el encargado del servicio de Caja”. 1.- Procede la primera de las revisiones, por cuanto que el Departamento de Auditoría Interna confeccionó un solo informe –titulado “Memorándum sobre el trabajo especial realizado en la sucursal (0305) de... – que lleva fecha 29/septiembre, y cuyo original figura incorporado a las actuaciones como folios 60 a 64. Ahora bien, para que el hecho declarado probado sea fiel reflejo de la realidad, esa corrección ha de completarse con las indicaciones de que (a) la investigación iba exclusivamente referida a las circunstancias en que se había producido el pago –presuntamente irregular– de 180.000 ptas. el día 24-abril; (b) sobre tal incidencia informaron por escrito al Departamento de Auditoría, en 15 y 22-septiembre el Director de la Sucursal, y en 18-septiembre la Interventora; (c) en el curso de tal investigación los servicios de auditoría tuvieron conocimiento del problema surgido en el arqueo de caja en 26-mayo y del préstamo que en marzo le había hecho al actor el titular de la cuenta contra la que se había efectuado el cargo en 24-abril.

De esta forma, la redacción definitiva del quinto de los HDP es la que sigue: “Quinto- El día 13.09.2000 los servicios de Auditoría del “B.P.” inician una visita de inspección de la sucursal de “B.P.” en..., para aclarar la incidencia de 24-abril, informando por escrito el Director y la Interventora de la sucursal en fechas 15, 18 y 20-septiembre, y emitiendo

memorando la Auditoría el día 29.09.2000, con referencia al préstamo de marzo y al arqueo de 26-mayo que posteriormente se incluirían en la carta de despido. 2.- Igualmente ha de admitirse la segunda de las modificaciones, para añadir al ordinal séptimo –efectivamente– que en la referida fecha de 26-mayo el demandante era “el encargado del servicio de Caja”. Es algo que se afirma expresamente en la carta de despido (...fue Vd. sustituido como responsable de Caja...), constituye el presupuesto de la presunta infracción que se sanciona, y ni siquiera ha sido cuestionado por el trabajador; aparte de constar en el memorando de Auditoría Interna, como el recurso argumenta.

TERCERO.- 1.- En el apartado de examen del Derecho aplicado –por el cauce del art. 191.c) LPL– el trabajador denuncia interpretación errónea de los art. 4.2.e), 18 y 55.5 ET, en relación con los art. 10.1, 14 y 18.1 CE, así como 108.2 LPL; y de la doctrina sentada por las SSTC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 42/1992, 219/1992, SSTS 23-marzo-87 y 7-septiembre-90, así como STSJ Castilla-La Mancha 16-septiembre-99. 2.- Bajo el mismo amparo procesal, la entidad bancaria demandada denuncia: (a) infracción del art. 18 ET y de las STC 18-marzo-92 y STSJ Castilla y León/Valladolid 11-noviembre-97; (b) inaplicación de los art. 5.a), 20.2 y 54.2.d) ET, así como de las SSTSJ Galicia 24-mayo-99 y de la jurisprudencia que la misma cita, y (c) infracción del art. 60.2 ET, en interpretación de las SSTS 26-marzo-83 Ar. 1.201, 14-julio-83 Ar. 3.788, 15-abril-94 Ar. 3.243, 26-diciembre-95 Ar. 9.845 y 22-mayo-96 Ar. 4.607, así como de las SSTSJ Cataluña 16-julio-96 y Castilla y León/Valladolid 13-junio-95 AS 2.344.3.- Los presupuestos de hecho a enjuiciar son –tras las revisiones aceptadas– los que a continuación se resumen: (a).- En el mes de marzo/2000 obtuvo de un cliente del “B.P.” un préstamo en efectivo por importe de 250.000 pesetas. (b).- El 24-abril/2000 se realizó un pago en efectivo de 180.000 pesetas contra la cuenta corriente del mismo cliente, utilizando la clave de concepto 11 “pago por su cuenta a terceros”, incumpliendo la normativa interna del Banco (Circular nº 8.344, de 06.03.1996), por carecer de documentación justificativa –autorización expresa del titular– y sin firma del preceptor de los fondos; habiendo sido realizada desde la terminal del accionante y utilizando su clave personal; y en todo caso se retiró el efectivo de la caja fuerte y no del dispensador. (c).- Siendo encargado del servicio de Caja, en arqueo

de 1-junio se advirtió la falta de 150.000 pts. (d).- De los referidos hechos tuvo conocimiento el Departamento de Auditoría Interna, que iniciaron visita –rutinaria– de inspección en 13-septiembre-2000, emitiendo informe el día 29 siguiente. (e).- El día 31-octubre-00 es despedido, sin previa audiencia a Delegado sindical alguno, aunque el actor está afiliado a la CIG y tiene domiciliado el abono de las cuotas en la sucursal de...

CUARTO.- Cumple examinar, en primer término, la vulneración normativa que hace el trabajador y con la que solicita que se declare la nulidad del despido. 1.- Para ello argumenta el recurrente (a) que acreditados los indicios de vulneración de derechos fundamentales, se invierte la carga probatoria y debe la Empresa acreditar que la decisión disciplinaria trae causa en motivación razonable, (b) que la decisión extintiva se basa en móviles distintos a los que figuran en la carta de despido, concretamente en aspectos de su vida privada que ninguna relación tienen con la actividad laboral, y (c) que la investigación llevada a cabo por los servicios de auditoría se practicó sin ninguna garantía para el trabajador y desconociendo su privacidad, protegida por los art. 18 de la CE y del ET. 2.- El art. 179.2 LPL preceptúa que “en el acto de juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de [derecho fundamental], corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. En la interpretación de la norma y reiterando doctrina constitucional tantas veces acogida (entre otras, con las SSTSJ Galicia 24-enero-96 R. 5.579/95, 19-julio-96 R. 3.474/96, 15-noviembre-96 R. 4.779/96, 27-noviembre-97 R. 4.407/97, 26-enero-98 R. 4.882/97, 23-marzo-99 R. 794/99, 11-mayo-99 R. 1.522/99, 20-abril-01 R. 2.851/95 y 11-mayo-01 R. 2.138/01) hemos de señalar una vez más que la mera afirmación del componente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales no basta para justificar el desplazamiento de la carga probatoria a la Empresa, obligada así a acreditar cumplidamente que su decisión se hallaba desconectada de aquellas ilegítimas motivaciones, sino que esa inversión del *onus probandi* requiere que se acredite –por parte de quien lo afirma– un ambiente favorable a la discriminación o atentado contra el derecho fundamental (SSTC 34/1984, 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 101/2000, de 10-abril, 266/1993, 21/1992, 197/1990, 187/1990, 135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1985, 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.

Aunque es ciertamente claro que el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo –verdadera prueba diabólica– de que no haya móvil lesivo de derechos fundamentales, sino tan sólo 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 la misma 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 de la decisión empresarial –que no su nulidad radical– cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se había excluido en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que “puesta entre paréntesis” la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc.), la decisión “habría tenido lugar verosíblemente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable” (STC 21/1992, de 14-Febrero). Pero igualmente ha de tenerse en cuenta que los “indicios” de que el precepto –art. 179.2 LPL– habla no son identificables con la mera “sospecha”, que consiste en “imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia”, sino que los indicios “son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto” (STS 25-marzo-98 Ar. 3.012, con cita de las SSTS 9-febrero-96 Ar. 1.007, 15-abril-96 Ar. 3.080 y 23-septiembre-96 Ar. 6.769), por lo que la misma doctrina habla

de “razonables indicios” (STC 101/2000, de 14-abril, por exemplo), o de “mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia” (STC 41/1989, de 22-marzo; citada por la STS 4-mayo-00 Ar. 4.266)... Y la 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.

QUINTO.- Lo anteriormente indicado lleva a rechazar la infracción que se denuncia por el trabajador y su base argumental de que el despido tuvo causa dispar a la explicitada en la comunicación de despido. Al efecto se ha de destacar que la carta de despido expone tres causas que en principio pudieran resultar adecuadamente proporcionadas a la decisión adoptada: la primera de ellas hace referencia a un irregular cargo en la cuenta de un cliente, al haberse efectuado desconociendo la normativa interna, al carecer de todo soporte justificativo, por faltar autorización del titular y constancia del preceptor, y haberse acudido a la caja fuerte y no al preceptivo dispensador de efectivo (se trataba de cantidad inferior a las 500.000 pesetas), en términos tales que hacen comprensible la desconfianza que la operación malicia y que se evidencia en el informe de la Auditoría; la segunda, en manera alguna merece el reproche que la sentencia recurrida hace a la empleadora, por haber hecho la imputación, siendo así que a pesar de desconocerse el autor del desfase –150.000 ptas.– de caja, no puede por menos que sea comprensible se responsabilice –por supuesta negligencia– a quien en tal fecha resultaba encargado del servicio de caja; y en cuanto a la tercera, el haber solicitado un préstamo a un cliente importante del banco, discrepamos absolutamente de la falta de relevancia –a efectos disciplinarios– que el Magistrado *a quo* le atribuye, siendo así que no puede considerarse neutro un acto que ciertamente pudiera condicionar la actuación profesional futura del empleado frente a quien le hace el préstamo, a la par que en nada ayuda a la imagen de la

propia entidad, aparte de que no debe resultar situación grata al cliente requerido y que la solicitud bien pudiera sugerirle la conveniencia de cambiar de entidad bancaria. Todo lo cual nos lleva a excluir indicio alguno de motivación atentatoria contra derechos fundamentales; criterio en el que, a pesar de todo, coincide el Magistrado de instancia.

