

SENTENCIAS E AUTOS

DERI
SOC
REVISTA
GAI FGA

3317 **Recurso nº 5.875/01**

S.S. DESPEDIMENTO. INDISCIPLINA E DESOBEDIENCIA. CONSTITÚEN CAUSA PARA A EXTINCIÓN DO CONTRATO POR VONTADE DO TRABALLADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

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

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. 5875/01 interpuesto por doña M.I.F.F. 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.I.F.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "A.I.M.E.N." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 488/01 sentencia con fecha veinticinco de septiembre 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:

"I.- Doña M.I.F.F., mayor de edad, con D.N.I..., viene prestando servicios por cuenta de "A.I.M.E.N.", desde el 16.01.96, como limpiadora en el centro de trabajo de ..., a medio de contrato a tiempo parcial de 20 h. semanales, que prestaba lunes, miércoles y viernes./ II.- Con fecha 04.07.01 la actora recibió carta de despido que, dada su extensión y al estar unida a autos, se tiene por reproducida./ III.- La demandante había recibido las instrucciones señaladas en la carta de cese - que se dan por reproducidas al obrar en autos -, negando-

se a limpiar la nave, aulas y salón de actos, por considerar que era una labor a la que no venía obligada, recibiendo las cartas de sanción, presentando demanda de impugnación el 31.07.01 que recayó en este Juzgado, siendo citada a juicio oral para el próximo 06.11.01./ IV.- El día 2 de julio la actora, según instrucciones entregadas el 18.06.01, tenía que limpiar y fregar la nave de ensayos y las aulas 1 y 2, lo que no hizo; en dichas aulas se estaban utilizando cursos de formación./ V.- En ocasiones la empresa encargó a la actora la limpieza de aulas fuera de la jornada habitual, abonándole por ello fuera de nómina una gratificación. Para la limpieza del salón de actos en otras ocasiones la empresa contrató una empresa de limpieza./ VI.- Se intentó, sin avenencia el acto de conciliación ante el SMAC”.

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

“FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda de doña M.I.F.F., declarando procedente el despido de que fue objeto el 04.07.01, absolviendo a “A.I.M.E.N.”, de las pretensiones contenidas 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 desestimó la demanda y declaró procedente el despido, interpone recurso de suplicación la parte actora, pretendiendo como primer motivo, y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto el ordinal 5º, a fin de que se adicionen dos nuevos párrafos del tenor literal siguiente: “I. Según se desprende de prueba que consta en autos, “Las tareas de limpieza del salón de actos y aulas sólo se realizaban cuando se impartían clases o cursos de formación. Dichos cursos eran subvencionados por la Xunta de Galicia”. “II. Por los mismos hechos que narra la carta de despido se sigue procedimiento de sanciones que a fecha del acto de juicio oral aún está pendiente de resolución judicial”. Adición que se rechaza, al no aportarse documento que, de modo directo y evidente demuestre la equivocación de la Juzgadora, tratando de hacer una nueva valoración de la prueba ya practicada y valorada en

la instancia, remitiéndose a la prueba de confesión y testifical, medios no idóneos a efectos revisorios, (arts. 191.1.b y 194.3 de la L.P.L.).

SEGUNDO.- Como segundo motivo - sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida -, y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción por interpretación errónea o aplicación indebida del art. 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, alegando fundamentalmente, que no había incurrido en desobediencia, pues no venía obligada a realizar el trabajo que se le encomendaba, al no ser éste el convenido, y que cuando realizó dichas tareas lo fue como horas extraordinarias, que son de voluntaria aceptación, y que estos hechos ya fueron objeto de sanción que fue impugnada judicialmente y estaban pendientes de resolución.

Para una más acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta: A) de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial, para que la disciplina y desobediencia constituyan justa causa de despido, ha de tener carácter grave, trascendente y justificado (sentencias del T.S. de 28.03.85, 27.11.86, 31.03 y 26.05.87, 5 y 19.12.88, 24.02.90 y 21.01.91 entre otras muchas), manifestándose la desobediencia como una resistencia persistente y reiterada al cumplimiento de las órdenes del empresario, o de sus representantes, que caigan dentro del ejercicio normal y regular de sus facultades de organización y dirección, (art. 1, 5.1.c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores), y sin que se trate de un mandato arbitrario o abusivo de derecho, (sentencia del T.S. de 25.02.87 y 28.11.89), o bien que comporte un menoscabo de la dignidad de la persona, (sentencia del T.S. de 27.02.81) o en el que concurren circunstancias de peligrosidad o ilegalidad que justifiquen la negativa a su cumplimiento. B) Que la base o fundamento jurídico del llamado poder de dirección del empresario esta en el contrato de trabajo, se asienta en las notas de ajeneidad e independencia propias del mismo, responde a una indiscutible necesidad técnica u organizativa de la empresa y engendra un verdadero deber de obediencia en el trabajador. Se trata no solo de un deber básico de obediencia, al que se refiere el art. 5.c) del E.T., en cuanto sometimiento al ejercicio regular de las facultades directivas empresariales, sino, fundamentalmente, del antecedente deber básico de buena fe (art. 5.a) E.T.), que exige cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, lo cual tiene por finalidad ade-

cuar la relación laboral a la finalidad económica del contrato de trabajo, pues de otro modo se destruirá el equilibrio sinalagmático del contrato; C) se entiende por tanto que haya desobediencia - en su caso indisciplinada - cuando el trabajador incumple las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, determinadas bien por las normas laborales aplicables, bien por las órdenes e instrucciones que emanen legítimamente del poder de dirección del empresario. Cuando estas órdenes o instrucciones se enmarcan dentro del Contrato de Trabajo, existe la presunción "iuris tantum" de que son legítimas y de ahí la regla general que obliga a obedecerlas, sin perjuicio de impugnarlas cuando se estiman lesivas o abusivas, salvo que concurran determinadas circunstancias - aquí la excepción - de peligrosidad, ilegalidad, ofensa a la dignidad del trabajador u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa, teniendo bien presente que las órdenes de servicio se refieren no solo a los debidos con arreglo al contrato y categoría profesional, sino también aquellos que se vinieran prestando "desde siempre" (St. T.C.T. 23.enero.82, así como de esta Sala de 19.abril.94 rec. 1.089/94).

Del inatcado relato fáctico de hechos probados de la sentencia, se desprende: 1º) la actora ha venido prestando servicios por cuenta de la A.I.M.E.N. desde el 16.01.96, como limpiadora, en el centro de trabajo de ..., en virtud de contrato concertado a tiempo parcial, al amparo del R.D. 2.546/94, con jornada de 20 h. semanales, que prestaba los lunes, miércoles y viernes, siendo el objeto del mismo, prestar los servicios de limpieza del edificio e instalaciones nuevas que precisan de limpieza especial e intensa, en una primera etapa. 2º) El día 2 de julio habiéndosele dado instrucciones, que le fueron entregadas por escrito, para que limpiara y fregara la nave de ensayos y las aulas 1 y 2, cuando en dicha aulas se estaban realizando cursos de formación, no lo hizo, habiendo sido ya advertida y sancionada en tres ocasiones por el incumplimiento de tales órdenes, en el último mes. 3º) En ocasiones cuando la empresa le encargó la limpieza de las aulas, fuera de la jornada habitual, le abonó una gratificación, y en ciertas ocasiones para limpieza del salón de actos, se contrató a una empresa de limpieza.

Esto sentado, no ofrece duda a esta Sala, que la negativa de la actora, a prestar sus servicios de limpieza, no obstante el requerimiento escrito que se le hizo el día 2 de julio de 2001, constituye sin duda, la desobediencia

o indisciplina en el trabajo, prevista como causa de despido en el art. 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores, sin que exista justificación por parte de la trabajadora para tal negativa, y ello por las siguientes razones: A) la orden se enmarca claramente en el contrato de trabajo, se trata de tareas propias de su categoría, y se realizan dentro de la jornada ordinaria, todas estas circunstancias dotan a la orden de una presunción de legitimidad, por lo que en principio debe ser obedecida, sin perjuicio de su posterior impugnación, si se entendiese lesiva, B) no concurren circunstancias de peligrosidad, ni de ofensa a la dignidad de la persona, y en cuanto a su supuesta ilegalidad, no puede fundamentarse en la imposición de horas extraordinarias, porque nada se prueba sobre un exceso respecto de la jornada establecida, pues, aún cuando en ocasiones la empresa ofertó hacer la limpieza fuera de jornada, al tratarse de horas extras, se las pagó como tales, abonándole una gratificación fuera de la nómina. C) La indisciplina de la actora carece de toda justificación y tiene gravedad y culpabilidad suficiente para justificar el despido, al infringirse el deber de la buena fe y diligencia debida, dado que la empresa en todo momento impartió las órdenes por escrito, negándose la trabajadora a hacer las tareas encomendadas, siendo reiterante en tal negativa, habiendo sido sancionada tres veces en el último mes, (fundamentación jurídica con valor de hecho probado), y sin que pueda aplicarse la denominada teoría gradualista en cuanto a la sanción, pues, concurren los requisitos de gravedad y culpabilidad y, calificada la falta como muy grave, es facultad empresarial aplicar cualquiera de las sanciones prevista para cualquiera de los supuestos, entre ellas la de despido, que no puede ser sustituida por el Juzgador con otra sanción distinta, (según establece el Tribunal Supremo, últimamente en unificación de doctrina sentencia de 11.10.93 R. 9.065).

Lo expuesto conduce a desestimar el recurso y a confirmar el fallo que se combate.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.I.F.F., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Vigo, de fecha veinticinco de septiembre de dos mil uno, dictada en autos núm. 488/01 seguidos a instancia de doña M.I.F.F. contra A.I.M.E.N. sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3318 Recurso nº 2.561/98

S.S. ACCIDENTE DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN POR DANOS E PERXUICIOS. LESIÓNS PERMANENTES NON INVALIDANTES. PRESCRIPCIÓN DA ACCIÓN ANUAL. *DIES A QUO*: CALIFICACIÓN POLA DIRECCIÓN PROVINCIAL DO INSS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a nueve de enero de dos mil dos.

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. 2561/98 interpuesto por don M.M.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.M.C. en reclamación de ACCIDENTE (INDEMNIZACIÓN) siendo demandado la Empresa "C.H.S., S.L." y la entidad "L.A.E., S.A.S.R." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 105/98 sentencia con fecha dos de abril de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"PRIMERO.- El actor don M.M.C., vino prestando servicios para la Empresa "C.H.S., S.L." desde el 28.03.96, con la categoría profesional de Oficial 1ª y percibiendo un salario mensual de 141.223.- ptas. incluida prorrata de pagas extras.- SEGUNDO.- El día uno de abril de 1996 mientras prestaba servicios para la citada empresa, el actor sufrió un accidente al caerse junto con otro compañero S.S.I., desde lo alto de un andamio que ambos estaban montando, en la obra de acondicionamiento de la margen derecha del río Miño, entre los puentes Nuevo y Romano de esta ciudad,

desde una altura de seis metros. En el momento del accidente el andamio estaba sin anclar al muro y apoyado en varios tablones superpuestos, sin sujeción entre ellos y careciendo de puntos de amarre o cable fijador sujeto al muro para poder enganchar los cinturones de seguridad.- TERCERO.- A consecuencia del citado accidente el actor sufre las siguientes secuelas: Hombro izquierdo: abducción del 90°. Codo izquierdo: déficit de 35° en extensión. Déficit de 20° en flexión. A nivel radiológico existe calcificaciones y osificación para epicondilea y para epitroclea.- CUARTO.- La empresa demandada tenía concertado en el momento de producirse el accidente una póliza con la Compañía "L.A.E., S.A.S.R.", de responsabilidad civil.- QUINTO.- En fecha 27.01.98 el actor presentó papeleta de Conciliación ante la Empresa demandada, celebrándose Acto de Conciliación Sin Avenencia con efectos de 10.02.98. En fecha 20.02.98, presentó papeleta de conciliación contra la Compañía Aseguradora demandada, celebrándose el Acto con resultado Sin Efecto. El actor presentó demanda en fecha 13.02.98".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda formulada don M.M.C., contra la Empresa "C.H.S., S.L." y contra la Entidad "L.A.E., S.A.S.R.", debo absolver y absuelvo a las demandadas se las pretensiones ejercitadas contra ellas por el actor".

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 prescripción, por haber transcurrido mas de un año desde el accidente laboral sufrido por el trabajador (1 de abril de 1996), y el de la presentación de la demanda de conciliación (27 de enero de 1998), desestimó la demanda, sobre reclamación de indemnización derivada de accidente de trabajo, a fin de que solidariamente se condenara a las demandadas "C.H.S., S.L." y la Entidad "L.A.E., S.A.S.R." a abonar al actor la cantidad de 7.000.000 pts. incrementados en un 20% de interés anual desde la fecha del siniestro en concepto de indemnización por

secuelas. Decisión judicial que es recurrida por la parte actora, pretendiendo, como primer motivo de recurso y adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se incorpore un nuevo ordinal, que se señala como tercero (modificando la numeración de hechos probados) del tenor literal siguiente: “TERCERO.- El actor permaneció en situación de I.T. y con fecha 9 de junio de 1997 (notificada al actor con registro de salida de fecha 01.07.97) el Director Provincial del I.N.S.S. Orense, previa revisión el día 05.06.97 de la comisión de Evaluación de Incapacidades del I.N.S.S. efectuada al actor tras cesar en situación de I.T., le declara afecto de lesiones no invalidantes y que suponen una disminución o alteración de su integridad física”. Adición que se acepta al estar acreditada por la documental (folios 7 y 8 de los autos).

SEGUNDO.- Como segundo motivo, -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción del art. 59.1 y 2 del E.T., 3.1 y 1969 del Código Civil, en relación con los principios generales del derecho “Pro accidentado” y “Pro operario”, así como distinta doctrina de suplicación, que cita y se tienen por reproducida, alegando fundamentalmente: que el “dies a quo” para el arranque del término prescriptivo de un año a que se refiere el art. 59 del estatuto, ha de situarse en el día en que la acción pudo ejercitarse y en concreto tratándose de lesiones desde el momento en que se conocieron de modo definitivo los efectos derivados del accidente padecido según el parte de alta médica y la declaración de incapacidad permanente; entendiéndose que en el caso objeto de la litis ha de situarse en el 1 de julio de 1997, fecha de la resolución administrativa, en que se declaró al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables por baremo; por lo que al haberse presentado demanda de conciliación con fecha 27 de enero de 1998, no habría transcurrido el plazo prescriptivo a que se refiere el artículo citado., solicitando en consecuencia, que con estimación del presente recurso y desestimando la excepción de prescripción, se anule la sentencia y con remisión de los autos al juzgado de procedencia se dicte una nueva resolución entrando a conocer sobre el fondo del asunto.

Constituye el objeto del recurso, dilucidar si, en supuestos como los aquí contemplados, en los que un accidente laboral que da lugar a la declaración de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables con baremo, el

cómputo del año que como período de prescripción para el ejercicio de la acción indemnizatoria prevé el art. 59 del E.T. debe iniciarse a partir del día del accidente o si el inicio de tal cómputo ha de tener lugar a partir del momento en que el actor es dado de alta, recayendo resolución del I.N.S.S. declarativa de invalidez permanente con lesiones no invalidantes.

Llegando a la conclusión esta Sala -de conformidad con el criterio sentado en la sentencia de este mismo Tribunal, de 21 de abril de 1994 (Rec. nº 3.335-3.814/92)- que aun cuando en la presente litis se entienda ejercitada una acción derivada del contrato de trabajo y demandada la responsabilidad contractual que dispone el art. 1101 del C.C., no cabe entender prescrita la acción de autos pues el cómputo del plazo “dies a quo” ha de hacerse no desde la fecha del evento dañoso o accidente, sino desde el momento en que recayó la resolución administrativa que declaró la invalidez, y ello por las siguientes consideraciones:

A) En primer lugar, nos parece muy discutible la oportunidad de aplicar el art. 59.1 ET y su mandato de que “las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación”, siendo así que para la exigencia de responsabilidad civil tarifada -responsabilidad prestacional simple y con recargo por infracción de medidas de seguridad, el propio legislador ha dispuesto el específico plazo de cinco años (art. 54 L.G.S.S.), por lo que en función de ello la Sala no acierta a entender razonable que la restante exigencia de responsabilidad civil haya de prescribir en plazo diverso e inferior, de manera que bien pudiera significar el citado art. 54 L.G.S.S. el “plazo especial” al que contempla como excepción el cuestionado art. 59.1 ET.

B) En segundo término y aún supuesta la operatividad del art. 59.1 ET, tampoco resulta acorde a los criterios hermeneúticos consagrados por el art. 3.1 CC., al argumento “ab absurdum” y al tradicional principio “pro accidentado”, el interpretar aquel precepto en forma desligada del art. 1.969 CC y de su precepto respecto a que “el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, puesto que la solución literal que la sentencia recurrida sostiene lleva a la desafortunada consecuencia de entender inviables las indemnizaciones por daños personales en supuestos de que el alta médica sea posterior

en un año a la finalización del contrato de trabajo, habida cuenta de que la demanda interpuesta tras el alta lo sería con la acción prescrita (tesis de instancia) y la que se presentase antes de tal hecho —es decir, antes de que consten las definitivas secuelas— necesariamente habría de tener naturaleza declarativa y hallarse prácticamente vacía de contenido, teniendo el adicional inconveniente de la escasa operatividad de tal tipo de acciones en el proceso laboral y de la imposibilidad de reservar la determinación del importe de la condena para ejecución de sentencia (art. 99 TALPL).

C) En tercer lugar, la doctrina jurisprudencial dictada a propósito del “dies a quo” en la responsabilidad aquiliana se nos presenta de indudable aplicación a la responsabilidad contractual, siendo así que la línea argumental descansaría en la misma regla lógica que el art. 1.969 CC consagra, esto es, la de que no puede decaer por no uso la acción cuyo presupuesto de hecho todavía no se halla configurado.

D) Esa razonable disposición del art. 1.969 también podría relacionarse con la más reciente doctrina jurisprudencial dictada para la unificación de la doctrina y relativa a accidentes de trabajo, en la que el Tribunal Supremo ha sentado el criterio de que le hecho causante no coincide con el evento dañoso sino con la consolidación de las secuelas, momento que a falta de específica prueba ha de situarse en la fecha de dictamen de la UVMI o en la del alta médica por curación, al resultar perfectamente diferenciables la aparición del agente lesivo y la objetivación de la lesión como invalidante o indemnizable (así, las Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de 26.noviembre.91 Ar. 8.274, 3.abril.92 Ar. 2.594, 27.mayo.92 Ar. 3.612, 8.junio.92 Ar. 4.537, 26.febrero.93 Ar. 2.251 y 22.abril.93 Ar. 3.348), si bien dicha doctrina ha sido matizada o, puesta en tela de juicio por sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo del 2000.

E) Sin que pueda desconocerse la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en distintas sentencias entre otras de 12 de febrero y 6 de mayo de 1999 (Rec. n.º. 1.494/98 y 2.350/1997)- que al hablar de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional señala: “que el día inicial a los efectos prescriptivos no puede fijarse con carácter general en el momento de ocurrir el evento que ocasionó la muerte o cuando se archivaron las diligencias penales, pues el plazo arranca, de acuerdo con el art. 1.969 del C.C. en el día en que las

acciones pudieron ejercitarse, teniendo en cuenta en cada supuesto las distintas vías jurisdiccionales que se utilizaron para lograr una indemnización global dirigida a resarcir el daño en su integridad”.

Por lo que en aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos, el “dies a quo” ha de situarse el día 1 de julio de 1997, fecha en que por el Director Provincial del I.N.S.S. de Orense se dictó resolución declarando al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables por baremo, por lo que al haber presentado la papeleta de conciliación ante el SMAC con fecha 27 de enero de 1998, se ha de entender que el derecho a posible indemnización por responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo, no ha transcurrido por el transcurso de tiempo. Y en consecuencia, al no haberlo entendido así el Magistrado de instancia, procede, declarar la nulidad de la actuaciones con remisión de los autos al juzgado de procedencia a fin de que, por el Juez “a quo” y con libertad de criterio se dicte una nueva resolución entrando a resolver sobre el fondo del asunto.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don M.M.C. contra la sentencia de fecha dos de abril de mil novecientos noventa y ocho, dictada por el Juzgado de lo Social número UNO de Ourense, en proceso promovido por el demandante frente a la Empresa “C.H.S., S.L.” y la entidad “L.A.E., S.A.S.R.”, sobre Indemnización por Accidente, revocamos el pronunciamiento efectuado en instancia sobre la prescripción que había sido alegada, y anulamos la resolución al objeto de que por el “Magistrado a quo” y con plena libertad de criterio se dicte una nueva resolución entrando a conocer la cuestión de fondo planteada.

3319 Recurso n.º 5.912/01

S.S. DESPEDIMIENTO: RESPONSABILIDAD DA NOVA EMPRESA CONTRATISTA DE SEGURIDADE. SUBROGACIÓN ENTRE A ANTERIOR E A POSTERIOR CONTRATISTA. ALCANCE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a quince de enero de dos mil dos.

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 5.912/01, interpuesto por el Letrado don V.J.P., en nombre y representación de "S.S.E., S.A." contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 523/01 se presentó demanda por don R.J.C.L., sobre DESPIDO, frente a las empresas "S.S.E., S.A." y "G.C.S., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 18 de septiembre 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 inicia su relación laboral con la codemandada "G.C.S., S.A." el día 13 de mayo de 1993, mediante contrato de obra determinada, centro de trabajo de "T.", ..., con la categoría de Vigilante Jurado. Con fecha 01.12.97, el contrato de obra suscrito entre las partes el 26.04.96, que no se aporta, se transforma en indefinido por acuerdo de ambas. Segundo.- Con fecha 28 de mayo de 2001 la empresa comunica al actor que con motivo de la finalización del contrato para la vigilancia con la empresa "T.", causa baja "C." el día 31 de mayo de 2001, quedando subrogado en la nueva adjudicataria del servicio "S.", con efectos 1 de junio siguiente. Igualmente, con fecha 31 de mayo, esta última empresa comunica al actor su negativa a la subrogación en el contrato de trabajo por entender que no ha desempeñado funciones de Vigilante de Seguridad en las instalaciones del cliente "T." y, en cualquier caso, nunca en el período de los últimos siete meses ininterrumpidos. Tercero.- Con fecha 31 de agosto de 1999, "T." y "C." suscriben contrato de arrendamiento de servicios de seguridad, de vigilancia y protección para los centros de trabajo de la primera en las Comunidades de Galicia y Asturias. Dicho servicio se inicia el 1 de julio de 1999. En reunión entre las empresas citadas de fecha 22.07.99, se acuerda creación de la figura de Responsable/Coordinador

para el territorio contratado, como responsable directo de todos los servicios de vigilancia y único interlocutor válido para "T.". Se hace distinción en dicha reunión entre personal en tareas de vigilancia y el coordinador señalado. Con fecha 11 de agosto, "C." comunica a "T." el nombramiento del actor como tal Coordinador. Igualmente señala que sustituye en las funciones de Inspección a don J.L.L.C., en la realización de las Inspecciones en los centros de "T." en La Coruña. "T." comunica a "C." la finalización del contrato el día 31 de mayo de 2001, contrato que se adjudica a "S.". Cuarto.- "T." y "S.S.I., S.A." suscriben idéntico contrato que el anterior para la misma zona de Galicia y Asturias, con efectos de 1 de julio de 2001. En el citado contrato se hace expresa referencia a la existencia de la figura del Coordinador, al igual que en la contratación finalizada. Quinto.- El día 28 de mayo, "C." comunica a "S." la relación de trabajadores que han de resultar afectados por la subrogación, con las circunstancias personales de cada uno exigidas en el Convenio Colectivo. En la citada relación se incluye al actor. El 29 de mayo "S." comunica a "C." el rechazo en la subrogación del contrato del actor por no reunir el requisito de antigüedad establecido en el art. 14 del Convenio. Posteriormente amplían la causa de la negativa a la realización del actor de las funciones de Vigilante de Seguridad, siendo un Coordinador del servicio. Sexto.- El actor figura en nómina con la categoría de Vigilante de Seguridad, percibe un salario mensual prorrateado de 152.942' pts., además, percibe unos plus extrasalariales de peligrosidad y vestuario que complementan su haber mensual a la cantidad de 187.102' pts., señalada en la demanda. Séptimo.- El art. 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, de 22 de mayo de 1998, señala lo siguiente: "... Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado. Asimismo,

procederá la subrogación cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincidan, aunque aquélla sea inferior a siete meses. Igualmente, procederá la subrogación cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO. Que estimando la demanda formulada por don R.J.C.L., declaro la improcedencia de su despido y condeno a la empresa “S.S.E., S.A.” a que, a su elección, que ha de efectuarse en el plazo de cinco días, lo readmita en su puesto y condiciones de trabajo o lo indemnice con la cantidad de 1.847.850 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 560.780 pesetas, absolviendo de los pedimentos de la demanda a la empresa “C.S., S.A.”. Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la empresa codemandada “S.S.E., S.A.”, 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 empresa codemandada condenada en instancia anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas y, en concreto, se denuncia la aplicación indebida del artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, BOE de 11.06.98, donde se establece lo siguiente de interés:

“Dadas las especiales características y circunstancias de la actividad, que exigen la movilidad de los trabajadores de unos a otros puestos de trabajo, este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo, con clara diferenciación entre subrogación de servicios de vigilancia y/o de transportes de fondos, en base a la siguiente normativa: A) Servicios de Vigilancia. Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de аренда-

miento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en la que la subrogación se produzca, incluyendo en dicho periodo de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado. Asimismo, procederá la subrogación cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincidan, aunque aquélla sea inferior a siete meses. Igualmente, procederá la subrogación cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio. B) ...”.

Tanto el trabajador demandante como la empresa codemandada absuelta en instancia, se oponen a la interposición del recurso de suplicación, adhiriéndose a los argumentos de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Sostiene la parte recurrente la tesis, impugnada por las recurridas, de la inaplicación del mecanismo subrogatorio al trabajador por no realizar las funciones de vigilante de seguridad, sino las de responsable coordinador del territorio objeto de la contrata con la empresa principal, y, a juicio de la Sala, esta tesis no puede ser admitida, compartiendo, a estos efectos, los atinados razonamientos del juez de instancia: de un lado, la norma convencional extiende el efecto subrogatorio a todos los trabajadores sujetos a las contrataciones de servicios de vigilancia, sea cual sea su categoría profesional, y, de otro lado, el responsable coordinador del territorio es una figura vinculada a la contrata de seguridad con la empresa principal, cuya existencia ésta ha exigido, tanto a la contratista saliente como a la entrante, dentro de los medios humanos fijados para los servicios de vigilancia en dicha contrata de seguridad. Efectivamente, no ofrece duda, a la vista de los incombados hechos probados, la exigencia de la empresa principal, a sus empresas contratistas de seguridad, de un responsable coordinador del territorio con la doble función de ser responsable directo de los servicios de vigilancia y de ser interlocutor válido frente a la empresa principal, doble función incluida en la contrata y, aún más, incluida en los servicios de vigilancia objeto de la contrata, esto es, las funciones del

trabajador son auténticas funciones de vigilancia, aunque sean funciones a nivel de coordinación, no de realización directa, lo cual explica que, en la nómina del trabajador, siga constando como categoría profesional la de vigilante de seguridad. Dicho en otras palabras, no estamos ante un trabajador estructural de la empresa de seguridad saliente vinculado a su estructura organizativa e independientes sus funciones de las contrataciones de seguridad realizadas con otras empresas clientes, sino de un trabajador con funciones incluidas en los servicios de vigilancia objeto de la contrata con la empresa principal, al punto de que, de no existir la contrata con la empresa principal, no existirían esas funciones en la empresa de seguridad saliente. Ciertamente, las funciones del trabajador no son de vigilancia directa, sino de coordinación de los demás vigilantes de seguridad, siendo funciones impuestas a la empresa de seguridad por la empresa cliente, es decir no creadas arbitrariamente, pero lo definitorio para aplicar la subrogación, de conformidad con la norma convencional, es la inclusión de las funciones en los servicios de vigilancia, al margen incluso de cuáles sean las categorías profesionales, siendo, en consecuencia, aún más irrelevante que, manteniéndose la categoría profesional del trabajador como vigilante de seguridad, las funciones no sean las más típicas de vigilancia directa. Por lo demás, no se debe olvidar, y así lo dice la propia norma convencional, que “este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector”, de donde, siendo una finalidad inspiradora de la interpretación jurídica, obliga a rechazar soluciones restrictivas no basadas expresamente en la literalidad de la norma y contrarias a esa finalidad expresamente declarada.

TERCERO.- Algunas aclaraciones adicionales merece la circunstancia de no encontrarse destinado físicamente el trabajador en un centro de la empresa principal, lo que, para la empresa recurrente, es determinante de la imposibilidad de aplicar el mecanismo subrogatorio convencional, pero esto no es de recibo: el trabajador presta sus servicios, como responsable coordinador, en el territorio objeto de la contrata de seguridad y con ubicación física en el lugar determinado entre la empresa principal y la empresa de seguridad, esto es con un contrato de trabajo adscrito a la contrata de seguridad y en el lugar de trabajo determinado o determinable en los términos de esa contrata, y no es ocioso, a estos efectos, observar como, en la norma convencional

reguladora del mecanismo subrogatorio, se habla de lugar y no de centro de trabajo: “la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo”. Parece evidente, a la vista de lo expuesto, que, en el caso de autos, el trabajador está desempeñando sus funciones como responsable coordinador adscrito a una concreta contrata de seguridad y en el lugar de trabajo vinculado a esa contrata.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 de la Ley de Procedimiento Laboral, se acordará lo procedente sobre depósitos y aseguramientos. También se impondrán las costas a la empresa recurrente vencida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233 de la referida Ley.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Entidad Mercantil “S.S.E., S.A.” contra la Sentencia de 18 de septiembre de 2001 del Juzgado de lo Social número 3 de A Coruña, dictada en juicio seguido a instancia de don J.R.C.L. contra la recurrente y contra la Entidad Mercantil “C.S., S.A.”, la Sala la confirma íntegramente. Manténganse los aseguramientos prestados por la recurrente hasta el cumplimiento de la sentencia o hasta que, en cumplimiento de la sentencia, se resuelva su realización. Condenamos a la recurrente a la pérdida del depósito. Asimismo la condenamos al abono de las costas, estableciendo, como honorarios del Letrado Sr. M.R., la cantidad de 300 euros, y, como honorarios del Letrado Sr. V.Y., la cantidad de 300 euros.

3320 Recurso nº 6.065/01

S.S. DESPEDIMENTOS NULOS POR REPRESALIA. CONFLICTIVIDADE LABORAL ANTERIOR Á EXTINCIÓN DOS CONTRATOS. CUESTIÓN PROBATORIAS: DESPREZAMENTO DA CARGA DA PROBA. INDICIOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a dieciséis de enero de dos mil dos.

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. 6.065/01 interpuesto por la empresa “G.S.E.A.C, S.A” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña C.R.R., don F.I.M.P. y don C.M.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “G.S.E.A.C, S.A” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 156/01 sentencia con fecha veintitrés de julio 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.- Que Dña. C.R.R. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa “T.S.A.”, dedicada a la actividad de Estudios de Mercado y Opinión Pública y con domicilio en ...(Madrid), en el centro de trabajo sito en ... (A Coruña), en virtud de contrato de trabajo de a tiempo parcial, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en junio de 1995, para la prestación de servicios como Encuestadora Telefónica, desde el 23.05.95, realizando funciones de teleoperadora, en jornada de 23 horas semanales de lunes a domingo, sobre una jornada normal en la actividad de 40 horas semanales y teniendo por objeto el contrato la realización de la campaña con el cliente Formación E Instrucción para el programa de urgencias y emergencias médicas./ SEGUNDO.- Que en fecha 01.03.doña C.R.R. suscribió con “T.S.A.” nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de servicio determinado para la prestación de servicios como Radioperadora, con categoría profesional de Encuestadora Telefónica, con jornada semanal de 40 horas, teniendo el contrato por duración hasta la finalización de la campaña con el cliente Servicio de Emergencias Sanitarias 061, siendo dada la actora de baja en la Seguridad Social por fin de contrato el 30.04.97./ TERCERO.- Que en fecha 01.05.97 doña C.R.R. suscribió con “S.I.T., S.A.”, para la prestación de servicios como teleoperadora/operadora, con una

jornada de cuarenta horas semanales, de lunes a domingo. El objeto del contrato era el tiempo que dure la campaña de servicios de Urgencias Sanitarias 061 para el cliente Fundación Pública de Urgencias Sanitarias de Galicia 061. En fecha 15.03.00 la empresa comunicó a la actora que el 31.03.00 quedaba rescindido el contrato suscrito el 01.04.99 con el cliente “I.G.M.T., S.A.”; cuyos derechos y obligaciones estaban subrogados por la Fundación Pública Urgencias Sanitarias 061 de Galicia, por lo que a partir de la indicada fecha quedaba extinguida su relación laboral./ CUARTO.- Que don F.I.M.P. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa “S.I.T., S.A.”, en virtud de contrato de y trabajo a tiempo parcial, de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en fecha 06.11.98, para la prestación de servicios como Encuestador Telefónico, con idéntica categoría profesional, en jornada de 14 horas semanales de lunes a domingo sobre una jornada habitual de la actividad de 40 horas y teniendo por objeto el contrato de duración de la campaña Servicio de Emergencias Sanitarias 061 para el “I.G.M.T., S.A.”. La jornada fue ampliada a 35 horas semanales en fecha 04.03.99 y en fecha 15.03.00 la empresa comunicó al actor que el 31.03.00 quedaba rescindido el contrato suscrito el 01.04.99 con el cliente “I.G.M.T., S.A.”, cuyos derechos y obligaciones estaban subrogados por la Fundación Pública Urgencias Sanitarias 061 de Galicia, por lo que a partir de la indicada fecha quedaba extinguida su relación laboral./ QUINTO.- Que don J.M.P. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa “S.I.T., S.A.”, en virtud de contrato de trabajo a tiempo parcial, de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en fecha 15.12.1997, para la prestación de servicios como Radioperador Telefónico, con categoría profesional de Encuestador Telefónico, en jornada de 14 horas semanales de lunes a domingo sobre una jornada habitual de la actividad de 40 horas y teniendo por objeto el contrato de duración de la campaña del cliente Servicio 061- Campaña de refuerzo movilización de recursos. La jornada fue ampliada a 40 horas semanales en fecha 01.06.98 y en fecha 15.03.00 la empresa comunicó al actor que el 31.02.00 quedaba rescindido el contrato suscrito el 01.04.99 con el cliente “I.G.M.T., S.A.”, cuyos derechos y obligaciones estaban subrogados por la Fundación Pública Urgencias Sanitarias 061 de Galicia, por lo que a partir de la indicada fecha quedaba extinguida su

relación laboral./ SEXTO.- Que en fecha de 1 de abril de 2000 se hizo cargo del servicio la demandada, "G.S.E.A.C., S.A.", nueva adjudicataria del contrato para la prestación de servicios de operación, supervisión técnica y apoyo de funciones administrativas, para la central de coordinación de la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061, fijándose en su especificación 7ª punto g) que "la empresa adjudicataria deberá contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal actual"./ SÉPTIMO.- Que doña C.R.R. realizaba funciones de supervisora que despedida en fecha 07.07.00, presentando demanda de despido, que fue turnada en este Juzgado con el número 604/2000, siendo readmitida por la empresa a mediados del mes de agosto del 2000, con efectos desde el mismo 07.07.00, antes de la celebración del juicio. En la misma fecha fue despedida doña I.B.P. que igualmente realizaba funciones de supervisora, y fue igualmente readmitida, tras sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de esta Ciudad, de fecha 23.06.00, por la que se declaró la improcedencia del despido./ OCTAVO.- Que los actores percibían los siguientes salarios mensuales, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras: doña C.R.R. CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTAS UNA (169.601 pesetas) PESETAS y don F.I.M.P. y don C.J.M.P. CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO CUARENTA Y UNA (152.141 pesetas) PESETAS./ NOVENO.- Que los actores fueron dados de alta en la Seguridad Social por la demandada en fecha 01.04.00, remitiéndoles días después la empresa contratos de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado para su sujeción./ DECIMO.- Que en diciembre de 1998 se dictó laudo arbitral sobre elecciones sindicales en la empresa "S.I.T., S.A.", por el que se reconoció el derecho de los trabajadores de la empresa, en su centro de trabajo de ..., concesionaria del Servicio de teleoperaciones de la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias 061, a constituir un Comité de Empresa Propio, celebrándose las correspondientes elecciones y siendo elegidos los presentados en la candidatura del sindicato Confederación Intersindical Galega, encontrándose entre los elegidos doña C.R.R./ DECIMO PRIMERO.- Que el 11.01.01 el Sindicato Confederación Intersindical Galega presentó preaviso de celebración de elecciones sindicales en la Central de coordinación de la Fundación Pública 061, fijando como fecha de comienzo del periodo electoral el 12.02.01./ DECIMO SEGUNDO.- Que por sentencia del Juzgado de

lo Social número uno de esta ciudad, de fecha 30 de junio de 2000 en materia de Conflicto Colectivo promovido por la Confederación Intersindical Galega, Autos 374/2000, se declaró el derecho de todos los trabajadores que prestan servicios para la demandada en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias 061 y en las dependencias administrativas de la fundación, a ser subrogados por la nueva adjudicataria del servicio, respetando todas las anteriores condiciones de trabajo; que no resulta de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio Colectivo de Empresas de Telemarketing y que la utilización en este caso de contratos por obra o servicio determinado es fraudulenta, reconociéndose a los trabajadores el carácter de fijos y su derecho a la antigüedad desde el inicio de las relaciones laborales en la Fundación 061, condenando a la demandada "G.S.E.A.C., S.A. a estar y pasar por estas declaraciones y a que las cumpliera y acatara. Dicha sentencia ha sido recurrida en suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia por la empresa demandada, recayendo sentencia de fecha 5 de diciembre de 2000, estimando el recurso de suplicación presentado por la empresa demandada. Dicha sentencia ha sido recurrida por el Sindicato accionante ante la Sala de lo social del Tribunal Supremo en casación para unificación de la doctrina./ DECIMO TERCERO.- Que por sentencia de este Juzgado, en materia de Conflicto Colectivo, Autos 405/00, se estimó la demanda y se declaró que la modificación de las condiciones de trabajo efectuada con imposición de los nuevos cuadrantes de trabajo a realizar en los meses de mayo, junio, y julio de 2000 resultaba injustificada, condenándose a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a reponer a todos los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones de trabajo por lo que respecta a las jornadas de trabajo a realizar y días libres que correspondieran durante los precitados meses, es decir, con respecto a los calendarios laborales ya existentes para todo el año 2000 sin perjuicio de los ajustes necesarios previo acuerdo con el Comité de Empresa, al objeto de ampliar con la legalidad vigente. Dicha sentencia fue confirmada por la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2000 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y se encuentra hoy recurrida por la empresa ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en casación para unificación de doctrina./ DECIMO CUARTO.- Que en fecha 07.02.01 y mediante cartas de la misma fecha, la empresa

demandada comunicó a los actores sus despidos, con efectos desde el día de la fecha, por los siguientes motivos: a doña C.R.R. por haber abandonado el día 06.02.01 su puesto de trabajo durante hora y media sin causa ni motivo que pudiera justificarlo convenientemente y debido a la naturaleza del servicio, llamadas de emergencia y urgencia, su ausencia provocó un serio perjuicio para la empresa frente a los clientes ya que no se les pudo dar tal servicio tal y como estaba dimensionado, resaltando que aquella conducta era reincidente ya que frecuentemente se inhibía y era pasiva en la prestación del trabajo, abusando de la confianza depositada; a don F.I.M.P. por haberse negado a cumplir la orden de impartir el día 02.02.01 formación a los PTS, haberse retrasado el día 10.01.01 30 minutos sobre el inicio de su jornada y el día 18.01.01 45 minutos, sin causa o motivo que lo justificase y a don J.C.M.P. por haberse negado a cumplir la orden de impartir el día 02.02.2001 formación a los PTS, haberse retrasado el día 12.01.2001 una hora y diez minutos, teniendo que ser otro compañero fuera de turno quien le sustituyera./ DÉCIMO QUINTO.- Que el Sindicato Confederación Intersindical Galega presentó ante la Dirección Xeral de Relacións Laborais convocatoria de huelga en el centro de trabajo a partir de las 0 horas del día 19.04.00, habiendo sido convocado el anterior Comité de Empresa por la empresa para el día 26.04.00 a las 18 horas para analizar la situación creada y buscar soluciones y desconvocándose la huelga el día 04.05.00, a partir de las 0 horas del día 05.05.00. La Orden de fijación de servicios mínimos emitida por la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais fue anulada por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27.12.00, por vulnerar el derecho a la huelga contemplado en el artículo 28,2 de la Constitución Española./ DÉCIMO SEXTO.- Que varios trabajadores de la empresa fueron despedidos al poco tiempo de hacerse cargo "G.S.E.A.C., S.A." de la contrata, dictándose sentencias por los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, declarando la improcedencia de los despidos; otros presentaron demandas por modificación substancial de condiciones de trabajo, que fueron estimadas; otros por vacaciones, que fueron igualmente estimadas./ DÉCIMO SÉPTIMO.- Que los PTS no son personal de "G.S.E.A.C., S.A.", habiendo sido la formación de éstos siempre voluntaria para los teleoperadores y no habiéndose sancionado nunca a los que se negaron a realizar dicha formación./ DÉCIMO OCTAVO.- Que en fecha 07.02.01 se

produjo un plante general del personal de la demandada, siendo desalojados los trabajadores por la Policía Autonómica, el día 08.02.01, habiéndose producido la readmisión de varios de ellos, previas gestiones realizadas por doña M.J.A., Secretaria General de Sanidad del Sindicato Nacional de Comisiones Obreras y habiéndose despedido al resto, sin que se permitiera el acceso al centro de trabajo al Secretario Comarcal del Sindicato Confederación Intersindical Galega./ DÉCIMO NOVENO.- Que el día 06.02.01 doña C.R.R. llegó a su trabajo una hora y media tarde y tras ser avisada por una compañera de que tenía turno, estando dispensada de turnos por realizar otras tareas./ VIGÉSIMO.- Que don F.I. y don C.J.M.P. no formaron a los PTS el día 02.02.01./ VIGÉSIMO PRIMERO.- Que en fecha de 2 de marzo de 2001 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de la demandada".

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

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña C.R.R., don F.I.M.P. y don C.M.P. contra la empresa "G.S.E.A.C., S.A.", debo declarar y declaro LA NULIDAD DE LOS DESPIDOS EFECTUADOS, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y que de forma inmediata proceda a readmitir a los actores en sus puestos de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes del despido y a que les abone, las siguientes cantidades, en concepto de salarios dejados de percibir: a doña C.R.R. la de NOVECIENTAS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTAS NOVENTA Y OCHO (938.398 pesetas) PESETAS, devengada hasta el día de la fecha, más el haber diario de CINCO MIL SEISCIENTAS CINCUENTA Y TRES (5.653 pesetas) PESETAS desde este día hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar y a don F.I. y don C.J.M.P. la de OCHOCIENTAS CUARENTA Y UNA MIL SETECIENTAS OCHENTA Y SEIS (841.786 pesetas) PESETAS devengadas hasta el día de la fecha, más el haber diario de CINCO MIL SETENTA Y UNA 85.071 pesetas) PESETAS desde el día hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar, a cada uno de ellos, imponiendo a la demandada sanción pecuniaria en cuantía de TREINTA MIL (30.000 pesetas) PESETAS y condenándola al abono 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

ÚNICO.- Por la representación letrada de la empresa “G.S.E.C.A., S.A.” se interpone recurso de suplicación contra la sentencia, que estimando la demanda, declaró la nulidad del despido de los actores, condenando a aquella a estar y pasar por dicha declaración y a que de forma inmediata procediera a remitirlos en sus puestos de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del despido, y a que les abonara distintas cantidades, en conceptos de salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta que la readmisión tenga lugar y que se concretaban en el fallo o parte dispositiva de la sentencia, (que se tienen por reproducidos), imponiendo a la demandada, sanción pecuniaria en cuantía de 30.000.- pts, condenándola al abono de idéntica cantidad en concepto de honorarios de la letrada de la parte actora; y sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia, en un único motivo, con adecuado amparo procesal -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, que articula en dos apartados diferentes, por un lado, infracción por aplicación indebida del art. 14 de la Constitución Española, 17 y. 55.5 del E.T., en relación con el 108.2 de la L.P.L., y en segundo término, infracción por aplicación indebida del art. 66.3 en relación con el art. 97.3 de la L.P.L. alegando: A) que no existe ningún dato que justifique la supuesta discriminación a la que alude de forma inconcreta y vaga la sentencia recurrida, por cuanto la existencia de conflictividad, no puede generar nunca la declaración de nulidad del despido, cuando esa conflictividad como se recoge en la propia sentencia, fue generalizada afectando a toda la plantilla de la empresa y no exclusivamente a los tres actores ahora despedidos, sin que hubiera quedado acreditado, que hubieran sido despedidos como represalia por estar afiliados a la CIGA y presentarse como candidatos por tal sindicato, y que los motivos indicados como causa de despido no son inventados, sino reales y de gravedad suficiente, que alejan toda intención extraña a las facultades disciplinarias que le son propias a la empleadora, por lo

que –en su opinión- no existió despido nulo, sino que se trataría de un despido improcedente; B) tampoco procede la imposición de la multa de 30.000.- pts, así como la condena a los honorarios del letrado de la parte actora, en igual cuantía, pues, de conformidad con la doctrina mayoritaria, la incomparecencia al acto de conciliación, no justifica la imposición de multa por temeridad, ni la condena de honorarios, si no se acredita que fue injustificada, máxime, al tratarse de un despido tan controvertido, como el que se ventila en el presente procedimiento.

La sentencia de instancia, fundamenta la nulidad de la decisión extintiva empresarial en la discriminación: desigualdad de trato recibida por los actores despedidos, (art. 14 de la Constitución Española) y en especial, en la conflictividad existente en la empresa desde que la misma se hizo cargo de la contrata de la Fundación Pública 061, debido a la negativa a reconocer la subrogación empresarial; los acuerdos alcanzados entre el Comité de empresa y la anterior concesionaria, en materia de retribuciones, guardias, etc y la propia representatividad del Comité, que desembocaron en la convocatoria de una huelga cuyos servicios mínimos, acordados por la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia fueron declarados nulos, por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por ser contrarios al derecho fundamental de huelga, contemplado en el art. 28 de la Constitución Española; la existencia de despedidos de varios trabajadores con anterioridad al actual conflicto, en los primeros días siguientes a la fecha de inicio de la concesión, siendo todos ellos declarados improcedentes, salvo en el caso de dos trabajadores –uno de ellos la actora doña C.R.R.- que fueron readmitidos antes de la celebración del juicio; la existencia de varias demandas por vacaciones y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, resueltas siempre a favor de los trabajadores; la existencia de dos procedimientos por Conflicto Colectivo promovidos por el sindicato CIGA, estimados por los Juzgados de lo Social de esta ciudad, confirmándose la sentencia en un caso y revocándose en otro, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, encontrándose esta última pendiente de resolución ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por haberse interpuesto recurso de Casación para la unificación de la doctrina; y en fin, en la existencia de un con-

flicto generalizado, con plante por parte de los trabajadores de la demandada, que ha desembocado en el despido de mas de 30 trabajadores, habiendo sido readmitidos algunos por la empresa, tras gestiones personales realizadas por la Secretaría General del Sindicato Nacional de Sanidad de CC.OO. mientras que representantes de otros sindicatos y concretamente de la CIGA, se les negó el acceso al centro de trabajo y la posibilidad de negociar la readmisión, trabajadores que se encontraban en la misma situación. Sin embargo tal argumentación no resulta admisible en función de las siguientes consideraciones:

1.- Como señalan las Sentencias de esta Sala de 9 de octubre de 2001 (Recurso nº 4.476/01), 23 de noviembre de 2001 (Recurso nº 4.735/01) y de 11 de diciembre de 2001 (Rec. 5.067/01), que resuelven precisamente los despidos de otros trabajadores de la misma empresa, "es doctrina del T.C. que el indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada (SSTC 266/1993, 21/1992, 197/1990, 187/1990, 135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1995, 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 de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. Ciertamente que no basta la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de probarse indiciariamente la existencia de aquella causa (SSTC 266/1993 y 21/1992), tal como expresamente disponen los arts. 96 y 179.2 de la vigente LPL; y una vez acreditados tales indicios, 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 el despido 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, en el bien entendido de que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales. La decisión empresarial será, así válida, aún 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, de manera que acreditado el indicio sobre posible lesión de derecho fundamental, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo (STC 95/1993); es más, se ha excluido la vulneración de derechos fundamentales en supuestos "pluricausales" (SS 21/1992 y 135/1990), admitiéndose por el mismo Tribunal Constitucional la improcedencia del despido -que no su nulidad radical- cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se había excluido en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que "puesta entre paréntesis" la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc), "el despido habría tenido lugar verosimilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario" (STC 21/1992 de 14 febrero)". Ahora bien, es preciso distinguir (así sentencias del Tribunal Supremo de 16.10.90, 12.11.90 y 04.02.91), entre la imputación de faltas inexistentes, ficticias o irreales y la atribución de incumplimientos objetivables conectados con la conducta laboral, pues en el primer caso la intención fraudulenta de prescindir de un concreto trabajador mediante el ejercicio arbitrario de aparentes facultades empresariales, autoriza la aplicación del art. 108.2.d) de la L.P.L. (despido nulo por discriminación, violación de derechos fundamentales y libertades públicas) en el segundo no, aunque la práctica de los medios de prueba no alcance a convencer al juzgador de la concurrencia de los incumplimientos afirmados o de que su gravedad merezca la sanción de despido, no pudiendo tampoco sostenerse aquella nulidad en la declarada existencia de malas relaciones "conflictividad laboral" cuando no se explica a quien es imputable tal situación de tal modo que la ausencia de la deseable armonía no es equivalente a hostigamiento empresarial.

2.- En el presente caso la decisión de despido aparece adoptada respecto de los

actores obedecendo a motivaciones propiamente disciplinarias. Así del relato fáctico, así como de la fundamentación jurídica (con valor de hecho probado) se desprende que dentro del contexto de conflictividad existente en el seno de la empresa, los actores fueron despedidos por motivos disciplinarios, doña C.R.R., por haber abandonado el día 06.02.01 su puesto de trabajo durante hora y media, sin causa ni motivo que lo justificara y ser pasiva e inhibirse en el trabajo de forma reincidente; F.M.P. y D. C.M.P., por haberse negado a cumplir la orden de impartir, el día 02.febrero.01, formación a los PTS, así como por diversos retrasos sobre el inicio de la jornada; razonándose por el Juez "a quo" que doña C. estaba dispensada de turnos por realizar otras tareas, y que aun cuando la conducta de aquélla, no fuera excusable, en modo alguno sería incardinable como causa de despido, ya que según el art. 41 del Convenio Colectivo sería constitutiva de una falta leve, sobre todo teniendo en cuenta que para que las faltas de puntualidad sean sancionables como falta muy grave, a tenor de lo dispuesto en el art. 43 del Convenio Colectivo, se precisan 12 faltas no justificadas, cometidas en un periodo de 6 meses y en el caso de inasistencia al trabajo, el mismo precepto, exige 3 o mas faltas injustificadas al trabajo en el periodo de 1 mes; en cuanto a la conducta imputada a los otros demandantes recurridos, F.I.M.P. y C.J.M.P., es cierto que el día 02.02.01 no impartieron formación a los PTS, pero igualmente es hecho probado que, los mismos no son personal de "G.S.C.E.A., S.A", habiendo sido la formación de éstos siempre voluntaria para los "teleoperadores" no habiéndose sancionado nunca a los que se negaron a realizar dicha formación (ordinal 7°); y en cuanto a las faltas de puntualidad que se les imputa: no han quedado acreditadas, y en todo caso, no serían incardinables como causa de despido, de conformidad con los arts. 41 y 43 del Convenio Colectivo, a que se hizo referencia.

Por ello, ha de concluirse que no existe causa para decretar la nulidad del despido con fundamento en los arts. 55.5, 17 Estatuto de los Trabajadores y 14 Constitución Española, en efecto: a) aun cuando es cierto que en el seno de la empresa existía conflictividad no se acredita la existencia de ningún tipo de discriminación –desigualdad de trato con respecto a situaciones iguales o idénticas en relación a otros trabajadores de la misma empresa- ni el despido se ha producido como consecuen-

cia de la convocatoria de elecciones sindicales, por razón de la afiliación a un determinado sindicato; en todo caso la litigiosidad ha sido general afectando a toda la plantilla de la empresa y no única y exclusivamente a los tres trabajadores, objeto del presente pleito, sin que la existencia de malas relaciones o conflictividad laboral pueda llevar a declarar un despido nulo (por cuanto, la ausencia de la deseable armonía, no es equivalente a hostigamiento empresarial); b) La decisión disciplinaria adoptada se fundó en una imputación de conductas, propias e individualizadas, de un ilícito laboral y sin ningún matiz discriminatorio. c) La realidad probada finalmente acerca de dichas imputaciones, si bien, puede desvirtuar la existencia de un incumplimiento grave y culpable achacable a los demandantes, en ningún caso revela motivaciones extrañas a la reacción disciplinaria que provocó en la empresa, por derivación de la trascendencia que tuvo y las conductas formalmente ilícitas habidas. Y d) Tampoco aparece un ejercicio arbitrario y contrario al principio de igualdad, con trascendencia constitucional (art. 14 CE), de la potestad disciplinaria por parte de la empresa. Los actores fueron despedidos por faltar al trabajo, por falta de puntualidad y por no dar la oportuna formación a los PTS, al igual que ocurrió con otros trabajadores, a quienes se les imputaron otros hechos distintos, pero igualmente de especial relevancia, por los que presentaron las correspondientes demandas de despido; y otro grupo de trabajadores, si bien fueron sancionados por falta muy grave, pero no con el despido, la imputación que al efecto se les hizo no ha sido la misma que la de los actores. En suma, siguiendo el criterio mantenido por las citadas sentencias de esta Sala de 9 de octubre de 2001 (Recurso nº 4.476/01) y 23 de noviembre de 2001 (Recurso nº 4.735/01), no se justifica ni aparece en la decisión extintiva empresarial, respecto de los actores causa o motivación contraria al principio de igualdad y de no discriminación o atentatoria a otro derecho fundamental, como indebidamente afirma la sentencia recurrida. Se constata un ejercicio de la potestad disciplinaria que obedeciendo a circunstancias que, "prima facie", la hacían razonable y, en todo caso, ajena a móviles atentatorios a derechos fundamentales, presenta una plasmación suficientemente justificada en sanciones diferentes, incluso considerando posibles y distintos comportamientos de llamadas al puesto de trabajo, consecuencia de una valoración de conductas diversas en el contexto de un conflicto general suscitado, actuando

y sancionando la empresa en base a tomar en consideración elementos diferenciales concurrentes y necesidades empresariales, lo que es propio del poder de dirección y disciplinario que ostenta.

3.- A idéntica conclusión ha de llegarse respecto al argumento que contiene la sentencia recurrida para fundamentar la nulidad de la decisión extintiva empresarial, en concreto una desigualdad de trato ocasionada por el activismo sindical de los actores, pues no consta que la empresa conociera que aquellos pudieran estar afiliados a la CIGA, ni consta que se hubiesen presentado a las elecciones sindicales por tal sindicato. En consecuencia el despido ha de ser declarado improcedente, pues no se aprecia la existencia de un incumplimiento grave de los trabajadores y todo ello en aplicación de los arts. 55.3 y 56 ET y 110 L.P.L., con los efectos legales inherentes a dicha calificación, esto es, condena de la empresa "G.S.E.A.C., S.A.", a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte: entre readmitir a los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a que les indemnice en las cantidades que se concretan en la parte dispositiva de esta resolución, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido hasta la notificación de la sentencia, tomándose como antigüedad de todos los trabajadores la de 01.04.00, fecha en que iniciaron su nueva prestación de servicios con la referida demandada, al no haber existido subrogación por parte de dicha empresa en los contratos de trabajo que los demandantes tuvieron con la anterior contratista del servicio, según se declaró en la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2000 y así consta probado. Los salarios a tener en cuenta para cada uno de los actores son los declarados probados en la sentencia de instancia.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "G.S.E.A.C., S.A." contra la sentencia de fecha veintitrés de julio de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número UNO de Santiago de Compostela, en proceso promovido por por doña C.R.R., don F.I.M.P. y don C.M.P frente a la empresa recurrente, con revocación de la misma y estimando la demanda en su pretensión subsidiaria, debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido de los acto-

res y, en consecuencia, condenamos a la referida demandada, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia OPTe: entre readmitir a los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a que les indemnice en las cantidades siguientes: A doña C.R.R. en MIL TRESCIENTOS ONCE EUROS CON DIECISÉIS CÉNTIMOS (1311,16 euros) a D. F.I.M.P. en MIL CIENTO SETENTA Y SEIS EUROS CON DIECISIETE CÉNTIMOS (1176,17 euros) y a don C.J.M.P. en MIL CIENTO SETENTA Y SEIS EUROS CON DIECISIETE CÉNTIMOS (1176,17 euros); con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido. Y desestimamos la demanda en lo restante pedido.

3321 Recurso nº 5.964/01

S.S. DESPEDIMIENTO: CONTRATO EVENTUAL CERTADO EN FRAUDE DE LEI. INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA.

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

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

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. 5.964/01 interpuesto por don J.A.S.M. 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 don J.A.S.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandado don F.D.S.L. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 659/01 sentencia con fecha veinticinco de septiembre 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 J.A.S.M., prestó servicios para don F.D.S.L. desde el 5 de marzo de 2001 con la categoría profesional de Peón y percibiendo un salario bruto mensual de 93.000.- pts., incluida prorrata de pagas extras. En fecha 21 de abril de 2001 firmó un contrato de trabajo de duración determinada eventual, cuyo objeto era “aumento de pedidos de carne porcino”, con duración del 21 de abril al 19 de mayo de 2001, prorrogado hasta el 8 de julio de 2001.- SEGUNDO.- La empresa demandada tuvo las siguientes relaciones comerciales con la empresa “B.”:

Facturación

-23.04.01	2.402.302.-pts.
-26.04.01	1.166.565.-pts.
-30.04.01	1.703.730.-pts.
-03.05.01	1.184.925.-pts.
-07.05.01	4.427.430.-pts.
-14.05.01	2.429.445.-pts.
-21.05.01	2.889.154.-pts.
-28.05.01	3.505.374.-pts.
-04.06.01	1.392.105.-pts.

La facturación de la empresa en el mes de marzo fue de 33.468.027.-pts., 38.036.478.-pts., en el mes de abril, 49.703.632.-pts., en el mes de mayo, 38.011.473.-pts., en el mes de junio.- TERCERO.- En fecha 4 de junio de 2001 el actor recibió la siguiente comunicación de don F.D.S.L.: “D. F.D.S.L.- con D.N.I...., propietario de la empresa de su mismo nombre.- COMUNICA: Que en fecha 08 de julio de 2001, finaliza la concesión que tiene con el Concello de ..., para seguir gestionando el matadero municipal, por lo que todos los contratos de los trabajadores quedarán rescindidos en esta fecha.- En caso de que la concesión del matadero se prorrogue por otro período de tiempo, los trabajadores volverán a ser contratados, manteniendo las condiciones que tenían hasta la fecha.- Asimismo se aportara toda la documentación necesaria para la prestación de la solicitud de desempleo.- Lo que comunicó a los efectos oportunos.- ... a 04 de junio de 2001”.- CUARTO.- En fecha 8 de julio de 2001 fecha en la que la empresa del demandado dejó de tener la concesión del Matadero de ...

se le entregó certificado de empresa por fin de contrato, y se le ofreció la posibilidad de continuar prestando servicios en el Matadero de ..., cuya concesión la tiene la empresa “S., S.L.”, constituida en julio por el demandado. El actor fue a trabajar al matadero de ... hasta el 13 de Julio, dejando luego de ir a trabajar.- QUINTO.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo representativo de los trabajadores.- SEXTO.- En fecha 10 de agosto de 2001 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 agosto de 2001”.

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

“FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don J.A.S.M. contra el empresario don F.D.S.L., debo absolver y absuelvo al empresario demandado de la pretensión ejercitada contra él por el actor”.

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.- La sentencia de instancia desestima la demanda de despido absolviendo libremente al demandado don F.D.S.L.. Y contra este pronunciamiento recurre la parte actora, quien articula un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191. b) de la LPL, en el que interesa la modificación del hecho probado primero de la resolución recurrida en el sentido de que el salario bruto mensual que ha de figurar es el que consta en demanda (142.368 ptas. incluido prorrateo de pagas extras).

El motivo no puede prosperar, pues el recurrente se limita a fijar como salario bruto mensual la cantidad que señala en demanda y a invocar el Convenio colectivo que estima aplicable, sin concretar de donde resulta dicha cantidad ni los cálculos que efectúa para su obtención, lo que no permite desvirtuar el criterio del Juzgador a “quo” que se sustenta en la documental aportada, en concreto, las hojas de salarios aportadas por la parte demandada.

SEGUNDO.- Con idéntica cita procesal formula el recurrente un segundo motivo de suplicación en el que interesa que el hecho

probado cuarto quede redactado en la siguiente forma: "En fecha 8 de julio de 2001, fecha en la que la empresa del demandado dejó de tener la concesión del Matadero de ..., se le entregó certificado de empresa por fin de contrato. El trabajador desde el día 9 de julio del año 2001 prestó servicios para la Entidad Mercantil "S., S.L.", dejando de prestar servicios para esa empresa el día 13 de julio de 2001"

El motivo tampoco prospera, pues su contenido substancial ya figura en el hecho impugnado, sin que resulten admisibles modificaciones accesorias o de matiz.

TERCERO.- Ya en sede jurídica sustantiva denuncia el recurrente, con cita procesal del art. 191. c) de la LPL, infracción por aplicación indebida del art. 44. 1 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina jurisprudencial que cita (STS de 23.09.97, Ar. 6.582), por entender que no ha existido sucesión empresarial al no haberse transmitido elementos necesarios y por si mismos suficientes para continuar la actividad empresarial, sino cese de todos los trabajadores de la empresa "F.D.S.L." por cierre de la misma. Por ello, a su juicio, nos encontramos ante un despido en fecha 8 de julio de 2001, consecuencia de la existencia de una relación laboral iniciada en fecha 5 de marzo de 2001, al haberse celebrado en fraude de Ley el contrato de trabajo suscrito en fecha 21.04.01, y no ante la terminación de un contrato de trabajo como pretendía la empresa o ante una baja voluntaria como interpreta -erróneamente- el juzgador de instancia. En consecuencia, en consonancia con la demanda, entiende el recurrente que se ha de declarar la existencia de un "despido improcedente" con las consecuencias jurídicas legalmente establecidas.

La censura jurídica que se denuncia ha de ser acogida con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- Consta probado que el actor prestó servicios para el demandado don F.D.S.L., haciéndolo desde el 5 de marzo de 2001 con la categoría profesional de peón y percibiendo un salario mensual de 93.000 pts., incluida prorrata de pagas extras. En fecha 21 de abril de 2001 suscribió un contrato de trabajo eventual, de duración determinada, cuyo objeto era el "aumento de pedidos de carne porcino", con duración del 21 de abril al 19 de mayo de 2001, prorrogado hasta el 8 de julio de 2001.

Asimismo, consta también que en fecha 4 de julio de 2001 el demandante recibió

carta del empresario comunicándole que en fecha 8 de julio de 2001 finaliza la concesión que tiene con el Concello de ... para seguir gestionando el matadero municipal, por lo que todos los contratos de los trabajadores quedarían rescindidos en esta fecha. En 8 de julio de 2001 la empresa del demandado dejó de tener la concesión del Matadero de ...; se entregó al actor certificado de empresa por fin de contrato y se le ofreció la posibilidad de continuar prestando servicios en el Matadero de ..., cuya concesión la tenía la empresa "S., S.L.", constituida en julio por el demandado. El actor prestó servicios en el matadero de ... hasta el día 13 de Julio, dejando luego de ir a trabajar.

2.- En función de lo anterior, la Sala estima que no puede compartirse el razonamiento del Juzgador de instancia, desestimatorio de la demanda en base a que no existió despido sino extinción del contrato por voluntad del trabajador al entender que -tras el cese de actividad en el matadero de ...- se le ofreció la posibilidad de continuar prestando servicios en el matadero de ... explotado por la empresa sucesora "S. S.L.", y a dicho matadero fue a trabajar hasta el día 13 de julio en que, por propia voluntad, ya no volvió.

La razón de que no se comparta el anterior razonamiento resulta de lo siguiente: no cabe apreciar sucesión empresarial al no concurrir los requisitos legales establecidos para la misma por el art. 44 del ET, pues conforme tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 29 junio 1994, Ar. 5.502; 3 abril 1996, Ar. 2.981; 23 septiembre 1997, Ar. 6.582 y 6 febrero 1998, Ar. 1.642), la consideración conjunta o armónica de los distintos preceptos que integran la norma sobre sucesión de empresa -Ar. 44 del ET, arts. 49.1 g) y 51.11 de la propia Ley, y disposiciones concordantes de la Directiva comunitaria 77/1987 de 14 febrero 1977- permite afirmar que el supuesto de hecho de la misma está integrado por dos requisitos constitutivos: el primero, consistente en el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, en la dicción del art. 44 ET). Este cambio de titularidad puede haberse producido en virtud de un acto «inter vivos» de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario), o puede haber ocurrido por la transmisión «mortis causa» de la empresa o de una parte significativa de la misma. Así se deduce de los términos del pro-

pio art. 44 ET, y de la cláusula «sin perjuicio» del art. 49.1, g) ET.

El segundo requisito, de carácter objetivo, está representado por la entrega de un conjunto total de factores esenciales del activo de la empresa que constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial procedente. El art. 51.11 ET habla, al respecto, de “elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial...”, y que dichos factores se correspondan con la empresa en su conjunto o alguno de sus centros de trabajo o, incluso, una de sus unidades productivas con capacidad para funcionar autónomamente, ya que lo esencial a estos efectos es la posibilidad de continuación de esa misma actividad por el nuevo empresario en virtud de un nexo jurídico con el anterior, de manera que se acredite que se ha transmitido una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada (STS de 26 marzo 1984 Ar. 1.609; y STS de 5 febrero 1991, Ar. 800).

3.- Y en el presente caso es claro que no se dan ninguno de los aludidos requisitos, sino únicamente el cese del actor acordado por el empresario demandado don F.D.S.L., y su posterior contratación por otra empresa distinta -una sociedad mercantil- para prestar servicios en una localidad y centro de trabajo también diferentes. El hecho de que el Juzgador “a quo” declare probado que la empresa “S.,S.L.” fue constituida en julio por el demandado, resulta intrascendente a los efectos de apreciar una supuesta sucesión empresarial cuyos requisitos no concurren, y tampoco permite -sin base alguna- apreciar la existencia de un grupo de empresas o de una unidad empresarial a efectos laborales que comporte la vigencia y subsistencia de la relación laboral del actor hasta el día 13 de julio de 2001, en que por propia voluntad dejó de trabajar en el matadero de Por el contrario, tratándose de empresas distintas, cada una con personalidad propia -aunque el demandado pueda ser socio o representante legal de la compañía mercantil-, debe entenderse que la decisión extintiva acordada por empresario individual el 8 de julio de 2001, para quien el actor prestaba servicios, constituyó un despido que ha de ser calificado como improcedente con las consecuencias legales inherentes al mismo (arts. 55. 4 y 56. 1 del ET), al no concurrir causa legiti-

ma para la extinción del contrato que con carácter indefinido vinculaba al demandante con el Sr. F.D.S.L., pues su relación laboral se había iniciado con ese carácter el 5 de marzo de 2001, no siendo admisible, por fraude de ley, el posterior contrato temporal eventual suscrito entre ambas partes el 21 de abril siguiente.

La consecuencia, por tanto, ha de ser la de acoger el recurso, revocar la sentencia impugnada y estimar la demanda declarando la improcedencia del despido del actor con la consiguiente condena demandado don F.D.S.L., 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 satisfacerle la cantidad de 289,42 euros, (equivalentes a 48.156 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 18,63 euros (equivalentes a 3.100 ptas.), si bien descontando de dichos salarios de tramitación los cinco días -del 9 al 13 de julio de 2001- que el demandante trabajó (art. 56. 1 del ET, en relación con los arts. 3 y 23 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre Introducción al Euro, modificada por la Ley 9/2001, de 4 de junio). En razón a lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el don J.A.S.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense con fecha 25 de septiembre de 2001, en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, con estimación de la demanda interpuesta por el referido actor, debemos declarar y declaramos la improcedencia de su despido. En consecuencia, condenamos al demandado don F.D.S.L., 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 satisfacerle la cantidad de 289,42 euros, (equivalentes a 48.156 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 18,63 euros (equivalentes a 3.100 ptas.), y descontando de dichos salarios de tramitación los cinco días comprendidos entre el 9 al 13 de julio de 2001.

3322 Recurso nº 6.035/01

S.S. CONTRATO EVENTUAL EN FRAUDE DE LEI: INSUFICIENTE CONCRECIÓN DA CAUSA. INEXISTENCIA DE CESIÓN ILEGAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a dieciocho de enero de dos mil dos.

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. 6.035/01 interpuesto por doña C.G.F. 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 C.G.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "S.C., S.L." y "P.G., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 224/01 sentencia con fecha treinta y uno de mayo 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 C.G.F., ha venido prestando servicios para la Empresa "S.C., S.L.", en el centro de Trabajo de "P., S.A." en el Polígono de ... en ..., con una antigüedad de 15.08.96, ocupando la categoría de vigilante de seguridad y percibiendo un salario mensual de 135.186 ptas. con prorrate de pagas extras./ SEGUNDO.- La demandante suscribió un contrato de trabajo a tiempo parcial, en fecha 15.08.96 con una jornada de trabajo de 20 horas semanales, a razón de cuatro horas diarias, siendo la causa de dicho contrato acumulación de tareas para la realización de tareas de vigilante de seguridad con una duración de 15.08.96 hasta 14.09.96./ En fecha 15.09.96 se efectúa prórroga de contrato de trabajo a tiempo parcial por un mes más, hasta 15.10.96. Nuevamente se prorroga en

fecha 15.10.96 por dos meses más hasta 14.12.96, en dicha fecha se prorroga nuevamente por dos meses más, hasta 14.02.97. En fecha 05.02.97 se modifica la jornada de la demandante pasándose de 20 horas semanales a 30 horas./ En fecha 17.02.97 se suscribe un nuevo contrato de trabajo a tiempo parcial en la modalidad Obra o Servicio determinado para realizar las tareas de vigilante de seguridad en el centro de trabajo "P." de ..., con una duración de 17.02.97 hasta el fin de la obra, figurando como cláusula adicional expresa la siguiente: "El presente contrato se acoge a lo establecido en el artículo 14 del Convenio Nacional de Empresas de Seguridad (subrogación de servicios de las distintas empresas adjudicatarias)"./ En fecha 11.01.99 se modifica nuevamente la jornada de trabajo pasando de 30 horas semanales a 40 horas semanales./ TERCERO.- La empresa de "S.C., S.L.", suscribió en fecha 17.10.96 contrato de arrendamiento de servicios de vigilancia con la empresa "P., S.A." en cuyas estipulaciones se hace constar lo siguiente: Primera: "P.G., S.A.", encarga a la empresa "S.C., S.L." la vigilancia, por medio de vigilantes de Seguridad sin arma, del recinto destinado a Fabricación de Plásticos, ubicado en El Polígono de ..., 114-118... los días... todos los días... desde las ...06:00 horas hasta las 22:00 horas... Durante un periodo indefinido... por medio de.. un vigilante/s de Seguridad. Iniciándose el servicio el día .. 21.10.96./ Tercera.- La organización del servicio, será competencia exclusiva de "S.C., S.L.", pero siempre atendiendo a los intereses y objetivos preferentes señalados "P.G., S.A.", para la obtención de los fines deseados./ Cuarta.- Los empleados "S.C., S.L.", no tienen relación laboral alguna con "P.G., S.A." siendo exclusivamente de "S.C., S.L.", el cumplimiento de cuantas disposiciones sean aplicables a su personal, manteniéndolo asegurado y cumpliendo en todo momento con la legislación vigente. A estos efectos, "S.C., S.L.", remitirá mensualmente fotocopia del TC2, debidamente diligenciada y sellado por el Banco en el que necesariamente se incluirán aquellos trabajadores que se utilicen en las funciones de seguridad y vigilancia a desarrollar en "P.G., S.A."/ Séptima.- El presente contrato se entenderá prorrogado por un periodo similar, de no haber notificación de lo contrario por alguna de las partes"./ CUARTO.- La empresa de "S.C., S.L.", en fecha 13.03.01, comunico a la demandante escrito de la misma fecha del tenor literal siguiente: "Dado los problemas surgidos en el centro de trabajo "P.G., S.A.", en la adjudicación de los servicios de

puesta, aun a pesar de los acuerdos adoptados el pasado viernes entre las partes (trabajadores y empresa), hemos recibido de la dirección de "P.", la comunicación con carácter de urgencia de la finalización de nuestro de servicio a las 14:00 h. del día de hoy 123 de marzo./ Como su puesto de trabajo está en esa firma, a partir de la mencionada hora nos vemos en la lamentable obligación de plantearnos la rescisión de su relación laboral con "S.C., S.L."/ QUINTO.- La actora prestaba servicios de vigilancia sin arma, con el uniforme facilitado por la empresa "S.C., S.L.", realizaba funciones genéricas de portería, abrir y cerrar puertas conectar y desconectar alarmas, apagar y encender luces con las instalaciones abiertas o cerradas. Y además, la actora realizaba como funciones específicas en el centro de trabajo de la empresa "P.G., S.A." situada en ... las siguientes: "a) Comprobación de entradas y salidas de mercancías, tanto de materias primas, repuestos u otros productos, como del producto final elaborado, bajo instrucción y dando contra los responsables de "P.G., S.A."/ b) Pesaje de todos los camiones, tanto entradas como salidas, con pleno manejo de báscula con cumplimiento de albarán y partes, con recibos de pesado por cuadruplicado o triplicado según los casos, con entrega de los mismos, según los casos a los responsables de "P.G., S.A."/ c) Atención continuada del teléfono existente en la garita de entrada de "P.G., S.A." de 16:30 a 8:30 tarde y de modo alterno de 8:30 horas a 16:30 mañanas cuando salta la centralita telefónica. El proceso productivo de "P.G., S.A." es ininterrumpido las 24 horas del día./ d) Control de accesos de las personas que entran y salen a/de las instalaciones de la empresa "P.G., S.A."/ SEXTO.- La actividad de la empresa "S.C., S.L.", es servicios de seguridad privada para empresas. La actividad de la empresa "P.G., S.A." es transformación y fabricación de plásticos utilizando como materia prima el prolipropileno./ SÉPTIMO.- La demandante tiene la titulación administrativa de Vigilante de Seguridad, y la licencia correspondiente expedida por el Ministerio del Interior./ OCTAVO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado durante el último año, la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./ NOVENO.- En fecha 20.04.01 se celebró ante el SMAC la preceptiva conciliación administrativa previa con el resultado de intentada sin efecto".

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

"FALLO: 1) Que debo estimar y estimo la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por "P.G., S.A.", por las razones expuestas en el fundamento de derecho segundo./ 2) Que con desestimación de la demanda instada por doña C.G.F., contra las "S.C., S.L." y "P.G., S.A." en reclamación sobre despido debo declarar y declaro la procedencia de la decisión extintiva empresarial de fecha 13.03.01, absolviendo íntegramente a "S.C., S.L." de la pretensión en su contra deducida en el escrito rector del procedimiento".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte actora la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifiquen los ordinales 2º y 4º en el siguiente sentido: A) Para que en el ordinal 2º) se sustituya el primer párrafo por el siguiente "A demandante suscribió un contrato de trabajo a tempo parcial, en data 15.08.96 cunha xornada de traballo de 20 horas semanais, a razón de catro horas diarias, constando na cláusula cuarta do mesmo que o contrato de duración determinada celébrase para realización das tarefas de vixiante de seguridade por acumulación de tarefas que sofre a empresa actualmente, ca duración de 15.08.96 até 14.09.96"; cita en apoyo de la propuesta los documentos obrantes en autos a los folios 36 y 37.

No se admite la revisión por cuanto lo único que aporta al relato es la expresión "...constando en la cláusula cuarta del mismo que el contrato de duración determinada se celebra para la realización de tareas de vigilante de seguridad por acumulación de tareas que sufre la empresa actualmente.", siendo así que la categoría profesional ya consta en el ordinal primero, y no se discute cual haya sido la ocupación real de la actora, y en el mismo ordinal ya consta la causa del contrato por "acumulación de tareas", por lo que la modificación no aporta nada a la claridad del relato judicial.

B) Para que en el ordinal cuarto se adicione un nuevo párrafo del siguiente tenor: "Á finalización da prestación de servicios polo

personal contratado “S.C., S.A.” -demandante incluída- “P.G., S.A.” procedeu a contratar directamente aos vixiantes, concretamente a don J.A.S.M. (20.03.01), que cesa o 03.04.01 por non superar o período de proba; a don O.R.F. (21.03.01) que cesa o 04.05.01 por fin de contrato, a don R.G. y a C.N.L. (a ambos el 04.04.01), a don I.P.P. (19.04.01), e a don D.F. (25.05.01). O persoal de vixianza, operador de teléfono, grabación en máquinas de recollida de datos, pesaxe, cumplimentación de partes e albarans, atópase encadrado no Grupo profesional 3 do Convenio colectivo Estatal para a Industria Química, polo que se rixe “P.G., S.A.” correspondendolle un salario mínimo mensual de 157.717 ptas., incluído prorrateo de pagas extras”; cita en apoio de su pretensión los documentos obrantes en autos los folio 58,91, y 452 a 459.

No se admite la adición que se propone por cuanto la conclusión que la parte extrae del examen de los libros de personal de las codemandadas, no aparece debidamente fundamentada y el último inciso de la propuesta pretende la introducción en el relato fáctico de lo establecido en el convenio colectivo de la Industria química, lo cual es inadmisibles en el relato fáctico por tratarse de una norma jurídica, por lo que no cabe su adición.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia varias infracciones normativas, así: A) Por aplicación indebida del RD 2.720/98 de 18 de diciembre, en su DT única, argumentando que dicha norma, aplicada por el Juzgador de instancia, no es aplicable al presente supuesto por cuanto su entrada en vigor en Enero de 1999 es posterior a la fecha de los contratos que vinculan a las partes y por tanto debe regirse la relación por la normativa vigente en el momento de la contratación.

Si bien concurre el defecto que se invoca en la resolución recurrida, la denuncia carece de eficacia por cuanto, de una parte, el recurso de suplicación se otorga frente al fallo o parte dispositiva de la resolución recurrida, nunca contra sus fundamentos; de otra el RD 2.720/98, en comparación con el aplicable RD 2.546/94, no reduce derechos o formalismos en perjuicio del trabajador, sino que incluso los acrecienta, tal como resulta de la comparación de la redacción del respectivo articulado, en particular del art. 3 que regula los contratos eventuales por circunstancias de la producción, por tanto la denuncia, aún siendo cierta deviene en intrascendente.

B) Por inaplicación de lo dispuesto en el RD 2.546/94 de 29 de Diciembre, concretamente en su art. 3.2 a) y 9.2, argumentando que el contrato inicial, por acumulación de tareas, carece de causa y no cumple el requisito de identificación y claridad que exige la norma por lo que la relación laboral ha de estimarse como indefinida y por tanto el cese constituye despido. Para la solución del presente motivo se ha de partir de los siguientes datos: a) que la actora siempre prestó sus servicios en el centro de trabajo de “P.G., S.A.” en ...; b) que la contrata de vigilancia entre las codemandadas se firmó el 17.10.96; c) que el contrato inicial entre actora y “S.C., S.L.”, de fecha 15.08.96, era por acumulación de tareas haciéndose constar en el mismo como causa “la realización de tareas de vigilante de seguridad por acumulación de tareas que sufre la empresa actualmente”.