SEXTO.- También rechazamos la ilegalidad e inconstitucionalidad de la investigación realizada por los servicios de auditoría. Y con ello no solamente rechazamos la denuncia que al efecto hace el trabajador, sino que también acogemos la aplicación indebida del art. 18 ET y jurisprudencia interpretativa que acusa el recurso de la empleadora. 1.- En términos generales ha de afirmarse que 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. Ahora bien, esta valoración ha de llevarse a cabo conforme a las reglas de la sana crítica (STC 17-octubre-94 Ar. 272), lo que implica que el Juzgador de instancia pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, pero siempre que no sean arbitrarias, irracionales 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 Juez de instancia no puede convertirse en instrumento que permita llegar a conclusiones fácticas inadmisibles o contrarias a la 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 las 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 21-enero-00 R. 5.385/99– 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, de modo que lo que pretende la parte recurrente en tales casos es sustituir el criterio objetivo e imparcial del Magistrado sentenciador por su criterio propio y subjetivo en favor de sus intereses. 2.- Pero no es menos cierto –entre las más recientes, SSTSJ Galicia 21-enero-00 R. 5.385/99 15-abril-00 R. 1.248/00, 30-junio-00 R. 2.962/00, 13-julio-00 R. 3.217/00 y 13-octubre-00 R. 2.500/97– que también es factible la indicada revisión cuando los razonamientos que han llevado al Juzgador a su conclusión fáctica, a los que debe referirse en los fundamentos de derecho –art. 97.2 LPL–, carezcan de la exigible 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 (art. 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), a pesar de que –por regla general, repetimos– las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida hayan 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. Y ello, “para poder determinar si en la práctica o en la valoración de la prueba se ha producido indefensión contraria al art. 24 de la Constitución cualquier Tribunal tiene facultades de actuación de oficio, puesto que la defensa de los derechos fundamentales están por encima del principio dispositivo o del de aportación de parte en que el sistema legal probatorio o el de los recursos se asientan” (STSJ Comunidad Valenciana de 11-octubre-95 AS 3.865; y STSJ Baleares 22-diciembre-97 AS 4.678). 3.- A los datos que figuran en la parte histórica –propriamente dicha– de la sentencia de instancia ha de añadirse la decisiva afirmación que el Magistrado hace en la fundamentación jurídica, aunque con innegable valor fáctico que le atribuye valor de hecho declarado probado (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, recientemente, SSTSJ Galicia, 10-enero-01 R. 2.952/98, 10-enero-01 R. 3.424/98, 12-enero-01 R. 3.357/97, 12-enero-01 R. 4.511/99, 26-enero-01 R. 5.343/99, 23-marzo-01 R. 1.151/98, 20-abril-01 R. 4.610/99 y 11-mayo-01 R. 3.138/01), respecto de “parte de la actuación previa investigadora se realizó, cuando el demandante estaba de baja por enfermedad, por tanto se registraron sus pertenencias en la oficina en su ausencia, con clara conculcación del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores”. Pues bien, esta afirmación ni siquiera era pretendida por el trabajador demandante, que se limitaba –véase la demanda– a argumentar la conculcación del art. 18.1 CE por habérsele imputado como infracción a sancionar su relación privada –léase préstamo– con el Sr. M., siquiera ahora el Sr. B. haya tomado en el recurso el planteamiento del Magistrado; y en todo caso no tiene cobertura de prueba alguna, puesto que la concretamente practicada –documental y testifical– únicamente acredita que la investigación auditora tuvo exclusiva fuente en las manifestaciones del propio accionante y del Director e Interventora de la sucursal, así como en el examen del “diario electrónico” de la oficina, en el que quedan registradas todas las operaciones practicadas, terminal desde la que se practicó y clave personal del empleado actuante, pero no de pertenencias personales –taquilla, efectos o incluso ordenador– que ni siquiera tenía en su centro de trabajo. 4.- Ciertamente que la demandada recurrente no propone de manera expresa y ortodoxa –por el cauce del art. 191.b) LPL– la conclusión del Magistrado de que se habían registrado las “pertenencias” del actor. Pero, de una parte no hay que olvidar que el Juzgador hace la afirmación en la fundamentación jurídica, enlazándola con la vulneración del art. 18 ET; y de otras parte, qué duda cabe que el recurso censura esta afirmación y propone sea suprimida, utilizando –además– los argumentos probatorios y jurídicos correctos. Por ello, teniendo en cuenta –SSTSJ Galicia 30-marzo-00 R. 778/97, 6-octubre-00 R. 2.432/97, 29-marzo-01 R. 1.246/98 y 29-marzo-01 R. 512/98– que la jurisprudencia ordinaria ha reiterado –STS 18-marzo-1997 Ar. 2.569– la doctrina sentada por la STC Pleno 76/1996 (30-abril), respecto de que “el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reclama, en lo que ahora nos importa, la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del

derecho a la tutela judicial efectiva (STC 90/1986), muy especialmente –ciertamente éste no es el caso– cuando esté en juego no el acceso a los recursos sino el acceso a la jurisdicción (SSTC 37/1995 y 55/1995), para permitir así un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, contenido propio y normal de aquel derecho (STC 40/1996)”, se ha de considerar poco razonable y escasamente acorde a la indicada tutela exigir a la parte un riguroso formalismo para combatir afirmaciones de hecho realizadas precisamente de manera informal y con indebida ubicación fuera de los hechos declarados probados. 5.- En todo caso, la cuestión no deja de ser ociosa desde la perspectiva de su trascendencia a la parte dispositiva de la resolución a adoptar, porque la posible ilegalidad –que hemos rechazado– de la actuación investigadora únicamente viciaría las pruebas obtenidas, impidiendo su efectividad para justificar el despido, pero no determinaría –como el trabajador pretende– que el cese fuese considerado afecto de nulidad, calificación ésta que únicamente procedería si su motivación última desconociese derechos fundamentales y libertades públicas, conforme al art. 108.2 LPL. Causa que precedentemente hemos rechazado, como ya se había hecho en la instancia.

SÉPTIMO.- En todo caso queremos destacar la improcedencia de que el actor quiera obtener una declaración de nulidad, amparándose en el principio de igualdad y en alegada discriminación, al haber sido el único sancionado –dice– por lo que califica como “incumplimiento colectivo”, que alcanzaría a Director e Interventora, “por falta de control de los arqueos de caja, y de los apuntes realizados a diario”. Afirmación que carece de toda consistencia jurídica. 1.- Sobre el alcance general del principio de igualdad, en abstracto, se ha de reproducir doctrina absolutamente consolidada y constantemente citada por esta misma Sala (así, entre las últimas, sentencias de 23-febrero-01 R. 5.016/97 y 4-abril-01 R. 3.537/97). El intérprete máximo de la Constitución atribuye a la igualdad los siguientes rasgos esenciales (SSTS 76/1990; y 177/1993, de 31-mayo): (a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; (b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurí-

dicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; (c) por último, el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Para la misma doctrina jurisprudencial, la desigualdad con relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de una “justificación objetiva y razonable” entre situaciones que pueden considerarse iguales (SSTS 11-noviembre-86 Ar. 6.322 y 28-septiembre-93 Ar. 7.085); y para que la diferenciación sea constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que además es indispensable que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente graves o desmedidos (SSTS 19-junio-2000 Ar. 5.117 y 22-enero-1996 Ar. 479). Desde esta perspectiva, nos resulta un absoluto despropósito afirmar la existencia de censurable desigualdad, porque se sanciona al autor de las imputadas infracciones y no a quienes tenían la responsabilidad de cuidar que no se cometiesen las faltas y/o detectarlas inmediatamente. La pretendida negligencia de estos últimos no existe, pues tal como señalaba la Interventora el control de las operaciones se hace por muestro, al ser imposible la comprobación de todas ellas, y los arqueos de caja se efectúan de manera aleatoria. Pero es que todo posible descuido en la vigilancia, de existir, empalidece ante las mucho más graves imputaciones –acreditadas– que se hacen al actor y que no admiten parangón alguna con aquélla. 2.- Pero es que ni siquiera sería de válida argumentación el principio de igualdad, de acuerdo con la más reciente doctrina jurisprudencial sobre la materia. Como tenemos indicado en precedentes ocasiones (así, en sentencias de 4-abril-01 R. 3.537/97, 23-febrero-01 R. 5.016/97 y 23-enero-01 D. 14/00), la STS de 17-mayo-00 Ar. 5.513 recuerda que para las SSTS 17-octubre-90 Ar. 7.929 y 23-septiembre-93 Ar. 7.032 “el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese

artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado"; y "esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984 (RTC 1984\34), la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación". Ello es así porque, según la citada sentencia del Tribunal Constitucional, el principio de autonomía de la voluntad deja "un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer [...]", salvo cuando "la diferencia de trato [...] tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o por el Estatuto de los Trabajadores". Para esa misma STS 15-mayo-00 Ar. 5.513, lo anteriormente indicado "diferencia claramente el ámbito del principio de igualdad y el de la prohibición discriminatoria, pues mientras que el primero se vincula a la Ley y, en general, a las actuaciones de los poderes públicos (STC 161/1991), el segundo extiende también su obligatoriedad en el ámbito de determinadas relaciones privadas". Y aquí, no lo olvidemos, estamos ante una situación de ámbito estrictamente privado, donde el titular del poder disciplinario puede ejercerlo sin someterse al principio de igualdad y únicamente limitado por la interdicción de actuaciones discriminatorias, únicamente referibles –queda dicho– a causas específicamente prohibidas en el art. 14 CE ("nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social") y en el art. 17 ET ("sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores de en la empresa y lengua dentro del Estado español").

OCTAVO.- 1.- Se recordará que el "B.P." recurrente hace tres bloques de denuncias, alusivas –respectivamente–: (1º) a la ya examinada infracción del art. 18 ET; (2º) a la inaplicación de los art. 5.a), 20.2 y 54.2.d) ET; y (3º) a la infracción del art. 60.2 ET y doctrina jurisprudencial interpretativa. Examinada ya la

primera de ellas, por imponerle la declaración de nulidad solicitada en el recurso del trabajador, exigencias procesales determinan que haya de tratarse la tercera denuncia con prioridad a la segunda, pues la posible prescripción de la falta impide la calificación de la conducta desde los planos contractual y disciplinario. 2.- Se trata, pues, de determinar si en 31-octubre-00 había o no decaído el derecho de la empresa a sancionar al actor –nos remitimos al apartado tercero del fundamento tercero– porque: (a).- En el mes de marzo/2000 obtuvo de un cliente préstamo por importe de 250.000 pesetas; (b).- El 24-abril/2000 realizó pago en efectivo de 180.000 pesetas contra la cuenta corriente del mismo cliente, utilizando la clave de concepto 11 "pago por su cuenta a terceros" e incumpliendo la normativa interna del Banco, al no incorporar autorización expresa del titular y faltar la firma del destinatario, habiendo obtenido el dinero de la caja fuerte y no del dispensador de efectivo; (c).- Siendo encargado del servicio de Caja, en arqueo de 1-junio se advirtió la falta de 150.000 ptas. y (d).- De los referidos hechos tuvo conocimiento el Departamento de Auditoría en visita de inspección –rutinaria– iniciada el 13-septiembre-2000, habiendo emitido su informe el día 29 siguiente.

NOVENO.- 1.- Sobre esta materia hemos destacado en otras ocasiones (por ejemplo, SSTSJ Galicia 23-marzo-94 R. 889/94, 28-noviembre-94 AS 4.493, 18-mayo-95 R. 1.871/95, 25-agosto-95 AS 3.154, 7-marzo-96 R. 502/96, 15-julio-1996 R. 3.086/96, 29-abril-97 R.1.426/97 y 23-mayo-97 R. 1.836/97, 5-marzo-99 R. 88/99, 30-septiembre-99 R. 3.720/99 y 13-julio-00 R. 3.217/00), el art. 60.2 ET establece un plazo de prescripción llamada "corta" –de dos meses– cuyo cómputo se inicia, inexorablemente, desde que el empresario tiene conocimiento de la falta; y otro –de seis meses– llamado de prescripción "larga" y que –conforme al precepto– opera "en todo caso". La rotundidad de esta última norma ha sido, sin embargo, objeto de una interpretación correctora por parte de la Jurisprudencia, al objeto de evitar una hermenéutica del precepto que llevase a beneficiar al infractor y a premiar la clandestinidad de conductas continuadas, frente a hechos notorios y puntuales que pudieran resultar de inferior gravedad. Y en concreto se ha señalado que si bien el dies a quo de la citada prescripción "larga" –la de los seis meses– comienza a correr con carácter general desde la comisión de los hechos, esto es, desde que se cesa en la conducta sancionable (SSTS de 9-febrero-87 Ar. 801, 24-julio-89 Ar.

5.909 y 12-marzo-90 Ar. 2.057 y 16-marzo-90 Ar. 2.162), en el más concreto supuesto de pluralidad de hechos que corresponden al mismo tipo de infracción y en que media unidad de propósito, no procede aislar los hechos concretos en que se manifiesta –a los efectos de la prescripción– y el *dies a quo* para el cómputo del referido plazo no comienza a correr sino desde el último incumplimiento, en el que realmente se cesa en la indicada actitud, por voluntario apartamiento del trabajador (SSTS 15-septiembre-88 Ar. 6.899, 6-octubre-88 Ar. 7.541, 11-julio-89 Ar. 5.452, 21-noviembre-89 Ar. 8.218, 15-junio-90 Ar. 5.465 y 25-junio-90 Ar. 5.513), porque la lesión jurídica no deja de producirse mientras permanece la situación ilegítima (SSTS 14-junio-83 Ar. 3.019, 26-octubre-83 Ar. 5.154, 2-febrero-84 Ar. 823, 15-febrero-84 Ar. 879, 27-noviembre-84 Ar. 5.905, 12-diciembre-84 Ar. 6.366 y 21-julio-86 Ar. 4.268), como ocurre en los supuestos de ocultación. 2.- Desde la misma perspectiva doctrinal no ha de olvidarse –nos remitimos a las SSTSJ Galicia 15-julio-96 R. 3.086/96, 3-junio-99 R. 2.057/99 y 30-septiembre-99 R. 3.720/00– que en ocasiones y por su propia naturaleza las faltas no emergen y acreditan en el momento de su comisión o realización, sino en fecha posterior, de manera que no pueda hacerse una imputación inmediata y simultánea con su conocimiento, sino que es precisa una investigación e inspección, para actuar con pleno y cabal conocimiento de causa, eludiendo así una actuación precipitada que se base en sospechas más o menos fundadas, por lo que –resolviendo genéricamente supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza– la doctrina jurisprudencial ha sentado el criterio de que la fecha en que, se inicia el plazo de prescripción establecido en el art. 60.2 ET no es aquella en que la empresa “tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos” (SSTS 28-septiembre-82 Ar. 5.302, 9-junio-83 Ar. 2.986, 16-junio-83 Ar. 3.019, 25-octubre-83 Ar. 5.146 y 26-octubre-83 Ar. 5.150, 4-noviembre-83 Ar. 5.570, 18-diciembre-84 Ar. 6.407 y 21-julio-86 Ar. 4.268, 29-septiembre-86 Ar. 5.194, 20-junio-88 Ar. 5.432, 24-noviembre-89 Ar. 8.506, 12-febrero-92 Ar. 970, 26-diciembre-95 Ar. 9.845, 25-enero-96 Ar. 199, 12-junio-96 Ar. 5.063 y 22-mayo-96 Ar. 4.607), de manera que se imponga la perentoria necesidad de un expediente disciplinario o de un proceso investigador para llegar –precisamente– al conocimiento de los hechos, casos en los cuales

la necesidad aclaratoria de ese expediente determina que al mismo haya de atribuirle virtualidad interruptiva del plazo prescriptorio previsto en el citado art. 60.2 ET. 3.- Más concretamente se ha hecho esta manifestación tratándose de infracciones cometidas por empleados de banca privada y cuando se había practicado una auditoría interna, indicándose –así, ATS 28-abril-97 Ar. 4.521, como ya había señalado la STS 15-abril-94 Ar. 3.243– que el *dies a quo* para el inicio del cómputo de la prescripción se fija en la fecha en que terminó la citada auditoría, pues “el conocimiento cabal y exacto se produce cuando la empresa tiene conocimiento del resultado de la auditoría”. En palabras de la STS 15-abril-94 Ar. 3.243 –reiteradas por las SSTS 12-junio-96 Ar. 5.063 y 22-mayo-96 Ar. 4.607– “reiteradas sentencias de esta Sala, resolviendo genéricamente supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, han sentado el criterio de que la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el artículo 60.2 del ET no es aquella en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos”; por lo que –STS 12-junio-96 Ar. 5.063– “sólo cuando el instructor del expediente formaliza su propuesta, concretados ya unos hechos cuya autoría se atribuye [...], tiene conocimiento la empresa de la conducta sancionable, para en base a la misma, decidir el despido”. 4.- A la par, si hubiese mediado ocultación maliciosa de los hechos y eludiendo los posibles controles del empresario, esta actitud implica persistencia de la conducta y modifica el día inicial del cómputo de la tan referida prescripción, que ha de fijarse a partir del día en que cesó la ocultación, por cuanto que en tales supuestos la falta es una acción permanente que no adquiere carácter definitivo sino cuando cesa la posibilidad de tenerla encubierta por quien la está cometiendo (entre tantas otras, las SSTS 28-septiembre-82 Ar. 5.302, 15-noviembre-83 Ar. 5.602, 8-octubre-84 Ar. 5.251, 6-febrero-86, 22-septiembre-86 Ar. 5.019 y 25-septiembre-86 Ar. 5.168, 21-septiembre-87 Ar. 6.227, 27-enero-90 Ar. 224 y 29-octubre-90 Ar. 7.938 y 28-enero-91, 26-marzo-91 Ar. 1.901, 25-abril-91 Ar. 5.230, 12-febrero-92 Ar. 970, 26-mayo-92 Ar. 3.608, 24-septiembre-92 Ar. 6.809 y 3-noviembre-93 Ar. 8.536).

DÉCIMO.- 1.- Pero en el concreto caso del Sr. B. no se trata de una conducta continuada, sino de hechos puntuales de etiología

diversa –al menos tal como fueron imputados y resultaron acreditados–, sin que entre ellos sea apreciable unidad de propósito alguna. Tampoco estamos en presencia de hechos –ninguno de los tres– de una especial complejidad que imponga una auditoría que permita su valoración con conocimiento “cabal, pleno y exacto”, al decir de la Jurisprudencia, sino de hechos en extremo sencillos en su génesis y valorables sin necesidad de investigación alguna. Y, siendo evidente que no es exigible la autoinculpación, por ello hemos de negar que las maniobras de ocultamiento puedan identificarse con la mera clandestinidad, sino que comportan un actuar –inexistente en autos– conque el infractor prolongue temporalmente la ignorancia de los hechos por parte de la Empresa, lo que nos lleva a entender que en el caso de autos no ha mediado esa ocultación, ya que toda la actuación del Sr. B. se agotó en propia la comisión de las tres concretas y sancionadas irregularidades. Por ello rechazamos que pueda iniciarse el *dies a quo* de la prescripción en 29-septiembre, cuando el Departamento de Auditoría eleva informe, sino que la fecha ha de coincidir –para la prescripción larga– con la de comisión de cada una de las faltas que se imputan: marzo, para el préstamo obtenido de un cliente; 24-abril/2000 para el “pago por su cuenta a terceros”; y 1-junio para la falta de efectivo apreciada en el arqueo. Aceptar la tesis de la empleadora, que sitúa el inicio de la prescripción en la fecha de conocimiento de los hechos por parte de quien ostenta la facultad disciplinaria, aún si mediar conducta ocultatoria activa por parte del infractor o sin estar en presencia de actos varios unidos por unidad de propósito, convierte en letra muerta la expresión “en todo caso” que utiliza el art. 60 ET y defrauda la obvia voluntad del legislador. Como decíamos ya en Sentencia de 17-julio-96 R. 3.086/96, el planteamiento significaría suprimir –que no interpretar– el referido inciso “en todo caso” del art. 60.2 ET y negar la existencia de la prescripción “larga” de seis meses. 2.- Lo anteriormente indicado supone que forzosamente hayamos de entender que a la fecha del despido –31/octubre– ya estaban prescritas las faltas imputadas y que la Empresa había decaído en su derecho a ejercer las facultades disciplinarias. Los hechos de marzo y abril, porque había transcurrido el plazo –máximo– de seis meses, y con ello se había producido la prescripción “larga”. Y la falta de junio, porque la negligencia que exclusivamente viene a imputársele en sus funciones de servicio de Caja –cualquier otra acusación resultaría temeraria-

mente infundada– fue conocida en la misma fecha por sus inmediatos superiores en la sucursal de..., dando incluso lugar a que se le relevase inmediatamente de aquel cometido; y este conocimiento implica –según entendemos– el de la propia Dirección, por lo que a partir de su fecha se iniciase el cómputo de la prescripción –en este caso la “corta” de dos meses–; la representatividad que es atribuible al Director de una sucursal razonablemente ha de extenderse a la materia disciplinaria, siquiera la decisión haya de adoptarse por las últimas instancias de gobierno de la entidad, pues otra cosa sería dejar al arbitrio de aquél que puede prolongarse indefinidamente la prescripción de la falta, en contra de los intereses del trabajador y del fundamento de la propia institución; y aunque –no cabe duda– que parecida argumentación puede hacerse desde la perspectiva de la empleadora, ésta tiene –a diferencia del empleado infractor– medios oportunamente convincentes para excluir se le pueda causar todo perjuicio al respecto.