Partiendo de los anteriores datos la cuestión se ha de resolver siguiendo la doctrina sentada en STS de 18.11.98, 11.03.97, 30.12.96, 21.09.93 (entre otras), así como el criterio sostenido por esta Sala en la resolución recaída en el R. 1.886/99 (S. mayo 99) y en S.23.10.97, así como en las resoluciones de TSJ Cataluña , S. 1 y 2 10.98; TSJ Valencia , S. 16.10.98, según la cual, para la correcta utilización de la contratación temporal es requisito imprescindible que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de las modalidades contractuales reguladas, como justificativa de la temporalidad, por cuanto que tal exigencia es la garantía que tiene el trabajador de poder controlar la realidad de la temporalidad del contrato, pues de no especificarse se deja al arbitrio del empleador el vencimiento del contrato, de modo que su falta implica la presunción de fijeza en el contrato del trabajador (art. 8.2 LET) - salvo prueba en contrario que acredite dicha temporalidad y cuya carga incumbe a la patronal- lo que aplicado al presente supuesto implica: a) el contrato que vinculó a las partes no contiene especificación suficiente de la causa que justifica la temporalidad del mismo, limitándose a establecer en la cláusula cuarta “acumulación de tareas que sufre la empresa”, por lo que no se indica cuales son las circunstancias concretas y determinadas (temporada alta, período vacacional etc.), que justifican la contratación de la actora, lo que conlleva a la aplicación de la doctrina del fraude de ley -- hay fraude de ley cuando la duración limitada no obedece a necesidades coyunturales o episódicas de la empresa, sino al desigño de poder finalizar los contratos con total libertad-- y a al

presunción de fijeza; b) la anterior presunción de fijeza no ha sido desvirtuada por la empleadora que ni siquiera ha propuesto prueba sobre tal extremo. En consecuencia, si el contrato inicial era indefinido por fraude en su celebración (art. 9.2 RD 2.546/94), como no consta la extinción en legal forma del mismo, ni su liquidación, el segundo contrato celebrado “para obra determinada”, identificada con la contrata se servicios, deviene nulo y por tanto la extinción contractual basada en la temporalidad inexistente, constituye un despido carente de las formalidades legales, que a tenor de lo dispuesto en el art. 55 LET debe ser declarado improcedente, con los efectos previstos en el art. 56 de dicho texto legal y art. 110 LPL, estimándose este motivo.

C) Sin cita de precepto infringido, del contenido del motivo, se deduce que la parte estima como indebida la aplicación judicial del art. 27.2 LPL, considerando que no existe acumulación indebida de acción de despido y acción de cesión ilegal, y que en todo caso la codemandada “P.G., S.A.” debía ser demandada. D) Por infracción de los arts. 43 y 56 LET en relación con el art. 6.4 del Código Civil y art. 71 del RD 2.364/94 de 9 de diciembre, así como del art. 22.A.2 del convenio de empresas de seguridad y art. 21 del Convenio de empresas de Químicas. Estos dos motivos deben ser analizados conjuntamente, pues ambos tienen a un mismo fin cual es que se declare la existencia de una cesión ilegal de la actora y se le imponga la responsabilidad solidaria a ambas demandadas.

El motivo no puede prosperar, pues si bien puede aceptarse que no existe acumulación indebida de acciones ya que la pretensión de que se declare que existió cesión ilegal no es una pretensión autónoma ejercitada en toda su extensión, sino mas bien la forma de encauzar una exigencia de responsabilidad solidaria cuando no existe claridad en quien sea el patrono (patrono aparente), pues formalmente y de inicio es uno pero los servicios se prestan en las instalaciones de otro, sin embargo no puede aceptarse la concurrencia de tal cesión por cuanto, de una parte, en el aspecto fáctico de dicha resolución resulta que ambas mercantiles tienen objetos sociales, actividades completamente diversas; la actora ostenta la titulación administrativa de vigilante de seguridad y la licencia correspondiente; no constan vinculaciones accionariales, de socios, de dirección, domicilio o de cualquier otra índole entre ambas mercantiles; ambas mer-

cantiles disponen de propios patrimonios, personal etc. sin que consten trasvases entre una y otra. Desde el punto de vista jurídico, la vinculación entre ambas mercantiles surge a medio de la contrata de 17.10.96, por medio de la “S.C., S.L.” se compromete a prestar a “P.G., S.A.” la vigilancia ..., del recinto destinado a fabricación..., la organización del servicio será competencia de “S.C., S.L.”, etc. y tal contratación no encubre ningún fenómeno interpositorio, pues ambas empresas son reales, tienen personal y patrimonio propios e independientes la una de la otra, no constan vinculaciones entre las mismas ni de tipo accionarial ni directivo ni de ninguna otra índole, limitándose a prestarse u servicio una a otra a cambio de un precio, manteniendo la contratista su estructura y poder de dirección sobre el personal que emplea en la prestación de dicho servicio, por lo que concurren en el presente supuesto los requisitos exigidos por las STS de 17.01.91, 27.10.94, 21.03.97, 12.12.97 y 07.03.98 para entender que entre las codemandadas existe una contrata de vigilancia y seguridad permitida pro el art. 42 LET, lo que impone desestimar en tal aspecto el recurso planteado.

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

Fallamos

Que estimamos, en parte, el recurso de suplicación formulado por doña C.G.F. contra la sentencia dictada el 31.05.01 por el Juzgado de lo Social Nº 1 de FERROL en autos Nº 224/2001 sobre despido contra “S.C., S.L.” y “P.G., S.A.” y con revocación parcial, de dicha resolución acogemos la demanda rectora de los autos, declarando improcedente el despido de que fue objeto la actora el 13.03.01 y en consecuencia condenamos a la demandada “S.C., S.L.” a que, en termino de cinco días desde la notificación de esta resolución, opte entre readmitir a la actora o indemnizarla en la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO EUROS CON VEINTISIETE CENTIMOS DE EURO (5484.27 ó 912.505 Ptas.), por la extinción de su contrato, y en ambos casos a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución, con los límites, en su caso, establecidos en el art. 56.1.b) y 57 LET, absolviendo de dicha demanda a la codemandada “P.G., S.A.”.

3323 Recurso nº 03/9.420/1998

S.CA. INFRACCIÓNS EN MATERIA DE SEGURIDADE SOCIAL. INDEBIDA INCLUSIÓN EN EPÍGRAFE DE PRIMAS DE COTIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO E ENFERMIDADE PROFESIONAL. INFRACCIÓN INEXISTENTE.

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

A Coruña, a dieciocho de enero de dos mil dos.

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 03/9.420/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "S.I., S.A.", con N.I.F... domiciliado en (Madrid), representada y dirigida por el letrado don J.C.R.D.G., contra resolución de 06.10. 98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 511/1997, expediente 498/1998. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 200.000 pesetas.

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 nueve de enero de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- La infracción imputada a la empresa demandante por las resoluciones que aquí se impugnan es la tipificada en el art. 14.1.5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, con fundamento en que la demandante venía incluyendo a los trabajadores con categoría profesional de guardas de seguridad (se refiere a las anualidades 1995 y 1996, siendo la fecha de la visita de inspección el 31 de enero de 1997), en el epígrafe 113 del R.D. 2.930/79, que revisa la tarifa para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, epígrafe previsto para el personal directivo y técnico en trabajos exclusivos de oficina y empleados de oficina en general no especificados en otros epígrafes, porteros y encargados de servicios de ascensores y calefacción y personal subalterno de oficinas y establecimientos mercantiles, en vez del epígrafe 116, previsto para guardas y serenos de edificios y explotaciones mercantiles o industriales, agentes de la autoridad y guardas jurados, en contra de lo dispuesto en el documento de asociación de accidentes de trabajo suscrito con la Mutua "F." presentado por la empresa.

Aduce la demandante con carácter principal que la cotización era "absolutamente correcta", y de forma subsidiaria, aunque no lo fuera no sería merecedora de sanción, pues se trataba de un tema sumamente discutible, por lo que no era de apreciar la voluntad de violar la ley, argumentando en tal sentido que a la empresa demandante le fuera levantada por la Inspección de Trabajo de Madrid un acta de liquidación en el año 1993 por diferencias salariales, en la que el Inspector actuante considerara a los Guardas de Seguridad como encuadrados en el epígrafe 113.

II.- En apoyo de la pretensión principal, trajo la demandante a autos sendas copias de ocho sentencias dictadas por otros tantos Juzgados de lo Contencioso-administrativo (Albacete, Alicante, Badajoz, Bilbao, Las Palmas de Gran Canaria y Valladolid), que esti-

maran los recursos contencioso-administrativos que formulara la aquí demandante contra actas de liquidación y que consideraran apropiada la aplicación del epígrafe 113 a la categoría laboral de “Guardas de Seguridad”-

Pues bien, siendo prácticamente coincidente la argumentación jurídica que se contienen en dichas sentencias, tomamos como ejemplificativa la contenida en la sentencia de fecha 19 de junio de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de los de Bilbao, que pasamos a transcribir:

“Así pues, las funciones que enumera el artículo 116 del Real Decreto mencionado son las de “Guardas y serenos de edificios y explotaciones mercantiles e industriales. Agentes de la Autoridad y Guardas Jurados. Alguacil de Ayuntamiento. Celadores. Personal Subalterno de Escuelas Profesionales varias. Vigilantes Nocturnos. Miembros de mesas electorales”; por su parte, las que enumera el epígrafe 113 son las de “Personal Directivo o Técnico en Trabajos exclusivos de Oficina. Trabajos mixtos de oficina y explotación. Porteros y encargados de servicios y ascensores, calefacción y personal subalterno en Oficinas y Establecimientos Mercantiles”.

De tal manera, que, cuando fue publicada la tarifa de primas de cotización para Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales el día 8 de enero de 1980, aún no existía la categoría profesional de Guarda de Seguridad, la cual toma cuerpo, posteriormente, cuando se firma el Convenio del Sector de Seguridad, 1997-2000, al estar totalmente desarrollada la normativa sobre seguridad privada, momento en que deja de existir la distinción entre el “Vigilante de Seguridad”, a la cual se adscriben a partir del 1 de febrero de 1998, todos los empleados destinados a tareas de protección.

A partir de esta fecha, los guardas de seguridad y demás personal que hubiera venido ejecutando funciones de protección y control de inmuebles sin contar con los requisitos de habilitación contemplados en la legislación anterior a la Ley 23/92, habrá de acreditar estar en posesión de la habilitación regulada en este Cuerpo Legal, y, en caso contrario, dicho personal no podrá seguir desempeñando las referidas funciones, de donde se deduce que con anterioridad a dicha fecha los Guardas de Seguridad ostentaban una categoría profesional que conllevaba funciones diferentes con los Vigilantes de Seguridad, siendo

de aplicación el Convenio del Sector mencionado anteriormente.

En el referido Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad el artículo 1.a) se refiere al personal, clasificando al mismo, según la función, englobándose, entre otras, la Categoría Profesional de Vigilante Jurado de Seguridad y la de Guarda de Seguridad en un mismo grupo, el IV, relativo a “Personal Operativo”, si bien, encuadrándose cada una de estas dos categorías en bloques diferenciados, al subdividirse referido grupo en personal juramentado y no juramentado, perteneciendo la categoría de Vigilante Jurado de Seguridad al bloque de juramentado y la de Guarda de Seguridad al de no juramentado.

Por su parte, en el artículo 22 del mencionado precepto se define al Vigilante Jurado como aquel trabajador, mayor de edad, de nacionalidad española, con el servicio militar cumplido, o exento del mismo, que con aptitudes físicas e instrucciones, sin antecedentes penales y buena conducta, y reuniendo cuantos requisitos exija la legislación vigente, realice las funciones descritas en la misma; funciones entre las que se encuentra la vigilancia y protección de muebles e inmuebles y personas que se encuentran en los mismos, controles de identidad en el acceso, evitar comisión de actos delictivos o infracciones, poner a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, transporte de dinero, valores y objetos valiosos, prestación de servicios de respuesta en relación a servicios de alarma, protección y defensa de personas que tengan la condición de Autoridades Públicas para evitar agresiones o actos delictivos, lo que constituye funciones de vigilancia integral.

Por su parte, el Guarda de Seguridad es definido en el Convenio como el trabajador, mayor de edad, con aptitudes físicas e instrucción suficiente, sin antecedentes penales, que desempeña, uniformado o no y con medios de protección autorizados, las tareas de vigilancia preventiva en general, excepto aquellas que reglamentariamente correspondan de modo exclusivo al Vigilante Jurado de Seguridad; es decir, las tareas o funciones a realizar han de ser calificadas de vigilancia preventiva.

A mayor abundamiento, esta distinción de categorías, en base a las diferentes funciones, se refleja también a nivel de la retribución, ya que sólo los Vigilantes Jurados

perciben un plus de peligrosidad, precisamente por las posibilidades de siniestralidad que pueden tener en el desempeño de sus funciones.

Incluso cuando el art. 22 del convenio mencionado se refiere al Personal Operativo no juramentado, es decir, Contador-Pagador, Guarda de Seguridad y Operador de Central Receptora de Alarmas, al enumerar o definir sus funciones, exceptúa, en todas, las propias del Vigilante Jurado.

De todo lo cual se deduce que las funciones y Categoría de Guarda de Seguridad se aparejan más a la de los porteros de fincas, regulados en el epígrafe 113, en cuanto les corresponde la vigilancia de las dependencias y seguridad de los que habitan, funciones de vigilancia preventiva, que a los Vigilantes Jurados del epígrafe 116, analizadas anteriormente, por lo que ha de estimarse plenamente la demanda”.

Ahora bien, frente a esas sentencias, cabría oponer, también a título ejemplificativo, la dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de Aragón, de fecha 15 de diciembre de 1999, que en referencia al período de cotización de enero a junio de 1996, sostiene la tesis contraria a dichas sentencias, argumentando que “Así, mientras que en el 113 se refiere al personal directivo y técnico en trabajos exclusivos de oficina y empleados de oficina en general, no especificados en otros epígrafes, personal directivo y técnico en trabajos mixtos de oficina y explotación, porteros y encargados de servicio de ascensores, calefacción y personal subalterno en oficinas y establecimientos mercantiles, el epígrafe 116 se refiere, además de a los Agentes de la Autoridad Guardas Jurados, a los Guardas y Serenos de edificios y explotaciones mercantiles o industriales, como son, sin duda, los Guardas de Seguridad, cuyas funciones en modo alguno cabe equiparar a las de “porteros”. La conclusión a la que llega la actora de considerar porteros a los guardas de seguridad dejaría sin sentido la expresa inclusión en el epígrafe 116 de los guardas y serenos de edificios y explotaciones. A lo que ha de añadirse que, como con acierto se afirma en la resolución impugnada, no es exclusivamente la interpretación literal de los epígrafes la que lleva a la conclusión de la aplicabilidad a los guardas de seguridad del epígrafe 116, sino también la teleológica, pues –siguiendo los términos de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de julio de

1994- estamos ante una norma reguladora de las primas a satisfacer para la cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y ello justificaría que la prima sea más elevada para las actividades incluidas en el epígrafe 116, que las del 113, al ser mayor el riesgo potencial en el ejercicio de su actividad del personal incluido en el primero que en el segundo”.

Ante este distinto posicionamiento jurisprudencial sobre la cuestión que se analiza, no cabe sino concluir en que estamos en presencia de una controversia no pacífica, al menos por lo que hace al estado de la cuestión con anterioridad al año 1997, y buena prueba de ello nos la da la conveniencia sentida por la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de dictar la Instrucción o Circular de fecha 15 de septiembre de 1997 en la que se analiza la cuestión, concluyendo que debe aplicarse el epígrafe 116 a las categorías de Vigilantes Jurados y Guardas de Seguridad clasificados y definidos en el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad dentro del Grupo de Personal Operativo, así como a cualesquiera otras que realicen actividades o funciones similares o análogas con otro nombre no consignadas en la clasificación del Convenio.

Siendo ello así, aún cuando es parecer de este Tribunal que la solución jurídica al dilema no debe partir tanto del contraste de las categorías de Vigilante Jurado y Guarda de Seguridad, como de la comparación entre las funciones que tienen encomendadas los Guardas Jurados y las que son propias de aquellas categorías profesionales a que alude el epígrafe 113, y fundamentalmente el factor riesgo que conlleva la actividad de aquellos, que no se da en las actividades comprendidas en dicho Epígrafe, y ello en la línea de la argumentación de la referida sentencia del TSJ de Aragón, no obstante, debe reiterarse que estamos ante una cuestión no pacífica, al menos en el estadio normativo correspondiente al tiempo en que se dice haber cometido la infracción imputada, o lo que es lo mismo, que la empresa demandante ajustó su comportamiento a una interpretación razonable, o si se quiere de una racional y fundada discrepancia jurídica sobre la aplicación de uno u otro epígrafe de cotización, propiciatoria de un error de derecho que en cuanto inspirador de aquel comportamiento excluye el elemento de la culpabilidad, lo que debe llevarnos a la estimación del recurso.

III.- No hay méritos apreciables para hacer una expresa condena en costas, por aplicación del art. 131 de la Ley Jurisdiccional.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "S.I., S.A." contra resolución de 06.10.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 511/1997, expediente número 498/1998, dictado por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES y, en consecuencia anulamos las resoluciones recurridas, dejando sin efecto la sanción impuesta, sin hacer mención especial de las costas procesales.

3324 Recurso nº 03/9.421/1998

S.CA. INFRACCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDADE SOCIAL. INDEBIDA INCLUSIÓN EN EPÍGRAFE DE PRIMAS DE COTIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO E ENFERMIDADE PROFESIONAL. INFRACCIÓN INEXISTENTE.

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

A Coruña, a dieciocho de enero de dos mil dos.

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 03/9.421/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "S.I., S.A.", con N.I.F... domiciliado en (Madrid), representada y dirigida por el letrado don J.C.R.D.G., contra resolución de 11.09.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 512/1997, expediente 13.443/1997. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida

por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 130.000 pesetas.

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 nueve de enero de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- La infracción imputada a la empresa demandante por las resoluciones que aquí se impugnan es la tipificada en el art. 14.1.5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, con fundamento en que la demandante venía incluyendo a los trabajadores con categoría profesional de guardas de seguridad (se refiere a las anualidades 1995 y 1996, siendo la fecha de la visita de inspección el 31 de enero de 1997), en el epígrafe 113 del R.D. 2.930/79, que revisa la tarifa para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, epígrafe previsto para el personal directivo y técnico en trabajos exclusivos de oficina y empleados de oficina el general no especificados en otros epígrafes, porteros y encargados de servicios de ascensores y calefacción y personal subalterno de oficinas y establecimientos mercantiles, en vez del epígrafe 116, previsto para guardas y serenos de edificios y explotaciones mercantiles o industriales, agentes de la autoridad y guardas jurados, en contra de lo dispuesto en el documento de asociación de accidentes de trabajo suscrito con la Mutua "F." presentado por la empresa.

Aduce la demandante con carácter principal que la cotización era “absolutamente correcta”, y de forma subsidiaria, aunque no lo fuera no sería merecedora de sanción, pues se trataba de un tema sumamente discutible, por lo que no era de apreciar la voluntad de violar la ley, argumentando en tal sentido que a la empresa demandante le fuera levantada por la Inspección de Trabajo de Madrid un acta de liquidación en el año 1993 por diferencias salariales, en la que el Inspector actuante considerara a los Guardas de Seguridad como encuadrados en el epígrafe 113.

II.- En apoyo de la pretensión principal, trajo la demandante a autos sendas copias de ocho sentencias dictadas por otros tantos Juzgados de lo Contencioso-administrativo (Albacete, Alicante, Badajoz, Bilbao, Las Palmas de Gran Canaria y Valladolid), que estimaran los recursos contencioso-administrativos que formulara la aquí demandante contra actas de liquidación y que consideraran apropiada la aplicación del epígrafe 113 a la categoría laboral de “Guardas de Seguridad”-

Pues bien, siendo prácticamente coincidente la argumentación jurídica que se contienen en dichas sentencias, tomamos como ejemplificativa la contenida en la sentencia de fecha 19 de junio de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de los de Bilbao, que pasamos a transcribir:

“Así pues, las funciones que enumera el artículo 116 del Real Decreto mencionado son las de “Guardas y serenos de edificios y explotaciones mercantiles e industriales. Agentes de la Autoridad y Guardas Jurados. Alguacil de Ayuntamiento. Celadores. Personal Subalterno de Escuelas Profesionales varias. Vigilantes Nocturnos. Miembros de mesas electorales”; por su parte, las que enumera el epígrafe 113 son las de “Personal Directivo o Técnico en Trabajos exclusivos de Oficina. Trabajos mixtos de oficina y explotación. Porteros y encargados de servicios y ascensores, calefacción y personal subalterno en Oficinas y Establecimientos Mercantiles”.

De tal manera, que, cuando fue publicada la tarifa de primas de cotización para Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales el día 8 de enero de 1980, aún no existía la categoría profesional de Guarda de Seguridad, la cual toma cuerpo, posteriormente, cuando se firma el Convenio del Sector de Seguridad, 1997-2000, al estar totalmente desarrollada la normativa sobre seguridad privada,

momento en que deja de existir la distinción entre el “Vigilante de Seguridad”, a la cual se adscriben a partir del 1 de febrero de 1998, todos los empleados destinados a tareas de protección.

A partir de esta fecha, los guardas de seguridad y demás personal que hubiera venido ejecutando funciones de protección y control de inmuebles sin contar con los requisitos de habilitación contemplados en la legislación anterior a la Ley 23/92, habrá de acreditar estar en posesión de la habilitación regulada en este Cuerpo Legal, y, en caso contrario, dicho personal no podrá seguir desempeñando las referidas funciones, de donde se deduce que con anterioridad a dicha fecha los Guardas de Seguridad ostentaban una categoría profesional que conllevaba funciones diferentes con los Vigilantes de Seguridad, siendo de aplicación el Convenio del Sector mencionado anteriormente.

En el referido Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad el artículo 1.a) se refiere al personal, clasificando al mismo, según la función, englobándose, entre otras, la Categoría Profesional de Vigilante Jurado de Seguridad y la de Guarda de Seguridad en un mismo grupo, el IV, relativo a “Personal Operativo”, si bien, encuadrándose cada una de estas dos categorías en bloques diferenciados, al subdividirse referido grupo en personal juramentado y no juramentado, perteneciendo la categoría de Vigilante Jurado de Seguridad al bloque de juramentado y la de Guarda de Seguridad al de no juramentado.

Por su parte, en el artículo 22 del mencionado precepto se define al Vigilante Jurado como aquel trabajador, mayor de edad, de nacionalidad española, con el servicio militar cumplido, o exento del mismo, que con aptitudes físicas e instrucciones, sin antecedentes penales y buena conducta, y reuniendo cuantos requisitos exija la legislación vigente, realice las funciones descritas en la misma; funciones entre las que se encuentra la vigilancia y protección de muebles e inmuebles y personas que se encuentran en los mismos, controles de identidad en el acceso, evitar comisión de actos delictivos o infracciones, poner a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delinquentes en relación con el objeto de su protección, transporte de dinero, valores y objetos valiosos, prestación de servicios de respuesta en relación a servicios de alarma, protección y defensa de personas que tengan la condición

de Autoridades Públicas para evitar agresiones o actos delictivos, lo que constituye funciones de vigilancia integral.

Por su parte, el Guarda de Seguridad es definido en el Convenio como el trabajador, mayor de edad, con aptitudes físicas e instrucción suficiente, sin antecedentes penales, que desempeña, uniformado o no y con medios de protección autorizados, las tareas de vigilancia preventiva en general, excepto aquellas que reglamentariamente correspondan de modo exclusivo al Vigilante Jurado de Seguridad; es decir, las tareas o funciones a realizar han de ser calificadas de vigilancia preventiva.

A mayor abundamiento, esta distinción de categorías, en base a las diferentes funciones, se refleja también a nivel de la retribución, ya que sólo los Vigilantes Jurados perciben un plus de peligrosidad, precisamente por las posibilidades de siniestralidad que pueden tener en el desempeño de sus funciones.

Incluso cuando el art. 22 del convenio mencionado se refiere al Personal Operativo no juramentado, es decir, Contador-Pagador, Guarda de Seguridad y Operador de Central Receptora de Alarmas, al enumerar o definir sus funciones, exceptúa, en todas, las propias del Vigilante Jurado.

De todo lo cual se deduce que las funciones y Categoría de Guarda de Seguridad se aparejan más a la de los porteros de fincas, regulados en el epígrafe 113, en cuanto les corresponde la vigilancia de las dependencias y seguridad de los que habitan, funciones de vigilancia preventiva, que a los Vigilantes Jurados del epígrafe 116, analizadas anteriormente, por lo que ha de estimarse plenamente la demanda".

Ahora bien, frente a esas sentencias, cabría oponer, también a título ejemplificativo, la dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo de Aragón, de fecha 15 de diciembre de 1999, que en referencia al período de cotización de enero a junio de 1996, sostiene la tesis contraria a dichas sentencias, argumentando que "Así, mientras que en el 113 se refiere al personal directivo y técnico en trabajos exclusivos de oficina y empleados de oficina en general, no especificados en otros epígrafes, personal directivo y técnico en trabajos mixtos de oficina y explotación, porteros y encargados de servicio de ascensores, calefacción y personal subalterno en oficinas y establecimientos mercantiles, el epígrafe 116 se refiere, además de a los Agentes de la Autori-

dad Guardas Jurados, a los Guardas y Serenos de edificios y explotaciones mercantiles o industriales, como son, sin duda, los Guardas de Seguridad, cuyas funciones en modo alguno cabe equiparar a las de "porteros". La conclusión a la que llega la actora de considerar porteros a los guardas de seguridad dejaría sin sentido la expresa inclusión en el epígrafe 116 de los guardas y serenos de edificios y explotaciones. A lo que ha de añadirse que, como con acierto se afirma en la resolución impugnada, no es exclusivamente la interpretación literal de los epígrafes la que lleva a la conclusión de la aplicabilidad a los guardas de seguridad del epígrafe 116, sino también la teleológica, pues –siguiendo los términos de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de julio de 1994– estamos ante una norma reguladora de las primas a satisfacer para la cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y ello justificaría que la prima sea más elevada para las actividades incluidas en el epígrafe 116, que las del 113, al ser mayor el riesgo potencial en el ejercicio de su actividad del personal incluido en el primero que en el segundo".

Ante este distinto posicionamiento jurisprudencial sobre la cuestión que se analiza, no cabe sino concluir en que estamos en presencia de una controversia no pacífica, al menos por lo que hace al estado de la cuestión con anterioridad al año 1997, y buena prueba de ello nos la da la conveniencia sentida por la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de dictar la Instrucción o Circular de fecha 15 de septiembre de 1997 en la que se analiza la cuestión, concluyendo que debe aplicarse el epígrafe 116 a las categorías de Vigilantes Jurados y Guardas de Seguridad clasificados y definidos en el Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad dentro del Grupo de Personal Operativo, así como a cualesquiera otras que realicen actividades o funciones similares o análogas con otro nombre no consignadas en la clasificación del Convenio.

Siendo ello así, aún cuando es parecer de este Tribunal que la solución jurídica al dilema no debe partir tanto del contraste de las categorías de Vigilante Jurado y Guarda de Seguridad, como de la comparación entre las funciones que tienen encomendadas los Guarda Jurados y las que son propias de aquellas categorías profesionales a que alude el epígrafe 113, y fundamentalmente el factor riesgo que conlleva la actividad de aquellos, que no se da en las

actividades comprendidas en dicho Epígrafe, y ello en la línea de la argumentación de la referida sentencia del TSJ de Aragón, no obstante, debe reiterarse que estamos ante una cuestión no pacífica, al menos en el estadio normativo correspondiente al tiempo en que se dice haber cometido la infracción imputada, o lo que es lo mismo, que la empresa demandante ajustó su comportamiento a una interpretación razonable, o si se quiere de una racional y fundada discrepancia jurídica sobre la aplicación de uno u otro epígrafe de cotización, propiciatoria de un error de derecho que en cuanto inspirador de aquel comportamiento excluye el elemento de la culpabilidad, lo que debe llevarnos a la estimación del recurso.

III.- No hay méritos apreciables para hacer una expresa condena en costas, por aplicación del art. 131 de la Ley Jurisdiccional.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "S.L., S.A." contra resolución de 11.09.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 512/1997, expediente número 13.443/1997, dictado por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES y, en consecuencia anulamos las resoluciones recurridas, dejando sin efecto la sanción impuesta, sin hacer mención especial de las costas procesales.

3325 Recurso nº 6.190/01

S.S. JURISDICCION ESPAÑOLA: COMPETENCIA. EMPRESA MIXTA HISPANO-ARXENTINA. CONTRATO DE EMBARQUE REALIZADO EN ESPAÑA. DESPEDIMIENTO POR FORZA MAIOR. GRUPO DE EMPRESAS: DOCTRINA XERAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Coteló

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

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 6.190/2001 interpuesto por don J.B.F. y las empresas "A.S.A." y "P.S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 517/01 se presentó demanda por don J.B.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado las empresas "A., S.A." y "P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de octubre de 2001 por el Juzgado de referencia que ESTIMÓ parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- El demandante don J.B.F., mayor de edad y con D.N.I...., viene prestando servicios para la empresa "A., S.A.", desde el día 16.02.98, con la categoría profesional de jefe de máquinas y un salario mensual de 400.000 pts. incluido prorrateo de pagas extraordinarias./2º.- Por medio de telegrama 23.07.01 la empresa comunica al actor lo siguiente: "comunicamos a Ud. que por motivos de fuerza mayor generados por las restricciones impuestas por la Disposición 4/99 de la Subsecretaría de Pesca de la República Argentina, limitando el embarco de oficiales extranjeros, nos vemos en la obligación de prescindir de sus servicios"/3º.- Presentada la papeleta de conciliación ante el SMAC el día 03.08.01, la misma tuvo lugar en fecha 13.08.01 con el resultado de sin avenencia con respecto a la mercantil "P., S.A." y sin efecto con respecto a "A., S.A.", presentando demanda el actor el día 27.08.01./4º.- El actor firmó contrato de embarque en Vigo, con la empresa "A., S.A.", obrante al folio 79 de las actuaciones, el cual damos aquí por reproducido, recogiendo los billetes de avión para el traslado a Argentina./5º.- La empresa "A., S.A." fue constituida en Buenos Aires, Argentina a medio de escritura de fecha 05.05.88, y con domicilio social en dicha capital. La misma está participada por "P., S.A.", conformando ambas, junto con otras múltiples mercantiles, un grupo de empresas. "A., S.A." es una empresa mixta inscrita en el Registro de Empresas Pesqueras en Países Terceros de la Secretaría General de Pesca Marítima con el nº. 69. Empresas./6º.- En los archivos informáticos de la Seguridad Social española, constan ambas empresas con el mismo domi-

cilio. Las nóminas correspondientes a los meses de mayo, junio y julio/01 fueron abonadas por caja por parte de la empresa "P., S.A.". Durante dicho período el actor se encontraba en situación de I.T., encargándose de la gestión de dicha prestación la empresa "P., S.A." El actor cotiza en España por cuenta de la empresa "A., S.A.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don J.B.F., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 23.07.01 por parte de la empresa "A., S.A.", a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 2.061.370 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; absolviendo a la empresa "P., S.A." de las pretensiones en su contra deducidas".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por don J.B.F., declaró improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 23.07.01 por parte de la empresa "A., S.A." a la que condenó a que en el plazo de cinco días desde la notificación de dicha resolución optase entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 2.061.370 pesetas, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, con la advertencia a la citada empresa de que, en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión y absolviendo a la empresa "P., S.A." de las pretensiones en su contra deducidas, se alcanzan en suplicación tanto el demandante como la parte demandada.

SEGUNDO.- Como quiera que de prosperar el recurso articulado por la parte

demandada quedaría falta de toda consistencia la tesis argumental auspiciada por el interponente Sr. B.F., deviene procedente alterar el orden lógico de las cosas y comenzar por la resolución del recurso interpuesto por la patronal demandada y, así las cosas, cabe establecer que, dicha parte formula recurso de suplicación a través de un único motivo, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando, en sede jurídica, la infracción por aplicación indebida del artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial e infracción, por inaplicación de los artículos 4.3 y 6.2 del Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 y suscrito por España el 18 de mayo de 1992, así como la infracción del artículo 9.3 de la Constitución Española y del artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretendiendo, en síntesis, que se declare la incompetencia de los Tribunales Españoles para la resolución del presente litigio.

Conviene tener presente que aún cuando al suscitarse una cuestión de competencia la Sala tiene facultades para analizar sin cortapisa alguna los diversos elementos de prueba llevados a cabo en autos sin sujetarse al relato histórico de la sentencia impugnada - aun cuando se acepte en lo sustancial - y con pleno conocimiento de las pruebas practicadas, siendo así que de lo actuado llega este Tribunal a la consideración de que la empresa "A., S.A." tiene el carácter de empresa mixta, inscrita en el Registro de Empresas Pesqueras en Países Terceros de la Secretaría General de Pesca Marítima, habiendo sido constituida en Buenos Aires (Argentina) a medio de escritura de fecha 05.05.88 y estando participada por "P., S.A.", conformando, junto con otras empresas un grupo empresarial, así como que el contrato de embarque llevado a cabo entre el actor y aquella entidad mercantil, fue suscrito en la Ciudad de Vigo, como resulta de la testifical de autos y en todo caso, de lo actuado, cabe apreciar concurrente una oferta precedente al contrato recibida en España por el trabajador aquí demandante, lo que, sin soslayar las circunstancias relativas a que la empresa en cuestión figura inscrita como empresario y con el mismo domicilio que la codemandada "P., S.A.", según resulta de los archivos informáticos de la Seguridad Social Española y cotiza a dicho Organismo por el actor, a tenor de la documental de autos, determina que los hechos sean incardinables en el ámbito del artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial y, por ende, que sean competentes los Tribunales Españoles para la substanciación del presente procedimiento, a lo que no es óbice el hecho de que en el punto 10º del clausulado del contrato de embarque se haga referencia a que “este contrato se rige por la legislación de la República Argentina y, por tanto, cualquier cuestión sea o no litigiosa, está sujeta a sus leyes”, habida cuenta de que, como refleja, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 20.11.98, el antes citado artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “establece la competencia - y naturalmente, la previa jurisdicción - de los Tribunales Españoles en el orden social, atendiendo a un triple criterio: a) Personal, exteriorizado en el hecho de que el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España, o en el dato de que el trabajador y empresario tengan nacionalidad española, cualesquiera que sea el lugar de prestación de servicios o de celebración del contrato. b) Territorial, concretado en que la prestación laboral se haya cumplido en España o en que el contrato se haya celebrado en territorio español. c) De defensa del trabajador español en el caso especial del contrato de embarque, cuando - aparte de los criterios expuestos - el contrato fuera precedido de una oferta recibida en España por el trabajador español”, siendo así que, como refleja la sentencia del Tribunal Supremo de 24.04.00, “como se explica con detalle en las citadas sentencias precedentes de esta Sala de 17 de julio, 29 de septiembre y 20 de noviembre de 1998, una cosa es la determinación del régimen jurídico-laboral o conjunto de normas sustantivas aplicables a los contratos de trabajo en los que se incluye un elemento de extranjería, cuestión regulada en el Convenio de Roma de 1980 y en varias disposiciones de derecho interno (artículo 10.6 del Código Civil, artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores, Ley 45/1999 de 19 de noviembre, sobre desplazamientos transnacionales de trabajadores), y otra cosa distinta es la determinación de los Organos Jurisdiccionales que hayan de resolver los litigios derivados del cumplimiento o ejecución de los contratos de trabajo”, y ha de tenerse presente (como se colige de diversas resoluciones de los Tribunales, por todas la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10.12.98) que en supuestos de aplicabilidad exclusiva de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe concluirse manteniendo la nulidad de la cláusula de sumisión expresa de las partes a los Tribunales extranjeros, cuando del artículo 25 Ley Orgánica del

Poder Judicial se deduce con toda evidencia la competencia de los españoles, pues esa norma es imperativa y, no habiendo establecido la posibilidad de este tipo de cláusulas, ha de entenderse que la atribución de competencia a la jurisdicción española no es materia disponible por la voluntad de los contratantes, de manera que, en atención a lo hasta ahora expuesto, deviene procedente la desestimación de las pretensiones auspiciadas por la parte demandada en orden a que se declarase la incompetencia de los Tribunales Españoles para la resolución del presente litigio.

TERCERO.- Una vez substanciado lo procedente en relación con el recurso planteado por la parte demandada, entrando a resolver acerca de las pretensiones deducidas por la parte actora frente a la resolución “a quo”, cabe expresar que dicha parte articula su recurso de suplicación en base a tres motivos.

En el primero de dichos motivos, con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la modificación de los hechos declarados probados, solicitando, en un primer apartado, la revisión del ordinal segundo a fin de que se añada al texto original el párrafo consistente en “No habiendo obtenido la previa autorización administrativa de la autoridad laboral para proceder al despido por causa de fuerza mayor”, aseverando que debe añadirse el texto que propuso “porque ninguna de las demandadas aportó prueba que acreditase que hubiesen solicitado autorización administrativa previa necesaria para los supuestos de despido por causa de fuerza mayor.”.

Como ha venido estableciendo reiteradamente esta propia Sala, haciéndose eco de inveterada doctrina, “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”, lo que es tanto como decir que, salvo los supuestos en que, la parte recurrente, apoye su pretensión revisoria en prueba hábil - necesariamente documental y/o pericial - ha de rechazarse la modificación de la parte sin que la mera invocación de la inexistencia de prueba constituya base asaz para el éxito de la solicitud de revisión; en consecuencia, ha de rechazarse la modificación del ordinal segundo que permanecerá inalterado en su redacción.

CUARTO.- En el apartado II del propio motivo primero del recurso, la parte actora interesa que se añada al hecho probado quinto, a partir del primer punto y seguido, el texto consistente en: “La cual actúa con el mismo CIF y con el domicilio en España de “P., S.A.” en ..., ostentando aquella la nacionalidad española como consta en los archivos informáticos de la Seguridad Social, en la lista de empresas españolas en Argentina de la Cámara española de Comercio de la República Argentina y en las noticias publicadas en el Diario Argentino La Nación”, apoyando su pretensión en los documentos de los folios 215 a 212 (sic) y 225 a 227; folios 42 y 43 y 19, 20, 22, 23, 33, 35, 69 a 71 y 251, ha de desestimarse la revisión pues, por más que en el ordinal sexto ya se hace mención de que ambas empresas constan con el mismo domicilio, la documental invocada no pone de manifiesto la concurrencia de error de la Juez de instancia en la valoración e interpretación de los diversos elementos de prueba llevados a cabo en autos, habiendo hecho uso de las facultades que le confiere, a tal efecto, el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

QUINTO.- En relación con el propio hecho probado quinto, con el mismo amparo procesal, interesa la parte actora que se añada al final del citado ordinal el párrafo siguiente: “Como así certifica con fecha 15 de julio de 1999 don F.I.J. en su condición de Director de Personal y de RRHH de “P., S.A.” en donde se informa también de que don J.B.F. es personal fijo de “A., S.A.””, apoyando su pretensión en el documento del folio 214 de los autos, siendo así que no deviene procedente acoger la

primera parte del texto alternativo ofrecido pues el ordinal quinto ya recoge las consideraciones a que llega la Juzgadora de instancia en orden a la naturaleza de la empresa en cuestión, a la que, asimismo, se refiere en el fundamento jurídico primero, si bien no hay inconveniente en añadir el párrafo final del texto en orden a que el actor es personal fijo de “A., S.A.”.

SEXTO.- Constituyendo el apartado III del motivo primero, interesa el recurrente que se añada al ordinal sexto el párrafo siguiente: “No obstante cotizó por la empresa “C., S.A.” (Grupo “P., S.A.”) durante el mes de octubre de 1998 aún estando embarcado en el buque ... propiedad de “A., S.A.””, en base a la documental de los folios 212 y 213 y 228 a 233; 47, 49, 51, 53 y 55, siendo así que ha de rechazarse la pretensión revisoria pues no se pone de manifiesto la concurrencia de error en la apreciación de la prueba llevada a cabo en la sentencia “a quo”, siendo de destacar que la consideración de la existencia de grupo empresarial ya viene contemplada en el relato histórico de aquella resolución, sin que tal circunstancia fuese negada en momento alguno por la parte demandada.

SÉPTIMO.- En el motivo segundo del recurso, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en sede jurídica, denuncia el demandante la infracción de normas sustantivas y de la Jurisprudencia, considerando vulnerado el artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral y la doctrina Jurisprudencial a que se refirió.

No ha de tener éxito la censura jurídica a que se contrae el motivo en cuestión pues en el presente supuesto, a tenor de la propia demanda rectora del proceso, se desprende que lo solicitado es la declaración de nulidad y subsidiariamente improcedencia del despido de que fue objeto el actor, en tanto que el artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral se incardina en el libro 2º, capítulo IV, sección 2ª, de la Ley de Procedimiento Laboral, bajo el epígrafe “Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción”, y por más que dista de constituir un precepto de carácter sustantivo, en el sentido a que se refiere el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, no es menos cierto que contempla una situación, relativa a la extinción colectiva de contratos de trabajo por las causas a que allí se hace mención, lo que conforma una situación asaz diferente a la del presente caso.

OCTAVO.- Por último, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina Jurisprudencial, pretendiendo, en esencia, que ha quedado probada la existencia de datos y circunstancias que, en su opinión, justificarían la condena solidaria de ambas empresas demandadas.

No ha de tener éxito la pretensión auspiciada por la parte actora pues de lo actuado, aún acreditada, como se expresó, la existencia de un grupo empresarial no concurren las circunstancias que justificasen la condena solidaria de ambas empresas codeemandadas pues, siendo criterio jurisprudencial reiterado el de que la responsabilidad solidaria entre las sociedades que pertenecen a un grupo de empresas, en atención al cumplimiento de las obligaciones contraídas por cualquiera de ellas, aparece cuando se aprecia confusión de patrimonios sociales entre todas o algunas de las sociedades integradas o se produce un funcionamiento integrado y unitario del grupo o se evidencie confusión entre las plantillas de las diferentes empresas, y tengan una apariencia externa unitaria utilizando abusivamente la personalidad jurídica de cada una de ellas en perjuicio de los trabajadores, buscando la dispersión o elusión de las responsabilidades laborales, no es predicable en el presente caso la concurrencia de dichas circunstancias, y como expresó este propio Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia, entre otras, de 18.09.00, “Esta Sala en sentencia de fecha 24 de julio del corriente año (AS 2.000, 2.123) –recurso núm. 3.138/2000– ha declarado que es doctrina jurisprudencial muy consolidada (STS de 24.07.89, 22.01.90, 30.01.90, S. 03.05.90, 19.11.90 y 26.11.90 y 30.06.93 y 26.01.98) la que ha señalado que el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación de la Jurisprudencia en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS. Así, «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales» (Sentencia de 30.01 y 09.05.90 y 30 junio 1993). No puede olvidarse que, como señala la Sentencia de 30 junio 1993, «los componen-

tes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son». La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia del TS ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS. 6 mayo 1981 y 8 octubre 1987); b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 marzo 1985 y 7 diciembre 1987); c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 diciembre 1985; 3 marzo 1987; 8 junio 1988; y 1 julio 1989); d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. 19 noviembre 199; y 30 junio 1993). Y todo ello teniendo en cuenta 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» (SS. 26 noviembre 1990 ; y 30 junio 1993)”, siendo así que, en aplicación de la doctrina antedicha, no acreditándose la concurrencia de circunstancias que, constituyendo una disminución de las garantías del trabajador o le irrogasen consecuencias perjudiciales, sin que tampoco se evidencie que los hechos sean susceptibles de constituir un despido nulo de los contemplados en el artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, deviene procedente la desestimación del recurso de duplicación interpuesto por la parte demandante.

NOVENO.- En consonancia con lo hasta ahora expuesto, rechazados por las razones antedichas, los respectivos recursos articulados por las partes litigantes, ha de confirmarse la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando los respectivos recursos de suplicación interpuestos por la parte demandante y demandada, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de fecha 5 de octubre de 2001, en autos nº 517/01, sobre despido, seguidos a instancia de don J.B.F. frente a las empresas "P., S.A." y "A., S.A.", confirmamos la resolución de instancia. Dese a los depósitos, si los hubiere, el destino correspondiente. Se imponen a la parte demandada los honorarios del letrado de la parte actora como impugnante del recurso de la parte empresarial, en cuantía de 25.000 ptas.

3326 Recurso nº 8.679/1997

S.CA. SUBVENCIÓN POR CONVERSION DE CONTRATO TEMPORAL EN INDEFINIDO. APLICACIÓN ÓS CONTRATOS EN PRÁCTICAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

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

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 8.679/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "B.D.G., S.A.", con D.N.I... domiciliado en (Vigo), representado por don L.S.G. y dirigido por el Letrado don I.R.N., contra Resolución de 21.04.97 desestimatoria de solicitud de ayuda para la contratación del trabajador en prácticas don C.S.M.A. por no reunir el trabajador los requisitos legales de poseer título habilitante para celebrar el contrato. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 550.000 pesetas.

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 enero de 2002, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El presente recurso tiene como objeto determinar si la resolución impugnada de fecha 21 de abril de 1997 dictada por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, recaída en el expediente 1.416, incoado a solicitud del recurrente en petición de las ayudas previstas en la Ley 22/92 por la contratación del trabajador don C.S.M.A., en virtud de la que se le deniega tal solicitud de subvención para la contratación fija del citado trabajador es conforme a Derecho o no.

La parte actora como basamento de su recurso alega, básicamente, que la resolución por la que se rechaza la subvención para la transformación de contrato en indefinido del trabajador de referencia carece de sustento legal, al poseer el trabajador el título habilitante para la práctica profesional en los términos del R.D. 1.992/84, de 31 de octubre. Que la plantilla sí experimentó incremento respecto de la del año precedente esta Sala tuvo ocasión de declarar en sentencia de fecha 30 de octubre de 1996, dimanante del recurso 8.333/94, entablado entre las mismas partes que el presente y en el que se habían esgrimido sendos motivos que aquí se reiteran.

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 debe recordarse, es que la norma de aplicación no excluye a los contratos en formación de las ayudas que pretenden fomentar la transformación de contratos temporales en indefinidos, pues con ser el contrato en prácticas un contrato formativo (genérico), el argumento esgrimido por la empresa recurrente merece ser atendido.

El primero de los motivos referente a la titulación, en efecto, la certificación académica personal por parte del secretario del "I.B.S.I." de Vigo es revelador de que ha superado los estudios correspondientes a la titulación equivalente a Bachiller superior según la legislación vigente en el momento de su obtención.

En relación al segundo de los motivos la sentencia de referencia de esta Sala con resultado estimatorio es exponente de que tal motivo se cumplió por parte de la entidad recurrente, sentencia cuyos razonamientos dispensan de un mayor análisis del motivo.

Por lo precedentemente razonado ha de estimarse 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, haría preceptiva su imposición.

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

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso Contencioso-Administrativo número 8.679/1997, interpuesto por don L.S.G., Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad mercantil "B.D.G." contra la resolución impugnada de fecha 21 de abril de 1997 dictada por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo, recaída en el expediente 1.416, incoado a solicitud del recurrente en petición de las ayudas previstas en la Ley 22/92 por la contratación del trabajador don C.S.M.A., en virtud de la que se le deniega tal solicitud de subvención para la contratación fija del citado trabajador; en consecuencia se declara la nulidad de la misma y se condena a la administración al pago de la ayuda que interesa; sin hacer expresa imposición de costas.

3327 Recurso nº 6.024/01

S.S. CUESTIÓN DE FALSEDADE DOCUMENTAL QUE NON TEN INFLUENCIA DECISIVA NO PLEITO: NON PROCEDE A SUSPENSIÓN. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE. FALTAS DE ASISTENCIA XUSTIFICADAS E EMBRIAGUEZ QUE NON SE PROBA HABITUAL.

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

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

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. 6.024/01 interpuesto por Empresa "P.V.C." 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 don A.C.V. en reclamación de despido siendo demandado Empresa "E.P.V.C." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 634/01 sentencia con fecha dieciséis de octubre 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.- El actor don A.C.V. viene prestando sus servicios para la empresa "P.V.C." desde el 14.05.93 con la categoría profesional de dependiente de estanco y percibiendo un salario mensual de 415.950 ptas. con inclusión de prorrates de pagas extraordinarias. Segundo.- La empresa demandada comunicó al actor el 24.07.01 carta fechada el 18.07.01 en el sentido siguiente: "Muy Sr. Mío: Por medio de la presente le comunico que con fecha 19.07.01 esta empresa procede a su despido disciplinario por las siguientes razones, ello al amparo de lo dispuesto en el art. 54 del ET: 1º.- Su ausencia del puesto de trabajo

desde el 18.06.01, pues no consta a esta empresa que desde dicha fecha se encuentre Vd. en situación de IT al no remitir ningún parte de confirmación de baja médica. 2º.- Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo, como haber cerrado el estanco durante los días en dos ocasiones, sin autorización, en los meses de abril y mayo del año en curso, negarse a facilitar información acerca de la marcha del mismo y, en definitiva, no rendir cuentas a la titular, entre otros motivos. 3º.- Embriaguez habitual que le repercutió negativamente en el trabajo. Queda a su disposición la liquidación correspondiente, que asciende a la cantidad de 180.905 ptas., importe que, siguiendo sus instrucciones, se le abonará por medio de transferencia bancaria en la cuenta corriente que designe, liquidación practicada según el siguiente desglose: Paga extra, 46.295 ptas.; Indem. Enfermedad 01.07.01 – 19.07.01, 197.576 ptas.; Descuentos (Seg. Social, Acc. Trabajo IRPF nóminas, IRPF p. extras), 62.966 pta. Total: 180.905 ptas. Asimismo, le comunicamos que tiene a su disposición en las oficinas de la Gestoría “E., S.L.” el certificado de empresa, finiquito y última nómina”. Tercero.- El actor y la empresa firmaron contrato de trabajo a tiempo parcial el 14.05.93 indicando que la jornada sería de 12 horas semanales respecto de las 40 horas habituales en los estancos. Cuarto.- Consta que al actor se le realizó la prueba de alcoholemia el 22.04.01 y dio como resultado 0,42 mgr./l. y 0,49 mgr./l. a las 19,38 horas y 19,52 horas. Quinto.- El 25.08.00 la Policía Local de A Coruña se personó en el estanco donde prestaba sus servicios el actor, sobre las 23,25 horas, encontrándolo en el suelo, en estado ebrio y durmiendo. Sexto.- El actor permaneció ingresado en el Centro “G. H.S.C.J.” de ... (Barcelona) desde el día 09.06.01. Figura dado de baja por I.T. por enfermedad común desde el 08.06.01 y consta envío certificado a la actora el 31.07.01 de partes de confirmación. Séptimo.- La Gestoría “E., S.L.” lleva la gestión del estanco donde presta servicios el actor desde, al menos, 10 años, y se encargaba de la confección de las nóminas, declaraciones a Hacienda y toda la documentación relativa al estanco, elaborando, incluso, algunas declaraciones de IRPF de la Sra. V.C.. Octavo.- En la nómina del actor se acredita que, en los meses de enero a junio de 2001, se establece una base de cotización por contingencias comunes de 415.950 ptas. e, igualmente en los TC1 de la empresa, nóminas y TC que se tienen por íntegramente reproducido. Noveno.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. Décimo.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 13.08.01 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 interpuesta por el actor don A.C.V. debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado por la empresa “P.V.C.” condenando al ésta a que, en el plazo de cinco días, opte entre la readmisión inmediata del actor, en las mismas condiciones existentes con anterioridad, o el abono de 5.095.388 ptas. en concepto de indemnización, más, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del alta médica hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 13.865 ptas./día”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda por despido interpuesto por el actor, declarando improcedente el despido efectuado por la empresa “P.V.C.” condenando a esta a que, en un plazo de cinco días, opte entre la readmisión inmediata del actor, en las mismas condiciones existentes con anterioridad, o el abono de 5.095.388 pesetas, en concepto de indemnización, más, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del alta médica hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 13.865 pesetas/día .

Y contra la indicada sentencia se interpone recurso de suplicación por la empresa demanda “P.V.C.” con amparo procesal en los apartados a) b) y c) del art. 191 de la LPL y en el primer motivo, al amparo del apartado a) del citado precepto, se solicita que se declare la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia y reponer los autos al estado anterior a que aquella se hubiere dictado, debiendo concederse el plazo establecido en la Ley de Procedimiento Laboral para aportar el auto de admisión a tramite de la querrela criminal interpuesta en su día, para posteriormente sus-

pende o procedemento en tanto non se dicte sentenza o recaiga auto de sobreseimiento en la causa penal, en segundo lugar se pretende a revisión fáctica e por último se denuncia infracción de normas sustantivas, solicitando en definitiva que se anule a sentenza de instancia, reponendo as actuacións ao momento procesal oportuno ao obxecto de que por el xulgador de instancia se proceda a conceder a esta parte o prazo de 8 días establecido en el artículo 86.2 de la Ley de Procedimiento Laboral para aportar ao procedemento o auto de admisión a trámite de la querrela criminal interpuesta por la aquí recurrente contra el actor, para posteriormente suspender toda actuación en tanto non se dicte sentenza o auto de sobreseimiento por el juzgado de instrucción correspondiente; o subsidiariamente e entrando en el fondo do recurso se desestime la demanda en su integridad declarando el despido como procedente .

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita la recurrente que se proceda a reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de infringir normas o garantías del procedimiento, y ello en base a que se alega por la recurrente en el acto de juicio, la falsificación por el actor de la firma de la recurrente en el documento que sirvió de base a aquel para pasar a traballar de 12 horas semanais a 40 horas semanais en el estanco propiedade de la empresaria, o sea se alega la falsedad de un documento de notoria influencia en el pleito "alegación que al ser desestimada por el juzgador de instancia, al estimar que dicho documento no tiene influencia en el pleito de despido" estima la recurrente que la sentenza de instancia lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que el xulgador se excede de las atribuciones que le concede la ley (incongruencia por exceso) al resolver en aquella sede sobre la validez o falsedad de los documentos tachados por esta parte de falsos .

Motivo que non se acoge, ya que para acceder a la suspensión pedida, es preciso que lo resuelto en vía penal sea trascendente a efectos de lo que se ha de decidir en este ámbito del Orden Social, transcendencia que aquí non se da; en consecuencia, el Juez «a quo» non incurrió en las infracciones jurídicas denunciadas en este motivo -en aplicación del art. 86.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 20 de junio de 1994, recurso 1.619/1993 (RJ 1994/5.455), sintetizando doctrina previa señala: «... El artículo 86 de la Ley de Procedimiento Laboral viene a reproducir en sus dos primeros apartados lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley de Procedimiento Laboral de 13 junio 1980 (RCL 1980/1.719 y ApNDL 8.311) sobre no incidencia en el proceso laboral de las cuestiones prejudiciales de orden penal, de tal manera que el seguimiento de causa criminal sobre los hechos debatidos non suspende la tramitación del juicio (artículo 86.1), salvo cuando se trate de falsedad de un documento de decisiva influencia en el pleito, en cuyo caso se seguirá la tramitación hasta el final y, suspendiendo el plazo para dictar sentencia, se dará oportunidade de acreditar la presentación de la oportuna querrela (art. 86.2). La no suspensión del proceso laboral por la apertura de causa criminal sobre los hechos debatidos ha sido justificada por las Sentencias del Tribunal Supremo, entre muchas, de 10 junio 1992 (RJ 1992/4.557) (no existencia de litispendencia) y 15 junio 1992 (RJ 1992/4.575) (distinta valoración de los mismos hechos por los órdenes social y penal), así como por el Tribunal Constitucional en Sentencias 24/1984, de 23 febrero (RTC 1984/24), 62/1984, de 21 mayo (RTC 1984/62) y 36/1985, de 8 marzo (RTC 1985/36), deixando clara la independencia de uno y otro orden jurisdiccional y la no vinculación entre sí de las resoluciones que cada uno dicte, aparte de que el enjuiciamiento que hace el Juez laboral versa sobre un incumplimiento contractual y el del órgano penal sobre una conducta antijurídica constitutiva de infracción punible. "La jurisdicción penal y la laboral persiguen fines diversos, operan sobre culpas distintas y non manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones una misma conducta" (Sentencia 36/1985)...

...Por otra parte, el artículo 86.3 de la Ley de Procedimiento Laboral establece una excepción al anterior principio, señalando que si una cuestión prejudicial penal diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por non haber participado el sujeto en el mismo, queda aberta la vía del recurso de revisión en contra de la sentenza laboral. Esta regulación viene a reconocer en ese caso una vinculación de la sentenza social respecto de la penal y responde a la afirmación de que "unos mismos hechos non pueden existir y deixar de existir para los órganos del Estado", contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1984, que a su vez cita la 77/1983, de 3

octubre (RTC 1983/77). Pero no toda sentencia absolutoria del órgano de lo criminal abre la vía de la revisión pues la absolución puede fundarse en falta de pruebas suficientes sobre la comisión de los hechos o en que éstos no sean constitutivos de infracción penal, etc., y en tales casos no opera lo dispuesto en el artículo 86.3, pues la previsión legal se ciñe exclusivamente a la inexistencia del hecho en su versión objetiva (no ocurrencia del mismo) y subjetiva (no participación del sujeto). Este precepto requiere la certeza sobre cualquiera de los dos hechos negativos que previene, sin que sea suficiente para que se abra el cauce de la revisión la absolución con base en que las pruebas carecen de fuerza para vencer la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978/2.836 y ApNDL 2.875), ni que los razonamientos jurídicos del Juez penal descarten la calificación de los hechos como infracción penal...».

En el particularismo del caso de autos, como argumenta la parte impugnante del recurso, no se da la notoria influencia en el pleito, porque no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de ésta, como requiere la norma de referencia.

En efecto, el tal documento impugnado carece de trascendencia en el pleito de despido, por cuanto que, como acertadamente razona el juez "a quo" "no negada por las partes la relación laboral entre las mismas, ni impugnadas las nominas aportadas por el actor e incluso alguna por la empresa se acredita sobradamente el salario regulador a efectos de despido, sin que sea esencial acreditar la jornada a tiempo parcial o completo, (a que se refiere el documento impugnado, extremo éste que puede y debe decidirse sin esperar a la resolución penal correspondiente, por lo que se ha de desestimar tal motivo de impugnación.

TERCERO.- 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, y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.- En primer lugar, la modificación del HDP 10 y su sustitución por otro con el siguiente texto: "se celebró acto de conciliación ante el Smac el día 13.08.01 con el resultado de sin avenencia. En dicho acto el repre-

sentante legal de la demandada manifestó, entre otras alegaciones, que el trabajador cerro el estanco durante los meses de abril y mayo durante tres semanas" y la misma no puede prosperar, por cuanto que los documentos 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 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.

CUARTO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la parte recurrente infracción del artículo 54.2.a del ETT, así como infracción del mismo precepto legal en relación con el artículo 3.2 del RD 575/97, así como infracción del artículo 54.2 f del ETT, alegando en síntesis que consta acreditado que el actor se ausentó de su puesto de trabajo desde el 27.04.01 al 21.05.01, que asimismo consta también acreditado que el actor únicamente remitió por correo a la empresa el parte de baja de fecha 08.06.01 y posteriormente dos partes de confirmación, sin que desde el 18.06.01 constase entrega alguna de los partes de confirmación de la baja médica que supuestamente aquel sufría, y que asimismo resultado acreditado que el actor se embriagaba de forma habitual, repercutiendo esta situación negativamente en el trabajo.

Y respecto de la denunciada infracción del artículo 54 del ETT, por estimar que respecto de los hechos imputados, en concreto en primer lugar respecto de la ausencia del puesto de trabajo desde el 27.04.01 al 21.05.01, han de estimarse acreditados, decir que la parte suplicante da por sentado que la pretensión revisoria deducida que postulaba en el motivo fáctico 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 establezca 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 improcedente, 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 respecto de la ausencia al trabajo desde el 18.06.01 no han resultado acreditado por la demandada, por cuanto que como razona el juez de instancia el actor se encuentra de baja medica desde el 08.06.01, porque lo que su ausencia estaría justificada, constando además en el relato fáctico el envío certificado de partes de confirmación, no constando tampoco probada la ausencia de los dos días del mes de abril y mayo de 2001, y asimismo respecto de la tercera causa invocada, la embriaguez habitual, decir que de conformidad con lo establecido en el artículo 54.2 f) del ETT para que la misma sea causa de despido es necesario que la misma repercuta negativamente en el trabajo y que sea habitual, y en el supuesto de autos y según resulta del inmodificado relato fáctico al actor se le realizó una prueba de alcoholemia tras un accidente de tráfico y arrojo resultado de 0,42 y posterior de 0,49, y en otra ocasión la policía local se personó en el estanco a las 23:25 horas y se encontró al actor en estado ebrio y durmiendo, lo cual como razona acertadamente el juez a quo, no es suficiente para acreditar habitualidad, y menos repercusión negativa o perjuicio en el trabajo ,y ,cuando además se produjo en dos ocasiones puntuales fuera del horario de trabajo ,y otra en un control de alcoholemia posterior a un accidente de trabajo, por todo ello y no constando acreditadas algunas de las imputaciones efectuadas al actor y estimándose

se otras carecer de la trascendencia suficiente para dar lugar a la máxima sanción disciplinaria, por las razones antedichas, no puede apreciarse en la sentencia las infracciones denunciadas en el motivo por cuanto que el juez «a quo» correctamente desestimó la demanda por este motivo, al no acreditarse los hechos imputados y respecto de la embriaguez al no estar acreditada ni la habitualidad ni la repercusión en el trabajo, ni que esta se haya producido en el horario de trabajo, por lo que estimo 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.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la Empresa «P.V.C.» , contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña, de fecha dieciséis de octubre de dos mil uno, dictada en autos núm. 634/01 seguidos a instancia de don A.C.V. contra Empresa «P.V.C.» sobre despido, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Se decreta la pérdida del depósito para recurrir y el mantenimiento de las consignaciones efectuadas, condenándose a la empresa recurrente al pago de la cantidad de 25.000 ptas. en concepto de honorarios del letrado de la parte impugnante.

3328 Recurso nº 4.739/01

S.S. MOBILIDADE FUNCIONAL POR DIMINUCIÓN DA CAPACIDADE DO TRABALLADOR. ADAPTACIÓN DO POSTO DE TRABALLO Á PERSOA. CONVENIO COLECTIVO ÚNICO PARA O PERSOAL LABORAL Ó SERVIZO DA ADMINISTRACIÓN XERAL DO ESTADO.

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

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

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. 4.739/2001 interpuesto por el INSTITUTO DE MIGRACIONES Y SERVICIOS SOCIALES 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 doña J.D.T. en reclamación de MOVILIDAD FUNCIONAL siendo demandado por el INSTITUTO DE MIGRACIONES Y SERVICIOS SOCIALES en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 20/2001 sentencia con fecha 21 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:

1.- La parte actora, con D.N.I. nº ... viene prestando sus servicios en el C.A.M.F de ... con la categoría profesional de camarera limpiadora desde el 18.12.90./ 2.- En fecha 10 de mayo de 2000 tuvo entrada en el Registro del C.A.M.F.-... escrito de la parte actora solicitando el traslado a un puesto de Ordenanza en virtud de lo dispuesto en el art. 66 del Convenio Colectivo único del Personal Laboral de la Administración del Estado y con base a su imposibilidad física de poder desarrollar las labores de su actual categoría de camarera-limpiadora. A la vista de dicha solicitud, el Imerso solicitó a la Mutua "A." que emitiera Informe médico acerca de la posibilidad de continuar realizando las tareas propias de su categoría profesional y dicha Mutua concluyó Informe en fecha 17.12.99 que se da aquí por reproducido por obrar unido a los autos./ 3.- La Entidad demandada por Resolución del Director General del Imerso desestima su solicitud de cambio de puesto de trabajo./ 4.- Finalizó la vía administrativa mediante la preceptiva reclamación previa que, por resolución de fecha 4 de octubre de 2000 confirmó el pronunciamiento inicial./ 5.- Padece la parte actora: Espondilolisis L5S1 con inestabilidad del arco posterior. Estenosis foraminal derecha sobre el primer espacio que le originan lum-

balgias de repetición. Síndrome fibromiálgico diagnosticado por la Unidad de Reumatología en Informe de fecha 13.12.00./ 6.- La actora trabajó como Subgobernanta desde el 14.03.94 al 13.10.94. Asimismo desde el 24.11.96 a 23.05.97 trabajó como ordenanza./ 7.- En el día 21.02.01 existían en el Centro de Atención a Minusválidos físicos del Imerso de ... las siguientes plazas vacantes correspondientes al grupo 7: 3 camarero/a-limpiador/a (ayudante de Servicios Generales) y 1 Ordenanza, plazas éstas salidas a concurso de traslado mediante orden de 12 de febrero de 2001".

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

"FALLO: Que, estimando las pretensiones de la demanda interpuesta doña J.D.T. debo declarar y declaro el derecho de la suplante al traslado de su puesto de trabajo por disminución de la capacidad de la misma para su desempeño, condenándose a la demandada a estar y pasar por esta declaración ya que proceda a su traslado en los términos solicitados, esto es, a un puesto de Ordenanza en el mismo Centro de Trabajo.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se recurre por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales la sentencia de instancia, que estimó la demanda y declaró el derecho de la actora a ser trasladada a puesto de Ordenanza existente en el mismo puesto de trabajo, con un solo motivo que destina al examen del Derecho y en el que denuncia interpretación errónea del Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

1.- Los presupuestos de hecho consisten en que: (a) la actora es Camarera-limpiadora en el CAMF de ..., habiendo trabajado previamente como Subgobernanta y Ordenanza; (b) en 10 de mayo de 2000 solicitó su traslado al puesto de Ordenanza del mismo centro, por imposibilidad física; (c) que a la fecha de dictarse la sentencia -12 de marzo de 01- existía tal vacante, si bien había salido a concurso de traslado por Orden del 12 de febrero anterior; y (d) que la actora presenta «spondi-

lólisis L5-S1 con inestabilidad del arco posterior, estenosis foraminal derecha sobre el primer espacio que le originan lumbalgias de repetición y síndrome fibromiálgico».

2.- En plano normativo, el art. 66 del Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (Resolución Dirección General de Trabajo de 24 de noviembre de 1998), cuya infracción se denuncia, dispone –bajo el epígrafe «Otras formas de movilidad»– que «La movilidad por disminución de la capacidad del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo podrá llevarse a cabo a petición del trabajador o por decisión de la Administración, previo informe del servicio médico designado por la Administración, a puestos de trabajo de igual o inferior grupo profesional. Cuando las circunstancias así lo requieran, será precisa la previa formación profesional para adaptar al trabajador a su nuevo puesto de trabajo, que será facilitada por la Administración. Estas peticiones serán tramitadas y resueltas por la Administración previo acuerdo de la Subcomisión Departamental correspondiente».

Y la aplicación e interpretación de este precepto no puede hacerse sino bajo la luz que representan el art. 40.2 CE, que encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar por la seguridad e higiene en el trabajo, el art. 19.1 ET («el trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene»), la Directiva 89/391/CEE y diversos preceptos de su transposición al Derecho español, la Ley 31/1995 (8 de noviembre), de Prevención de Riesgos Laborales, de la que resultan invocables:

(a) el art. 14.1, a cuyo tenor «Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.»

(b) el art. 15, conforme al cual –principios de la acción preventiva– «1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención [...], con arreglo a los siguientes principios generales: a) Evitar los riesgos. b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar. c) Combatir los riesgos en su origen. d) Adaptar el trabajo a la persona [...] 2. El empresario tomará en consideración las

capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas». Y muy especialmente,

(c) el art. 25, al normar que «1. El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido [...], sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo».

3.- Lo anteriormente indicado lleva a rechazar la censura jurídica, pues partiendo de las dolencias de la actora formalmente declaradas probadas y de la afirmación fáctica –con pleno valor de HDP, pese a a hacerse en la fundamentación: SSTs 17.10.89 Ar. 7.284, 9.12.89 Ar. 9.195, 19.12.89 Ar. 9.049, 30.01.90 Ar. 6.236, 02.03.90 Ar. 1.748, 27.07.92 Ar. 5.664, 14.12.98 Ar. 1.010 y 23.02.99 Ar. 2.018; y, recientemente, SSTSJ Galicia, 10.01.01 R. 2.952/98 y 10.01.01 R. 3.424/98, 12.01.01 R. 3.357/97, 12.01.01 R. 4.511/99, 26.01.01 R. 5.343/99, 23.03.01 R. 1.151/98, 20.04.01 R. 4.610/99, 11.05.01 R. 2.138/01, 28.05.01 R. 2.370/98 26.06.01 R. 1.250/98, 26.06.01 R. 2.451/01, 27.06.01 R. 2.646/01, 13.09.01 R. 3.854/01, 26.09.01 R. 2.518/98, 26.09.01 R. 4.146/01, 03.10.01 R. 4.202/01) de que la trabajadora debe evitar esfuerzos bruscos, coger pesos o adoptar posturas que puedan lesionar su columna, los cometidos propios de una Camarera-limpiadora que la Magistrada tiene también por acreditados –arrastrar carros, recoger mesas, limpieza de habitaciones y trabajos en lavandería ...– y que comportan pequeños esfuerzos continuados, así como constantes posturas forzadas, suponen que aparezca plenamente justificado el cambio al puesto de trabajo de Ordenanza.

4.- Lo anteriormente indicado no viene obstado por la consideración de que la

plaza atribuida hubiese salido a concurso por Orden de 12.02.01. En primer lugar porque este extremo no excluye –antes al contrario– su cualidad de vacante; y en segundo término, porque la solicitud –justificada– de la actora a tal plaza en 12.05.00 implica su mejor derecho a la plaza y que su salida a concurso había sido indebida. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por el INSTITUTO DE MIGRACIONES Y SERVICIOS SOCIALES, confirmamos la sentencia que con fecha 12.03.01 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Ferrol, a instancia de doña J.D.T. y por la que se acogió la demanda formulada.

3329 Recurso nº 6.046/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. INAPLICABILIDADE DO CONVENIO COLECTIVO ESTATAL DE EMPRESAS DE PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL. TELEVISIÓN LOCAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

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

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. 6.046/2001 interpuesto por don M.F.C. Y OTROS 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.F.C. Y OTROS en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado “T.E.P., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 453/01 sentencia con

fecha 13 de julio 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).- La mercantil “T.E.P., S.L.”, se dedica a la actividad de televisión local y sucede a la empresa “L.V.,S.L.”, en virtud de acuerdo social de cambio de denominación. En la escritura de constitución de “L.V.,S.L.”. se hace constar (artículo 3º de los estatutos sociales) que el objeto social es la “realización, emisión y comercialización, por cuenta propia o de terceros, de toda clase de reportajes, fotografías, productos y soportes audiovisuales y producciones de radio y televisión; así como la prestación de toda clase de servicios a los medios de comunicación”. El objeto social no ha sufrido modificación.- 2º) El Boletín Oficial del Estado de 14 de agosto de 2000 se publicó el Convenio Colectivo Estatal para la Industria de Producción Audiovisual (Técnicos) en virtud de Resolución de la Dirección General de Trabajo de 25 de julio de 2000.- El artículo 2º dice que el Convenio regula las relaciones entre las empresas de producción audiovisual y los trabajadores que prestan sus servicios en las mismas. Quedan exceptuadas, entre otras, las relaciones laborales entre las empresas de producción audiovisual que sean titulares de una licencia o concesión administrativa que les habilite para poder explotar un sistema de televisión y los trabajadores que presten sus servicios a las mismas.- El artículo 3º establece el ámbito personal diciendo que el Convenio afecta a todos los trabajadores que presten servicios mediante un contrato laboral y cualesquiera que sean sus cometidos, en las empresas de producción audiovisual sujetas al ámbito del mismo.- 3º) Los demandantes actúan en virtud de la siguiente legitimidad, don M.F.C. es representante de la Confederación Intersindical Galega en la empresa demandada. don J.F.S. y don J.R.P. son Delegados de Personal.- 4º) El Conflicto Colectivo afecta a la totalidad de los trabajadores con contrato laboral de la empresa demandada.- 5º) La empresa demandada hace constar en la declaración ante Hacienda a efectos de Impuesto de Actividades Económicas que su actividad es la siguiente; en 1996, Emisión de T.V., epígrafe 9.611; en 1998 Servicios de televisión, epígrafe 9.642; en 1999 y 2000, Servicios de televisión, epígrafe 9.642.- En el ejemplar a cuentas anuales correspondientes a 1999 se hace constar que la actividad principal es la de Emisión de Televisión.- El código de actividad económica por el que figura dada de alta la empresa en la

Tesorería General de la Seguridad Social es el de Producción y distribución de televisión, nº 92.202.- En el Libro de Matrícula del personal figura como actividad la de Televisión local,. Esta misma actividad figura en el documento de asociación a la Mutua "F.". La misma denominación figura en la Comunicación de apertura de la actividad a la Consellería de Justicia de la Xunta de Galicia.- A solicitud suya la empresa demandada figura inscrita en el Registro de empresas cinematográficas y audiovisuales del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales en su Sección Novena (Empresas de Difusión) con el número de empresa 151 y dentro del epígrafe 9.634.- 6º) El día 8 de junio de 2000, dos de los demandantes, que son los Delegados sindicales junto con doña M.M.L.N. remitieron escrito a la empresa solicitando que se tuviera por instada la negociación de un Convenio Colectivo de ámbito empresarial por carecer la plantilla de Convenio Colectivo de aplicación, solicitando asimismo el establecimiento de una fecha para la constitución de la Comisión Negociadora.- 7º) La empresa demandada ha producida, al menos, los programas "...", "...", "...", ... y "...". Existe en la empresa un departamento que hace anuncios para clientes. "T.E.P.,S.L." hizo un vídeo sobre ... para los Concellos. También hizo un concurso de "Educación Vial" para un cliente.- 8º) El día 25 de marzo de 2001 se presentó ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, la preceptiva papeleta. El acto se celebró el siguiente día ocho de junio con el resultado de "Sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda promovida por don M.F.C., don F.F.V., don J.F.S. y don J.R.P. contra la empresa "T.E.P., S.L." en Conflicto Colectivo, absolviendo a la demandada de la peticiones contra ella dirigidas."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandantes 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 parte actora la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual, en sede jurídica, con amparo

procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por interpretación errónea del art. 2 del Convenio Colectivo Estatal para la Industria de Producción Audiovisual, argumentando, en esencia, que la actividad principal que realizan los trabajadores de la plantilla de la mercantil demandada, consiste en la producción audiovisual, esto es en la elaboración de programas que luego se emiten por terceros, o para uso de clientes particulares, siendo la actividad de emisión televisiva escasa y casi nula la utilización de la plantilla a tales fines, lo que se confirma – según se argumenta – con que el epígrafe por el que se cotiza a Tesorería General de la Seguridad Social es el relativo a "producción y distribución de TV". El recurso ha sido impugnado de contrario, fundando la no aplicación del citado convenio, precisamente, y en esencia, en que la actividad generadora de los ingresos de la empresa es la publicidad emitida en la TV, por lo que considera que debe confirmarse la resolución recurrida.

El presente litigio consiste en determinar si la empresa demandada debe quedar encuadrada dentro del ámbito funcional que diseña el art. 2 del convenio colectivo de ámbito estatal par las empresa de producción Audiovisual (técnicos), y, en consecuencia, sometidas las relaciones de la misma con su personal a dicha normativa convencional, o si por el contrario su actividad queda fuera de dicho convenio. La mencionada norma establece que: "El presente convenio constituye un cuerpo de normas reguladoras de las relaciones laborales entre las empresas de producción audiovisual y los trabajadores que prestan sus servicios a las misma. Quedan expresamente exceptuadas del ámbito de este convenio. A) Las relaciones laborales entre las empresas de producción audiovisual que sean titulares de una licencia o concesión administrativa que les habilite para explotar un sistema de TV, y los trabajadores que presten sus servicios a las mismas; b) Las relaciones laborales entre las empresas de producción audiovisual y los trabajadores que prestan sus servicios a las mismas cuando se trate de la producción de obras audiovisuales de cortometraje cuya explotación primaria sea su exhibición en salas cinematográficas."

Son hechos indiscutidos los siguientes: A) que la demandada se dedica a la actividad de televisión local y administrativamente así lo hace constar apareciendo: 1.- en el IAE de los años 96, 98, 99 y 2000 como actividad la de

Servicios de Televisión; 2.- igualmente ante la Tesorería General de la Seguridad Social aparece bajo el epígrafe Producción y distribución de Televisión, al igual que en el documento de asociación a la Mutua "F."; 3.- e igualmente en el libro de matrícula de personal aparece como actividad la de Televisión local; 4.- en la comunicación a la Xunta de Galicia, de apertura de actividad. B) La demandada ha producido diversos programas, emitidos algunos por la misma interesada y otros por otras televisiones, así como realiza anuncios para clientes y un concurso. C) Que la demandada emite señal de televisión, con una programación diaria en que la mayor parte de los programas son de producción ajena (Fto. 3º); D) que los ingresos de la empresa proceden de la publicidad que se emite y no de la producción de programas (Fto. 3º)

La primera cuestión ha determinar consiste en definir que se entiende por empresas de producción audiovisual, y para lo que aquí interesa por tal ha de tenerse a aquella cuya actividad principal, cuyo objeto u actividad esencial de la cual derivan sus ingresos, sea la de producción de programas, fotografía, etc. en cualquier soporte apto para ser exhibido al público en general (cine, vídeo, radio o televisión...), desde este punto de vista la demandada no puede ser considerada una empresa de producción, aunque haya "producido" programas para su propio consumo o para terceros, por cuanto esta no es la esencia de su negocio, sino que tal como ha resultado acreditado en autos, la parte esencial de su actividad, de la que derivan sus ingresos, es la emisión de televisión, y a ello no obsta que disponga de un departamento de publicidad que elabore a sus clientes anuncios que luego va emitir, pues la parte principal no es la elaboración del anuncio (obra o servicio que una vez ejecutado, finaliza), sino la emisión del mismo en antena de forma reiterada, así como el tiempo de emisión y los márgenes horarios de la misma, que determinan el precio, por tanto, a falta de otra prueba que contradiga el objeto principal de la demandada, ha de estar-se al fijado de "emisión de televisión", lo que se confirma (del examen complementario de actuaciones), con el hecho de que su plantilla, de veinticuatro productores, siete sean redactores presentadores, un director, otro jefe de redacción, un director, dos promotores de ventas, etc.

Establecido lo anterior, y siguiendo el principio de unidad de empresa, para determi-

nar el convenio aplicable, resulta que el litigioso no deviene aplicable a la demandada ya que esta no se halla encuadrada dentro de su ámbito funcional delimitado, por los negociadores del citado convenio, en su art. 2, por lo que al haberlo entendido así el juzgador de instancia no incurre la resolución recurrida en el defecto que se le imputa procediendo su confirmación, con desestimación del recurso planteado.

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por don M.F.C. (Rpte. C.I.G.), don F.F.V., don J.F.S. y don J.R.P. contra la sentencia dictada el 13.07.01 por el Juzgado de lo Social Nº 2 de LUGO en autos Nº 453/2001 sobre conflicto colectivo seguidos a instancias de los demandantes, contra "T.E.P., S.L." resolución que se mantiene en su integridad.

3330 Recurso nº 10/01

S.S. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. ACUMULACIÓN INDEBIDA COA MODALIDADE DE CONFLICTO COLECTIVO. FALLA DE LEXITIMACIÓN ACTIVA PARA IMPUGNAR POR LESIVIDADE: ASOCIACIÓN EMPRESARIAL NON NEGOCIADORA DO CONVENIO, QUE REPRESENTA EMPRESARIOS DENTRO DO SEU ÁMBITO DE APLICACIÓN. IMPUGNACIÓN POR ILEGALIDADE. COMPETENCIA. INEXISTENCIA DE LEGALIDADE. LEXITIMACIÓN PARA NEGOCIAR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don J. Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a vinteiocho de enero de dos mil dos.