Aparte de que la supuesta negligencia en los servicios de caja que eventualmente prestaba –es de suponer que al margen de sus ocupaciones ordinarias– un Administrativo, en manera alguna revisten gravedad como para justificar la medida disciplinaria acordada, la máxima, que por lógica y expresa disposición legal corresponde tan sólo a las más graves infracciones contractuales, pareciendo mucho más razonable y proporcionada la que realmente fue adoptada por el Director de la sucursal, la de excluirle inmediatamente de aquellas funciones adicionales. Por lo que aunque no estuviese prescrita, la supuesta falta tampoco justificaría el despido de quien lleva prestando servicios ininterrumpidos para el “B.P.” desde el año 1977, sin que conste antecedente disciplinario alguno. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por don J.M.B.R. y por el “B.P.R., S.A.”, confirmamos la sentencia que con fecha 14-marzo-2001 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Tres de los de Ourense, y por la que se acogió parcialmente la demanda formulada, que confirmamos en su integridad. Asimismo condenamos a la recurrente “B.P., S.A.” a que por el concepto de honorarios satisfaga 25.000 pesetas al Sr. Letrado de la parte recurrida. Pérdida de depósito y destino legal para el aval presentado.

3227 Recurso número: 03/0008410/1997

S.CA. INFRACCIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS. FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDADE E SAÚDE. AUSENCIA DE ANDAMIOS, CON INFRACCIÓN DA NORMATIVA ESPECÍFICA DO SECTOR DA CONSTRUCCIÓN.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Patricia Fardo Cabana

En la Ciudad de A Coruña, veintiséis de junio de dos mil uno.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008410/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "R.M. y otros S.L." domiciliado en... (A Coruña), representado por doña M.D.V.P. y dirigido por el Letrado don S.F.L.T., contra Resolución de 25.03.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en A Coruña de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 893/96; Expte. nº 24/97. Es parte la Administración demandada Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada por el Letrado de la Xunta de Galicia. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 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 19 de junio de 2001, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 25.03.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en A Coruña de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, que impone la sanción de 500.100 ptas. por infracción de lo dispuesto en el art. 45.1 de la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el art. 206 de la Ordenanza Laboral de la Construcción, tipificada como falta grave en el art. 47.16 de la ley citada.

II. De acuerdo con el Acta, se inicia la actuación inspectora para investigar las circunstancias concurrentes en el accidente sufrido por dos trabajadores de la empresa recurrente. Tras personarse el Inspector en el centro de trabajo y mantener diversas entrevistas, así como recopilar datos, "se ha constatado: ...que... en fecha 09.05.96, sufrieron accidente de trabajo, el primero por caída a distinto nivel (caída desde un andamio) y el segundo por caída de un muro encima, al no haberse adoptado las medidas de seguridad adecuadas ante dichos riesgos, por cuanto en fecha del accidente, se encontraban cinco trabajadores, entre ellos, don G.T.T., sobre un andamio metálico tubular, con plataforma a distinta altura, ejecutando un muro de bloque de hormigón que constituía el cerramiento de la nave en construcción sita en..., cuando el trabajador don G.T.T., que estaba situado a una altura aproximada de 5,90 m., se desplazó bruscamente sobre las últimas hiladas del bloque (con el mortero aún fresco), debido al fuerte viento racheado, cayendo hacia el interior de la nave, dado que el andamio no estaba protegido, en todo su contorno por barandillas sólidas y rígidas, según puede comprobarse del examen de las fotografías que el técnico de Seguridad e Higiene... adjunta a su informe, incumpliendo lo dispuesto en el art. 206 de la Ordenanza Laboral de la Construcción de 28.08.70. El citado artículo indica que todo el contorno de los andamios que ofrezca peligro de caída será protegido por sólidas y rígidas barandillas de madera o metálicas de 0,90 m. de altura sobre el nivel del piso... Como consecuencia del desplazamiento de don G.T.T.

sobre las últimas hiladas del bloque, diez de ellas cayeron hacia el interior de la nave sobre R.A.M.L., que en esos momentos se encontraba abajo". Ambos trabajadores sufrieron lesiones de carácter leve y menos grave.

III. La recurrente alega fundamentalmente que el andamiaje montado para la ejecución del muro de cierre de la nave a base de bloques de hormigón se encontraba montado de acuerdo con las prescripciones técnicas establecidas por la normativa vigente al respecto, no habiéndose producido el accidente a causa de deficiencias en el montaje del mismo, sino por una racha fuerte de viento que provocó un movimiento extremadamente brusco del andamiaje y el desplazamiento del trabajador hasta su frente, donde tras chocar con la barandilla que se encontraba en dicho lugar y a la altura reglamentaria, hasta la inglete, se apoyó con los brazos en el muro de bloques, que cedió. Para probar estas afirmaciones se aporta informe de un Arquitecto Técnico e informe del Centro Meteorológico Territorial de A Coruña. También señala la recurrente que el Acta no describe con la necesaria precisión los medios utilizados para el esclarecimiento de los hechos u omisiones, y en concreto no se aporta al expediente el informe y las fotografías del Técnico del Centro de Seguridad e Higiene. Respecto de estas alegaciones se ha de señalar que el informe del Arquitecto Técnico contratado por la recurrente no goza de la presunción de veracidad que ampara al acta, y se puede dudar fundadamente sobre su parcialidad. En lo que se refiere a los medios utilizados, el Acta los describe perfectamente y con detalle, explicando con precisión las causas del accidente, en el que intervino, es cierto, el viento pero también fue relevante el hecho de que el andamio no estuviera rodeado en todo su contorno por barandillas protectoras, dando lugar a la caída del trabajador al vacío tras derribar los bloques de hormigón recién colocados.

IV. Por lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sanción recurrida.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "R.M. y otros S.L." contra Resolución de 25.03.97 desestimatoria de recurso contra otra de la

Delegación Provincial en A Coruña de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 893/96; Expte. nº 24/97 dictado por Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais. Sin imposición de costas.

3228 Recurso nº 3.004/2001

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO CANDO A RECLAMACIÓN SE REFIRE A UNHA PLURALIDADE DE TRABALLADORES INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS POLAS SÚAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintiocho de junio de dos mil uno.

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 3.004/2001 interpuesto por "I.U., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 142/2001 se presentó demanda por A.M.L. en representación del Comité de Empresa de "I.U., S.A.", en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandado el "I.U., S.A."; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de marzo de 2001 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- El actor es Presidente del Comité de Empresa de "I.U., S.A." (folio 27).- 2º) El Comité de Empresa propuso a la empresa que la recuperación de las horas no trabajadas durante el DIA DAS LETRAS GALEGAS (17 de mayo 2000) se llevara a cabo a razón de 5 minutos diarios (folio 27).- 3º) La empresa

manifestó su desacuerdo con dicha propuesta remitiendo un escrito al Comité en el que se planteaban tres alternativas de recuperación de las horas no trabajadas ninguna de las cuales fue aceptada por el Comité (folio 30).- 4º) El día 11 de septiembre de 2000 tuvo lugar una nueva reunión con el Comité de Empresa para tratar la misma cuestión que también finalizó sin acuerdo (folio 33).- 5º) El 31 de octubre de 2000, la empresa informó al Presidente del Comité de Empresa su propósito de descontar de la nómina las horas no trabajadas a aquellos trabajadores que no hubieran recuperado las no trabajadas el día 17 de mayo de 2000 (folio 34).- 6º) La empresa llegó a acuerdos individuales para la recuperación de las horas no trabajadas y procedió al descuento anunciado respecto al resto de trabajadores (16) con los que no alcanzó dicho acuerdo (folios 49 a 148)."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimo la demanda interpuesta por don A.M.L. en representación del COMITÉ DE EMPRESA contra "I.U., SA", en materia de CONFLICTO COLECTIVO y declaro improcedente y contraria a derecho la practica de la empresa de descontar un día de salario en la nómina de diciembre de 2000 a aquéllos trabajadores respecto de los cuales no ha llegado a un acuerdo para la recuperación de las horas no trabajadas el día 17 de mayo de 2000."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El Comité de Empresa, en su condición de órgano de representación sindical de los trabajadores, planteó demanda de Conflicto Colectivo contra la empresa "I.U., S.A." dedicada a la actividad de Servicios de Limpieza Pública, solicitando que se declare la improcedencia de la práctica de empresa consistente en descontar un día de salario en la nómina de diciembre de 2000, y, subsidiariamente, si se considerase que el descuento es procedente, se declare que éste se realice en el importe de 4.5 horas de trabajo. La Sentencia de instancia estimó la pretensión principal –anteriormente indicada- declarando improcedente y contraria a derecho la práctica de descontar un día de salario en la nómina de diciembre de 2000 a aquellos trabajadores res-

pecto de los cuales no ha llegado a un acuerdo para la recuperación de las horas trabajadas el día 17 de mayo de 2000. Este pronunciamiento es recurrido por la representación procesal de la citada empresa demandada, formulando dos motivos de Suplicación, en el primero, y al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita la adición de un nuevo hecho probado; y en el segundo, por el cauce procesal correspondiente –apartado c) del artículo 191 del citado texto legal- denuncia infracción del artículo 151 y ss. de la LPL, así como de la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación del mismo, citando diversas Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, la de 25.06.92; 18.11.92; 03.01.94. Así como las Sentencias del Tribunal Constitucional 92/88, 23/05.

SEGUNDO.- A través de dichos motivos, el recurso de Suplicación combate esencialmente la Sentencia impugnada por no haber apreciado la excepción procesal de inadecuación de procedimiento, expresamente alegada en el acto de juicio. Y sobre el examen de esta cuestión conviene recordar que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1994, Ar. 7.155), la inadecuación de procedimiento podría ser igualmente apreciable de oficio, dada la naturaleza de derecho necesario absoluto de las normas rectoras del proceso atendido el principio de legalidad que lo preside (artículo 9.3. de la Constitución). Por consiguiente, aunque no se hubiese alegado dicha excepción, se podría examinar por iniciativa de la Sala. Y de conformidad con una consolidada doctrina jurisprudencial, en el examen de dicha cuestión, la Sala goza de plena libertad en cuanto a la valoración de los medios probatorios obrantes en autos, no estando limitada por la declaración de probanza de la Sentencia recurrida, encontrándose igualmente liberada esta Sala de la necesidad de sujetarse a los motivos formulados en el recurso, incluido el relativo a la revisión del relato histórico de la resolución impugnada, pues al tener que formar su propia convicción sobre los hechos acontecidos, el aludido relato histórico carece por completo de eficacia respecto de la cuestión de inadecuación de procedimiento que se suscita. Y de lo actuado, hay que destacar los datos fácticos siguientes: a).- En el calendario de fiestas del año 2000 de la Comunidad Autónoma Gallega se establece como festivo recuperable el día 17 de mayo, Día Das Letras Galegas; b).- La plantilla de la empresa demandada, compuesta

por 122 empleados disfrutó de la indicada fiesta; c).- Llegado el momento de determinar la opción de recuperar las horas correspondientes al indicado día festivo, la empleadora propuso tres alternativas: 1ª- Recuperarlas en jornada de sábados realizando una jornada normal hasta completar la recuperación; 2ª - en los sábados, domingos o festivos para el personal que trabaje esos días y 3ª compensarlos con el día de Asuntos Propios que tienen los trabajadores durante el año; d).- De los 122 trabajadores de que se compone la plantilla de la empresa, 107 aceptaron alguna de las opciones propuestas. Por el contrario, 15 de los trabajadores, en nombre de los cuales acciona el Comité de empresa, planteando el presente conflicto colectivo, no aceptaron ninguna de dichas propuestas, planteando como única opción, la recuperación de los horas del indicado día festivo trabajando cinco minutos más cada día hasta completar la jornada de descanso realizada.

Partiendo de la indicada situación fáctica, debe determinarse si el procedimiento adecuado para la resolución de este litigio es el de Conflicto Colectivo, como así entendió el Magistrado de instancia; o si, por el contrario, el procedimiento que debió seguirse es el ordinario como propugna la empresa recurrente. A tal fin conviene señalar que el artículo 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral delimita el objeto del proceso de conflicto colectivo al disponer que se tramitarán a través de esta modalidad procesal "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, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa". Y en relación con la cuestión que se examina, debe recordarse la doctrina jurisprudencial que distingue entre el conflicto colectivo y el individual y plural. Así, las Sentencias de 30 de octubre de 1992 (RJ1992, 7.858); 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4.274); y las que en ella se citan (SSTS de 22 de marzo de 1995 y 7 y 27 de mayo de 1997), interpretando el citado artículo 151.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, señala que en el proceso de trascendencia colectiva, han de confluir necesariamente dos elementos: Uno subjetivo, consistente en la ineludible presencia de una pluralidad de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; otro, objetivo, relativo al

interés que se pretende defender, que ha de ser general, abstracto e indivisible, de dicha pluralidad, grupo o colectivo, del que, quienes lo integran, participan en él, no en razón de sus individuales o concretas circunstancias, sino por su pertenencia a dicho grupo o colectivo, de manera tal que el mencionado interés general, en tanto que indivisible, no permite su desglose en tantas partes como trabajadores. Como señala la STC 92/88 de 23 de mayo (RTC 1988, 92), en el Conflicto Colectivo lo que se dilucida son "cuestiones que afectan a un grupo de trabajadores considerado en su conjunto o en abstracto, pues el interés que en el mismo se hace valer no es individual y concreto de cada trabajador, ni tampoco la suma de los intereses de éstos, sino el interés general o colectivo de dicho grupo".

Proyectando la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta al caso que nos ocupa, parece claro que la modalidad procesal de conflicto colectivo no es la adecuada para ventilar la cuestión planteada en la demanda, por cuanto resulta evidente que la pretensión que se ejercita no tiene el carácter declarativo general propio de las cuestiones a dilucidar por vía de conflicto colectivo, no dándose una situación de enfrentamiento entre el empleador y la totalidad o una parte estructurada de los trabajadores, sino que se trata de un pequeño o mínimo colectivo –en relación con la totalidad de la plantilla-, no concurriendo el elemento subjetivo en los términos exigidos por la jurisprudencia, toda vez que los reclamante constituyen una mera pluralidad, y no un conjunto estructurado dentro de la plantilla de la empresa. Y respecto del elemento objetivo, tampoco es de apreciar el mismo, por cuanto el conflicto no tiene por objeto defender un interés general, ya que debe tenerse presente que casi la totalidad de la plantilla (107 trabajadores, de los 122 de que se compone) aceptaron alguna de las alternativas empresariales de recuperación de las horas correspondientes al día festivo en cuestión. Por lo tanto, no se trata de defender un interés general, sino unas circunstancias concretas e individuales, esto es, la cuestión planteada lo que persigue es hacer valer la postura de los quince trabajadores de la empresa que no quisieron aceptar ninguna de las propuestas de la empleadora, y de triunfar la tesis de la parte demandante, se estaría defendiendo su interés particular, el interés de su propuesta y que para nada afectaría a los 107 trabajadores que alcanzaron un acuerdo con la empresa, conviniendo con ella una fórmula de recuperación de las propuestas, por la

tanto, por esta vía de conflito colectivo, no se pretende solucionar una situación que afecte a los intereses generales de los trabajadores en plantilla, sino, única y exclusivamente, sus circunstancias particulares.

En definitiva, la Sala estima que en el presente caso no concurren ninguno de los elementos que necesariamente han de confluír en los procesos de trascendencia colectiva, no concurre el elemento subjetivo, ni tampoco el elemento objetivo, relativo al interés que se pretende defender, que ha de ser general, abstracto e indivisible; sino que lo que se pretende defender por esta vía es un interés individual y particular; consecuentemente, no se considera adecuado el proceso de conflito colectivo, y al no haberlo apreciado así la Sentencia recurrida procede la estimación del Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa demandada "I.U., S.A.", la nulidad de la misma y apreciar la excepción de inadecuación de procedimientu; con devolución a la citada recurrente del depósito constituido para recurrir, de conformidad con el artículo 201.1 de la Ley de Procedimientu Laboral. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa "I.U., S.A.", contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Pontevedra, de fecha treinta de marzo de dos mil uno, recaída en proceso de conflito colectivo promovido por el Comité de Empresa de la citada recurrente, apreciamos la excepción de inadecuación de procedimientu y sin entrar a conocer del fondo del asunto, debemos absolver y absolvemos en la instancia a la empresa demandada-recurrente, a la que deberá devolverse el depósito constituido para recurrir.

3229 Recurso nº 2.541/01

S.S. DESPEDIMIENTO PROCEDENTE. TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL: CONDUCTA QUE EXCEDE DE MERAS IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS, NO ÁMBITO BANCARIO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a veintinueve de junio de dos mil uno.

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 2.541/01 interpuesto por "B.P., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 954/00 se presentó demanda por don C.N.G. en reclamación de Despido siendo demandado el "B.P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dieciséis de marzo por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que el actor prestó sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la entidad demandada "B.P., S.A.", dedicada a la actividad de banca privada, con domicilio social en Santiago, Rúa..., desempeñando sus funciones en las oficinas bancarias de... marchándose a media mañana a la oficina del "B.P." en..., con la categoría profesional de Técnico nivel VII, con una antigüedad de 1 de agosto de 1973, percibiendo un salario de trescientas cincuenta y nueve mil quinientas ochenta y dos pesetas (359.582 ptas.). SEGUNDO.- Que el pasado día 23 de noviembre de 2000 el demandante recibió carta de despido del "B.P." en los siguientes términos: "Por medio de la presente se le participa que la Dirección General del Banco ha acordado su despido disciplinario en base a los siguientes hechos:// Primero.- El 25 de agosto de 2000, estando Vd. conectado al terminal nº 0882 de la Sucursal de..., realizó en la cuenta de ahorros no residente nº..., cuyo titular es don J.R.S. (estando autorizada su esposa, doña M.F.L.C.), un adeuda de cheque de ventanilla por importe de (quince mil pesetas) 15.000 ptas., tras lo cual actualizó dicha transacción sobre un documento desconocido, puesto que en la libreta que obra en poder de la cliente no figura la impresión de dicha operación. Previamente realizó la transacción "Consultar-Libretas-Cuentas Vista", con objeto de poder dar al ordenador la hoja y línea de impresión

para poder actualizar la misma (el ordenador sólo permite imprimir la actualización una vez). El 28 de septiembre se presenta al Director de la Oficina doña M.F.L.C., manifestando su disconformidad con dicho reintegro, ya que ella en dicha fecha estaba en Portugal y su marido embarcado en ruta de Holanda a España. Hechas las comprobaciones pertinentes en la documentación contable, falta únicamente el soporte documental del referido reintegro. Requerido por el Departamento de Auditoría Interna, manifiesta Vd. que no sabe dar explicaciones sobre el tema.// Segundo.- El 7 de septiembre de 2000 fue pagado en efectivo el cheque librado el 28.08.2000 por el Excmo. Ayuntamiento de Padrón, por (ciento dos mil ochocientos treinta y siete pesetas) 102.837 ptas., nominativo a favor de doña T.G.B., contra su cuenta corriente nº... Dicho cheque fue debitado en la cuenta librada como si se tratase de un cheque de ventanilla, validándose informáticamente un documento desconocido, ya que el original no fue ni sellado ni validado, guardándose el mismo en el diario contable. Este hecho fue detectado por el Interventor de la Sucursal, que apreció que el documento sobre el que se había validado la operación no aparecía, y que estas operaciones habrían sido realizadas por Vd. utilizando un terminal en el que estaba conectado, con su clave de acceso personal, su compañero don E.C.G.// (...)// Todo ello evidencia unos incumplimientos por su parte de la operativa bancaria, así como transgresión de la buena fe contractual, por cuanto los hechos expuestos llevan a considerar que o ha habido apropiación indebida o, cuando menos, negligencia inexcusable por su parte en su quehacer bancario que, obviamente, está basado en la confianza, por lo que la Dirección General ha dispuesto su despido disciplinario por su incumplimiento grave y culpable, al amparo de lo dispuesto en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, y del apartado 1º del artículo 50 del vigente Convenio Colectivo de la Banca Privada, con efectos del mismo día que se le notifique la presente".(sic)/ TERCERO.- Que en fecha de 12 de diciembre de 2000 se amplió la carta de despido en los siguientes términos: "Por medio de un informe del Departamento de Auditoría se ha tenido conocimiento del siguiente// Hecho:// La administradora de "P.V., S.L.", doña M.F. presentó una reclamación verbal motivada por la falta de pago de un recibo municipal de Impuesto sobre Bienes Inmuebles del año 2000, por importe de (dieciocho mil cuatrocientas veintisiete pesetas) 18.427 ptas., cuyo ejemplar en