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 10-01 a instancia "A.P.E.X.T.M.G.", contra "A.E.F.H.P.C.",

“A.P.M.M.E.”, “A.P.E.C.M.C.D.”, “G.P.J.”, C.I.G., CC.OO. y U.G.T., siendo el objeto del litigio CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 30 de noviembre de 2001, se recibió en este Tribunal demanda interpuesta por la representación de la “A.P.E.X.T.M.G.”, contra las demandadas ya citadas, en la que se suplica se dicte sentencia por la que se declare que el Convenio Colectivo de Comercio de Materiales de Construcción y del Metal no es aplicable a las empresas del sector de jugueterías y tiendas multiprecio, por lesionar gravemente el interés de terceros, al ser nula y contraria a derecho la ampliación llevada a cabo por la Comisión Negociadora en fecha 22 de noviembre de 2000, condenando asimismo a las demandadas a estar y pasar por tal declaración.

Por providencia de 3 de diciembre de 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 17 de enero de 2002 a las once horas, actos a los que asistieron las partes. Abierto el acto por la parte actora se ratificó su demanda y por los representantes de las demandadas se oponen a la misma por los motivos que constan acreditados en autos; recibido el juicio a prueba, por la parte actora y CIGA se propone documental, que fue declarada pertinente, acordándose su unión a los autos y por las Asociaciones, UGT y CC.OO. no se propone prueba alguna. En trámite de conclusiones, las partes después de insistir en sus pretensiones las elevaron a definitivas quedando el juicio para votación y fallo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El Convenio Colectivo Provincial de La Coruña para el Comercio de Materiales de Construcción, 1996-1997, BOP de 24.10.96, negociado, de la parte empresarial, por la “A.P.E.C.M.C.D.”, y, de la parte social, por el Sindicato Comisiones Obreiras y la Unión Xeral de Traballadores, establecía, en su artículo 1, el siguiente ámbito de aplicación: *“todas las empresas dedicadas a las actividades de almacenistas de materiales de construcción y decoración, regidas por la ordenanza laboral de comercio”*.

SEGUNDO.- El Convenio Colectivo Provincial de La Coruña para el Comercio del Metal, 1996-1997, BOP de 8.11.96, negociado,

de la parte empresarial, por la “A.P.F.F.”, el “G.P.X.P.R.” y la “A.M.M.E.” y, de la parte social, por el Sindicato Comisiones Obreiras y la Unión Xeral de Traballadores, establecía, en su artículo 1, el siguiente ámbito de aplicación: *“todas las empresas y trabajadores de la Provincia de La Coruña, dedicadas al comercio dentro de la actividad de siderometalurgia”*.

TERCERO.- El Convenio Colectivo Provincial de La Coruña para el Comercio de Materiales de Construcción y el Comercio del Metal, 1998-2001, BOP de 25.01.99, negociado, de la parte empresarial, por “A.P.E.C.M.C.D.”, la “A.P.F.F.”, el “G.P.X.P.R.” y la “A.M.M.E.”, y, de la parte social, por el Sindicato Comisiones Obreiras, la Unión Xeral de Traballadores y la Confederación Intersindical Galega, establecía, en su artículo 1, el siguiente ámbito de aplicación: *“todas las empresas y trabajadores de la Provincia de La Coruña dedicadas al comercio dentro de la actividad de comercio del metal y almacenistas de materiales de construcción y decoración ... teniendo en cuenta que éste es un convenio de fusión, el ámbito de aplicación del mismo coincide con el que hasta la fecha tenían el de Comercio del Metal y Comercio de Materiales de Construcción y Decoración de la Provincia de La Coruña”*.

CUARTO.- Por Acuerdo de 28.11.00 de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo Provincial de la Coruña para el Comercio de Materiales de la Construcción y el Comercio del Metal, BOP de 04.01.01, se denunció el artículo 1 del referido Convenio, dándole la siguiente nueva redacción:

“El presente Convenio es de aplicación a todas las empresas y trabajadores de la Provincia de A Coruña dedicadas al comercio, en cualquiera de sus modalidades (mayor, menor, etc.), de productos de material eléctrico, electrónico e informático, comercio de todo tipo de maquinaria, comercio de materiales de construcción, pinturas, barnices, material de saneamiento y material de decoración, comercio de ferretería, comercio de máquinas, accesorios y útiles agrícolas, incluidos tractores, repuestos y accesorios de vehículos de motor, comercio de relojes, joyería y platería, comercio de artículos de uso doméstico, comercio de metales, minerales metálicos, hierro, acero, metales preciosos y metales no férreos, comercio de vehículos a motor, motocicletas, ciclomoteres, bicicletas y en general será de aplicación a todos los sectores y subsectores del comercio que al tiempo de la firma de este acuerdo no estuvieran afectados por el ámbito

de aplicación de otro convenio colectivo. Se exceptúan las empresas que tengan convenio propio, siempre que sus condiciones, consideradas en su conjunto, sean superiores a las aquí pactadas”.

QUINTO.- Varios empresarios de jugueterías y de tiendas de multiprecio solicitaron a 18.07.01 la impugnación de oficio del referido Convenio a la Delegación Provincial de A Coruña de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, la cual, en Resolución de 06.09.2001, resolvió denegarla por las siguientes consideraciones: *“PRIMEIRO. A impugnación de oficio dun convenio colectivo só pode ser solicitada polos representantes legais dos traballadores, os empresarios que sosteñan a ilegalidade do mesmo ou os terceiros interesados, con anterioridade ó seu rexistro, segundo o artigo 161.2 de Lei de Procedemento Laboral, aprobada polo Real Decreto Lexislativo 2/1995, de 7 de abril. De non facelo así o interesados na súa impugnación deberán seguir os trámites do proceso de conflito colectivo. Para iso deberán contar coa lexitimación que esixe o artigo 163.1 da Lei, de tal sorte que carecen dela os empresarios incluídos no ámbito de aplicación do convenio. En consecuencia, os devanditos empresarios deberán constituírse en asociación empresarial para gozar da antedita lexitimidade. SEGUNDO. A facultade de impugnación de oficio da autoridade laboral contemplada no art. 161 e seguintes da Lei de Procedemento Laboral e no art. 90.5 de Estatuto dos Traballadores é unha potestade discrecional da Administración que é usada excepcionalmente. En calquera caso, do citado art. 90 dedúcese que a dita impugnación tería lugar cando a autoridade laboral, á vista dun convenio presentado para ó seu rexistro e publicación oficial, estímase que vulnera a lexislación vixente ou lesiona gravemente o interés de terceiros”.*

SEXTO.- Reunidos a 15.09.01 el Sr. B.A., el Sr. N.M. y el Sr. F.G., deciden constituir la “A.P.E.X.T.M.G.”, aprobando sus estatutos, los cuales se presentaron a 14.02.01 ante la Dirección Xeral de Relacións Laborais de la Xunta de Galicia.

SÉPTIMO.- Interpuesta a 08.11.01 la papeleta de conciliación en conflicto colectivo contra la “A.A.M.M.E.P.A.C.”, contra la “A.P.E.C.M.C.D.P.A.C.”, contra el “G.J.P.R.P.A.C.”, contra la Confederación Intersindical Galega, contra el Sindicato Comisiones Obreras y contra la Unión General de Trabajadores, se intentó a 12.11.01 con resultado sin

efecto ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación.

OCTAVO.- A 30.11.01 se interpuso la demanda rectora.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1. Frente a la demanda interpuesta por la “A.P.E.X.T.M.G.”, el Sindicato Comisiones Obreras excepciona la indebida acumulación de acciones, al considerar el ejercicio conjunto de una acción de conflicto colectivo y otra de impugnación de convenio colectivo. No cabe duda, en efecto, de la inacumulabilidad a otras de las acciones de impugnación de convenios colectivos, de acuerdo con el artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Alguna duda podría surgir a causa de los artículos 161.3 y 163.1 de la referida Ley, los cuales, al regular la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos, se remiten al proceso de conflicto colectivo, si bien, disipando esa duda, la jurisprudencia ha concluido que *“la remisión al proceso de conflicto colectivo lo es exclusivamente a efectos de la aplicación de determinados trámites, sin afectar a la singularidad de la modalidad procesal en sí misma con sus consecuencias en orden a la determinación de las partes, los requisitos de la demanda, el acto del juicio y la propia sentencia”* –SSTS de 10.05.1995, Az. 3.758, de 12.02.1996, Az. 1.011, de 25.03.1997, Az. 2.617, de 11.06.1997, Az. 5.393, de 02.04.98, Recurso 979/1997, o de 09.05.1998, Recurso 3.424/1997-.

2. La actuación preprocesal de la parte demandante, interponiendo una papeleta de conciliación en materia de conflicto colectivo –conciliación innecesaria en los procesos de impugnación de convenio colectivo, de acuerdo con el artículo 64.1 de la Ley de Procedimiento Laboral-, y el súplico de la demanda, donde se solicita *“se declare que el Convenio Colectivo de Comercio de Materiales de Construcción y del Metal no es aplicable a las empresas del sector de jugueterías y tiendas multiprecio, por lesionar gravemente el interés de terceros, al ser nula y contraria a derecho la ampliación llevada a cabo por la comisión negociadora en fecha 28 de noviembre del 2000”*, determinan la existencia de dudas razonables en cuanto a la acción ejercitada: se impugna el convenio colectivo, eso es indudable, pero, y aquí está el problema, aparenta acumularse a esa impugnación una acción de conflicto colectivo tendente a la interpretación del ámbito de aplicación del dicho convenio.

3. Tales dudas se han resuelto en la contestación, realizada en el acto de juicio, de la parte demandante a la excepción de indebida acumulación de acciones, al manifestar que *“no hay acumulación indebida de acciones, sino que hay una impugnación de convenio”*. No se trata, en consecuencia, de interpretar si la ampliación del ámbito del convenio colectivo les afecta a las empresas representadas por la asociación demandante, sino, exclusivamente, de impugnar la validez de dicha ampliación por ilegal y por lesiva a terceros. Leyendo detenidamente la demanda, a pesar de los términos equívocos de su súplico, su redacción lleva indefectiblemente a la misma conclusión, debiendo recordarse, a estos efectos, como la jurisprudencia considera la existencia de una impugnación de convenio colectivo cuando, utilizando la errónea vía del conflicto colectivo, lo solicitado “no es una mera interpretación armonizadora o de ajuste”, sino, directa o indirectamente, una auténtica pretensión de nulidad –SSTS de 05.12.1994, Az. 9.953, y de 16.01.1995, Az. 354-. Por todo lo expuesto, la excepción de indebida acumulación de acciones deberá ser desestimada.

4. La Sala ha respetado, en todo caso, las especialidades de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos y, en concreto, la necesidad de citación del Ministerio Fiscal, quien efectivamente ha comparecido en su calidad de parte –artículos 162.6 y 163.4 de la Ley de Procedimiento Laboral-.

SEGUNDO.- 1. Tanto el Sindicato Comisiones Obreras como la Confederación Intersindical Galega, se oponen, asimismo, con la excepción de falta de legitimación activa, sustentada en el artículo 163.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, donde se dice que, *“si el motivo de la impugnación fuera la lesividad del convenio, (la legitimación activa para impugnarlo le corresponde) a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado ... (y) no se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio”*. La “A.P.E.X.T.M.G.” se considera tercero, en su contestación a la excepción, por su no presencia en la comisión negociadora del convenio colectivo objeto de impugnación. Pero lo determinante, a estos efectos, no es la presencia o la ausencia en la comisión negociadora, sino el ámbito del convenio colectivo objeto de impugnación.

2. A juicio de la Sala, dicha asociación demandante, en atención al ámbito del convenio colectivo objeto de impugnación y en

atención a la ausencia de un interés propio en la impugnación por lesividad, no ostenta la cualidad de tercero a los efectos legitimadores de esa impugnación. En primer lugar, los empresarios representados a través de esta asociación están incluidos, sin duda alguna, en el ámbito de aplicación del referido convenio, siendo ésta la razón, justamente, de su pretensión impugnatoria: quieren dejar de estar incluidos, pero lo importante, a estos efectos, es que lo están. Y, en segundo lugar, la asociación demandante no alega un interés propio en la impugnación del convenio por motivo de lesividad, sino un interés de sus asociados, los cuales no están legitimados.

3. La STS de 06.06.01, Recurso 4.769/2000, rechaza la legitimación activa por lesividad de una asociación de viudas, ya que, si los miembros de dicha asociación no tienen legitimación individual –la STS de 20.12.96, Az. 9.812, se la ha negado a los pensionistas-, *“la asociación demandante no aduce como causa de lesividad perjuicio propio, ni lo sufre, sino perjuicio de sus asociados, los cuales, según ya se ha analizado, no tiene la condición de terceros respecto al convenio impugnado”*. Idéntico criterio judicial encontramos en la STS de 11.03.97, Az. 2.309, respecto a una asociación de pensionistas. Por idénticos razonamientos, no es tercero la asociación de determinadas empresas incluidas en el ámbito del convenio colectivo.

TERCERO.- 1. Si bien en la demanda parece hacerse especial hincapié en la existencia de lesividad a terceros del convenio colectivo objeto de impugnación, parece aludirse, sobre todo al hacer las citas judiciales, a vicios de legalidad, y, como la asociación empresarial demandante sí está legitimada, de conformidad con el artículo 163.1.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, para la impugnación por ilegalidad, al cumplir la doble condición de sujeto colectivo y de sujeto interesado, parece conveniente, con la finalidad de no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el artículo 24 de nuestra Constitución, estudiar los vicios de legalidad tácitamente denunciados. La súplica de la demanda, dentro de unos términos no siempre precisos, considera *“nula y contraria a derecho la ampliación llevada a cabo por la comisión negociadora”*, amplia expresión que, en aras a la tutela judicial efectiva, se debe entender comprensiva de nulidad por lesividad y de nulidad por ilegalidad.

2. Antes de entrar en el análisis de las tácitas denuncias de ilegalidad, conviene reforzar la afirmación de legitimación activa, y, en este sentido, se debe recordar la jurisprudencia reconocedora de esa legitimación aunque no exista correspondencia con el ámbito del conflicto, como sí se exige en los juicios de conflictos colectivos de carácter supraempresarial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152.b) de la Ley de Procedimiento Laboral. Efectivamente, la STS de 15.02.93, Az. 1.164, establece la inaplicación de este artículo a la impugnación por ilegalidad de los convenios colectivos y, citando al efecto el artículo 163 de la referida Ley, concluye que *“la legitimación activa corresponde, sin más exigencias, a las asociaciones empresariales interesadas”*. Criterio idéntico en la STS de 15.03.93, Az. 1.164, donde se reconoce legitimación a una asociación empresarial provincial para la impugnación por ilegalidad de un convenio colectivo de ámbito estatal.

CUARTO.- 1. De la lectura de las citas judiciales realizadas en la fundamentación jurídica de la demanda, se denuncia tácitamente la falta de correspondencia entre la legitimidad de las partes negociadoras del lado empresarial y el ámbito del convenio, y, en este sentido, la STS de 28.10.96, Az. 7.797, señala que *“la libertad que tiene las partes negociadoras de fijar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que concierten, establecida por el artículo 83.1 del ET, no puede ser entendida en términos absolutos, sino con relación a la unidad negocial de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la negociación, representatividad que es considerada por el artículo 87 propio cuerpo legal a efectos de fijar la que se precisa para gozar de la necesaria legitimación”*.

2. Quizás convenga precisar que, en el caso de la sentencia recién citada, la cuestión era bien distinta al caso de autos: se trataba de un convenio colectivo con imposición de obligaciones de subrogación a futuros concesionarios de la explotación de cabinas telefónicas. No se trata en el caso de autos de imponer obligaciones a terceros ajenos al ámbito del convenio, sino de incluir en ese ámbito a un determinado subsector del sector provincial del comercio.

3. La libertad de las partes en la determinación del ámbito de la negociación, establecida en el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, caracteriza a los sistemas democráticos de relaciones laborales y, siempre dentro de los límites de la legitimación de las partes, no debe ser esa libertad objeto de res-

tricciones, sin perjuicio, naturalmente, de la prohibición de concurrencia de convenios en los términos establecidos en el artículo 84 del referido Estatuto.

4. Partiendo de esta premisas normativas, la denuncia de ilegalidad debe ser rechazada, ya que, en ningún momento, la parte demandante acreditó la falta de legitimación de las asociaciones empresariales demandadas en el ámbito negocial del sector provincial del comercio: ni acreditó la ausencia de legitimación inicial –artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores-, ni acreditó la ausencia de legitimación plena –artículo 88.1 del Estatuto de los Trabajadores-, ni acreditó la ausencia de legitimación decisoria –artículo 89.3 del Estatuto de los Trabajadores-. Al respecto, debe considerarse que, en cada una de las negociaciones, las partes se reconocieron mutuamente legitimación y que, en todo caso, el convenio colectivo objeto de impugnación ha superado el control de legalidad de la Autoridad Laboral –la cual, además, no está limitada por plazo alguno para la impugnación de oficio del convenio colectivo, pudiendo hacerlo antes o después de su registro, como han señalado las SSTS de 02.11.93, Az. 8.349, de 02.02.94, Az. 783, y de 31.03.95, Az. 2.353-. Únase a todo ello que, a los efectos de la carga de la prueba, no son los firmantes quienes deben acreditar su legitimación, sino los impugnantes quienes deben acreditar la ausencia de legitimación decisoria de los firmantes, como han señalado las SSTS de 05.10.95 (Sala General), Az. 8.667, de 14.02.96, Az. 1.017, de 17.02.98, Recurso 123/1997, o de 03.03.98, Recurso 3.724/1997.

QUINTO.- No habiendo otras denuncias de legalidad del convenio colectivo impugnado, ni existiendo legitimación para su impugnación por lesividad, la demanda deberá ser objeto de total desestimación. Al no apreciarse temeridad en ninguna de las partes litigantes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no habrá condena en costas.

Por lo expuesto,

Fallamos

Desestimando la demandada interpuesta por la “A.P.E.X.T.M.G.” contra la “A.E.F.H.P.C.”, “A.P.M.M.E.”, “A.P.E.C.M.C.D.”, “G.P.J.”, C.I.G., CC.OO. y U.G.T., con intervención del Ministerio Fiscal, absuelto a todos los demandados de todos los pedimentos de la demanda.

3331 Recurso nº 9/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. SIMULACIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXISTENCIA DE LITISPENDENCIA. INTERESE ACTUAL E EFECTIVO DUN GRUPO XENÉRICO DE TRABALLADORES.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los Autos nº 9-01 seguidos a instancia de la Confederación Intersindical Galega (CIG), contra la Xunta de Galicia, siendo el objeto de litigio CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 26 de noviembre de 2001, se recibió en este Tribunal demanda interpuesta por la representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra la Xunta de Galicia en la que se suplica se dicte sentencia en la que se declare que la relación que mantienen los veterinarios afectados con la Consellería de Agricultura de la Xunta de Galicia, es de carácter laboral, que a los veterinarios afectados les es de aplicación el III Convenio Colectivo Unico, y que la relación laboral tiene carácter indefinido o subsidiariamente discontinuo-indefinido, condenando a la Consellería demandada a estar y pasar por tal declaración.

Por providencia del 28 de noviembre de 2001 se admitió a trámite la demanda señalándose el día 10 de enero para la celebración de los actos de conciliación y juicio, a los que comparecieron la representación de la CIG así como de la Xunta de Galicia demandada. Abierto el acto la parte actora ratificó su demanda y la representación demandada se opone a la misma con base en las alegaciones que constan en Acta, y recibido el juicio a prueba se declaró pertinente la propuesta y practicada la que tuvo lugar en el acto uniéndose la

documental presentada; y en conclusiones las partes insisten en sus pretensiones y elevaron a definitivas, quedando el juicio a la vista para votación y fallo. Acordándose remitir al Ministerio Fiscal las actuaciones para informe sobre competencia, con suspensión del plazo para dictar sentencia; recibíéndose el informe del Ministerio Fiscal que quedó unido a los autos pasando éstos al Ponente para su resolución.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El conflicto colectivo afecta a todos los veterinarios contratados al amparo de la Resolución de 03.03.00 (D.O.G. 10.03.00) de la Consellería de Agricultura, Ganadería e Política Agroalimentaria, aproximadamente 150, que prestan los servicios en el programa de Sanidad Animal en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, quedando excluidos los contratados para el laboratorio y alimentación animal. La convocatoria se realiza en los siguientes términos: "Resolución de 3 de marzo de 2000 por la que se anuncia la contratación, por el sistema de procedimiento negociado, de trabajos específicos y concretos no habituales para la realización de investigaciones sanitarias del Programa de Sanidad Animal".

SEGUNDO.- Los veterinarios dichos suscribían un contrato administrativo, la mayoría de ellos lo hacen el 05.05.00, incluso durante el año 2000 que se continúan firmando contratos para cubrir vacantes. Alguna de las cláusulas del mismo son del siguiente tenor literal: "Primero: el presente contrato tiene carácter administrativo y tiene por objeto la contratación de trabajos específicos y concretos no habituales para la realización de investigaciones sanitarias del Programa de Sanidad Animal correspondiente al lote del Pliego de Prescripciones Técnicas. Segundo: El precio máximo del contrato, que será abonado por la Consellería de Agricultura, Ganadería e Política Agroalimentaria, es el correspondiente a las actuaciones realizadas según la tarifa establecida en el Pliego de Bases y para el lote adjudicado. La realización del contrato finalizará en todo caso, el 31.12.01. Tercero: el contratista se compromete a no realizar otras actividades profesionales durante el ejercicio del contrato y a cumplir durante el periodo de vigencia del mismo los requisitos exigidos en el momento de la licitación. Quinta: La Consellería de Agricultura, Ganadería e Política Agroalimentaria tiene la facultad de inspeccionar y ser informada de cuantas incidencias se produzcan durante la realización del contrato y dictar cuantas

disposiciones estime oportuno para el estricto cumplimiento de lo convenido. Séptima: El contratista acepta integralmente las condiciones del Pliego de Bases que rigen esta contratación, las cuales declara conocer, así como lo dispuesto en la Ley 13/95 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas".

TERCERO.- A los contratistas se les exigía estar de alta en el IAE y en el RETA.

CUARTO.- La Comunidad Autónoma, según se datalla en las Prescripciones técnicas, se encuentra dividida, a efectos de ejecución del contrato, en 18 Areas, supervisando cada una de ellas se designa a un Jefe de Area (funcionario de la Xunta). Los veterinarios son distribuidos en cada Area según las necesidades y lote de animales que contenga y realizan sus servicios en grupos de dos. El Jefe de Area distribuye las parroquias de su ámbito entre los veterinarios asignados al Area, teniendo con los mismos una reunión semanal para comentar incidencias, resolver dudas, señalar pautas. Los equipos de veterinarios (dos) se desplazan a las explotaciones asignadas, donde además de realizar el trabajo técnico profesional que les incumbe, revisan censos, controlan la identificación de animales, condiciones higienico-sanitarias, informan a los ganaderos, etc.

QUINTO.- Por la Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social de las provincias de A Coruña, Lugo, Pontevedra y Orense, a finales del 2000, se levantaron Actas de Liquidación de Cuotas correspondientes a los años 1996-2000, tramitándose el alta de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social de los veterinarios en el Régimen General de la Seguridad Social y la baja en el RETA. Por lo cual en el momento en que se plantea el presente conflicto colectivo los veterinarios se encuentran de baja en el IAE y en el RETA. Se ha impugnado por la Consellería ante la jurisdicción social el alta de oficio efectuada, estando pendiente de resolución.

SEXTO.- La Xunta expide a cada veterinario un Carnet Oficial Identificativo que certifica que el mismo está autorizado para realizar las pruebas diagnósticas de las enfermedades objeto de saneamiento ganadero, así como funciones de inspección, investigación y otras.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se plantea demanda de conflicto colectivo por parte de la Confedera-

ción Intersindical Galega (CIG) contra la Consellería de Agricultura Ganadería e Política Agroalimentaria de la Xunta de Galicia interesando que se declare que la relación que mantienen los veterinarios afectados por el presente conflicto colectivo con la Consellería de Agricultura, Ganadería e Política Agroalimentaria da Xunta de Galicia es de carácter laboral, que a los mismos les es de aplicación el III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia publicado el el DOG de 28.12.94, y que la relación laboral tiene un carácter indefinido o subsidiariamente discontinuo-indefinido. A dicha demanda se opuso la representación del demandado planteando las excepciones de incompetencia de jurisdicción por considerar que la jurisdicción competente es la contenciosa-administrativa al haberse suscrito por los veterinarios con la demandada contratos de carácter administrativo; falta de acción, al quedar extinguida la relación que los unía en el momento en que se celebra el juicio, ya que los contratos finalizaron el 31 de diciembre de 2001; prejudicialidad o subsidiariamente litispendencia, al estar impugnada ante la jurisdicción social las altas de oficio efectuadas por la Tesorería General de la Seguridad Social. En cuanto al fondo del asunto considera que la modalidad contractual elegida fue la de contrato administrativo para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, regulado en los arts. 197 y ss de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/95 de 18 de mayo, oponiéndose, en consecuencia, al carácter laboral de la relación. Dándose traslado al Ministerio Fiscal para que evacue el pertinente informe sobre la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada, éste con los argumentos contenidos en el mismo se pronunció por considerar que la jurisdicción competente es como consecuencia de los contratos suscritos por los demandantes, la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por afectar al orden público procesal corresponde en primer lugar pronunciarse sobre la excepción primeramente planteada por el demandado, de incompetencia de jurisdicción. Es necesario antes de analizar dicha cuestión dejar fijadas las bases que puedan determinar cuál es la jurisdicción competente, por ello, la calificación jurídica que merezca la relación mantenida entre las partes no se encuentra condicionada por la denominación que se le atribuya o por la que le den los propios interesados, puesto que como reiteradamente declara la doctrina jurisprudencial, los contratos tienen la

naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que se le otorgue por los intervinientes (STS 21.06.90), debiendo de 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 23.10.89), la calificación debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que realmente delimitan el tipo contractual. En consecuencia, lo esencial a tal efecto será la valoración que merezca las circunstancias concretas en que efectivamente se venía desarrollando la relación entre los litigantes.

Por ello, es imprescindible fijar los datos que nos puedan determinar qué tipo de relación jurídica se trata y a qué jurisdicción se halla sometida. En este sentido, de la prueba documental aportada y prueba testifical realizada: a.)- Los veterinarios afectados suscribían un contrato administrativo con la Consellería, b.)- el objeto del contrato era para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales para la realización de investigaciones sanitarias del Programa de Sanidad Animal, según un Pliego de Condiciones Técnicas, c.) -El contrato finaliza el 31.12.01, d.)- Los veterinarios contratados deben estar dados de alta en el IAE y en el RETA, e.)- El precio del contrato está en función de las actuaciones realizadas y según la tarifa del Pliego de condiciones, f.)- El Jefe de Área programa, dirige, supervisa, organiza a los veterinarios en grupos de dos para realizar las visitas a los cuales les encomienda un lote de animales y les distribuye dentro de su área las parroquias en las cuales se encuentran las explotaciones. La Comunidad Autónoma se divide en 18 Áreas, cada una de las cuales tiene al frente un Jefe de Área, funcionario de la Consellería, con las funciones anteriormente citadas. Los veterinarios adscritos a cada Área, se reúnen semanalmente con el Jefe de Área correspondiente para comentarle incidencias, en caso de duda sobre la actuación a seguir, dicho Jefe determina el criterio del profesional, entrega de pruebas clínicas realizadas, supervisión de las mismas.g.)- Según el Pliego de condiciones técnicas la dirección técnica se le encomienda, por razones de intereses públicos sanitarios, a la Consellería, la cual pormenoriza los trabajos a realizar, detalla como se habrá de llevar a cabo la ejecución, así en este sentido la utilización del material de las pruebas, como y cuando deberán remitirse las pruebas al laboratorio, e incluso el formato de emisión de las

facturas por parte de los veterinarios por la actividad desarrollada. h.)- Los veterinarios contratados se comprometen a no realizar otras actividades profesionales durante la ejecución del contrato.i.)- Para el pago del precio se establecen pagos parciales de periodicidad mensual según tarifa. j.)- En las Instrucciones técnicas, normas generales se les da una pautas de trabajo fijando, incluso el horario, ya que se dice: el trabajo se realizará preferentemente en horas diurnas, evitando prisas, informando al ganadero, aclarando dudas. k.)- Para el desarrollo de la actividad por los veterinarios se les da un carnet identificativo expedido por la Consellería. Igualmente se les entrega un uniforme, el cual según las instrucciones técnicas "debe estar limpio". l.)- Se les entrega por la Administración contratante el material necesario para efectuar las pruebas, y en el caso de desperfecto de los mismos se les entrega otro dando cuenta de las incidencias sobre el mismo. m.)- La funciones que se les encomienda a los veterinarios son amplias, tal como se detallan en el hecho probado cuarto de la sentencia.- Los trabajos realizados por los veterinarios son propiedad de la Administración.

En consecuencia de dichos datos dichos veterinarios realizan los trabajos encomendados bajo la organización de la Administración contratante, la cual determina un Jefe de Área, funcionario, que organiza y supervisa las funciones de éstos, sometiéndose a los criterios ejecutivos fijados por la Consellería, no sólo en cuanto a la forma de llevarlos a cabo que por razones sanitarias públicas así debe ser sino incluso la distribución geográfica que se le encomienda a cada uno. Porque según se desprende de la prueba testifical que declaró en el acto de juicio, cada Jefe de Área distribuía las parroquias (según las preferencias de cada veterinario) en grupos de dos, no dejando libre arbitrio a los mismos para que se pudiese realizar las visitas individualmente, incluso cuando uno de los veterinarios era inexperimentado en la forma de llevarse a cabo sus funciones obligatoriamente debe ir con otro veterinario con experiencia; las visitas a las explotaciones aparecían claramente dirigidas en cuanto a la forma de hacerse, cuándo debían hacerse y el momento no solo de la semana sino el horario (debían ser diurnas y sin prisas) ya que debían entregar las pruebas clínicas de laboratorio realizadas pasados determinados días según la que se haya realizado. No solo se organizaba por la Administración la ejecución de dicho trabajo con todos los pormenores del mismo, sino que incluso

para efectuarlo le suministraba el material, el carnet identificativo y el uniforme. En consecuencia no existe libre disponibilidad de los profesionales de como llevarlo a cabo, quedando bajo la estructura organicista de la propia Consellería y bajo su dependencia ya que la propiedad del trabajo era de la Administración, la cual retribuía, paradójicamente de forma igual a todos los veterinarios en el sentido, según se acredita de la prueba documental, que al final del mes venían a cobrar "por tarifa" la misma cantidad total o muy similar, siendo además con periodicidad mensual "los pagos parciales", y según se desprende de la prueba testifical, cuando un veterinario no había realizado las pruebas clínicas suficientes para llegar a dicha cantidad total mensual se les encomendaba otras funciones que permitiese llegar a dicho tope presupuestario.

Partiendo de todos los datos fácticos se entiende que la relación que había entre los veterinarios afectados y la Consellería era de carácter laboral, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que los profesionales figuren afiliados al RETA y de alta en la licencia fiscal, como tampoco que se denomine el contrato como "administrativo" porque la naturaleza jurídica no depende de lo manifestado o de la denominación que le den estas sino que lo decisivo es la actividad en sí misma y la forma en que se desarrolla la prestación de servicios. Existen así los elementos que configuran a la relación laboral según el art. 1.1 del ET y la presunción del art. 8 del mismo texto, por ser una relación retribuida, dependiente, por cuenta ajena y bajo la organización de otra persona física o jurídica llamada empleador o empresario. En consecuencia, la competencia corresponde a la jurisdicción social, de conformidad con los art. 2.a de la LPL y 9.5 de la LOPJ. Por todo lo cual se desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada por el demandado.

SEGUNDO.- Se plantea por el demandado una segunda excepción de prejudicialidad o subsidiariamente litispendencia por entender que la jurisdicción contenciosa-administrativa conoce de la impugnación de las Actas de liquidación realizadas por la Inspección de Trabajo, y por otra parte se alega que las altas de oficio en el Régimen General de dichos veterinarios afectados han sido impugnadas ante la jurisdicción social.

Respecto de la excepción planteada, la doctrina jurisprudencial reiterada viene a exigir la identidad plena y no meramente cir-

cunstancial, de los requisitos señalados en el art. 1.252 del C.C. para la excepción de "cosa juzgada", es decir de objeto, sujeto y causa de pedir (Así STS 13.10.94, 28.12.94, 15.05.95 y 25.10.95), porque entiende que la excepción de cosa juzgada es la fase ulterior del mismo fenómeno. Es decir, que la conexión entre ambas figuras determina la exigencia de que el segundo proceso recaiga sobre el mismo objeto y se formulen pretensiones idénticas en cuanto elementos individualizadores de sujeto, objeto y causa. Dicha conexión se manifiesta en relación con el efecto o función negativa de esta última, efecto negativo o preclusivo de la cosa juzgada que impide volver a juzgar, es decir, que los Tribunales se planteen de nuevo la misma cuestión ya debatida entre las partes y resuelta en sentencia.

En consecuencia, resultando que entre la impugnación de las altas de oficio ante la jurisdicción social, la impugnación de las Actas de Liquidación ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, respecto de la que se plantea en el presente conflicto colectivo en la que se pretende por afectar a un grupo genérico de trabajadores que se declare que la relación que les une con la Administración tiene un carácter laboral y las consecuencias derivadas del mismo, se deduce, que ni el objeto o pretensión ni la clase de acción son idénticas como se exigía por la doctrina jurisprudencial anterior. Por todo lo cual no dándose la identidad de elementos individualizadores para configurar la excepción de litispendencia, es por lo cual se desestima la misma. En el mismo sentido cabe decir respecto de la prejudicialidad planteada, ya que en ningún caso suspende el procedimiento, según lo establecido en el art. 86 de la LPL, salvo la excepción del párrafo segundo referido a la acreditación de interposición de querrela por alegación de falsedad de prueba documental.

Por lo que se refiere a la falta de acción planteada por el demandado por entender que no existe en la actualidad un interés presente y actual al tener los contratos una duración límite de 31.12.01, y en consecuencia estar extinguidos los mismos. No hay que olvidar al respecto que cuanto se interpone por los demandantes la demanda de conflicto colectivo tiene fecha de entrada 26 de noviembre del 2001, en consecuencia, estaban todavía vigente los contratos de referencia, y en aras del principio de tutela judicial efectiva implica la necesidad de que se dicte una sentencia al respecto que puede ser estimatoria o

desestimatoria. Por otra parte las consecuencias o efectos legales de una relación jurídica pueden ir más allá de los límites extintivos del contrato que une a las partes. Por ello, se desestima también dicha excepción.

TERCERO.- Una vez considerada la competencia del orden jurisdicción social por entender que la naturaleza de la relación jurídica que une a las partes contratantes tiene un carácter laboral, entraremos en el fondo del asunto planteado, aunque ya aparece perfilado uno de los debates del conflicto colectivo como era el de la naturaleza de la relación.

Si bien el contrato suscrito con los veterinarios lo hicieron al amparo de la Ley 13/95 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, la modalidad contractual elegida es para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración (art. 197), teniendo en cuenta que los contratos suscritos fueron firmados a raíz de la Resolución de 03.03.00, es decir con anterioridad a la Ley 2/2000 (Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), siendo, en consecuencia aplicable la normativa que se cita en primer lugar. Aunque en los mismos se especificase que los contratos eran administrativos, sin embargo, una vez entendido que su verdadera naturaleza era la laboral, el tipo de contrato suscrito servirá para configurar si la relación además de ser laboral tiene un carácter temporal, de duración determinada, o si por el contrario tiene un carácter indefinido por encubrir los mismos fraude de ley. Pero dicha disyuntiva, a pesar de que constituye la petición del suplico de la demanda, excede del presente procedimiento, ya que lo que se ha planteado es una demanda de conflicto colectivo que afecta a los intereses genéricos de unos trabajadores, siendo necesario analizar cada supuesto en particular de cada uno de estos trabajadores, en cuanto no sólo al tipo de contrato, sino su duración en concreto, desde cuándo prestaban servicios a través de este tipo de contrato, cuándo terminó, etc, siendo necesario, en consecuencia, que cada trabajador, en particular y a través de acciones individuales interesen su particular situación en relación con la Administración, en unos casos, puede ser indefinidos, en otros, por el contrario temporales. En este sentido el T. Supremo, se ha pronunciado reiteradamente (STS 14.06.94, 21.01.95, 26.06.95) en el que se señala que el art. 151 de la LPL debe tramitarse conforme al proceso especial de conflicto colectivo en que no solo tengan un interés general sino que, al propio tiempo, afecte a un grupo

genérico de trabajadores, es decir, que se trate de una controversia real y actual, de carácter jurídico, y que sea colectiva. Este interés general se define según dicha doctrina como un "interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento" o en su caso, como "interés que pueda ser divisible, lo que es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. No siendo objeto de este procedimiento las peticiones claramente individualizadas".

En consecuencia de lo dicho, será necesario examinar las particularidades de la contratación en cada uno de los trabajadores para configurar, que la relación tenga un carácter temporal, o por el contrario indefinido, siendo por lo tanto necesario que cada uno ejercite estas acciones individuales a través de un procedimiento ordinario, y no el especial en el que nos encontramos y que excede dicha petición del contenido del mismo. Por ello se desestima dicha pretensión de configurarla como indefinido o como fijo discontinuo.

Configurado, por ello dicha relación como laboral, de conformidad con el III Convenio colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia publicado 28.12.94 en el DOG, el cual, en su ámbito subjetivo señala, su art. 1.2 que se integrará en el presente Convenio el personal laboral que con posterioridad a su publicación pasen a depender de la Xunta de Galicia o de sus organismos autónomos, en consecuencia, configurado a los mismos, los veterinarios afectados por el conflicto como personal laboral, procede a estos la aplicación de dicho Convenio.

Fallamos

Con desestimación de las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de acción, prejudicialidad y litispendencia. Estimación parcial de la demanda, debemos declarar y declaramos que la relación que mantienen los veterinarios afectados por el presente conflicto colectivo con la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria de la Xunta de Galicia, tiene carácter laboral, y en consecuencia entran dentro del ámbito de aplicación del III Convenio Colectivo Único para Personal Laboral de la Xunta de Galicia (DOG 28.12.94), condenando a dicha Consellería a estar y pasar por tal declaración y a las consecuencias legales derivadas de la misma.

3332 Recurso nº 6.265/01**S.S. ACOSO SEXUAL. APORTACIÓN DE INDICIOS INSUFICIENTE POLA PARTE DEMANDANTE.**

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a treinta y uno de enero de dos mil dos.

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 6.265/01 interpuesto por doña F.C.D. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 658/01 se presentó demanda por doña F.C.D. en reclamación de TUTELA DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandados don J.C.R.D.C., Comunidad de propietarios E.G.V.Nº... y la empresa "M.N.G.M." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintinueve de octubre 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 F.C.D., nacida el día... y con D.N.I...., viene prestando servicios para la Comunidad de Propietarios E.G.V.Nº..., de ..., haciéndolo por cuenta de la demandada doña M.N.G.M. desde el día 1 de mayo de 2000 pero con antigüedad reconocida del 4 de enero de 1996 en que empezó a prestar los servicios por cuenta del esposo de la anterior don J.J.R.P., y habiéndolo hecho antes en la citada Comunidad por cuenta de don J.D.D.S. del 8 de julio al 30 de agosto de 1992 y por cuenta de "J.D.D.G.V.G.S." del 1 de abril de 1993 al 31 de diciembre de 1995, con la categoría profesional de limpiadora y una salario mensual de 82.413 pesetas, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, haciéndolo a tiempo parcial con horario de 8 a 12 horas de lunes a viernes. Segundo.- El demandado don J.C.R.D.C., mayor de edad y

con D.N.I...., viene prestando servicios en y por cuenta de la referida Comunidad de Propietarios como portero desde hace unos 6 años y medio. Tercero.- La actora, además de limpiar ella sola la referida Comunidad por cuenta de la referida empresaria, de la que es la única empleada, también realizaba a veces, por su cuenta y fuera de su horario de trabajo, la limpieza de alguno de los apartamentos de la Comunidad, trabajo que conseguía ella directamente porque el inquilino interesado hablaba con ella o bien a través del portero porque el inquilino hablase con él y éste se lo dijese a la demandante, para cuya limpieza le solía pedir al portero las llaves de los apartamentos. Asimismo el portero suele gestionar algunos apartamentos en el sentido de tratar de buscar inquilinos o de cobrar él el alquiler y entregarle luego el dinero al dueño. También el portero ayudaba a la actora a sacar las cubetas de la limpieza, que están en un cuarto situado junto a la portería. Tanto uno como otro se daban recados de parte de la directiva de la Comunidad. Cuarto.- El citado portero, que trabajaba de 10 a 13,15 y de 16 a 20,15 horas y que siempre hablaba bien de la demandante, mantenía con ésta una buena relación como compañeros de trabajo hasta hace un año en que pasó a ser fría. Antes se contaban sus problemas económicos y la actora contó al portero que había fallecido su hermano, lo que ocurrió hace años. En fecha que no consta pero durante el último año el esposo de la demandante, con el que el portero solía hablar cuando venía por la Comunidad, tuvo un accidente por el que estuvo hospitalizado, yendo el portero a visitarlo varias veces al hospital. Quinto.- Alega la actora: que el referido portero empezó a acosarla verbalmente hace unos 3 años proponiéndole relaciones sexuales, diciéndole que la vida le sería más fácil y que le facilitaría apartamentos para limpiar; que no cogía apartamentos para limpiar si no la acompañaba su hermana; que en agosto o septiembre de 2000, un sábado, la acorraló contra uno de los ascensores y que la besó y que ella lo empujó y consiguió rechazarlo diciéndole él que no le contase a nadie lo ocurrido; que en mayo de 2000 se quejó del presunto acoso al esposo de su empresaria, que es con el que contactaba y hablaba de los temas laborales, y le había aconsejado hablar con la Comunidad pero ellas se había negado por vergüenza y miedo a que se enterase s esposo y a que no le creyesen o a perder su trabajo, si bien reconoce que la empresa se portó muy bien con ella y la apoyó en todo; y que en mayo del presente año, estando el pintor dentro de la piscina de la

Comunidad, situada encima del edificio, y hallándose presente el esposo de su empresaria cerca de ella y del portero, de pronto éste último la había cogido por los hombros y tratado de besarla y, viendo que ella iba a gritar, la había soltado y había huido a una esquina del edificio, dejando de hablarle durante el mes de junio. Sexto.- Durante el mes de julio del presente año don J.C.R.D.C. estuvo de vacaciones y a principios de mes fue un día por la Comunidad y, dado que llevaba un tiempo sin hablar con la demandante, no la saludó y le pidió unas llaves al portero que estaba de servicios y la actora le echó en cara que no le hablase. Séptimo.- A principios de julio la demandante fue al médico por depresión y le dio un tratamiento. El día 1 de agosto volvió y no estaba el mismo facultativo sino una sustituta del mismo a la que, tras varias preguntas de ésta y de manera reacia, refirió que estaba siendo acosada por el portero de la comunidad, expidiéndole la facultativos parte de baja por depresión relacionada con acoso sexual, situación en la que permanece. Octavo.- A finales de julio del presente año la actora fue al domicilio de la miembro de la Junta Directiva de la Comunidad encargada de la gestión de la limpieza y jardines, que vive en el Edificio de la Comunidad, y le dijo que no aguantaba más la actitud de acoso del portero, y la citada convocó una reunión de la directiva de la Comunidad en la que dijo que esperaba que fuesen unos caballeros y se desprendiesen del portero y se decidió cambiar el turno del portero, al que se convocó en posterior reunión de la directiva y se le indicó que pasaba a trabajar en el turno de noche para no coincidir con la demandante. En dicha reunión el portero negó las imputaciones que le hacía la actora y manifestó que sólo le decía algún piropo y que tenían problemas por temas relacionados con abrir la puerta. También sobre finales de julio la actora refirió que estaba siendo acosada sexualmente por el portero a una vecina de la comunidad a la que limpiaba el apartamento una vez por semana, y, a preguntas de otra vecina que tiene un despacho profesional en el Edificio de la Comunidad, a la que comentó que le daba miedo limpiar algunas zonas del edificio, y también le refirió que estaba siendo acosada por el portero, y se lo contó también en las mismas fechas a otra vecina que la acompañó a ver a un abogado y a la hermana de la cual la actora le limpiaba el apartamento si bien hace un año que no lo hace. Noveno.- La hermana de la actora, algo mayor que ésta, la acompañaba a limpiar apartamentos en la Comunidad indicándole la demandante que si

no la acompañaba no iba pero no le comentó nada a su hermana del acoso que dice que sufría, enterándose su hermana del presunto acoso cuando la actora se puso de baja el 1 de agosto, diciéndole la actora cuando aparecía el portero que era un repugnante. Décimo.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 13 de septiembre, la misma tuvo lugar en fecha 25 con el resultado de sin avenencia respecto a la Comunidad y don J.C. y sin efecto respecto a doña M.N.G.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción alegada por don J.C.R.D.C. y falta de legitimación pasiva alegada por la Comunidad de Propietarios E.G.V.Nº..., de ...y desestimando asimismo la demanda interpuesta por doña F.C.D. contra los citados demandados y contra doña M.N.G.M., 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 siendo impugnado por don J.C.R.D.C. y Comunidad de Propietarios E.G.V.Nº.... Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que desestimando la demanda interpuesta por doña F.C.D. contra don J.C.R.D.C.; la Comunidad de Propietarios E.G.V.Nº..., y la empresaria doña M.N.G.M., con intervención del Ministerio Fiscal, absolvió a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas, se alza en suplicación la parte actora y, con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral solicita, en un primer motivo de recurso, la revisión del relato histórico de la resolución “a quo” a fin de que se modifique, por el hecho probado séptimo, adicionándole el texto siguiente: “El psiquiatra de la Seguridad Social, Dr. L.F.S., que la trató, emitió informes de fechas 24 y 28 de septiembre, en los que le prescribe inicio de tratamiento por estrés postraumático provocado por el episodio de acoso que ella relata con verosimilitud”, invocando, en pro de sus intereses, la documental de los folios 26 y 30 de los autos, donde se contienen sendas hojas de consulta del servicio de psiquiatría del Hospital ..., de ..., en los que en el apartado relativo a los datos del enfermo, aún cuando coincide el

nombre, "F.", los apellidos no se corresponden con los de la actora, circunstancia que ya recoge el Juez de Instancia en el fundamento jurídico tercero, párrafo sexto, in fine, sin que, por otra parte, conste que hayan sido ratificados por el propio facultativo que los emitió, sin que pueda olvidarse que, como reiteradamente viene proclamando la Jurisprudencia, "cualquier alteración en el relato fáctico constatado como acreditado por el Juez "a quo" ha de basarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que, obrante en autos, patenti-ce de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas el error de aquel juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta de las pruebas practicadas, que le viene otorgada por el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no puede verse afectada ni desvirtuada por distintas valoraciones o conclusiones diversas de la parte interesada", siendo así que, en atención a lo expuesto, la documental invocada por la recurrente no reviste virtualidad para evidenciar error del Juez en la valoración e interpretación de los elementos de prueba llevados a cabo en autos, en uso de las facultades que le confiere el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Debe, pues, permanecer inalterado el relato histórico de la sentencia de instancia, rechazándose, por lo expuesto, la pretensión revisoria auspiciada por la recurrente.

SEGUNDO.- En el motivo segundo del recurso, con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa el examen de las normas sustantivas y de la Jurisprudencia, denunciando, la vulneración de la doctrina Jurisprudencial, "recogida reiteradamente en sentencias del Tribunal Supremo y recogida, asimismo, sin tal carácter de Jurisprudencia pero sí de relevante atención por el Tribunal Constitucional, que interpreta y aplica el contenido del artículo 179.2 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, según el cual, en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación (de un derecho fundamental), corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", según, literalmente refiere el párrafo segundo del motivo segundo del recurso, llevando a cabo, en los restantes párrafos que integran el referi-

do motivo, un análisis de la tesis argumental del Juzgador de instancia así como de la valoración e interpretación contenida en la sentencia en relación con la prueba practicada, efectuando, la recurrente, una serie de disquisiciones y valoraciones de dichos elementos de prueba, de los que infiere la concurrencia de lo que denomina "indicio suficiente de la existencia de una serie de actos vulneradores de derechos fundamentales" y aseverando que al no deducirlos el Juzgador se produce "infracción evidente no solo de la aplicación de la sana crítica exigible sino de la consecuente inversión del onus probandi".

TERCERO.- Así las cosas, como esta propia Sala, en Sentencias, entre otras de 28.11.00; 23.07.94, ha establecido, puede definirse el acoso sexual en el trabajo, como "la conducta de perseguir o fatigar a una persona ocasionándole molestias y trabajos mediante propuestas de naturaleza sexual que resultan ofensivas para la víctima", siendo necesaria la concurrencia de dos elementos esenciales para afirmar la existencia de acoso sexual, en primer lugar, que se demuestre la concurrencia de una manifestación de claro contenido sexual o libidinoso, ya sea de forma física o de palabra, directa o a través de insinuaciones que claramente persigan aquella finalidad, y, por otra parte, una negativa clara y terminante por parte de la persona afectada, al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del sujeto activo, habiendo establecido el Tribunal Constitucional, en sentencia de 13 de diciembre de 1999, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 06.06.01, "se trata de delimitar que debe entenderse por el concepto que, según la terminología acuñada en la jurisdicción social, se conoce como "acoso sexual en el trabajo", para averiguar si se ha producido, o no, un atentado a la intimidad personal (artículo 18.1 CE)" y "en el ámbito de esa salvaguardia queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otra condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29

de mayo de 1990 y artículo 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo”, concluyendo que “para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto”.

CUARTO.- Como esta propia Sala ha venido manteniendo, en atención a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, entre otras la 38/1986 del Tribunal Constitucional de 21 de marzo; 14/1993, de 18 de enero; 180/1994, de 20 de junio; 85/95 de 6 de junio y del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1993, “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 aquél 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 cabe añadir 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, y a ello se refieren, precisamente los artículos 96, 179.2 y 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, que precisan que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, por motivos sindicales o por vulneración de los demás derechos fundamentales”, de manera que, por más que, en su literalidad, el artículo 179.2 se refiere a supuestos litigio-

sos de índole diferente al que nos ocupa, pues no se invoca aquí la supuesta lesión de derechos de libertad sindical, no puede entenderse lo allí establecido, sino en el sentido de que la aplicación de la inversión del onus probandi requiere que se constate la concurrencia de hechos que pongan de manifiesto la existencia de una vulneración de derechos fundamentales, so pena de obligar a la parte demandada a efectuar una suerte de demostración de hechos negativos, de manera que considerando el Juzgador de instancia, en el fundamento jurídico tercero, haciendo uso de las facultades de valoración e interpretación de los elementos de prueba llevados a cabo en autos, ex artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, “que no hay datos suficientes, valorada la prueba en su conjunto, para considerar probada la conducta que la demandante imputa al referido portero”, no estimando acreditado el acoso denunciado, sin que de lo establecido en el relato histórico de la sentencia impugnada se evidencie la concurrencia de una situación de acoso sexual, deviene procedente desestimar el recurso articulado por la demandante y confirmar la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por doña F.C.D. contra la sentencia de fecha 29 de octubre de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, en los autos nº 658/01, sobre tutela de derechos fundamentales por acoso sexual, instados por aquella frente a don J.C.R.D.C.; la Comunidad de Propietarios Comunidad de Propietarios E.G.V.Nº..., de ... y la empresaria doña M.N.G.M., con la intervención del Ministerio Fiscal, confirmamos la resolución de instancia.

3333 Recurso nº 6.322/01

S.S. INAPLICABILIDADE DO CONVENIO COLECTIVO DA INDUSTRIA SIDERO-METALÚRXICA. INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA: SUCESIÓN DE EMPRESAS CONTRATISTAS SEN TRANSMISIÓN DE ELEMENTOS PATRIMONIAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a treinta e uno de enero de dos mil dos.

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. 6.322/01 interpuesto por don E.J.C.S. Y OTROS, don. F.J.F.F., don J.G.S.M. Y OTROS, e “I., S.L.” 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 don F.J.F.F., don E.J.C.S., don J.P.P., don G.S.R., don F.J.F.S., don C.Z.L., don J.L.R.N., don O.F.B., don F.J.D.D.B., don J.G.S.M., don J.R.V.N., don J.A.S., don J.M.B.F., don C.L.R. y don R.F.S.C en reclamación de DESPIDO siendo demandado las empresas “U.F., S.A.”, “I., S.L.” y “A. I., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 56/01, 95/01 y 86/01 Soc. 2 acumulados, sentencia con fecha once de mayo 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.- Que los actores fueron contratados por la empresa “I., S.L.” en virtud de contrato de trabajo por lanzamiento de nueva actividad, que posteriormente fue transformado en contrato de naturaleza indefinida, acreditando una categoría profesional de Lector de Contador de Energía Eléctrica, y percibiendo un salario mensual no coincidente con el estipulado en Convenio Colectivo de siderometalúrgica. Los actores prestaban sus servicios para la Empresa demandada “I., S.L.” con las antigüedades, categorías y salarios incluido prorrateo de pagas extras que a continuación se relacionan:

Don F.J.F.F. Cont 101.774	18.02.97	Lect.
Don E.J.C.S Cont 101.774	01.09.98	Lect.
Don J.P.P. Cont 101.774	10.02.97	Lect.
Don G.S.R. Cont 101-774	13.04.98	Lect.

Don M.F.S. Cont 101.774	10.02.97	Lect.
Don C.Z.L. Cont 101.774	16.02.98	Lect.
Don J.L.R.N. Cont 101.774	10.02.97	Lect.
Don O.F.B. Cont 101.774	16.02.97	Lect.
Don F.J.D.D.B. Cont 1.01.774	10.02.97	Lect.
Don J.G.S.M. Cont 101.774	11.02.97	Lect.
Don J.R.V.N. Cont 101.774	16.03.98	Lect.
Don J.A.S. Cont 101.774	11.02.97	Lect.
Don J.M.B.F. Cont 101.774	10.02.97	Lect.
Don R.F.S.C. Cont 101.774	10.02.97	Lect.
Don C.L.R. Cont 101.774	02.06.98	Lect.

SEGUNDO.- Que el pasado 22 de diciembre de 2000 la empresa “I., S.L.” remitió a los actores notificación por escrito, en la cual se les dice lo siguientes: “como ya le hemos venido informando, con efectos 31.12.00, esta empresa concluye la actividad en la que Vd. presta servicios, por cuanto que la adjudicación del nuevo concurso se ha producido a favor de A., M.E.I. A., S.L. ... Por ello, y en aplicación de lo previsto en el art. 44 del ET, a partir del 1 de enero de 2001 se produce la sucesión empresarial por la que el nuevo empresario debe subrogarse en los derechos y obligaciones a su relación laboral. A tal efecto, el nuevo titular de la adjudicación del concurso, que continuará con la actividad, ha sido informado, mediante la remisión de los oportunos documentos de sus condiciones laborales./ TERCERO.- Que los actores se personaron en las oficinas que la empresa “A.M.E.I.A., S.L.” tiene en A Coruña en la calle ..., con objeto de ponerse a disposición de los responsables de la misma y continuar con la prestación de sus servicios; extremo éste que no fue posible, toda vez que el responsable de dicha empresa les manifestó verbalmente al actor que no podría llevar a cabo la subrogación, por cuanto ya disponían de su propia plantilla./ CUARTO.-

La empresa "U.F., S.A." suscribió en primer lugar con la entidad "I., S.L." el contrato de arrendamiento de servicios consistente en la realización de lectura de contadores, la ejecución de órdenes de servicio y Campañas comerciales dentro del ámbito geográfico de los distritos Coruña Norte y Coruña Centro y Pontevedra Sur, en fecha 19.12.97 y con vigencia hasta el término de la contrata./ SEXTO.- En la escritura de constitución de la empresa "I., S.L." y concretamente en los estatutos se establece lo siguiente: DENOMINACIÓN, OBJETO, DOMICILIO Y DURACIÓN./ Artículo 1º.- La Sociedad se denominará "I., S.L.". Se registrará por estos Estatutos y en cuanto en ellos no esté previsto, por las disposiciones legales que le sean aplicables./ Artículo 2º.- La sociedad Tendrá por objeto: El mantenimiento, instalación e información de consumo de toda clase de contadores instalados a terceras personas, bien por cuenta propia o de terceros./ La adquisición, explotación, arrendamiento, promoción y enajenación de bienes inmuebles, así como la construcción por cuenta propia o de terceros -acogidas o no a Leyes especiales protectoras de la edificación- de toda clase de obras y de subcontratación de las mismas./ La Sociedad podrá desarrollar las actividades integrantes de su objeto social, total o parcialmente, bien de modo directo o indirecto mediante la titularidad acciones o participaciones en Sociedades de objeto idéntico o análogo./ SÉPTIMO.- Que el contrato de arrendamiento de servicios de fecha 14.12.00 que obra en autos y se da aquí por reproducido se hace constar lo siguiente: "U.F.M., S.L." manifiesta su necesidad de recibir la prestación de los servicios de: lecturas, corte y reposición, colocación de cerraduras normalizadas, colocación de elementos de control comercial, revisión de instalaciones, acometidas, colocación de contadores en el exterior, colocación de contadores integrales y cualquier otro tipo de trabajo que pueda surgir en relación con los elementos de control comercial, todo ello dentro del ámbito geográfico de Coruña Centro definido en el Pliego de condiciones objeto del concurso./ Que "A.M.E.I.A., S.L.", afirma como propio de su actividad la ejecución de las obras y la prestación de servicios que comprende la presente adjudicación, manifestando disponer de los recursos humanos, materiales y tecnológicos adecuados para el legal ejercicio de su actividad industrial, así como para satisfacer la necesidad antes expresada por "U.F.M., S.L." confirmando su interés en atenderla./ OCTAVO.- Todos los demandantes participaron en

la Huelga convocada por el Sindicato Confederación Intersindical Galega que tuvo lugar en fecha octubre de 2000./ NOVENO.- En fecha 18.01.01 se celebró acto de conciliación ante el Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación con resultado de sin efecto".

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

"FALLO: Que estimando la demanda promovida por don F.J.F.F., don E.J.C.S., don J.P.P., don G.S.R., don F.J.F.S., don C.Z.L., don J.L.R.N., don O.F.B., don F.J.D.D.B., don J.G.S.M., don J.R.V.N., don J.A.S., don J.M.B.F., don C.L.R. y don R.F.S.C, contra las empresas "I., S.L.", "U.F., S.A." Y "A.M.E.I.A., S.L.", debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido efectuado a los actores en fecha 31.01.00 condenando a la demandada "I., S.L.", 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 las cantidades siguientes en concepto de indemnización: a don F.J.F.F., 950.500 pts. a don E.J.C.S. 573.798 Pts., don J.P.P., 955.881 pesetas, a don G.S.R., 668.646 pesetas, a don F.J.F.S. 955.881 pesetas, don C.Z.L. 706.316 pesetas, a don J.L.R.N. 955.881 pesetas, don O.F.B. 706.316 pesetas, a F.J.D.D.B. 955.881 pesetas, a don J.G.S.M. 955.209 pesetas, don J.R.V.N. 687.481 pesetas a don J.A.S. 955.209 pesetas, a don J.M.B.F. 955.881 pesetas a don C.L.R., 635.012 pesetas a don R.F.S. 955.881 pesetas y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la notificación de esta resolución a razón de 5.456 pesetas diarias. Absolviendo a "U.F., S.A." y a la empresa "A.M.E.I.A., S.L." de todos los pedimentos contenidos en aquella".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandantes y demandada ("I., S.L.") siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó en parte las demandas rectoras de los autos, se alzan los mismos actores y la mercantil condenada "I., S.L.", solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus respectivas pretensiones, para

lo cual, comenzando por los recursos que contienen motivos fácticos, al amparo en el art. 191.b) LPL, al objeto de dejar configurado el relato histórico, 1.- Los demandantes, tres grupos de recurrentes, y en particular: 1.1) por el recurso de la letrado Sra. G., en nombre de don E.J.C. y otros, esta, pretende que se modifiquen los ordinales 1º y 9º, y así: A) para que en el 1º se adicione la siguiente redacción: “ El salario regulador a tener en cuenta a los efectos del despido es de 163.868 ptas. Que don E.J.C.S. y don C.Z.L. son Delegados y miembros del Comité de Empresa”. Cita en apoyo de su pretensión los documentos obrantes en los folios 947 al 949. No se admite la modificación que se pretende por cuanto de dichos documentos no resulta el salario que ahora se postula, siendo el correcto el que el juzgador de instancia establece en dicho ordinal, y en cuanto a la condición de Miembros del Comité de Empresa, los documentos que se citan solo contienen una solicitud al SMAC de sustitución de quiénes ostentaban aquella condición, por los ahora demandantes, sin que tales documentos acrediten la afirmación que pretende introducirse en el relato fáctico, pues ni consta que los anteriores Delegados y Miembros hayan cesado ni que a los citados les corresponda la sustitución.

B) Para que en el ordinal 9º, se adicione que: “ Los actores (que cita, los representados por esta Letrada), celebraron acto de conciliación del 24.01.01 con resultado de sin avenencia respecto de “U.F., S.A.”, y sin efecto por no comparecer, frente “I., S.L.” y “M.E.I.A., S.L.”, cita en apoyo de su propuesta el documento obrante en los autos al folio 17. Se admite la adición que se pretende por cuanto, se funda en documento hábil a tales efectos (acta del SMAC), y constituyendo tal acto un requisito preprocesal debe constar su cumplimiento en la resolución judicial que recaiga.

1.2) El letrado Sr. O.C., en representación de don J.G.S.M. y otros, postula que en el ordinal primero se haga constar como salario de sus representados la cantidad mensual de 167.321 ptas. citando al efecto los documentos obrantes en autos en los folios 1.058, 1.066 a 1.068, 1.070 y 1.071, 1.075 a 1.082 bis, y 1.091 a 1.094. No se admite la revisión que se propone por cuanto las hojas de salarios en que se funda, contratos de trabajo y demás, en ninguno de tales documentos se refleja el salario que se pretende en esta modificación fáctica.

2) Por su parte la mercantil recurrente (“I., S.L.”), como cuestión previa plantea que se rectifiquen los antecedentes de hecho primero y segundo para que se diga que las demandas fueron presentada el 02.02.01 y el juicio se celebro el 20.03.01, en lugar de las fechas que constan de 09.03.01 y 30.04.01.

Procede la aclaración relativa a la fecha de celebración de juicio, tal como resulta de la acta que obra unida a los actos, así como las fechas de presentación de las demandas, salvo la primera que lo fue el 23.01.01, si bien tales aclaraciones resultan intrascendentes para el signo del litigio.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, los recurrentes efectúan diversas denuncias y así A) Los tres grupos de actores recurrentes (los trabajadores), plantean dos motivos jurídicos, 1º] la infracción por inaplicación de los art. 42 y 44 LET y, 2.-] la infracción de los arts. 14, 28.2 y 37.2 CE; y de los arts. 4.2.d), y e), arts. 55.5 y 6, y 56.4 LET, así como art. 108.2 LPL, argumentando que, con la primera denuncia, se ha producido una sucesión empresarial de “M.E.I.A., S.L.”, en la actividad de “I., S.L.”, y que por tanto deben responder ambas mercantiles, de forma solidaria frente a los actores. Así mismo se alega que los actores no han sido contratados por la Sucesora “M.E.I.A., S.L.” como represalia al haber participado en una huelga previa, por lo que se vulnera su derecho fundamental y por tanto el despido producido ha de calificarse de nulo. B) Por la mercantil recurrente “I., S.L.”, se plantean dos cuestiones: 1.- relativa al salario de los actores, para manifestar su conformidad con el fijado por el Juzgador de instancia en el ordinal primero de probados, oponiéndose, primero a las modificaciones que se pretenden introducir por los trabajadores recurrentes, segundo invocando que no es aplicable el convenio colectivo de la industria de Siderometalúrgica, como ha aplicado el Juzgador de instancia fijando las indemnizaciones y salarios de tramitación en función de los salarios de este convenio, e invoca la aplicación del art. 82 LET en relación con el art. 157 LPL y la vinculación y ejecutividad de las sentencias recaídas en procedimientos de conflicto colectivo, por lo que habiéndose discutido la aplicación de este convenio en la empresa y desestimada la demanda viene el juzgador de instancia obligado a acatar el pronunciamiento que contiene. 2.- Como segundo motivo del recurso plantea, coincidiendo con los actores en este aspecto, que ha existido

una sucesión empresarial en la actividad que desempeñaba para "U.F., S.A." y que tal sucesión se produjo en favor de "M.E.I.A. S.L.", por tanto el despido de los actores se produce por la negativa de la mercantil sucesora a dar ocupación a los actores, por ello estima que debe ser esta mercantil la que responda íntegramente del despido producido.

TERCERO.- Procede en primer lugar entrar en el primer motivo del recurso de la mercantil, por cuanto se refiere a un aspecto esencial del litigio, relativo al salario a tener en cuenta, no solo para fijar las indemnizaciones y salarios de trámite, sino incluso, para, de aceptarse una sucesión empresarial determinar las condiciones de los actores en la empresa sucesora. Al respecto, hay que tener en cuenta la sentencia de esta Sala de 28.04.01 recaída en autos N° 2/01, en materia de conflicto colectivo, seguidos a instancias de la Central Intersindical Galega (CIG) contra la empresa "I., S.L.", y cuya pretensión consistía en la declaración de aplicación a dicha mercantil del convenio colectivo de siderometalurgia de la Provincia de la Coruña, resolución que se ha aportado con la formalización del recurso por parte de dicha empleadora. En primer lugar, todas las partes han tenido conocimiento de dicho documento y han podido impugnar su acceso en esta vía, lo cual solo indirectamente se alegó por uno de los colectivos de actores recurrentes, mas tal oposición debe desestimarse por cuanto dicha resolución tiene origen en una demanda de 07.03.01, el juicio se celebró el 24.04.01 y la misma se dictó el 28.04.01, en consecuencia, si bien dicha resolución es anterior a la que es objeto de este litigio, lo cierto es que la parte presentante no pudo aportarla al acto de juicio celebrado por cuanto, como se aclaró, el mismo se celebró el 20.03.01, por lo que reúne el requisito de ser un documento posterior a la celebración del juicio y por aplicación del art. 270.1.1° NLEC, por lo que procede su unión y toma en consideración.

Establecido lo anterior, dicha sentencia, recaída en procedimiento de conflicto colectivo, a tenor de lo dispuesto en el art. 258.2 LPL es inmediatamente ejecutiva, y vinculante para las partes interesadas de modo que, aunque no pueda hablarse propiamente de cosa juzgada respecto de esta cuestión, si debe entenderse que existe una prejudicialidad cuasi normativa que obliga, primero, al Juzgador de instancia, y ahora a la Sala a respetar lo decidido en aquel procedimiento, todo ello conlleva que no quepa aplicar a los actores el convenio colecti-

vo litigioso y que los salarios a tener en cuenta a todos los efectos señalados sean los referenciados para cada actor en el hecho probado primero de la resolución recurrida, así se ha pronunciado, con reiteración, STS en sentencias de 11 de abril de 1991 (RJ 1991\3.261), 30 de junio de 1994 (RJ 1994\5.508), 15 (RJ 1994\6.668), 18 (RJ 1994\7.052) y 21 de julio (RJ 1994\6.690), 20 (RJ 1994\7.728) y 23 de septiembre (RJ 1994\7.177), 25 de noviembre (RJ 1994\9.238) y 5 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10.493), señalando que el citado art. 158, lo que ordena es que las sentencias resolutorias de los procesos individuales tienen que aplicar obligatoriamente los mandatos y criterios decisorios establecidos por la sentencia de conflicto colectivo, por lo que este motivo del recurso ha de ser atendido, lo que conlleva que las indemnizaciones de los actores y los salarios de tramitación habrán de fijarse en atención a dicho salario, por lo que se acoge el motivo planteado por dicha recurrente.

CUARTO.- Procede, entrar ahora en el análisis del primero de los motivos de los recursos de los actores, y del segundo motivo del recurso de la mercantil "I., S.L.", esto es, resolver sobre la existencia o inexistencia de la sucesión empresarial por parte de la codemandada "M.E.I. A., S.L.", y por tanto determinar si concurren los supuestos fácticos que permiten la aplicación del art. 44 LET.

Doctrinalmente, para que exista una sucesión de empresa, de las definidas en el precepto denunciado es preciso que concurren dos requisitos constitutivos: a) el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, en la dicción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores), este cambio de titularidad puede haberse producido en virtud de cualquier título jurídico lícito; b) que los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa constituyan una unidad de producción susceptibles de explotación o gestión separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial procedente. Partiendo de tales exigencias, la jurisprudencia, entre otras las STS de 5 de abril de 1993, 12 de marzo de 1996, 26 de junio y 6 de febrero de 1998, ha establecido que, ni la contrata, ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas, a la vista del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, salvo

entrega al contratista o concesionario de la infraestructura u organización empresarial esencial para la explotación, y ello por cuanto toda transmisión de empresa exige la transmisión del cedente al cesionario de la infraestructura u organización empresarial necesaria para la ejecución del servicio contratado, con el conjunto de elementos personales, materiales y patrimoniales básicos para la explotación, de suerte que si no se dan dichas circunstancias, porque solamente hay una sustitución en la actividad o en el servicio, sin transmisión del soporte material y patrimonial preciso para la realización de aquél, entonces no surge la sucesión o cambio de titularidad de empresa prevenida en el art. 44 LET.

En los casos en los que se han producido sucesivas contrataciones de servicios, o cuando la empresa principal ha asumido el servicio objeto de la contrata, la doctrina sentada por STS en S. de 17.06.97 (RJ 1997/4.758), 27.12.97 (RJ 1997/9.639), 10.12.97 (RJ 1997/736), 09.02.98 (RJ 1998/1.644), 29.04.98 (RJ 1998/3.879), 08.06.98 (RJ 1998/6.693) y 03.10.98 (RJ 1998/7.804), se puede resumir en los extremos siguientes: 1º. Si la normativa sectorial o, en su caso, el pliego de condiciones, dan tratamiento jurídico a esta cuestión, previniendo la existencia de subrogación empresarial, deberá estarse a lo dispuesto en la misma. 2º. En defecto de esta regulación, «en los casos de sucesión de contrataciones no hay transmisión de la misma sino finalización de una, y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores... si no se transmiten “los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación”, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el art. 44 LET, así lo exige STS 17.06.97 y 09.02.98.

La doctrina expuesta, aplicada al presente supuesto, implica la desestimación del motivo y la confirmación, en este aspecto, de la resolución recurrida por cuanto de la empresa recurrente a la nueva contratista “M.E.I.A., S.L.” no se ha producido ningún trasvase de patrimonio (ni máquinas, ni herramientas se han entregado), ni de materia

prima, sino que lo acontecido ha sido el cese de una contrata y el inicio de una nueva por lo que no cabe hablar de la aplicación del citado precepto por lo que, al haberlo apreciado así el Juzgador de instancia, al desestimar tal pretensión de la demanda rectora de los autos, no incurre dicha resolución en el defecto que se le imputa. En igual sentido se ha pronunciado ya la Sala en la S. de 24.09.01 al resolver el R. 3.979/2001 en que también eran demandas las mercantiles de estos autos.

QUINTO.- El segundo de los motivos de los recursos planteados por los trabajadores, hace referencia a la vulneración del derecho fundamental de huelga, pues imputan a la code mandada “M.E.I.A., S.L.”, que han sido despedidos o no contratados, por participar en una huelga anteriormente. La invocación de la vulneración de derechos fundamentales exige que quien la efectúe aporte prueba suficiente que acredite la existencia, al menos indiciaria, de la vulneración que se invoca, no siendo suficiente con la mera alegación de la lesión. En el presente supuesto, en la resolución recurrida no se contiene en el relato fáctico ningún hecho que acredite tal indicio, salvo que los actores han participado en una huelga, mas ni siquiera todos alegan que ello sea causa de una actuación discriminatoria en su contra (el demandante don F.J.F., ni siquiera invoca tal situación), afirmándose por el contrario, por el Juzgador de instancia que no se han aportado indicios de conducta discriminatoria en la mercantil demandada. En consecuencia el motivo no puede prosperar por cuanto si la mercantil “M.E.I.A., S.L.” no tenía obligación de subrogarse en los contratos de los trabajadores que prestaban sus servicios para la anterior subcontratista, por el mero hecho de acudir a la huelga los actores no puede deducirse una intencionalidad en la no contratación de los mismos, por aquel motivo, en consecuencia se desestima el motivo y con él íntegramente el recurso de los demandantes.

SEXTO.- La estimación parcial del recurso presentado por la empleadora “I., S.L.”, implica, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 201 y 233 LPL, que no se le impongan las costas de esta alzada; así mismo, devuélvase a dicha mercantil el depósito constituido para recurrir y en cuanto a la consignación efectuada, redúzcase en el importe correspondiente a la estimación del presente recurso, todo ello una vez firme la presente resolución.

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

Fallamos

Que desestimamos los recursos de suplicación formulados por don E.J.C.S., don J.P.P., don G.S.R., don F.J.F.S., don C.Z.L., don J.L.R.N., don O.F.B., don F.J.D.D.B., representados por la letrada doña C.G.; y el recurso de don F.J.F.F., representado por el don P.M.; así como el recurso planteado por los actores don J.G.S.M., don J.R.V.N., don J.A., don J.M.B.F., don R.F.S.C. y don C.L.R., representados por el letrado don O.C., contra la sentencia dictada el 11.05.01 por el Juzgado de lo Social Nº 4 de A CORUÑA en autos Nº 56/01, 95/01 y 86/01 sobre despido contra empresas “I., S.L.”, “A. I., S.L.” y “U.F., S.A.”, y estimando en parte el recurso formulado por la empresa “I., S.L.”, contra la mencionada resolución, con revocación parcial de la misma, condenamos a dicha recurrente a que en término de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre readmitir a los actores en iguales términos que regían antes del despido o indemnizarles en las siguientes cantidades, 1) a F.J.F.F. EN QUINIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS PESETAS (585.200 PTAS); 2) A E.J.C.S. EN TRESCIENTAS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTAS SETENTA Y OCHO PESETAS (343.487 PTAS); 3) A J.P.P. EN QUINIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS PESETAS (585.200 PTAS); 4) A G.S.R. EN CUATROCIENTAS SIETE MIL NOVENTA Y SEIS PESETAS (407.096 PTAS). 5) A M.F.S. EN QUINIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS PESETAS (585.200 PTAS); 6) A C.Z.L. EN CUATROCIENTAS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTAS TREINTA Y NUEVE PESETAS (432.539 PTAS). 7) A J.L.R.N. EN QUINIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS PESETAS (585.200 PTAS); 8) A O.F.B. EN CUATROCIENTAS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTAS TREINTA Y NUEVE PESETAS (432.539 PTAS). 9) A F.J.D.D.B. EN QUINIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS PESETAS (585.200 PTAS); 10) A J.G.S.M. EN QUINIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS PESETAS (585.200 PTAS); 11) A J.R.V.N. EN (385.893 PTAS.) 12) A J.A.S. EN QUINIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS PESETAS (585.200 PTAS); 13) A J.M.B.F. EN QUINIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS PESETAS (585.200 PTAS); 4) A R.F.S.C. EN QUINIENTAS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS PESETAS (585.200 PTAS); y 15) A C.L.R. EN TRESCIENTAS OCHENTA Y UNA MIL SEISCIENTAS CINCUENTA Y DOS PESETAS (381.652 PTAS.); así como a que les abone, a cada uno de los citados, los salarios

dejados de percibir desde la fecha del despido -a razón del salario regulador fijado en el hecho primero de la resolución de instancia-, hasta la notificación de aquella resolución, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los art. 56 y 57 LET. Devuélvase el depósito constituido para recurrir a la mercantil “I., S.L.” y en cuanto, a la consignación efectuada, una vez reducida en la parte correspondiente, se mantiene el resto hasta que se cumpla la presente resolución, o en ejecución de la misma se disponga lo procedente por el Juzgado de instancia. Todo ello sin imposición de costas del presente recurso.

3334 Recurso nº 3.246/98

S.S. ACCIDENTE LABORAL. INDEMNIZACIÓN CIVIL CUBERTA POR PÓLIZA DE ASEGURAMIENTO. CONVENIOS COLECTIVOS: ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN.

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

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

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. 3.246/98 interpuesto por “C.C.H., S.L.” 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 S.P.L. y M.D.G.P. en reclamación de INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO siendo demandado la empresa “C.C.H., S.L.” y la Compañía de Seguros “P.E.S.A.S.R.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 73/98 sentencia con fecha dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“Primero.- Los demandantes, don S.P.L., DNI número ... y doña D.G.P., DNI número ..., son padres de don P.P.G., nacido el ..., quien falleció el 30 de septiembre del 96 en accidente de trabajo, cuando se encontraba prestando servicios para la empresa “C.C.H., S.L.” ./ Segundo.- Tenía la empresa concertada una póliza de seguros para cubrir las indemnizaciones previstas en Convenio. Dicha póliza garantiza para caso de fallecimiento la cantidad de 1.500.000 pesetas./ Tercero.- Se celebró sin avenencia, la conciliación obligatoria previa ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.”

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don S.P.L. y doña M.D.G.P. contra la empresa “C.C.H., S.L.” y la Cia. de Seguros “P.E.S.A.S.R.”, condeno a la empresa demandada al abono a la comunidad hereditaria del fallecido P.P.G. la cantidad de 4.000.000 de pesetas, y solidariamente con ella hasta la suma garantizada de 1.400.000 pesetas de acuerdo con aquella a la compañía de “P.E.S.A.S.R.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En proceso sobre mejora voluntaria de Seguridad Social, la sentencia de instancia decidió: “Que estimando la demanda interpuesta por don S.P.L. y doña M.D.G.P. contra la empresa “C.C.H., S.L.” y la Cia. de Seguros “P.E.S.A.S.R.”, condeno a la empresa demandada al pago a la comunidad hereditaria del fallecido don P.P.G. de la cantidad de 4.000.000 de pesetas, y solidariamente con ella hasta la suma garantizada de 1.500.000 pesetas concurrente con aquella a la Cia. de Seguros “P.E.S.A.S.R.”.

La empresa recurre la sentencia y, a tal fin, solicita con amparo procesal correcto revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico y con base en los folios 27, 31 a 33, 36 y 46 a 48, propone:

A) Sustituir el apartado 2º de la sentencia recurrida (“Tenía la empresa concertada una póliza de seguros para cubrir las indemnizaciones previstas en Convenio. Dicha póliza garantiza para caso de fallecimiento la cantidad de 1.500.000 pesetas”), por: “Tenía la empresa concertada una póliza de seguros para cubrir las indemnizaciones previstas en Convenio Colectivo del Sector Derivados del Cemento de la Provincia de Pontevedra, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra el 12 de septiembre de 1995. Dicha póliza garantiza para caso de fallecimiento la cantidad de 1.500.000 pesetas”.

B) Añadir a la sentencia recurrida el siguiente nuevo hecho probado: “En fecha 6 de noviembre de 1996, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra el nuevo Convenio Colectivo Provincial, habiéndose publicado en fecha 27 de agosto de 1996 en el BOE el Convenio Colectivo General del Sector de Derivados del Cemento. El Convenio publicado en el BOP de 12 de septiembre de 1995 establecía una cobertura de 1.500.000 pesetas y, tanto el Convenio Colectivo publicado en el BOP de 6 de noviembre de 1996, como el publicado en el BOE de 27 de agosto de 1996, establecen la suma de 4.000.000 de pesetas”.

Las pretensiones, que en parte recoge el fundamento jurídico de la sentencia impugnada, se aceptan porque constan en los documentos alegados y configuran de forma detallada la versión fáctica de la cuestión litigiosa.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia recurrida infringe, en relación con el artículo 24 de la Constitución (C), los artículos 1, 2, 3 y 23 del Convenio Colectivo del Sector Derivados del Cemento de la Provincia de Pontevedra de 1995 (CCPO/95, BOP 12.09.95), 4 y 43 del Convenio Colectivo del Sector Derivados del Cemento de la Provincia de Pontevedra de 1996 (CCPO/96, BOP 06.11.96), 2, 4, 11 y 109 del Convenio Colectivo General del Sector Derivados del Cemento de 1996 (CCGE/96, BOE 27.08.96), 82, 83, 84 y 86.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 2 del Código Civil en relación con el 9.1 y 3 C, 1 y 4 de la Ley de Contrato de Seguro, pues aparte de que la interpretación última de un convenio no corresponde a la comisión paritaria sino a la autori-

dad judicial, en la fecha del hecho causante tenía cubierta la contingencia con arreglo al CCPO/95 al no existir ningún otro en vigor, ya que el nuevo convenio provincial se publicó con posterioridad y la regulación que establecía el CCGE/96 sobre mejoras voluntarias también inició su vigencia después del hecho causante, sin que sea viable su carácter retroactivo pues entonces se aseguraría un riesgo pasado en lugar de un riesgo futuro que es esencial a cualquier contrato de seguro y se infringiría la seguridad jurídica, de modo que en cualquier caso su responsabilidad vendría limitada al pago de 1.500.000 pesetas.

CUARTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son:

1) Los actores son los padres del trabajador, nacido el ..., que falleció el 30.09.96 en accidente laboral cuando prestaba servicios para "C.C.H., S.L.".

2) La empresa había concertado póliza de seguro prevista en el CCPO/95 (BOP 12.09.95), que garantizaba la cantidad de 1.500.000 pesetas en caso de fallecimiento, con la codemandada "P.E.S.A.S.R.".

3) El CCGE/96 (BOE 27.08.96) y el CCPO/96 (BOP 06.11.96) fijaron la garantía indicada en 4.000.000 de pesetas.

QUINTO.- Los datos expuestos llevan a estimar el recurso, fijando la responsabilidad indemnizatoria de la empresa en la cuantía de 1.500.000 pesetas cual solicita, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- Sin perjuicio de las funciones de interpretación y aplicación de los convenios colectivos atribuidas a las comisiones paritarias y de lo dispuesto en el artículo 91.1 ET, así como de la posible retroactividad legal de esos pactos (arts. 86, 90.4 ET) negada por la recurrente, los artículos 9 CCPO/96 y 15 CCG/96 no establecen el carácter vinculante de los acuerdos adoptados por esos órganos acerca de tales extremos.

2ª.- El criterio de la Comisión Paritaria del CCPO/96, asumido por la resolución impugnada, consistente en fijar en el día 27.08.96 (publicación CCGE/96) la fecha inicial de aplicación de las indemnizaciones complementarias a las prestaciones de Seguridad Social previstas en el artículo 43 del CCPO/96, contradice la normativa que sobre el particular recogen ambos convenios:

a) Es cierto que el CCGE/96 entró en vigor el 16.09.96, es decir, antes del hecho causante (30.09.96), porque el artículo 11.1 fija su vigencia a partir de los 20 días naturales siguientes a su publicación en el BOE (27.08.96). Pero también es verdad que esa genérica entrada en vigor no rige la mejora voluntaria litigiosa, porque el último párrafo del citado artículo 11.1 excepciona de forma expresa "las materias en las que en él mismo se especifique una vigencia distinta", la cual se recoge en el artículo 109 al decir que "la fecha de entrada en vigor en la aplicación de las indemnizaciones anteriores (prestaciones complementarias a las de Seguridad Social) será a los treinta días de la entrada en vigor del presente Convenio Colectivo", de modo que la cuantía de cuatro millones que prevé sólo sería exigible a partir del 15.10.96, esto es, después del fallecimiento del trabajador causante.

b) El CCPO/96, publicado el 06.11.96 con posterioridad al CCGE/96, reproduce las normas transcritas previa remisión al citado CCGE/96 en todas aquellas materias de negociación que este último se atribuya como propias, entre las cuales figuran las prestaciones complementarias de la Seguridad Social (art. 2.B CCGE/96) y, al igual que en esta norma colectiva de superior ámbito territorial, el artículo 43 CCPO/96 dispone que "la fecha de entrada en vigor en la aplicación de las indemnizaciones anteriores (prestaciones complementarias a las de Seguridad Social) será a los treinta días de la entrada en vigor del presente convenio colectivo", vigencia que el CCPO/96 no señala expresamente ya que el artículo 4 se limita a fijar su duración -cinco años- respecto de aquellas materias propias del CCGE/96; en cualquier caso, el criterio de la Comisión Paritaria y de la sentencia impugnada tampoco sería admisible porque el CCPO/96 es posterior al hecho causante (30.09.96).

3ª.- Tal como interesa la recurrente, entendemos aplicable el CCPO/95, cuyo artículo 23 fijó la indemnización por accidente laboral en 1.500.000 pesetas con vigencia desde el 01.06.95, contingencia y prestación que la empresa había amparado en la oportuna póliza de aseguramiento.

Es cierto que el último párrafo del citado artículo 23 limita la invariabilidad de esa cuantía indemnizatoria hasta el 31.05.96, es decir, antes de la muerte del trabajador causante, pero ello no implica que desde entonces estuviera en vigor el CCGE/96: De un lado, porque el artículo 4 CCGE/96 dispone la

vigencia en todo su contenido del convenio de ámbito inferior hasta su término temporal, salvo que las partes decidieran acogerse al mismo, lo que no se acreditó. De otra parte, porque el artículo 3 CCPO/95, después de fijar la finalización de sus efectos el día 28.02.96, prevé su prórroga automática por anualidades salvo denuncia de las partes, que en el caso tampoco fue objeto de prueba.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 201 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir, al aseguramiento y a la consignación de la cantidad objeto de condena.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de "C.C.H., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, de 18 de mayo de 1998 en autos nº 73/98, que revocamos parcialmente, acogemos en parte la demanda de don S.P.L. y doña M.D.G.P. contra la empresa recurrente, a la que condenamos junto a la "P.E.S.A.S.R." a abonarles solidariamente la cantidad de un millón quinientas mil (1.500.000) pesetas en concepto de mejora voluntaria de seguridad social por la muerte de su hijo, y la desestimamos en sus restantes peticiones.

3335 Recurso nº 6.426/01

S.S. CONTRATO DE INTERINIDADE POR VACANTE. EXTINCIÓN EN FRAUDE DE LEI QUE CONSTITÚE DESPEDI-MENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

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

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 6.426/01, interpuesto por doña M.D.G.F. con-

tra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 3 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 595/01 se presentó demanda por doña M.D.G.F. en reclamación de Despido siendo demandado la Consellería de Educación da Xunta de Galicia y doña M.D.M.R. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha nueve de octubre de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Probado que la demandante ha venido prestando servicios laborales por cuenta, orden y bajo la dependencia de la Consellería demandada en el centro de trabajo "Centro de Educación Especial de ..." con la categoría profesional de camarera-limpiadora, con una retribución mensual de 159.000 pesetas incluida la prorrata de pagas extra, iniciándose esta relación laboral en junio de 1999, mediante contrato laboral suscrito al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, en cuya cláusula sexta se dice: "La duración del presente contrato se extenderá desde el 23.06.99 hasta que proceda la cobertura del puesto de trabajo por alguno de los sistemas de provisión legal o reglamentariamente previstos, se reconvierta, suprima o amortice". La actora ocupaba la plaza en el centro de Educación Especial ..., nº DE.C.99.40.901.32001.029/ SEGUNDO.- Con fecha 04.06.01 la Consellería demandada entregó a la actora diligencia de cese con efectos de 04.06.01, en la que se indicaba que la causa del cese era la adscripción provisional de D.M.R./ TERCERO.- Con fecha 31.05.01 la Dirección General de la Función Pública de la Xunta de Galicia dicta resolución en virtud de la cual se adscribe provisionalmente al puesto de camarera-limpiadora código DE.C.99.40.901.32001.029 en el Centro de Educación Especial ... de Ourense M.D.M.R. como consecuencia de la supresión del puesto de trabajo de M.D.M.R./ CUARTO.- La demandante agotó la vía previa administrativa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por M.D.G.F. contra la Consellería de Educación,

absolviendo a la demandada de las pretensiones de la misma”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el 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 se declare ilegal o nulo su cese, o, subsidiariamente, improcedente-, formula recurso de suplicación, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del T.R.L.P.L., denunciando infracción de los artículos 15.1c) del E.T., 4 del Real Decreto 2.720/1998 y 7.2a) del Convenio Colectivo Unico del Personal Laboral de la Xunta de Galicia.

SEGUNDO.- Sostiene la actora –que, viniendo prestando sus servicios para la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia, con la categoría de camarera-limpiadora, en el Centro de Educación Especial de ... (Ourense), desde junio de 1999, mediante un contrato laboral, suscrito al amparo del artículo 15 del E.T. (según redacción de la Ley 63/1997), en cuya cláusula sexta se decía “la duración del presente contrato se extenderá desde el 23.06.99 hasta que proceda la cobertura del puesto de trabajo por alguno de los sistemas de provisión legal o reglamentariamente previstos, se reconvierta, suprima o amortice”; fue cesada el 4 de junio de 2001, por la Consellería citada, al adscribir provisionalmente a la plaza que ocupaba a doña M.D.M.R., a causa de haber sido suprimido el puesto de trabajo, de camarera-limpiadora, que ocupaba ésta-, que su cese fue nulo, o, subsidiariamente, improcedente, porque no se ajustó a procedimiento reglamentario alguno; y la Sala, a la vista de lo expuesto, considera que el cese de la demandante fue improcedente –no nulo, porque no existe indicio probatorio alguno, en el sentido de que tuviere por móvil, como exige para ello el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien de que se produjere con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador-, dado que: a) el artículo 15.1c) del Estatuto de los Trabajadores permite el contrato de trabajo por una duración determinada, cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo,

siempre que en él se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución; y la doctrina jurisprudencial precisa, con relación a los supuestos en que este tipo de contratación se verifique en el ámbito público, que lo que justifica y hace posible que se lleve a cabo una contratación laboral de carácter interino en estos casos, es tan solo el hecho de que una determinada plaza pública esté vacante y que el contrato laboral correspondiente se concierte con el fin de que el individuo contratado ocupe esa plaza hasta que la misma sea cubierta reglamentariamente; y que lo importante a este respecto es que la plaza esté realmente vacante en el momento de la contratación y a la espera de que se nombre un titular para la misma, de acuerdo con las normas propias del caso, y que el contrato de interinidad quedará extinguido cuando ese titular nombrado reglamentariamente ocupe la plaza (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1987, 2 de abril, 19 de septiembre y 22 de octubre de 1997, 3 de febrero de 1998, etc.); b) en el caso que se analiza, resulta que la actora, que había sido contratada, interinamente, por la Consellería demandada, para cubrir una plaza vacante de camarera-limpiadora, hasta que se cubriera por el procedimiento reglamentario o se reconvirtiere, suprimiere o amortizare, no fue cesada tras seguirse el procedimiento reglamentario, porque la designación, para ella, de doña M.D.M.R., no se llevó a cabo, como era obligado, tras resolución de la oportuna convocatoria de la provisión de puestos de trabajo incluidos en la oferta pública del personal laboral; sino, pasando por alto éste, y adscribiéndola provisionalmente a la plaza; y c) que tan arbitraria actuación, por parte de la Consellería demandada, no puede quedar cubierta y ratificada, como acepta, indebidamente, el Sr. Juez “a quo”, por el hecho de que el artículo 7 del III Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia disponga, en su número 2.a.7 el derecho del personal laboral fijo, que vea legalmente suprimido su puesto de trabajo, a que, con carácter provisional, se le adjudique otro en la misma localidad, porque, el hecho de doña M.D.M.R. pudiere beneficiarse de lo en él establecido, y de que hiciera valer, en su caso, los derechos que de ello derivaren ante el pertinente Organismo Administrativo; no significa que pudiere hacerlo, o el Organismo Administrativo actuar en consecuencia, pasando por alto el derecho de la actora a conservar su puesto de trabajo, hasta que la plaza que ocupaba se cubriera por el procedimiento reglamentario o se reconvirtiere, suprimiere o amortizare.

TERCERO.- Lo anterior lleva a la desestimación del recurso y a la estimación en parte del escrito inicial.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por doña M.D.G.F., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de Ourense, en fecha 9 de octubre de 2001; con revocación de su fallo; y con estimación en parte de la demanda; debemos declarar y declaramos improcedente el cese de la citada doña M.D.G.F.; condenando a la Consellería de Educación a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte por su readmisión en el puesto de trabajo que ocupaba hasta que éste se cubra en forma reglamentaria o se reconvierta, suprima o amortice, o por el abono de las percepciones económicas, que señala el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores; con abono de los salarios de tramitación en cualquiera de dichos supuestos; y debemos absolver y absolvemos a la Consellería citada de las restantes peticiones de la demanda.

3335 Recurso nº 6.499/01

S.S. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE E NON NULO. CESIÓN ILEGAL: INEXISTENCIA. DIFERENCIA COA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS OU SERVICIOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

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

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. 6.499/2001 interpuesto por don A.M.A.B. y don M.C.V. 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 don A.M.A.B. y don M.C.V. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "S.C., S.L." y "P.G., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 228 y 229/01 sentencia con fecha veintiuno de junio de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

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

"PRIMERO.- Los demandantes han venido prestando servicios por orden y cuenta de "S.C., S.L." en el servicio de puerta de la fábrica de "P.G., S.A." en ..., con las antigüedades, salarios y categorías siguientes:

Nombre	Antigüedad	Categoría	Salario
A.M.A.B.	27 diciembre 1991	Vigilante Seguridad	166.950
M.C.V.	8 mayo 1991	Vigilante Seguridad	166.950

SEGUNDO. Las relaciones jurídicas entre los actores y "S.C., S.L.", se formalizaron del siguiente modo:

Nombre	Tipo de contrato	Duración	Jornada
A.M.A.B.	RDL 1991/1984	27.12.91 hasta 26.06.92	Tiempo parcial 20 h.
"	Prórroga 12 meses	27.06.92 hasta 27.06.93	Tiempo parcial 20 h.
"	Prórroga 6 meses	27.06.93 hasta 26.12.93	Tiempo parcial 20 h.
"	Prórroga 6 meses	27.12.93 a 26.06.94	Tiempo parcial 20 h
"	Prórroga 6 meses	27.06.94 a 26.12.94	Tiempo parcial 20 h
"	Prórroga 6 meses	27.12.94 a 27.06.95	Tiempo parcial 20 h
"	Prórroga 6 meses	27.06.95 a 27.12.95	Tiempo parcial 20 h
"	Prórroga 12 meses	27.06.95 a 27.06.96	Tiempo parcial 20 h
"	Conversión en indefinido	05.02.97	Tiempo parcial 35horas semanales

Nombre	Tipo contrato	Duración	Jornada
M.C.V.	RDL 1.989/1984	08.11.91 hasta 08.11.92	Tiempo parcial 20 horas
"	Prórroga 6 meses	08.11.92 a 07.05.93	Tiempo parcial 20 horas
"	Prórroga 6 meses	08.05.93 a 07.11.93	Tiempo parcial 20 horas
"	Prórroga 6 meses	08.11.93 a 08.05.94	Tiempo parcial 20 horas
"	Prórroga 18 meses	08.05.94 a 07.11.95	Tiempo parcial 20 horas
"	Conversión en indefinido	05.02.97	Tiempo parcial 25 horas
"	Conversión en indefinido	14.11.97	Tiempo parcial 35 horas semanales

TERCERO.- La Empresa "S.C., S.L.", suscribió en fecha 17.10.96 contrato de arrendamiento de servicios de vigilancia con la empresa "P.G., S.A.", en cuyas estipulaciones se hace constar lo siguiente: Primera: "P.G., S.A.", encarga a la empresa "S.C., S.L." la vigilancia, por medio de vigilantes de Seguridad sin arma, del recinto destinado a Fabricación de Plásticos.. ubicado en El Polígono de ..., 114-118 ... los días ... todos los días ... desde las 06:00 horas hasta las 22:00 horas Durante un período indefinido ... por medio de ... un vigilante/s de Seguridad. Iniciándose el servicio el día.. 21.10.96.Tercera.- La organización del servicio, será competencia exclusiva de "S.C., S.L.", pero siempre atendiendo a los intereses y objetivos preferentes señalados por "P.G., S.A." para la obtención de los fines deseados. Cuarta.- Los empleados de "S.C., S.L.", no tienen relación laboral alguna con "P.G., S.A.", siendo exclusivamente de "S.C., S.L.", el cumplimiento de cuantas disposiciones sean aplicables a su personal, manteniéndolo asegurado y cumpliendo en todo momento con la legislación vigente. A estos efectos, "S.C., S.L.", remitirá mensualmente fotocopia del TC2, debidamente diligenciada y sellado por el Banco en el que necesariamente se incluirán aquellos trabajadores que se utilicen en las funciones de seguridad y vigilancia a desarrollar en "P.G., S.A.". Séptima.- El presente contrato se entenderá prorrogado por un periodo similar, de no haber notificación de lo contrario por alguna de las partes."/CUARTO.-La empresa de "S.C.,

S.L.", en fecha 13.03.01, comunico a los, demandantes, escrito de la misma fecha del tenor literal siguiente: "Dado los problemas surgidos en el centro de trabajo "P.G., S.A", en la adjudicación de los servicios de puesta, aun a pesar de los acuerdos adoptados el pasado viernes entre las partes (trabajadores y empresa), hemos recibido de la dirección de "P.G., S.A", la comunicación con carácter de urgencia de la finalización de nuestro de servicio a las 14:00 h. del día de hoy 12 de Marzo. Como su puesto de trabajo está en esa firma, a partir de la mencionada hora nos vemos en la lamentable obligación de planteamos la rescisión de su relación laboral con "S.C., S.L."/QUINTO.-Los demandantes prestaban servicios de vigilancia sin arma, con el uniforme facilitado por la empresa de "S.C., S.L.", realizaban funciones genéricas de portería, abrir y cerrar puertas conectar y desconectar alarmas, apagar y encender luces con las instalaciones abiertas o cerradas. Y además, los actores realizaban como funciones específicas en el centro de trabajo de la empresa "P.G., S.A" situada en ..., las siguientes: a) Comprobación de entradas y salidas de mercancías, tanto de materias primas, repuestos u otros productos, como del producto final elaborado, bajo instrucción y dando contra los responsables de "P.G., S.A" b) Pesaje de todos los camiones, tanto entradas como salidas, con pleno manejo de báscula con cumplimiento de albarán y partes, con recibos de pesado por cuadruplicado o triplicado según los casos, con entrega de los mismos, según los casos a los responsables de "P.G., S.A" C) Atención continuada del teléfono existente en la garita de entrada de "P.G., S.A" de 16:30 a 8:30 tardes y de modo alterno de 8:30 horas a 16: 30 mañanas cuando salta la centralita telefónica. El proceso productivo de "P.G., S.A" es ininterrumpido las 24 horas del día. d) Control de accesos de las personas que entran y salen a/de las instalaciones de la empresa "P.G., S.A"/SEXTO.- La actividad de la empresa "S.C., S.L.", es servicios de seguridad privada para empresas. La actividad de la empresa "P.G., S.A" es transformación y fabricación de plásticos utilizando como materia prima el proliopileno./SEPTIMO.- Los demandantes tiene la titulación administrativa de Vigilante de Seguridad, y la licencia correspondiente expedida por el Ministerio del Interior, en fechas 9 de julio de 1997 y 7 de enero de 1998, respectivamente./OCTAVO.- El demandante don A.M.A.B., ostenta la condición de Delegado Sindical en la empresa "S.C., S.L.", y el otro demandante don M.C.V. no ostenta la condición de Delegado Sindical./NOVENO.- La Ley

23/1992 del 30 de julio de Seguridad Privada en la redacción dada por el RDL 2/1999 de 29 de enero, y la Ley 14/2000 de 29 de diciembre y el Reglamento de la misma RDL 2.364/1994 de fecha 9 de diciembre de 1994, obliga a las empresas de seguridad privada para mantener la inscripción de las mismas y la autorización y habilitación del Ministerio de Interior a mantener una plantilla mínima y dado que “S.C., S.L.”, al perder sucesivas contratas de vigilancia de los 18 vigilantes con los que contaba ha reducido su plantilla en 14 quedando cuatro vigilantes en la misma de conformidad con el artículo 12 del citado Reglamento solicitó en fecha 26.04.01 la cancelación a petición propia de la actividad de vigilancia y seguridad, presentando la correspondiente solicitud ante la Dirección General de la Policía en fecha 26.04.01 la cual se encuentra admitida y pendiente de resolución final./DECIMO.- Los demandantes durante su permanencia en la empresa “S.C., S.L.”, han prestado servicios como vigilantes de seguridad en diversos centros, Mercado de Abastos del Municipio de ..., Feria ... y últimamente en el servicio de puerta de vigilancia “P.G., S.A.” no tenían asignado un puesto de trabajo fijo, sino que al ser personal de puesto indefinido de la empresa prestaban servicios indistintamente en cualquier centro que les asignasen empresa “S.C., S.L.”./UNDECIMO.- En fecha 20.04.01 se celebraron ante el SMAC las preceptivas conciliaciones administrativas previas con el resultado de intentadas sin efecto. “

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

“FALLO: 1) Que debo estimar y estimo la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por “P.G., S.A.”, por las razones expuestas en el fundamento de derecho segundo.

2) Que estimando las demandas deducidas don A.M.A.B. y don M.C.V., “S.C., S.L.” en reclamación sobre DESPIDO, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 13.01.01 es un despido que debe ser calificado como improcedente con las siguientes consecuencias:

3) En relación al demandante don A.M.A.B., se condena a “S.C., S.L.” a que opte de forma expresa y en el plazo de cinco días contados desde la notificación de la presente resolución, entre el abono de una indemnización por importe de 2.525.118 Ptas. o la read-

misión, con abono cualquiera que sea el sentido de la readmisión del a cantidad de 556.500 Ptas. en concepto de salarios de tramitación periodo de 13.03.01 a 21.06.01 y a seguir abonado hasta que se realice la opción la cantidad 5.565 Ptas. diarias.

4) En relación al demandante don M.C.V., se condena a la Empresa “S.C., S.L.” a que abone al mismo la cantidad de 2.405.905 Ptas en concepto de indemnización, así como la cantidad de 556-500 Ptas en concepto de salarios de tramitación periodo de 13.03.01 hasta 21.06.01 ya seguir abonando hasta que se realice la opción la cantidad diaria de 5.565 Ptas diarias. Se hace saber al citado demandante que al ostentar la condición de Delegado Sindical deberá optar de forma expresa y en le plazo de cinco días contados desde la notificación de la presente resolución entre la indemnización fijada o la readmisión en su puesto de trabajo sin perjuicio del o dispuesto en el Artículo. 284 de la L.PL

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se recurre por la representación de los trabajadores la sentencia parcialmente estimatoria de la demanda, con motivo revisorio en el que –vía art. 191.b LPL– se pretenden ciertas modificaciones de índole fáctica, que se relatan , pero sin proponer específicamente la redacción definitiva de los hechos declarados probados, y en cuyo apoyo de invocan determinas pruebas y argumentos.

1.- Se rechaza el motivo, porque el recurso de Suplicación está sometido a un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los arts. 188 y sigs. LPL y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el art. 194 LPL, al decir que «en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare» y que «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– supone que la Suplicación es un recurso extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en

autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo si el error valorativo sufrido en la instancia por el Juzgador se evidencia de documentos y pericias. Lo que se traduce en:

a.- Que carezcan de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical (entre las últimas, SSTSJ Galicia 10.enero.01 R. 2.952/98, 06.noviembre.00 R. 3.643/97, 03.noviembre.00 R. 2.886/97, 3.noviembre.00 R. 1.832/97, 13.octubre.00 R. 2.500/97, 29.marzo.01 R. 4.594/00, 04.abril.01 R. 1.464/00, 30.mayo.01 R. 2.265/01, 29.noviembre.01 R. 5.426/01 ...).

b.- Que el acta de juicio resulte conocidamente inhábil para fundar una revisión de hechos probados, por no constituir «documento» en el sentido del art. 191-b LPL, alusivo a la prueba documental señalada en el art. 194.2 LPL, y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél (STS 24.febrero.1992 Ar. 1.144; SSTSJ Galicia 27.febrero.99 AS 5.261 y 12.mayo.00 R. 1.748/00).

c.- Que a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas las SSTS de 17.octubre.90 Ar. 7.929 y 13.diciembre.90 Ar. 9.784), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariaamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 21.enero.99 R. 22/96, 21.enero.99 R. 57/96, 26.febrero.99 R. 585/96, 23.marzo.99 R. 794/99, 10.junio.99 R. 2689/96, 11.junio.99 R. 2.133/96, 3.marzo.00 R. 499/00, 14.abril.00 R. 1.077/00, 15.abril.00 R. 1.015/97, 22.junio.00 R. 2.756/00, 13.julio.00 R. 1.340/97, 13.octubre.00 R. 2.500/97, 26.octubre.00 R. 4.397/00, 20.septiembre.01 R. 3.892/01 ...).

d.- Que el éxito de la pretensión revisoria está igualmente condicionada a que por la parte recurrente se haga precisa especificación de la modificación que se propone, con

redacción definitiva del texto tras la supresión o adición de parte del relato fáctico que se propone, y a que haga adecuada especificación de los documentos o pericial que evidencien la inadecuada valoración de la prueba, rechazándose referencias genéricas a ella (SSTSJ Galicia 26.enero.02 R. 5.78/01 y 10.enero.01 R. 1.791/98). Y

e.- Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada –vinculantemente– por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que –salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada– no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia (SSTS de 04.junio.76 Ar. 3.434 y 05.julio.90 Ar. 6.059; y SSTSJ Galicia 11.junio.92 AS 3.046, 06.julio.93 R. 3.833/92, 20.septiembre.95 Ar. 3.181, 02.junio.98 R. 4.761/95, 30.junio.98 R. 5.505/95, 12.febrero.99 R. 4.364/96, 15.febrero.99 R. 3.17/96, 27.mayo.99 R. 1.847/97, 13.abril.00 R. 4.364, 18.diciembre.00 R. 2.911/97, 15.diciembre.01 R. 5.948/00 y 25.enero.02 R. 971/01).

2.- En el presente supuesto el motivo se presenta defectuoso en su formalización, siendo así que a pesar de proponerse diversas alteraciones fácticas, las mismas se hacen sin indicación definitiva del texto y con abundante apoyo en la prueba testifical y acta de juicio, e incluso con referencia a otros procedimientos, de los que –se dice– se han tenido conocimiento con posterioridad al acto de juicio en las presentes actuaciones. Y ello con independencia de que las variaciones propuestas en nada alterarían el estado de la cuestión, por cuanto que una de ellas va referida a la jornada y al mantenerse el salario expresado en la sentencia (el que se alega en demanda y refieren las nóminas) ningún reflejo habría de tener en la consecuencia indemnizatoria; y las otras aluden a matizaciones sobre los cometidos de los actores en términos que –sobre ello razonaremos después– no inciden en la responsabilidad empresarial atribuible en este procedimiento.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191.c LPL, el recurso denuncia infracción de los arts. 52 y 53 ET, así como 122 LPL. Con tal censura jurídica se sostiene que la decisión extintiva de autos ha de ser encuadrada en la modalidad de extinción por causas objetivas

–art. 52 ET– y que el defecto de forma previsto legalmente determina –arts. 53 ET y 122 LPL– que el cese de los actores haya de ser calificado nulo.

1.- Tal como tenemos recordado en precedentes ocasiones (así, STSJ Galicia: 30.mayo.01 R. 2.125/01), 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 08.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 produce 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 ruinoso 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.- Ahora bien, lo anteriormente indicado no significa que en todo cierre de empresa por necesidad su Dirección haya de acudir a la modalidad de despido colectivo, siguiendo sus cauces procedimentales y con la consecuencia indemnizatoria legalmente prevista, sino que tal modalidad de extinción es un beneficio que la Ley le otorga al patrono, para extinguir los contratos de trabajo con un menor coste económico, de manera que si la Empresa no ha seguido el cauce singular del art. 52 ET y ha planteado la extinción contractual por otra vía –despido disciplinario, cumplimiento del término pactado, ejecución de la obra o servicios convenidos, etc– por necesidad ha de aplicarse el régimen previsto en los arts. 55 y 56 ET para el despido disciplinario, más beneficioso –indemnización superior al doble– para el trabajador y categoría general subsidiaria para las extinciones contractuales.

TERCERO.- Con independencia de ello, la Sala quiere poner de manifiesto que la tesis de la recurrente es contradictoria y que el éxito de la misma pudiera llevar –sorprendentemente– a agravar su posición jurídica.

1.- De un parte se sostiene que el cese es por cierre de la Empresa “S.C., S.L.” y debe calificarse de nulo, por defecto de los trámites legales previstos para tal tipo de extinciones; pero por otra parte se afirma –sin la preceptiva denuncia procesal– que media cesión ilegal de trabajadores, que la verdadera empleadora es “P.G., S.A.” (Empresa en absoluto afectada por crisis económica) y que la misma debe proceder a su obligada readmisión. Y con ello es claro que manifiestamente vienen a contradecirse una y otra pretensión, pues tal como se plantea la pretendida nulidad por cierre es incompatible con la readmisión de la empresa cesionaria. Cuestión diversa sería que esa readmisión se pretendiese por la vía del derecho a optar entre las empresas cedente y cesionaria que al trabajador cedido confiere el art. 43.3 ET, pero lo cierto es que tal precepto ni siquiera se menciona en el recurso, con lo que su aplicación le está vedada a la Sala.

2.- A mayor abundamiento, este defecto de denuncia, que haría imposible la condena de “P.G., S.A.” determinaría que el apreciar la nulidad del despido –por causas económicas– pudiera significar que la pretendida readmisión fuese seguida de inmediato despido –ya en forma– por el cauce del art. 52 ET, con una indemnización de 20 días por año de servicio (art. 53.1.b ET), con lo que se produciría una suerte de agravamiento de la situación jurídico-procesal de los recurrentes. Y al efecto se ha de traer a colación que la *reformatio in peius* –STC 171/2001, de 19-julio– «constituye una modalidad de incongruencia procesal producida en la fase de recurso, que tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con el pronunciamiento que decide el recurso es un efecto contrario del perseguido, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objetada. De ahí que la exclusión de la *reformatio in peius* sea una garantía procesal que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión que consagra el art. 24.1 CE (SSTC 84/1985, de 8 de julio; 9/1998, de 13 de enero; y 196/1999, de 25 de octubre; y 171/2001, de 19 de julio). Por el contrario, no cabe apreciar incongruencia alguna en los casos en los cuales la situación del recurrente se ve agravada como consecuencia de la estimación de los recursos o de la impugnación formulada, a su vez, por las otras partes procesales (SSTC 84/1985, de 8 de julio; 134/1986, de 29 de octubre; 91/1988, de 20 de mayo; 279/1994, de 17 de octubre; 120/1995, de 17 de julio; 9/1998, de 13 de enero; 8/1999, de 8 de febrero; 56/1999, de 12 de abril; 196/1999, de 25 de octubre; 112/2000, de 5 de mayo; 238/2000, de 16 de octubre). Y en el caso de autos, “P.G., S.A.” impugna –plena de razón– el recurso de los trabajadores demandantes, oponiéndose muy razonablemente a la pretendida cesión ilegal de mano de obra, que al rechazarse llevaría a la consecuencia de que estimar la nulidad del despido supondría empeorar la situación jurídica de los recurrentes.

CUARTO.- Como ya hemos destacado anteriormente, el recurso no hace denuncia alguna específica que se refiera a la cesión ilegal de trabajadores que se defiende –concretamente el art. 43 ET–, y ni siquiera hace referencia al precepto –art. 1.2 ET– que genéricamente ampararía la cualidad empresarial de la

codemandada “P.G., S.A.” respecto de los demandantes.

1.- Al efecto se de resaltar que es consolidada doctrina de Suplicación (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, 25.mayo.01 R. 2419/00, 16.junio.01 R. 987/98, 23.junio.01 R. 2.331/00, 26.junio.01 R. 2.855/00, 12.julio.01 R. 1.680/00, 19.julio.01 R. 3.429/01, 19.septiembre.01 R. 3.890/00, 10.enero.02 R. 4.778/98, 25.enero.02 R. 971/01 ...) que este recurso no está exento de un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de la regulación en los arts. 188 y siguientes de la 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»), precepto éste que presupone –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– 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 07.mayo.96 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.92 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.

2.- De otra parte, por lo que se refiere al concepto y requisitos de la cesión ilegal de trabajadores, resulta clarificadora la doctrina unificada, al destacar –STS 25.octubre.99 Ar. 8.152– que «como regla [...] existe una verdadera subcontratación de la propia actividad y no se está ante un supuesto de cesión ilegal cuando la empresa auxiliar cuenta con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa» (SSTS 17.febrero.93 Ar. 1.177 y 11.octubre.93 Ar. 7.586). La auténtica contrata sólo existirá «cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosela imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección conservando con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador» (STS 17.enero.91 Ar. 58 y STS 31.enero.95 Ar. 532). «Así, con fundamento en los arts. 6 y 7 Código Civil y 1 y 43 ET, es dable declarar la existencia de cesión ilegal cuando la empresa contratista es una empresa aparente o ficticia, sin estructura ni entidad propias ni verdadera organización empresarial y su objeto no es otro que el de proporcionar mano de obra a otros empresarios» (SSTS 15.noviembre.93 Ar. 8.693, 18.marzo.94 Ar. 2.548 y 21.marzo.97 Ar. 2.612).

Y añade que en los supuestos de que la empresa auxiliar sea real y cuente con una organización e infraestructura propias, «en tales casos, debe acudirse con tal fin delimitador a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial (STS/Social 17.01.91), o incluso, aun tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra (STS/Social 16.02.89 Ar. 874), pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra

necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante» (SSTS/IV 19.enero.94 Ar. 352 y 12.diciembre.97 Ar. 9.315). Y que se ha fijado como línea de distinción no tanto el dato de que la empresa cedente existiera realmente «sino si actuaba como verdadero empresario», declarando que «el hecho de que la empresa contratista cuente con organización e infraestructura propia no impide la concurrencia de cesión ilegal de mano de obra si en el supuesto concreto, en la ejecución de los servicios de la empresa principal, no se ha puesto en juego esta organización y medios propios, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesario para el desarrollo de tal servicio».

3.- En el caso de autos entendemos que no concurre dato alguno que pueda llevar a la pretendida –aunque no denunciada en forma– cesión ilegal de trabajadores. La Empresa “S.C., S.L.” cuenta con patrimonio, organización y medios propios, tiene una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal y asume un verdadero riesgo empresarial, por lo que no puede sostenerse que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa. No hay que olvidar que, conforme al relato fáctico, los trabajadores han prestado indistintamente servicios –por cuenta de “S.C., S.L.”– en diversos centros de trabajo, como Mercado de Abastos del Municipio de ...y Feria ..., aparte de “P.G., S.A.” (ordinal décimo), que al perder sucesivas contratas “S.C., S.L.” ha visto reducida su plantilla por debajo del mínimo legalmente exigido y ha presentado solicitud de cancelación en la actividad (novenio ordinal de los HDP), y que la organización del servicio era competencia exclusiva de la Empresa de seguridad (ordinal tercero), conforme se estipula en la contrata y porque no obra referencia alguna que permita llegar a la conclusión contraria.

De otra parte, esta conclusión –negando la cesión ilegal de trabajadores– no tiene contradicción alguna en las funciones realizadas por los demandantes en “P.G., S.A.”. Tales cometidos de los actores quedan referidos en el inmodificado ordinal quinto de los HDP, que tenemos por reproducido, y aunque algunas de las citadas labores exceden de las enumeradas como propias del vigilante de seguridad en el art. 15 del Convenio Estatal del sector, del art. 11 de la LSP (Ley 23/1992, de 30.julio) y de los arts. 70 y 71 de su Reglamento (RD 2.364/1994, de 09.diciembre), lo cierto

es que el núcleo de su actividad seguían siendo labores de vigilancia; y en todo caso, toda posible extralimitación en el cometido no da lugar a cesión alguna de trabajadores ni transfiere la titularidad de la relación laboral a la Empresa codemandada y contratista de los servicios de seguridad, sino que constituye una mera irregularidad a corregir por la vía correspondiente, administrativa y/o judicial.

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por don A.M.A.B. y don M.C.V., confirmamos la sentencia que con fecha 21.junio.00 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Ferrol, y por la que se acogió parcialmente la demanda formulada, condenando a "S.C., S.L." y absolviendo a "P.G., S.A.".

3337 Recurso nº 5.814/01

S.S. INCOMPETENCIA FUNCIONAL. IMPUGNACIÓN DE ACORDO COLECTIVO QUE AFECTA A MÁIS DUNHA COMUNIDADE AUTÓNOMA. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL.

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

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

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. 5.814/01, interpuesto por don J.L.V.V., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.V.V. en reclamación de TUTELA LIBERTAD SINDICAL, siendo demandado AEROPUERTOS NACIONALES Y NAVEGACIÓN AÉREA (A.E.N.A.),

don J.E.I. y don J.M.T.Q., U.G.T., CC.OO. y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 396/01 sentencia con fecha 28 de junio de 2000, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor, mayor de edad, presta sus servicios en la empresa A.E.N.A., dedicada a la actividad Aeroportuaria, con domicilio social ... (Santiago de Compostela).- SEGUNDO.- Don J.L.V.V. es representante legal de la Sección Sindical de la Confederación Intersindical Galega, don A.N.C. es Secretario Comarcal de Compostela del mencionado sindicato (en adelante, CIG).- TERCERO.- Que el Director de Organización y RRHH de Aeropuertos por Oficio de 27 de marzo de 2001 envía al Responsable de Recursos Humanos del Centro las bases de la Convocatoria de Promoción para la cobertura de las plazas de Técnico jefe, Supervisor de Operaciones e Información S.T.A. y jefe administrativo, de los acuerdos derivadas del acta de desconvocatoria de huelga de 23 de julio de 1998, a efectos de que se proceda a su publicación y difusión en ese centro desde el 28 de marzo de 2001, fecha en la que comienza el plazo de admisión de solicitudes.- CUARTO.- Que por resolución de 26 de marzo de 2001 se autoriza la cobertura de las plazas de personal fijo que en relación adjunta se detallan, con destino en los Centros de Trabajo que asimismo se especifican, en cumplimiento de los Acuerdos derivados de los apartados 1, 2 y 3 del punto IV del Acta de reunión de desconvocatoria de huelga, fecha 23 de julio de 1998, se procede a convocar las citadas vacantes conforme a las bases que consta aportadas en autos (Doc. Nº 4 del ramo de prueba de la parte demandada).- Es preciso señalar que en las bases de Convocatoria -punto quinto- se refiere al Tribunal de Valoración especificando que "...Estarán formados por un número par de miembros, la mitad de los cuales serán designados por cada una de las opciones sindicales representadas en cada Centro de Trabajo y los restantes por A.E.N.A., de entre los cuales nombrará un presidente que, en caso de empate, tendrá el voto de calidad".- QUINTO.- Que en fecha 3 de abril de 2001 el Director de Organización y RR. HH. de Aeropuertos procede a rectificar la Convocatoria de provisión Interna publicada el 26 de marzo de 2001 la Base de convocatoria apartado 5 sobre el Tribunal de Valoración en los siguientes tér-

minos: "... De conformidad con lo acordado entre las organizaciones sindicales CC.OO, U.G.T. y U.S.O, en la fecha 5 de octubre de 2000 y dada la especificidad del proceso de cobertura de estas plazas, la participación sindical en dicho proceso será ejercida por los sindicatos firmantes en el Acta de la reunión de desconvocatoria de huelga, de fecha 23 de julio de 1998, que acordó la cobertura de dichas plazas".- SEXTO.- Que en Acta de la reunión entre la representación de A.E.N.A. y las Organizaciones sindicales CC.OO, U.G.T. y U.S.O con relación a las plazas de jefe administrativo, Técnico jefe y Supervisor de Operaciones e Información S.T.A., pendientes de cobertura en promoción de fecha 5 de octubre de 2000, dispone en el último párrafo: "Al objeto de poder realizar los correspondientes procesos selectivos, la Comisión Paritaria de Promoción e Ingreso se reunirá con carácter urgentes. Dada la especificidad del proceso de cobertura de estas plazas, la participación sindical en dicho proceso será ejercida por sindicatos firmantes del Acta de desconvocatoria de huelga, de fecha 23 de julio de 1998, que acordó la cobertura de dichas plazas".- SÉPTIMO.- Que en el acta de fecha 23 de julio de 1998, acta de desconvocatoria de la huelga convocada por las organizaciones sindicales CC.OO, U.G.T. y U.S.O, para los días 31 de julio, 1 y 2 de agosto de 1998 se llega al siguiente acuerdo cuarto punto tercero letra b): "En el plazo de seis meses, a contar desde la fecha de la firma del II Convenio Colectivo, A.E.N.A. convocará 120 plazas de Técnico Jefe, mediante promoción, a la que podrán concurrir los trabajadores que, en el momento de la firma de este acuerdo, se encuentren encuadrados en la categoría de Técnico Expertos. A dicha convocatoria le será de aplicación las previsiones establecidas en los artículos 11 y 12 del I Convenio Colectivo y etapas 2ª y 3ª del Anexo IV del citado Convenio Colectivo2.- Que por acta de fecha 29 de diciembre de 1998 otorgada por A.E.N.A. ya las centrales sindicales CC.OO, U.G.T. y U.S.O sobre negociación colectiva, en el Acuerdo Quinto dice: "la convocatoria de las plazas jefe Administrativo, Técnico Jefe y Supervisor de Operaciones e información S.T.A a que se refiere el Acta de desconvocatoria de huelga de fecha 23 de julio de 1998, se realizará en los plazos acordados en la mencionada Acta y previo informe de la Coordinadora Sindical Estatal de la misma".- OCTAVO.- Que en fecha 9 de abril de 2001 el Jefe de RRHH del Aeropuerto de ... comunica a las centrales sindicales sobre rectificación de errores en convocatoria de fecha

26 de marzo de 2001, en los siguientes términos: "De acuerdo con esta documentación, solamente podrán designar componentes para los Tribunales de Valoración las Centrales Sindicales CC.OO, U.G.T y U.S.O por lo que el contenido del escrito nº 554/N de 3 de abril de 2001 de este Departamento se considerará dirigido únicamente a dichas Centrales Sindicales".- NOVENO.- Que por resolución de fecha 11 de abril de 2001 el Director del Aeropuerto de ... hace público la composición del Tribunal de Valoración de la categoría de Técnico Jefe que es el siguiente: "... Vocales sindicales, don A.J.G. (CC.OO), don M.I.C. (CC.OO suplente), don J.L.C.V. (U.S.O)".- DÉCIMO.- Que por Acta de las pruebas celebradas por el Tribunal de Selección de la categoría de Técnico Jefe en el Aeropuerto de ... con Arreglo a la convocatoria de fecha 26 de marzo de 2001, de fecha 15 de mayo de 2001 resultan aprobados y propuestos por el Tribunal de Valoración don J.E.I. y don J.M.T.Q.- UNDÉCIMO.- Que el actor en fecha 9 de mayo presentó la reclamación previa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción territorial y la falta de agotamiento en la vía previa formulada por la empresa A.E.N.A. y desestimando la demanda formulada por don J.L.V.V. y don A.N.C. contra dicha Entidad, los sindicatos U.G.T., CC.OO y don J.E.I. y don J.M.T.Q., sobre tutela de libertad sindical, debía de absolver y absolvía a los demandados 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Deducida demanda sobre "Tutela del Derecho de Libertad Sindical" por la Sección sindical de la Confederación Inter-sindical Galega y su Secretario Comarcal contra la empresa A.E.N.A., con "domicilio social" en el Aeropuerto de ..., recayó fallo desestimatorio, que los accionantes impugnan a través de una inicial revisión fáctica, dirigida a adicionar que "En cumplimiento del art. 21 del Convenio Colectivo la Sección Sindical de la C.I.G siempre fue y sigue siendo convocada para designar representantes que formen parte de los diferentes Tribunales de Valoración,

excepto cuando se trata de plazas a nivel estatal”, para denunciar, en sede jurídica, infracción de los arts. 3.1 y 82 del Estatuto de los Trabajadores, 21 del Convenio Colectivo de A.E.N.A. y 8.8 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social aprobado por R.D. 5/2000, de 4 de agosto.

SEGUNDO.- Plantease la Sala cuestión de competencia funcional (ya alegada en la instancia al contestarse la demanda) sobre los siguientes presupuestos fácticos: el 23.07.98, A.E.N.A. y el Comité de Huelga suscribieron un acta de desconvocatoria de la huelga convocada (en el marco de las negociaciones del II Convenio Colectivo) por las organizaciones sindicales CC.OO, U.G.T y U.S.O., adoptando diversos acuerdos, incluidos los relativos a la cobertura de determinadas plazas; el 26.03.01, el “director de organización y recursos humanos de aeropuertos”, convocó, en cumplimiento del acta de 23.07.98, la cobertura de ciertas vacantes en los aeropuertos, regiones y unidades centrales, disponiendo que (1) la promoción se realizará en cada centro de trabajo afectado y, en una primera etapa, sólo se podrán presentar los trabajadores interesados que estén destinados en el mismo centro de trabajo en el que se convocan las plazas a las que se aspira, si bien, finalizado ese proceso, las vacantes se ofrecerán a los trabajadores interesados destinados en otros centros de trabajo, y (2) los tribunales de valoración estarán formados por un número par de miembros, la mitad de los cuales serán designados por cada una de las opciones sindicales representadas en cada centro de trabajo y las restantes por A.E.N.A.; el 03.04.01, una Circular de la dirección de organización y desarrollo de recursos humanos de aeropuertos dirigida a todos los centros de trabajo, rectificó la convocatoria de promoción de 26.03.01 en el sentido de que “De conformidad con lo acordado entre las organizaciones sindicales CC.OO, U.G.T. y U.S.O en fecha 05.10.00 y dada la especificidad del proceso de cobertura de estas plazas, la participación sindical en dicho proceso será ejercida por los sindicatos firmantes en el Acta de la reunión de desconvocatoria de huelga, de fecha 23.07.98, que acordó la cobertura de dichas plazas”.

En función de tal “rectificación”, la convocatoria de promoción excluyó de los tribunales de valoración no sólo a la sección sindical accionante, sino a todas las secciones y sindicatos con representación en todos los

centros de trabajo afectados por la convocatoria y distintos de CC.OO, U.G.T. y U.S.O.: así, constan en las actuaciones escritos impugnatorios y demandas contra el acuerdo rectificatorio suscritas por los sindicatos LAB (Aeropuerto de Vitoria-Gasteiz), SAI-A (Aeropuerto de Málaga), Federación de Sindicatos Aeronáuticos Independientes (FSAI), en Barcelona, Jerez, Menorca, Vigo..., C.G.T. (Barajas), S.I.C.A (Palma de Mallorca), Intersindical Canaria, S.T.O.A.A. (Valencia), etc...

Es decir, a través del actual procedimiento de Tutela se está impugnando un extremo de la convocatoria de promoción para la cobertura de plazas en los diversos centros de trabajo de la empresa, que afecta a todos por igual en lo concerniente al apartado cuestionado (composición de los tribunales de valoración) por su eventual conculcación de lo dispuesto en el art. 21 del II Convenio Colectivo del ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE de 14.05.99). No se trata, pues, de combatir una comunicación del delgado o responsable de recursos humanos del aeropuerto de Santiago de Compostela, sino de un acuerdo empresarial –que aquél se limita a notificar- que afecta, en los mismos términos, a múltiples centros de trabajo de A.E.N.A. distribuidos por todo el territorio nacional (peninsular e insular) y que se impugna sobre la misma base jurídica: contravención del art. 21 del II Convenio Colectivo; afectación que trasciende la competencia de un juzgado provincial y, por extensión, la de esta Sala como tribunal “ad quem” (también como tribunal “a quo”) de acuerdo con lo regulado en el art. 8 en relación con el 2.k), ambos de la Ley de Procedimiento Laboral (la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los procesos sobre tutela de los derechos de libertad sindical cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma) y con su doctrina interpretadora: “En la materia que nos ocupa, es decir, en las cuestiones sobre tutela de los derechos de libertad sindical y discriminación... el legislador establece un fuero especial en el art. 8 en relación con el 2.k) de la L.P.L, y atribuye la competencia a la Audiencia Nacional cuando los procesos extiendan sus efectos a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma. Este mismo criterio ha de aplicarse en materia de violación de los derechos fundamentales, por cuanto las demandas que interesen su tutela se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en el capítulo noveno, regulador de la tutela de los

derechos de libertad sindical, como señala el art. 181 de la norma. En consecuencia, para determinar si la Audiencia Nacional puede conocer de la cuestión que se debate, es preciso examinar si los efectos de las violaciones que se achacan a la empresa demandada se extienden a este ámbito territorial que señala el art. 8 anteriormente citado”, siendo dato a tener en cuenta la “pluralidad de centros de trabajo” afectados ubicados en distintas Comunidades Autónomas (S.T.S. de 11.12.00).

En definitiva y por lo expuesto,

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos la incompetencia funcional del Juzgado de instancia y, en su consecuencia, anulamos la sentencia de fecha 28.06.01 del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, recaída en autos nº 396/2001, y dejando imprejuizada la cuestión de fondo advertimos a los litigantes de su derecho a plantearla ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

3338 Recurso nº 6.365/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. EXISTENCIA. DIFERENCIAS ENTRE CONFLICTO COLECTIVO E PLURAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

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

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. 6.365/01 interpuesto por S.M.P. 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 S.M.P. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo

demandado SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 512/01 sentencia con fecha seis de septiembre 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.- Por el S.M.P. se presenta demanda de conflicto colectivo, que afecta al personal médico hospitalario del área sur de la provincia de Pontevedra, Complejo Hospitalario ... y Hospital ..., alegando que el personal médico de dichos centros ha venido solicitando del Servicio Galego de Saúde, con el fin de demandarlo por reconocimiento de derecho y cantidades, que les expidiera certificación haciendo constar las guardias realizadas por cada facultativo desde noviembre de 1996 con indicación de si se habían realizado en días laborales, sábados, domingos o festivos, y que el Servicio Galego de Saúde no se las había entregado, y solicitando que se declare la obligación del Servicio Galego de Saúde de facilitar dichas certificaciones y que se le condene a entregarlas a los facultativos que las solicitan.- SEGUNDO.- El Complejo Hospitalario ... viene entregando a los facultativos que trabajan en dicho Complejo, y que lo solicitan, certificaciones, con base en sus archivos informáticos de nóminas, de las guardias abonadas, con indicación de si fueron en días laborales o festivos y si fueron de presencia física o localizadas y del número de horas realizadas en cada una. A fecha 30 de agosto había entregado certificaciones con el citado contenido a 40 facultativos.- TERCERO.- El módulo de guardias en días laborales es de 17 horas y en festivos de 24 horas.- CUARTO.- No consta que al Hospital del ... le hayan solicitado dichas certificaciones ni por consiguiente que el mismo las haya expedido”.

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

“FALLO: Que acogiendo las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de acción alegadas por el Servicio Galego de Saúde y sin entrar en el fondo del asunto, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el S.M.P. contar dicho demandado, al que absuelvo”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante 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.- Frente a la sentencia de instancia que acogiendo las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de acción alegadas por el Servicio Galego de Saúde y sin entrar en el fondo del asunto, desestimo la demanda interpuesta por el S.M.P. de Pontevedra contra dicho demandado al que absolvió.

Se alza en suplicación la representación procesal del sindicato demandante, interponiendo recurso, articulado sobre dos motivos amparados ambos en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, enunciando infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia que la sentencia de instancia ha incurrido en infracción por aplicación indebida de la excepción de inadecuación de procedimiento, así como infracción de los artículos 5.1 y 7.3 de la LOPJ, que obligan a resolver las cuestiones planteadas, alegando en esencia que si bien la sentencia de instancia estima la excepción de inadecuación de procedimiento por entre otros motivos estimar que nos encontramos ante un conflicto plural dado que el interés, presuntamente colectivo que se dice no es tal, sino un interés divisible y por ello plural, lo cierto es que el ámbito del conflicto viene determinado por el personal médico hospitalario del área sur de la provincia de Pontevedra compuesto por el Complejo Hospitalario del ... y del ...; se trata por ello de una cuestión jurídica de carácter claramente colectiva, sin que a ello obste la situación de una futura y eventual cristalización, o ejecución efectiva de los derechos conferidos con carácter colectivo, por parte de cada uno de los médicos que se integran en el colectivo afectado, o sea, el hecho de que con posterioridad a la eventual declaración del derecho solicitado, cualquier médico afectado renuncie voluntariamente a su ejecución, no acarrea la pérdida de los requisitos exigibles para entender que nos encontramos ante un conflicto de carácter colectivo, y aunque la petición o derecho a obtener los certificados solicitados, pueda ser eventualmente reclamada a título individual por cualquiera de los facultativos afectados, tampoco implica que desaparezcan los requisitos para encontrarnos ante un conflicto colecti-

vo. Y con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la recurrente denuncia asimismo que la sentencia de instancia incurre en infracción por aplicación indebida de la excepción de falta de acción, señalando en primer lugar que habiéndose determinado el acogimiento de la excepción de inadecuación de procedimiento, no debió efectuarse un pronunciamiento atinente al fondo del asunto, indicando que si bien es cierta la posibilidad de que todos y cada uno de los médicos afectados puedan a título individual ejercitar su acción de reclamación (y no solo por los cauces de los actos preparatorios) pero ello no obsta a la viabilidad de las mismas pretensiones por el cauce del conflicto colectivo; por todo lo cual solicita que se estime íntegramente el recurso, determinado la procedencia del cauce del conflicto colectivo y reponiendo las actuaciones al momento de ser dictada la sentencia a fin de que se resuelva la cuestión de fondo planteada en la demanda.

Con carácter previo al estudio del fondo de la cuestión litigiosa planteada, que no es otra que la de determinar si el procedimiento elegido por el sindicato accionante para hacer valer su pretensión es el adecuado o no, procede poner de manifiesto que la cita amparadora del recurso, la del artículo 191, c) de la Ley de Procedimiento Laboral, no es la procedente, sino que la adecuada era la de la letra a) de dicho precepto legal. En efecto, ninguna «norma sustantiva» ha podido ser infringida por el Juez «a quo», quien no ha entrado en el fondo de la cuestión litigiosa.

De modo que lo que en realidad se está discutiendo es sobre la aplicación o no de determinadas «normas del procedimiento», y cuando esto ocurre el cauce adecuado es el de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, debiendo solicitarse -cosa que sin embargo si ha hecho el Letrado recurrente- la nulidad de las actuaciones y la reposición de los autos al momento anterior a dictarse sentencia -artículo 200 de dicha Ley- para que el Juez de lo Social se pronuncie sobre el fondo de la cuestión debatida.

La cuestión no tiene mayor importancia a la hora de admitir el presente recurso de suplicación dado, no sólo el carácter antiformalista de esta Sala, sino que la misma afecta al orden público procesal -ius cogens-, y por tanto la Sala debería en todo caso entrar de oficio en su estudio.

TERCERO.- Sentado lo anterior, procede entrar en el fondo del motivo planteado.

Para una mejor comprensión del tema debatido procede poner de relieve los hechos más trascendentes al respecto: 1.- El sindicato accionante en demanda solicita se declare la obligación del Servicio Galego De Saúde de facilitar a cada uno de los médicos que lo solicite el correspondiente certificado en el que se haga constar las guardias realizadas por cada uno de ellos desde el mes de noviembre de 1996 ,con expresión de si las mismas han sido realizadas en días laborables, sábados, domingos o festivos, y en consecuencia condenando a la demandada a entregar las certificaciones solicitadas 2.- En el acto de juicio el SERGAS alego la excepción de inadecuación de procedimiento ,pues se ejercita una acción declarativa y no hay un interés concreto ni situación de incertidumbre ni necesidad de tutela ni norma ,convenio a interpretar ni practica de empresa tampoco hay interés general sino plural, es un conflicto plural, pero no colectivo ,estima que los interesados deben acudir a las medidas preparatorias y no lo piden, alegando por ello falta de acción. 3.- El juzgador en la sentencia de instancia acoge las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de acción y sin entrar en el fondo del asunto desestima la demanda, estimando que la acción no representa un interés actual ni efectivo ,que no nos encontramos ante un conflicto plural dado que el interés colectivo, no es tal sino un interés divisible y por ello plural, por cuanto que la certificación no va a ser solicitada como colectivo sino de forma individual y será emitida de forma individual al ser distintas las condiciones de cada facultativo interesado en la certificación, estimando que para el objeto que pretende el sindicato la ley prevé los actos preparatorios regulados por el artículo 77 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Tal argumentación, en modo alguno, puede compartirse, y ello por las siguientes consideraciones:

A) Es doctrina jurisprudencial -por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 1992 (RJ 1992/4.672), dictada para la unificación de doctrina- que los requisitos que definen el tipo de pretensión ejercitada en el proceso de conflicto colectivo son tres: a) la existencia de un conflicto actual; b) el carácter jurídico del conflicto, y c) su trascendencia colectiva; estando esta última configurada, a la vez, por dos elementos, uno subjetivo, vincu-

lado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, y otro objetivo, consistente en la presencia de un interés general que es el que se actúa en el proceso; siendo indivisible el interés colectivo, correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, y aunque pueda ser divisible lo es de manera refleja en sus consecuencias; debiendo tener por objeto el conflicto colectivo una pretensión declarativa acorde con el carácter general de la controversia, mientras que el conflicto individual o en el plural la pretensión debe tender a un pronunciamiento concreto de condena o de reconocimiento singular de una situación jurídica. Siendo también reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial -Sentencias del Tribunal Supremo de 18 junio y 23 noviembre 1992 (RJ 1992/5.664) y RJ 1992/8.827), 19 junio 1993 /RJ 1993/4.769) y 12 diciembre 1994 (RJ 1994/10.088), entre otras muchas- que establece que el art. 150 (RCL 1990/922 y 1049) -hoy 151- de la Ley Rituaria Laboral, 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, cualesquiera que sean los trabajadores singulares comprendidos en él.

B) La situación fáctica que se enjuicia en el proceso de cuya resolución final dimana el recurso que se resuelve consiste, sustancialmente, en determinar si el Sergas tiene o no obligación de facilitar a cada uno de los médicos que lo solicite el correspondiente certificado en el que se haga constar las guardias realizada por cada uno de ellos desde el mes de noviembre de 1996 con expresión de si las mismas han sido realizadas en días laborables, sábados, domingos y festivos. Se está, pues, en presencia de un supuesto de afectación a un grupo genérico de trabajadores -el personal medico hospitalario del área sur de la provincia de Pontevedra, compuesto por el complejo hospitalario del ... y del Se trata por tanto de una cuestión jurídica de carácter claramente colectiva ,sin que obste a ello la situación de una futura y eventual cristalización o una ejecución efectiva de los derechos conferidos con carácter colectivo ,por parte de cada uno de los médicos que se integran en el

colectivo afectado: o sea que se estima que el hecho de que con posterioridad a la eventual declaración del derecho solicitado ,cualquier medico haga o no uso de las certificaciones oportunas a los fines que estime conveniente ,no implica la perdida de los requisitos exigibles para entender que nos encontramos ante un conflicto colectivo. Y aun cuando la presente petición o el derecho a obtener los certificados solicitados, pudiera también ser reclamada a titulo individual por cualquiera de los facultativos afectados, ello tampoco implica que no concurran los requisitos para encontrarnos ante un conflicto colectivo siendo asimismo de señalar el hecho de que todos y cada uno de los médicos afectados pueda a titulo individual ejercitar su acción de reclamación ,y no solo por el cauce de los actos preparatorios, (facultativo para la parte) ello se estima por la sala que no obsta a la viabilidad de las mismas pretensiones por el cauce del conflicto colectivo, por ello ni puede estimarse que los actos preparatorios sean el único cauce procesal para obtener la certificación interesada ni por supuesto pueda estimarse que sea el único medio legal al que los afectados puedan acudir. Siendo asimismo de señalar que el acogimiento indebido por parte del juzgador “a quo” de la excepción de inadecuación de procedimiento debería haber llevado al juez de instancia a abstenerse de efectuar otro pronunciamiento, y no haber entrado en la excepción e falta de acción, pues no debió de acogerse por lo expuesto la excepción de falta de acción, estimando la sala que en el supuesto de autos no se trata del ejercicio de una acción meramente declarativa, sin interés actual ni efectivo ,pues la sala estima que la acción ejercitada contiene un interés concreto, efectivo y actual; de ahí que se den todos los presupuestos, legal y jurisprudencialmente precisos, para que la situación de hecho sometida a debate deba tramitarse, con arreglo a la específica normativa previa en los arts. 151 y siguientes del vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral; y al no haberlo apreciado así el juzgador de instancia, su resolución, ahora impugnada, es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, previa estimación de éste, dictar un pronunciamiento anulatorio del suplicado, reponiendo las actuaciones al momento en que se ha dictado, a fin de que por el juzgador de instancia se dicte una nueva resolución, partiendo de la adecuación del procedimiento iniciado y resolviendo todas las cuestiones en la litis planteadas, partiendo de la adecuación.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por S.M.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº UNO de Vigo , de fecha seis de septiembre de dos mil uno, en autos tramitados a instancia del demandante frente al SERGAS, sobre Conflicto Colectivo, procede, dictar un pronunciamiento anulatorio del suplicado, reponiendo las actuaciones al momento en que se ha dictado, a fin de que por el juzgador de instancia se dicte una nueva resolución, partiendo de la adecuación del procedimiento iniciado y resolviendo todas las cuestiones en la litis planteadas, partiendo de la adecuación.

3339

Recurso nº 6.588/01

S.S. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE DIMINUIDOS EN CENTROS ESPECIALES DE EMPREGO. INEXISTENCIA DE FRAUDE DE LEI. INEXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA. DESPEDIMENTOS IMPROCEDENTES E NON NULOS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

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

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. 6.588/01, interpuesto por “S.E., S.L.”, 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 don J.J.M.T., don J.L.A., don M.B.B., doña M.E.T.F., doña M.J.P.P. y don S.J.S.M. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado “P.I.L., S.A.”, “S.E., S.L.” y “C.E.E.P.I.L., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 49/01 y 123/01 acumulados sentencia con fecha uno de septiembre 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.- Que los actores, trabajadores minusválidos, prestaban sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "C.E.E.P.I.L., S.A.", dedicada a la actividad de Servicios y con domicilio en A Coruña, Rúa ..., en el centro de trabajo sito en ..., sito en el ..., Santiago de Compostela, con las siguientes antigüedades, categorías profesionales y salarios, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras: don M.B.B.: con una antigüedad del 2 de abril de 1997, categoría profesional de limpiador y con un salario de ciento cuarenta y tres mil ciento pesetas (143.100 ptas); don J.L.A.: con una antigüedad de 29 de mayo de 1995, categoría profesional de peón especialista y con un salario de ciento cuarenta y dos mil seiscientos noventa y una pesetas (142.691 ptas); don J.J.M.T.: con antigüedad de 13 de mayo de 1998, categoría profesional de peón especialista y con un salario de ciento treinta y siete mil cuarenta y seis pesetas (137.046 ptas); doña M.E.T.F.: con una antigüedad de 20 de septiembre de 1997, categoría profesional de limpiadora y con un salario de ciento treinta mil quinientas sesenta y dos pesetas (130.562 ptas); doña M.J.P.P.: con una antigüedad de 21 de diciembre de 1995, categoría profesional de limpiadora y con un salario de ciento treinta y tres mil doscientas treinta y tres pesetas (133.233 ptas) y don S.J.S.M.: con una antigüedad de 16 de abril de 1998, categoría profesional de limpiador y con un salario de ciento veintiocho mil seiscientas dos pesetas (128.602 ptas).- SEGUNDO.- Que todos los actores y la demandada "C.E.E.P.I.L., S.A." tenían suscrito contrato de trabajo para la contratación de trabajadores minusválidos, realizando su trabajo en las mismas condiciones y con el mismo rendimiento que el resto de los trabajadores no minusválidos contratados "P.I.L., S.A." para prestar servicios en el mismo centro de trabajo".- TERCERO.- Que en fecha quince de marzo de mil novecientos noventa y nueve, la representación de la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial ... y la representación de "C.E.E.P.I.L., S.A." y de "C.E.E.P.I.L., S.A.", esta última como subcontratista, suscribieron contrato de arrendamiento de servicios de mantenimiento de limpieza de zonas comunes de las instalaciones de la primera, por un precio de treinta y tres millones qui-

nientas cuatro mil pesetas (33.504.000 ptas) anuales, más el correspondiente I.V.A. y desde el uno de marzo de mil novecientos noventa y ocho hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil.- CUARTO.- Que en fecha veinticinco de septiembre de dos mil, la Gerencia del Centro Comercial comunicó a "P.I.L., S.A." el preaviso de la resolución del contrato, ofertando mantener conversaciones para conocer su mejor oferta. En fecha cinco de diciembre de dos mil, comunicó a la empresa "P.I.L., S.A." que la misma no había sido seleccionada para prestar servicios y comunicándole que la nueva adjudicataria era la empresa "S.E., S.L.".- QUINTO.- Que "S.E., S.L." se dirigió, en fecha once de diciembre de dos mil, a la empresa "P.I.L., S.A.", para comunicarle la adjudicación del contrato y solicitarle la remisión en plazo de la documentación relativa al personal adscrito a dicho centro, contestándole ésta en fecha quince de diciembre de dos mil.- SEXTO.- Que en fecha uno de enero de dos mil uno, la Presidencia de la Comunidad de Propietarios del Centro Comercial ... y la representación de "S.E., S.L." suscribieron contrato de arrendamiento de servicio de mantenimiento de limpieza y jardinería por un importe anual de treinta y ocho millones setecientas mil pesetas (38.700.000 ptas), más el correspondiente I.V.A. y con un término de duración de un año, prorrogable automáticamente por otro año más, si no hubiera denuncia de cualquiera de las partes.- SÉPTIMO.- Que en fecha veintisiete de diciembre de dos mil, la representación de "S.E., S.L." comunicó a la representación "C.E.E.P.I.L., S.A." la subrogación de los actores y otros trabajadores más, por no darse las condiciones establecidas en el artículo 36 del Convenio Colectivo, por no ser un Centro Especial de Empleo y no poder subrogarse en los derechos y obligaciones de "C.E.E.P.I.L., S.A." con sus trabajadores.- OCTAVO.- Que "S.E., S.L." formuló consulta, en fecha veintiséis de marzo de dos mil uno, a la Delegación Provincial de la Consellería de Familia e Promoción de Empleo, Muller e Xuventude, contestando esta que el contrato de trabajo de trabajadores discapacitados sólo puede ser suscrito entre la empresa titular del Centro Especial de Empleo y un trabajador que tenga reconocida la condición de discapacitado y la Asociación Provincial de Empresarios de Edificios y Locales de la provincia de A Coruña interpreta que la referencia contenida en el artículo 36.1.a) del convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales a la subro-

gación de los trabajadores “sea cual sea la modalidad de su contrato”, hace referencia a cualquiera de las modalidades contractuales que constituyen una relación laboral común definida en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, pero en ningún caso entiende como subrogables en una empresa ordinaria las relaciones labores especiales que tengan los Centros Especiales de Empleo con sus trabajadores discapacitados.- NOVENO.- Que “S.E., S.L.” subrogó a la totalidad de la plantilla de “P.I.L., S.A.”, en el centro de trabajo de ..., salvo cuatro trabajadores, por no reunir los requisitos previstos en el artículo 36 del Convenio Colectivo.- DÉCIMO.- Que la empresa “C.E.E.P.I.L., S.A.” tiene el siguiente objeto social: La gestión y ejecución de Centros especializados de Empleo u otras Entidades que pudieran crearse en el futuro como forma idónea de promoción laboral de los trabajadores minusválidos; limpieza y mantenimiento integral de viviendas, edificios construidos o en construcción, solares, locales comerciales, fábricas, almacenes, oficinas, despachos, así como cualquier establecimiento mercantil y fachadas pertenecientes tanto a organismos públicos como particulares; limpieza, mantenimiento, ejecución, arreglo y conservación de jardines, clubes de recreo y clubes de campo; el asesoramiento y asistencia técnica en materia de Limpiezas y Mantenimiento integral de toda clase de locales comerciales, viviendas, edificios construidos o en construcción, almacenes, oficinas, despachos, jardines y fachadas; desinsectación, desratización y desinfección de viviendas, edificios construidos o en construcción, solares, locales comerciales, fábricas, almacenes, cocinas, despachos, así como cualquier establecimiento mercantil y fachadas pertenecientes tanto a organismos públicos como a particulares; la compraventa de bienes inmuebles, rústicos y urbanos, su explotación y arrendamiento, explotación de negocios de hostelería, restauración alimentación y cualquier otra análoga o similar, importación, exportación y comercialización de productos alimenticios; la instalación, comercialización y venta de plantas y flores naturales y artificiales y de todo tipo de objetos de cerámica, ornamentación y decoración tanto al mayor como al detalle; explotación y gestión de negocios de tintorería y lavandería; limpieza de viales, recogida de basuras y residuos tanto urbanos como industriales, su tratamiento y conservación; limpieza, mantenimiento, arreglo, conservación y realización y ejecución de proyectos de dirección de obras en materia de parques,

jardines, clubes de recreo, clubes de campo y deportivos; la explotación y gestión de servicios de transporte por carretera de mercancías, residuos sólidos y urbanos; la explotación y gestión de servicios de fumigación aérea y contra incendios; mantenimiento, reparación, conservación y asistencia técnica de equipos e instalaciones, tanto servicios relacionados con gas, aire acondicionado y calefacción, instalaciones de seguridad, equipos e instalaciones, de informática, ofimática, telecomunicación, electricidad y maquinaria, así como de buques, aeronaves y vehículos, así como sus correspondientes equipos e instalaciones y, por último, estudios e informes referentes al impacto medioambiental de instalación de vertederos, construcción de edificios, obras hidráulicas, puertos, aeropuertos, carreteras y demás vías de comunicación, así como investigación y explotación del subsuelo, parques naturales, nacionales y reservas.- UNDÉCIMO.- Que mediante telegramas de fecha cinco de enero de dos mil uno, la empresa “C.E.E.P.I.L., S.A.” comunicó a los actores que tenían a su disposición en el domicilio de la empresa la liquidación correspondiente.- DÉCIMO SEGUNDO.- Que don M.B.B. tiene presentada ante los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, desde fecha veintidós de diciembre de dos mil, demanda en reclamación de antigüedad, salario correspondiente a un especialista o, subsidiariamente a un peón especialista y a recibir el plus de peligrosidad en cuantía del 20% del salario base y a abonarle las diferencias salariales del último año contra “C.E.E.P.I.L., S.A.”.- DÉCIMO TERCERO.- Que don M.B.B. y don J.J.M.T. prestaban servicios de limpieza para “P.I.L., S.A.” en otros centros como- DÉCIMO CUARTO.- Que don M.B.B. está en posesión, desde el cinco de mayo de mil novecientos noventa y seis, del Título de Técnico Auxiliar de Electrónica. F.P. de Primer Grado.- DÉCIMO QUINTO.- Que en fecha nueve de enero de dos mil uno, la Plataforma por el Empleo de Santiago, recibió solicitud de “S.E., S.L.” de trabajadores de limpieza para ..., remitiendo ficha de 13 trabajadores, resultando seleccionados M.B.B., J.L.A., J.M.T. y M.G. y al no poder acudir ésta, se remitió a don S.S., fijándose como fecha para la entrevista el once de enero de dos mil uno, a primera hora de la mañana, compareciendo los trabajadores y siendo rechazados al saber que eran los trabajadores minusválidos no subrogados de “C.E.E.P.I.L., S.A.” y comunicando la empresa a la Plataforma que la oferta había sido declarada desierta.- DÉCIMO SEXTO.- Que don

M.B.B. hacía funciones de limpieza de cristales y manejaba ocasionalmente una pequeña máquina, a la que hacía las reparaciones pequeñas, sin que tenga título alguno que le habilite para trabajos de mantenimiento de maquinaria.- DÉCIMO SÉPTIMO.- Que la Gerencia del Centro comercial ... solicitó a "P.I.L., S.A." que prescindiera de los trabajadores minusválidos con minusvalías más visibles, no habiéndolo hecho ésta.- DÉCIMO OCTAVO.- Que don F.C., minusválido que prestaba servicios para "P.I.L., S.A." y sin minusvalía aparente, ha sido contratado por "S.E., S.L.".- DÉCIMO NOVENO.- Que los actores no prestaron servicios en ningún momento para "S.E., S.L.".- VIGÉSIMO.- Que los actores no han ostentado la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores en el año inmediatamente anterior al cese.- VIGÉSIMO PRIMERO.- Que en fecha dieciocho de enero de dos mil uno, tuvieron lugar los preceptivos actos de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de celebrados sin avenencia con respecto a "P.I.L., S.A." y "C.E.E.P.I.L., S.A." y de intentados sin efecto, con respecto a "S.E., S.L.", por incomparecencia de la misma".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por la representación de "S.E., S.L." y de "P.I.L., S.A.", estimando la demanda formulada por don J.L.A., doña M.E.T.F. y don S.J.S.M. contra la empresa "S.E., S.L.", debía declarar y declaraba la nulidad de los despidos efectuados, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y que de forma inmediata proceda a readmitir a los actores en sus puestos de trabajo, en las mismas condiciones que tenían antes del despido y a que les abone, las siguientes cantidades, en concepto de salarios dejados de percibir: a don J.L.A. la de un millón ciento cincuenta y cinco mil setecientas ocho pesetas (1.155.708 ptas) devengada hasta el día de la fecha, más el haber diario de cuatro mil setecientas cincuenta y seis pesetas (4.756 ptas) desde este día hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar; A doña M.E.T.F. la de un millón cincuenta y siete mil quinientas treinta y seis pesetas (1.057.536 ptas) devengada hasta el día de la fecha, más el haber diario de cuatro mil trescientas cincuenta y dos pesetas (4.352 ptas) desde este día hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar y a don S.J.S.M. la de

un millón cuarenta y una mil setecientas cuarenta y una pesetas (1.041.741 ptas) devengada hasta el día de la fecha, más el haber diario de cuatro mil doscientas ochenta y siete pesetas (84.287 ptas) desde este día hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar, estimando parcialmente la demanda formulada por don M.B.B., don J.J.M.T. y doña M.J.P.P. contra la empresa "S.E., S.L.", debía declarar y declaraba la nulidad de los despidos efectuados, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y que de forma inmediata proceda a readmitir a los actores en sus puestos de trabajo, en las mismas condiciones que tenían antes del despido y a que les abone, las siguientes cantidades, en concepto de salarios dejados de percibir: a don M.B.B. la de un millón ciento cincuenta y nueve mil ciento diez pesetas (1.159.110 ptas), devengada hasta el día de la fecha, más el haber diario de cuatro mil setecientas setenta pesetas (4.770 ptas) desde este día hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar; a don J.J.M.T. la de un millón ciento diez mil veinticuatro pesetas (1.110.024 ptas) devengada hasta el día de la fecha, más el haber diario de cuatro mil quinientas sesenta y ocho pesetas (4.568 ptas) desde este día hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar y a doña M.J.P.P. la de un millón setenta y nueve mil ciento sesenta y tres pesetas (1.079.163 ptas) devengada hasta el día de la fecha, más el haber diario de cuatro mil cuatrocientas cuarenta y una pesetas (4.441 ptas) desde este día hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar, desestimando la demanda formulada, en cuanto al resto de los pedimentos formulados por los actores y absolviendo de ellos a la demandada, imponiendo a la demandada sanción pecuniaria en cuantía de 30.000 pesetas y condenándola al abono de idéntica cantidad en concepto de honorarios de la Letrada de la parte actora y desestimando la demanda formulada contra "P.I.L., S.A." Y "C.E.E.P.I.L., S.A.", debía absolver y absolvía a las demandadas de los pedimentos contenidos en la misma".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que, con declaración de nulidad de

los despidos de los actores, condenó a la empresa “S.E., S.L.” a su inmediata readmisión en los puestos de trabajo, en las mismas condiciones, que tenían antes del despido, y a que les abone, a cada uno de ellos, los salarios dejados de percibir, en las respectivas cuantías, que señalan; y absolvió a las también empresas “P.I.L., S.A.” y “C.E.E.P.I.L., S.A.” de las peticiones del escrito inicial, formula recurso de suplicación “S.E., S.L.”, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, por una parte, se añada el hecho probado sexto de aquélla, un apartado que afirme “el Centro Comercial no estaba en su conjunto satisfecho con las condiciones de limpieza, ofrecidas por la empresa “P.I.L., S.A.”, además esta empresa planteaba en su oferta para el año 2001 una subida sustancial en el coste del servicio. Asimismo en el contrato de “S.E., S.L.” se incluye servicio de jardinería”; y, por otra, se adicione a su relación fáctica un nuevo hecho probado, que señale que “el número de trabajadores de “P.I.L., S.A.” y “C.E.E.P.I.L., S.A.”, que prestaban sus servicios en el Area Central durante el año 2000 era de 19, y el número de trabajadores de “S.E., S.L.” en el mismo Centro es de 14”; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando, por una parte, infracción de los artículos 6.4 del CC y 2.1 g) del ET, en relación con los 41 y siguientes de la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos, y con el Real Decreto 1.368/1985; y, por otra, de los artículos 217 de la LEC, 108.2 de la LPL y 55.5 del ET.

SEGUNDO.- A la vista de la prueba documental, que cita “S.E., S.L.”, en apoyo de las adiciones fácticas, que interesa en el primer motivo del recurso, y de que, de su contenido, resulta la certeza de éstas; procede aceptar las mismas.