su poder tiene estampado el sello de "B.P.", que acredita su pago el 15.09.2000. Dicha clienta fue atendida en la Sucursal de... por Vd. figurando, bajo su clave de acceso al terminal informático, validados en ingresados en la oportuna cuenta de Recaudación, el 15.09.2000, siete de los recibos entregados por la reclamante./ En el arqueo de Caja de 15.09.2000 y día posterior, no constan diferencias de efectivo. Tampoco se ha localizado el original de (dieciocho mil cuatrocientas veintisiete pesetas) 18.427 ptas., que debiera figurar en poder de la Sucursal./ La reclamante ha aportado justificante de la retirada en efectivo realizada en "C.V.", por el importe exacto de la suma de los ocho recibos (ciento siete mil trescientas dieciocho pesetas) 107.318 ptas., y tiene en su poder los ocho recibos entregados, y en todos figura estampado con fecha 15.09.2000 el sello de nuestra Entidad, con la mención "pagado"./ El hecho aquí expuesto evidencia, cuando menos, una clara y grave transgresión de sus deberes contractuales, al cobrar el importe de siete recibos y estampar simultáneamente el sello de "pagado" en ocho"./ CUARTO.- Que el actor el día 24 de agosto de dos mil en la oficina del "B.P." en... realizó en la cuenta de ahorros de don J.R." un cargo por el importe de quince mil pesetas (15.000 ptas.), a pesar de que la esposa del mismo no aportó la libreta./ Que el actor en fecha 7 de septiembre el cheque librado por el Ayuntamiento de... fue debitada en la cuenta librada como si fuese un cheque de ventanilla, validándose informáticamente como un documento desconocido, guardándose el mismo en el diario contable. Esta operación fue realizada con el ordenador de un compañero./ Que el actor presentó reclamación verbal por falta de pago de un recibo municipal de IBI del año dos, teniendo en su poder copia del recibo con sello del banco con fecha de 15 de septiembre de 2000. Siendo un error del actor que en vez de sellar siete recibos selló ocho recibos./ QUINTO.- Que el demandante no obstante ni ha ostentado en el año anterior la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores./ SEXTO.- En fecha de tres de 15 de diciembre de 2000 tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Xunta de Galicia, con el resultado de celebrado sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que estimando la demanda promovida por don C.N.P., frente a la empresa "B.P., S.A.", debo declarar y declaro la impro-

cedencia del despido de que fue objeto el actor y condono al "B.P." a que opte entre la readmisión del trabajador demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de catorce millones setecientas cuarenta y tres mil veinticinco pesetas (14.743.025 ptas.), en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado, advirtiéndole que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en ambos casos de la cantidad de un millón trescientas cincuenta y cuatro mil quinientas treinta y una pesetas (1.354.531 ptas.), en concepto de salarios de tramitación, y a un haber diario de once mil novecientos ochenta y siete pesetas (11.987 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se interpone recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha dieciséis de marzo del año dos mil uno del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, seguido a instancia de don C.N.G. contra "B.P., S.A.", por parte de la propia empresa demandada, basándose el mismo, en primer lugar, al amparo del art. 191.b) de la L.P.L., en revisión de los hechos declarados probados en la Sentencia, así el hecho probado primero, en el cual dice: "Que el actor prestó sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la entidad demandada "B.P., S.A.", dedicada a la actividad de banca privada, con domicilio social en Santiago, Rúa..., desempeñando sus funciones en las oficinas bancarias de... marchándose a mitad de la mañana a la oficina del "B.P." en..., con la categoría profesional de Técnico nivel VII, con una antigüedad de 1 de agosto de 1973, percibiendo un salario de trescientas cincuenta y nueve mil quinientas ochenta y dos pesetas (359.582 ptas.)", para que se suprima el párrafo que hace referencia al salario y se sustituya por el siguiente: "percibía una gratificación por desplazamiento de 304.992 ptas. al año. El salario mensual con prorrateo de pagas extras asciende a 334.166 ptas./mes" en base a la prueba documental que cita, concretamente a las nóminas que obran en actuaciones. Se accede a dicha modificación porque

efectivamente es una gratificación por el desplazamiento que realiza el actor, teniendo en cuenta que al estar destinado como Técnico en las sucursales bancarias del "B.P." en..., supone unos gastos por desplazamiento que deben ser retribuidos y que en consecuencia no entran dentro del concepto de salario.

Se pretende igualmente la modificación del hecho probado cuarto, el cual dice: "Que el actor el día 24 de agosto de dos mil en la oficina de... del "B.P." realizó en la cuenta de ahorros de don J.R. un cargo por el importe de quince mil pesetas (15.000 ptas.), a pesar de que la esposa del mismo no aportó la libreta./ Que el actor en fecha 7 de septiembre el cheque librado por el Ayuntamiento de... fue debitada en la cuenta librada como si fuese un cheque de ventanilla, validándose informáticamente como un documento desconocido, guardándose el mismo en el diario contable. Esta operación fue realizada con el ordenador de un compañero./ Que el actor presentó reclamación verbal por falta de pago de un recibo municipal de IBI del año dos, teniendo en su poder copia del recibo con sello del banco con fecha de 15 de septiembre de 2000. Siendo un error del actor que en vez de sellar siete recibos selló ocho recibos", para que se le dé la siguiente redacción: "Que el actor el 24 de agosto de 2000 en la oficina de "B.P." de... realizó en la cuenta de ahorros de don J.R.S. un adeudo mediante cheque de ventanilla por importe de 15.000 ptas. Dicho cargo fue reclamado por la esposa del cliente, que estaba autorizada en la cuenta y no apareció el soporte documental del cargo. El actor actualizó dicha operación informáticamente en un documento desconocido y en la libreta de ahorros del cliente no figura la impresión mecánica de la operación protestada. El Banco ha atendido la reclamación del cliente resarciéndole del importe reclamado. Que el actor el 07.09.2000, al atender el pago de un cheque librado por el Ayuntamiento de... por importe de 102.837 ptas., trató la operación como si fuese un cheque de ventanilla, validando informáticamente un documento desconocido. El cheque no fue sellado ni validado y se guardó en el diario contable sin anularlo. Esta operación fue realizada por el actor utilizando un terminal en el que estaba conectado otro compañero con su clave de acceso personal. M.F., en nombre de "P.V., S.L.", presentó en la oficina del "B.P." en... reclamación verbal por la falta de pago de un recibo del Impuesto de Bienes Inmuebles del 2000 por importe de 18.427 ptas., teniendo en su poder un ejem-

plar del recibo que tiene estampado un sello del Banco acreditativo del pago el 15.09.2000. El cliente tiene en su poder ocho recibos del IBI y en todos figura estampado en la fecha citada el sello del Banco con la mención de “pagado”. En la contabilidad del Banco figuran pagados siete recibos pero no el reclamado, no apareciendo en la oficina ni el ejemplar del recibo para la entidad bancaria ni sobrando en el arqueo de caja el importe del recibo protestado. Atendió el pago de los recibos el actor, quien puso el sello de pagado en los ocho recibos presentados en base a la prueba documental que cita básicamente la reclamación efectuada por la clienta, así como el informe de auditoría de las sucursales en cuestión, que permite con dicha redacción una mejor comprensión de cómo ocurrieron los hechos. Se accede a la modificación pretendida, ya que, efectivamente, con la redacción que se le da a los hechos declarados probados en Sentencia se aprecia en alguno de ellos error en cuanto a quién puso la reclamación y al ser tan escuetos no permite tener comprensión de los mismos. Admitiéndose en consecuencia, el motivo del recurso.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c) de la L.P.L., se alega infracción del art. 26.2 del E.T., en cuanto no se puede incluir en el salario regulador las gratificaciones por desplazamiento que percibía el trabajador; así como infracción de los arts. 5.a), 20.2, 54.2.d) del E.T., entendiéndose que en el ámbito de la actividad bancaria y mercantil, y por las atribuciones de los trabajadores, exige llevar a sus más amplios extremos la exigencia de los deberes de la buena fe, probidad, lealtad y diligencia. Teniendo en cuenta los hechos declarados probados, cuya nueva redacción ha sido anteriormente presentada, pone de manifiesto que no se trata de meras irregularidades administrativas que pudiera dar lugar a una sanción al trabajador más leve que el despido. Ha quedado acreditado que los hechos del día 24 de agosto que motivaron la reclamación de la clienta, poniendo en conocimiento del banco que en su cuenta faltaba una cantidad que no había sido reintegrada ni por ella ni por su marido, y que el banco ha tenido que devolver al no aparecer soporte físico que la justifique cuando, además, informáticamente no aparece la impresión de dicho adeudo pero sí descontada dicha cantidad en el total de la cantidad depositada. El Magistrado de instancia considera que es un actuar común en el ámbito rural el realizar reintegros sin llevar la libreta, pero eso no explicaría que posterior-

mente cuando se lleva la libreta no aparece tal adeudo y sin embargo se ha descontado de los ingresos la misma, y no ha quedado acreditado que se presentara sin libreta, sino al contrario, aparece una reclamación por escrito de la misma. Respecto de los hechos que se le imputan, que ocurrieron el 07.09.2000, al no sellar el cheque permite que el mismo pueda ser puesto de nuevo en circulación pudiéndose cobrar éste, con lo cual el Banco tendría que hacerse cargo del mismo, no siendo, en consecuencia, una mera irregularidad, ya que si el Banco no lo llega a detectar a tiempo a través de la Intervención le podría haber supuesto igualmente un perjuicio económico además de afectar a la seguridad del tráfico mercantil. Respecto de los hechos del día 15.09.2000, el actor selló los ocho recibos del IBI como pagados, pero en realidad sólo se hizo efectivo al Ayuntamiento el pago de siete recibos, con lo cual, uno de ellos a efectos del mismo resultaba impagado, no apareciendo en el arqueo efectuado en el banco el dinero de ese recibo que ha sido sellado y que ha sido pagado por la cliente. Todas estas conductas se pusieron en conocimiento del Banco como consecuencia de una Memoria de Auditoría Interna efectuada en noviembre de 2000 y que en ese mismo mes motivaron la carta de despido del trabajador.