TERCERO.- Fundamenta el Sr. Juez “a quo” la condena de la empresa recurrente –después de razonar, con acierto, que es imposible la sucesión empresarial, por la vía del artículo 44 del ET, con relación a trabajadores minusválidos, contratados por un Centro Especial de Empleo, al amparo del Real Decreto 1.368/1985, de 17 de julio, entre una empresa de estas características y otra, que no reúne tal condición, porque, entre otros extremos, en el artículo 1.1, inciso último, de dicho Real Decreto, se establece que quedan excluidas de su ámbito de aplicación las relaciones laborales existentes entre los trabaja-

dores minusválidos que presten sus servicios en otro tipo de empresas, que no sean Centros Especiales de Empleo-, en que, como los demandantes, contratados por “C.E.E.P.I.L., S.A.” en concepto de trabajadores minusválidos, realizaban su actividad laboral en el Centro Comercial Area Central de Santiago, de cuyo servicio de limpieza eran contratistas y subcontratista “P.I.L., S.A.” y “C.E.E.P.I.L., S.A.”, respectivamente, de forma ordinaria o normal, cabe calificar sus correspondientes relaciones labores con ella, de ordinarias, al concurrir fraude de ley en su contratación; que este fraude debe ser imputado a “P.I.L., S.A.” y “C.E.E.P.I.L., S.A.”, pero una vez que quedó señalada la existencia de relaciones laborales ordinarias, debe entrar en juego lo establecido en el artículo 36 del Convenio Colectivo Provincial de Limpieza de Edificios y Locales, y, al haber cumplido las mismas sus obligaciones de remitir la pertinente documentación a la nueva contratista “S.E., S.L.”, ésta venía obligada, a su vez, a subrogarles en la relación laboral; y que, al existir un indicio racional de discriminación en el despido de los demandantes por parte de ésta, dado que se trataba de trabajadores con minusvalías, no desvirtuado por la misma, dichos despidos deben calificarse como nulos; pero, por la Sala no puede compartirse una argumentación, tan elaborada y original, por la sencilla razón de que no estima acreditado que el referido fraude de ley en la contratación de los actores, por parte de “C.E.E.P.I.L., S.A.” existiere, ya que: a) se llevó a cabo, por esta empresa, la contratación de los demandantes, en un marco jurídico, normativamente establecido –el facilitado por el Real Decreto 1.368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, prevista en el artículo 41 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, y ya reconocida en el artículo 2.1 g) del ET, que determina, entre otros extremos, en el artículo 6.1, que el objeto del contrato es que el trabajo, que realice el trabajador minusválido en los Centros Especiales de Empleo deberá ser productivo y remunerado, adecuado a las características individuales, en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo; b) los actores celebraron sus respectivos contratos, no solamente porque reunían las condiciones objetivas necesarias para ello –tener reconocida por los Equi-

pos Multiprofesionales, en resolución motivada, con aplicación de los baremos, establecidos en la Orden de 8 de marzo de 1984, una minusvalía en grado igual o superior al 33%, y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje (artículo 2.1 del Real Decreto citado)-, sino también porque decidieron libremente acudir a esta concreta modalidad contractual, inscribiéndose en las correspondientes Oficinas de Empleo (artículo 4.1 del citado Real Decreto), y formalizando los pertinentes contratos (artículo 5 de idéntico Real Decreto); c) carece de fuerza para sustentar un presunto fraude de Ley en la contratación de los actores, la afirmación, que hace el Sr. Juez “a quo”, en el sentido de que éstos “desde el primer momento realizaron un trabajo ordinario y no uno adecuado a sus características individuales a cada uno de ellos ni encaminados a introducirlos en el mercado ordinario de trabajo, en el que ya estaban introducidos”, pues, ni tenían, en principio, la capacidad de trabajo necesaria para estar integrados, desde el inicio, normalmente, en el mercado laboral, al tener reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33% que limitaba su capacidad de trabajo en dichos términos; ni es correcto fundamentar una supuesta contratación incorrecta de los mismos, exclusivamente, en el hecho de que realizaban un trabajo ordinario, y no uno adecuado a sus características individuales, cuando, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 6.1 del mencionado Real Decreto, es necesario tener en cuenta también factores de productividad, de favorecimiento de su adaptación personal y social, y de facilitar su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo; y d) no es factible presumir, por la vía prevista en el artículo 386.1 de la LEC que existió fraude de ley en la contratación de los actores, porque no aparece el necesario enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, para, a partir de la existencia de unos contratos especiales de trabajadores minusválidos normativamente previstos, y celebrados voluntariamente entre el correspondiente Centros Especiales de Empleo y personas, que tenían reconocida, administrativamente, esa condición; inferir que su contratación se llevó a cabo persiguiendo el resultado, prohibido en el ordenamiento jurídico, de encubrir una contratación ordinaria indefinida, y para, mediante la aplicación del artículo 6.4 del Código Civil, entender que dichos contratos especiales no impedirán la

debida aplicación de las normas que se hubieren tratado de eludir; y porque, se basa esta conclusión por el Sr. Juez “a quo”, exclusivamente en el extremo –que, en todo caso, la Sala no comparte- relativo a que los trabajadores minusválidos realizaban su trabajo, con el mismo rendimiento, que el resto de trabajadores contratados por “P.I.L., S.A.” –o sea, la empresa contratista-; para prestar servicios en el mismo centro de trabajo, pues, aunque ello fuere cierto, no sería suficiente, a tenor de lo expuesto, para, por sí solo, obtener la conclusión a la que llega el Juzgador de instancia.

CUARTO.- Lo anteriormente señalado, en orden a que procede la absolución de la recurrente “S.E., S.L.”, porque, al no detectarse el fraude de ley, que, indebidamente, admite el Sr. Juez “a quo”, en su contratación por parte de “C.E.E.P.I.L., S.A.”, no es posible, al tratarse de supuestos de contratación laboral especial, su subrogación por parte de la misma; lleva a las siguientes conclusiones: a) que, al no aparecer incorrección alguna, por parte de “C.E.E.P.I.L., S.A.”, en la contratación de los actores, ésta, al tener contratos vigentes con ello, y no constar que les facilitare la consiguiente actividad laboral, cuando “S.E., S.L.” decidió no incluirlos en su plantilla, dio lugar –al ser, por otra parte, aplicables a la extinción de las relaciones labores especiales, concertadas entre trabajadores minusválidos y los Centros Especiales de Empleo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.1 del Real Decreto 1.368/1985, lo establecido en la sección cuarta del capítulo III del Título I del ET, salvo lo dispuesto en el artículo 52 sobre extinción del contrato de trabajo por causas objetivas-, a la extinción de sus contratos (artículo 49.1 k) del citado Estatuto); y estas extinciones cabe calificarlas de despidos improcedentes, porque no les notificó por escrito los mismos, haciendo constar los hechos que los motivaban y las fechas en que tuvieron lugar (artículo 55.4, inciso segundo, y 1 del mencionado ET); b) que ninguna responsabilidad se aprecia, en cambio, en “P.I.L., S.A.”, con relación al cese en el trabajo de los actores, porque no existía entre ellos relación laboral alguna; y c) que, en definitiva, procede estimar el recurso, planteado por “S.E., S.L.”, absolver a ésta empresa y a “P.I.L., S.A.”, de las peticiones de las respectivas demandas, y condenar a “C.E.E.P.I.L., S.A.”, en cuanto responsable del despido improcedente de los actores, en los términos previstos en el artículo 56 del ET.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por “S.E., S.L.”, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Santiago, en fecha 1 de septiembre de 2001; con revocación en parte de su fallo; y con estimación en parte de las demandas, formuladas por don J.L.A., doña M.E.T.F. y don S.J.S.M.; y por don M.B.B., don J.J.M.T. y doña M.J.P.P.; debemos declarar y declaramos improcedente el despido de los mismos, llevado a cabo por la empresa “C.E.E.P.I.L., S.A.”; condenando a ésta a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre su readmisión, con abono de los salarios de tramitación, que se señalan en la resolución impugnada, o el abono de las percepciones económicas, señaladas en el artículo 56.1 del ET; y debemos absolver y absolvemos al “C.E.E.P.I.L., S.A.” de las restantes peticiones de la demanda; y a “S.E., S.L.” y a “P.I.L., S.A.”, de la totalidad de dichas peticiones.

3340 Recurso nº 946/99

S.S. INCOMPETENCIA OBXECTIVA. REVISIÓN DO GRAO DE DIMINUCIÓN, Á MARXE DE PEDIMENTOS VERBO DE PRESTACIÓNS DE SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Don José Elías López Paz

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

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 946/99 interpuesto por don A.S.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 363/98 se presentó demanda por don

A.S.C. en reclamación de INCOMPETENCIA siendo demandado la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS DE LA XUNTA DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 6 octubre de 1998 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- El demandante, don A.S.C., nacido el día ..., solicitó de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia la declaración de minusválido. Tramitado el expediente administrativo que obra en autos y se da aquí por reproducido en su integridad, la demandada dictó resolución el día 6 de marzo de 1998 denegando la declaración solicitada, contra dicha resolución formuló el actor escrito de reclamación previa, la cual fue desestimada pro otra del 16 de junio siguiente.- 2º) El demandante padece las siguientes dolencias: hernia discal L5-S1 intervenida; protusión discal C5-C6; cervicobraquialgia de predominio izquierdo y lumbalgia y pérdida de fuerza en piernas, de predominio izquierdo. También sufre un cuadro sensitivo paranoide.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Desestimo la demanda sobre RECLAMACION DE MINUSVALIA formulada por don A.S.C. contra la XUNTA DE GALICIA (CONSELLERIA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS), y, en consecuencia, absuelvo a la parte demandada de las pretensiones de la misma.”

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

QUINTO.- En 15 de octubre de 2001, se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal, a efectos de emitir el preceptivo informe, conforme a lo dispuesto en el LPL, y dicho procedimiento –acompañado de informe de 31.01.02, tiene entrada en esta Sala, en fecha 4 de febrero de 2002.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El actor don A.S.C., formuló solicitud de reconocimiento de minusvalía ante la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales de la Xunta de Galicia, y tras el pertinente dictamen del Equipo de Valoración y

Orientación (EVO), la Consellería demandada dictó resolución en fecha 6 de marzo de 1998 denegando la declaración solicitada, por presentar una discapacidad global del 10%.

Disconforme con el porcentaje de minusvalía, el actor-recurrente formuló demanda en la que solicita –pura y simplemente– que se declare “que el demandante presenta un grado total de minusvalía, superior al 33%, y que alcanza el 50%. Condenando a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones y a reconocerle al demandante la condición legal de minusválido”. Y frente a esta pretensión, la sentencia de instancia entró a examinar el fondo de la cuestión litigiosa y desestimó la demanda, absolviendo a la demandada Consellería de Sanidad y Servicios Sociales de la Xunta de Galicia. Y este pronunciamiento es objeto de impugnación por la representación letrada del actor, articulando un único motivo de Suplicación por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia infracción de los artículos 2 y 3 de la O.M. de 8 de marzo de 1.984, y Anexo Y, apartado A), Capítulo I, tabla 50, apartado “otras lesiones. Lesiones de los discos intervertebrales”, alegándose, en esencia, que el actor presenta un grado total de minusvalía superior al 33%.

SEGUNDO.- Según se desprende del examen de las actuaciones, el actor, al discrepar del grado de minusvalía que le fue asignado en vía administrativa por la Consellería demandada, interesa su revisión en esta vía jurisdiccional del orden Social, y tanto el procedimiento administrativo tramitado, como el litigio planteado, giran única y exclusivamente en torno al grado de minusvalía, sin ninguna otra pretensión conjunta.

Sentado lo anterior queda fuera de toda duda que la contienda procesal planteada se circunscribe exclusivamente –y como ya se dijo– a la revisión de la minusvalía, sin ventilarse en el presente litigio ningún tipo de prestación de la Seguridad Social (ni contributiva ni no contributiva); y es que este dato resulta decisivo en orden a determinar la competencia de este Orden Social de la Jurisdicción, porque según tiene declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, la competencia de este jurisdicción se extiende también al reconocimiento de una prestación de Seguridad Social, normalmente una pensión no contributiva que habiéndose solicitado oportunamente no ha sido reconocida, cosa que no ocurre en el caso enjuiciado en el que –insistimos una

vez más– la controversia se limita pura y simplemente a la revisión del grado de minusvalía, sin petición alguna ante la Consellería de pensión no contributiva. Consecuentemente, la ausencia de tal pedimento hace que la pretensión específica planteada en la demanda quede fuera del ámbito competencial de este orden jurisdiccional social.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de 09.febrero.96 (Ar. 2.059), 23.febrero.96 (Ar. 1.502) y la más reciente de 20.junio.98 (Ar. 5.474), siguiendo doctrina unificada sentada en sentencia de 03.mayo.95 (Ar. 5.898), ha atribuido la competencia al Orden Social, cuando solicitada la pensión no contributiva que fue denegada en vía administrativa, se reproducía la petición en vía jurisdiccional, en cuyo caso, el Alto Tribunal declara que “... se extiende también la competencia a la determinación del grado de minusvalía que aqueja al interesado, al ser esta cuestión el punto central o clave para la concesión de las prestaciones no contributivas de invalidez permanente”. Añade el Tribunal Supremo que carece de razón y de sentido que los Tribunales Laborales tuviesen competencia para resolver sobre el otorgamiento o denegación de las pensiones no contributivas de incapacidad permanente, y en cambio no pudieran entrar en el análisis de la cuestión básica o fundamental que dicha resolución suscita, que no es otra que la concesión del grado de minusvalía.

En consecuencia, y conforme a la anterior doctrina jurisprudencial, de haberse postulado por el actor alguna prestación de Seguridad Social, la competencia para conocer de la cuestión litigiosa –incluido el grado de minusvalía– vendría atribuida a este orden jurisdiccional social, el cual debería pronunciarse, como verdadero antecedente consecencial de la pensión solicitada, sobre dicha minusvalía. Pero al no reclamarse por el recurrente prestación alguna, el control jurisdiccional del grado de minusvalía viene atribuido al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Por todo ello, y de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal y con lo dispuesto en el artículo 2 de la LPL y art. 9.5 de la LOPJ, procede declarar la incompetencia de este orden jurisdiccional, señalándose que para el examen y pronunciamiento de la cuestión de fondo objeto del presente litigio, la parte recurrente deberá plantear su pretensión ante la jurisdicción Contencioso Administrativa. Por todo lo cual:

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don A.S.C., contra la sentencia de fecha 06.octubre.98, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, en proceso promovido por el recurrente frente a la Consellería de Sanidade y Servicio Social de la Xunta de Galicia, sobre reconocimiento de grado de minusvalía, debemos revocar y revocamos dicha resolución; y acogiendo de oficio la excepción de incompetencia de jurisdicción, debemos declarar y declaramos la incompetencia del orden jurisdiccional social para el enjuiciamiento y decisión de la cuestión litigiosa, sin entrar a conocer del fondo del asunto, previniendo al demandante que puede hacer uso de su derecho ante la jurisdicción Contencioso Administrativa.

3341 Recurso nº 6.461/01

S.S. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO. TRANSPORTISTA CON VEHÍCULO PROPIO CON PESO MÁXIMO AUTORIZADO INFERIOR A 2000 KG. RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE PERSOAS QUE INTERVENEN EN OPERACIONES MERCANTÍLS SEN ASUMIR RISCO E VENTURA. CÁLCULO DE INDEMNIZACIÓN POR DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Don José Elías López Paz

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

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. 6.461/01 interpuesto por “D.G., S.L.” 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 doña M.D.G.M. en

reclamación de DESPIDO siendo demandado “D.G., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 411/01 sentencia con fecha dieciséis de octubre 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.- Doña M.D.G.M., mayor de edad, con D.N.I. nº ..., comenzó a prestar sus servicios para la empresa demandada “D.G., S.L.”, dedicada a la actividad de fabricación y venta de productos de bollería industrial, relación que se formalizó mediante contrato suscrito el día 22.07.91, que las partes reputaron como “mercantil de transporte”, el cual, obrante en autos –folio 114-, se da por reproducido en su integridad, cuyo objeto era “la realización por parte de el porteador de servicios de transportes de las mercaderías que se le confieren”.- 2º.- La actora figura al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social y de alta en Licencia Fiscal desde el día 01.07.91, consistiendo su trabajo en el reparto de la mercancía, utilizando el vehículo de su propiedad, marca ..., matrícula ..., con un peso máximo autorizado de 1.995 Kgs. y siendo los gastos de mantenimientos y uso a su costa, estando la actora a las órdenes de la Empresa en cuanto a horario, rutas y zona de distribución.- 3º.- La trabajadora pasó a situación de incapacidad temporal en fecha 18.06.99, reincorporándose a su puesto de trabajo en fecha 10.01.00, momento en el que se notifica por la empresa la modificación del itinerario de reparto que tenía encomendado, lo que dio lugar a la interposición de papeleta de conciliación por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, celebrándose la preceptiva conciliación en fecha 11.02.00 con el resultado de avenencia cuyo contenido, obrante al folio 37 de los autos, se da por reproducido. En dicha conciliación por la empresa demandada se manifiesta, entre otras, que la naturaleza de la relación que vincula a las partes es la especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de otra al amparo del R.D. 1438/95, de 1 de agosto.- 4º.- En fecha 01.02.00, la actora vuelve a causar baja por enfermedad pasando a situación de incapacidad temporal permaneciendo en dicha situación hasta el 16.04.01, fecha en la que se le deniega la incapacidad permanente total solicitada ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social por Resolución de la

misma fecha, notificada a la parte actora el 24.04.01.- 5º.- En el mes de mayo de 2001 se inician negociaciones entre las partes relativas a las condiciones de trabajo reconocidas en la conciliación celebrada en fecha 11.02.00, basadas en el reconocimiento de la relación laboral de carácter especial de la actora, negociaciones que se extendiendo hasta el 28 de mayo de 2001, sin que se obtuviera resultado alguno.- 6º.- En fecha 30.05.01, a la vista de la falta de acuerdo sobre las condiciones de trabajo de la actora, se remite comunicación a la empresa demandada manifestando a la trabajadora su intención de incorporarse al puesto de trabajo a partir del día 31 de mayo de 2001.- 7º.- En fecha 31.05.01, la actora se reincorpora a su centro de trabajo sin que por la empresa se facilite ruta alguna para realizar el reparto habitual. Situación que se reiteró los días 1 y 2 de junio de 2001.- 8º.- La trabajadora percibió, en pago de sus servicios, en las que repercutía el pertinente Impuesto sobre el Valor Añadido, las siguientes retribuciones en el período de junio de 1998 a mayo de 1999, excluido el aludido concepto fiscal, a saber: junio de 1998, 204.891 pesetas; julio de 1998, 174.342 pesetas; agosto de 1998, 168.776 pesetas; septiembre de 1998, 186.709 pesetas; octubre de 1998, 201.933 pesetas; noviembre de 1998, 202.394 pesetas; diciembre de 1998, 144.689 pesetas; enero de 1999, 188.386 pesetas y mayo de 1999, 190.535 pesetas, lo que hace un total de 2.237.207 pesetas –folios 78 a 89, lo que, prorrateado, equivale a 186.434 pesetas mensuales (6.214 pesetas diarias).- 9º.- Se intentó sin avenencia la obligatoria 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 la demanda interpuesta por doña M.D.G.M., contra la Entidad Mercantil “D.G., S.L.”, declaro improcedente el despido de la trabajadora demandante, y, en su consecuencia, condeno al empresario a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, 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 salario por año de servicio, prorrateándose por esos los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de 2.759.734 pese-

tas.- b) Una cantidad igual a 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 en 6.214 pesetas 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 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”.

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 la excepción de incompetencia de jurisdicción, acoge la pretensión deducida en la demanda, declarando la improcedencia del despido de la actora doña M.D.G.M. y condena a la empresa demandada “D.G., S.L.” a soportar la consecuencias legales inherentes a dicha declaración, en concreto, a que a su elección, que ha de ejercitarse en plazo de cinco días, la readmita en su puesto o condiciones de trabajo o la indemnice en la cuantía de 2.759.734 pesetas; con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de dicha sentencia, a razón de un salario regulador diario de 6.214 pesetas. Esta decisión es impugnada por la representación procesal de la mencionada empresa al objeto de obtener su revocación, y de que se declare la incompetencia de la jurisdicción laboral dada la naturaleza mercantil del contrato que unía a la actora con la demandada, y aunque en el Suplico del escrito de recurso se invierten las peticiones, debe entenderse como petición subsidiaria, que se fije la indemnización y los salarios de tramitación no en la cuantía de 6.214 pesetas/día, sino en función de una cuantía de 3.924 pesetas/día por ser la prevista en el Convenio Colectivo de aplicación para la categoría de la actora.

SEGUNDO.- Así pues, con carácter previo y por afectar al orden público procesal, el tema de la competencia de la jurisdicción social debe analizarse preferentemente. Y sobre el examen de esta cuestión conviene recordar que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la misma 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 la misma, 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 probanzas 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, al tratarse de una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes (Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 16 de febrero de 1990; Ar. 1.099; 4 de julio de 1997, Ar. 2.466).

Y para dar cumplimiento a lo que se establece en el artículo 97.2 de la LPL, y teniendo en cuenta para ello el examen conjunto de toda la prueba practicada en autos a instancia de las partes contendientes, se declaran como probados los hechos que se contienen en el relato de probanzas de la sentencia recurrida, por cuanto recogen de forma precisa y minuciosa todos los hechos de interés. De ellos cabe resaltar que la demandante comenzó a prestar servicios para la empresa demandada "D.G., S.L.", dedicada a la actividad de fabricación y venta de productos de bollería industrial, relación que se formalizó mediante contrato suscrito el 22 de julio de 1.991, que las partes calificaron de "mercantil de transporte". Que la actora figura afiliada al RETA y de alta en Licencia Fiscal desde el 1º de julio de 1991, consistiendo su trabajo en el reparto de la mercancía, utilizando el vehículo de su propiedad, ..., con un peso máximo autorizado de 1.995 Kg., siendo los gastos de mantenimiento y uso a su costa y actuando en exclusividad para la citada empresa. Que la trabajadora demandante pasó a situación de incapacidad temporal en fecha 18.06.99, reincorporándose a su puesto de trabajo en fecha 10.01.00, momento en el que se notifica por la

empresa la modificación del itinerario de reparto que tenía encomendado, lo que dio lugar a la interposición de papeleta de conciliación por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, celebrándose la preceptiva conciliación en fecha 11.02.00 con el resultado de avenencia cuyo contenido, obrante al folio 37 de los autos, se da por reproducido. En dicha conciliación por la empresa demandada se manifiesta, entre otras, que la naturaleza de la relación que vincula a las partes es la especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de otra al amparo del R.D. 1.438/95, de 1 de agosto. En fecha 01.02.00, la actora vuelve a causar baja por enfermedad pasando a situación de incapacidad temporal permaneciendo en dicha situación hasta el 16.04.01, fecha en la que se le deniega la incapacidad permanente total solicitada ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social por Resolución de la misma fecha, notificada a la parte actora el 24.04.01. En el mes de mayo de 2001 se inician negociaciones entre las partes relativas a las condiciones de trabajo reconocidas en la conciliación celebrada en fecha 11.02.00, basadas en el reconocimiento de la relación laboral de carácter especial de la actora, negociaciones que se extendiendo hasta el 28 de mayo de 2001, sin que se obtuviera resultado alguno. En fecha 30.05.01, a la vista de la falta de acuerdo sobre las condiciones de trabajo de la actora, se remite comunicación a la empresa demandada manifestando la trabajadora su intención de incorporarse al puesto de trabajo a partir del día 31 de mayo de 2001. En fecha 31.05.01, la actora se reincorpora a su centro de trabajo sin que por la empresa se facilite ruta alguna para realizar el reparto habitual. Situación que se reiteró los días 1 y 2 de junio de 2001. La trabajadora percibió, en pago de sus servicios, en las que repercutía el pertinente Impuesto sobre el Valor Añadido, las siguientes retribuciones en el período de junio de 1998 a mayo de 1999, excluido el aludido concepto fiscal, a saber: junio de 1998, 204.891 pesetas; julio de 1998, 174.342 pesetas; agosto de 1998, 168.776 pesetas; septiembre de 1998, 186.709 pesetas; octubre de 1998, 201.933 pesetas; noviembre de 1998, 202.394 pesetas; diciembre de 1998, 144.689 pesetas; enero de 1999, 188.386 pesetas y mayo de 1999, 190.535 pesetas, lo que hace un total de 2.237.207 pesetas –folios 78 a 89, lo que, prorrateado, equivale a 186.434 pesetas mensuales (6.214 pesetas diarias).

TERCERO.- Y partiendo de los indicados hechos, debe resolverse la cuestión de la

competencia de este orden jurisdiccional, que enlaza con el motivo inicial de censura jurídica, a través del cual la parte recurrente denuncia infracción por aplicación indebida el artículo 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores, y de la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación del mismo, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1996 (Ar. 4.994), así como las del Tribunal Constitucional de fecha 26.06.99, 26.05.99 y 31.05.99, y otras de distintos Tribunales Superiores de Justicia. Se argumenta por el recurrente, en esencia, que el vehículo de la actora tiene un tonelaje superior a 2.000 Kg. y ello con independencia de que documentalmente y de forma unilateral por una de las partes se haya rebajado incorrectamente el tonelaje real que tenía el vehículo, por lo que precisaba autorización administrativa para ejercer la actividad de transportista, por lo que la situación enjuiciada resulta encuadrable en el artículo 1.3.g) del ET.

Las normas básicas aplicables para dar solución a la cuestión planteada están constituidas por:

a) El artículo 1.3, g) ET, en el que, entre las exclusiones del ámbito regulado por dicha Ley, se dispone que *«a tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador»*.

b) El Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de autorizaciones de los de mercancías (Orden 3 febrero 1993), en su artículo 1 se establece la regla general de *«obligatoriedad de la autorización»* (*«Para la realización de transportes públicos discrecionales de mercancías por carretera, así como de transportes privados complementarios de mercancías, será necesaria la previa obtención por las personas que pretendan llevarlos a cabo de la correspondiente autorización administrativa que habilite para su prestación»*), pero en su artículo 2 se detallan las *«excepciones a la obligatoriedad de la autorización»* y, entre otras, establece que *«no será necesaria para los transportes públicos o privados complementarios realizados en vehículos de hasta 2 toneladas de peso máximo*

autorizado, inclusive» [artículo 2.1, a) OM 3 febrero 1993].

Por la Sala IV del Tribunal Supremo ya se ha establecido doctrina unificada sobre la cuestión ahora planteada, en lo referente a la competencia o no del orden social sobre transportistas con vehículo propio, tal como se reguló en el referido artículo 1.3, g) ET (adicionado por disposición final 7.^a Ley 11/1994), entre otras, en las Sentencias de 15 de junio y 23 de noviembre de 1998 (RJ 1998; 5.262 y 10.018).estableciendo:

«En primer lugar, desechando la naturaleza interpretativa del precepto legal indicado, y adoptando el criterio del "tempus regit factum", como hizo la Sala en Sentencia de 12 abril 1996 (RJ 1996/3.075) (Recurso 1292/1995) para, seguidamente y con invocación de la disposición transitoria primera del Código Civil, "concluir que la norma posterior se aplica a los efectos futuros de las relaciones de servicios creadas bajo el amparo de la legislación precedente. Lo que supone, proyectado sobre el artículo 1.3, g) ET, que la exclusión del ámbito laboral que éste pudiera determinar alcanza a los contratos de transporte con vehículo propio celebrados después de su entrada en vigor, y también a los efectos producidos a partir del 12 de junio de 1994 por los contratos de servicios de transportistas autorizados con vehículo propio anteriores a dicha fecha" (Sentencia de 18 julio 1996 (RJ 1996/6.159), Recurso 2674/1995)».

En consonancia con dicha doctrina jurisprudencial, aunque la relación que ahora se examina se inició en el año 1991, le resulta de aplicación la nueva normativa a pesar de haberse concertado bajo la vigencia de la norma laboral anterior, porque los efectos de esa relación se producen con posterioridad al comienzo de la entrada en vigor de la nueva norma (12 de junio de 1994).

Por otra parte, en la citada STS/IV 5 junio 1996 (Recurso 1.426/1995) se afirma que la exclusión de la legislación laboral de los transportistas autorizados con vehículo propio, efectuada en el referido artículo 1.3, g) ET, es una disposición que introduce un criterio de diferenciación entre el contrato de trabajo y el contrato de transporte que no figuraba en la legislación precedente y que este criterio diferenciador *«se presenta en la ley como una concreción de las notas generales del contrato de trabajo de ajeneidad, dependencia y retribución salarial; y es cierto que dicho criterio*

apunta en la misma dirección que las referidas notas, con las que guarda la debida coherencia», y que «a partir de la entrada en vigor de la Ley 11/1994 el intérprete que se enfrenta con el problema de la calificación de relaciones de servicios de transportistas queda liberado en principio de la apreciación pormenorizada de la concurrencia de dichas notas generales, pudiendo y debiendo proceder en primer lugar a la comprobación de si concurre o no en el caso el criterio legal concreto que se adopta como indicador específico de las mismas». (STS de 23 de noviembre de 1998). Añade el Alto Tribunal en este última Sentencia, que aun tras la entrada en vigor de la Ley 11/1994 si en la prestación del servicio de transporte con vehículo propio concurren las notas generales de ajeneidad, dependencia y retribución salarial y, además, el medio de transporte utilizado en el desarrollo de la actividad no exige para su realización la obligatoriedad de la previa obtención de la concreta autorización administrativa para el transporte de mercancías por carretera que habilite para su específica prestación, es dable seguir configurando como laboral la relación existente entre las partes, lo que acontecerá, entre otros supuestos, cuando el transporte se realice en vehículos de hasta 2 toneladas de peso máximo autorizado inclusive, que no requieren de tal autorización.

Debe, además, destacarse que la autorización administrativa a la que se refiere el artículo 1.3, g) ET, como criterio de diferenciación entre el contrato de trabajo y el contrato de transporte, es la autorización administrativa para el transporte de mercancías a la que se refiere, fundamentalmente, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres como habilitadora para su prestación y no cualquier otro tipo o modalidad de autorización o licencia administrativa para conducir o circular con vehículos susceptibles de servir como medio de transporte que pudieran requerirse en base a normativas administrativas de nivel estatal o autonómico.

La importante Sentencia de la Sala IV de 5 junio 1996 (Recurso 1.426/1995), al abordar el tema de la constitucionalidad del precepto del artículo 1.3, g) del ET declara: «El criterio de la autorización administrativa exigida a los transportistas con vehículo propio a partir de un cierto tonelaje refleja la importancia del medio de transporte en el desarrollo de la actividad, que es indicativa a su vez del carácter por cuenta ajena o por cuenta propia del servicio de transporte realizado»; y añade

la sentencia que «Sin entrar en la cuestión sobre la que no corresponde pronunciarse a esta Sala, de si el criterio del tonelaje del vehículo es o no el más adecuado para trazar la línea fronteriza del transporte mercantil, lo cierto es que este criterio, si no es utilizado arbitrariamente, puede proporcionar la certeza en la aplicación del Derecho, que ha sido la finalidad buscada por el legislador al introducir tal precepto en el ordenamiento jurídico». También se recoge en dicha Sentencia la importante afirmación desde el punto de vista de la seguridad jurídica de que la misma «*deja encarrilado el problema en el sentido de que el tonelaje del vehículo es determinante para la delimitación de la frontera entre transporte mercantil y actividad de transporte constitutiva de relación laboral*».

Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado, se alcanza la conclusión de que no se trata de un supuesto de exclusión de la laboralidad por la actividad del transporte, por cuanto el vehículo del que es titular la demandante no alcanza las dos toneladas de peso máximo autorizado, por ello, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.1.a) de la OM de 3 de febrero de 1993, está exceptuado de la autorización administrativa. Es lo cierto que la empresa recurrente, en este motivo de censura jurídica hace un brillante esfuerzo por demostrar lo contrario, señalando que por las características del vehículo, éste es de un tonelaje superior a 2.000 Kg. La Sala no comparte dicha afirmación, sino que tal como consta en el Hecho Probado 2º, el vehículo propiedad de la actora, que utiliza en el reparto de la mercancía, es un vehículo marca ..., matrícula ..., con un peso máximo autorizado de 1.995 Kgs. Y ello porque así consta en la ficha de ITV (folio 142), en el informe de la Jefatura de Tráfico (folio 143), en el Permiso de Circulación del vehículo (folio 103) y, finalmente, en la ficha técnica del vehículo (folio 154).

Para que la relación sea laboral, no basta con que el vehículo con el cual se efectúa el reparto sea inferior al indicado tonelaje, sino que es preciso, además, que se cumplan todos los requisitos configuradores de la relación laboral, que se definen en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, a saber: a).- la prestación de servicios personal y voluntaria; b).- retribución salarial; c).- ajeneidad, expresada en la asunción del resultado del trabajo por parte del empleador con obtención de un beneficio. De lo que se deduce que se

excluyen aquellas relaciones en que el prestatario del servicio es titular de una organización empresarial propia.

Ahora bien, en el caso enjuiciado no es preciso examinar la concurrencia o no de estos requisitos propios de una relación laboral común, por cuanto las partes litigantes celebraron acto de conciliación ante el SMAC el 11 de febrero de 2000, con motivo de otra reclamación de la trabajadora sobre modificación de itinerario, que concluyó con el resultado de avenencia, y según consta en el acta extendida al efecto (folio 37 de las actuaciones) el representante de la empresa reconoce que la naturaleza de la relación que vincula a ambas partes es la prevista en el Real Decreto 1.438/85 de 1º de agosto (aunque por un error material se menciona el año 95), por la que se regula la relación laboral especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de otra. Por consiguiente, y a la vista de esta relación laboral especial que han consensuado las partes en el citado acto conciliatorio, los requisitos que tendría que cumplir esta relación no serían los propios de la relación laboral ordinaria del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, -como más arriba se dijo-, sino los que se determinan en el artículo 1.Uno. del citado Real-Decreto 1.438/85, esto es, los propios de una relación, en la que bajo la denominación de representante, mediador o cualquiera otra con la que se le identifique en el ámbito laboral, uno se obliga con uno o más empresarios, a cambio de una retribución, a promover o concertar personalmente operaciones mercantiles por cuenta de los mismos, sin asumir el riesgo y ventura de tales operaciones.

Y constando que la actora se dedicaba al reparto de mercancía de la empresa ("D.G., S.L."), con vehículo propio inferior a dos toneladas, sin asumir el riesgo de las operaciones en que intervenía, sin que conste en las actuaciones que poseyera otra infraestructura que no fuera el vehículo anteriormente citado, sin la tenencia de locales propios, siguiendo las instrucciones y directrices de la empresa y percibiendo por sus servicios la correspondiente contraprestación económica. Siendo ello así, no ofrece ninguna duda que la competencia para conocer de la cuestión litigiosa corresponde al Orden Jurisdiccional Social, como acertadamente entendió la juzgadora de instancia, si bien partió de la consideración de una relación laboral ordinaria, cuando en realidad por virtud de pacto consensuado por las

partes, la relación entre las mismas debió calificarse de relación laboral especial regulada en el R.D. 1.438/85, si bien el cambio de denominación de la relación, como luego se analizará, no tenga ninguna consecuencia jurídica distinta de las declaradas por la sentencia recurrida, dado que el artículo 12 del citado R.D. señala que son aplicables en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial, los derechos y deberes laborales básicos reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, el motivo del recurso que se examina debe ser desestimado.

CUARTO.- La empresa recurrente no combate la improcedencia del cese de la trabajadora declarado por la sentencia recurrida, sino que como se dijo en el Primer Fundamento de la presente resolución, en el Suplico del escrito de recurso se contienen dos pretensiones: La ya examinada, referida a la cuestión de incompetencia de la jurisdicción laboral para conocer de la cuestión litigiosa; y, una segunda, sobre el cálculo de la indemnización y de los salarios de tramitación, impugnando el salario que tuvo en cuenta la juzgadora de instancia al fijar las cuantías por los indicados conceptos. Y en relación con este segunda cuestión, se denuncia por la parte recurrente infracción, por no aplicación, del artículo 26 pfo. 1º y 2º del Estatuto de los Trabajadores, argumentando que los gastos de mantenimiento del vehículo corrían por cuenta de la actora y que los mismos no pueden computarse como salario. Y que en estos supuestos debe tomarse como salario el que resulte del Convenio Colectivo del Sector del Transporte Público de mercancías por carretera, y que en función de la categoría de la atora ascendería a 3.924 pesetas diarias, en vez de las 6.214 pesetas diarias que tuvo en cuenta la juzgadora de instancia haciendo un promedio anual de todas las retribuciones abonadas por la empresa. Cita en apoyo de su tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991, cuatro del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y una del de Castilla-León.

La Sala no comparte los argumentos de la empresa recurrente, por cuanto para la fijación del salario que debe regir a la hora de calcular la indemnización por despido y los salarios de tramitación, no resulta de aplicación el Estatuto de los Trabajadores, sino que esta cuestión cuenta con regulación específica en el artículo 10.3 del mencionado Real Decreto 1.438/85, de 1º de agosto, debiendo calcu-

larse el salario mensual en base al promedio de ingresos obtenidos, sin descontar cantidad alguna por los gastos ocasionados, por no hallarse prevista esta circunstancia en la citada norma.

En el Hecho Probado Octavo de la sentencia recurrida, consta la retribución que fue abonada por la empresa en el período comprendido entre el mes de junio de 1998 a mayo de 1999 (en el mes de junio/99 la trabajadora causó baja laboral por pase a situación de Incapacidad Temporal, según consta en el Hecho Probado 3º), y la suma de las indicadas mensualidades, -que son las únicas hojas de retribuciones que obran en los autos, salvo una mensualidad muy posterior correspondiente al mes de enero de 2.000- excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), resulta un total de 2.237.207 pesetas, importe que prorrateado equivale a 186.434 pesetas mensuales, o 6.214 pesetas diarias, que fue la cuantía que se tuvo en cuenta por la Magistrada de instancia para el cálculo de la indemnización por despido y de los salarios de trámite, cuantía que la Sala estima correcta para la fijación de los indicados conceptos, por lo que tampoco este motivo del recurso puede ser alegado.

Por todo lo que se deja expuesto, la Sala no aprecia la concurrencia de las infracciones atribuidas a la Sentencia recurrida, lo que conduce a la desestimación del recurso y, en definitiva, a la confirmación del fallo que se combate, con las consecuencias previstas en los artículos 202.1.3 y 233.1, ambos de la Ley Procesal Laboral. En consecuencia:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa "D.G., S.L.", contra la Sentencia de fecha dieciséis de octubre de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Pontevedra, autos 411/01, en proceso por despido promovido por doña M.D.G.M., frente a la empresa recurrente, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia recurrida. Se decreta la pérdida del depósito necesario que la recurrente ha 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 ciento setenta y cinco euros.

3342 Recurso nº 1/2002

S.S. RECURSO DE SUPPLICACIÓN. FALLA DE LEXITIMACIÓN ACTIVA. PARTE VENCEDORA NA INSTANCIA.

Ponente: Ilmo. Don Manuel Domínguez López

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

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. 1/2002 interpuesto por doña R.M.R.P. 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 doña R.M.R.P. y otros en reclamación de DESPIDO siendo demandado "G.C., S.L.", "G.G.I., S.A." y G.G.II., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 699/01 sentencia con fecha 13 de noviembre de 2001 por el Juzgado de referencia que estima parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Los actores doña R.M.R.P., don M.A.M.P., don M.L.N. y don C.V.S., vienen prestando sus servicios para la Empresa "G.C., S.L." con la antigüedad reconocida, categoría profesional y salario mensual con prorrateo de pagas extraordinarias siguiente: El 1º, 25.06.91, oficial administrativo y 210.000 ptas; el 2º, 01.09.00, conductor y 148.593 ptas; el 3º, 01.06.85, conductor y 148.493; y el 4º, 01.11.82, conductor y 154.025 ptas.- 2º).- Los actores prestaron sus servicios con anterioridad para la Empresa "G.G.II., S.A." hasta el 28.05.01.- 3º) La Administradora única de la Empresa "G.C., S.L." comunicó a los actores escrito de 25.05.01 en el sentido siguiente: "En relación con la comunicación cursada por la Empresa "G.G.II., S.A.", le manifestamos que, a partir del próximo día 28 de mayo de 2001, la entidad que represento, "G.C., S.L.", absorberá la rama de actividad consistente en la dis-

tribución de leite fresca e queijos con flota propia de transporte que aquela mercantil efectuaba. Consecuentemente a partir de la citada fecha, pasará Vd. a integrarse en la plantilla de "G.C., S.L.", realizando la prestación de sus servicios para la misma. Le ratificamos que le serán respetados todos los derechos y situaciones laborales que tiene Vd. adquiridos hasta la fecha en la anterior empresa, y específicamente su antigüedad en la misma; quedando, por lo tanto, subrogados en tales obligaciones".- 4º) Con anterioridad, las empresas codemandadas suscribieron contrato de fecha 24.05.01, el cual se tiene por reproducido en su integridad.- 5º) La empresa "G.C., S.L." comunicó a los actores carta fechada el 16.08.01 en el sentido siguiente: "Por la presente la mercantil "G.C., S.L." le comunica que a partir del día 17 de agosto de este año se hará efectivo su despido por causas económicas, en base a los siguientes motivos: La empresa se ha visto obligada a tomar tal decisión, ya que, como le consta a usted y sus compañeros, el día 16 de julio su antigua empresa "G.G.I., S.A." interrumpió de forma injustificada y sorpresiva el suministro de leche fresca que se distribuía desde su centro de trabajo en base al contrato firmado con esta mercantil el 24 de mayo de este año, razón por la cual desde entonces ninguno de ustedes ha podido desarrollar actividad alguna. La empresa ha intentado a través de los requerimientos pertinentes y negociaciones extrajudiciales que reanudara el suministro y con él la actividad de distribución, pero la obstinada actitud del "G.G.I., S.A." y "G.G.II., S.A.", ha impedido hasta ahora una solución pacífica al problema, resultando infructuoso cualquier intento de acuerdo ya que se niegan a continuar con la actividad que se pactó en el contrato mencionado. por esta razón, y ante la falta absoluta de actividad de la empresa no imputable a la misma, la dirección de "G.C., S.L." se ve obligada a comunicarles la finalización de sus contratos de trabajo a los efectos oportunos, poniendo a su disposición en la empresa la documentación necesaria".- 6º) Con anterioridad, el "G.G.II., S.A.", comunicó a los actores carta fechada el 27.04.01, la cual se tiene por reproducida en su integridad, haciéndoles saber la extinción de su contrato por causas económicas, organizativas y de producción con efectividad desde el 28.05.01.- 7º) La entidad "G.C., S.L." se constituyó por escritura pública de 22.06.00, siendo socia y administradora única doña L.L.D. y siendo su objeto social, según los estatutos, el siguiente: "La producción, comercialización y distribu-

ción de productos cárnicos y lácteos. La Sociedad podrá desarrollar las actividades integrantes del objeto social, total o parcialmente, de modo directo o indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo".- 8º) La Entidad "G.G.II., S.A." interrumpe el suministro de leche a la Empresa "G.C., S.L." el 16.07.01, habiéndose levantado acta notarial el 17.07.01 cuyo contenido se reproduce.- 9º) El 18 y 24.07.01 y 08.08.01 y 20.09.01 las empresa "G.G.I., S.A." y "G.G.II., S.A." remiten burofax a la empresa "G.C., S.L." cuyo contenido se da por reproducido.- 10º) La Empresa "G.C., S.L." en el momento en que dejó de recibir la leche y productos lácteos de la empresa "G.G.II., S.A.", pasó a distribuir otras marcas y productos, como embutidos. A la referida empresa, los días 4, 10, de septiembre de 2001 se le vio realizar las actividades que constan en el informe de 23.10.01, el cual se tiene por reproducido en su integridad.- 11º) las Empresas "G.G.I., S.A." y "G.G.II., S.L." tienen como objeto social, según sus estatutos, el siguiente: "la Sociedad tiene por objeto la explotación agraria de fincas rústicas, incluso su transformación en regadío y mejora con cultivos de todas clases, la instalación de granjas y ganadería en general, pudiendo realizar todos los actos propios de las explotaciones agrarias, incluso la transformación, conservación, comercialización y compraventa de todos los productos agrarios y sus derivados".- 12º) La actora doña R.M.R.P. es Delegada de personal de la Empresa "G.C., S.L.", no constando que los restantes actores ostenten o hayan ostentado en el año anterior la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores.- 13º).- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 03.09.01 con el resultado de "sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por los actores doña R.M.R.P., don M.A.M.P., don M.L.N. y don C.V.S., debo declarar y declaro la nulidad del despido efectuado por la Empresa "G.C., S.L." condenando a ésta a que readmita de forma inmediata a los actores con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido, absolviéndose a las Empresas "G.G.I., S.A." y "G.G.II., S.A." de las pretensiones de la demanda."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandantes 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 parte actora la sentencia de instancia, que estimó la pretensión principal de su demanda (declarando de nulidad de los despidos de los actores, con condena a readmisión de los mismos), solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de la pretensión subsidiaria (declaración de improcedencia con los efectos legales de tal declaración y condena solidaria de todas las codemandadas), para lo cual, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifique el ordinal 8 para que se adicione al mismo, la siguiente redacción: “A entidade “G.G.II. S.A.” para a distribución efectiva dos produtos anteriormente referidos vendeu á empresa “G.C., S.L.”, os furgóns que se fan figurar no referido contrato, así como unha cámara frigorífica estipulando que o precio de venta dos furgóns (3.000.000 ptas.), tiña que ser satisfeito no prazo de 90 días desde a sinatura do contrato, subrogándose no contrato “leasing” do adquirido por dito sistema. E igoalmente acordando subrogarse no contrato de “leasing” da cámara frigorífica. As cedentes comprometeronse a suministrar a cesionaria leite fresca para o seu posterior envasado e distribución o precio de 60 ptas. mais IVA suministrada en orixe. E pactándose que o último día de cada mes “G.G.I., S.A.” emitiría a correspondente factura cuio pago se realizaría a 30 días fecha factura e igoalmente para os queixos, sendo de conta da concesionaria o remitir os albaráns correspondentes a cedente para poder confeccionar as referidas facturas” . Cita en apoyo de su propuesta el documento obrante en autos a los folios 174 a 177 .

En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, efectúa dos denuncias: A) la infracción por inaplicación del art. 56, art. 52.c, en relación con los arts. 51 y 53.4, todos de LET, y art. 6.4 y 7.1 Código Civil, argumentando que: 1.- que nos hallamos en presencia de despidos ordinarios improcedentes y no por causas objetivas; 2.- que se declara la nulidad de oficio, ya que en demanda no se efectuó dicha pretensión; 3.- que de entenderse que se trata de un despido objetivo, este sería fraudulento, pues no concurre causa alguna para el mismo, sino connivencia entre las codemandadas. B) Infracción

por inaplicación de los arts. 42, 43, 44.1 y 2 de LET, argumentando que ha existido una sucesión empresarial fraudulenta que impone la responsabilidad solidaria de las mercantiles codemandadas, o en todo caso responsabilidad solidaria por existir una subcontrata de servicios.

SEGUNDO.- La primera cuestión a dilucidar en el presente supuesto, por tratarse de una cuestión de orden público, consiste en determinar la legitimación de los actores para formular el recurso, y ello por cuanto: 1.- son hechos incontestables que, a) en contra de lo que se afirma en el recurso, la demanda rectora de los autos contiene un suplico claro: “..dicte sentencia declarando el despido de los actores nulo, o subsidiariamente improcedente, readmitiendo a los trabajadores a su puesto de trabajo en el primer caso...”; b) en el hecho segundo de demanda se transcriben las cartas de despido, que hacen referencia clara a: “..despido por causas económicas, en base os seguintes motivos. ... interrompiu o suministro de leite fresca,... ningún de vostedes puido desenrolar actividade algunha..”; c) en el acto de juicio la parte actora “se afirma y ratifica en la demanda”; de tales hechos no cabe mas que concluir, que la acción ejercitada por los actores es la de despido por causas económicas., o de producción regulada en los arts 124 LPL. 2.- Conforme a lo dispuesto en el citado precepto procesal y en el art. 53.4 LET, el Juzgador de instancia de oficio o a solicitud de parte declarará nula la decisión empresarial que no cumpla los requisitos formales exigidos. Como corolario de lo expuesto, la declaración judicial que contiene la resolución recurrida no solo se adapta a lo peticionado por la parte, respetando así el principio de congruencia procesal, sino que cumple con la exigencia legalmente establecida, no existe por tanto defecto formal en la misma.

Establecido lo anterior, el acogimiento de la petición principal de la demanda y el cumplimiento por el Juzgador de instancia de lo normado en los arts. 124 LPL y art. 53.4 LET, implica que los actores no han sufrido perjuicio alguno con dicha resolución, pues tanto la posible responsabilidad de las codeemandadas como la posibilidad de que se les indemnice por la extinción de su contrato, como si de un despido improcedente se tratara, es una cuestión de futuro que deberá ser resuelta en el supuesto de que su empleadora

insista o mantenga la decisión extintiva, mas agora lo único que existe es una obligación de reponer a los actores a su puesto de trabajo, quedando aquellas cuestiones imprejudgadas y no siendo posible su enjuiciamiento en esta litis por los mandatos contenidos en los preceptos mencionados. De conformidad con lo dispuesto en el art. 448 NLEC L. 1/2000 “Contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley”, norma aplicable en la jurisdicción social con carácter supletorio según dispone la misma en su art. 4, y que con anterioridad establecía la LEC en su art. 1691, en cuya interpretación las STS 4ª de 26.04.99 y las que cita de 17 de julio, 9 de octubre y 18 de noviembre de 1982, 13 de febrero de 1984, 18 de abril de 1985, 3 y 20 de marzo de 1987, 11 de abril de 1991 estableció que, “sólo deben de gozar de legitimación para interponer recursos contra las sentencias, los litigantes que hubieran resultado o podido resultar perjudicados por aquéllas, pues son los únicos que tienen interés legítimo, de modo que sólo el perjuicio genera interés”, de modo que se exigen dos requisitos para poder recurrir: haber sido parte en el pleito y posibles perjuicios derivados de la solución que se recurre, habiendo reconocido la doctrina como posible perjuicio legitimador del recurso los supuestos de: a) desestimación la excepción de incompetencia que le había sido alegada (sentencias de 2 y 18 de febrero de 1988 y 9 de abril de 1990), b) cuando la sentencia califica de laboral una relación a la que el demandado absuelto negaba esa naturaleza jurídica (sentencia de 28 de mayo de 1992), c) cuando recurre la parte contraria, para prevenir los efectos de la eventual prosperidad del recurso adverso (sentencias de 22 de julio de 1993 y 13 de octubre de 1996), mas en ningún caso se admite como perjuicio la subjetiva apreciación unos posibles, pero lejanos y potenciales perjuicios. Los actores, de los citados requisitos, solo conservan el de haber sido parte, pues el perjuicio no existe desde el momento en que se ha acogido su pretensión principal, en consecuencia concebido el recurso como un medio que el Ordenamiento Jurídico ofrece para combatir resoluciones judiciales dañosas a quienes las combate si no existe daño se carece de legitimación para recurrir, por ello, sin entrar en los motivos del recurso se desestima el mismo y se confirma la resolución recurrida. En similar sentido se han pronunciado: STSJ Asturias de 12.11.99, STSJ Valencia de 05.10.00, STSJ de Andalucía, Málaga de 29.12.00 y STSJ Madrid de 16.01.01.

Fallamos

Que, apreciando de oficio la excepción de falta de legitimación de los actores para recurrir, sin entrar en los motivos esgrimidos, desestimamos el recurso de suplicación formulado por doña R.M.R.P. y tres más contra la sentencia dictada el 13.11.01 por el Juzgado de lo Social Nº 2 de A Coruña en autos Nº 699/2001 sobre despido contra las empresas “G.C., S.L.”, “G.G.I., S.A.” y “G.G.II., S.A.” resolución que se mantiene en su integridad.

3343 Recurso nº 9.140/1995

S.CA. EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPREGO. PREFERENCIA DE PERMANENCIA NA EMPRESA. CABEZA DE FAMILIA NUMEROSA. CUESTIÓN DE COMPETENCIA ENTRE A JURISDICCIÓN SOCIAL E A CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

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

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 9.140/1995, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don J.G.P., con D.N.I... domiciliado en (Ferrol), representado y dirigido por el Letrado don P.M.G.C., contra resolución de 07.08.95 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección General de Trabajo de 23.02.95 sobre regulación de empleo; expt. num. 6.737/95. 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 practi-

caron 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 febrero de 2002, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad o no al ordenamiento jurídico de la resolución del Excmo. Sr. Ministro de Trabajo y Seguridad Social de fecha 7 de agosto de 1995, dictada en expediente núm. 6.737/95 por la que se desestima el recurso ordinario contra anterior resolución de la Dirección General de Trabajo, de fecha 23 de febrero de 1995, en expediente de referencia "Regulación de Empleo – Expte. Núm. 438/94", así como contra dicha resolución inicial.

El recurrente alega como motivos impugnatorios de la resolución recurrida que si bien acreditó ante la Administración tanto su condición de titular de familia numerosa como la existencia de personas de menor antigüedad en el empresa y sin esa condición, lo que determinaría su exclusión de la relación de personal a extinguir sus contratos; incluso las contrataciones de personal eventual, la misma desestima su recurso. Es innegable pues que en el momento que se inicia el expediente por la empresa "M.N., S.A." el recurrente se hallaba en la C.N. de Confrontes. Que su labor en la empresa se desarrollaba a través de constantes desplazamientos de muy breve duración acudiendo a obras de la empresa dispersas por todo el territorio nacional, a modo de "administrativo de incidencias" acudiendo allí donde fuere necesario. Que es cierto en el momento de la incoación del expediente se hallaba adscrito a las OFICINAS CENTRALES de la empresa en Bilbao, su centro de trabajo, pues el de Cofrentes es mera circunstancia de haber sido

enviado allí mes y medio antes de formular la solicitud de regulación de empleo, cuando la empresa tenía ya conocimiento de que tal evento se iba a producir y tras llevar 23 años en la empresa de servicio. Partiendo además -añade- de la hipótesis de su adscripción a las oficinas centrales, donde hay personal administrativo, respecto del que tiene prioridad de permanencia por la condición de familia numerosa, lo que al ser desconocido por la empresa le ha originado una serie de perjuicios de toda índole: económicos, familiares, profesionales e incluso morales.

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

II.- El artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, establece la previsión de extinción de las relaciones de trabajo fundada en causas económicas, que deberá ser autorizada por la autoridad administrativa laboral competente a petición del empresario, estableciendo los trámites procedimentales exigidos con la intervención de los representantes de los trabajadores, limitándose la autoridad laboral, en caso de acuerdo, a homologar el pacto de regulación de empleo, salvo que apreciare dolo, coacción o abuso de Derecho, y en caso de no lograrse acuerdo a resolver sobre su procedencia, una vez analizado el Informe de la Inspección de Trabajo, la documentación obrante en el expediente y los informes de los Organismos públicos que considere precisos, lo que es congruente con la facultad de tutela del orden laboral, que emerge a favor de los poderes públicos administrativos del artículo 37 de la Constitución. En ese marco se deduce la pretensión del trabajador recurrente de permanecer en la empresa.

Tal pretensión que se sostiene en este recurso contencioso-administrativo, se fundamenta en el reconocimiento del derecho a ser excluido de la relación de trabajadores que fueron afectados por el expediente de regulación de empleo presentado por la empresa "M.N., S.A.", con base a ser padre de familia numerosa y al no haber sido incluidos trabajadores que no gozaban de dicha prioridad, en apelación al artículo 2 de la Ley de 19 de junio de 1971 de protección de la familia numerosa, en su redacción dada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, y al artículo 9.8 del citado texto legal, en relación con los artículos 51.7 y 68 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 9 de la Ley 25/1971, de 19 de junio, de protección de la familia numerosa, establece la concesión de prioridad a los trabajadores, cabezas de familia numerosa, para la conservación de su situación laboral en aquellos casos en que se produzcan despidos, ceses de personal, reducciones temporales de jornada o traslados forzosos, dentro de su especialidad y categoría.

Este derecho preferencial a la conservación del puesto de trabajo que consagra la Ley de protección de la familia numerosa en los supuestos de expedientes de regulación de empleo, que comporta la autorización al empresario para rescindir contratos de trabajo, no tiene un carácter absoluto, al venir modulada su aplicación por el deber de respetar otras preferencias advertidas en el propio Estatuto de los Trabajadores – la prioridad de permanencia conferida a los representantes legales de los trabajadores establecida en el artículo 51.7 de la referida Ley social –, como al deber de aquellos trabajadores que se encuentren clasificados profesionalmente en la misma especialidad y categoría.

III.- Cabe advertir que, en atención al momento en que se solicita por la empresa “M.N., S.A.” la autorización a la autoridad laboral para la extinción de los contratos de trabajo de 126 trabajadores de su plantilla, debe aplicarse el concepto de familia numerosa establecido en el artículo 2 de la Ley 25/1971, de 19 de junio, de protección a las familias numerosas, al no poder aplicar retroactivamente la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, que amplió el concepto de familia numerosa hasta comprender las familias que tengan tres o más hijos, al deber respetar el principio de seguridad jurídica que provoca la petrificación de las situaciones personales de los trabajadores en el momento en que se insta el procedimiento de regulación de empleo.

Desde aquella perspectiva, no pueden admitirse – como ha señalado el TS en sentencia, entre otras, de fecha 15.11.00 irregularidad alguna de procedimiento que determine la estimación del recurso, por lo que es de ver si desde la individual del recurrente el recurso merece prosperar.

Se desprende ciertamente del examen del expediente administrativo que el recurrente es padre de familia numerosa, si bien debe advertirse que el ámbito de protección del trabajador cabeza de familia numerosa se desa-

rolla en relación a los trabajadores que ejerzan su actividad en el mismo centro de trabajo, y dentro de la misma especialidad y categoría; requisitos que no pueden interpretarse con carácter expansivo para no provocar efectos discriminatorios respecto de otros trabajadores, al ser el derecho al trabajo, por su naturaleza, un derecho de titularidad individual, en la mentalidad del artículo 35 de la Constitución.

Procede rechazar, consecuentemente, que la Administración haya incurrido en manifiesto error de apreciación al no excluir al recurrente de la lista de trabajadores afectados por la rescisión de los contratos laborales cuando – como se manifiesta en sede jurisdiccional – en el centro de trabajo al que se encuentra adscrito no existen otros trabajadores que desempeñen la función de administrativo, si era el único que prestaba sus servicios en la C.N. de Cofrentes.

IV.- Por lo que se refiere a la resolución impugnada el art. 51.6 dispone que la resolución de la autoridad laboral será motivada y congruente con la solicitud empresarial. La autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa sean las necesarias a los fines previstos en el apartado 1 de este artículo.

En efecto ese apartado establece que a los efectos de lo dispuesto en la presente ley (entiéndase ET), se entenderá por despido colectivo (sucedáneo del autorizado expediente de regulación de empleo) la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando... Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas..., etc, regulándose de seguido todas y cada una de las actuaciones previas a la resolución administrativa autorizando la extinción de los contratos laborales con motivo del expediente de regulación de empleo promovido (hoy despido colectivo por adecuación a la correspondiente Directiva Comunitaria 75/129/CEE) por la empresa de Autos.

A dicho proceso y resolución ha de extenderse el conocimiento de este Orden Jurisdiccional y reexaminar como señala el Auto de la Sala de Conflictos recaído en las presentes actuaciones con el alcance que en el mismo se establece.

El expediente de regulación de empleo o actual despedido colectivo consta de un doble trámite, que se inicia simultáneamente: a) solicitud a la Autoridad Laboral para que lo autorice y b) apertura de un período de consultas.

En relación con este trámite – el período de consultas – si hubiere acuerdo entre las partes, la Administración podrá llevar a cabo una de las siguientes actividades: a) dictar resolución autorizando el pacto...; b) abstenerse de tal autorización, cuando aprecie de oficio o a instancia de parte que el acuerdo alcanzado lo fue mediante DOLO, COACCION O ABUSO DE DERECHO. En tal caso la Administración debe dirigirse al órgano jurisdiccional (entiéndase Social) para que éste resuelva, a través del correspondiente proceso de oficio (art. 145 de la LPL), declarando, si procediere, la nulidad y c) abstenerse igualmente de tal autorización cuando estime que no se dan las CAUSAS ECONOMICAS, TÉCNICAS, etc, en que el expediente ha de fundamentarse, y que existe un supuesto acuerdo FRAUDULENTO inter partes dirigido a la obtención indebida por los trabajadores de prestaciones de desempleo. En tal caso el art. 51 en su punto 5 dispone que la Administración procederá de oficio o a petición del INEM a remitir el acuerdo a la Jurisdicción Laboral, para la declaración de su posible nulidad.

Si el período de consultas hubiera concluido sin acuerdo entre las partes se tramitará el expediente correspondiente a solicitud del empresario.

Cuando la Administración Laboral reciba la solicitud deberá examinar si reúne los requisitos precisos (art. 51.3), esto es solicitud de autorización propiamente dicha, aportación de documentos justificativos de las causas de despido y la pertenencia de éste.

Referente a la documentación el art. 13 del RD 696/1980 dispone que el empresario ha de aportar actas de la fase de consultas; relación circunstanciada de la totalidad del personal, afectado o no por el expediente; memoria explicativa de las causas en que se funde la solicitud; documentación económica (balance y cuenta de pérdidas y ganancias, así como declaración del impuesto de Sociedades, todo ello referido al ejercicio de los tres últimos años; informe económico financiero, productivo, comercial y organizativo de la empresa); informe de la representación del personal; informe de censor jurado de cuentas;

informe de la entidad gestora de la prestación de desempleo (INEM).

De seguido se instruye, pudiendo en esta fase la Administración adoptar medidas cautelares y se resuelve por la propia Autoridad Laboral competente, a pesar de que las Directivas Comunitarias 75/129 y 92/56 no contemplen en su regulación este trámite de autorización administrativa.

La Administración, al adoptar la decisión correspondiente, ejercita una valoración más que de corrección jurídica, de oportunidad socioeconómica de lo solicitado. Por eso se mueve dentro de un ámbito inevitable de discrecionalidad, sujeto a los fines perseguidos por la Ley.

En ejercicio de esa discrecionalidad, debe resolver el expediente, concediendo o denegando (obviamente el silencio equivaldría a reconocimiento) la autorización instada, siendo sus efectos los siguientes: a) facultar – no obligar – al empresario a declarar válida y lícitamente la extinción de los contratos de trabajo afectados por el expediente, con la carga de reconocer prioridad en la permanencia a los representantes de los trabajadores a tenor del art. 51.7 del ET. Doctrinalmente se entiende que sólo a ellos, lo que supone ignorar la prioridad a la permanencia en el puesto de trabajo derivado de la condición de padre de familia numerosa como la que se postula en el supuesto de autos en base a la Legislación que se menciona.

Al constituir una carga con la que se grava la facultad que se concede al empresario de declarar válida y lícitamente la extinción de los contratos afectados, la observancia o inobservancia de esa cara será una cuestión a dilucidar entre empresario y trabajador ante el orden Jurisdiccional Social, pues de lo contrario a tenor del art. 1.1 de la Ley de la Jurisdicción, su examen desborda la naturaleza y límites de la misma y se extralimita en el contenido que informa el carácter revisor, sustituyendo el criterio de la Administración al del empresario, obligándola incluso a adoptar un determinado acto de voluntad, en relación con la pretensión que se deduce, por lo que la Sala no puede compartir la tesis de la recurrente pues este Tribunal de instancia ha de limitarse a enjuiciar la actividad de la Administración a la luz del derecho aplicable; esto es, del art. 51 si es oportuna o no la autorización y por las causas que se enumeran en su apartado 1, dada las consecuencias indemnizatorias a favor

de los trabajadores afectados que comporta a cargo de una entidad gestora pública como es el INEM, dentro de los límites, indemnización cuyo importe tampoco exige pronunciamiento alguno por parte de la Administración; al contrario su cálculo y abono corresponde al empresario y en caso de litigio al Orden Jurisdiccional Social, doctrina que abona el todavía vigente RD 2.732/81 de 30 de octubre.

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

V.- En el presente caso no son de apreciar motivos determinantes de expresa condena en costas que, conforme al art. 131 de la Ley Jurisdiccional, hacen preceptiva su imposición a ninguna de las partes.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso Contencioso-Administrativo número 9.140/1995, interpuesto por don P.M.G.C., Letrado, en nombre y representación de don J.G.P. contra la resolución del Excmo. Sr. Ministro de Trabajo y Seguridad Social de fecha 7 de agosto de 1995, dictada en expediente núm. 6.737/95 por la que se desestima el recurso ordinario contra anterior resolución de la Dirección General de Trabajo, de fecha 23 de febrero de 1995, en expediente de referencia "Regulación de Empleo - Expte. Núm. 438/94", así como contra dicha resolución inicial; sin hacer expresa imposición de costas a las partes.

3344 Recurso nº 5.261/98

S.S. ACCIDENTE DE TRABAJO. INSUFICIENCIA CIRCULATORIA CON RESULTADO DE FALLECIMIENTO PRODUCIDA NO LUGAR DE TRABAJO. PRE-SUNCIÓN DE LABORALIDADE.

Ponente: Ilmo. Don Luis F. De Castro Fernández

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

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. 5.261/98 interpuesto por doña C.D.F.F., el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) 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 C.D.F.F. en reclamación de VIUEDAD Y ORFANDAD siendo demandados el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo "L.F." y la empresa "P.C.L.C., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 173/98 sentencia con fecha 22 de junio de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

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

PRIMERO.- La actora doña C.D.F.F. estuvo casada con don L.A.N., fallecido el 21.07.97, habiendo nacido de dicho matrimonio dos hijos R. y D.A.F. el ... y ..., respectivamente./ SEGUNDO.- El fallecido esposo de la actora presto servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "P.C.L.C., S.L.". El 08.07.97, cuando se encontraba prestando servicios para la citada empresa sufrió un mareo, siendo trasladado al hospital Comarcal de ..., acordando su ingreso con el diagnóstico de H.T.A. A.C.V.A., y pasando a la situación de I. Temporal, derivada de enfermedad común con el citado diagnóstico, en la cual permaneció hasta el 21.07.97, en que falleció con el diagnóstico de H.T.A. ACVA./ TERCERO.- El fallecido esposo de la actora tenía antecedentes de insuficiencia venosa periférica y de H.T.A., siendo tratado por medicina interna. / CUARTO.- Se agotó la vía previa administrativa".

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

“FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña C.D.F.F. contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL debo declarar y declaro claro el derecho de la actora al percibo de las pensiones de viudedad y orfandad derivadas del fallecimiento de su esposo don L.A.N. por enfermedad común y en consecuencia, condeno a los organismos demandados a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la actora las prestaciones indicadas, en cuantía, duración y forma reglamentarias. Asimismo debo absolver y absuelvo a la empresa “P.C.L.C., S.L.” y a la Mutua “L.F.” de las pretensiones en su contra esgrimidas.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia consideró el fallecimiento del causante contingencia derivada de enfermedad común, en criterio que recurren la beneficiaria y la Administración de la Seguridad Social, pidiendo aquélla la revisión fáctica del primero de los HDP y denunciando todas las recurrentes infracción del art. 115 LGSS .

La variación fáctica va dirigida a sustituir –en el ordinal primero– la frase «derivada de enfermedad común» por «derivada de accidente de trabajo»; o en su caso –se pide subsidiariamente– que la citada expresión sea suprimida, por resultar predeterminante del fallo.

No ha lugar a lo pretendido, porque la Magistrada se limita a recoger un hecho objetivo, cual es que el diagnóstico del correspondiente Servicio del Hospital Comarcal y causa formalmente expresada en la baja por IT fue el de «enfermedad común»; lo que en manera alguna presupone correcta calificación ni vincula a los Tribunales, predeterminando el fallo.

SEGUNDO.- Acogemos muy contrariamente la censura pretendida en el apartado de examen del Derecho.

1.- Los hechos objeto de debate puede resumirse diciendo que el causante era Peón en fábrica de pizarras y cuando en 08.julio.97

se hallaba realizando los cometidos propios de su actividad sufrió un mareo, siendo ingresado al Hospital Comarcal de Valedoras, donde diagnostican HTA-ACVA, causa expresada oficialmente como la de su fallecimiento en 21.07.97. El fallecido venía siendo tratado de HAT mal controlada e insuficiencia venosa periférica. Y sobre esta base, la Magistrada califica la contingencia como derivada de enfermedad común, razonando que «sin que se derive de lo actuado que se debiera en exclusiva a la actividad, máxime cuando el fallecido tenía antecedentes de insuficiencia venosa periférica en miembros inferiores y de HTA mal controlada». Conclusión y argumento que no compartimos.

2.- Ha de reiterarse criterio expuesto en diversas ocasiones por esta misma Sala –entre otras muchas, en sentencias de 05.febrero.99 R. 595/96, 23.junio.00 R. 5.082/97 y 21.febrero.01 R. 4.787/97– y alusivo a que la doctrina jurisprudencial tiene declarado (SSTS 27.octubre.92 art. 7.844, 27.diciembre.95 art. 9.846, 15.febrero.96 art. 1.022, 27.febrero.97 art. 1.605 y 18.junio.97 art. 4.762) que la presunción contenida en el art. 84.3 de la LGSS –hoy, el denunciado art. 115.3–, por virtud de la cual se estimará, salvo prueba en contrario, que son accidente laboral las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en lugar del trabajo, alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades que se manifiesten durante el trabajo en las circunstancias antes descritas.

Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, es necesario que se acredite de manera suficiente la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal, aunque para ello no sea bastante –en criterio superador de restricciones jurisprudenciales precedentes– que se hubieran producido síntomas de la misma enfermedad en fechas o momentos inmediatamente precedentes al episodio agudo (así, SSTS 29.septiembre.86 Ar. 5.202, 30.septiembre.86 Ar. 5.219, 20.diciembre.95 Ar. 9.846, 27.diciembre.95 Ar. 9.846, 15.febrero.96 Ar. 1.022, 18.octubre.96 Ar. 7.774, 27.febrero.97 Ar. 1.605 y 14.julio.97 Ar. 6.260); lo decisivo a estos efectos, es que se hayan producido hechos de tal relieve que a todas luces sea evidente la absoluta carencia

de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean, y el siniestro (SSTS 22.marzo.85 Ar. 1.374, 10.diciembre.87 Ar. 7.842, 28.diciembre.87 Ar. 9.046, 04.julio.88 Ar. 5.752, 22.noviembre.88 y las ya citadas de 15.febrero.96 Ar. 1.022 y 18.junio.97 Ar. 4.762), de tal manera que se puede concluir –en afirmación que el propio Tribunal Supremo califica como apodíctica– que «ha de calificarse como accidente laboral aquél en el que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima y remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que se evidencie a todas luces la absoluta carencia de aquella relación», cediendo únicamente la presunción ante la prueba cierta y convincente de la causa del suceso excluyente de la relación laboral, cuya carga se desplaza a quien niegue la consideración de accidente de trabajo (así, las SSTS 22.marzo.85 Ar. 1.374, 30.septiembre.86 Ar. 5.219, 07.marzo.87 Ar. 1.350, 28.septiembre.87 Ar. 6.410, 10.noviembre.87 Ar. 7.842, 04.marzo.88 Ar. 1.854, 05.julio.88 Ar. 6.115, 12.junio.89 Ar. 4.568, 29.septiembre.88 Ar. 7.148 y 27.octubre.92 Ar. 7.844).

Y esta doctrina la ha mantenido el Tribunal Supremo aún para el supuesto de previas patologías de origen común, pero que tienen igualmente manifestación lesiva –muy particularmente se ha efectuado el pronunciamiento tratándose accidentes vasculares– en tiempo y lugar de trabajo, precisamente a virtud de la presunción establecida en el art. 84.3 LGSS (así, entre las últimas, las SSTS 23.noviembre.99 Ar. 9.341, 23.julio.99 Ar. 6.841, 12.julio.99 Ar. 5.790 ...).

3.- Y esta doctrina es del todo aplicable al supuesto de autos, dado que el operario sufre el ACVA precisamente cuando se hallaba trabajando y realizando labores que no solamente no excluyen una posible incidencia en la crisis, sino que incluso –así se deduce de la naturaleza física y de intenso esfuerzo correspondiente a su labor como Peón– repercuten muy negativamente en el proceso previamente existente, habida cuenta de las concretas circunstancias –negativas, para la patología pre-

via– en que las mismas se realizaban, tal como se pone de manifiesto –incluso– en la declaración del representante de la Empresa, al afirmar en el acto de juicio (folio 31) «arrastrando unas cajas de pizarra muy pesadas». Por todo ello,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por doña C.D.F.F., el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL revocamos la sentencia que con fecha 22.junio.98 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Dos de los de Ourense, y acogiendo la demanda declaramos que la actora tiene derecho a percibir las pensiones de Viudedad y Orfandad derivadas del fallecimiento de su esposo don L.A.N., como derivadas de accidente de trabajo, y condenamos a la demandada MUTUA “L.F.” a que le abone las correspondientes prestaciones, en los términos y con los efectos reglamentariamente procedentes, sin perjuicio de las responsabilidades legales y subsidiarias del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, como Fondo de Garantía y Servicio de Reaseguro, absolviendo a la Empresa “P.C.L.C., S.L.”.

3345 Recurso nº 1/02

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. PERSOAL ESTATUTARIO Ó SERVICIO DO SERGAS. NON NECESARIA COLEXIACIÓN DO PERSOAL TITULADO NOS CORRESPONDENTES COLEXIOS PROFESIONAIS.

Ponente: Ilmo. Don Antonio-Jesús Outeiriño Fuente

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presente Autos sobre Conflicto Colectivo seguidos ante esta Sala de lo Social con el nº 1/02, entre las partes, como

demandante, la FEDERACIÓN REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.), representada por el Letrado don D.P.C., y como demandados, el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS DE LA XUNTA DE GALICIA, representada por el Letrado don F.C.L.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 24 de enero de 2002 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 21 de febrero pasado, en el cual las partes demandadas se opusieron a la pretensión interpuesta y, tras la práctica de la prueba propuesta y admitida, formularon sus conclusiones definitivas quedando los autos conclusos para sentencia.

Hechos que se declaran probados

PRIMERO.- El Sindicato demandante interesa que se reconozca al personal laboral y estatutario al servicio del demandado SERGAS, el derecho a percibir en concepto de indemnización, los gastos ocasionados por su adscripción al Colegio profesional correspondiente, así como las cuotas periódicas derivadas de tal colegiación, por tratarse de un gasto que estima necesario e indispensable para el desempeño de sus funciones, cuando éstas se prestan en exclusiva para el referido demandado.

SEGUNDO.- En el presupuesto de gastos del Servicio Galego de Saúde para el año 2001, prorrogado para el ejercicio 2002, ni en los presupuestos anteriores, figura concepto alguno destinado a abonar cuotas colegiales de profesionales que ejerzan su actividad en el ámbito del SERGAS, no existiendo asignación presupuestaria ni realizándose ningún abono por tal concepto de gasto.

TERCERO.- Entre los requisitos exigidos a los aspirantes en las pruebas selectivas convocadas por el SERGAS para el acceso a la condición de personal estatutario fijo, no figura, para ninguna categoría, la necesidad de acreditación de colegiación.

CUARTO.- En la Dirección Xeral de la Función Pública, dependiente de la Consellería de Presidencia de la Xunta de Galicia, no consta la existencia de antecedentes sobre imposición de sanciones de separación de servicio o despido, como consecuencia de expedientes disciplinarios incoados a empleados públicos por la no colegiación profesional para el desempeño de sus funciones en la Administración autonómica.

QUINTO.- El Sindicato actor interpuso escrito, calificado de reclamación previa, ante la Xunta de Galicia, dirigido tanto al SERGAS como a la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El sindicato actor funda su pretensión de demanda en la doctrina sentada por la sentencia de la Sala IV del TS de 11 de julio de 2001 (Recurso de casación para UD nº 3.194/2000), por entender que resulta aplicable al SERGAS al tratarse de una Administración de la Seguridad Social que forma parte del Sistema Nacional de Salud y que, al igual que el INSALUD, debe sufragar los gastos colegiales de los que prestan servicios para dicho organismo, no siendo factible el abono de dichos gastos -con efectos de 01.01.98- solo a los médicos que ocupan puestos en el EVI y a los Inspectores de los Cuerpos Sanitarios de la Seguridad Social, ya que -a su juicio- ello constituye una discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución.

Y frente a tales alegaciones y a lo pedido, oponen -en primer término- ambos demandados la excepción de inadecuación de procedimiento, por entender, con cita de la STS/IV de 8 de julio de 1997, que falta uno de los requisitos del conflicto colectivo, en concreto, "la existencia de una pluralidad de afectados con un interés general indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto, y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros"; llegando a la conclusión de que en el presente caso no nos encontramos ante un conflicto colectivo que identifique a grupos homogéneos: a su juicio, en la demanda no se señala con precisión el colectivo de trabajadores a los que afecta el conflicto, sino que se hace de forma totalmente imprecisa, difusa y genérica, remitiendo, además, a una ulterior exploración o búsqueda de cuales puedan ser los grupos profesionales del ámbito sanitario que hayan de verse afectados por el referido conflicto.

El examen de dicha excepción lleva a la Sala a la conclusión de que no resulta acogible, pues de conformidad con lo dispuesto en el art. 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, “se tramitarán a través del presente proceso (de conflicto colectivo), las demandas que *afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores* y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa”; siendo así que en el presente caso, ese grupo genérico de trabajadores lo constituye el “personal estatutario y laboral” que presta servicios para el demandado SERGAS, con un interés general indivisible, correspondiente al grupo en su conjunto, y representado por la discusión relativa a si les asiste o no el derecho a percibir, con cargo al SERGAS, los gastos de colegiación que el sindicato demandante estima necesarios e indispensables para el desempeño de sus funciones prestadas en exclusiva para el referido demandado, resultando -además- identificables los grupos profesionales a quienes afecta el conflicto.

SEGUNDO.- La defensa de ambas demandadas invoca también, con carácter subsidiario, la excepción de defecto formal en el modo de proponer la demanda, por entender, en base a los argumentos anteriores, que la demanda debería ser necesariamente ampliada o aclarada precisando, en los términos que se exigen en los arts. 155 y 156 LPL, los colectivos a los que afectaría la pretensión, pues -a su juicio- la omisión de los mismos limita una adecuada defensa y vulnera el art. 24 CE.

Tampoco prospera la excepción invocada, ya que la demanda reúne los requisitos generales previstos en el art. 80 de la LPL, en relación con el art. 115 de la misma ley, afectando el conflicto al “personal estatutario y laboral” que presta servicios para el demandado SERGAS, y que en función del objeto de la litis y de lo pedido en la misma, resulta identificable de acuerdo con la normativa aplicable y reguladora de los Colegios profesionales.

TERCERO.- En cuanto al fondo del asunto, la oposición a la demanda se concreta, en síntesis, en dos puntos básicos: el primero, en que no cabe aplicar la doctrina sentada por la STS/IV de 11 de julio de 2001, al partir de una actuación voluntaria del INSALUD que no puede trasladarse ni extenderse al SERGAS, a quien el art. 14. 2 de la ley 1/1989, de 2 de enero, atribuye la competencia sobre el personal sanitario en la Comunidad Autónoma de

Galicia, y que nunca ha abonado cuota alguna de colegiación a ninguno de los colectivos afectados, máxime cuando no hay norma que contemple la obligación de pago de tales cuotas, por lo que -a su juicio- no existe vulneración del principio de igualdad.

Y el segundo, en que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 de la ley 11/2001, de 18 de septiembre, de Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia, aplicable en este caso al constituir el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado representada por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, no es precisa la colegiación -ni tampoco se exige por el SERGAS - de los profesionales titulados vinculados a la administración y que presten sus servicios en el ámbito público, siendo solo necesaria para el ejercicio de la actividad privada.

Así planteada la litis, el Tribunal llega a la conclusión de que la demanda de conflicto ha de ser desestimada con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.- En primer término, aparece nítida la falta de legitimación pasiva -entendida como cuestión de fondo- de la demandada Xunta de Galicia, pues el conflicto solo afecta al “personal estatutario y laboral que presta servicios para el demandado SERGAS”, tal como se afirma en el demanda; siendo así que según el art. 1 de la ley 1/1989, de 2 de enero, el Servicio Gallego de Salud, a quien corresponde la gestión de los servicios sanitarios de carácter público dependientes de la Comunidad Autónoma de Galicia, se constituye como un *organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia*, adscrito a la Consellería de Sanidad, que ejercerá la dirección y control del mismo. Por consiguiente, ninguna relación con el objeto del proceso cabe atribuir a la Xunta de Galicia (Consellería de Sanidade e Servizos Sociais).

2.- En segundo término, tampoco resulta admisible el presupuesto sobre el que descansa la demanda: en concreto, la necesidad de colegiación de los profesionales laborales o estatutarios que prestan sus servicios en exclusiva para el SERGAS, pues en este caso la norma aplicable es el art. 3 de la ley 11/2001, de 18 de septiembre, de Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuando dispone que “los profesionales titulados vinculados con la administración pública mediante relación de servicios de

carácter administrativo o laboral no precisarán estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de la administración a que pertenezcan, cuando el destinatario inmediato de las mismas sea esa administración. Si será obligatoria, en consecuencia, la colegiación para el ejercicio de la actividad privada”. Y en el presente caso el Servicio Galego de Saúde tampoco viene exigiendo el requisito de la colegiación para el desempeño de plazas de naturaleza estatutaria, tal como se desprende de la documental aportada por dicho demandado (certificación del Director Xeral da División de Recursos do SERGAS); interpretación ésta que resulta acorde con el contenido del precepto y con la naturaleza jurídica que la doctrina jurisprudencial atribuye a la relación estatutaria, cuando afirma que “tiene una clara naturaleza de Derecho Público” (STS de 19 de abril de 1991, Ar. 6.238; 14 de octubre de 1996, Ar. 7.624), y su aproximación al régimen de los funcionarios públicos comporta la aplicación supletoria o integradora de la normativa funcional (STS de 17 de octubre de 1991, Ar. 7.221 y 29 de octubre de 1993, Ar. 8.090). Por ello, no siendo necesaria en tales casos la colegiación no cabe acceder a la pretensión de pago de los gastos de incorporación y cuotas del referido personal, pues la citada ley 11/2001, de 18 de septiembre, de Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia constituye el desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado (representada por la ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, y principalmente por la Ley 7/1997, de 14 de abril, así como por el Real decreto ley 6/2000, de 23 de junio); competencia ésta que fue atribuida por la ley orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, de transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma gallega.