Efectivamente, la doctrina de la Sala del T. Supremo atiende a la teoría gradualista en cuanto que hay que tener en cuenta la proporcionalidad de la sanción impuesta por el empresario respecto de la conducta del trabajador, pero, en este caso concreto, la conducta del mismo ha ido mas allá de meras irregularidades administrativas o informáticas para suponerle un perjuicio económico al Banco empleador. La buena fe que se presume que debe existir en la relación laboral así como la confianza que el empleador debe depositar en el trabajador en el desempeño de su trabajo se ve rota cuando existen unos hechos en los que ha desaparecido dinero, y a los que el Banco ha tenido que hacer frente, y cuando la actividad diaria del trabajador es el trato con efectos económicos. Si fueran meras irregularidades administrativas, el Banco no hubiera tenido que reintegrar el dinero que faltaba, y, por otra parte, no puede estar el empleador constantemente vigilando e inspeccionando la actividad del trabajador. Por todo lo cual, se ha quebrado esa buena fe que se exige en la relación, y los hechos, en consecuencia, son graves y susceptibles de ser sancionados con el despido. Por todo lo cual, se estima el moti-

vo del recurso y se considera el despido como procedente. De conformidad con el art. 203 de la L.P.L., procede la devolución del depósito y consignación al recurrente.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el "B.P., S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago, de fecha 16 de marzo de 2001, en autos seguidos a instancia de don C.N.G. frente a la empresa recurrente, revocando la sentencia recurrida y declarando el despido como procedente, desestimándose las pretensiones de la demanda. Se declara asimismo la devolución del depósito y consignación al recurrente.

3230

Recurso nº 1.221/01

S.S. DEMANDA DE OFICIO. RELACIÓN LABORAL DISIMULADA BAIXO A EXISTENCIA DUN CONTRATO ADMINISTRATIVO DE LIMPEZA DE EDIFICIOS DUNHA CORPORACIÓN LOCAL.

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

A Coruña, a treinta de junio de dos mil uno

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.1.221/01, interpuesto por don N.G.R. Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Unidad Especializada en el Área de Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don N.G.R. Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Unidad Especializada en el Área de

Seguridad Social sobre Demanda de oficio, siendo demandado Ayuntamiento de Meira y doña I.P.G., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 808/00 sentencia con fecha 12 de enero de 2001, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El Ayuntamiento de Meira celebró pleno el día 30.09.1994 en el que se aprobó el pliego de condiciones-administrativas del concurso para la contratación de los servicios de conserjería y limpieza del centro sanitario local de Meira (folios 1-A, 2-A, 3-A, 4-A, 5-A de la prueba del demandado y que damos aquí por reproducido).- SEGUNDO.- En fecha 08.10.1994, el BOP de Lugo publica edicto del Ayuntamiento de Meira acordando el concurso para la contratación de los servicios de conserjería y limpieza del centro sanitario de Meira, haciendo público el pliego de condiciones del correspondiente concurso.- TERCERO.- En fecha 09.11.1994 el pleno del Ayuntamiento de Meira acuerda, adjudicar definitivamente los servicios de conserjería y limpieza del centro sanitario local de Meira mediante concurso con reducción de Plazos a doña I.P.G. en la cantidad de 992.000 pesetas anuales.- CUARTO.- En fecha 11.11.1994 se celebra el contrato entre don F.G.L. en su calidad de Alcalde Presidente del Excelentísimo Ayto. de Meira y doña M.I.P.G., contrato que consta en el folio 9-A, 10-A y 11-A del ramo de prueba de la parte demandada y que damos aquí por reproducido.- QUINTO.- Doña I.P.G. presenta facturas con IVA cada mes para que el Ayuntamiento le abone los servicios prestados por la limpieza y conserjería del centro de Salud de Meira.- Doña I. en noviembre de 1994, se da de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y presenta también justificante de estar dada de alta en el RETA.- SEXTO.- El Ayuntamiento no ha cotizado por doña I. en el Régimen General de la Seguridad Social.- SÉPTIMO.- En fecha 24.02.2000 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Lugo levanta a la empresa Ayuntamiento de Meira las actas de liquidación nº 58, 59, 60, 61, 62 y 63/2000, en las que se reclama al Ayuntamiento las cotizaciones al Régimen General de la Seguridad Social que debería haber efectuado por doña I.P.G. y no realizó el Ayuntamiento, en concreto le reclama en el acta nº 58 el mes de noviembre y diciembre de 1994, en el acta nº 59, el año 1995, en el acta nº 60, el año 1996, en el acta nº 61, el

año 1997, en el acta nº 62, el año 1998 y en el acta nº 63, el año 1999, que obran en el expediente administrativo y que damos aquí por reproducidas.- OCTAVO.- Con fecha 17.03.2000 con entrada en el Registro de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, don R.F.V., alcalde presidente del Ayto. de Meira, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 21 de la L.R.B.R.L. presentó escrito de alegaciones contra dichas actas de liquidación.- NOVENO.- Al haberse solicitado informe ampliatorio sobre las actas de liquidación del Subinspector de Empleo y S.S. que formuló las actas, se le dio a la empresa vista y audiencia de los expedientes en su condición de alegante por plazo de 10 días, en los que podía alegar y probar nuevamente lo que estimase conveniente.- En fecha 05.05.2000 el Alcalde presidente del Ayuntamiento de Meira presentó alegaciones conjuntamente contra las actas de liquidación 58 a 63/2000, a través de un escrito de la Inspección de Trabajo el día 10.05.2000.- DÉCIMO.- El día 25.05.2000 la Jefatura de la Inspección de Trabajo y la S.S. y la Unidad Especializada en el Área de S.S. dictó resoluciones, notificándoselas al Ayuntamiento de Meira, que elevaba a definitivas las liquidaciones practicadas en las actas de liquidación 58, 59, 60, 61, 61 (sic) y 63/2000.- Contra dichas resoluciones el Ayuntamiento de Meira formuló recurso de alzada directamente ante el Jefe de la Unidad de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, como órgano competente, que resolvió estimar parcialmente el recurso de alzada y anular la resolución recurrida en los términos indicados en el Fundamento jurídico segundo que dice lo siguiente: “Al igual que hiciera en los trámites de alegaciones, el Concello de Meira fundamenta su recurso en la existencia de un contrato administrativo, correcto y válido, en su opinión tanto formal como materialmente, calificando en consecuencia la relación jurídica con la interesada como administrativa y estando la trabajadora correctamente encuadrada en el Régimen de autónomos y al corriente en las cotizaciones. Señala además que, en caso de concurrir las notas que configuran la presunción legal derivada del art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores –lo que niega expresamente- debería ser considerado empleador el SERGAS como titular del centro de salud donde la interesada desempeña sus funciones. Lo cierto es que la Ley de Procedimiento Laboral en su art. 149 atribuye a la jurisdicción social el conocimiento y la decisión sobre la naturale-

za laboral de la relación jurídica que ha sido objeto de la acción inspectora, que el Concello de Meira impugna con las alegaciones y pruebas que constan en el expediente. Procede en consecuencia anular la resolución que elevó a definitivas las actas de referencia y retrotraer los expedientes al momento procedimental oportuno para formular la demanda de oficio prevista en la citada Ley, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (BOE del 3 de junio)”. Planteada en el expediente..., se centra en determinar la naturaleza jurídica, laboral o mercantil de la relación a que ha sido objeto de la actuación de la Inspección de Trabajo. Frente a la naturaleza laboral que, según el Subinspector actuante se desprende de los hechos narrados en el texto del acta y de la documentación examinada, la empresa ha presentado alegaciones y pruebas que, en su opinión, confirman que la relación es de naturaleza mercantil. Se trata por tanto de una cuestión cuyo conocimiento corresponde a la autoridad judicial, de acuerdo con lo previsto en el art. 149 de la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que, con estimación del recurso de la empresa, procede anular las resoluciones de instancia, retrotrayendo las actuaciones al momento procedimental oportuno para interponer la demanda prevista en el citado texto legal”.- UNDÉCIMO.- En fecha 15.11.2000 don N.G.R., Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Unidad Especializada en el Área de la Seguridad Social, presenta demanda de oficio para que la Jurisdicción Social se pronuncie sobre la existencia o no de relación laboral entre el Ayuntamiento de Meira y doña I.P., para en su caso proseguir o no el procedimiento administrativo derivado de las actas de liquidación nº 58 a 63/2000.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don N.G.R., Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Unidad especializada en el Área de la Seguridad Social frente al Ayuntamiento de Meira, debo declarar y declaro que la relación entre doña I.G. y el Ayuntamiento referido es de carácter administrativo, no laboral”.

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 entablada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social declarando que la relación entre la Sra. G. y el Ayuntamiento demandado es de carácter administrativo y no laboral. Dicha resolución es recurrida por el Abogado del Estado que a través de un solo motivo denuncia la infracción del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores al considerar que la presunción de laboralidad no ha quedado, en este caso, desvirtuada por norma administrativa alguna que permita a la Corporación local demandada realizar la fórmula contractual recurrida por la Inspección de Trabajo, ya que la contratación por medio de concurso administrativo de los servicios de limpieza mencionados en el acta de inspección no constituye en modo alguno manifestación de servicio público, citando al efecto jurisprudencia del Tribunal Supremo y también de esta Sala.

Para la resolución de la cuestión debatida es preciso partir de los siguientes datos y circunstancias: a) El Ayuntamiento de Meira celebró pleno el día 30.09.1994 en el que se aprobó el pliego de condiciones administrativas del concurso para la contratación de los servicios de conserjería y limpieza del centro sanitario local de Meira (folios 1-A, 2-A, 3-A, 4-A, 5-A de la prueba del demandado y que damos aquí por reproducido).- En fecha 08.10.1994, el BOP de Lugo publica edicto del Ayuntamiento de Meira acordando el concurso para la contratación de los servicios de conserjería y limpieza del centro sanitario de Meira, haciendo público el pliego de condiciones del correspondiente concurso.- En fecha 09.11.1994 el pleno del Ayuntamiento de Meira acuerda, adjudicar definitivamente los servicios de conserjería y limpieza del centro sanitario local de Meira mediante concurso con reducción de Plazos a doña I.G. en la cantidad de 992.000 pesetas anuales.- En fecha 11.11.1994 se celebra el contrato entre don F.G.L. en su calidad de Alcalde Presidente del Excelentísimo Ayto. de Meira y doña M.I.P.G., contrato que consta en el folio 9-A, 10-A y 11-A del ramo de prueba de la parte demandada y que damos aquí por reproducido; b) La Sra.G. en noviembre de 1994 se da de alta en el impuesto de actividades económicas y presenta también justificante de estar de alta en el RETA; y c) En fecha 24.02.2000 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Lugo levantó a la empresa Ayuntamiento de Meira las actas

de liquidación nº 58, 59, 60, 61, 62 y 63/2000, en las que se reclama al Ayuntamiento las cotizaciones al Régimen General de la Seguridad Social que debería haber efectuado por doña I.P.G. y no realizó el Ayuntamiento, en concreto le reclama en el acta nº 58 el mes de noviembre y diciembre de 1994, en el acta nº 59, el año 1995, en el acta nº 60, el año 1996, en el acta nº 61, el año 1997, en el acta nº 62, el año 1998 y en el acta nº 63, el año 1999, que obran en el expediente administrativo y que damos aquí por reproducidas.- Con fecha 17.03.2000 con entrada en el Registro de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, don R.F.V., alcalde presidente del Ayto. de Meira, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 21 de la L.R.B.R.L. presentó escrito de alegaciones contra dichas actas de liquidación.- Al haberse solicitado informe ampliatorio sobre las actas de liquidación del Subinspector de Empleo y S.S. que formuló las actas, se le dio a la empresa vista y audiencia de los expedientes en su condición de alegante por plazo de 10 días, en los que podía alegar y probar nuevamente lo que estimase conveniente.- En fecha 05.05.2000 el Alcalde presidente del Ayuntamiento de Meira presentó alegaciones conjuntamente contra las actas de liquidación 58 a 63/2000, a través de un escrito de la Inspección de Trabajo el día 10.05.2000.- El día 25.05.2000 la Jefatura de la Inspección de Trabajo y la S.S. y la Unidad Especializada en el Área de S.S. dictó resoluciones, notificándoselas al Ayuntamiento de Meira, que elevaba a definitivas las liquidaciones practicadas en las actas de liquidación 58, 59, 60, 61, 61 (sic) y 63/2000.- Contra dichas resoluciones el Ayuntamiento de Meira formuló recurso de alzada directamente ante el Jefe de la Unidad de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, como órgano competente, que resolvió estimar parcialmente el recurso de alzada y anular la resolución recurrida en los términos indicados en el Fundamento jurídico segundo que dice lo siguiente: "Al igual que hiciera en los trámites de alegaciones, el Concello de Meira fundamenta su recurso en la existencia de un contrato administrativo, correcto y válido, en su opinión tanto formal como materialmente, calificando en consecuencia la relación jurídica con la interesada como administrativa y estando la trabajadora correctamente encuadrada en el Régimen de autónomos y al corriente en las cotizaciones. Señala además que, en caso de concurrir las notas que configuran la presunción legal derivada del art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores -lo que niega expresamente-

debería ser considerado empleador el SERGAS como titular del centro de salud donde la interesada desempeña sus funciones. Lo cierto es que la Ley de Procedimiento Laboral en su art. 149 atribuye a la jurisdicción social el conocimiento y la decisión sobre la naturaleza laboral de la relación jurídica que ha sido objeto de la acción inspectora, que el Concello de Meira impugna con las alegaciones y pruebas que constan en el expediente. Procede en consecuencia anular la resolución que elevó a definitivas las actas de referencia y retrotraer los expedientes al momento procedimental oportuno para formular la demanda de oficio prevista en la citada Ley, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo (BOE del 3 de junio)". Planteada en el expediente..., se centra en determinar la naturaleza jurídica, laboral o mercantil e la relación a que ha sido objeto de la actuación de la Inspección de Trabajo. Frente a la naturaleza laboral que, según el Subinspector actuante se desprende de los hechos narrados en el texto del acta y de la documentación examinada, la empresa ha presentado alegaciones y pruebas que, en su opinión, confirman que la relación es de naturaleza mercantil. Se trata por tanto de una cuestión cuyo conocimiento corresponde a la autoridad judicial, de acuerdo con lo previsto en el art. 149 de la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que, con estimación del recurso de la empresa, procede anular las resoluciones de instancia, retrotrayendo las actuaciones al momento procedimental oportuno para interponer la demanda prevista en el citado texto legal".- 11º) En fecha 15.11.2000 don N.G.R., Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Unidad Especializada en el Área de la Seguridad Social, presenta demanda de oficio para que la Jurisdicción Social se pronuncie sobre la existencia o no de relación laboral entre el Ayuntamiento de Meira y doña I.P., para en su caso proseguir o no el procedimiento administrativo derivado de las actas de liquidación nº 58 a 63/2000."

La sentencia de instancia considera que la relación que unía a la Sra. G. con el Ayuntamiento desde el 10.11.1994 al 11.11.1999 era de carácter administrativo, al ser aquella la adjudicataria del contrato administrativo para la limpieza y conserjería del centro sanitario de Meira, ya que – añade – así se desprende del propio contrato administrativo; la contratación se hizo a través de un concurso público y, según la condición núm. 8 del pliego de condiciones, la Sra. G. tuvo que

darse de alta en el impuesto sobre actividades económicas y en el RETA, depositando fianza al inicio de la contratación y asumiendo el riesgo y ventura del mismo.

SEGUNDO.- Supuesto análogo al de autos han sido reiteradamente examinados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por diversos Tribunales Superiores de Justicia proclamando que la determinación de si una relación tiene naturaleza laboral o administrativa no depende, ni de como la denominen las partes, ni de la resolución administrativa que así lo proclame, sino que han de ser los órganos judiciales quienes han de determinar la naturaleza de aquélla, al no existir inicialmente diferencia de contenido esencial entre la prestación de servicios a la empresa privada y a los Entes de Derecho Público, ni tampoco impedimento para que éstos utilicen el Derecho Laboral o Administrativo para contratar dichos servicios, por lo que la Administración puede acudir a cualquiera de los sistemas siempre que para ello esté facultada por la Ley, de ahí que la presunción de laboralidad que establece el art. 8 del ET (RCL 1980\607 y ApNDL 3.006) puede resultar desvirtuada cuando de los términos del contrato aparezca sujeto al Derecho Administrativo y conste claramente la voluntad de las partes de someterse al mismo. No resulta por ello elemento distintivo para aplicar o excluir una determinada legislación, el que concurren las características de una relación de trabajo, pues suelen ser comunes a toda contratación que tenga por objeto una prestación de servicios, ni tampoco constituye siempre un elemento definidor de la relación jurídica en cuestión, el carácter del servicio prestado, pues si es diferenciador cuando la actividad es específicamente administrativa, lo es menos cuando los servicios no tienen dicha naturaleza, y así el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 marzo 1990 (RJ 1990\2.051) señala que cuando los servicios de la Administración Pública no tienen carácter material, prevalece el carácter administrativo del vínculo jurídico; en supuesto contrario hay que analizar las circunstancias del caso para determinar la adscripción a una u otra normativa.

La Sala ha entendido en múltiples sentencias en que se analizan supuestos análogos al de Autos (31 enero y 26 noviembre 1992 [AS 1992\243 y AS 1992\3.345]; 10 junio 1993 [AS 1993\2.925] 18 julio 1994 [AS 1994\2.852]) 14 de agosto de 1996 (AS 1996\2.752) que la adjudicación de un servicio de limpieza en los

términos en que se ha verificado en autos por parte del Ayuntamiento demandado no encaja en un supuesto de contratación administrativa pese a haberse observado las formalidades de concurso y adjudicación; la conclusión a la que se llega en las referidas sentencias es que el servicio así adjudicado por vía de concurso entraña una ficción para encubrir una verdadera relación laboral, lo que resulta perfectamente aplicable al supuesto de autos pues los servicios concertados, conserjería y limpieza del Centro sanitario local de Meira, adjudicados mediante concurso a la codemandada por un importe de 992.000 ptas. anuales, cuantía ligeramente superior al salario mínimo legal y la exigencia de unas formalidades cuales son la obligación de alta como trabajador autónomo, que ni siquiera son previas a tomar parte en el concurso, sino impuestas para el futuro, viene a confirmar que lo que se contrata es exclusivamente a una persona que realice las funciones en cuestión, pues tanto para las de conserje como para las de limpieza, la aportación de materiales viene a resultar meramente anecdótica y no consta tampoco que la actora hiciese uso de la facultad de sustitución personal que le permitía la adjudicación, lo que también resultaría cuando menos insólito, teniendo en cuenta la cuantía de la adjudicación, en definitiva la contratación en cuestión no puede tener otra calificación que la de una relación laboral común.

Excluida la relación contractual que se cuestiona en el debate, del campo administrativo, su régimen jurídico no puede ser otro que el legislativo laboral y, más concretamente, el art. 1.º del Estatuto de los Trabajadores, o si se quiere, acudiendo a la presunción establecida en el art. 8.º del propio Texto Legal,

por concurrir en el caso enjuiciado todos los requisitos impuestos por los citados preceptos para la existencia del contrato de trabajo, y sin que obste a ello la afiliación de la actora en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ni el alta en la Licencia Fiscal y Actividades Económicas, al venir éstas impuestas en los pliegos de condiciones del contrato adjudicado a la codemandada, ya que estas circunstancias, en modo alguno, pueden servir para desnaturalizar la relación jurídico-laboral, porque tal imposición, como ha declarado la citada Sentencia de esta Sala de 26 noviembre 1992 “supone un burdo fraude de ley prohibido por el art. 6.4 del Código Civil y con el que se ha pretendido excluir la aplicación de normas imperativas sobre las diversas contingencias de Seguridad Social, al contratar así servicios laborales en oferta pública y al más bajo precio posible, en actitud que claramente contraría las obligaciones de todo orden que corresponden a la Administración Pública”. En consecuencia, y por todo lo expuesto procede estimar el recurso de suplicación formulado y revocar la resolución recurrida.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don N.G.R., Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la Unidad Especializada en el Área de Seguridad Social contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Lugo y con revocación de la sentencia de instancia, debemos estimar y estimamos la petición deducida en el escrito rector, declarando que la relación que une a doña I.P.G. con el Concello de Meira es de carácter laboral.