Por otro lado, la STC 194/1998, de 1 de octubre, señala que “... la obligación de incorporación a un Colegio para el ejercicio de la profesión se justifica no en atención a los intereses de los profesionales, sino como garantía de los intereses de sus destinatarios. En el caso de quienes trabajan para centros públicos, esa garantía puede ser asumida por la Administración y, en consecuencia, la exención de colegiación aparece como una medida razonable, ajena a todo propósito discriminatorio contrario al art. 14 C.E.

2.- En íntima conexión con lo anterior, tampoco resulta admisible la aplicación de la doctrina sentada frente al INSALUD por la STS/IV de 11 de julio de 2001. Y es que esta resolución, en la que el Sindicato actor fundamenta la demanda de conflicto colectivo, contempla un supuesto fáctico distinto al ahora enjuiciado. Así, aparte de tomar como punto de partida la necesidad de colegiación impuesta por el art. 3.2 de la ley 2/1974, de 13 de febrero, que no resulta aplicable en este punto en el ámbito de la Comunidad Autónoma Gallega, regida por su ley específica, es lo cierto que en el caso contemplado por la referida sentencia concurre el hecho de la *adopción voluntaria* por parte del INSALUD de la medida de hacer efectivos los gastos de incorporación al colegio y el abono de las cuotas de carácter colegial de determinados colectivos (Letrados, Médicos del EVI e Inspectores Médicos), con el correlativo rechazo de esos mismos gastos respecto de los ATS y ATS/DUE que se hallaban en la misma situación, lo que, según el TS, comportó una infracción del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE.

Sin embargo, no es este el caso del demandado SERGAS, pues tal como se desprende de la documental aportada, dicho organismo en ningún momento *asumió voluntariamente* -no existe norma que lo imponga-, el abono de gasto colegial alguno respecto del personal laboral o estatutario a su servicio, ya que ni en su presupuesto de gastos para el año 2001, prorrogado para el ejercicio 2002, ni en los presupuestos anteriores, figura concepto alguno destinado a abonar cuotas colegiales de profesionales que ejercieran su actividad en el ámbito del expresado organismo, no existiendo ninguna asignación presupuestaria ni realizándose abono alguno por tal concepto de gasto.

La conclusión, por tanto, dada la distinta situación fáctica, ha de ser también diferente a la obtenida por la aludida sentencia del Tribunal Supremo; sin que tampoco resulte admisible la posibilidad de trasladar o extender las decisiones tomadas “voluntariamente” por los órganos del INSALUD al demandado SERGAS, cuando éste, que se rige por sus órganos propios establecidos en su ley de creación, nunca *asumió* -expresa o tácitamente- ninguna de dichas resoluciones. Procede, por tanto, desestimar la demanda de conflicto colectivo y absolver libremente a los demandados.

Fallamos

Que rechazando las excepciones de inadecuación de procedimiento y defecto legal en el modo de proponer la demanda, desestimamos el presente conflicto colectivo interpuesto por la Federación Regional de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (U.G.T.), contra los demandados Servicio Galego de Saúde (SERGAS) y la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia, absolviendo libremente de la demanda a dichos demandados.

3346 Recurso nº 15/2002

S.S. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO E NON DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. DESPEDIMIENTO TÁCITO. INEXISTENCIA DE CADUCIDADE DA ACCIÓN. DIES A QUO. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE E NON NULO.

Ponente: Ilmo. Don Ricardo Ron Curiel

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

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 15/2002, interpuesto por la EMPRESA "RADIO TELEVISION ESPAÑOLA, S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 573/01 se presentó demanda por doña M.I.G.C. en reclamación de Despido siendo demandada la empresa "R.T.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 12 de noviembre 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

M.I.G.C., mayor de edad y con D.N.I. número ..., constituyó a medio de escritura de fecha 24.02.00 sociedad limitada de socio único, "P.C., S.L.", cuyo objeto social es el de búsqueda, elaboración y creación de productos periodísticos. El capital social es de 500.000 pts. y los bienes aportados los siguientes: una enciclopedia, un vídeo y una radio, con fecha 22.03.00 la actora suscribe con la demandada contrato de arrendamiento de servicios, teniendo por objeto la elaboración de noticias y la realización de reportajes generadas en Vigo y su zona de influencia, estableciendo que el prestatario del servicio se compromete a realizarlo con sus propios medios, y que todos los derechos de explotación sobre las noticias corresponden a TVE en exclusiva. Dicho contrato y la constitución de la S.L. se realizaron, a instancias de la demandada, para sustituir a don J.J.T.F., el cual venía prestando servicios como redactor en el Centro Territorial de Vigo, y que fue despedido el 06.02.00.- Segundo.- Desde junio/00 a abril/01 la actora prestó servicios en la Unidad Territorial de A Coruña, para sustituir a la redactora doña B.G., firmando un segundo contrato en fecha 20.02.01, de idéntico contenido que el anterior en virtud de una supuesta oferta seguida con el nº de expediente 283/2000.- Tercero.- La actora desde el inicio de la relación venía prestando servicios en las instalaciones de la demandada, teniendo incluso llaves de las mismas, y con un horario de 10.00 a 14.00 horas y de 17.00 a 20.00 horas, si bien también trabajaba más de 20 horas mensuales por encima de la jornada habitual. La forma de trabajo se organizaba de la siguiente manera: se realizaban las previsiones de las noticias en el centro de Vigo, remitiéndose las mismas a Santiago, donde se eligen las noticias y se distribuyen las mismas entre los reporteros de plantilla y la actora, a quien se comunicaba el encargo en el centro de trabajo de Vigo, adscribiéndosele también los cámaras, que bien podían ser de plantilla o productoras contratadas, lo mismo que ocurría con los reporteros de plantilla.- Cuarto.- En fecha 15.03.01 la demandada envía escrito a la actora recordándole la necesidad de que las cláusulas del contrato de arrendamiento de servicios se cumplan en sus propios términos; si bien la misma continuó trabajando con las condiciones anteriormente descritas. Dicha orden también se realizó de forma genérica para todas aquellas mercantiles que venían prestando servicios para TVE. El 08.08.01 se personó en el centro de trabajo don J.O.R., Jefe de Informativos, y encontraron-

do en él a la actora le comunica que no puede permanecer en las instalaciones, invitando a comer a la actora y explicando el porqué de dicha decisión, comentándole que estaba disgustado por las denuncias presentadas, y que, aunque así se lo solicitó la actora, no le iba a comunicar nada por escrito, manifestando la actora que iba a formular la correspondiente denuncia. Los días 9 y 10 de agosto nuevamente la actora acudió a las instalaciones de TVE en Vigo y nuevamente fue expulsada por don J.O.R., el cual envió carta en fecha 24.08.01, recordándole que las cláusulas del contrato de arrendamiento de servicios suscrito debían de ser cumplidas en sus justos términos. A partir de ese día la demandada no encargó a la actora trabajo alguno.- Quinto.- El 18.09.01 la actora presenta denuncia ante la Inspección de Trabajo, girando ésta visita el 25.09.01, y procediendo a levantar acta de liquidación de cuotas, concluyendo que la relación existente entre las partes es de carácter laboral.- Sexto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 05.09.01, la misma tuvo lugar en fecha 08.09.01 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda la actora día 18.09.01. Los días 15 y 16 de agosto tienen el carácter de festivos en esta localidad.- Séptimo.- Don J.J.T.F. venía prestando servicios para la demandada, habiendo suscrito contrato mercantil, y realizando las mismas funciones que los redactores de plantilla, habiéndose declarado la existencia de relación laboral entre ambas partes por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad en fecha 14.04.00, y siendo declarado su despido nulo por sentencia de este juzgado de fecha 14.04.00, sentencia que recurrida en suplicación, revocando parcialmente el TSJ de Galicia por resolución de 22.11.00 la sentencia de instancia, calificando el despido como improcedente.- Octavo.- La actora viene realizando las funciones propias de redactora, nivel económico I, ascendiendo el salario mensual prorrateado de dicha categoría a 418.155 pts."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.I.G.C., debo declarar y declaro nulo el despido de que fue objeto la misma con fecha 24.08.01 por parte de la empresa "R.T.E., S.A.", a la que condeno a que de forma inmediata readmita a la actora en el puesto de trabajo y con las condiciones que tenía antes de ser despedida y a que le abone

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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, después de estimar la demanda, declara nulo el despido de que fue objeto la demandante el día 24 de agosto de 2001 y condena a la empresa demandada, "R.T.E., S.A.", a soportar las consecuencias legales de tal declaración. Frente a este pronunciamiento, interpone recurso la empresa demandada, dedicando los cinco primeros motivos de Suplicación a la revisión de hechos probados, y con cobertura en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, formula las peticiones revisoras siguientes:

A) Que las tres líneas siguientes al primer punto y seguido del hecho probado primero contienen extremos improbados, o cuando menos, se ha prescindido de algunos documentos que acreditado de forma indubitable cuestiones que tienen que ser resaltadas, por lo que entiende la recurrente que el párrafo debe señalar que "Previamente a este contrato, la actora se presentó a la convocatoria general 1/199, del Grupo RTVE, para las categorías de Redactor y Locutor Comentarista, quedando excluida por no haber acreditado la formación requerida"; y que igualmente debe ser sustituido el párrafo relativo a que la actora sustituyó al Sr. J.J.T.F. , que prestaba sus servicios en Vigo; -Motivo Primero-

B) Que se suprima parte del hecho probado segundo, de modo que el mismo quede redactado de la siguiente manera: "De junio de 00 a abril de 01, la actora prestó sus servicios en la zona de La Coruña, firmando un segundo contrato en fecha 20.02.01, de idéntico contenido que el anterior en virtud de una oferta seguida con el nº de expediente 283/2000"; -Motivo Segundo-

C) La supresión de la redacción del hecho probado tercero y su sustitución por la siguiente: "La actora prestaba sus servicios para la demandada, sin observancia de horario alguno impuesto por la empresa, y suministrando las noticias que le eran encargadas por los responsables de informativos de "R.T.E.,

S.A.", sin que recibiese encargos diarios, percibiendo una remuneración que está en función del número de noticias elaboradas por encargo"; -Motivo Tercero- .

D) La adición al hecho probado cuarto de un párrafo que diga: "Finalmente, el Director de "T.E., S.A." en Galicia, formuló el día 30 de agosto de 2000, denuncia ante la Comisaría de Policía de Vigo, por la permanencia ilegal de la demandada en las dependencias de "R.T.E., S.A." en Vigo"; -Motivo Cuarto-.

E) La supresión del hecho probado octavo; -Motivo quinto-

Las revisiones de hechos probados solo pueden ser acogidas si las rectificaciones, adiciones o supresiones solicitadas, son susceptibles de producir consecuencias jurídicas que deban trascender al fallo, pues, en caso contrario, por más que coincidan con lo probado, el motivo no será procedente. Esto es lo que acontece con las revisiones que se solicitan en los motivos primero, segundo y cuarto y, por esta razón, se rechazan. Tampoco se aceptan las revisiones de los restantes motivos, tercero y quinto; porque los medios de prueba en que se fundamentan carecen de fuerza suficiente para ello; máxime cuando de ello, en modo alguno, podría extraerse el efecto pretendido.

SEGUNDO.- Ya en el campo del derecho, y con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Procesal Laboral, se denuncia, en primer término, infracción de los arts. 2 y 3 de la citada Ley; por estimar, esencialmente, que la relación jurídica que vinculaba a los litigantes no era de naturaleza laboral, sino mercantil, pues la actora constituye una sociedad limitada libremente; máxime teniendo en cuenta que la actora sabía exactamente que firmaba un contrato que no la hacía trabajadora de la empresa, poniéndose en contacto con los responsables de informativos para elaborar las noticias y que los encargos, que no se le hacían todos los días, tampoco justifican su presencia en las dependencias de la recurrente; añadiendo que tampoco recibía sumas de dinero fijas de forma mensual, sino que sus emolumentos están en función de las noticias que se le encargaban, pudiendo trabajar para otras empresas, pues su contrato no es de exclusiva; denunciando, finalmente, infracción del art. 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues, dice la recurrente, se han acumulado a una acción de despido, la de nulidad de la sociedad, asó como la de reconocimiento de

la laboralidad; invocando las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1986, 14 de mayo de 1990, 15 de febrero de 1991 y 10 de febrero de 2000 y de este Tribunal Superior de Justicia la de 30 de agosto de 1996.

La demandante, constituyó a medio de escritura de fecha 24.02.00 sociedad limitada de socio único, denominada "P.C., S.L.", cuyo objeto social es el de búsqueda, elaboración y creación de productos periodísticos. El capital social es de 500.000 pts y los bienes aportados los siguientes: una enciclopedia, un vídeo y una radio, con fecha 22.03.00 la actora suscribe con la demandada contrato de arrendamiento de servicios, teniendo por objeto la elaboración de noticias y la realización de reportajes generados en Vigo y su zona de influencia, estableciendo que el prestatario del servicio se compromete a realizarlo con sus propios medios, y que todos los derechos de explotación sobre las noticias corresponden a TVE en exclusiva. Dicho contrato y la constitución de la S.L. se realizaron, a instancias de la demandada, para sustituir a don J.J.T.F., el cual venía prestando servicios como redactor en el Centro Territorial de Vigo, y que fue despedido el 06.02.00. Desde junio/00 a abril/01 la actora prestó servicios en la Unidad Territorial de A Coruña, para sustituir a la redactora doña B.G., firmando un segundo contrato en fecha 20.02.01, de idéntico contenido que el anterior en virtud de una supuesta oferta seguida con el nº de expediente 283/2000. La actora desde el inicio de la relación venía prestando servicios en las instalaciones de la demandada, teniendo incluso llaves de las mismas, y con un horario de 10.00 a 14.00 horas y de 17.00 a 20.00 horas, si bien también trabajaba más de 20 horas mensuales por encima de la jornada habitual. La forma de trabajo se organizaba de la siguiente manera: se realizaban las previsiones de las noticias en el centro de Vigo, remitiéndose las mismas a Santiago, donde se eligen las noticias y se distribuyen las mismas entre los reporteros de plantilla y la actora, a quien se comunicaba el encargo en el centro de trabajo de Vigo, adscribiéndose también los cámaras, que bien podían ser de plantilla o productoras contratadas, lo mismo que ocurría con los reporteros de plantilla.

Las situaciones fácticas que preceden, sin duda alguna, son configuradoras de una relación de naturaleza laboral, por concurrir los requisitos previstos en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la

presunción de laboralidad recogida en el art. 8 del propio Texto legal. Sin que obste a ello el hecho de que la demandante hubiera suscrito con la demandada un contrato de arrendamiento de servicios, pues la naturaleza jurídica de un contrato no depende de la denominación que las partes le atribuyan sino de las circunstancias que lo configuren; o lo que es lo mismo, los contratos son lo que son y no lo que las partes digan. A ello debe añadirse que, como se afirma en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, la actora fue contratada para ocupar el puesto de don J.J.T.F., habiéndose calificado la relación de éste con la empresa demandada como laboral, a pesar de existir contrato mercantil entre ambos, prestando éstos sus servicios bajo las mismas condiciones. El nombrado Sr. J.J.T.F., como se recoge en el hecho probado séptimo de la sentencia recurrida realizaba las mismas funciones que los redactores de plantilla.

Por lo expuesto procede rechazar la censura jurídica a que el motivo se contrae.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal que el que precede, se construye el segundo de los motivos dedicados al examen del derecho aplicado, por entender que se ha infringido el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina que interpreta el cómputo del expresado (sic) plazo. Aduciendo, sustancialmente, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1998, que aún suponiendo que se está en presencia de un despido tácito, la acción está caducada, sin necesidad de modificar los hechos declarados probados; siendo revelador, dice la recurrente, lo acaecido el día 8 de agosto de 2001 -a ello se hará referencia a continuación-, aclarando la recurrente que existe un pequeño error en el párrafo, ya que la persona mencionada no es jefe de informativos sino director regional de "T.V.E., S.A.", en Galicia, si bien esto no reviste trascendencia; estimando la recurrente que todas las indicaciones llevan a la conclusión de la existencia de un despido verbal, el cual se apuntala con una de las frases posteriores en donde se refleja "...y que aunque así se lo solicitó la actora, no le iba a comunicar nada por escrito..."

La decisión de esta cuestión plantea en el motivo requiere partir de los datos reflejados en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida y que son: "En fecha 15.03.01 la demandada envía escrito a la acto-

ra recordándole la necesidad de que las cláusulas del contrato de arrendamiento de servicios se cumplan en sus propios términos; si bien la misma continuó trabajando con las condiciones anteriormente descritas. Dicha orden también se realizó de forma genérica para todas aquellas mercantiles que venían prestando servicios para "R.T.E., S.A.". El 08.08.01 se personó en el centro de trabajo don J.O.R., Jefe de Informativos, y encontrando en él a la actora le comunica que no puede permanecer en las instalaciones, invitando a comer a la actora y explicando el porqué de dicha decisión, comentándole que estaba disgustado por las denuncias presentadas, y que, aunque así se lo solicitó la actora, no le iba a comunicar nada por escrito, manifestando la actora que iba a formular la correspondiente denuncia. Los días 9 y 10 de agosto nuevamente la actora acudió a las instalaciones de "R.T.E., S.A." en Vigo y nuevamente fue expulsada por J.O.R., el cual envió carta en fecha 24.08.01, recordándole que las cláusulas del contrato de arrendamiento de servicios suscrito debían de ser cumplidas en sus justos términos. A partir de ese día la demandada no encargó a la actora trabajo alguno"; poniéndolos en relación con lo afirmado en el hecho probado sexto de que "Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 05.09.01, la misma tuvo lugar en fecha 08.09.01 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda la actora el 18.09.01. Los días 15 y 16 de agosto tienen el carácter de festivos en esta localidad". Con estos datos, la consecuencia jurídica de ellos derivada no puede ser otra que la mantenida en la sentencia de instancia, ya que el despido de la actora se ha producido el día 24 de agosto de 2001, fecha en que se le envió carta recordándole que las cláusulas del contrato de arrendamiento de servicios suscrito debían ser cumplidas en sus justos términos, y a partir de dicho día, la demandada no encargó a la actora trabajo alguno. Y si la papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación ha sido presentada el día 5 de septiembre siguiente, celebrándose el preceptivo acto el día 8 del mismo mes, con el resultado de sin avenencia, y siendo presentada la demanda que rige los autos el día 18 del repetido mes de septiembre; efectuado el cómputo correspondiente, el resultado que se obtiene es el de que el escrito rector de la controversia ha sido presentado dentro del plazo de veinte días fijado en el precepto legal que invoca la parte recurrente; de ahí que no pueda apre-

ciarse la caducidad de la acción que por ésta se invoca, ni, por tanto, la infracción legal que en el motivo se denuncia.

CUARTO.- Con la misma cobertura procesal que el inmediato anterior, se articula el tercero de los motivos dedicados al examen del derecho aplicado, en que se denuncia aplicación indebida del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que lo interpreta; así como la existencia de incongruencia en la sentencia; por estimar, primordialmente, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 2001, que el sustento de la tesis del juzgador de instancia de despido nulo, coloca a la recurrente en una situación de indefensión; por lo que entiende que, sin necesidad de variar los hechos, ha quedado perfectamente acreditada la desconexión de la medida con las reclamaciones, que es lo que, al fin y a la postre se denuncia en la demanda, en la que de forma clara y precisa se centra la discriminación en el hecho cuarto, señalando que ante las denuncias formuladas en los últimos meses por algunos trabajadores, le prohibió entrar en el centro de trabajo de Vigo; y con invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1998, con transcripción parcial de sus argumentaciones, manifiesta que ha acudido al acto del juicio con la necesidad de demostrar que la prohibición de que acudiesen a los centros de trabajo, como si fuesen trabajadores de empresas que tenían contratos mercantiles, era anterior a las reclamaciones y habían sido cursadas ya desde Madrid para toda España, y así lo demostró como lo ponen de manifiesto las cartas remitidas ya desde febrero de 2001 -folio 45-, ordenando el seguimiento riguroso de los Directores, pero la sentencia, ante tal evidencia, opta por salir por un hecho que en la demanda, ni tan siquiera es alegado y que no es otro que el de que es más riguroso el control, desde las denuncias; insiste en la existencia de indefensión al aludir el fundamento jurídico de la sentencia al despido de un trabajador de la empresa, al que entiende que ésta sustituyó, y este argumento, dice la recurrente, ni tan siquiera es invocado en el hecho cuarto de la demanda; y termina manifestando que se vuelve a infringir la doctrina del Tribunal Constitucional, acerca de la prueba de los despido nulos, cuando consta al folio 45 que en febrero de 2001, cuando los hechos que se especifican en el hecho cuarto de la demanda no se habían producido, ni sabía si se producirían, la orden de la empresa era seguimiento y control riguroso,

con lo que no entiende como se puede cuestionar nada, al haber quedado acreditada la desconexión entre el control riguroso y las denuncias.

De la lectura del hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, ni de la argumentación del fundamento de derecho cuarto de la propia resolución, en cuanto recoge afirmaciones de hechos, no se desprende situación alguna que pueda fundamentar la declaración de nulidad del despido litigioso; ya que la manifestación del Sr. J.O.R. de que estaba disgustado por las denuncias presentadas, en modo alguno puede servir de apoyatura a dicha calificación. Siendo de resaltar que la demandante, como se recoge en el hecho probado quinto, presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo el día 18 de septiembre de 2001, fecha ésta posterior a la del despido, procediendo aquélla, el día 25 del mismo mes, a levantar acta de liquidación de cuotas, concluyendo que la relación existente entre las partes es de carácter laboral. Además, no debe olvidarse que con fecha 15 de marzo de 2001, la demandada envió escrito a la actora recordándole la necesidad de que las cláusulas del contrato de arrendamiento de servicios se cumplan en su propios términos. Dicha orden también se realizó de forma genérica para todas aquellas mercantiles que venían prestando servicios por la demandada. Tampoco debe olvidarse que la demandante, como se afirma en el hecho probado primero de la sentencia recurrida constituyó a medio de escritura de fecha 24.02.00 sociedad limitada de socio único, denominada "P.C., S.L.", cuyo objeto social es el de búsqueda, elaboración y creación de productos periodísticos. El capital social es de 500.000 pts y los bienes aportados los siguientes: una enciclopedia, un vídeo y una radio, con fecha 22.03.00 la actora suscribe con la demandada contrato de arrendamiento de servicios, teniendo por objeto la elaboración de noticias y la realización de reportajes generadas en Vigo y su zona de influencia, estableciendo que el prestatario del servicio se compromete a realizarlo con sus propios medios, y que todos los derechos de explotación sobre las noticias corresponden a "R.T.E., S.A." en exclusiva. Dicho contrato y la constitución de la S.L. se realizaron, a instancias de la demandada, para sustituir a don J.J.T.F., el cual venía prestando servicios como redactor en el Centro Territorial de Vigo, y que fue despedido el 06.02.00. En definitiva, el despido litigioso

debe ser calificado como improcedente, en aplicación de lo normado en los arts. 55.4, in fine, del Estatuto de los Trabajadores y 108.1, párrafo segundo, de la Ley Adjetiva Laboral, y con las consecuencias previstas en los art. 56 del citado Estatuto y 110 de la invocada Ley de Trámites. Y esta calificación, aunque no postulada explícitamente por la empresa recurrente, si habrá de entenderse hecha de modo implícito, al cuestionar, impugnándola, en el motivo la declaración de nulidad del despido, y sin olvidar que la declaración de improcedencia del despido se postula, con carácter subsidiario en el escrito de demanda. Debiendo puntualizarse que la calificación del despido es facultad del juzgador, como lo pone de manifiesto la clara dicción del art. 108.1, párrafo primero de la Ley de Procedimiento Laboral, al disponer que en el fallo de la sentencia, el juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo; por lo que se está en presencia de una cuestión netamente jurídica, que no está subordinada al principio de rogación, ni sujeta a la disponibilidad de las partes sino que, por el contrario, está vinculada a los principios: "da mihi factum, dabo tibi ius" y "iura novit curia"; de ahí que no precise de una previa petición de las partes litigantes; pudiendo el juzgador, con independencia de lo postulado, atribuir al despido el calificativo que legalmente sea procedentes. Debe, pues, compartirse la censura a que el motivo se contrae, en cuanto la misma combate la declaración de nulidad del despido; declaración ésta que debe sustituirse del modo que queda indicado.

SEXTO.- Con el mismo apoyo procesal que el que precede, se construye el cuarto, y último, de los motivos del recurso, en el que se denuncia vulneración del art. 61.3 del Convenio Colectivo, así como el art. 64, en donde se recogen los pluses de disponibilidad; argumentando que el precepto primeiramente citado, en sus apartados b) y c) exige dos requisitos para acceder al máximo nivel económico, que es el 1, llevar seis años como fijo en el mismo nivel y superar cuatro pruebas en ese tiempo, y ni lo uno ni lo otro concurren en el caso, en que se atribuye en la demanda una antigüedad de 22 de marzo de 2000, y viene recogido en el hecho primero de la demanda; y en cuanto a la disponibilidad, repasando los cuadros, la actora hace un horario perfectamente normal, sin alteraciones constantes, ni su trabajo requiere estar disponible las veinticuatro

horas. El reproche no puede aceptarse al haberse rechazado la revisión, postulada por la recurrente, de suprimir del hecho probado octavo, en el que se señala que la demandante viene realizando las funciones propias de redactora, nivel económico I, ascendiendo el salario prorrateado de dicha categoría a 418.155 ptas. Debiendo, por ello, tenerse en cuenta esta retribución a efectos de cálculo de la indemnización y salarios de tramitación, correspondientes a la declaración de improcedencia del despido.

SÉPTIMO.- Por todo lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso, revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, dictar un nuevo pronunciamiento que declare la improcedencia del despido, dando acogida a la petición subsidiaria formulada en el escrito de demanda, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando parcialmente al recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de "R.T.E., S.A.", contra la sentencia de fecha doce de noviembre de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número cuatro de Vigo, en proceso promovido por doña M.I.G.C., frente a la recurrente, con revocación de la misma y estimando la demanda, en su petición subsidiaria, declaramos improcedente el despido de la actora, condenando a la demandada, a que, a su elección, en el plazo de cinco días, desde la notificación de la presente resolución, opte entre readmitir a la demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o a que le abone una indemnización por importe de cinco mil seiscientos cincuenta y cuatro euros con cuarenta y un céntimos (novecientas cuarenta mil ochocientas quince pesetas) con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la actual resolución, a razón de ochenta y tres euros con setenta y siete céntimos diarios (trece mil novecientas treinta y ocho pesetas) y que hasta el día de hoy ascienden a quince mil seiscientos sesenta y cuatro euros con ochenta y dos céntimos (dos millones seiscientas seis mil cuatrocientas seis pesetas); en el supuesto de no optar, se entiende que procede la readmisión. Hágase devolución a la recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir. Sin imposición de costas.

3347 Recurso nº 110/02

S.S. CONFLICTO COLECTIVO QUE AFECTA NO ÁMBITO DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA. COMPETENCIA FUNCIONAL DO TSX DE GALICIA.

Ponente: Ilmo. Don Ricardo Ron Curiel

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

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 110/02, interpuesto por don J.C.A., en su condición de presidente del Comité de Empresa de "T.E., S.A.U." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 3 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 822/01 se presentó demanda por don J.C.A., en su condición de presidente del Comité de Empresa de "T.E., S.A.U.", en reclamación de Conflicto Colectivo, siendo demandado el "T.E., S.A.U.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha catorce de noviembre de dos mil uno por el Juzgado de referencia que declara la incompetencia de ese Juzgado.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- En las distintas Comisiones de Gestión de "T.E., S.A.U." (Órgano de reunión entre la representación del Comité de empresa -RT- y la representación de la Dirección de empresa -RE- celebradas durante el año 2001, la Representación de los trabajadores han solicitado a la representación de la empresa la recuperación del día 17 de mayo (Festivo recuperable), en base a la prolongación de Jornada, informándole la empresa en todas y cada una de las reuniones que tal punto no era negociable y que le venía impuesto desde Madrid y que el referido día se debe recuperar con el día de fiesta local, con un día de vacaciones.../ Segundo.- La representación de los trabajadores, ante la

negativa de la empresa a negociar, y ante la imprecisión de las medidas a adoptar por la empresa en relación con la festividad del 17 de mayo de 2001, en fecha 7 de mayo de 2001, insta la iniciación del procedimiento de conciliación ante el Servicio de solución de conflictos del "Consello Galego de Relacións Laborais"./ Tercero.- En fecha 14 de mayo de 2001, se emite resolución por el Servicio de Solución de Conflictos del "Consello Gallego de R. Laborais" en el que se trasmite a la representación de los trabajadores, la contestación emitida por el Gerente de Recursos Humanos de Galicia - Asturias, que reproducimos textualmente./ "...No nos es posible conciliar en el procedimiento extrajudicial que se ha iniciado por parte de nuestro comité de empresa de Ourense./ El criterio establecido a nivel nacional para recuperar festividades como el 17 de mayo, es hacerlo con días completos, de acuerdo con las normas siguientes:/ .- A cambio de una libranza, cuando el empleado tenga esa posibilidad (si realiza guardias en sábados, domingos o festivos)./ .- A cambio de un día de asuntos propios./ .- A Cambio de no disfrutar 7 horas y media de la reducción de jornada de 10 horas, por la fiesta local. (Esta posibilidad no existe si la fiesta local coincide con el periodo vacacional del trabajador)./ Si en algún caso, no fuera posible adoptar ninguna de estas fórmulas, por haber disfrutado ya de los días de asuntos propios, no tener posibilidad de libranzas o estar de vacaciones durante la fiesta local, el jefe inmediato lo pondrá en conocimiento de esta oficina de RR.HH., y se adoptará otra fórmula que haga viable la recuperación (días adicionales de vacaciones, etc)./ El día 17 de mayo los puestos de trabajo permanecerán cerrados, salvo aquellos en los que sea necesaria la atención por personal de guardia, los cuales no necesitarán recuperar la festividad y por lo tanto no librarán la guardia"./ Cuarto.- La empresa está encuadrada en el sector de Telecomunicaciones./ Quinto.- con fecha 08.10.2001 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que estimando la excepción alegada de incompetencia de jurisdicción de este Juzgado debo declarar y declaro la incompetencia de este Juzgado de lo Social para el enjuiciamiento y fallo de la pretensión formulada en la demanda, al corresponder dicha competencia a la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ante la

que podrán plantear la pretensión formulada en la demanda rectora de este proceso”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se remitieron al Ministerio Fiscal, siendo devueltos por éste con el preceptivo informe, en el que señala que la competencia corresponde a esta Sala de lo Social del T.S.J.G.; acordándose seguidamente el pase de los autos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada y declara la incompetencia del juzgado para el enjuiciamiento y fallo de la pretensión formulada en la demanda, al corresponder dicha competencia a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia ante la que podrán plantear la pretensión formulada en la demanda rectora del proceso. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación procesal del demandante, la que construye el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral interesando la modificación del hecho probado primero, proponiendo la siguiente redacción: “En las distintas comisiones de gestión de Telefónica de la provincia de Ourense (Órgano de reunión.....”. No se accede a ello por ser la adición irrelevante, en absoluto, para calificar y resolver la problemática planteada en el recurso.

SEGUNDO.- En el segundo, y último, de los motivos, bajo el título de infracción del derecho aplicado -sin cita de norma procesal de apoyatura-, se alega que existe infracción del art. 7 de la Ley Procesal Laboral, por considerar que la competencia para conocer del conflicto colectivo planteado corresponde al Juzgado de lo Social de Ourense, por estimar que el conflicto surgió en la provincia de Ourense, al no llegar a un acuerdo la representación de los trabajadores -comité de empresa- con la representación de la empresa, en cuanto a la forma de recuperación de la festividad del 17 de mayo en la provincia de Ourense, y al producirse el conflicto en un ámbito inferior al de la comunidad autónoma de Galicia, debe ser conocido por el órganos judicial competente en el ámbito de afectación del mismo; y termina manifestando que correspondió a la parte demandada en este proceso, probar que los efectos del conflicto se extenderían más allá de la provincia de

Ourense y que en las otras provincias gallegas surgieron en las comisiones de gestión, la misma problemática que en la provincia de Ourense, pero bien pudiera haberse llegado a distintos acuerdos en cuanto a la forma de repercusión de la festividad del 17 de mayo.

Cierto es que el objeto procesal, como regla general, queda determinado por la pretensión inicial, deducida en el escrito inicial de la controversia, en aplicación del principio dispositivo que rige el proceso, con las modificaciones que, en su caso, puedan producirse al establecerse debidamente la relación jurídico-procesal, pero no es menos veraz que aquella facultad quiebra cuando en el ejercicio de la acción se pretende obtener un pronunciamiento cuyo alcance personal y territorial rebasa ampliamente los límites trazados en el escrito promotor del debate. Y en el caso que ahora se resuelve al pretenderse la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la injustificación de la medida adoptada por la empresa, en relación con la recuperación de la festividad del 17 de mayo (Día das Letras Galegas) de 2001 y que se declare la obligación de la empresa a establecer que la recuperación de dicha festividad se realice de forma que los trabajadores recuperen la misma en base a una prolongación de la jornada diaria respetando en todo caso el máximo legal establecido en el Estatuto de los Trabajadores y en la normativa laboral de Telefónica, o subsidiariamente se obligue a la empresa a seguir las causas reglamentarias de negociación e información, con las consecuencias legales inherentes a tales declaraciones, es evidente que la temática litigiosa tiene un ámbito personal y territorial mucho más amplio que el señalado en el escrito de demanda, ya que afecta a todo el personal de Telefónica que presta servicios en la Comunidad Autónoma gallega. No pudiendo, por ello, circunscribirse el ámbito del conflicto a los límites personales y territoriales fijados por la parte demandante-recurrente -personal de la empresa que presta servicios en la provincia de Ourense-, incluso la propia parte recurrente viene a admitirlo en la parte final de sus alegatos vertidos en el recurso; por lo que al producirse los efectos del conflicto fuera de la circunscripción del juzgado de instancia, se está en el caso de apreciar la incompetencia funcional del mencionado órgano judicial, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 75.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 7.a) en relación con el 2, letra l) y 10, letra h) de la Ley de Procedimiento Laboral; aplicación normativa que habrá de

conducir a rechazar la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con desestimación de éste a dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de don J.C.A., en su condición de presidente del Comité de Empresa de "T.E., S.A.U.", contra la sentencia de fecha catorce de noviembre de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de los de Ourense, en proceso de Conflicto Colectivo promovido por el recurrente frente a la empresa "T.E., S.A.U.", debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3348 Recurso nº 8/2000

S.S. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. FALLA DE LEXITIMACIÓN PARA NEGOCIAR. INDEBIDA CONSTITUCIÓN DA COMISIÓN NEGOCIADORA.

Ponente: Ilmo. Don José Elías López Paz

A Coruña, a cuatro de marzo de dos mil dos.

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. 8/2000 a instancia de la UNION GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (UGT), representada y asistida por el Letrado don P.B.L., contras las demandadas SINDICATO NACIONAL DE CC.OO.; la CONFEDERACION INTERSIDNICAL GALEGA (CIG), CONFEDERACION DE EMPRESARIOS DE GALICIA, que no comparecen pese a estar citadas en legal forma, ASOCIACION GALEGA DE EMPRESA AUXILIARES DE LA RESIDENCIA DE LA TERCERA EDAD (ASEARTE), en cuya representación comparece el letrado don F.C.G., según poder que obra en autos, por el MINISTERIO FISCAL comparece el Ilmo. Sr. J.L.C.S., siendo

el objeto de la reclamación IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 4 de julio de 2000, se recibió en esta Sala demanda de Impugnación de Convenio Colectivo formulada por la UNION GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.), contra las demandadas antes ya mencionadas, en la que suplicaba se dicte sentencia por la que se declare la estimación del contenido del presente escrito, proceda a anular en su dimensión estatutaria el convenio colectivo y se ordena la publicación de la sentencia anulatoria, condenando a las demandadas a estar y pasar por tal declaración, habiendo recaído Sentencia de esta Sala de fecha 13 de septiembre de dos mil, casada y anulada por otra del Tribunal Supremo de fecha 25 de septiembre de 2001, que decretó la nulidad de actuaciones desde la admisión de la demanda, a fin de que se subsanase un defecto de citación a la demandada ASEARTE.

SEGUNDO.- Se convocó de nuevo a las partes a juicio para el día 7 de febrero del corriente, con la asistencia de la parte actora que ratificó su demanda; y de la demandada ASEARTE, no compareciendo el resto de los demandados a pesar de constar citados en legal forma, recibido el juicio a prueba, por ambas partes se propuso Documental, que declarada pertinente se unieron los documentos a los autos aportados a tal fin, y además, por la citada Asociación se propuso prueba testifical, no proponiéndose prueba alguna por el MINISTERIO FISCAL; seguidamente las partes hicieron uso de la palabra para conclusiones, insistiendo en sus peticiones respectivas.

TERCERO.- Con suspensión del plazo para dictar Sentencia, y como diligencia para mejor proveer, se acordó reiterar a la Dirección General de Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia, la prueba documental que se había solicitado en oficio de fecha 31 de enero de 2002.

CUARTO.- Con fecha 13 de febrero de 2002, se dio cuenta de la recepción en este Tribunal de la documental requerida a dicho Organismo, de la que se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, a fin de que pudieran efectuar las alegaciones que estimasen convenientes en el plazo de cinco días. Únicamente el Sindicato demandante presentó en la Secretaría de este Tribunal, dentro del plazo hábil para ello, escrito de alegaciones, quedando el

juicio visto a efectos de votación y fallo el día 28 de febrero de dos mil dos.

De todo lo actuado en juicio se DECLARAN PROBADOS:

1º).- Por resolución de 10 de septiembre de 1999, de la Dirección Xeral de Relacións Laborais, se acordó la inscripción en el Registro y la publicación en el Diario Oficial de Galicia, del primer Convenio Colectivo para el personal dependiente de empresas auxiliares de asilos, residencias y centros de la Tercera Edad de Galicia.

El texto del Convenio Colectivo fue publicado en el citado Diario Oficial de esta CC.AA. de Galicia, correspondiente al 24 de noviembre de 1999.

2º).- Según su art. 1º, dicho Convenio Colectivo extiende su ámbito territorial y funcional a todo el personal y a las empresas que se dediquen a la prestación de servicios auxiliares para las Residencias de la Tercera Edad del territorio de la CC.AA. de Galicia.

El art. 2º, respecto del ámbito personal del Convenio, dispone que están incluidos en su ámbito de aplicación todos los trabajadores y trabajadoras dependientes de las empresas descritas en el artículo anterior.

3º).- Con fecha 8 de julio de 1999 tuvo entrada en el Registro de la Dirección General de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia escrito de doña C.S.B., en el que, actuando en nombre y representación de la Mesa de Negociación del Primer Convenio Colectivo para el personal dependiente de Empresas Auxiliares de Asilos, Residencias y Centros de la Tercera Edad de Galicia, solicita la inscripción del citado Convenio en el Registro de Convenios, su Depósito en el Servicio correspondiente y su publicación en el Diario Oficial de Galicia. Consta también reunión celebrada el día 21 de agosto de 1999, con el fin de establecer las bases de negociación de un Convenio para las empresas Auxiliares contratadas por los titulares de Residencias de la Tercera Edad, actuando por la parte empresarial los representantes de la ASEARTE, y por la parte sindical representantes legales del Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia. Haciéndose constar que las dos partes negociadoras indicadas se reconocían la capacidad legal y representativa bastante para negociar, y en otro escrito de fecha 25 de agosto de 1999, entre otros extremos, se faculta a la citada doña C.S.B., representante del Sindicato Nacio-

nal de Comisiones Obreras de Galicia, para que realice los trámites oportunos para su registro y publicación en el Diario Oficial de Galicia del texto del Convenio negociado.

4º).- Según certificación emitida por la Subdirección Xeral de Traballo da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Xunta de Galicia, en las oficinas Públicas de Rexistro, Depósito e Publicidade de la CC.AA. de Galicia, constan 25 representantes legales elegidos en las empresas del sector de "acogida de anciáns con aloxamento" a fecha 31 de diciembre de 1999, ostentando los distintos sindicatos los siguientes índices de representatividad:

	A CORUÑA LUGO OURENSE PONTEVEDRA			
TOTAL				
UGT	----	9	----	9
CC.OO.	----	1	1	3
CIG	----	----	1	1
USO	1	----	----	1
CSI-CSIF	----	----	10	10
NON SIND	----	----	1	1
TOTAIS	1	10	11	25

5º).- En los archivos del Organismo referido en el ordinal anterior (Subdirección Xeral de Traballo), consta que la Asociación Empresarial negociadora del Convenio presentó sus Estatutos para su depósito en fecha 16 de julio de 1999.

No consta acreditado el número total de empresas que agrupa dicha Asociación, ni el número de trabajadores que ocupen en el sector, en el territorio de esta CC.AA.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El Sindicato demandante, Unión General de Trabajadores (UGT-Galicia), formula demanda en materia de impugnación de convenio colectivo, dirigida contra el Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, la Asociación de Empresas ASEARTE, contra la Confederación de Empresarios de Galicia y contra la Confederación Intersindical Galega (CIG); solicitando de esta Sala que se dicte sentencia por la que se proceda a anular en su dimensión estatutaria el Convenio Colectivo al que se hace referencia en el relato que antecede. A dicha pretensión uno de los sindicatos demandados (CIG) que compareció al primer juicio

se allanó a la misma, el Sindicato CC.OO. no ha comparecido a ninguna de las vistas, y el Ministerio Fiscal –que es parte siempre en estos procesos– art. 163.4 de la LPL–, solicitó en conclusiones la estimación de la demanda. Por tanto la oposición a la citada pretensión viene constituida solamente por la Asociación demandada

La cuestión que se suscita en esta “litis” es dilucidar si el Convenio Colectivo referido debe ser anulado, por no reunir la parte empresarial y sindical que negociaron el acuerdo la capacidad o representación que imponen los artículos 87.2.b) y nº 3 y el art. 88.1 ambos del ET.

La STS de 5 de octubre de 1995 (RJ 1995, 8.667), reiterando doctrina jurisprudencial anterior recogida en la sentencia de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8.932), o la más reciente de 25 de mayo de 1996 (RJ 1996, Ar. 4.674), se refieren al nivel de representatividad que deben ostentar las partes negociadoras de un convenio de conformidad con los arts. 87 y 88 del ET.

El art. 87 del ET establece las condiciones y requisitos que se han de cumplir a los efectos de la legitimación para negociar los convenios colectivos regulares o estatutarios, el número 2.b) de este art. se refiere a los requisitos que han de reunir los sindicatos, estableciéndose que han de tener “la consideración de más representativos a nivel de CC.AA., respecto de los convenios que no trascienden de dicho ámbito territorial, así como, y en sus respectivos ámbitos, los entes sindicales afiliados, federados o confederados a los mismos”, y en el núm. 3 de este mismo art. 87 se determinan los requisitos que han de reunir las asociaciones empresariales, cuando se trata de negociar convenio de ámbito superior a la empresa, señalándose que las asociaciones empresariales han de contar en el ámbito geográfico y funcional del convenio “el diez por cien de los empresarios... y siempre que estos den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados”, si bien a nivel de CC.AA. la Disposición Adicional 6ª del ET exige un mínimo del 15%.

Así pues, según los números 2.b) y 3 del citado art. 87 del ET, en convenios de CC.AA., están legitimados los sindicatos más representativos de ésta, es decir, los que en dicho ámbito posean al menos el 15% de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los Comités de Empresa, y por parte empresarial, aquellas asociacio-

nes empresariales que en el ámbito del convenio cuenten con el 15% de los empresarios afectados, quienes, a su vez, deben emplear al menos a igual porcentaje de trabajadores.

Además de esta legitimación inicial, como se denomina por la jurisprudencia, también es preciso contar con la también llamada “legitimación plena o negociadora”, a la que alude el art. 88 del ET. Este precepto estatutario establece los niveles de representatividad y demás requisitos que han de observar los componentes de la comisión negociadora para que ésta quede válidamente constituida, exigiéndose por dicho precepto que los sindicatos han de representar como mínimo “a la mayoría absoluta de los miembros de los Comités de Empresa y delegados de personal, en su caso”, y las asociaciones empresariales han de representar a los empresarios que ocupen” a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio”. Consecuentemente, se puede concluir señalando que la válida negociación de un concreto convenio colectivo exige que las partes negociadoras posean capacidad para obligarse en la Comisión Negociadora en los términos del art. 88.1 del ET, si bien debe quedar claro que según señala la STS de 25.mayo.96 (RS 1996, Ar. 4.674). “Para poder formar parte de tal comisión negociadora es indispensable haber cumplido previamente los requisitos que previene el citado art. 87; es decir, la legitimación plena del art. 88.1 requiera la observancia previa, por cada entidad representativa interviniente, de las prescripciones que otorgan a éstos la legitimación inicial; es claro, por consiguiente, que la legitimación plena no elimina ni hace innecesaria la legitimación inicial, sino que, por el contrario, exige su concurrencia”.

SEGUNDO.- Teniendo en cuenta cuanto se deja expuesto en el precedente fundamento de derecho, proyectándolo sobre el relato de hecho probados, queda claro que en el supuesto enjuiciado ni la asociación patronal, ni la parte sindical que firmaron el convenio cuya impugnación se solicita, no cumplían con los requisitos precisos para ostentar la referida legitimación inicial. Según consta en el ordinal 4º de H.P., de los 25 representantes que constan elegidos, el Sindicato negociador únicamente cuenta con tres, y por lo que respecta a la asociación empresarial, al folio 52 de los autos obra documento según el cual, no existe constancia de su legal constitución, y en los autos no obra ningún elemento fáctico sobre el número de trabajadores que ocupa en el sector, ni el número

de empresas que agrupa; por todo ello, resulta evidente que ninguna de las partes negociadora que suscribieron el convenio, alcanzaban el límite legal exigido por el art. 87 del ET, y por tanto, carecían de la legitimación inicial precisa para llevar a cabo la negociación del mismo. Obviamente, y atendiendo a los anteriores datos sobre representatividad, dichas partes tampoco reunían la legitimación plena que exige el art. 88.1 del citado Estatuto, al no alcanzar, ni mucho menos, los niveles de representatividad exigidos por el citado artículo.

Además, y en relación con el requisito de la legal constitución de la Asociación demandada, el artículo 3 de la Ley 19/1977, de 1º de abril, sobre Regulación del Derecho de Asociación Sindical, dispone que las asociaciones constituidas al amparo de la presente Ley deberán depositar sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto, y que no adquirirán personalidad jurídica y plena capacidad de obrar hasta transcurridos veinte días desde el depósito de los estatutos; y según consta en el documento que obra al folio 41 de las actuaciones, resulta que la representante legal del Sindicato CC.OO., invocando facultad otorgada por la mesa negociadora del Convenio cuya impugnación se reclama, solicitó en fecha 8 de julio de 1999 el registro, depósito y publicación del mencionado Convenio, cuando realmente en dicha fecha la demandada ASEARTE, no había solicitado el depósito de sus Estatutos ante el Organismo correspondiente de la Xunta de Galicia, cosa que hizo en fecha 16 de julio de 1999 (folio 183 de las actuaciones), y por lo tanto no había adquirido personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, tal como exige el artículo 3 de la Ley 19/1977, anteriormente mencionada, no pudiendo actuar válidamente en esa supuesta negociación.

TERCERO.- Por otra parte, los promotores del convenio han actuado ignorando completamente el contenido del art. 89 del ET sobre el procedimiento a seguir en la elaboración del mismo. Y es que la representación –bien de trabajadores o bien de empresarios– que deseen promover un convenio colectivo, además de reunir las condiciones precisas para ser parte del mismo, deberá además cumplir con el trámite formal de cursar su iniciativa mediante comunicación escrita que ha de cumplir con los requisitos expresados en el art. 89 del citado Estatuto, y en el caso contemplado nada consta sobre esa comunicación inicial; y así, en el oficio remitido por la Dirección General de Relaciones Laborales de la

Xunta de Galicia, que obra al folio 204 de los autos, se hace constar que no existió comunicación a la Autoridad Laboral del inicio de negociaciones del Convenio cuya impugnación se pretende, incumpléndose así lo dispuesto en el citado artículo 89.1 del Estatuto de los Trabajadores, que obliga a remitir copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del Convenio.

En resumen, resulta evidente que el acuerdo alcanzado lo ha sido con clara vulneración de los preceptos mencionados, por lo que se ha de acoger favorablemente la pretensión deducida en la demanda y declarar la nulidad del convenio referido, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 164.3 de la LPL, deberá procederse a la publicación de la presente sentencia en el “Boletín Oficial” en el que se insertó el convenio que se anula.

Por todo ello,

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos la demanda interpuesta por la representación letrada del SINDICATO UNION GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.-Galicia) contra SINDICATO NACIONAL DE CC. OO., ASEARTE; CONFEDERACION EMPRESARIOS DE GALICIA Y CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) sobre IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO, debemos anular y anulamos en su dimensión estatutaria el primer Convenio Colectivo para el personal dependiente de empresas auxiliares de asilos, residencias y centros de la tercera edad de Galicia, publicado en el Diario Oficial de Galicia de fecha 24 de noviembre de 1999.

3349 Recurso nº 536/02

S.S. EXTINCIÓN DO CONTRATO POR INCUMPRIMENTO DO EMPRESARIO E DESPEDIMENTO: RELACIÓNS ENTRE AS DÚAS DEMANDAS INTERPOSTAS POLAS TRABALLADORAS.

Ponente: Ilmo. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a cinco de marzo de dos mil dos.

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 536/02 interpuesto por doña A.Q.C. y otras contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 787/01 y acumulados se presentó demanda por doña A.Q.C., doña M.N.R.F., doña M.C.G.S., doña M.P.L.G., doña M.I.C.G. y doña P.V.P. en reclamación de DESPIDO Y RESCISIÓN DE CONTRATO siendo demandado el “A.D., S.A.” y don M.S.P. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 29 de noviembre 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.- Doña A.Q.C., doña M.N.R.F., doña M.C.G.S., doña M.P.L.G., doña M.I.C.G. y doña P.V.P., vinieron prestando servicios para el empresario don M.S.P. (“C.M.”) con las antigüedades, categorías profesionales y salarios incluida prorrata de pagas extras, que se mencionan para cada una de ellas a continuación:

1.- A.Q.C.	11.01.01	Oficial costurera	122.014.- pts.
2.-M.N.R.F.	11.01.01	Oficial costurera	122.014.- pts.
3.-M.I.C.G.	11.01.01	Oficial costurera	122.014.- pts.
4.-P.V.P.	11.02.01	Oficial costurera	122.014.- pts.
5.-M.C.G.S.	12.02.01	Oficial costurera	122.014.-Pts.
6.-M.P.L.	11.01.01	Oficial costurera	122.014.- pts.

SEGUNDO.- La empresa codemandada don M.S.P. (“C.M.”) se dedica a la confección de prendas de vestir.- La Empresa “A.D., S.A.”, tiene por objeto social la adjudicación, venta y comercialización al por menor, importación y exportación de prendas confeccionadas, calzados, bolsos y complementos.- TERCERO.- El empresario codemandado don M.S.P. (“C.M.”) desde el inicio de su actividad se dedicó a la confección de prendas para la codemandada “A.D., S.A.” la cual se los entre-

ga cortados y supervisaba la confección de las prendas mediante una persona que periódicamente acudía al taller de confecciones C.M. y “A.D., S.A.” era el único cliente de don M.S.P.- CUARTO.- En fecha 11 de junio de 2001 entre “A.D., S.A.” y don M.S.P. se celebró por medio de documento privado un contrato por el que la primera empresa adelanta a la segunda 2.000.000 pts., I.V.A. incluido, estableciéndose en dicho documento, se establece la maquinaria obrante al anexo I por importe de 1.577.500 pts. como garantía del adelanto.- QUINTO.- Los días 17 y 18 de septiembre de 2001 permanecieron en el centro sin actividad, recriminándoles don M.S.P. el que continuaran allí. Por último tras aducir a la empresa el 19 de setiembre de 2001 descubren que la maquinaria y el mobiliario de taller ya no estaba, denunciando este hecho a la Guardia Civil. El centro desde el día 20 permanece cerrado.- SEXTO.- Las actoras no ostentan ni han ostentado cargo representativo alguno de los trabajadores.- SEPTIMO.- la empresa demandada no ha abonado a las actoras las mensualidades de abril/2001, julio, agosto, 19 días de setiembre y parte proporcional de la paga extraordinaria del mes de julio de 2001.- OCTAVO.- En fecha 6 de setiembre de 2001, las actoras: doña A.Q.C., doña M.N.R.F. y doña M.I.C.G., presentaron papeleta ante el S.M.A.C. de Rescisión de contrato, celebrándose el acto de conciliación en fecha 20 de setiembre de 2001 con resultado “Sin Avenencia”, presentando demanda las actoras ante el Juzgado de lo Social Decano el 8 de octubre de 2001.- NOVENO.- En fecha 8 de octubre de 2001, las actoras doña P.V.P., doña M.C.G.S. y doña M.P.L.G., presentaron papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. por Rescisión de contrato, celebrándose el acto en fecha 23 de octubre de 2001, con resultado “Sin efecto”, presentando demanda las actoras ante el Juzgado de lo social Decano el 23 de octubre de 2001.- DECIMO.- En fecha 17 e octubre de 2001 se celebró acto de Conciliación ante el S.M.A.C. con resultado “Sin Efecto” presentando las actoras demanda por Despido ante el Juzgado de lo Social Decano en fecha 17 de octubre de 2001.-“

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: A) Que estimando en parte la demanda formulada por las actoras doña A.Q.C., doña M.N.R.F. y doña M.I.C.G. contra el empresario don M.S.P. y la empresa “A.D., S.A.” debo declarar y declaro extinguida la relación laboral que les unía con el empresario

don M.S.P., condenando a este a que les abone en concepto de Indemnización la cantidad de CIENTO SESENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y UNA PESETAS (163.141, pts) a doña A.Q.C.; la cantidad de CIENTO SESENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y UNA PESETAS (163.141 pts) a doña M.N.R.F. y la cantidad de CIENTO SESENTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y UNA PESETAS (163.141pts) a doña M.I.C.G. absolviendo a la empresa "A.D., S.A.", de dichas demandas.- B) Que estimando en parte la demanda formulada por doña P.V.P., doña M.C.G.S. y doña M.P.L.G. contra el don M.S.P. y la empresa "A.D., S.A." debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de que fueron objeto dichas trabajadoras, declarando extinguida la relación laboral que les unía con el empresario don M.S.P., condenando a este a que le abone a doña P.V.P., la cantidad de CIENTO VEINTISIETE MIL NOVECIENTAS OCHENTA Y UNA PESETAS (127.981 pts) en concepto de Indemnización y la cantidad de DOSCIENTAS NOVENTA Y UNA MIL CUATROCIENTAS CUARENTA PESETAS (291.440 pts) en concepto de Salarios de Tramitación; a doña M.C.G.S. la cantidad de CIENTO DIEZ MIL SEISCIENTAS CINCUENTA PESETAS (110.650 pts), en concepto de Indemnización y la cantidad de CIENTO DIEZ MIL SEISCIENTAS CINCUENTA PESETAS (110.650 pts) en concepto de Salarios de Tramitación y a doña M.P.L.G., la cantidad de CIENTO VEINTISIETE MIL NOVECIENTAS OCHENTA Y UNA PESETAS (127.981 pts) en concepto de Indemnización y la cantidad de DOSCIENTAS NOVENTA Y UNA MIL CUATROCIENTAS CUARENTA PESETAS (291.440 pts) en concepto de Salarios de Tramitación, con absolución de las presentes demandas a la empresa "A.D., S.A."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia -que, entre otros extremos, declaró extinguida la relación laboral, que unía a las demandantes doña A.Q.C., doña M.N.R.F. y doña M.I.C.G., con el empresario don M.S.P., condenando a éste a que les abone, en concepto de indemnización, las cantidades que se señalan; y desestimó la acción de despido, también ejercitada por las mismas contra el

mencionado empresario, con base en que presentaron la papeleta de conciliación, con relación a la extinción de la relación laboral, antes de producirse el despido-, formulan las demandantes citadas recurso de suplicación, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por aplicación errónea, de los artículos 50, en relación con el 49 j), del ET, y 14 de la Constitución, pues entienden que existió, con relación a ellas, un despido improcedente, que ha de llevar las consecuencias jurídicas establecidas para éste, y no una extinción de las respectivas relaciones laborales, por voluntad del trabajador.

SEGUNDO.- La Sala, a la vista de la doctrina jurisprudencial, surgida al resolver casos parecidos al que se analiza -que incide en que no existe la perfecta identidad, que sería necesaria, para acoger la excepción de litispendencia, entre las acciones de resolución del contrato a instancia del trabajador (artículo 50 ET) y de despido (artículo 54 del mismo Cuerpo legal), pues, en la primera, el trabajador imputa un incumplimiento contractual al empresario, del que pretende derivar una declaración de extinción indemnizada de su contrato, declaración que tiene carácter constitutivo, de modo que la extinción contractual se produce, siempre que el contrato esté vigente, en el momento mismo en que se dicta la resolución que la acuerda, y no procede si el contrato se hubiera extinguido antes por cualquiera otra de las causas previstas en el artículo 49; y, por el contrario, en la acción por despido, el trabajador acciona frente al empresario que decidió, por acto de propio imperio, la extinción del contrato, imputándole, en el supuesto del disciplinario, una infracción contractual, postulándose la declaración de ilegalidad de la extinción ya acordada por el empresario, y debiendo el Tribunal decidir sobre su procedencia, pronunciándose sobre la existencia de la infracción imputada al actor y el que su gravedad sea determinante de la imposición de la sanción de despido; que, en el primero de los litigios, se enjuicia la conducta del empresario, en el segundo la del trabajador, y, además, el carácter constitutivo de la sentencia, que acuerda la extinción a instancia del trabajador, hace posible que éste sea despedido durante el curso de las actuaciones, despido éste que será procedente si comete cualquier tipo de infracción con gravedad suficiente para legitimar tal medida ..., y que ello exige que el trabajador despedido pueda ejercitar las acciones propias del despido, con

independencia de las derivadas del imputado incumplimiento empresarial, y que, de no ejercitarlas haya de sufrir las consecuencias de su pasividad; que tal concurrencia de acciones ha venido produciendo problemas complejos y, para resolverlos, a partir de la LPL de 1990, se ha legalizado el ejercicio conjunto de las mismas (artículo 32 de la Ley procesal) ...; que, no siendo los mismos hechos a enjuiciar, no existe óbice para que pueda y deba resolverse el pleito por despido ...; que no produce el efecto de enervar la segunda acción el que en el primero de los pleitos se hayan decidido cuestiones (como antigüedad, salario o naturaleza común o especial de la relación laboral), que son decisivos también en el incoado con posterioridad; que, en su caso, operará el efecto de la cosa juzgada positiva, en virtud de la cual, las declaraciones efectuadas en el pleito antecedente han de surtir efecto en el posterior ... (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2.000, etc.); llega a las siguientes conclusiones con relación al recurso planteado: a) que, al haber ejercitado las recurrentes, en primer lugar, una acción de extinción de la relación laboral, al amparo de lo dispuesto en el artículo 50 del ET, de la que, en ningún momento, desistieron, debe respetarse lo que, con relación a ella, decidió el Juzgador de instancia; b) que, como lo anterior no es obstáculo para que pueda entrarse a conocer en la acción de despido, debe de tenerse también en cuenta este extremo por la Sala, para acordar -una vez que el despido fue declarado improcedente, sin haber sido ello atacado, con relación a las restantes actoras, por la misma conducta empresarial-, lo necesario para resolver adecuadamente respecto a su situación; c) que ello debe concretarse, toda vez que prospera su acción de extinción de la relación contractual, que tenían con el empresario don M.S.P., con abono de las cantidades, que, con relación a cada una de ellas se señalan, en concepto de indemnización; y toda vez igualmente, que, no obstante haber sido improcedentemente despedidas antes de que recayese la sentencia declarando la extinción, no puede aplicárseles en su integridad, lo dispuesto en el artículo 56.1 del TRLPL; porque la opción del empresario a que se refiere, ya no cabe, dado que dichas relaciones laborales quedan extinguidas; en acordar que se les abonen los salarios de tramitación, previstos en el apartado b) del mismo -una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del mismo-; y d) que, por

lo tanto, procede acoger, en parte, el recurso planteado.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación en parte del recurso de suplicación, planteado doña A.Q.C., doña M.N.R.F. y doña M.I.C.G., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Ourense, en fecha 29 de noviembre de 2001; debemos revocar y revocamos el fallo de la misma exclusivamente en el extremo de condenar, igualmente, a don M.S.P. a abonar a cada una de las recurrentes citadas, en concepto de salarios de tramitación, una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia declarando la improcedencia del despido; y debemos confirmarlo y lo confirmamos en lo restante.

3350 Recurso nº 494/02

S.S. PERSOAL SANITARIO NON FACULTATIVO EVENTUAL Ó SERVICIO DO SERGAS. CESAMENTO POLO REMATE DO PRAZO.

Ponente: Ilmo. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a seis de marzo de dos mil dos.

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. 494/02, interpuesto por doña C.F.L. 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 C.F.L. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y doña M.A.T.F., en su día se celebró acto de vista, habiéndose

dictado en autos núm. 418/01 sentencia con fecha 7 de setembro 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.- La demandante doña C.F.L. ha venido prestando servicios como personal laboral, por cuenta y orden del Servicio Gallego de Salud, con destino en el Complejo Hospitalario A.M.-N.S. de Ferrol, con una antigüedad de 04.12.00, con la categoría profesional de Técnico Especialista de Radiodiagnóstico percibiendo un salario de 195.000 ptas. incluida prorrata de pagas extras.- SEGUNDO.- En el servicio de Radiodiagnóstico del Complejo Hospitalario A.M.-N.S. como consecuencia de concurso oposición convocado por Resolución de 28.12.98, DOG nº 9 de 15 de enero de 1999 y resuelto el 09.10.00, cesó con fecha 30.10.00, en la categoría de TER, a doña M.A.T.F., que venía desempeñando con el carácter de vinculación temporal interina una plaza en Centro Hospitalario tomando posesión de una plaza de dicha categoría en propiedad en el Hospital J.C.- Posteriormente, al citado cese por renuncia, en fecha 03.10.00 concurriendo necesidades asistenciales que requieren la cobertura de la citada plaza vacante y de conformidad de la Resolución de la División de Recursos Humanos del SERGAS, de fecha 22.10.92, se inician los trámites en orden a la provisión, con carácter temporal, de la citada plaza, en régimen de comisión de servicios, de carácter voluntario, a favor de la Técnico Especialista en Radiodiagnóstico doña M.A.T.F.- TERCERO.- Las relaciones jurídicas entre la demandante doña C.F.L. y el Organismo demandado se articularon en base a las siguientes modalidades: I.- Nombramiento de personal sanitario no facultativo eventual fuera del cuadro de personal, modalidad acumulación de tareas por insuficiencia de personal con duración desde el 06.11.00 hasta el 30.11.00.- II.- Nombramiento de personal sanitario no facultativo eventual fuera del cuadro de personal, modalidad acumulación de tareas por insuficiencia de personal con duración 04.12.00 hasta el 31.12.00. Dicho nombramiento se prorrogó un mes más desde el 01.01.01 hasta el 31.01.01, nuevamente prorrogado otro mes más desde 01.02.01 a 28.02.01, nuevamente prorrogado por otro mes más desde 01.03.01 a 31.03.01, nuevamente prorrogado por otro mes más de 01.04.01 a 30.04.01 y nuevamente prorrogado otra vez más desde 01.05.01 a 31.05.01.- CUARTO.- La demandante cesó en el desempeño de las funciones

como TER en fecha 31.05.01 al no renovársele el nombramiento por haberse cumplido el período de duración máximo para dicho nombramiento de seis meses en cómputo anual.- QUINTO.- El Hospital afectado con posterioridad al cese y con anterioridad a la tramitación de la Comisión de Servicios solicita por la codemandada doña M.A.T.F. no solicitó de la División de Recursos Humanos del SERGAS autorización para la cobertura de la plaza vacante con personal interino.- SEXTO.- La codemandada doña M.A.T.F. ostenta la categoría de TER como personal sanitario estatutario con plaza en propiedad en el complejo Hospitalario J.C. en La Coruña. En fecha 03.11.00 la codemandada doña M.A.T.F. solicitó una comisión de servicio por un período de seis meses para pasar de su Centro de destino Hospital J.C. de La Coruña al Complejo A.M.-N.S. de Ferrol.- SÉPTIMO.- En fecha 03.05.01 la Dirección Provincial del SERGAS, dictó la resolución por la cual se acordó conceder doña M.A.T.F., Técnico Especialista de Radiodiagnóstico con plaza en propiedad en el Complejo Hospitalario J.C. de La Coruña, una comisión de servicios por un período de seis meses, para pasar a prestar sus servicios en el Complejo Hospitalario A.M. de Ferrol.- Durante el tiempo que dure esta comisión, el interesado percibirá sus retribuciones con cargo a la institución de destino, sin que tenga derecho al percibo de dietas, gastos de traslado, ni ningún otro cargo para el Servicio Gallego de Salud.- OCTAVO.- La demandante agotó la preceptiva reclamación administrativa previa ante el SERGAS en fecha 14.06.01".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, con confirmación de la decisión extintiva realizada por el SERGAS en fecha 31.05.01 debo desestimar y desestimo la demanda deducida por doña C.F.L. contra el SERGAS y doña M.A.T.F., en reclamación de IMPUGNACIÓN DE CESE, absolviendo íntegramente a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra en el escrito rector del 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, después de confirmar la decisión extintiva

realizada por el SERGAS en fecha 31.05.01, desestima la demanda, absolviendo a los demandados, SERGAS y doña M.A.T.F., de las pretensiones deducidas en su contra en el escrito rector del procedimiento. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación letrada de la demandante; construyéndolo a través de un solo motivo de Suplicación, en el que al amparo del art. 191. c) de la Ley de Procedimiento Laboral, achaca a la resolución que impugna infracción, por no aplicación, del art. 7.4 de la Ley 30/99, de 5 de octubre de Selección y Provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud; el art. 13 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de abril de 1973, que aprueba el Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, y el art. 2º.A de la Orden 01.07.97 de la Consejería de Sanidade e Servicos Sociais, por la que se reglamentan las modalidades de formalización del vínculo del personal temporal de instituciones sanitarias gestionadas por el Servicio Galego de la Salud, con las modificaciones introducidas por la Orden de 22.03.00 de la citada Consellería y jurisprudencia del Tribunal Supremo; por estimar (con cita de la sentencia del mencionado Alto Tribunal-Sala 4ª, de 4 abril de 2001, de la que transcribe: "...la calificación como interino o eventual no viene determinada por el nombramiento de la entidad gestor, sino por la naturaleza de la plaza desempeñada...", esencialmente, que la plaza que venía ocupando la recurrente lo era en virtud de un nombramiento de interinidad por vacante y no el de carácter eventual, puesto que la codemandada doña M.A.T.F., cesó con fecha 30.10.00 en la vacante que, como interina y en el Servicio de Radiodiagnóstico, ocupaba en el Complejo Hospitalario A.M.-N.S. por tomar posesión de una plaza en el Hospital J.C.

SEGUNDO.- Del incombato relato histórico de la sentencia recurrida, son de destacar los datos siguientes: A) La demandante fue nombrada personal sanitario no facultativo fuera del cuadro de personal, modalidad de acumulación de tareas por insuficiencia de personal, como Técnico Especialista de Radiodiagnóstico, con destino en el Complejo Hospitalario A.M.-N.S., con duración desde el 6 al 30 de noviembre de 2000. B) Con el mismo carácter fue nombrada para el periodo 4 a 31 de diciembre siguiente.. Este nombramiento fue prorrogado mes a mes y durante periodos mensuales los días 1 de enero, 1 de febrero, 1 de marzo, 1 de abril y 1 de mayo de 2001,

siendo los nombramientos por los días de cada uno de los meses indicado. C) La demandante cesó en el desempeño de las funciones como Técnico Especialista de Radiodiagnóstico, el 31 de mayo al no renovársele el nombramiento, por haberse cumplido los periodos de duración máximo para dicho nombramiento, seis meses en cómputo anual. D) La codemandada doña M.A.T.F. ostenta la categoría de Técnico Especialista de Radiodiagnóstico, como personal estatutario con plaza en propiedad en el Complejo J.C. en La Coruña, solicitó una comisión de servicio por un periodo de seis meses para pasar de su centro de destino al Complejo A.M.-N.S. de Ferrol, que le fue concedida el 3 de mayo de 2001 por la Dirección Provincial del SERGAS. La nombrada codemandada cesó, con fecha 30 de octubre de 2000 en la categoría de Técnico Especialista de Radiodiagnóstico, que venía desempeñando con el carácter de vinculación temporal interina una plaza en el Servicio de Radiodiagnóstico del Complejo Hospitalario A.M.-N.S.. Posteriormente al citado cese por renuncia, se inician los trámites para la provisión, con carácter temporal de la citada plaza, en régimen de comisión de servicios, de carácter voluntario, a favor de la antes nombrada codemandada.

Fijada, del modo que queda indicado, la situación sometida a debate, resta ahora determinar si el cese de la actora es nulo, como por la misma se postula; o si, por el contrario, se acomoda a derecho, por ajustarse a las causas y requisitos válidamente consignados en los nombramiento que vincularon a la demandante-recurrente con el codemandado Servicio Galicia de Saúde, como se proclama en la sentencia recurrida. La disyuntiva habrá de resolverse optando en favor de la tesis que mantiene el "iudex a quo", ya que si la actora-recurrente ha sido nombrada con carácter eventual, como personal sanitario no facultativo, fuera del cuadro de personal, en la modalidad de acumulación de tareas, por insuficiencia de personal con la categoría profesional de Técnico Especialista de Radiodiagnóstico, es evidente que estaba vinculada al Servicio demandado a través de un nombramiento temporal de sustitución, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7, números 3 y 5, de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, en relación con el último párrafo del citado número 5, de la misma Ley, en cuanto preceptúa que se acordará el cese del eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento.

miento Y habiendo finalizado el plazo señalada en la última prórroga de su nombramiento el día 31 de mayo de 2001 (la prórroga se había acordado el día 1 de dicho mes por un periodo de treinta y un días); habiendo acordado el Servicio demandado el cese de la actora al no renovarle el nombramiento, por haberse cumplido el período de duración máximo para dicho nombramiento de seis meses en cómputo anual. Es de notar que el cese la actora ha sido consecuencia, tanto de la terminación del periodo de vigencia de su nombramiento, como por haberse cumplido el periodo de duración máximo para dicho nombramiento, en cómputo anual; limitación temporal ésta que, por cierto, no recoge la citada Ley 30/1999, sino en la Orden de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales de la Xunta de Galicia de 22.03.00 -art. único, letra C), último párrafo. Pero es que, el cese de la demandante-recurrente vendría impuesto por el nombramiento de la codemandada doña M.A.T.F. (con plaza en propiedad el Complejo Hospitalario J.C. de La Coruña) en comisión de servicio por un periodo de seis meses, para pasar a prestar sus servicios en el Complejo Hospitalario A.M. de Ferrol. Finalmente, es de resaltar que aunque el nombramiento de la actora que recurre adoleciera de la irregularidad que denuncia, la misma no produciría el efecto jurídica que se postula en la demanda; sin olvidar que el nombramiento para plaza vacante no requiere que el nombramiento lo sea con el objeto de ocuparla hasta su cobertura, en forma reglamentaria, o se amortice, ya que puede serlo por tiempo determinado, debido a la necesidad de asistencia, derivada de la propia vacante; es decir, la plaza puede ser cubierta con nombramiento eventual cuando se trate de la prestación de servicios de carácter coyuntural a extraordinario. En definitiva, resulta evidente que no se está en presencia de un cese nulo, como pretende la recurrente, sino ante un supuesto de extinción del vínculo contractual, por haberse cumplido la condición resolutoria en el mismo establecida, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo último, del número 5 del art. 7 de la antes citada Ley 30/1999 -no debe olvidarse que en los nombramientos y prórrogas de la demandante (folios 15 a 21 de los autos), se hace constar como causa de finalización la del vencimiento del plazo que expresamente se determina.

TERCERO.- Lo que queda expuesto habrá de conducir a rechazar las censuras, jurídicas y jurisprudenciales, que en el recurso se

dirigen a la sentencia de instancia y, en definitiva, a la desestimación del recurso y a dictar un pronunciamiento íntegramente confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de doña C.L.F., contra la sentencia de fecha siete de septiembre de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso por despido promovido por la recurrente frente al Servicio Galego de Saúde (SERGAS) y doña M.A.T.F., debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3351 Recurso nº 3.866/98

S.S. COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. RETORNO COOPERATIVO. VINCULADO Ó DESTINO QUE A ASSEMBLEA DECIDA DO EXCEDENTE COOPERATIVO. INEXISTENCIA DE FRAUDE DE LEI.

Ponente: Ilmo. Don Miguel A. Cadenas Sobreira

A Coruña, a siete de marzo de dos mil dos.

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. 3.866/98 interpuesto por don O.M.G. y "C.F., S.C." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don O.M.G. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado "C.F., S.C." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 63/98 sentencia con fecha veintinueve de abril de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

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

“1º.- El demandante prestó sus servicios como socio-trabajador par la Cooperativa demandada desde el día 12 de abril de 1996 hasta el 6 de marzo de 1997 en que causó baja voluntaria. Esta baja voluntaria fue declarada no justificada por el Consejo Rector de la Cooperativa en reunión celebrada el día 6 de junio de 1997./2º.- El día 25 de marzo de 1997 el Consejo Rector formuló las Cuentas Anuales y la propuesta de distribución de los excedentes correspondientes al año 1996, los cuales fueron aprobados en la misma fecha por la Asamblea General. La distribución del excedente cooperativo con un importe de 7.875.015 pesetas se hizo de la siguiente forma: 20 % (1.575.501 pesetas) al Fondo de Reserva Obligatorio; 10 % (787.501 pesetas) al Fondo de Educación y Promoción y el resto, una vez descontados los impuestos, a un Fondo Voluntario (4.980.890 pesetas)./3º.- El demandante aportó a la Cooperativa demandada el día 28 de febrero de 1996 la cantidad de 50.000 pesetas en concepto de aportación obligatoria al capital social, y los días 18 de abril y 17 de junio del mismo año 1996 realizó sendas aportaciones voluntarias por importe de 5.000 pesetas cada una de ellas./4º.- El salario base percibido por el actor en el mes anterior al cese ascendió a la cantidad de 63.770 pesetas./5º.- El día 21 de noviembre de 1997 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación en virtud de papeleta presentada el día 4 del mismo mes. Dicho acto concluyó sin avenencia.”

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

“FALLO: Estimo parcialmente la demanda formulada por don O.M.G. contra la empresa “C.F., S.C.” y, en consecuencia, condeno a la demandada a que abone al actor la cantidad de 149.994 (ciento cuarenta y nueve mil novecientas noventa y cuatro pesetas), de ellas, 89.994 pesetas en concepto de partes proporcionales de las pagas de julio y Navidad de 1997 y 60.000 pesetas, en concepto de reintegro del capital social; al mismo tiempo, absuelvo a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por ambas partes siendo impugnado de contrario. Eleva-

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de Instancia estima parcialmente la demanda y condena a “C.F., S.C.” a que abone al actor 149.994 pesetas., de ellas 89.994 pesetas en concepto de p/p de las pagas de julio y Navidad de 1997 y 60.000 ptas. en concepto de reintegro del capital social. Recurre de la misma el demandante en solicitud de que se revoque para que se condene a abonarle 648.083 ptas., de ellas 89.994 pesetas en concepto de p/p de las pagas de Navidad y julio/97, 60.000 ptas. en concepto de reintegro del capital social y 498.089 pesetas en concepto de retorno cooperativo, a cuyo efecto y al amparo del art. 191 b) y c) L.P.L. interesa una adición al H.P. 6º y denuncia la infracción del art. 85.2 c) Ley G. de Cooperativas en relación con los arts. 11 f) y 58.2 c) Estatutos de la Cooperativa.

Asimismo, recurre “C.F., S.C.” interesando se revoque la sentencia desestimando la demanda o condenándola a abonar 92.516 ptas. (32.516 ptas. por p/p de paga de julio/97 y 60.000 ptas. por reintegro del capital social, reintegro a devolver en plazo no superior a 5 años), a cuyo efecto y al amparo del art. 191 b) y c) L.P.L. pide adicionar un H.P. 6º, 7º y 8º (motivos 1º, 2º, y 3º) y denuncia infracción del art. 67 del C.C. de Sidero de 29.07.97 (motivo 4º) y del art. 80 Ley G. de Cooperativas y 55 de los Estatutos de “C.F., S.C.” (motivo 5º).

SEGUNDO.- Interesa el demandante se declare como nuevo H.P., el 6º, lo siguiente:

“El fondo voluntario de 4.980.890 pesetas se constituyó para mantener el nivel de solvencia de la cooperativa, pues es conocida la voluntad de algún socio de abandonar la cooperativa, y además se aprobó en fecha 5 de junio de 1997, abonar a todos los socios trabajadores una bolsa de estudios en cuantía de 50.000 pesetas cada uno, independientemente del número de hijos escolarizados y en fecha 1 de diciembre de 1997, se aprobó cobrar una nómina de diciembre de valor elevado y hacer una cena para todos los socios trabajadores de la cooperativa”.

Invocándose al efecto las actas de la Cooperativa de 25.03, 05.06 y 01.12.97, que obran a los folios oportunos del libro de actas,

procede declarar probado, en un nuevo H.P. 6º, lo solicitado sin perjuicio de integrarlo en el contexto completo de los acuerdos adoptados a que se refiere la revisión en sus respectivas fechas y con la puntualización, por la vinculación que tiene con la revisión, de que no constan impugnaciones respecto de los mismos, como se indica por Cogalzo al impugnar el recurso del actor.

TERCERO.- Pide a su vez “C.F., S.C.” en su recurso se declare como nuevo H.P. lo siguiente:

“En octubre de 1996 la Asamblea General de la Cooperativa toma, por unanimidad, los siguientes acuerdos:

1º.- Suspender las relaciones laborales de la Cooperativa, con la consecuencia inmediata de la paralización en la emisión de Anticipos laborales, basándose esta decisión en la situación irregular e inestable de trabajo en la comarca y en que la Cooperativa fundamenta su viabilidad en las subcontratas que recibe de las empresas representativas de la zona, las cuales se encuentran también afectadas por la mencionada inestabilidad, lo que provoca una carga de trabajo mínima, impidiendo así cualquier subcontratación.

2º.- que la referida medida afecte a la totalidad de los socios-trabajadores de “C.F., S.C.”, entre los que, en aquella fecha, se encontraba el ahora demandante.

3º.- Que la duración de la suspensión fuese desde el uno de noviembre de 1996 hasta el veintiocho de febrero de 1997.

4º.- Presentar expediente de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral, con el fin de obtener su conformidad con la suspensión, a efectos de reconocimiento de situaciones legales de desempleo de los socios trabajadores”.

Alegándose al efecto las correspondientes actas de la Asamblea General de la Cooperativa, a la vista de tal documental procede la incorporación de lo solicitado a los H.D.P., como 7º, si bien con el añadido de que no aparece siendo llevado finalmente a cabo el expediente de regulación de empleo solicitado, reconociendo “C.F., S.C.” al impugnar el recurso del actor que aquel quedó paralizado en dic. 96.

CUARTO.- Pide asimismo “C.F., S.C.” que como nuevo H.P. se declare lo siguiente:

“No se procedió por parte del demandante a la impugnación de ninguno de los Acuerdos en su día adoptados válidamente por el Consejo Rector y por la Asamblea General de la Cooperativa demandada, pese a tener conocimiento de los mismos, como lo demuestra la ausencia de prueba de tal impugnación, o la ausencia de prueba de la necesidad de empleo de medios coactivos para tener acceso a los acuerdos tomados o, simplemente, los mismos datos obrantes en la papeleta de demanda”.

Procede meramente declarar como nuevo H.P., el 8º, que no consta impugnación de los acuerdos a que se alude, por ser lo que surge de lo invocado, siendo improcedente el resto que se pide, en su mayoría innecesario o conclusivo. Si bien incluso resulta propiamente innecesaria esta adición desde el momento en que en los H.D.P. ya nada se declara sobre impugnación alguna de los acuerdos del Consejo Rector y la Asamblea General por parte del actor.

QUINTO.- Finalmente, pide “C.F., S.C.” se adicione como nuevo H.P. lo siguiente:

“A lo largo del año 1997 el señor O.M.G. prestó sus servicios para la Cooperativa demandada exclusivamente desde el día primero de enero hasta el día 6 de marzo de 1997, fecha en que causa baja voluntaria”.

No procede la adición dado que sin invocarse prueba concreta alguna, al efecto, la prestación de servicios del actor en la Cooperativa hasta el 06.03.97 en que causó baja voluntaria aparece ya declarado en el H.P. 1º de la sentencia de instancia.

SEXTO.- El demandante pretende con la infracción normativa que denuncia al amparo del art. 191 c) L.P.L. (motivo 2º de su recurso) que además de las 89.994 pesetas que por p/p de las pagas de julio y Navidad de 1997 y otras 60.000 pesetas por reintegro del capital social, se le reconozcan otras 498.089 ptas. en concepto de retorno cooperativo, de donde sale el montante total de condena que interesa de 648.083 ptas.

La infracción que se denuncia no prospera por las siguientes consideraciones:

A) “C.F., S.C.”, en Asamblea General válidamente constituida el 25.03.97 para aprobar las cuentas del ejercicio de 1996, decidió aprobar el balance de 1996 y el destino del excedente cooperativo como se refleja en el

H.D.P. 2º, en concreto destinando el resto del mismo, una vez dedicado el 30 % para los Fondos obligatorios y descontado el impuesto de sociedades, a un Fondo Voluntario (por importe de 4.980.890 ptas.), vinculándose ello al mantenimiento del nivel de solvencia de la Cooperativa en los términos que se reflejan en el acta de la Asamblea.

B) La decisión dicha de la Asamblea General fue adoptada dentro del ámbito de sus competencias de conformidad con los estatutos y Ley G. de Cooperativas, vinculando a los socios; también en lo oportuno atañía al demandante dado que mantuvo la condición de socio en el ejercicio de 1996, que era el año cuyo balance aprobó la Asamblea General en la sesión dicha. Cuestión distinta es la posible impugnación de la decisión, que no aparece producida en momento alguno, por lo que ha de estarse a la misma en lo que aquí concierne.

C) Así pues, lo que acordó la Asamblea General fue el destino del excedente cooperativo de 1996, decidiendo, conforme la autorizaba el art. 57.3 de sus Estatutos ("Deducidos de los excedentes netos las dotaciones de los fondos obligatorios, ... los excedentes disponibles que resulten serán distribuidos conforme acuerde la Asamblea General en cada ejercicio económico, pudiendo aplicarlos discrecionalmente a los siguientes fines: a) A retorno cooperativo ... d) A incrementar el Fondo de Reserva Voluntario a que se refiere el art. 84 b) Ley G. de Cooperativas"), aplicarlo, deducidos de los excedentes netos las dotaciones de los Fondos Obligatorios (30 % al fondo de Reserva y al de Educ. y Promoción), no a retorno cooperativo sino a un Fondo de Reserva Voluntario, que de conformidad con el art. 84 b) L.G. Cooperativas, el que menciona aquel de los Estatutos, tendría carácter de irrepartible De esta manera, conforme a lo acordado en la Asamblea General, no hubo destinación de dinero a retorno cooperativo sino a constituir un Fondo de Reserva Voluntario y no cabe lo pretendido al amparo del retorno cooperativo y del art. 85. 2 c) alegado en el recurso y sus modos de hacer efectivo el mismo a los socios.

Y D) Las razones del acuerdo de la Asamblea General estuvieron, además, vinculadas a la situación de la Cooperativa, a mantener su nivel de solvencia, lo que no desvirtúa el que en la Asamblea se aludiese a la voluntad "de algún socio" de abandonar la

Cooperativa, vinculado en todo caso a lo anterior; máxime cuando constan dificultades económicas en la Cooperativa a finales de 1996, plasmadas en el acuerdo adoptado en octubre de 1996 en torno a las relaciones laborales y expediente de regulación de empleo presentado. Con este contexto, lo que se alega en el recurso resulta irrelevante, no justificándose intención de perjudicar al actor o fraude alguno o una disposición del Fondo en forma que incida en la pretensión del demandante, tratándose de decisiones adoptadas por los correspondientes órganos de la Cooperativa en la forma oportuna, y ello subyaciendo en el caso del actor los derechos derivados de una baja voluntaria calificada como no justificada, no liquidación de la Cooperativa.

Así pues, se rechaza el recurso interpuesto por el demandante.

SEPTIMO.- "C.F., S.C." argumenta en los dos motivos de recurso que articula al amparo del art. 191 c) L.P.L. que el actor, al haber trabajado solamente unos días correspondientes al primer semestre de 1997, no tiene derecho a p/p de paga extra de Navidad, sino solo a la prorrata de paga extra de julio de 1997, que asciende a 32.516 ptas., también sosteniendo que no cabe las mismas por otorgarse con ello a la Cooperativa tratamiento de sociedad de capital ... (motivo 4º); y que (motivo 5º) el plazo de reembolso es de 5 años dato que "habrá de hacerse constar igualmente en el fallo de la sentencia".

No prosperan los motivos:

A) Aparte que de aplicarse el Convenio Colectivo que se alega habría de hacerse en su totalidad y a todos los efectos, lo que plantea "C.F., S.C." al hilo de las pagas extras, al margen de que mantuviese una oposición genérica a la demanda, aparece como cuestión nueva por no planteada como tal, y en sus oportunos términos en la instancia; y así lo denuncia el actor al impugnar el recurso y lo pone de relieve la sentencia de instancia al decir en su fto. jurídico 2º que "... el demandante debe percibir la parte correspondiente de las pagas extras cuya cuantía concreta no fue discutida en el acto de juicio ...". Y es que, además de que la denuncia jurídica que se formula en el motivo 4º es exclusivamente del art. 67 del C.C. de Sidero, que prevé en todo caso el abono de pagas extras, lo cierto es que el trámite de Suplicación tiene naturaleza extraordinaria y en él solo tiene cabida - cuestiones de orden público aparte- el exa-

men de materias debidamente cuestionadas y planteadas y decididas en la instancia, de manera que no cabe invocar 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, 08.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 recientes– de 27.enero.00 R. 5.748/96, 02.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, 06.noviembre.00 R. 4.883/97, 06.noviembre.00 R. 4.283/00, 08.noviembre.00 R. 4.364/00, 22.noviembre.00 R. 4.868/00 y 14.diciembre.00 R. 4.192/99). Esto en unión del reconocimiento a las pagas extras en la instancia, la infracción jurídica que al efecto se formula y demás que se dejó dicho, conduce al rechazo del motivo 4º del recurso de “C.F., S.C.”.

B) En el Fto. jurídico 2º de la sentencia recurrida se dice que para el reembolso de la suma de 60.000 ptas. por reintegro del capital social la Cooperativa dispone de un plazo de hasta 5 años a partir de la fecha de la baja, con mención del art. 55.5 de los Estatutos. De este modo, no se hace preciso que en el fallo se explicita de nuevo lo que ya se indica en el fto. jurídico en torno a la condena que acuerda, que se hace en todo caso sometiendo el abono a sus condiciones legales correspondientes. Por lo tanto, no cabe apreciar la infracción que se denuncia en el motivo 5º del recurso de “C.F., S.C.”, que la propia parte traduce en incorporar al fallo que el reintegro de las 60.000 ptas. ha de ser devuelto en un plazo no superior a 5 años.

Se rechaza, pues, el recurso de “C.F., S.C.”.

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por don O.M.G. y por “C.F., S.C.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol de fecha 29.04.98 en autos nº 63/98 seguidos a instancias de don O.M.G. frente a la empresa “C.F., S.C.”, confirmamos la sentencia recurrida. Se imponen a “C.F., S.C.” las costas ocasionadas por su recurso, que abarcan la suma de 25.000 pesetas como honorarios del letrado del actor que lo impugnó. Y dese a los depósitos constituidos el destino legal.

3352 Recurso nº 3/02

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL. FIXACIÓN UNILATERAL POR PARTE DE EMPRESA DE DOUS NIVEIS PROFESIONAIS NAS CATEGORÍAS PROFESIONAIS PREVISTAS NO CONVENIO. NON CONTRAVENCIÓN DA LEGALIDADES.

Ponente: Ilmo. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a siete de marzo de dos mil dos.

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 3/02 a instancia Confederación Intersindical Galega (CIG), contra Empresa “S.C., S.A.”, siendo el objeto del litigio CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

1.- En fecha 8 de febrero de 2002, se presentó demanda de conflicto colectivo, por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) en la que, tras señalar que la empresa “S.C., S.A.”, desde marzo del año 2001, y en sus diferentes centros de trabajo de las cuatro provincias gallegas, en que realiza tareas de supervisión y control de vehículos, modificó unilateralmente la clasificación profesional, que venía aplicando, coincidente con la del Convenio Colectivo de Siderometalurgia de A Coruña, al crear dos niveles (nivel I y nivel II), dentro de las categorías de “Oficial 2º Inspector”, “Oficial 3º Auxiliar Mecánico” y “Oficial 2º Administrativo”; y que con ello infringió lo dispuesto en el artículo 22.1 del Estatuto de los Trabajadores, solicitó se dicte sentencia, por la que, estimando la demanda, se declare nula o improcedente la modificación unilateral habida en la clasificación profesional de la empresa y se deje sin efecto la duplicidad de niveles creada, y desapareciendo los respectivos niveles II.

2.- Admitida a trámite la demanda, se citó a las partes a comparecencia para el día

9 de febrero de 2002, en que tuvo lugar, con asistencia de las partes, ratificándose la demanda, oponiéndose a ella la demandada, aportando ambas partes prueba documental, no impugnada en ningún caso, que fue admitida; informando en conclusiones ambas partes, quedando concluido el acto y acordándose traer los autos a la vista para sentencia.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- A efectos de resolver adecuadamente la cuestión planteada - que se centra, exclusivamente, en determinar si, la empresa demandada, con la política salarial seguida, infringió o no lo dispuesto en el artículo 22.1 y 5 del ET-, se estima conveniente hacer constar, con carácter previo, por una parte, que, según se desprende del contenido del citado artículo 22 del ET, y del de los Acuerdos, a que llegaron en abril de 1997, las organizaciones sindicales y patronales más representativas, UGT y CC.OO, de un lado, y CEOE y CEPYME, de otro, entre otros extremos, sobre cobertura de vacíos de dicho artículo, la clasificación profesional, se realizará, mediante la negociación colectiva, o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en Grupos Profesionales, por interpretación y aplicación de los factores de valoración - para lo que se tendrán en cuenta los conocimientos, la experiencia, la iniciativa, la autonomía, la responsabilidad, el mando y la complejidad-, y por tareas y funciones básicas más representativas que desarrollen los trabajadores; encuadrándose en ellos a los que presten sus servicios en la empresa, en atención a sus aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y ponderando conjuntamente los mencionados factores; y estableciéndose el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo y la pertenencia a uno de los Grupos Profesionales, por acuerdo entre el trabajador y el empresario; y, por otra, que se estima probado -ya no sólo porque así resulta de la prueba documental practicada, sino porque lo reconocieron las partes-, que la empresa demandada, desde marzo de 2001, en todos sus centros de trabajo de la Comunidad Autónoma de Galicia, creó dos niveles salariales (I y II) dentro de las categorías de "Oficial 2ª Inspector", "Oficial 3ª Auxiliar Mecánico" y "Oficial 2ª Administrativo" (equivalentes, respectivamente, a las categorías de "Profesional de Oficial de 2ª", "Profe-

sional de Oficial de 3ª" y "Oficial 2ª de Personal de Administración", del Convenio Colectivo de Siderometalurgia de A Coruña, que es el que se viene aplicando); aunque, en todo caso, las cuantías de los niveles salariales aplicados fueron superiores a las fijadas en el Convenio.

SEGUNDO.- La Sala estima que, de lo anteriormente expuesto, resulta: a) que la fijación de dos niveles salariales, unilateralmente, por parte de la empresa, dentro de cada una de las categorías profesionales citadas, respetando siempre los señalados para cada una el Convenio, no constituye, en principio, modificación del sistema de clasificación profesional, que venía siendo aplicable, y, por lo tanto, no infringió con ello lo dispuesto en el artículo 22 del ET; y ello, porque, no se establecieron unos nuevos Grupos Profesionales, con aplicación de factores de valoración de conocimientos, experiencia, iniciativa, autonomía, responsabilidad, mando y complejidad, y de tareas y funciones más representativas a desarrollar; sino unos distintos niveles salariales, dentro de cada Grupo, para, respetando siempre el establecido en el Convenio, premiar la mayor o menor antigüedad en cada categoría profesional, y para, en este sentido, abonar un salario mayor a los que permanecían en cada una de ellas desde hacía un cierto tiempo, que a los recién llegados, por la vía de las nuevas contrataciones, o por la de ascenso voluntario de categoría en el ámbito de la promoción interna; b) que el hecho de que, por la Sala, se estime que la empresa no infringió, con su forma de actuar, lo dispuesto en el artículo 22 del ET, no significa que considere su conducta correcta, a todos los efectos, dado que el tema relativo a si lo fue o no, no cabe analizarlo en este concreto procedimiento y, en su caso, los interesados podrán intentar resolverlo por las vías de procedimiento, colectivo o individuales, adecuadas; y c) que, al estimarse que la empresa no incurrió en la concreta infracción del artículo 22.1 y 5 del ET, que le imputa la Entidad Sindical demandante, procede desestimar el escrito inicial.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación de la demanda, planteada por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), debemos absolver y absolveremos a la empresa "S.C., S.A.", de sus peticiones.

3353 Recurso nº 6.591/01

S.S. DESPEDIMIENTO. CAMBIO DE SENTIDO NA OPCIÓN COMO CONSECUENCIA DE LAUDO ARBITRAL QUE MODIFICABA SITUACIÓN INDIVIDUAIS DECIDIDAS XURISDICCIONALMENTE. LICITUDE.

Ponente: Ilmo. Don Antonio J. García Amor

A Coruña, a oito de marzo de dos mil dos.

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 6.591/01 interpuesto por “T.L.U., S.A.” contra el Auto del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, de 28.05.01 en autos nº 167/01 y acumulados, decidió: “Estimar la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por las codemandadas “G.C., S.A.” y “V., S.A.”, absolviendo a éstas de las pretensiones de la demanda. Asimismo, estimar la demanda interpuesta por don S.V.M., don J.D.D. y don J.L.G. contra la empresa “T.L.U., S.A.”, declaro la improcedencia del despido de que fueron objeto los actores, condeno a la empresa “T.L.U., S.A.”, a que readmita a los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, y a su elección a que abone a cada uno de los actores las siguientes cantidades: A don S.V.M. 2.683.135 ptas. A don J.D.D. 8.832.665 ptas. A don J.L.G. 8.794.278 ptas. sin abono de 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 a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entenderá que procede la primera”.

SEGUNDO.- El 29.05.01 se notificó la sentencia a “T.L.U., S.A.”.

Por escrito de 04.06.01, la empresa optó por la indemnización, que la providencia de igual fecha tuvo por ejercitada en tiempo y forma.

Por escrito de 04.06.01, anunció recurso de suplicación, que la providencia de igual fecha tuvo por anunciado en tiempo y forma.

Por escrito de 30.07.01, desistió del recurso respecto de los Sres. V.M. y D.D. y lo continuó respecto del Sr. L.G..

TERCERO.- Por escrito de 31.07.01, el Sr. L.G. solicitó del juzgado “...expedir los mandamientos oportunos, en el momento que proceda, para que el trabajador perciba las cantidades consignadas”.

Por escrito de 07.08.01, reiteró la anterior petición una vez se recibieran los autos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Por escrito de 17.08.01, “T.L.U., S.A.” solicitó del juzgado “...admitiéndose favorablemente el cambio de la opción ejercitada inicialmente a favor de la indemnización por la readmisión del trabajador posteriormente ejercitada, ordenándose se ponga a disposición de mi representada “T.L.U., S.A.” el aval en su día formalizado”.

CUARTO.- La providencia de 17.08.01 acordó citar a las partes a una vista incidental, que se celebró el 03.09.01.

Por auto de 04.09.01, el juzgado decidió: “Tener por ejercitado el cambio de opción inicial a favor de la indemnización, por la readmisión del trabajador don J.L.G.”.

El trabajador formuló reposición, que fue impugnada por la empresa.

Por auto de 16.10.01, el juzgado decidió: “Que estimando el recurso de reposición interpuesto contra el auto de fecha 4 de septiembre de 2001, se deja sin efecto la resolución recurrida”.

La empresa formula la actual suplicación, que es impugnada por el trabajador.

QUINTO.- Para poner fin a la huelga indefinida convocada por la Confederación Intersindical Galega (CIG) en la empresa, el 29.05.01 los representantes de “T.L.U., S.A.” y de CIG, en presencia de las representaciones de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, pactaron, entre otros particulares, lo siguiente: “7. Despidos. Se asume por las partes firmantes del presente acuerdo, el

arbitraje del Conselleiro de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda tanto con respecto a los despedidos como posibles readmitidos así como las indemnizaciones correspondientes. Dicho arbitraje deberá realizarse antes del próximo día 5 del próximo mes de junio”.

El 04.06.01 se pronunció laudo arbitral que, entre otros extremos, decidió: “Cuarto: Con respecto al resto de los trabajadores que no fueron citados anteriormente y sobre los cuales recayera sentencia declarando el despido improcedente, podrán ser readmitidos o indemnizados de acuerdo con lo resuelto por las sentencias recibidas”.

El 08.06.01 el árbitro aclaró, entre otros particulares, lo siguiente: “En lo que atañe al resto de los trabajadores, la empresa podrá optar, de acuerdo con lo resuelto por las sentencias, por la readmisión o por mantener la rescisión de la relación laboral. Sin embargo, en lo que atañe a la indemnización a percibir por los trabajadores que no se reincorporen a la empresa, se aplicará, en todo caso, la cuantía acordada por la CIG y la empresa “T.L.U., S.A.”, en la reunión del pasado día 29 de mayo de 2001”.

SEXTO.- En autos nº 426/2001 del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra y con relación al laudo señalado, el 27.07.01 los representantes de la empresa y de CIG manifestaron, entre otros extremos, lo siguiente: “Respecto del despido del Sr. L.G. se hace constar que la empresa optó dentro del procedimiento de despido por la indemnización del trabajador. No obstante, en ejecución del laudo contemplado en este procedimiento, procede a revocar su opción y, confirmando lo ya notificado al trabajador por burofax, optar por la readmisión. Como quiera que el Sr. L.G. no se halla presente, el sindicato actor se compromete a mediar frente al mismo para que acepte el cambio del sentido de opción y ello sin perjuicio de que la empresa, con apoyo del laudo, lo haga así constar expresamente en el procedimiento”, así como que “.....con el cumplimiento de lo aquí acordado queda transigido en su integridad el presente conflicto colectivo y cumplido el laudo en lo que respecta a acordar sobre despidos y readmisiones”.

El juzgado tuvo por conciliadas a las partes en los términos consignados.

SÉPTIMO.- La sentencia de esta Sala, de 27.09.01 en recurso de suplicación nº 3.881/2001, decidió: “Que con desestimación

del recurso de suplicación planteado por “T.L.U., S.A.”, contra la sentencia dictada por la Sra. Magistrado Juez de lo Social Sustituta nº 2 de Pontevedra, en fecha 28 de mayo de 2001, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma”.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- “T.L.U., S.A.” recurre en suplicación el auto de 16.10.2001 que, al estimar la reposición contra el de 04.09.01 formulada por el Sr. L.G., mantuvo vigente su opción por la indemnización derivada del despido improcedente de este trabajador, y solicita con amparo procesal correcto examinar el derecho que contiene aquella resolución, por entender que infringe los artículos 235 y 239.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), 7 LEC 1/2000 en relación con los artículos 1.255, 1.282 y 1.285 del Código Civil, 24 de la Constitución y 24.5 del Acuerdo Interprofesional Gallego de 04.03.92 (Procedimiento extrajudicial de solución de conflictos de trabajo), pues el laudo que puso fin al conflicto tuvo por objeto, a los presentes fines, obligarle a readmitir a siete trabajadores, algunos de cuyos despidos habían sido declarados procedentes en vía judicial, y permitirle optar entre readmitir e indemnizar respecto de los demás, lo que supone un punto de partida nuevo que desvincula a las partes de los actos previos al arbitraje que, además, presenta naturaleza de convenio colectivo, lo que supone pasar de la esfera procesal a la del acuerdo que permite cambiar el sentido de la opción realizada con anterioridad al mismo, y que luego fue conciliado en vía judicial.

SEGUNDO.- Con carácter previo, debemos resolver la causa de inadmisibilidad del presente recurso que el trabajador impugnante alega con cita del artículo 302 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) por entender que se trata de una ejecución provisional de sentencia, en cuyo ámbito sólo proceden los recursos de reposición y de súplica, pues el incidente sobre la modificación del derecho de opción tiene lugar cuando estaba pendiente la suplicación contra la sentencia que había declarado improcedente su despido, a consecuencia de la cual la empresa había elegido la indemnización.

El motivo no se acepta porque, como se deduce de los antecedentes fácticos de la presente resolución, el tema debatido (cambio del derecho de opción en despido improcedente) tiene origen en un pacto de las repre-

sentaciones empresarial y social que, aún firmado después de la sentencia que declaró la improcedencia del despido y antes de que hubiera sido confirmada en suplicación, en definitiva excede los límites del título ejecutivo y da lugar a cuestiones litigiosas como la actual que, por su naturaleza, deviene sustancial y, por elementales razones cronológicas, no fue controvertida en el pleito ni decidida en sentencia, lo cual permite el acceso al presente trámite según el artículo 189.2 LPL.

TERCERO.- Con base en el artículo 19 LEC, la jurisprudencia (aa. 11-1, 25.10.01) afirma que las partes pueden disponer válidamente del objeto del proceso en cualquier momento del mismo y que el acuerdo judicial de homologación procederá siempre que no se produzca en supuestos en los que la ley expresamente lo prohíba o lo limite. En relación con ello, dentro de la normativa laboral sólo existen dos preceptos que aparentemente podrían interferir en el acuerdo de homologación, los artículos 245 LPL y 3.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET), aunque el primero sólo se entiende referido a las sentencias firmes y el segundo sólo tiene un reconocimiento provisional en el marco de un litigio.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al presente caso lleva a admitir el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- El origen del derecho que afirma “T.L.U., S.A.” es el pacto de 29.05.01, suscrito con la representación de CIG, convocante exclusiva de la huelga indefinida en el ámbito de aquélla, y que determinó el laudo de 04.06.01, aclarado el 08.06.01, con virtualidad trascendente desde el 27.07.01, fecha de su homologación judicial.

2ª.- Mediante esas actuaciones, que empresa y sindicato llevaron a cabo en ejercicio legítimo de las facultades de representación y de negociación que legalmente tienen atribuidas (arts. 61, 82 y concordantes ET), con el objetivo esencial de poner fin a la huelga, de cuyo comité formaba parte el Sr. L.G., restablecieron sus relaciones y provocaron el nacimiento de una nueva situación empresarial y social, adoptando diversos acuerdos, uno de ellos relativo a las consecuencias de la declaración judicial del despido improcedente del trabajador señalado.

3ª.- Este contexto, en el que necesariamente prevalecen la paz social y los intereses colectivos sobre los particulares, es el que ha

presidir la resolución del tema discutido y su cumplimiento, así como el de otros principios que informan las relaciones jurídicas como los de buena fe o equidad, faculta a “T.L.U., S.A.” para, al igual que readmitió a algún trabajador e indemnizó a otro cuyos despidos fueron declarados procedentes en vía jurisdiccional, alterar la opción que había elegido respecto del despido improcedente del Sr. L.G., sobre todo si, cual acontece y con base en la homologación referida, había cambiado el signo de la opción previamente escogida antes de adquirir firmeza la sentencia que declaró la improcedencia de tal despido, por hallarse pendiente de la respectiva suplicación, y cual autoriza el art. 111.2 L.P.L.

CUARTO.- De acuerdo con el artículo 201 LPL, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de “T.L.U., S.A.” contra el auto del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, de 16 de octubre de 2001 en autos nº 167/01 y acumulados sobre despido, que revocamos, y declaramos el derecho de la empresa a readmitir, en lugar de indemnizar, al trabajador Sr. L.G. cuyo despido fue declarado improcedente en las actuaciones referidas.

3354

Recurso nº 618/02

S.S. CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO. FALLA E OCUPACIÓN EFECTIVA DO TRABALLADOR.

Ponente: Ilmo. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a oito de marzo de dos mil dos.

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. 618/02 interpuesto por “T.V.E., S.A.” y don

R.M.B. 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 don R.M.B. en reclamación de despido siendo demandado "T.V.E., S.A.", "M.G., S.L." y Ente Público Radio Televisión Española en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 627/01 sentencia con fecha catorce de noviembre 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 demandante don R.M.B., mayor de edad y con D.N.I. núm. ... suscribió diversos contratos de duración determinada por obra o servicio determinado desde el 01.12.97 con la mercantil "M.G., S.L.", como ayudante de redactor. El objeto de los contratos sucesivos era la correspondiente temporada de fútbol, pasando el actor a la situación de desempleo al final de cada temporada, y siendo contratado de nuevo para la siguiente. El último contrato suscrito lo fue en fecha 14.02.01 para la temporada de fútbol 2000/2001, extinguiéndose el 20.06.01, firmando el actor el correspondiente finiquito en dicha fecha. El salario mensual que percibía era de 175.000 ptas., incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. Dicho salario le era abonado por la referida mercantil. Segundo.- "M.G., S.L." y "T.V.E., S.A." suscribieron contrato de arrendamiento de servicios en fecha 30.04.97, teniendo por objeto el mencionado contrato el suministro por parte de "M.G., S.L." a TVE de reportajes y noticias de deportes generadas en la Comunidad Autónoma de Galicia. Tercero.- "M.G., S.L." fue constituida el 19.03.97 por don C.S.P. y don J.F.T., con un capital social de 500.000 ptas. El objeto social es el de productora de redactores de prensa, radio y televisión, servicio de información a medios de comunicación social. El domicilio social está sito en A Coruña, en el domicilio particular del Sr. C.S.P.. Casi el 100% de su facturación proviene de los trabajos realizados para TVE. Cuarto.- Dicha sociedad se creó para cubrir las noticias de deportes para TVE, Vigo, contratando al efecto al actor. La intervención de "M.G., S.L." con respecto al actor se limitaba a abonar mensualmente el sueldo, recibiendo el actor los encargos directamente de TVE, al igual que las indicaciones sobre la

línea informativa concreta a seguir etc., dotándolo al efecto de un teléfono móvil, utilizando el actor los medios de TVE para su trabajo, al igual que las instalaciones de TVE en Vigo, de las que tenía llave. Quinto.- A comienzos de agosto/01 dejó de asignarle tareas, incorporando a otra persona que pasó a realizar el trabajo del actor. El día 02.08.01 O.R., Director de TVE en Galicia, mantuvo una reunión con el actor, poniéndole en conocimiento que no podía entrar en las dependencias de la empresa, y encontrándolo de nuevo en las mismas los días 8 y 9 del referido mes, le volvió a insistir en la prohibición de no poder entrar ni permanecer en las referidas dependencias. En fecha 10.09.01 el actor volvió a intentar entrar en las dependencias, comunicándosele por parte del personal que tenía prohibida la entrada. Sexto.- Presentada papeleta de conciliación el 18.09.01, la misma tuvo lugar el 01.10.01, con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el 11.10.01. Séptimo.- En fecha 05.09.01 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC frente a TVE, S.A., Ente Público Radiotelevisión Española y "M.G., S.L." en reclamación de relación laboral indefinida y categoría profesional."

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

"FALLO: Que estimando la excepción de caducidad, se desestima la demanda interpuesta por don R.M.B. contra "T.V.E., S.A." y "M.G., S.L.", absolviendo a las mismas de las pretensiones en su contra deducidas, teniendo por desistida a la parte actora de su demanda frente al Ente Público Radiotelevisión Española."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren el actor, don R.M.B., y la codemandada "T.V.E., S.A.", la sentencia de instancia, que desestimó la demanda rectora de los autos por acoger la excepción de caducidad de la acción de despido ejercitada, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus respectivas pretensiones, para lo cual, comenzando por el recurso de la mercantil codemandada, primero en el tiempo, esta, con amparo en el art.

191.c) LPL, denuncia la infracción del art. 59.3 LET, argumentando que, debiendo ser resueltas previamente las excepciones a la cuestión de fondo, la resolución recurrida razona que existe una cesión ilegal del trabajador y luego acoge la excepción, entendiendo que no cabía efectuar el primer pronunciamiento y sí solamente el segundo.

En primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 448 NLEC L. 1/2000 “Contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley”, norma aplicable en la jurisdicción social con carácter supletorio según dispone la misma en su art. 4, y que con anterioridad establecía la LEC en su art. 1.691, en cuya interpretación las STS 4ª de 26.04.99 y las que cita de 17 de julio, 9 de octubre y 18 de noviembre de 1982, 13 de febrero de 1984, 18 de abril de 1985, 3 y 20 de marzo de 1987, 11 de abril de 1991 estableció que, “sólo deben de gozar de legitimación para interponer recursos contra las sentencias, los litigantes que hubieran resultado o podido resultar perjudicados por aquéllas, pues son los únicos que tienen interés legítimo, de modo que sólo el perjuicio genera interés”, de modo que se exigen dos requisitos para poder recurrir: haber sido parte en el pleito y posibles perjuicios derivados de la solución que se recurre, habiendo reconocido la doctrina como posible perjuicio legitimador del recurso los supuestos de: a) desestimación la excepción de incompetencia que le había sido alegada (sentencias de 2 y 18 de febrero de 1988 y 9 de abril de 1990), b) cuando la sentencia califica de laboral una relación a la que el demandado absuelto negaba esa naturaleza jurídica (sentencia de 28 de mayo de 1992), c) cuando recurre la parte contraria, para prevenir los efectos de la eventual prosperidad del recurso adverso (sentencias de 22 de julio de 1993 y 13 de octubre de 1996), mas en ningún caso se admite como perjuicio la subjetiva apreciación de unos posibles, pero lejanos y potenciales perjuicios (en el presente caso de índole administrativa), doctrina que aplicada al presente caso implica la desestimación del motivo pro falta de legitimación para recurrir.

En segundo lugar, y no obstante lo previamente indicado, el motivo no puede tener favorable acogida por cuanto, previamente a la decisión sobre la concurrencia de la excepción de caducidad, es requisito preciso que se declare tanto, la existencia de la relación laboral (de la cual resulta la compe-

tencia de este orden jurisdiccional), como la realidad del despido con sus circunstancias de: quien ha despedido, cuando y en que términos, por ello determinar que existe relación entre la recurrente y el actor, la causa de dicha relación (cesión ilegal de trabajadores), las circunstancias de la misma, no solo es objeto del debate sino que debe ser definido como sustento esencial del litigio, por ello no cabe (en presumible cobertura, de actuaciones inspectoras), evitar tal pronunciamiento en la resolución de instancia, por todo lo cual se desestima el motivo y en aplicación de lo dispuesto en el art. 233 LPL, se acuerda imponer al recurrente las costas del recurso, al tiempo que se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con lo dispuesto en el art. 202.4 LPL, lo que se llevará a efecto una vez firme la presente resolución.

SEGUNDO.- Por su parte el actor, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifiquen los ordinales 4º, 5º y se adicione de un ordinal 6º de modo que: A) El ordinal CUARTO reciba la siguiente redacción: Dicha sociedad se creó para cubrir las noticias de deportes para TVE y RNE en Vigo, contratando al efecto al actor. La intervención de “M.G., S.L.”: con respecto al actor se limitaba a abonar mensualmente el sueldo, recibiendo el actor los encargos directamente de TVE y RNE, al igual que las indicaciones sobre la línea informativa concreta a seguir, etc. , dotándolo al efecto de un teléfono móvil, utilizando las instalaciones de TVE y RNE en Vigo, hasta el punto de tener las llaves de la unidad Informativa de TVE en Vigo” ; cita en apoyo de su propuesta el documento obrante en autos al folio 310-.

La modificación que se pretende consiste en introducir en el ordinal la presencia de RNE, pues lo demás consta en el propio hecho con claridad suficiente, lo cual no es admisible por cuanto el documento que se cita (f. 310) es una oferta de colaboración emitida por RNE al actor, mas no puede deducirse de ello las consecuencias que la parte pretende vinculando dicha oferta con la utilización de los medios e instalaciones de “T.V.E., S.A.”, máxime cuando RNE no fue demandada y se desistió de la demanda frente al Ente público Radio Televisión Española, en consecuencia se mantiene dicho ordinal en la versión judicial.

B) Para que el ordinal QUINTO, reciba la siguiente redacción, El Directo de la Unidad Informativa mantuvo una conversación

con el actor a principios de agosto y le dijo que había que regularizar su situación siendo recomendable que prestara sus servicios fuera de las instalaciones de TVE. El viernes 7 de septiembre de 2001 el Director del Centro Territorial colocó en el tablón de anuncios del Centro una lista en la que constaban los nombres de las personas que podían acceder a las instalaciones del Centro Territorial. En la citada lista no aparecía el nombre del actor, por lo que el día 10 de septiembre lunes, cuando el actor intentó acceder a las instalaciones de TVE no se le permitió. Cita en apoyo de su propuesta los documentos obrantes en autos a los folios 64 y 226.

No se admite la modificación por cuanto, si bien aparece una “Nota Interior” con una relación de trabajadores, entre los que no se encuentra el actor, que pueden tener acceso a las instalaciones de la Unidad informativa de TVE en Vigo, en el mismo ordinal ya consta que al actor no se le permitió el acceso el día 10 de septiembre, pero también constan otros datos, que no resultan desvirtuados por los documentos que se citan en apoyo de la propuesta, tales como que el día dos de agosto el Director de TVE tuvo una reunión con el actor indicándole que no podía entrar en las dependencias, y que los días ocho y nueve de dicho mes, se le insistió en dicho extremo, datos que pretende eliminar del relato fáctico, sin prueba documental suficiente, por lo que se mantiene la versión judicial.

C) Para el ordinal SEXTO, que diga: “El actor presento el 5 de septiembre del 2001 papeleta de conciliación ante el SMAC contra las demandadas, reclamando la declaración de derecho de relación de laboralidad, así como el pago de cantidades adeudadas, con el resultado de sin avenencia, constando en acta de conciliación celebrada el 18 de septiembre del año 2001 por lo que los demandados negaron en tal fecha la existencia de relación laboral alguna con el demandante”; cita en apoyo de su propuesta los documentos obrantes en autos a los folios 71 y 72.

El motivo no puede ser atendido pues la parte lo único que pretende es crear confusión, habiendo aclarado la versión judicial la existencia de dos papeletas de conciliación una por despido – la que aquí interesa – presentada el 18.09.01, y otra en reclamación de declaración de derecho y cantidades de 05.09.01, que aquí carece de transcendencia para el presente litigio, por lo que se mantie-

nen intactos los ordinales sexto y séptimo de la versión judicial.

TERCERO.- En sede jurídica, el actor, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación de art. 53 en relación con los arts. 59.3, 20 y 7.2 de LET argumentando que empresa y trabajador deben someterse a las reglas de la buena fe en el cumplimiento de sus prestaciones recíprocas por lo cual si la empleadora no ha actuado con transparencia, siendo la caducidad un modo de extinguir las obligaciones ha de ser interpretado de forma restrictiva, por lo que se ha de entender que cuando se presenta la demanda, esta se haya dentro del plazo de veinte días, exigido para demandar.

El recurso no puede ser atendido, por cuanto afirmándose en la versión judicial – aquí inalterada –, que: a) a comienzos de agosto del 2001 TVE dejó de asignarle tareas al actor, incorporando a otra persona que pasó a realizar el trabajo que venía realizando el demandante; b) que el 02.08.01 el Director de TVE en Galicia, en una reunión con el actor, puso en su conocimiento que no podía entrar en las dependencias de la empresa; c) que los días 8 y 9 de agosto, al ser hallado en dichas dependencias se le volvió a insistir en aquella prohibición; d) que la papeleta de conciliación al SMAC se presentó el 18.09.2001, celebrándose el acto el 01.10.2001 y presentándose la demanda el 11.10.2001, es evidente que el plazo de caducidad de veinte días para accionar por despido, fijado en el art.103 LPL y 59.3 LET, había transcurrido con exceso cuando se planteo la papeleta de conciliación, pues si bien no se han observado las formalidades legalmente exigibles para despedir, lo cierto es que desde el día primero de agosto del año 2001 el actor dejó de recibir ocupación, lo cual es una clara manifestación de voluntad extintiva de la relación laboral, lo que unido a la firma del finiquito y percibo de cantidades en la mercantil “M.G., S.L.”, implica un conocimiento fidedigno de la voluntad empresarial, conocimiento que además se le reitera en persona hasta tres veces, los días dos de agosto, ocho y nueve del referido mes, por tanto el día a quo para computar el inicio de tal plazo de caducidad no puede retrasarse, en el supuesto mas favorable al demandante, mas que al día nueve de agosto, con lo que la caducidad de la acción de despido es manifiesta, por todo ello se desestima el recurso y se confirma íntegramente la resolución recurrida.

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

Fallamos

Que desestimamos los recursos de suplicación formulados por don R.M.B. y “T.V.E., S.A.” contra la sentencia dictada el 14.11.01 por el Juzgado de lo Social Nº 4 de VIGO en autos Nº 627/2001 sobre despido seguidos a instancias de don R.M.B., contra “T.V.E., S.A.”, “M.G., S.L.” y Ente Público Radio Televisión Española resolución que se mantiene en su integridad. Confirmada la resolución recurrida procede decretar la pérdida del depósito efectuado para recurrir por la mercantil recurrente. Igualmente, se acuerda imponer a dicha mercantil las costas del recurso.

3355 Recurso nº 638/99

S.S. PENSIÓN DE ORFANDADE. CUESTIONES DE DEREITO TRANSITORIO. BENEFICIARIA QUE CUMPLE OS DAZAOITO ANOS EN 1997. PRÓRROGA DA PENSIÓN SEGUNDO A LEI 24/1997, DO 15 DE XULLO.

Ponente: Ilmo. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a once de marzo de dos mil dos.

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 638/99, interpuesto por doña O.A.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 470/97 se presentó demanda por doña O.A.V. en reclamación de ORFANDAD siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con

fecha 20 de noviembre de 1998 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- La demandante, doña O.A.V. es huérfana del fallecido don D.A.S., desde el 7 de julio de 1982 fecha de la muerte del causante, y nació (doña O.A.V.) el 14 de julio de 1979, es decir, que el 14 de julio de 1997 cumplió los dieciocho años de edad./ 2.- Fue perceptora de pensión de orfandad desde el 7 de julio de 1982 (Expediente 82/9.017.878) a medio de Resolución del I.N.S.S. datada a 17 de diciembre de 1982. Por el I.N.S.S. demandado, mediante Resolución de fecha 11 de agosto de 1997 le fue comunicada la baja como perceptora de esta pensión “Por cumplir la edad reglamentaria”. Esta Resolución fue comunicada a su madre, y viuda del causante doña P.V.M.. La viuda y madre de la demandante, interpuso reclamación previa contra la mencionada Resolución, el día 11 de agosto de 1997, la cual fue desestimada, en nueva Resolución de fecha 25 de agosto de 1997, y ya dirigida a la huérfana y aquí demandante, y ahora mayor de edad. La causa desestimatoria que le aplica el I.N.S.S. es la de “haber cumplido el beneficiario los dieciocho años de edad con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley de 5 de agosto de 1997, y por lo tanto serle de aplicación la legislación anterior”. Dicha pensión le fue extinguida el 31 de julio de 1997. Quedó, por consiguiente agotada la vía administrativa./ 3.- La base reguladora inicial asciende a 47.561 ptas.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimo la demanda interpuesta por doña O.A.V. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre reclamación de pensión de orfandad, y, en consecuencia, absuelto a este Organismo de las pretensiones de la demanda.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda, sobre pensión de orfandad, interpone recurso la representación

letrada de la demandante, construyéndolo a través de un solo motivo de Suplicación, en el que, con cobertura en el art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, denuncia violación, por inaplicación, del art. 175.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 20.06.94, en relación con la Disposición Transitoria Sexta bis, apartado a), donde se establece la aplicación paulatina de los límites de edad para acceder a la pensión de orfandad, fijándola durante 1997 en 19 años; y con fecha 14.07.97, la demandante cumplió 19 años, y de no tener reconocida la pensión bastaría con solicitarla una vez entrada en vigor la Ley 24/97, el 05.08.97, pues la nueva redacción a la D.T. Sexta bis a) de la Ley de Seguridad Social y a su amparo, es posible solicitar la pensión de orfandad, durante dicho año 1997, a huérfano que superando los 18 años, no haya alcanzado la edad de 19 años, lo que es el caso de autos.

La situación de hecho, sometida a enjuiciamiento y decisión ahora, extraída del incombato relato histórico de la sentencia recurrida, consiste en: A) A la demandante, nacida el 14 de julio de 1979, le fue reconocida pensión de orfandad, desde el 7 de julio de 1982, fecha en que falleció su padre. B) Por el Instituto demandado, mediante resolución de 11 de agosto de 1997, se acordó la baja de la actora, como perceptora de la pensión, por cumplir la edad reglamentaria. Esta resolución fue comunicada a la viuda del causante y madre de la demandante, doña P.V.M., la que interpuso reclamación previa, que fue desestimada en nueva resolución de 25 de agosto de 1997, y ya dirigida a la huérfana-demandante, mayor de edad, con base en haber cumplido el beneficiario los dieciocho años de edad con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley de 5 de agosto de 1997, y por lo tanto ser de aplicación la legislación anterior. C) La pensión quedó extinguida el 21 de julio de 1997.

Fijada, en los términos expuestos, la situación fáctica sometida a debate, resta ahora determinar si la misma es productora del efecto jurídico que postula la demandante, cual es el de seguir percibiendo la pensión de orfandad hasta cumplir los 19 años de edad; o si, por el contrario, no puede ser beneficiaria de la misma una vez ha cumplido los dieciocho años de edad, como proclama la sentencia recurrida. El dilema habrá de resolverse optando por la tesis que mantiene la actora-recurrente, pues si bien es cierto

que la normativa que por la recurrente se invoca como infringida ha suscitado dudas interpretativas, con base en sólidos argumentos las posturas que se han mantenido; no lo es menos que las discrepancias al respecto ha sido decididas por el Tribunal Supremo, en reiteradas y recientes sentencias, dictadas en unificación de doctrina, "ad exemplum" sentencias de 12 de mayo de 1999, 14 de abril y 5 de junio de 2000; declarando esta última: "...que la citada disposición - se refiere a la Transitoria Sexta bis de la Ley 24/97- de derecho intertemporal, es más oscura de lo que parece a simple vista, ordena la prolongación del límite de edad a huérfanos que no hayan alcanzado los 21 años, es de aplicación paulatina, elevándolo, sin concretar fecha alguna, de 18 a 19 años "durante 1997" "la falta de concreción del día del cómputo de la edad de 19 años obliga a elegir entre dos posibles opciones interpretativas de la disposición transitoria en litigio, que son: a).- o bien restringir el círculo de huérfanos a los que se prolonga la prestación de orfandad a los que hayan cumplido 18 años (o lo que es igual: no hayan alcanzado el límite excluyente de 19 años) en el curso de 1997, pero en fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 24/1997; y b).- o bien determinar el alcance de los beneficiarios de dicha prolongación de la edad pensionable mediante la inclusión de todos los que, habiendo visto extinguido el derecho a pensión por el cumplimiento de la edad de 18 años antes de la referida fecha de entrada en vigor de la nueva Ley, no hubieran llegado en tal día al límite excluyente de los 19 años fijado en dicha Ley 24/97". Habiéndose decantado el Alto Tribunal por la segunda de las opciones; reconociendo el derecho a la prestación a los beneficiarios que no cumplan en el año 1997 los diecinueve años, independientemente de la fecha en que, en el mismo año, cumplan los dieciocho; es decir, antes o después del 5 de agosto del repetido año, fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997. Siendo la segunda de las opciones, en tesis del citado Tribunal la que mejor conjuga el enunciado de la disposición con la finalidad de la norma y que "la interpretación restrictiva reseñada en primer lugar introduce una limitación temporal en el derecho a la prestación que no encuentra apoyo en las palabras de la ley, y que parece romper la cadencia normal de elevación "paulatina" o progresiva del límite de edad -un año por cada año natural o fracción hasta el 1º de enero de 1999- A ello debe añadirse que, en buena medida, la

interpretación restrictiva convierte virtualmente en innecesario por superfluo el pasaje de la propia Disposición Transitoria Sexta bis de la L.G.S.S., cuya interpretación está en juego en este asunto, ya que en los supuestos en que el beneficiario haya cumplido los 18 años al final de 1997 la prolongación “transitoria” del límite de la edad pensionable le serviría de bien poco”.

Por otro lado, el Tribunal Supremo también argumenta en la citada sentencia de 5 de junio de 2000: a) que “...no es obstáculo a la conclusión anterior el que la disposición reglamentaria de ejecución de la Ley 24/97, contenida en el Real Decreto 1.647/97, de 31 de octubre, se haya adoptado la solución contraria a la indicada, considerando extinguido de manera definitiva el derecho a la pensión de orfandad de los que, no alcanzando la edad de exclusión de la misma durante 1997, cumplieron diez y ocho años antes de la entrada en vigor de la nueva ley (disposición transitoria cuarta). El desarrollo interpretativo por medio de reglamento no puede servir de ayuda en la presente cuestión por no ajustarse al principio de jerarquía normativa”, y b) que “...todavía existe una razón más a favor de la solución adoptada, apuntada en nuestra precedente sentencia de unificación de doctrina de 12 de mayo de 1999, y que nos proponemos desarrollar ahora. Este argumento se apoya en la norma contenida en la nueva disposición adicional octava de la L.G.S.S., la cual ha sido introducida también en el ordenamiento de la Seguridad Social por medio de la Ley 24/97. De acuerdo con esta disposición adicional sobre “normas de desarrollo y aplicación a Regímenes Especiales”, las previsiones del artículo 175 de la L.G.S.S. en su nueva redacción “serán de aplicación a quienes en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social se encontrasen percibiendo la prestación de orfandad”. Interpretada “a contrario sensu” esta norma para los Regímenes Especiales, que sí viene a restringir en el ámbito de los mismos la aplicación de la prolongación de la edad pensionable a quienes cumplan los 18 años después de la entrada en vigor de la Ley 24/97, limita su alcance a los beneficiarios de dichos Regímenes Especiales, sin afectar a los beneficiarios del Régimen General. Ciertamente no tendrá sentido una disposición para los Regímenes Especiales que viniese a reiterar el mandato expreso de vigencia transitoria establecido para el Régimen General; y a este

resultado se llegaría si se atribuyera a la disposición transitoria sexta bis el significado restrictivo que pretende la entidad gestora”.

Por todo lo expuesto, en criterio coincidente con el mantenido por esta Sala en sentencias de 24 y 29 de noviembre de 2001 - recursos núm. 2.514/98 y 2.190/98- procede dar acogida a la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con estimación de éste, dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado y, en definitiva, estimatorio de la pretensión deducida en la demanda. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de doña O.A.V., contra la sentencia de fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, dictada por el juzgado de lo Social de Ferrol, en proceso promovido por la recurrente, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, con revocación de la misma y estimando la demanda rectora del debate, declaramos que la actora tiene derecho a seguir percibiendo la pensión de orfandad que tenía reconocida y, en consecuencia, condenamos al Ente Gestor demandado a que se la abone desde el día uno de agosto de mil novecientos noventa y siete y hasta cumplir la edad de diecinueve años.

3356 Recurso nº 176/2002

S.S. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE. DESPEDIMIENTO VERBAL CANDO O TRABALLADOR PRETENDE REINCORPORARSE DUNHA INCAPACIDADE TEMPORAL, LOGO DA CALIFICACIÓN POR PARTE DA ENTIDADE XESTORA DUNHA INCAPACIDADE PERMANENTE PARCIAL.

Ponente: Ilma. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a doce de marzo de dos mil dos.

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 176/2002, interpuesto por don M.D.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 3 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 607/01 se presentó demanda por don M.D.S. en reclamación de despido siendo demandado el don P.A.O. ("C.G.") en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de octubre 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.- Probado que el demandante, don M.D.S., viene prestando servicios a la empresa demandada, desde el 15.03.76, con la categoría profesional de peón y percibiendo un salario bruto mensual de 139.500 ptas./ SEGUNDO.- El día 07.09.00 el demandante inicia situación de Incapacidad Temporal derivada de accidente de trabajo, en la que permaneció hasta el día 22.06.01./ TERCERO.- El I.N.S.S. en resolución de fecha 21.05.01 declara al demandante afecto de invalidez permanente parcial./ CUARTO.- El demandante acudió al Centro de trabajo el día 26.06.01 presentándose al empresario solicitándole que le diese trabajo, el empresario le contestó que en aquel momento y dadas las limitaciones físicas que padece el actor no tenía un trabajo adecuado; en acto de juicio la demandada, en su contestación a la demanda, dijo "que el demandante tiene las puertas de la empresa abiertas"; desde el día 26.06.01 el demandante no volvió al Centro de trabajo./ QUINTO.- El demandante no ostenta cargo sindical alguno./ SEXTO.- Con fecha 10.07.01 se celebró, SIN AVENENCIA, acto de conciliación ante el S.M.A.C."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por don M.D.S. contra don P.A.O. ("C.G."), absolviendo a la demandada de las pretensiones de la misma."

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

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha veintitrés de octubre del dos mil uno del Juzgado de lo Social Nº 3 de Ourense, seguido a instancia de don M.D.S. contra don P.A.O. ("C.G."), por parte del propio actor, 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, para que en el hecho probado sexto, el cual dice: "Con fecha 10.07.01 se celebró, SIN AVENENCIA, acto de conciliación ante el S.M.A.C.", se adicione lo siguiente: "Manifestando la parte conciliada, que se opone a la demanda de conciliación por las razones procesales que en el momento procesal oportuno se señalarán" en base al acta de conciliación que obra en el folio 4. Comprobada la veracidad del mismo se accede a lo solicitado, en consecuencia, se estima el motivo del recurso.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c de la LPL se denuncia infracción del art. 45.1.c en relación con el art. 48.1 y 49 k y 55 del ET. Entendiendo que el contrato de trabajo no se extingue ni desaparece sino que está en suspenso hasta la curación o incapacidad del actor. El actor, se entiende por el recurrente que ha sido sujeto de un despido verbal por parte del empresario, debiendo ser calificado el despido como improcedente. Se denuncia igualmente infracción del art. 1 del RD 1.451/83 de 11 de mayo en relación con el art. 55 del ET, entendiendo que el empresario no acreditó, como es su deber, que el trabajador estaba incapacitado para prestar su trabajo.

Según resulta de los hechos declarados probados en la sentencia, el actor se encontraba en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo desde el 07.09.00 hasta el 22.06.01 (h.p.2º). El INSS le declara en IPP en resolución de 21.05.01. El 26.06.01, es decir, cuatro días después de obtener el alta de la incapacidad temporal se presenta "al empresario solicitándole que le diese trabajo, el empresario le contestó que en aquel momento y dadas las limitaciones físicas que padece el actor no tenía un trabajo adecuado", declarándose probado que el empresario le dijo "tenía el demandante las puertas abiertas". El art. 45.1.c del ET establece como causa de suspensión del contrato de trabajo la incapacidad temporal de los trabajadores, señalando el art.

48 que al cesar la causa legal de suspensión el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado.

Es decir, el trabajador una vez que se le da el alta de la incapacidad temporal manifiesta su voluntad de reincorporarse a su puesto de trabajo, ya que el contrato de trabajo se encontraba suspendido por dicha causa con reserva del puesto al trabajador. El empresario no admite dicha reincorporación alegando que no tenía trabajo para sus limitaciones físicas, teniendo además en cuenta que el trabajador no se encontraba incapacitado de manera permanente y total, en cuyo caso sería incompatible el trabajo con dicha limitación física, sino que había sido declarado por la resolución del INSS en IPP, es decir, cuando las dolencias que padece el mismo le ocasione una disminución superior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma (137.3 LGSS), en consecuencia será necesario que el empresario compruebe en qué medida puede afectar dicha disminución en el trabajo habitual que venía desempeñando y para el cual no está incapacitado. Una vez que el trabajador se presenta dentro del plazo a reincorporarse a su puesto de trabajo y el empresario no le da el mismo, no nos encontramos ante un abandono del trabajador ya que éste ha manifestado su voluntad expresa de reincorporarse y el empresario se ha negado a ello al "no tener trabajo adecuado", nos encontramos así ante un despido verbal, y según reiterada jurisprudencia estos son calificados de improcedentes. Porque, además según el T. Supremo (STS de 27.06.01 que hace referencia a otras como la de 21.11.00), cuando el comportamiento alegado por el empresario es lo que suele llamarse abandono de trabajo, esta Sala ha distinguido el aspecto extintivo del sancionador por incumplimiento: para que exista la causa de extinción es preciso que se "produzca una actuación del trabajador que de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral". Lo cual no se produce por la voluntad de reincorporarse a su puesto de trabajo del trabajador, cuando cesa la causa que mantenía en suspenso a la relación laboral. Por todo lo cual, si el empresario no da trabajo al mismo, se produce un incumplimiento por

parte del mismo es decir, una voluntad extintiva por parte de este que además infringe o incumple los requisitos formales dando lugar al concepto de despido verbal y en consecuencia despido improcedente, de conformidad con el art. 55.4 del ET, con lo cual, y de conformidad con el art. 55.6 del ET impone al empresario la obligación de optar por la readmisión del trabajador o la indemnización, con abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia del despido.

Fallamos

Que con estimación del recurso de Suplicación interpuesto por don M.D.S. contra la sentencia de fecha 23 de octubre de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Ourense, en proceso seguido a instancia de don M.D.S. frente al don P.A.O. ("C.G.") sobre despido, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, declarándose improcedente el despido y condenando a la empresa a que en el plazo de cinco días opte por la readmisión del demandante o el abono de indemnización 31.754,85 euros (5.283.562 pts.); entendiéndose que de no optar en el plazo indicado procederá la readmisión y en todo caso, a pagar al demandante los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido 26.6.2001 hasta la notificación de la presente sentencia a razón de 27,95 euros por día (4.650 pts).

3357 Recurso nº 0641/02

S.S. ENCADEAMENTO VÁLIDO DE CONTRATOS TEMPORAIS. CONTRATO DE INTERINIDADE PARA SUBSTITUCIÓN DE TRABALLADOR XUBILADO ÓS 64 ANOS. INEXISTENCIA DE DESPEDI-MENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a doce de marzo de dos mil dos.

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 0641/02, interpuesto por el Letrado don T.L.L., en nombre y representación de la entidad "P.T.E., S.A.", contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 528/01 se presentó demanda por don M.A.C.M., sobre despido, frente a la empresa "P.T.E., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de noviembre 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.- Que el actor viene prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada "P.T.E., S.A." con domicilio social en ..., Santiago de Compostela, desde la fecha 29 de noviembre de 1996, con la categoría profesional de Camarero y percibiendo un salario base mensual, con prorrateo de pagas extras (según última nómina del mes de mayo de 2001), de 273.000.- pts.= SEGUNDO.- Que la relación laboral con la empresa demandada se vino realizando de forma ininterrumpida y continuada, mediante la suscripción de múltiples contratos de interinidad y eventuales por circunstancias de la producción, siendo los períodos contractuales concertados y suscritos entre ambas partes, los siguientes: del 29 de noviembre de 1996 al 18 de marzo de 1997, del 21 de marzo de 1997 al 31 de marzo de 1997, del 1 de abril de 1997 al 30 de abril de 1997, del 1 de mayo de 1997 al 31 de octubre de 1997, del 1 de noviembre de 1997 al 30 de noviembre de 1997, del 1 de diciembre de 1997 al 1 de diciembre de 1997, del 2 de diciembre de 1997 al 13 de febrero de 1998, del 14 de febrero de 1998 al 3 de marzo de 1998, del 31 de marzo de 1998 al 31 de marzo de 1998, del 1 de abril de 1998 al 30 de abril de 1998, del 4 de mayo de 1998 al 30 de mayo de 1998, del 1 de junio de 1998 al 30 de junio de 1998, del 1 de julio de 1998 al 1 de julio de 1998, del 2 de julio de 1998 al 30 de julio de 1998, del 31 de julio de 1998 al 31 de julio de 1998, del 1 de agosto de 1998 al 31 de enero de 1999; por interinidad (vacaciones de M.S.C.M., Camarero), desde el 1 de febrero de 1999 hasta el 28 de febrero de 1999; por interinidad (vacaciones de J.M.V.T., Camarero),

desde el 1 de marzo de 1999 hasta el 30 de marzo de 1999; por interinidad (vacaciones de J.M.I., Camarero), desde el 1 de abril de 1999 hasta el 30 de abril de 1999; de interinidad (vacaciones de J.V., Camarero), desde el 1 de mayo de 1999 hasta el 30 de mayo de 1999; de interinidad (vacaciones de J.M.L.B.), desde el 1 de junio de 1999 hasta el 30 de junio de 1999; de interinidad (vacaciones de E.B.G., Camarero), desde el 1 de julio de 1999 hasta el 30 de julio de 1999; eventual por circunstancias de la producción, Camarero, desde el 1 de agosto de 1999 hasta el 31 de enero de 2000; de interinidad (vacaciones de J.V.M., Camarero), desde el 1 de febrero de 2000 hasta el 29 de febrero de 2000; de interinidad (vacaciones de M.L.V., Camarero), desde el 1 de marzo de 2000 hasta el 30 de marzo de 2000, desde el 1 de abril de 2000 hasta el 15 de abril de 2000, desde el 16 de abril de 2000 hasta el 30 de abril de 2000, desde el 1 de mayo de 2000 hasta el 30 de mayo de 2000, desde el 31 de mayo de 2000 hasta el 31 de mayo de 2000, desde el 1 de junio de 2000 hasta el 30 de junio de 2000, desde el 1 de julio de 2000 hasta el 30 de julio de 2000, desde el 1 de agosto de 2000 hasta el 30 de agosto de 2000, eventual por circunstancias de la producción, Camarero, desde el 1 de septiembre de 2000 hasta el 28 de febrero de 2.001; de interinidad (incapacidad temporal de J.R.C.A.), Dependiente de 1ª, desde el 2 de marzo de 2001 hasta el 26 de junio de 2001, desde el 1 de julio de 2001 hasta el 15 de julio de 2001.= TERCERO.- Que durante la relación laboral, la empresa fue consignando sucesivamente, distintas antigüedades (según nóminas): 29 de noviembre de 1996, 1 de abril de 1997, 1 de mayo d 1997, 1 de noviembre de 1997, 2 de diciembre de 1997, 14 de febrero de 1998, 4 de marzo de 1998, 1 de abril de 1998 y 1 de noviembre de 1998.= CUARTO.- Que el actor siempre vino trabajando, desde los inicios de su relación laboral con la empresa demandada, en el mismo puesto de trabajo de desayunos y cafetería. QUINTO.- Que el día 15 de julio de 2001, al terminar el período de trabajo establecido en el último de los contratos, el actor, harto de la situación, por considerar que los contratos anteriores pactados eran fraudulentos por ser simulatorios o encubridores de una situación estable o fija en la empresa, decide que la finalización de dicho contrato surta los efectos de un despido nulo o, subsidiariamente, improcedente. SEXTO.- Que el trabajador no ostenta ni ha ostentado, durante el último año, representación alguna legal o sindical de los trabajadores. SÉPTIMO.- Que

en fecha 30 de julio de 2001, se celebró el preceptivo acto previo de conciliación, en el que el conciliante, manifestando que “en el hecho primero de la papeleta conciliatoria se debe rectificar la antigüedad del trabajador, ya que la correcta es la de fecha 29 de noviembre de 1996, y, en segundo lugar, que el día 24 de julio el trabajador firmó un nuevo contrato eventual por una sustitución con la empresa conciliada, sin que ello signifique ningún tipo de renuncia a los derechos reclamados en la papeleta de conciliación”. La conciliada manifiesta que “se opone al contenido de la papeleta de conciliación por las razones que alegará en el momento procesal oportuno”, siendo el resultado de dicho Acto “sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO. Que estimando la demanda de despido formulada por don M.A.C.M. contra “P.T.E., S.A.”, debo declarar y declaro dicho despido improcedente, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por la presente declaración y a que opte en el término de cinco días, a contar desde el siguiente a la notificación de esta sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, de inmediato y en las mismas condiciones que tenía antes del despido, o abonarle la cantidad de UN MILLÓN NOVECIENTAS ONCE MIL PESETAS (1.911.000⁻ pts.), en concepto de indemnización por despido; y a que se le abone, en todo caso, la cantidad de UN MILLÓN CIENTO NOVENTA Y DOS MIL PESETAS (1.192.000⁻ pts.), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de NUEVE MIL CIEN PESETAS (9.100⁻ pts.), hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, deduciendo del pago de la cantidad fijado en concepto de salarios de tramitación, los salarios percibidos por el actor por haber reanudado su relación laboral con la demandada en fecha 24 de julio de 2001. Notifíquese... etc.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación letrada de la empresa demandada, “P.T.E., S.A.”, se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que, estimando la demanda, declaró improcedente el despido del actor, condenan-

do a aquélla a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte entre la readmisión del trabajador o le indemnice en la cantidad de 1.911.000⁻ pts., así como al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, deduciendo del pago de estos últimos los salarios percibidos por el trabajador por haber reanudado su relación laboral con la demandada en fecha 24.07.01; pretendiendo como primer motivo de recurso y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados y, en concreto, el ordinal primero, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “*Que el actor viene prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada “P.T.E., S.A.”, con domicilio social en ..., habiendo estado vinculado a la empresa por diversos contratos desde la fecha 29.11.96, el último de ellos de fecha 01.07.01, con la categoría profesional de Camarero y percibiendo un salario mensual, con prorrateo de pagas extras, de ciento ochenta mil cuatrocientas treinta y ocho pesetas (180.438⁻ pts.)*”. Modificación que, si bien se acepta, al estar acreditada, es irrelevante, de conformidad con lo que se razonará en el fundamento de derecho. Interesa, igualmente, que en el ordinal segundo se sustituya la expresión: “*que la relación laboral con la empresa demandada se vino realizando de forma “ininterrumpida y continuada”, mediante la suscripción de múltiples contratos...*” por la de: “*que la relación laboral con la empresa demandada se vino realizando mediante la suscripción de múltiples contratos...*”, suprimiendo, por tanto, la expresión: “*de forma ininterrumpida y continuada*”; supresión que igualmente se acepta, al estar acreditada (documental), aun cuando ello sea irrelevante o intrascendente a los efectos de la resolución de la presente *litis*.

SEGUNDO.- Como tercer motivo y con adecuado amparo procesal - sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida -, se denuncia infracción, por aplicación indebida, del artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 6.4 del Código Civil, e infracción, por no aplicación, del Real Decreto 1.194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional 7ª de la Ley 8/1980, de 10.03, modificada por la Ley 32/1984, de 02.08, las normas sobre “anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento de empleo”; alegando, fundamentalmente, que en los casos de contrataciones

temporales sucesivas habrá que estar a la validez de los distintos contratos celebrados, y que no cualquier irregularidad, salvo que ésta sea esencial, determina que la relación laboral se convierta con carácter fijo o por tiempo indefinido, y menos dé lugar a un despido improcedente, y que no existe fraude de ley en la contratación sucesiva cuando cada uno de los contratos cumpla con su funcionalidad (fomento de empleo, razones de interinidad, etc.), y por ello en tales supuestos no cabe hablar, al término del último contrato, de despido improcedente, ni de relación laboral indefinida, sino de terminación del contrato por expiración del tiempo convenido.

Para una más adecuada resolución de esta *litis*, se ha de tener en cuenta: A) Esta Sala, entre otras, en sentencia de 6 de mayo de 1993 (Rec. nº 1.115/93), ha dicho que, al lado de la contratación de carácter indefinido, en la actualidad regula nuestro Ordenamiento otro sistema paralelo de contratación temporal que, a su vez, distingue entre la que se denomina estructural u ordinaria [principalmente, letras a), b), c) y d) del art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores] y la que se denomina coyuntural o extraordinaria [artículo 15.2, en relación con el 17.3 del E.T.]. Mientras que la estructural exige que conste la causa objetiva de la temporalidad y, en otro caso, se reputa que la contratación tiene carácter indefinido, en la coyuntural es la mera dispensa de ley, como medida para fomento del empleo, la que justifica la contratación temporal. B) El Tribunal Supremo en sentencias de 16 y 23.05.94 (Rec. 4.208 y 5.361), seguidas por esta Sala en sus resoluciones de 25.05.95 (Rec. 1.332/95), 28.05.95 (Rec. 3.051/95) y 15.10.96 (dos sentencias recaídas en los recursos 4.269/96 y 4.273/96), había venido estableciendo que, en caso de contrataciones sucesivas, haya o no continuidad, había que limitarse al examen del último contrato concertado, ya que los ceses anteriores habían sido consentidos por el trabajador; sentencias que han sido matizadas por la más reciente del Tribunal Supremo de 20.02.97 (Rec. 2.580/96), en la que se señala expresamente que: *“el objeto del litigio no puede quedar limitado al examen del último contrato, como si hubiera sido el último suscrito, sino que, por el contrario, ha de examinarse la secuencia de los 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 condi-*

ción por la celebración de otros contratos temporales, por ser irrenunciable este derecho al contrato laboral indefinido”, y que un contrato temporal inválido transforma la relación en indefinida y no pierde esta condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales; y que esa unidad de la relación laboral no se rompe por cortas interrupciones que buscan aparentar el nacimiento de una nueva, de tal modo que la afirmación de que: *“en el caso de contrataciones temporales sucesivas el examen de los contratos debe limitarse al último de ellos”*, es una afirmación que sólo podría ser aceptada de modo excepcional cuando de las series contractuales reflejadas en los hechos probados no se infiera defecto sustancial alguno en los contratos temporales o fraude de ley; en igual sentido, la de 21.06.93 (Recurso 3.013/92) viene señalando que: *“el contrato de trabajo para fomento de empleo suscrito al amparo del Real Decreto 1989/84, de 17.10, precedido de otros contratos temporales de distinta naturaleza, en principio, dicha situación no es contraria a derecho, ni se produce infracción de lo dispuesto en el número 3 del artículo 5 del Real Decreto citado, por lo que el cese acordado no constituye un despido”*.

Por lo que, en aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos y habiendo resultado acreditado que el actor ha venido prestando servicios como Camarero por cuenta de la empresa “P.T.E., S.A.”, en virtud de distintos contratos, el primero con fecha 29.11.96 hasta el 18.03.97; contrato de trabajo de duración determinada, celebrado al amparo del Real Decreto 2.546/1.994 para sustituir al productor E.N.R., acogido a la jubilación anticipada, regulada por el Real Decreto 1.194/95, que había sido sustituido por I.C., al causar éste baja voluntaria; de interinidad por vacaciones, del 21.03.97 al 31.03.97 y del 01.04.97 al 30.04.97; eventual, por circunstancias de la producción (acumulación de tareas), del 01.05.97 al 31.10.97 (seis meses); de interinidad por vacaciones, del 01.11.97 al 30.11.97 (un mes); igualmente, de interinidad por vacaciones, del 02.12.97 al 13.02.98, del 14.02.98 al 03.03.98, del 04.03.98 al 30.03.98, del 01.04.98 al 30.04.98, del 04.05.98 al 30.05.98, del 01.06.98 al 30.06.98, del 01.07.98 al 30.07.98; eventual por circunstancias de la producción, del 01.08.98 al 31.01.99; interinidad por vacaciones de M.S.C.M., Camarero, desde el 01.02.99 hasta el 28.02.99; interinidad por vacaciones de J.M.V.M., Camarero, desde el 01.03.99 hasta el 30.03.99; interinidad por

vacaciones de J.M.I., Camarero, desde el 01.04.99 hasta el 30.04.99; interinidad por vacaciones de J.V., Camarero, desde el 01.05.99 hasta el 30.05.99; interinidad por vacaciones de J.M.L.B., desde el 01.06.99 hasta el 30.06.99; interinidad por vacaciones de E.B.G., Camarero, desde el 01.07.99 hasta el 30.07.99; eventual por circunstancias de la producción, acumulación de tareas (seis meses) desde el 01.08.99 hasta el 31.01.00; de interinidad por vacaciones de J.V.M., Camarero, desde el 01.02 hasta el 29.02.00; de interinidad por vacaciones de M.L.V., Camarero, desde el 01.03.00 hasta el 30.03.00; de interinidad desde el 01.04.00 hasta el 15.04.00; de interinidad por vacaciones, desde el 16.04.00 hasta el 30.04.00; desde el 01.05.00 hasta el 30.05.00, desde el 31.05.00 hasta el 30.06.00, desde el 10.07.00 al 30.07.00 y desde el 01.08.00 al 30.08.00; eventual por circunstancias de la producción (seis meses, Camarero) desde el 01.09.00 hasta el 28.02.01; de interinidad por sustitución, por incapacidad temporal de J.R.C.A. desde el 02.03.01 hasta el 26.06.01, y desde el 01.07.01 hasta el 15.07.01, de interinidad por vacaciones, en que se extinguió al reincorporarse el trabajador al que había sustituido; esta Sala entiende, de conformidad con la anterior doctrina, que los contratos celebrados son válidos, sin que pueda aceptarse la conclusión a que llegó el Magistrado de instancia, que, al analizar la cadena de contratos, estimaba que existía fraude de ley desde el primer contrato, argumentando que, “al suscribirse contrato de interinidad de un trabajador que había comunicado a la empresa su rescisión contractual laboral, quedaba claro que el sustituido nunca se reincorporaría a la empresa y por ello la forma contractual establecida no era la idónea para calificarse como de interinidad, pues no se correspondía con la causa contractual establecida y, en consecuencia, todos los contratos posteriores - de interinidad o eventuales por acumulación de tareas- (aunque puedan guardar la forma), no eran válidos, las novaciones de los contratos posteriores al invalidado carecen de valor para transformar en temporal una relación ya indefinida”, pues, el contrato de interinidad celebrado en fecha 29.11.96, en virtud de contrato de duración determinada celebrado al amparo del Real Decreto 2.546/1994 para sustituir al productor E.N.R., acogido a la jubilación anticipada, regulado por el Real Decreto 1.194/95, que había sido sustituido por I.C., al causar éste baja voluntaria, es perfectamente válido, al cumplir los requisitos exigidos por el Real Decreto citado, siendo hecho probado (funda-

mentación jurídica) que don I.C.P. dirigió escrito al Director del “Hostal ...” con fecha 15.11.96, comunicando su decisión de rescindir su contrato a partir de esa fecha, habiendo dado debido cumplimiento a lo que al efecto dispone el artículo 4 del Real Decreto 1.194/85, en el que se señala que: “si durante la vigencia del contrato se produjera el cese del trabajador, el empresario deberá sustituirlo en el plazo máximo de 15 días por otro trabajador desempleado, por el tiempo que reste para alcanzar la duración mínima del contrato, salvo supuestos de fuerza mayor”, habiéndose dado debido cumplimiento a las previsiones legales y, en concreto, a la obligación empresarial de cubrir el puesto de trabajo vacante, tal y como al efecto se señala en el referido Real Decreto, en cuyo texto se dice que: “los contratos que se celebren para sustituir a los trabajadores que se jubilen podrán concertarse al amparo de cualquiera de las modalidades de contratación vigentes, excepto la contratación a tiempo parcial y la modalidad prevista en el artículo 15.1, b) del Estatuto de los Trabajadores, con cualesquiera trabajadores que se hallen inscritos como desempleados en la correspondiente Oficina de Empleo”; y, al haberse cumplido el plazo que al efecto se ha señalado, por cuanto desde la comunicación del trabajador a la empresa, de 15.11.96, en que expresaba su voluntad de rescindir el contrato, hasta la fecha en que se celebró el contrato de interinaje, 29.11.96, no han transcurrido 15 días, se ha de entender que el contrato es legal, contrariamente a lo que razonaba el Juzgador de instancia. En todo caso, los demás contratos [cuatro de fomento de empleo, acumulación de tareas, y el resto de interinidad por vacaciones e interinidad por sustitución (por causa de incapacidad temporal)], son igualmente válidos y eficaces, habiéndose ajustado a lo dispuesto en los artículos 15.1, b) del Estatuto de los Trabajadores y 3 del Real Decreto 2.104/84, de 21.11 - hoy artículo 5.3 del Real Decreto de diciembre de 1998 (que derogó el Real Decreto 2.546/1994)- al ser los de fomento de empleo concertados para atender circunstancias excepcionales de producción (celebraciones de los Años jacobeos o la Capitalidad Cultural) y su duración no ha excedido de seis meses, dentro de un período de doce; y en lo que respecta a los de interinidad, su duración se acomodó a la sustitución a la que atendían, por lo que, al no ser fraudulentos, en ningún caso cabe hablar de relación laboral indefinida, y menos de despido improcedente, sino de terminación del contrato por expiración del tiempo convenido; y en cuanto

a la alusión planteada en el Juicio y plasmada en la sentencia de que en muchos de los contratos no se correspondían las funciones del sustituto con las del sustituido, no puede merecer favorable acogida, pues, de conformidad con el artículo 19 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para el Sector de Hostelería, “el trabajador deberá cumplir las instrucciones del empresario o persona en quien éste delegue en el ejercicio habitual de sus facultades organizativas y directivas, debiendo ejecutar los trabajos y tareas que se encomienden dentro del contenido general de la prestación laboral, admitiendo la posibilidad de una movilidad funcional en el seno de la empresa, con los límites establecidos en los artículos 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores”. 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 formulado por la entidad “P.T.E., S.A.” contra la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social N° Uno de los de Santiago de Compostela en autos instados por don M.A.C.M. frente a la aludida recurrente, sobre despido, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, con desestimación de la demanda rectora y absolución de la parte demandada.

3358 Recurso nº 0210/02

S.S. EXTINCIÓN DO CONTRATO POR CAUSAS OBXECTIVAS. DIES AD QUEM DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN. DEDUCCIÓN DA INDEMNIZACIÓN POR DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE DA CANTIDADE PAGADO NO MOMENTO DA EXTINCIÓN.

Ponente: Ilma. Doña Pilar Yebra-Pimentel Vilar

A Coruña, a trece de marzo de dos mil dos.

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. 0210/02 interpuesto por don J.M.L.B. y “J.L.M.S.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.L.B. en reclamación de despido siendo demandado la empresa “J.L.M.S.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 630/01 sentencia con fecha veinticuatro de septiembre 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) El actor, don J.M.L.B., viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 1 de abril de 1976, ostentando la categoría profesional de “Jefe Sección Administrativa” y percibiendo un salario mensual de 189.000 pesetas con prorrateo de pagas extraordinarias./ 2º) En fecha 9 de julio de 2001 se le comunicó que la demandada procedería a su despido por causa objetiva, recibiendo la carta el día 11 de julio de 2001, así como tres cheques nominativos por los siguientes importes: 1.401.972 pesetas; 120.229 pesetas y 284.074 pesetas, correspondientes al 60% de la indemnización, mes de preaviso liquidación de pagas extraordinarias, según se hace constar en la referida carta. El citado despido se justifica por la empresa en causa económica y acompaña con la carta declaraciones correspondientes a los años 1998 y 1999 (carta que obra unida a las actuaciones y cuyo contenido se da por reproducido)./ 3º) De la prueba practicada no resulta acreditado los hechos contenidos en la carta de despido./ 4º) El actor no ha ostentado la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores./ 5º) Se ha celebrado “sin efecto” acto de conciliación ante el SMAC”.

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

“FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta por don J.M.L.B., contra la empresa “J.L.M.S.”, debo declarar y declaro la “improcedencia” del despido, condenando a dicha demandada a que, en el plazo de cinco

días, opte por la readmisión del actor en su puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 7.207.200 pesetas, y en todo caso los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha hasta la de la presente resolución”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia dictada por la Juzgadora de instancia estima en parte la demanda, declarando la improcedencia del despido, condenando a la demandada a que en el plazo de cinco días opte por la readmisión del actor en su puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 7.207.200 pesetas, y en todo caso los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha hasta la de la presente resolución.

Frente a esta resolución interponen recurso ambas partes, construyéndose el del trabajador-accionante 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 articulando el de la empresa demandada solicitando, por un lado, la revisión fáctica, y, por otro, censurando jurídicamente el pronunciamiento que impugna, postulando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se desestime la demanda planteada.

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 demandante.

SEGUNDO.- El trabajador-accionante interpone recurso de suplicación, a través de dos motivos, dedicado el primero a revisión fáctica y el segundo al examen del derecho aplicado. Con correcto amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto pretende en el HDP 1 sustituir la cifra de 189.000 pesetas fijadas como salario mensual con prorrateo de pagas extras, por la de 375.000 pesetas. Y dicha revisión fáctica que tiene su apoyatura procesal en la documental

obstante al folio 10 de los autos, a saber, contrato privado de compraventa, 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, además de no ser eficaces para el fin pretendido, ya ha sido valorado por la juez «a quo», 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.

En el campo del derecho aplicado con sede en el Art. 191 letra c) de la LPL, el trabajador-accionante denuncia en el primero de los ordinales del motivo, infracción de la jurisprudencia sentada por las sentencias del TS de 25.02.93, 08.04.98 y 21.09.99, doctrina que viene a establecer que el proceso de despido es idóneo para resolver sobre el importe del salario y que el debate sobre cual debe ser el salario procedente es adecuado al proceso de despido y según se instó en la revisión fáctica el salario del actor es el de 375.000 pesetas mensuales con la prorratea de pagas extraordinarias, ya que es ese el salario que percibía y que queda acreditado con el documento correspondiente, y en el segundo de los ordinales del motivo denuncia infracción del artículo 53.1.b) y 4 del ETT y artículo 122.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con su apartado 3, alegando que el mandato de puesta a disposición de la indemnización legal, solo puede entenderse cumplido si, en el mismo acto en que el trabajador se sabe despedido dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la ley confiere y solo el error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador puede impedir la declaración de nulidad del despido, existiendo un error inexcusable pues el salario del trabajador asciende a la cantidad de 375.000 pesetas y es este el que debe servir de modulo para el cálculo de la indemnización, error de tal entidad que obligaría a la autoridad judicial a la declaración de nulidad del despido. Y también con el mismo amparo procesal en el apartado c) del mismo artículo, denuncia la parte recurrente con carácter subsidiario, que en el supuesto de considerar el error excusable, se mantendría la declaración de improcedencia del despido, mas la indemnización habría de ajustarse al salario regulador de 375.000 pesetas y de conformidad con el artículo 56 del ETT la

indemnización ascendería a 14.250.000 pesetas, en lugar de la de 7.207.200 pesetas que figuran en el fallo judicial y el importe de los salarios de tramitación ascendería a 12.500 pesetas día.

La parte suplicante da por sentado que la pretensión revisoria deducida que postulaba en el motivo fáctico relativo al salario 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 que se utiliza al recurrir, haciendo inaplicable al supuesto del proceso la existencia de la vulneración acusada. Siendo además de señalar que es reiterada la doctrina que señala que el salario que ha de servir de módulo para fijar los salarios de tramitación y la indemnización legal por despido es el que percibe el trabajador o el que tiene derecho a percibir en el momento del despido y este no es otro que el fijado por la juez «a quo» de 189.000 pesetas, y partiendo de este salario es correcto el cálculo de la indemnización y salarios de tramitación efectuado por la juez «a quo».

Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y en el ordinal último y

con carácter subsidiario denuncia la parte recurrente infracción del artículo 56.1.b) del ETT, alegando que en el fallo judicial reconoce los salarios de tramitación hasta la fecha de la presente resolución, y no hasta la fecha de notificación de la misma, infringiendo así la citada norma que establece su devengo desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. Pues bien respecto de ello cabe decir que el artículo 56.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone literalmente:

«1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquélla:

a) Una indemnización de 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.

b) 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 improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

El empresario deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios a que se refiere el párrafo anterior».

Por su parte, el artículo 110 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral ordena, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

«1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1, párrafo a), del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La condena comprenderá, también, el abono de la cantidad a que se refiere el párrafo b) del propio apartado 1, con las limitaciones, en su caso, previstas por el apartado 2 de dicho artículo y sin

perjuicio de lo establecido en el apartado 5 del mismo».

De la interpretación conjunta y concordada de ambos preceptos, se desprende que, calificado el despido como improcedente, el trabajador despedido tiene derecho a que se le abone por el empresario 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 improcedencia», y además, a opción del empresario - salvo que el despedido sea un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical -, a ser readmitido o, como alternativa de la readmisión, percibir una indemnización de 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. Es decir, que las percepciones económicas a las que, en su caso, tiene derecho el trabajador se corresponden con períodos de tiempo sucesivos: la del apartado a) del artículo 56.1, para cuyo cálculo se computan los años, o meses, de servicios, que obviamente abarca desde el ingreso hasta la fecha del cese, y la del apartado b) del mismo artículo y número, que equivale a los salarios «dejados de percibir» desde la fecha del cese hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia de éste. Por consiguiente y habiéndose establecido en la sentencia recurrida que los salarios de tramitación se extienden hasta la fecha de la presente resolución es obvio que incurre la sentencia en la infracción denunciada, y por ello procede solo en este punto estimar el recurso en el sentido de precisar que el abono de los salarios de tramitación se extenderá desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

TERCERO.- La empresa recurrente interpone recurso de suplicación a través de dos motivos, dedicado el primero a revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas. 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, en concreto pretende la revisión del HDP 3, su supresión y su sustitución por otro con el siguiente tenor literal: «El empresario demandado en sus declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondientes a los ejercicios de 1998, 1999, y 2000, hizo constar unos rendi-

mientos netos negativos de 12.790.226 pesetas, 8.773.721 pesetas y 6.853.425 pesetas, respectivamente». Y dicha revisión fáctica que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante en autos, a saber las declaraciones del IRPF, la sala estima que no puede prosperar, por cuanto que, por un lado dichas declaraciones del IRPF, no son documentos hábiles para revisar, pues no se trata de documentos indubitados, sino que son documentos de confección unilateral, constituyen en definitiva una manifestación de parte que nada acredita sobre la veracidad o certeza consignados en dicha declaración, y por ello carentes de valor revisorio alguno. Y además se trata de documentos que ya han sido valorado por la juez «a quo», 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.

Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el apartado del examen del derecho aplicado denuncia la empresa recurrente en primer lugar infracción del artículo 52-c) del ETT, en relación con el artículo 51-1 del mismo texto legal así como infracción de la jurisprudencia, concretamente de la doctrina contenida en las sentencias del TS de fechas 24 de abril de 1996 entre otras.

La parte suplicante da por sentado que la pretensión revisoria deducida que postulaba en el motivo fáctico relativo a la constancia de los rendimientos netos negativos en los años 1998, 1999, y 2000 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 certas 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 que se utiliza al recurrir, haciendo inaplicable al supuesto del proceso la existencia de la vulneración acusada.

Y finalmente la empresa recurrente con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia con carácter subsidiario que la sentencia de instancia incurre en infracción de lo dispuesto en el artículo 53.5 del ETT, alegando en síntesis que en la sentencia de instancia se reconoce que la empresa abono al actor, por razón de la extinción del contrato, la cantidad total de 1.806.275 pesetas, si bien dicho pago no se hizo constar en el fallo de la sentencia a los efectos previstos en el transcrito artículo 53.5 del ETT, esto es, a fin de que el actor lo devolviera en el supuesto de readmisión o se dedujera de la indemnización por despido improcedente fijada en la cantidad de 7.207.200 pesetas, por lo que solicita que subsidiariamente se condene a la empresa únicamente a abonar al actor la cantidad de 5.900.000 pesetas resultado de deducir de la indemnización fijada (7.707.200 pesetas) la cantidad ya percibida por el actor (1.806.275 pesetas).

Que el artículo 53.5 del ETT establece que: “La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de esta el importe de dicha indemnización.

Por su parte el artículo 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que: “Cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario

en los términos previstos para el despido disciplinario sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al periodo de preaviso” 3.- “En los supuestos en que proceda la readmisión, el trabajador habrá de reintegrar la indemnización recibida”. 4.- “El juez, acordara, en su caso, la compensación entre la indemnización percibida y la que fija la sentencia”.

Por ello la Sala estima, que si la sentencia de instancia reconoce que la empresa abono al actor la cantidad de 1.401.972 peseta, correspondiente al 60% de la indemnización (y no la cantidad de 1.806.275 pesetas como recoge la empresa recurrente en el recurso), lo cierto es que de conformidad con los preceptos transcritos, dicha cantidad hay que deducirla de la indemnización por despido improcedente fijada en la sentencia y que asciende a 7.207.200 pesetas, o bien en el supuesto de readmisión que el trabajador la devuelva, por tanto y apreciándose en este único aspecto del recurso la infracción denunciada procede la estimación parcial del recurso y la revocación parcial de la sentencia, en el sentido antes indicado de hacer constar en el fallo de la misma los efectos previstos en el artículo 53.5 del ETT.

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

Fallamos

Que estimando en parte los recursos de duplicación interpuestos por el trabajador y por la empresa, y revocando en parte la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social UNO de A Coruña en fecha de veinticuatro de septiembre de dos mil uno, en autos 630/01 seguidos a instancia de don J.M.L.B. contra la empresa “J.L.M.S.”, debemos declarar y declaramos que la duración de los salarios de tramitación habrán de extenderse desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia de instancia, y asimismo declaramos que del importe de la indemnización fijado en la sentencia de instancia de 7.207.200 pesetas, habrá de deducirse la cantidad ya percibida por el actor y que asciende a 1.401.972 pesetas, y si el empresario optare por la readmisión, el trabajador habrá de reintegrar dicha cantidad, importe de la indemnización percibida. Devuélvase a la empresa recurrente el depósito constituido y el exceso de lo consignado, según los términos de esta sentencia.

3359 Recurso nº 809/02

S.S. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO. INCONGRUENCIA OMISIVA: NON CONCURRE. ACUMULACIÓN INDEBIDA DE ACCIÓN: INEXISTENCIA.

Ponente: Ilmo. Don Luis F. de Castro Fernández

A Coruña, a trece de marzo de dos mil dos.

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. 809/02 interpuesto por "T.V.E., S.A." 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 doña M.V.R. en reclamación de despido siendo demandado "T.V.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 741/01 sentencia con fecha uno de diciembre 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 M.V.R. licenciada en Ciencias de la Información tuvo su primera relación profesional con "T.V.E., S.A." realizando prácticas en los veranos de 1995 y 1996 y durante el periodo de 3 al 26 de diciembre de 1997 fue contratada laboralmente como redactora./2º.- La actora, por indicación de la empresa, formalizó escritura de constitución de sociedad limitada el 01.02.99 denominada "M.V.R.C., S.L." escritura que se tiene por reproducida en su integridad, siendo de carácter unipersonal, siendo su capital social de 500.000 pesetas, aportándose 81.000 ptas. en dinero y el resto en los siguientes bienes: ordenador, monitores Monix CTX 17 digital, impresora marca Epson Stylus 600c, vídeo marca Telefunken, Televisor marca Sanyo,

máquina de escribir eléctrica Nakajima All Co, mesa oficina, silla, mueble Bureau y mueble estantería-librería. La administradora única es la propia actora y socia, estando dada de alta en el RETA desde el 01.02.99, los estatutos de la referida sociedad, que se tienen por reproducidos, establecen lo siguiente: "La sociedad tiene por objeto la redacción de noticias para medios audiovisuales y procesos técnicos necesarios para la difusión de noticias, ejercido, en su caso, por los correspondientes profesionales con titulación suficiente. Las actividades integrantes del objeto social podrán ser realizadas por la sociedad, ya directamente, ya indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto idéntico o análogo o mediante cualesquiera otras formas admitidas en Derecho. El domicilio de la sociedad se establece en A Coruña, Calle Por acuerdo del órgano de administración, podrán ser creadas, suprimidas o trasladadas las sucursales, agencias o delegaciones que el desarrollo de la actividad social haga necesarias o convenientes, tanto en territorio nacional como extranjero. La curación de la sociedad es indefinida y da comienzo a sus operaciones el día del otorgamiento de la escritura fundacional."/3º.- La sociedad "M.V.R.C., S.L." y la empresa demandada suscribieron contrato de "arrendamiento de servicios" de 22.02.99, que se tienen por reproducidos, en el que se establece, entre otros apartados, los siguientes: "El presente contrato tiene por objeto el suministro a "T.V.E., S.A." por parte del prestatario de los servicios de información literaria, noticias y reportajes, necesarios para la programación del Centro Territorial de "T.V.E., S.A." en Galicia, generadas en la ciudad de La Coruña y su zona de influencia. El servicio será prestado de acuerdo a lo estipulado en el Anexo I, donde se fijan asimismo las tarifas aplicables a los servicios. Todos los derechos de explotación sobre los materiales (noticias y reportajes), aceptados por "T.V.E., S.A.", corresponden a esta en exclusiva". En el anexo I del contrato se establece: "El precio unitario de cada uno de los servicios será el siguiente: noticia 5.000 pesetas (cinco mil pesetas) y el reportaje 7.000 ptas. (siete mil pesetas), ambos casos más el IVA que legalmente corresponda. No supondrá ningún cargo adicional en el precio la grabación de noticias en sábado, domingo o festivo. "M.V.R.C., S.L." realizará el servicio contratado con sus propios medios técnicos. "T.V.E., S.A.", abonará al prestatario del servicio, previa presentación de la factura, los gastos originados por desplazamientos externos, siempre

que estén debidamente justificados. A estos efectos se fija el precio del kilómetro en 29 ptas./4º.- Durante los ejercicios 1999, 2000 y 2001 la sociedad "M.V.R.C., S.L." solo ha procedido a facturarle a "T.V.E., S.A."./5º.- El 20.02.2001 la empresa demandada y "M.V.R.C., S.L." suscribieron contrato de 20.02.2001, el cual se tiene por íntegramente reproducido, previa instrucción de expediente 2000/283, que se reproduce en su integridad, que tiene por objeto lo siguiente: "El presente contrato tiene por objeto el suministro al centro territorial de "T.V.E., S.A." en Galicia, de los servicios contemplados en de la partida 8, ítem 1 (Coruña y provincia) del expediente 2000/283, "CONTRATACION SERVICIOS DE INFORMACION LITERARIA CRONICAS, NOTICIAS Y REPORTAJES, PARA LA PROGRAMACION DE LOS CENTROS TERRITORIALES DE TELEVISION ESPAÑOLA EN ANDALUCIA, ARAGON, BALEARES, CANTABRIA, CASTILLA-LA MANCHA, CASTILLA-LEON, EXTREMADURA, GALICIA, MURCIA Y NAVARRA" cuyos precios se incluyen en el anexo I al presente documento. El servicio será prestado en su totalidad de acuerdo a la oferta adjudicada, el Pliego de Condiciones y las Condiciones Generales de Contratación que obran en el expediente, condiciones que declaran conocer las partes firmando en este acto su conformidad con las mismas el representante del prestatario de los servicios. En el anexo I al presente contrato se incluyen los precios unitarios de cada uno de los servicios contemplados en el expediente. Todos los derechos de explotación sobre los materiales objeto del presente contrato aceptados por "T.V.E., S.A.", corresponden en exclusiva a ésta"/6º.- La actora, como redactora de "T.V.E., S.A.", desarrollaba las actividades que se acreditan en la prueba documental nº 4 de la actora, prueba que se tiene por íntegramente reproducida, y la misma poseía acreditación de TVE./7º.- La actora debía percibir por su categoría profesional, según convenio colectivo de RTVE la cantidad de 423.964 ptas. mensuales incluido prorrateo de pagas extraordinarias que se corresponde al nivel económico 1./8º.- La actora disfrutó de vacaciones anuales en la empresa demandada./9º.- El 03.09.01 la actora presentó denuncia ante la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, citándose por fax a la empresa demandada el 05.09.01 y emitiéndose informe el 21.09.01, al igual que actas de liquidación de cuotas, los cuales se reproducen./10º.- El 06.09.01 se le comunica a la actora por los servicios de seguridad de la empresa que tiene prohibida la entrada a los locales de la misma.

Desde dicha fecha la actora no recibe ningún encargo por parte de "T.V.E., S.A."./11º.- La prestación de servicios de la actora se realizó en los locales de la empresa demandada, en el edificio "..." de los ... de A Coruña, donde se ubica la sede del centro territorial de "T.V.E., S.A.", disponiendo de llave de dicho local, utilizando el equipo y materiales propios de la empresa demandada y el medio de transporte para desplazamientos de trabajo es pagado por la empresa. Depende en el trabajo del jefe de informativos y las instrucciones directas las realiza el editor de informativos, que se pone en contacto con la actora todos los días por la mañana para realizar el plan de trabajo sobre las 9.00 horas y esto se realiza, desde, aproximadamente, 3 años. La actora, para prestar sus servicios, tenía acceso al servicio informático de informativos. La actora, habitualmente, prestaba sus servicios en compañía del reportero gráfico don R.Q.J., realizándose el visionado dentro de los locales de la empresa./12º.- El 15.03.01 la empresa demandada envía escrito a la actora recordándole la necesidad de que el contrato se cumpla en sus propios términos, si bien la actora siguió ejerciendo sus funciones en las condiciones anteriormente descritas. Dicha escrito es consecuencia de otro de la Dirección de Asesoría Jurídica del organismo demandado de 15.02.01 en el que se establece lo siguiente: "Examinando el borrador del contrato, se considera ajustado a Derecho. Ahora bien, dada la naturaleza de este tipo de contratos y la presunción legal de que pueda existir, por desviaciones de las cláusulas contractuales, posibles relaciones laborales encubiertas, es necesario justificar que el contrato ha de cumplirse en sus propios términos, y que en concreto, a estos corresponsales no debe entregarse ningún tipo de material por parte de "T.V.E., S.A.", ni ordenarse las labores a realizar, ni correr con los gastos de comidas, transportes, etc. ni por supuesto, facilitárseles mesas o despachos dentro de las dependencias de "T.V.E., S.A.". Como consecuencia de lo anterior, el jefe de informativos, don J.O.R.N. mantuvo reuniones con los trabajadores y la actora, manifestándose que no podían utilizar los recursos de la empresa y ello debido a las reclamaciones de diversas personas que prestan servicios para "T.V.E., S.A." sobre la laboralidad de su situación y diversas acciones contra la empresa./13º.- La actora no ostenta representación legal o sindical de los trabajadores./14º.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 26.09.01 con el resultado de sin avenencia

previa papeleta presentada el 14.09.01. Se presentó demanda el 27.09.01.”

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.V.R. debo declarar y declaro la nulidad del despido efectuado por la empresa “T.V.E., S.A.” por violación de la garantía de indemnidad, condenando a ésta a que, de forma inmediata, proceda a la readmisión de la actora en las mismas condiciones existentes con anterioridad, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde el momento del despido, debiendo abonar la empresa a la actora, la cantidad de 250.000 pesetas en concepto de indemnización por daños morales.”

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 recurrente “T.V.E., S.A.” interesa –por el cauce del art. 191.b LPL– que el cuarto de los HDP se complete con la indicación de que «No consta en los contratos aportados, que exista ninguna cláusula por la que se limite la prestación de servicios en exclusiva a la empresa “T.V.E., S.A.”».

Se acepta la revisión, pues si bien por regla general en el relato fáctico únicamente han de incluirse los hechos positivos –los «hechos que estime probados» el Juzgador, en dición del art. 97.2 LPL– y no tienen cabida en el mismo los hechos negativos, tal regla tiene la razonable excepción de aquellos supuestos en que la «ausencia del hecho» puede trascender –al menos teóricamente– a la parte dispositiva, en términos que tal posible relevancia justifique su inclusión entre los HDP. Y en el caso de autos, la documental aportada pone de manifiesto que –efectivamente– los contratos suscritos entre las partes no imponían formalmente esa dedicación exclusiva a la demandada “T.V.E., S.A.”.

SEGUNDO.- Con la misma cobertura procesal se insta incluir en el ordinal quinto la referencia a que en el mismo clausulado contractual al que el HDP alude se hace constar que “M.V.R.C., S.L.”, realizará el servicio contratado con sus propios medios técnicos».

No hay ningún inconveniente en admitir el añadido, porque la prueba documental que al efecto se invoca así lo acredita; y ello aunque ninguna trascendencia haya de tener para la parte dispositiva

TERCERO.- En igual apartado revisorio se solicita nueva redacción al sexto de los HDP, en los términos que siguen: «La actora ha elaborado las noticias que se relacionan en los estadillos obrantes a los folios 163 a 168 de las actuaciones, así como 318 a 326, en donde constan las que ha elaborado en los meses que van desde marzo, abril y mayo de 1999, con respecto al año 2000, constan las noticias elaboradas, desde mayo hasta diciembre, y de 2001, de enero hasta agosto».

En la redacción de la sentencia, el ordinal sexto hace referencia a las actividades de la demandante como «Redactora» y si bien se remite –en forma censurable y poco ortodoxa– a prueba que tiene íntegramente por reproducida (folios 67 a 172), la Sala considera que lo único que el Magistrado pretende dar por acreditado es que la accionante desarrollaba las tareas de información literaria, noticias y reportajes, que era precisamente el objeto del contrato de «arrendamiento de servicios» y que en manera alguna había sido objeto del debate; a tal efecto nos remitimos al acta de juicio, en la que en trámite de contestación la demandada no cuestionó –nunca– que la actividad material de la Sra. V. no fuera la ya referida, sino que la misma la prestaba por cuenta de la sociedad –“M.V.R.C., S.L.”– con la que se había concertado el «arrendamiento de servicios».

Y el recurso aprovecha esta innecesaria referencia del Magistrado a la «actividad» y a la prueba en que se había basado para obtener de esta última unas conclusiones que se salen del marco del debate de instancia y que en todo caso no tienen justificación. Porque rechaza lo que considera indebida aceptación –por parte del Juzgador– de la prueba actora en bloque y porque haciendo una sesgada –creemos– interpretación del citado ramo de prueba viene a calificar tales actuaciones como las únicas realizadas por la misma (ello se evidencia en el razonamiento del motivo), siendo así que los citados y numerosos documentos no van dirigidos a acreditar –entendemos que así lo valoró el Magistrado– la totalidad de los servicios prestados para la demandada por la reclamante, sino un ejemplo –variado– de la «actividad» realizada.

CUARTO.- Bajo la misma cobertura del art. 191.b LPL, la recurrente "T.V.E., S.A." interesa que se suprima el séptimo de los HDP, por predeterminante del fallo. Se recuerda que tal ordinal indica que «La actora debía percibir por su categoría profesional, según convenio colectivo de RTVE, la cantidad de 423.964 ptas mensuales, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias que se corresponde al nivel económico I».

Se acepta la pretensión, por cuanto que si es objeto de debate la laboralidad del vínculo entre las partes, la expresión «la actora debía percibir por su categoría profesional» —sin duda alguna— predeterminante del fallo, en tanto que anticipa la decisión judicial respecto del extremo nuclear en discusión, y que —por lo mismo— no puede acceder a la parte histórica de la sentencia, sino que en su caso tendrían adecuada ubicación y razonamiento en la fundamentación jurídica (a título de ejemplo, SSTs 19.junio.89 Ar. 4.811 y 07.junio.94 Ar. 5.409; y SSTSJ Galicia 08.noviembre.00 R. 4.364/00, 30.noviembre.00 R. 4.288/97, 30.noviembre.00 R. 3.754/99, 07.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. 1.008/00, 30.mayo.01 R. 2.125/01, 05.julio.01 R. 3.394/00, 29.junio.01 R. 4.292/00, 04.octubre.01 R. 4.377/01, 31.enero.02 R. 3.035/99, 15.febrero.02 R. 1.643/01 y 23.febrero.02 R. 3.317/98).

La sentencia debiera haberse limitado a indicar que en el Convenio Colectivo de RTVE el salario mensual correspondiente a un Redactor es —con prorrateo de gratificaciones extraordinarias— de 423.964 pesetas. Pero incluso esta indicación es innecesaria —indebida, más bien— dado el carácter normativo de los convenios colectivos y su publicación —los de ámbito estatal— en el BOE, lo que excusa de toda prueba al respecto; y ello a diferencia de los convenios de ámbito inferior y publicados en los boletines oficiales de provincia, que por tener que probarse han de tener también el tratamiento procesal de los hechos, justificando su inclusión en el relato fáctico de la sentencia.

En definitiva se acepta la supresión interesada, sin perjuicio de que la citada retribución haya de ser tenida en cuenta en la fundamentación jurídica y en la parte dispositiva.

QUINTO.- Como última pretensión revisoria se propone por la recurrente la supresión del último párrafo del HDP Duodécimo, alusivo a que «y ello debido a las reclamaciones de diversas personas que prestan servicios para "T.V.E., S.A." sobre la laboralidad de su situación y diversas acciones contra la empresa». Y ello se ampara en el argumento de que tales reclamaciones fueron posteriores y que en todo caso la afirmación judicial —circunstancia alegada en todos los motivos precedentes— era predeterminante del fallo.

En primer lugar, la afirmación de que las reclamaciones son posteriores a la instrucción de la Asesoría jurídica (15.02.01) y la reunión con el Jefe de Informativos, no deja de ser voluntarista, en tanto que el documento del folio 190 no hace palmaria la existencia de reclamaciones anteriores, judiciales o meramente privadas. Y en segundo término, muy al contrario de lo que sostiene el recurso no se trata de concepto predeterminante alguno, si no de meros extremos fácticos que no se avienen con los intereses de la parte. Tal como tenemos indicado en multitud de ocasiones —SSTSJ Galicia 13.mayo.99 R. 1.847/96, 14.julio.01 R. 3.037/00, 18.julio.01 R. 287/99, 17.septiembre.01 R. 3.584/00, 17.septiembre.01 R. 3.605/00, 10.octubre.01 R. 4.520/00, 25.octubre.01, 24.noviembre.01 R. 1.458/98 y R. 4.908/00 y 15.febrero.01 R. 3.960/98—, empleando palabras del Tribunal Supremo, «la tesis del recurso llevaría a concluir que todo hecho probado que contenga una sentencia es determinante del fallo, lo que obviamente no es de recibo, pues una cosa es la valoración del juzgador al sentar el relato histórico —que puede realizar en conjunto atendido el resultado de la prueba sin precisión particularizada de por qué sienta sus afirmaciones— y otra la calificación jurídica de los datos fácticos subsumidos en la norma. Y sólo cuando la valoración entraña calificación estaremos ante supuesto en que se prejuzgue el fallo y entonces el resultado será tener por no puesta la afirmación predeterminante del fallo» (STS 19.junio.89, Ar. 4.811).

SEXTO.- Ya por el cauce del art. 191.c LPL, la Entidad recurrente denuncia infracción de los arts. 1 y 2 LPL, insistiendo en la incompetencia de jurisdicción ya rechazada en la instancia. Alegato que efectúa con el doble razonamiento de que: (a) la afirmación de laboralidad del vínculo supone implícita declaración de nulidad de la Sociedad Limitada constituida por la accionante, tema éste —se

dice- de competencia de jurisdicción civil; y (b) la demandante no era trabajadora -en régimen estatutario- de RTVE, sino simple colaboradora en régimen mercantil.

1.- La primera de las afirmaciones es de absoluta gratuidad, porque en autos se acciona por despido y ninguna pretensión se hace respecto de la validez jurídica de la sociedad constituida por la actora a instancias de la demandada, siquiera la constatación del substrato vincular existente entre partes pueda servir de base para consecuencias jurídicas cuyo pronunciamiento sí -efectivamente- en su caso corresponda hacer a la jurisdicción civil con plenitud de efectos; pero como el orden competente viene determinado por el objeto propio del proceso, que es el expresado en el suplico de la demanda y ratificado en el acto de juicio, el hecho de que en el presente supuesto sea el de despido, materia laboral por antonomasia, determina que la competencia se residencie en los órganos sociales.

Es más, aunque el examen de la pretensión de autos requiriese -que no requiere- la calificación de la tan traída sociedad como ineficazmente constituida, incluso el conocimiento y decisión sobre este específico extremo sería competencia de esta jurisdicción, habida cuenta de que -art. 4 LPL- «la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que esté directamente relacionadas con las atribuidas al mismo [...] serán decididas en la resolución judicial ... La decisión que no producirá efecto fuera del proceso en que se dicte».

2.- Tampoco la segunda vía puede estar más privada de apoyo, siendo así que el recurso ni siquiera ha pretendido suprimir o modificar el ordinal undécimo de los HDP, en el que se afirma: «La prestación de servicios de la actora se realizó en los locales de la empresa demandada, en el edificio "...» de los ... de A Coruña donde se ubica la sede del centro territorial de «T.V.E., S.A.», disponiendo de llave de dicho Local, utilizando el equipo y materiales propios de la empresa demandada y el medio de transporte para desplazamientos de trabajo es pagado por la empresa. Depende en el trabajo del jefe de informativos y las instrucciones directas las realiza el editor de informativos, que se pone en contrato con la actora todos los días por la mañana para realizar el plan de trabajo sobre las 9.00 horas y

esto se realiza, desde, aproximadamente, 3 años. La actora, para prestar sus servicios, tenía acceso al servicio informático de informativos. La actora, habitualmente, prestaba sus servicios en compañía del reportero gráfico don R.Q.S., reali-zándose el visionado dentro de los locales de la empresa».

Con tales manifestaciones - inmodificadas - no cabe afirmar sino que estamos en presencia de una relación laboral. Ha de tenerse en cuenta -STSJ Galicia 31.enero.02 R. 6.357/01- que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el nomen iuris o la configuración oficial -afiliación a la Seguridad Social- que errónea o interesadamente puedan darle las partes (SSTS 13.junio.88 Ar. 5.272, 23.octubre.89 Ar. 7.310, 08.octubre.92 Ar. 7.622, 10.abril.95 Ar. 3.040 y 20.septiembre.1995 Ar. 6.784; STSJ Galicia 23.septiembre.97 R. 3.394/97, 25.enero.99 R. 47/96, 27.enero.99 R. 481/96, 18.febrero.00 R. 5.596/99 y 23.febrero.01 R. 3.647/97), habida cuenta de que el carácter laboral o extralaboral de una relación, no puede quedar al libre arbitrio y disposición de los contratantes, sino que viene determinado por sus reales de las prestaciones y por la concurrencia de los presupuestos delimitadores de la relación de trabajo (SSTS de 18.abril.88 Ar. 2.974, 21.julio.1988 Ar. 6.214 y 05.junio.90 Ar. 5.019).

Asimismo, para apreciar la existencia de relación de trabajo en régimen estatutario es preciso acreditar -STSJ Galicia 30.mayo.01 R. 2.265/01- que la actividad se presta «dentro del ámbito de organización y dirección de otro» y que el servicio se haga «a cambio de un retribución», (SSTS de 23.01.90 Ar. 196, 23.01.90 Ar. 197, 5-3-90 Ar. 1.756, 23.04.90 Ar. 3.480 y 21.09.90 Ar. 7.926), o lo que es igual, es necesario probar la prestación de servicios bajo las notas de ajeneidad, dependencia y carácter retribuido de aquella (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 07.junio.89 Ar. 4.546, 13.noviembre.89 Ar. 8.041, 05.marzo.90 Ar. 1.755, 04.junio.90 Ar. 5.006, 06.junio.90 Ar. 5.027, 30.noviembre.90 Ar. 8.618, 27.mayo.92 Ar. 3.678, 25.mayo.93 Ar. 4.121, 29.septiembre.93 Ar. 04.noviembre.93 Ar. 8.543, 26.enero.94 Ar. 380, 27.enero.94 Ar. 383, 14.febrero.94 Ar. 1.035, 07.marzo.94 Ar. 2.210, 10.abril.95 Ar. 6.784, 12.abril.96 Ar. 3.075). Y todas estas

notas se ponen de manifiesto en la simple redacción del citado ordinal undécimo de los HDP, en forma tan meridianamente clara e inequívoca que resulta ocioso referir cuáles son las afirmaciones judiciales –del indicado ordinal– que configuran las diversas notas distintivas del contrato de trabajo, que antes señalamos: lo obvio habla por sí mismo.

3.- En todo caso se impone resaltar que no es admisible –en contra de tal conclusión– argumentar la escasa actividad profesional desarrollada por la actora, como el recurrente hace, pues éste es un planteamiento que –aparte de su intrascendencia para la calificación jurídica del vínculo– no se hizo en la instancia (nos remitimos al acta de juicio) y es constante doctrina de Suplicación la de que en este trámite extraordinario la temática a dilucidar se encuentra limitada –aparte de cuestiones procesales y de orden público– al enjuiciamiento de materias jurídicas y fácticas planteadas en la instancia (a título de ejemplo, las SSTs 11.julio.89 Ar. 5.453, 22.diciembre.89 Ar. 9.261, 08.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 19.enero.01 R. 5.288/00, 25.enero.01 R. 4.007/97, 08.febrero.01 R. 5.534/00, 21.febrero.01 R. 5.503/99, 05.julio.01 R. 3.486/00, 11.julio.01 R. 3.093/01, 08.noviembre.01 R. 4.960/01, 10.enero.02 R. 3.314/98, 18.enero.02 R. 4.469/98 y 23.febrero.02 R. 4.118/98).

SÉPTIMO.- Con amparo expreso en el art. 191.c LPL se acusa incongruencia omisiva, con vulneración de diversa doctrina jurisprudencial, porque –se dice– «Al folio 64 vuelto de las actuaciones [acta de juicio] al alegar la excepción de caducidad, señala como el del día 9 de julio de 2001, sin que la sentencia toque para nada el tema, limitándose a decir que el despido tácito se produce en otra fecha [...] Se ha quedado el tema sin resolver, con indefensión de esta parte, que no ha obtenido contestación a uno de sus argumentos, constando al folio 66 vuelto, acta de juicio, la declaración del testigo en donde afirma haber sostenido una conversación personal con la actora, indicándole que no era trabajadora de la empresa, sin que este extremo tenga el más mínimo reflejo ni en los antecedentes de hecho, ni en los fundamentos».

1.- Reproduciendo lo afirmado –entre otras– en STSJ Galicia 4.octubre.01 R. 3.976/98, se ha recordado que para el Tribunal Constitucional «la llamada incongruencia omisiva o ex

silencio, [...] se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, 56/1996, 58/1996, 85/1996 y 26/1997). Y –también se recuerda– que en la jurisprudencia ordinaria se sostiene que la incongruencia omisiva consiste en el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, con sustracción –a las referidas partes– del verdadero debate contradictorio y con la consiguiente denegación técnica de Justicia, determinante de indefensión material y contraria a la efectiva tutela judicial, derecho fundamental que comporta la legítima aspiración del ciudadano litigante a obtener de los Tribunales una respuesta razonada a sus pretensiones correctamente planteadas, pero siempre que el silencio de éstos no pueda razonablemente interpretarse como una desestimación tácita (entre las últimas, las SSTC de 08.febrero.93 Ar. 40, 14.marzo.94 Ar. 87, 09.mayo.94 Ar. 132, 23.octubre.95 Ar. 150, y las que en ellas se citan), conforme a consolidada doctrina jurisprudencial de la que son exponentes las SSTs 01.febrero.93 Ar. 1.151 y SSTC 369/93, de 13.diciembre y 87/94, de 14-marzo (igualmente, SSTSJ Galicia –entre tantas– 19.mayo.98 R. 2.902/95, 30.octubre.98 R. 4.469/95, 30.octubre.98 R. 3.570/98 y 11.diciembre.98 R. 5.647/95), puesto que para resolver la cuestión de la exhaustividad de la sentencia ha de partirse de la base –SSTC 128/1992, de 28.septiembre; y 226/1992, de 14.diciembre– de que el problema de la relevancia que corresponde atribuir a la ausencia de respuesta judicial expresa no es susceptible de ser resuelto con un criterio unívoco que lleve en todos los supuestos a considerar dicho silencio como lesivo del derecho fundamental, sino que hay que examinar las circunstancias en cada caso concreto para establecer si el silencio del órgano judicial puede o no ser razonablemente interpretado como la indicada desestimación tácita.

Y reiterando doctrina expuesta en multitud de precedentes sentencias (SSTSJ Galicia 04.noviembre.94 Rec. 89/1993, 15.febrero.95 Rec. 559/1993, 12.mayo.95 Rec. 375/1993, 22.octubre.96 Rec. 2.933/1994, 05.abril.97 Rec. 3.831/1994, 07.noviembre.97 AS 3.469 y 30.octubre.98 R. 3.570/98 y 30.septiembre.00 R. 1.712/97), ha de rechazarse lo que puede calificarse como mera declaración de conocimiento o como simple «emisión de una declaración de voluntad», que sería una proposición apodíctica (STC 159/1992, 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 27/1993, de 25.enero), la obligada tutela se satisface cuando simplemente se expresa con claridad el motivo que lleva a resolver la pretensión (así, SSTC 116/1986, de 08.octubre; 13/1987, de 05.febrero; 55/1987; 75/1988, de 25.abril; 13/1989, de 05.febrero; 36/1989; 14/1991, de 28.enero; 34/1992, de 18.marzo; 22/1994, de 27.enero; 27/1993, de 25.enero; 304/1993, de 25.octubre; 58/1994, de 28.febrero; 192/1994, de 20.junio...), siendo así que el citado derecho fundamental no impone servilismo a las alegaciones de las partes (SSTC 159/1992, de 26.octubre; 67/1993, de 01.marzo; y 171/1993, de 27.mayo) ni hace exigible una respuesta pormenorizada a los argumentos de los litigantes (STC 93/1990, de 15.marzo).

Más concretamente, la STS 13.mayo.98 Ar. 4.645 expresa «cita literal» que «Para que una sentencia incurra en el vicio de incongruencia por omisión es preciso que se dé una falta de respuesta razonada en la resolución judicial al planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes para fijar el fallo. Sólo así se daría una denegación tácita de justicia contraria al artículo 24.1 de la Constitución (STC 53/1991, de 11.marzo). Como dice la STC 91/1995 (19.junio), el artículo 24.1 de la Constitución no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de suerte que si el ajuste es sustancial y se resuelven, aunque sea genéricamente, las pretensiones no existe incongruencia, pese a que no haya pronunciamiento respecto de alegaciones concretas no sustanciales, pues sólo la omisión o falta de respuesta y no la respuesta genérica

o global a la cuestión planteada entraña vulneración de la tutela judicial efectiva» (STC 91/1995, de 19.junio). El silencio puede constituir una desestimación tácita suficiente, si bien en tales casos es necesario que ello pueda deducirse de otros razonamientos de la sentencia o pueda apreciarse que la respuesta expresa no es necesario o imprescindible (SSTC 68/1988 y 95/1990), como afirma la Sentencia 85/1996, de 21.mayo, según la que «Hay que destacar dos notas esenciales para identificar esta infracción: por una parte que conste el planteamiento de un elemento esencial de la pretensión cuyo conocimiento y decisión por el Tribunal sean trascendentes a los efectos de fijar el fallo; por otra parte que el órgano judicial en su resolución no dé respuesta a la misma. Puede añadirse, por extensión, una tercera nota identificadora, consecuencia lógica de la obligación de motivar las resoluciones judiciales: la necesidad de que razonablemente no pueda deducirse del conjunto de la resolución la existencia de, al menos, una desestimación tácita de la cuestión planteada». Y añade que «en estas circunstancias la falta de pronunciamiento sobre una determinada cuestión se convierte en una denegación tácita de justicia y resulta por lo tanto contraria al artículo 24.1 CE (STC 53/1991)». Baste, para cerrar este repertorio, la cita de la Sentencia 87/1994, de 14.marzo, cuando afirma que «no existe una incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta judicial se refiere a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras también planteadas en el proceso que al ser de enjuiciamiento preferente —por su naturaleza o conexión procesal— hacen innecesario un pronunciamiento sobre aquellas otras (por todas, STC 4/1994)».

2.- Pues bien, el fundamento cuarto de la sentencia recurrida dice «en referencia a la excepción alegada» que «por lo que se refiere a la caducidad de la acción de despido, si queda acreditado que el despido tácito se produjo el 06.09.01, cuando los servicios de seguridad de la empresa niegan la entrada de la actora al edificio "...», sin recibir, desde esa fecha, ningún encargo por parte de la empresa, habiéndose presentado papeleta de conciliación el 14.09.01, celebrándose acto de conciliación en el SMAC el 26-9-01, presentándose demanda el 27.09.01, no ha transcurrido el plazo de 20 días para acreditarla, sin que se pruebe con rotundidad otra fecha anterior al 06.09.01, ». Y con tal respuesta a la excepción la presente denuncia en manera alguna puede prosperar, porque el Magistrado argumento

con suficiente detalle y excluyendo se hubiese acreditado «despido» anterior al 6 de septiembre, no pareciéndonos imprescindible que la sentencia tuviese que analizar en detalle cada medio probatorio relativo al referido extremo, pues si bien ello resultaría deseable en aras a apurar la tutela judicial, no vemos defecto de motivación alguno a la frase «sin que se pruebe con rotundidad otra fecha anterior al 06.09.01, como propone la empresa», siendo evidente que con ello se rechaza la «rotunda» credibilidad del referido testimonio y que el mismo pueda considerarse como acreditativo del despido tácito anterior.

3.- En todo caso ha de señalarse que es incoherente denunciar incongruencia omisiva y no pedir la nulidad de actuaciones para que dice nueva resolución, sino solicitar exclusivamente que se absuelva a la sociedad demandada, tal como en el Suplico del recurso se hace.

OCTAVO.- Con igual cobertura procesal y en el mismo motivo, la parte sostiene que la decisión de instancia ha conculcado el art. 59.3 ET.

El fundamento jurídico octavo y el ordinal décimo de los HDP son contundentes a la hora de afirmar que el despido «tácito» se produjo el 06.09.01. Y es más, entre los motivos revisorios ninguno de ellos está expresamente dirigido a hacer constar específicamente esa supuesta afirmación «por parte del Director de «T.V.E., S.A.» en 09.julio.01, por lo que «cualquiera que pudiese ser al respecto la convicción» la Sala ha de partir necesariamente de aquella fecha, la de 06.09.01, para consecuentemente rechazar la censura normativa basada en la excepción de caducidad, habida cuenta de que la papeleta de conciliación se presenta ante el SMAC el día 14, el acto se celebra sin avenencia el 26 y la demanda se formula el día 27; todo ello de septiembre. Con lo que no ha transcurrido el plazo de 20 días hábiles previsto en los arts. 59.3 ET y 103.1 LPL.

NOVENO.- Asimismo se afirma «por igual cauce» que se ha vulnerado el art. 27.2 (es de suponer que de la LPL), afirmando indebida acumulación de acciones. Insólito motivo que se fundamenta en que en este procedimiento «se mezclan diversidad de temas», y que rechazamos contundentemente, sirviéndonos para ello de las palabras que el propio recurso utiliza para justificar su denuncia, «pues es más que evidente que, para poder

declarar la existencia de despido, es necesario que se parta del presupuesto de que la actora es trabajadora de TVE SA, y que se le reconozca la relación de laboralidad».

La tesis de la parte recurrente llevaría a peregrina conclusión de que la trabajadora no accionase por despido sino tras haber obtenido la declaración de laboralidad y cuando acción estuviese ya caducada; o lo que es igual, que a los trabajadores les está vedado reclamar «con éxito» frente a los despidos, por solo hecho de que la Empresa niegue la laboralidad de la relación que les une. Por supuesto que la cuestión es más simple: la acción ejercitada es una, la de despido, siquiera su posible éxito dependa del presupuesto «entre otros» de que la relación sea laboral, por lo que de ser negada ésta necesariamente habrá de examinarse la naturaleza jurídica del vínculo. Y ello sin que en demanda se interese una declaración expresa de laboralidad, que tampoco ha de llegar a la parte dispositiva de la sentencia, sino simple *prius* de la competencia jurisdiccional y de la propia estimación de la demanda.

Y por lo que se refiere «el recurso insiste» a la acción acumulada de declaración de nulidad de la sociedad constituida por la actora, nos remitimos a lo razonado en el precedente sexto fundamento jurídico.

DÉCIMO.- También entiende la recurrente «en confusa referencia conjunta» que la sentencia ha aplicado indebidamente el art. 55.5 ET y el art. 24 CE. Se argumenta que la órdenes para que la actora no entrase en las dependencias de la demandada eran anteriores a la denuncia efectuada ante la Inspección de Trabajo y que atribuir aquella decisión a tal denuncia era extender los términos del debate más allá de lo señalado en demanda, con indefensión para «T.V.E., S.A.».

Frente a ello debe afirmarse: (a) que el examen de las infracciones necesariamente ha de partir del relato de hechos en su redacción definitiva, no en afirmaciones que no han sido incorporadas a los HDP; (b) que el Magistrado no solamente afirma la prohibición de entrada el día 06.09.01, sino «lo que es más decisivo como expresión de despido» que «desde dicha fecha la actora no recibe encargo por parte de «T.V.E., S.A.»»; (c) que este último extremo ni siquiera se ha negado por la demandada; y (d) que es absolutamente incierto que en demanda no se pretendiese que el cese guardaba relación con la denun-

cia, pues el escrito –algo innecesario en el procedimiento laboral– incluso hace una detallada argumentación jurídica sobre tal extremo en el quinto de sus fundamentos de derecho.

UNDÉCIMO.- Finalmente se acusa infracción del art. 61.3 del Convenio Colectivo, pues conforme a tal precepto el reconocimiento del máximo nivel dentro de cada categoría únicamente se alcanzaría, tras el cumplimiento de unos requisitos –de antigüedad y pruebas– que la actora no satisface.

La Sala no entra tan siquiera a considerar la denuncia, porque el Suplico del recurso no contiene petición alguna que sea consecuencia de la imputada infracción, cual pudiera ser –por ejemplo– la correlativa minoración de los importes indemnizatorios y salariales, que la Sala no puede realizar de oficio en un procedimiento regido por los principios dispositivo y de rogación. Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por “T.V.E., S.A.”, confirmamos la sentencia que con fecha 01.diciembre.01 ha sido dictada en autos tramitados bajo el nº 741/01 por el Juzgado de lo Social número Dos de los de A Coruña, a instancia de doña M.V.R. y por la que se acogió la demanda formulada. Asimismo acordamos que la parte recurrente satisfaga por el concepto de honorarios 300 euros al Sr. Letrado de la parte recurrida. Y disponemos la pérdida de depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada.

3360 Recurso nº 1029/2002

S.S. COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: LICENCIA FEDERATIVA DE DEPORTISTA PROFESIONAL NON COMUNITARIO. DESPEDIMIENTO NULO DERIVADO DE DISCRIMINACIÓN POR NACIONALIDADE: NON CONCURRE.

Ponente: Ilmo. Don Antonio González Nieto.

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

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. 1029/2002 interpuesto por don G.V. 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 don G.V. en reclamación de despido siendo demandado “C.B.C.”, “A.S.O.B.A.L.”, R.F.E.B., CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES y MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 735/01 sentencia con fecha 28 de diciembre de 2001 por el Juzgado de referencia que estima parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- El demandante don G.V. mayor de edad y nacionalidad yugoslava, viene prestando servicios para el “C.B.C.”, desde el día 01.09.01, con la categoría profesional de jugador de balonmano, a medio de contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial para obra o servicio determinado, con una duración hasta junio/02, estableciéndose un salario de 1.350.000 ptas brutas anuales, desglosadas de la siguiente forma: 45.000 ptas. salario base, 30.000 ptas dietas y 600.000 ptas como prima de fichaje, El referido tiene permiso de trabajo y de residencia.- 2º) Con fecha 25.11.01 el “C.B.C.” remite carta al actor con el siguiente contenido: “por medio de la presente y con efectos del día de hoy queda Vd. despedido de este Club y ello por los siguientes motivos: a la vista de la imposibilidad de poder alinearle como jugador nacional y/o comunitario en virtud de la resolución de la R.F.E.B. de 22 de noviembre, por la que se nos notifica la denegación de su licencia como jugador en los términos interesados por este Club (en igualdad de condiciones y derechos que los jugadores españoles y/o comunitarios) a tenor del art. 46 del Reglamento de Partidos y Competiciones de la R.F.E.B. el tener Vd. nacionalidad yugoslava... Por lo tanto y dada su nacionalidad, al ser yugoslavo, y dado que el cupo de extranjeros esta cubierto por los jugadores V. K. y A.K., a la vista de que no puede Vd. jugar, no tenemos más remedio

que proceder a su despido a todos los efectos legales".- 3º) Con fecha 22.01.01 el "C.B.C." solicitó de la "A.S.O.B.A.L." la tramitación de la ficha del actor al objeto de poder alinear al mismo como profesional en las mismas condiciones que un nacional y/o comunitario. Tramitada por "A.S.O.B.A.L." dicha petición ante la R.F.E.B., esta última resolvió en fecha 23.11.01 no acceder a la petición al no ser Yugoslavia un país miembro de la Comunidad Económica Europea, ni ser uno de los países que tiene suscrito al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.- 4º) A la plantilla del Club demandado pertenecen los jugadores A.K., de nacionalidad húngara, que posee la licencia como jugador no comunitario desde el 21.09.01, y el jugador V. K., de nacionalidad rusa, con licencia de jugador no comunitario desde el 21.09.01."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don G.V. debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 25-11-01 por parte de la empresa "C.B.C.", a la que condeno a que abone al actor la indemnización de 500.000 ptas, absolviendo a la R.F.E.B., CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES Y "A.S.O.B.A.L." 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte actora, se interpone recurso de Suplicación contra la sentencia que, estimando parcialmente la demanda, declaró improcedente el despido del actor, condenando a la empresa "C.B.C.", a que le abone la indemnización de 500.000 pesetas; absolviendo a la R.F.E.B., Consejo Superior de Deportes y "A.S.O.B.A.L."; y sin cuestionar los HDP, denuncia como único motivo, - sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, infracción por interpretación errónea de los artículos 14 CE, 4, 96, 179.2, 180.1 de la LPL, 17 del ET; 3, 10, 31.1 de la Ley 4/2000 de Extranjería de 1 de julio y de la Ley 8/2000 sobre Derechos y Libertades de

los Extranjeros en España, 1 del Decreto 1.006/85 que regula la Relación Laboral Especial de los Deportistas Profesionales, 46 del Reglamento de Partidos y Competiciones de la R.F.E.B., 15 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como infracción de distinta doctrina y jurisprudencia, contenida entre otras, en las siguientes sentencias, TSJ de Cataluña de fecha 13.marzo.2001, TSJ de Aragón de 09.julio.2001, TSJ de Asturias de 12-enero-2000, sentencia del T. Constitucional 242/94, sentencias de FACTOTAME Y ZUCKERFABRIK de 19.junio.1990 y 21.febrero.1991 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; alegando sustancialmente que, se le había despedido por su nacionalidad y ello con independencia de que la causa de esa discriminación nazca de un precepto reglamentario, siendo independiente de la voluntad del empresario, limitándose el acceso al mercado laboral del demandante, por su condición de no comunitario cuando por el Estado Español se le había concedido permiso de trabajo y residencia, imponiéndosele una condición más gravosa y restrictiva que al resto de los jugadores nacionales o comunitarios, solicitando se declare nulo el despido por discriminación, al atentar contra los derechos fundamentales, cuestión que entiende que es competencia de esta Jurisdicción Social, a lo que se opone la R.F.E.B., que impugna el recurso, por considerar que la eventual vulneración de derechos fundamentales que pudieran derivarse de la denegación de una licencia federativa, no se produce en el seno de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional Social, sino que se trata de una relación jurídica de carácter administrativo que se establece entre la Federación Deportiva Española y un deportista extranjero no comunitario, que es competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como trámite previo, por ser materia de orden público, - apreciable incluso de oficio -, procede analizar, si concurre o no la excepción de incompetencia de jurisdicción, por cuanto la estimación de la misma haría innecesario entrar en el fondo del asunto, para lo cual la Sala queda autorizada para analizar de nuevo, cuantas actuaciones se han practicado en la instancia, sin que quede limitada por la relación de HP.

Cuestión que ha sido resuelta por el T.C. en su sentencia de 24.mayo.1985, en la

que señala: “Que las federaciones se configuran como instituciones privadas, que reúnen a deportistas y asociaciones dedicadas a la práctica de una misma modalidad deportiva, y tal naturaleza impide atribuirles la configuración de órganos de la Administración, pese a que en cierta medida desarrollen funciones de carácter administrativo, como es el caso, de servir de guía para canalizar la asignación de subvenciones, fuera de cuyos campos actúan con plena autonomía”. En igual sentido las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de 12.enero.2001, TSJ de Cataluña de 13.marzo.2001 y del TS de 6.junio.89 y 25.noviembre.89, “la concesión de licencia de un jugador proviene de una entidad privada como es la Federación Deportiva, con lo que es evidente que no estamos ante un acto de la Administración que es lo que limita la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a diferencia de la Laboral, en la que la competencia viene fijada por la materia litigiosa, además que la licencia produce incidencia en el contrato de trabajo, por lo que concluye que, la denegación de la licencia se produce con ocasión de una relación laboral y pertenece a la rama Social del derecho, al afectar al contrato de trabajo suscrito en su día por el actor, estimando por ello que la competencia es del Orden Jurisdiccional Social”; o como dice el TS “Toda incidencia relacionada con el contrato de trabajo lleva aparejada la competencia del Orden Social y ello, aún cuando el acto obstructivo provenga de un órgano administrativo”. Por todo ello, procede desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada, dado que el otorgamiento de la licencia para participar en la Liga de Balonmano, fue emitida por una entidad privada como es la RFEB, de acuerdo con la “A.S.O.B.A.L.”, que delimita y fija cada año a su criterio particular, cuantos jugadores extranjeros pueden disponer y alinear los clubes en los diferentes tipos de partidos: amistosos u oficiales y lo determina en las bases o normativa de cada competición, debiendo considerar que ese acto o decisión, es de carácter privado y no público, que condicione el contrato de trabajo; en todo caso se ha de tener en cuenta que la acción ejercitada y que dio lugar al presente procedimiento es una acción de despido, cuya resolución corresponde a los órganos de la Jurisdicción Social; cuestión distinta sería la declaración de nulidad del art. 46 del Reglamento de Partidos y Competiciones de la referida Federación, que sería competencia

de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, petición de la que desistió la parte actora en el acto de juicio, modificando el suplico de la demanda.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa y así resulta de la prueba practicada analizada conforme a las reglas de la sana crítica, deben señalarse los siguientes: a) “El demandante don G.V. mayor de edad y nacionalidad yugoslava, con permiso de trabajo y de residencia, viene prestando servicios para el “C.B.C.”, desde el día 01.09.01, con la categoría profesional de jugador de balonmano, a medio de contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial para obra o servicio determinado, con una duración hasta junio/02, estableciéndose un salario de 1.350.000 ptas brutas anuales, desglosadas de la siguiente forma: 45.000 ptas. salario base, 30.000 ptas dietas y 600.000 ptas como prima de fichaje.- b) Con fecha 22.01.01 el “C.B.C.” solicitó de la “A.S.O.B.A.L.” la tramitación de la ficha del jugador al objeto de poder alinearlos como profesional en las mismas condiciones que un nacional y/o comunitario. Tramitada por “A.S.O.B.A.L.” dicha petición ante la R.F.E.B., esta última resolvió en fecha 23.11.01 no acceder a la petición “al no ser Yugoslavia un país miembro de la Comunidad Económica Europea, ni ser uno de los países que tiene suscrito al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”.- c) Con fecha 25.11.01 el “C.B.C.” remite carta al actor con el siguiente contenido: “por medio de la presente y con efectos del día de hoy queda Vd. despedido de este Club y ello por los siguientes motivos: “a la vista de la imposibilidad de poder alinearlos como jugador nacional y/o comunitario en virtud de la resolución de la R.F.E.B. de 22 de noviembre, por la que se nos notifica la denegación de su licencia como jugador en los términos interesados por este Club (en igualdad de condiciones y derechos que los jugadores españoles y/o comunitarios) a tenor del art. 46 del Reglamento de Partidos y Competiciones de la R.F.E.B. el tener Vd. nacionalidad yugoslava... Por lo tanto y dada su nacionalidad, al ser yugoslavo, y dado que el cupo de extranjeros esta cubierto por los jugadores V.K. y A.K., a la vista de que no puede Vd. jugar, no tenemos más remedio que proceder a su despido a todos los efectos legales”.- d) A la plantilla del Club demandado pertenecen los jugadores A.K., de nacionalidad húngara, que posee la licencia como jugador no comunitario desde el 21.09.01, y el jugador V.K., de

nacionalidad rusa, con licencia de jugador no comunitario desde el 21.09.01.”

Esto sentado, por la parte actora, se ejercita una acción de despido, solicitando se declare nulo el cese de que fue objeto el 25.noviembre.2001, al entender que se habían vulnerado derechos fundamentales, pues el Club había despedido al jugador, únicamente por ser de nacionalidad yugoslava, solicitando se le condene a la inmediata readmisión con derecho a jugar en las mismas condiciones que los jugadores nacionales o comunitarios, así como al abono de una indemnización por los daños morales sufridos

El único indicio aportado por el actor, acerca de que la decisión extintiva conlleva una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, es la mera alegación de los motivos consignados por la empresa en la carta de despido: “No poder alinearlo como jugador nacional o comunitario por ser de nacionalidad yugoslava, y en base a que la Federación no tramitaba la ficha al tener cubierto el cupo de extranjeros, lo que le impedía jugar en competiciones oficiales”, y por ello, esta Sala entiende, que no se produce vulneración, de ningún derecho fundamental, pues, el Club al despedir al actor lo hace, porque no puede jugar en competiciones oficiales, al impedirlo la R.F.E.B., que no tramita la ficha del jugador por prohibirlo la reglamentación vigente, pero no por el hecho de ser de una determinada nacionalidad, pues, aunque sea yugoslavo, si el Club no tuviera otros dos jugadores no comunitarios, o si la RFEB le hubiera concedido la licencia, el Club no lo habría cesado, (de hecho, se muestra conforme con la readmisión); por lo que en ningún caso el cese puede calificarse como nulo. En base a lo que al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don G.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. CUATRO DE VIGO, de fecha 28 de diciembre de 2001, autos nº 735/01, seguidos a instancia del actor-recurrente contra el “C.B.C.”, “A.S.O.B.A.L.”, R.F.E.B. Y CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES, sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente el fallo que se combate.

3361 Recurso nº 1150/02

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. VULNERACIÓN INEXISTENCIA. DEREITO DE INFORMACIÓN DOS DELEGADOS SINDICAIS.

Ponente: Ilma. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a dieciséis de marzo de dos mil dos.

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 1150/02 interpuesto por S.S.V. de la C.G.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 781/01 se presentó demanda por S.S.V. de la C.G.T. en reclamación de Tutela Libertad Sindical siendo demandado el S.E.R.G.A.S., Comisión de Centro del Complejo Hospitalario ..., doña E.I.F. y el MINISTERIO FISCAL, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha diez de diciembre de dos mil uno por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I. El Sindicato de la C.G.T. tiene Sección Sindical en el Complejo Hospitalario/ II. En el año 1999 la administración sanitaria y los sindicatos pactaron la constitución de una comisión delegada de la junta de personal en cada centro sanitario, y el sindicato demandante tiene dos miembros en la comisión del centro/ III. El 21.07.00 la gerencia del ... y la Comisión de Centro suscribieron una normativa en la que se fijaron los criterios a seguir en los concursos de traslados internos. En el punto 5 de esta normativa figuran los criterios de baremación a aplicar a todo el personal (por antigüedad, experiencia, formación e investigación, docencia y cursos). En lo que se refiere a la antigüedad, se adoptó el criterio de puntuar por meses en activo y también que: en caso de empate se tendrá en cuenta 1º las fracciones de tiempo trabajado, 2º

la mayoría de edad. Con fecha 11.08.00 se anunció la convocatoria para la provisión de puestos de trabajo por concurso de traslados internos del personal del Complejo Hospitalario ... perteneciente a las categorías profesionales de personal sanitario no facultativo y personal no sanitario. En dicha convocatoria, punto 3, se establecía que: las condiciones generales, la baremación y demás aspectos del concurso serán las establecidas en la normativa interna vigente. Valorar como mes completo las fracciones de días de servicios prestados que pasen de 15 días, y no tomarlos en consideración si son menores./ IV. En reunión de 06.11.00 de la Comisión de Centro se adoptó el siguiente acuerdo: "valorar como mes completo las fracciones de días de servicios prestados que pasen de 15 días y no tomarlos en consideración si son menores. El sindicato accionante impugnó este acuerdo con la presentación del oportuno conflicto colectivo./ V. El 18.01.01 el sindicato demandante solicitó a la Gerencia del ... copia certificada del listado de puntuaciones resultante del Concurso de Traslados Internos, cuya resolución provisional se publicó el pasado día 07.12.00, en la que consten todas las puntuaciones obtenidas en los distintos apartados baremables, así como, en el apartado de antigüedad, el total de días trabajados que se consideren para cada trabajador concursante./ VI. El 07.02.01 el pleno de la comisión de centro ... adoptó el acuerdo de no publicar en el tablón de anuncios la puntuación desglosada de la baremación de cada trabajador, acuerdo que se reitera en la reunión de 07.03.01./ VII. El 09.02.01 el sindicato C.G.T. reitera a la Comisión de Centro y a la Gerencia la petición, contestándole que al publicar la puntuación desglosada podría revelar datos del expediente profesional de cada participante./ VIII. El 07.03.01 se hace nueva petición de información y se le contesta por la Gerencia que no, por el acuerdo de la Comisión de no publicar listados con las puntuaciones, sino puntuación total".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por S.S.V. de la C.G.T. contra el S.E.R.G.A.S., Comisión de Centro del Complejo Hospitalario ... y doña E.I.F., a los que absuelvo".

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha diez de diciembre de dos mil uno del Juzgado de lo Social nº Dos de Vigo, seguido a instancia del S.S.V. de la C.G.T. contra el S.E.R.G.A.S., Comisión de Centro del Complejo Hospitalario ..., doña E.I.F., siendo parte asimismo el Ministerio Fiscal, por parte del Sindicato demandante, basándose el mismo, al amparo del art. 191.c de la L.P.L., en infracción por inaplicación del art. 28.1 de la C.E., en relación con los arts. 2, 7.2, 10.3 y 12 de la L.O.L.S., y el art. 9 de la Ley 9/87 de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Entendiendo el mismo que se produce violación del derecho fundamental a la libertad sindical del Sindicato actor por la actuación tanto del S.E.R.G.A.S. como de la Comisión de Centro del Complejo Hospitalario ..., al negar reiteradamente a la representación del Sindicato demandante su derecho a obtener la información requerida, una información vital para el Sindicato actor, pues de ella dependía en gran medida la acción sindical emprendida de vigilancia y control de todo el proceso de traslados internos.

Según resulta de los hechos declarados probados en la sentencia, concretamente el segundo dice: "En el año 1999 la administración sanitaria y los sindicatos pactaron la constitución de una comisión delegada de la junta de personal en cada centro sanitario, y el sindicato demandante tiene dos miembros en la comisión del centro ...", es el 18.01.01 cuando el sindicato solicita de la Gerencia del ... copia certificada del listado de puntuaciones resultante del Concurso de Traslados Internos. El 07.02.01 el pleno de la Comisión de Centro adoptó el acuerdo de no publicar en el tablón de anuncios la puntuación desglosada de la baremación de cada trabajador, reiterándose ese mismo acuerdo el 07.03.01. El 09.02.01 el sindicato demandante reitera la petición a la Comisión y a la Gerencia, denegándosele, al igual que el 07.03.01 en que hace nueva petición.

Por parte del Sindicato accionante, se considera vulnerado su derecho a la libertad sindical al habersele negado tanto por la Comisión como por la Gerencia la información que se solicitaba, alegando para ello los artículos anteriormente citados de la Constitución y de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, no obstante, el que viene a recoger tal derecho sindical de

manera más concreta es el art. 10.03.01 de dicha Ley Orgánica, disponiendo al respecto que los delegados sindicales, en el supuesto en que no formen parte del Comité de empresa, tendrá derecho a "tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa". En la Comisión delegada de la Junta de Personal en el centro sanitario el sindicato cuenta con dos miembros y, por el Pleno de la misma, en dos reuniones se adoptó el acuerdo de no publicar la puntuación desglosada de la baremación de cada trabajador, es decir, que lo que se adopta por acuerdo de los representantes de los trabajadores se pretende por vía de impugnación judicial hacerlo inefectivo entendiendo que existe una vulneración de un derecho fundamental como es el de recibir información el sindicato, cuando dicha información es conocida por parte de los miembros que dicho sindicato tiene en la Comisión. Con la certificación que reiteradamente se pide por el sindicato, se pretende dar publicidad a unos datos que la Comisión adoptó por acuerdo no dar publicidad en el tablón de anuncios. A mayor abundamiento, en definitiva, la libertad sindical, como derecho fundamental, no queda afectada, puesto que la acción sindical referente a la participación y a la información se lleva a cabo a través de la intervención de dos miembros de dicho sindicato en la Comisión delegada de la Junta de Personal, con lo que mediante los mecanismos normales de representación de dicho sindicato tiene el mismo derecho de información, el cual ha sido debidamente cumplido por la empresa, al igual que el resto de los demás participantes en dicha Comisión. Porque el derecho de información que se alega no es tan extenso e ilimitado que implique información al público en general, sino a los representantes sindicales en particular.

En consecuencia, con la conducta del S.E.R.G.A.S. y de la Comisión demandada no se ha infringido dicho derecho fundamental. Y por ello, se desestima el motivo del recurso.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el S.S.V. de la C.G.T. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de fecha 10 de diciembre de 2001, en autos seguidos a instancia del recurrente frente al S.E.R.G.A.S., Comisión de Centro del Complejo Hospitalario ... y doña E.I.F., siendo parte el Ministerio Fiscal, confirmando la expresada sentencia.

3362

Recurso nº 9.530/1997 y 9.532/1997 ACUMULADOS.

S.C.A.

S. CA.

ACTA DE LIQUIDACIÓN DE COTAS Á SEGURIDADE SOCIAL. INEXISTENCIA DE INDEFENSIÓN. NATUREZA DO RECARGO POR MORA. OBRIGA DE COTIZAR POLA TOTALIDADE DO SALARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López

A Coruña, a dieciocho de marzo de dos mil dos.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En los procesos contencioso-administrativos que, con los números 9.530/1997 y 9.532/1997 ACUMULADOS, pende resolución ante esta Sala, interpuesto por "G.C.S. S.A." y Comité de empresa "G.C. S.A.A.", domiciliado en ... (Lugo), representados y dirigidos por el Letrado don J.L.V.Y., contra Resolución de 20.06.97 desestimatoria de recurso ordinario contra el acta de liquidación número 97010261029, período 1/93 a 8/93, Régimen General, C.C.C. 272047255. Es parte la administración TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada por LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. La cuantía del asunto es 51.387 euros.

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 seis de marzo de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Las representaciones de la entidad mercantil "C.S. S.A." y de su Comité de Empresa impugnan en este recurso la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Lugo de 20.06.97, por la que se estimaron en parte sendos recursos ordinarios interpuestos contra el acta de liquidación número 32/97 levantada por diferencias de cotización en las pagas extraordinarias y de beneficios correspondientes al período de enero a agosto de 1993.

La densa y extensa demanda articula la pretensión anulatoria de la resolución impugnada con base en una serie de argumentos que pueden sintetizarse en los siguientes: 1) indefensión por no haberse otorgado una ampliación de plazo para formular el recurso administrativo y por omisión en el acta de los elementos necesarios para poder rebatir los importes resultantes, 2) improcedencia del recargo del 20%, 3) ausencia de obligación de pagar salarios por encima de los estipulados en el convenio colectivo nacional, 4) que es el propio convenio el que fija los conceptos salariales que deben formar parte de las bases de cotización y aquellos que son meramente indemnizatorios y 5) vulneración de los actos propios al apartarse de los resultados ofrecidos en anteriores actuaciones inspectoras y de las actas de inspección números 225/93 y 143/95.

Por su parte, la letrada de la Seguridad Social interesa la desestimación del recurso con base en ausencia de indefensión, procedencia del recargo de mora por tener carácter automático y no sancionador, inaplicación al presente caso de lo actuado respecto de las anteriores actas números 225/93 y 143/95 y, finalmente, condición de mínimo legal de las cantidades fijadas en convenio colectivo.

II.- En primer lugar censura la demanda que el acta de liquidación, primero, y la posterior resolución, después, le han producido indefensión a las recurrentes, pues bien, ya de partida debe anticiparse que esta Sala tiene declarado al igual que los demás órganos juris-

diccionales que la indefensión como causa que produzca la nulidad de actos administrativos tiene que ser real y efectiva, de modo que no es suficiente que se hayan producido vicios formales, sino que estos tienen que ser de tal naturaleza que le hayan ocasionado al interesado de una verdadera privación o disminución en la defensa de sus derechos. De acuerdo con ello, no puede compartir esta Sala que el acta de liquidación y la denegación de un plazo de gracia para recurrir le hayan supuesto indefensión a las recurrentes.

En efecto, el acta de liquidación se ha levantado tomando como base la documentación aportada por la propia empresa el día 05.11.96 con su comparecencia en las oficinas de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo, al tiempo que contiene las referencias que prescriben los artículos 80 a 86 del Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1.637/1995, de 6 de octubre; por otro lado, el hecho de que no se le haya facilitado a la empresa recurrente una ampliación del plazo para recurrir no se ha revelado como una actuación que le hubiera producido indefensión, en primer lugar, porque el artículo 49.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (de aplicación supletoria según su disposición adicional séptima) no impone necesariamente la concesión de plazo de ampliación y, en segundo lugar, porque a la vista del recurso ordinario interpuesto contra el acta se pone de manifiesto que la empresa se ha defendido sin limitación alguna, pues tal recurso tiene la nada despreciable extensión de 25 folios y una sólida y bien fundada argumentación de fondo.

En definitiva, estos alegatos deben ser desestimados.

III.- A continuación se debe analizar el reproche de la improcedencia del recargo de mora, que debe ser igualmente desestimado pues, como bien afirma la letrada de la Seguridad Social, no tiene naturaleza sancionadora, sino que es la mera consecuencia del impago de unas cuotas debidas. Así lo estipulan los artículos 27.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y 68 y siguientes del referido RGRRSS al referirse a la exigencia de tal recargo, que se devenga de forma automática por el mero hecho del transcurso de los plazos estableci-

dos, bien cuando no se han presentado los documentos de cotización, como cuando habiéndose presentado no se abona la deuda dentro de los dos meses siguientes al del plazo reglamentario, pero antes de iniciarse la vía de apremio.

IV.- A propósito del contenido normativo u obligacional de los convenios colectivos en su relación con la obligación de ingresar las cuotas debidas a la Seguridad Social debe recordarse que lo que deba formar parte o no de la base de cotización de los trabajadores sujetos al Régimen general de la Seguridad Social no es disponible por las partes, ni en contrato individual, ni en convenio colectivo, ya que su resultado viene determinado por la inclusión de todas las remuneraciones que perciba o tenga derecho a percibir el trabajador, con las exclusiones de algunos conceptos señalados expresamente por ser extrasalariales, y dentro de los límites que anualmente se determinan reglamentariamente, todo ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 105, 109 y 110 del TRLGSS y en los artículos 23 y 24 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2.064/1995, de 22 de diciembre. Por ello, carece de toda razón la representación de las entidades recurrentes en cuanto que afirma que por encima de lo estipulado en convenio no debe cotizarse pues, si así fuera, tampoco habría que pagar esas retribuciones y sí se pagaron, lo que demuestra que lo estipulado en convenio es el mínimo garantizado, pues puede ser mejorado por pactos particulares, según lo dispuesto en el artículo 3.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, pero sin entrar a definir lo que deba formar parte o no de las bases de cotización, aunque sí el contenido de las materias de índole económica (artículo 85.1 del TRLET), teniendo presente que si las cantidades indemnizatorias se excluyen del concepto de salario (artículo 26.2 del TRLET) y, por lo tanto, de las bases de cotización (artículo 73.1 de la LGSS) no es porque se haga depender de su mera denominación, sino de su verdadera finalidad de servir de contraprestación a un servicio prestado y no de indemnización compensatoria de gastos afrontados por el propio trabajador.

Al margen de lo indicado, razona la demanda que no debe cotizarse por los conceptos se plus de transporte y plus de vestua-

rio, extremo cierto, pues así lo ha entendido ya la STS de lo Social de 15.03.99 – dictada a propósito de la interpretación que merece el artículo 74 del Convenio colectivo de las empresas de seguridad, que si bien se refiere al del año 1994, es idéntico al que estaba vigente en la fecha que aquí interesa –, donde se afirma que aquellos pluses son compensatorios de los gastos que soportan los trabajadores, por lo que tienen carácter extrasalarial; con todo, el acta de la inspección no se refería a tales pluses, pues no los menciona con esa denominación, sino con la de “prorrates de pagas extraordinarias y de beneficios”, al tiempo que su importe no coincide con los que se fijan en los anexos del acta de liquidación; así, del examen de los TC/2, anexos y demanda se concluye que la infracotización no se refería a aquellos pluses extrasalariales, como se pone de manifiesto en el hecho de que para las categorías superiores de personal directivo cuantifica la demanda los conceptos no cotizables por pluses de transporte y vestuario en unos importes mensuales que exceden de las diez mil pesetas, en tanto que los que se requieren en las actas no llegan a un tercio de esa cifra (lo mismo se aprecia respecto de las demás categorías de trabajadores), de lo que se deduce que no tienen nada que ver los conceptos requeridos con los que se alegan en la demanda para sustentar su improcedencia.

Por ello, deben desestimarse las dos siguientes alegaciones sustentadas en la fuerza vinculante del convenio colectivo de aplicación y en la naturaleza extrasalarial de los importes a que se refería el acta de liquidación.

V.- Finalmente, carece también de cualquier virtualidad invalidatoria de la liquidación impugnada lo que hubiera sucedido con las anteriores actuaciones inspectoras que dieron lugar las actas de liquidación números 225/90 y 143/95, por cuanto aquí no se fiscalizan dichas actas, sino otra diferente en su objeto y sujetos, por lo que no puede servir como precedente, ni menos aún como actio propia y vinculante; así, la primera acta se refiere a una infracotización por el año 1993 correspondiente a trabajadores de centros que prestan servicios en la seguridad de las líneas de alta tensión comprendidas entre Puentes de García Rodríguez y San Ciprián, en tanto que la segunda se refiere a las cotizaciones por un concreto vigilante jurado.

VI.- La íntegra desestimación del recurso no comporta la imposición de las cos-

tas a ninguno de los litigantes, al no haber actuado de forma temeraria o maliciosa (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

Tampoco cabe interponer contra esta sentencia recurso de casación pues, a pesar de que la liquidación objeto de impugnación supera el límite legal, es doctrina reiterada /AaTS de 06.04.99, 07.06.99 o 13.12.99) que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración a los efectos de abrir la segunda instancia son las cuotas mensuales, en atención a que se autoliquidan e ingresan por el obligado mes a mes y no por períodos distintos y en el presente caso ninguna de esas cuotas supera el límite del artículo 93.2.b) de la referida LRJCA.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de "G.C.S., S.A." contra resolución de 20.06.97 desestimatoria de recurso ordinario contra el acta de liquidación número 97010261029, período 1/93 a 8/93, Régimen General, C.C.C. 272047255, dictado por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

3363 Recurso nº 6.296/01

S.S. CINTA DE VÍDEO E DEREITO Á INTIMIDADE DO TRABALLADOR. MEDIO DE CONTROL RAZOABLE E PROPORCIONADO, Á VISTA DAS CIRCUNSTANCIAS. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE: FEITOS QUE NON MERECEAN A CONSIDERACIÓN DE GRAVES.

Ponente: Ilmo. Don José Elías López Paz.

A Coruña, a veinte de marzo de dos mil dos.

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. 6.296/01 interpuesto por ambas partes 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.S.G. en reclamación de despido siendo demandado "G.C.S., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 325/01 sentencia con fecha uno de junio 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:

"PRIMERO.- El demandante presta sus servicios desde el día 14 de septiembre de 1988 para la empresa demandada con la categoría de Vigilante de Seguridad y salario mensual de 171.411 pesetas, incluyendo la prorrata de pagas extraordinarias. La prestación de sus servicios se realizaba en el Museo Provincial de/ SEGUNDO.- Consta en los autos Convenio Colectivo de aplicación que se tiene por reproducido en el que se recogen los conceptos retributivos./ TERCERO.- El día 21 de marzo de 2001 la empresa remitió al trabajador carta de despido, con efectos de esa misma fecha, del siguiente tenor literal: *"Muy Sr. nuestro: Ha venido a conocimiento de esta empresa en fecha 13 de febrero de 2001 la comisión por Vd. de una conducta que más abajo se describirá detalladamente, que le obliga a tomar una medida disciplinaria.- En efecto, ha quedado acreditado que ha realizado a Vd. la siguiente conducta y en las siguientes fechas, constituyendo la misma un incumplimiento contractual culpable: La noche del día 30 de diciembre de 2000 a 31 de diciembre de 2000, permanece entretenido manipulando un ordenador durante cinco horas y treinta minutos; durante los últimos minutos que permanece manipulando el ordenador al mismo tiempo se estimula el órgano sexual hasta concluir el acto onanístico eyaculando sobre el badé de la mesa. A continuación duerme por espacio de una hora y cuarenta y cinco minutos. A lo largo de todo el servicio no vistió uniforme reglamentario, salvo el pantalón que pudiera ser coincidente, careciendo de escudos identificativos de empresa y de placa reglamentaria.- La noche del día 9 de*

enero de 2001 a 10 de enero de 2001 permanece entretenido manipulando un ordenador y hablando por teléfono durante tres horas. A continuación come algo y lee unos papeles todo ello durante media hora, y a continuación se reclina en una silla, se tapa con una chaqueta y duerme durante el resto del servicio hasta la llegada de una mujer que se sentó en la estancia a leer la prensa aproximadamente a las 07:15 minutos. A lo largo de todo el servicio no vistió uniforme reglamentario, salvo el pantalón que pudiera ser coincidente, careciendo de escudos identificativos de empresa y de placa reglamentaria.- La noche del día 10 de enero de 2001 a 11 de enero de 2001, permanece sin arma y sin uniforme reglamentario durante los veinte primeros minutos de servicio. Igualmente durante los veinte primeros minutos del servicio una persona ajena al servicio le acompaña en la estancia, abandonando la misma transcurridos los veinte minutos sin que se pueda saber si abandonó el Museo Provincial o vagó por las dependencias del mismo sin control alguno. A los pocos minutos de que el primer individuo abandone la estancia entra otro individuo con el cual charla y se entretienen manipulando el ordenador, abandonando dicha persona la estancia a los dos horas y media de haber llegado sin que se pueda saber si abandonó el Museo Provincial o vagó por las dependencias del mismo sin control alguno. Cuando el vigilante se queda solo en la estancia, al tiempo que manipula el ordenador realiza prácticas onanísticas en las que se estimula el órgano sexual hasta culminar las mismas eyaculando sobre el badé de la mesa. Posteriormente se entretiene con unos papeles durante cuarenta y cinco minutos. Se reclina en una silla, se tapa con la chaqueta y duerme durante tres horas y media. Se despierta y permanece en la misma posición hasta aproximadamente las 07:15 horas en que llega una mujer rubia que se sienta en la estancia a leer la prensa. A lo largo de todo el servicio no vistió uniforme reglamentario, salvo el pantalón que pudiera ser coincidente, careciendo de escudos identificativos de empresa y de placa reglamentaria.- La indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento grave o culpable por su parte de las obligaciones que –presididas siempre por la buena fe- tiene para con esta empresa, de acuerdo con lo que prevé el artículo 54.2º apartados d) y e) del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1905 y el artículo 57 en sus apartados 4º, 12º, 13º, 1 y 20º del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad de 22 de mayo de 1008, y artículos concordantes de la Ley 23/1992, de 20 de julio de

Seguridad Privada y Reglamento que la desarrolló aprobado por Real Decreto 2.364/1994, de 9 de diciembre.- Además de la gravedad objetiva de los hechos motivados del presente despido, esta cobra aún mayor gravedad en consideración a que no sólo afectan los mismos a la relación laboral que usted mantiene con esta empresa, sino que también afectan de forma directa a la Seguridad del Museo Provincial de ... y por lo tanto se encuentra implicado una tercera institución que es la Diputación Provincial de ..., cliente en este caso de "G.C.S., S.A.", y todo ello en razón a que durante el período a que se refiere la presente comunicación no existió vigilancia en tal Museo al dedicarse usted, entre otras cuestiones, a dormir así como introducir personas ajenas al servicio de vigilancia y al Museo Provincial de ..., suponiendo una absoluta dejación de sus funciones y vigilancia con el consiguiente riesgo para el Patrimonio Provincial allí existente y además y como consecuencia de ellos, las responsabilidades de todo tipo que podrían exigirse a la vista de lo dicho a esta empresa.- Vistos, por tanto, la indicada conducta acreditada, sus fechas de conocimiento por esta empresa, de comisión de los hechos y de los preceptos mencionados, esta empresa ha tomado la decisión de sancionarle a usted con el DESPIDO DISCIPLINARIO, que tendrá efectos a partir de la fecha de la recepción de la presente, incluido el mismo día, fecha a partir de la cual deberá usted abstenerse en lo sucesivo de prestar sus servicios laborales para esta empresa, al quedar desde la misma extinguido el contrato que le unía a usted a esta empresa, tal y como se establece en el artículo 49.1.k) del precitado Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995.- Al mismo tiempo, y tal como dispone el artículo 49.2 del citado Estatuto de los Trabajadores, esta empresa pone a su disposición la liquidación y finiquito que le corresponde, para cuya entrega deberá ponerse en contacto con la empresa.- Pone esta empresa, así mismo, en su conocimiento que, de acuerdo con el artículo acabado de mencionar, tiene usted el derecho a firmar el antedicho documento de liquidación y finiquito recíproco con la presencia o asistencia de un representante de los trabajadores, entendiendo esta empresa que, si efectúa usted tal firma sin reclamar tal presencia o asistencia renuncia a ella expresamente.- En tanto a esta empresa le consta que está usted afiliado al sindicato C.I.G., en cumplimiento de lo previsto y ordenado en el artículo 55.1º del Estatuto de los Trabajadores, se llevó a cabo el preceptivo trámite de audiencia con el Delegado Sindical de

la Sección Sindical de la C.I.G.. Se acompaña copia de tal trámite de audiencia para su conocimiento y acreditación"./ CUARTO.- El actor está afiliado al sindicato C.I.G.. El día 20 de marzo de 2001 se remitió un telegrama a don F.L.B. como Delegado sindical de la mencionada Central en el que se le comunicaba que al día siguiente se le daría audiencia en el expediente seguido contra el demandante. Al siguiente día 21 de marzo de 2001 la empresa entregó a dicho señor una carta dándole el preceptivo trámite de audiencia previa a la imposición de la sanción de despido, de conformidad con lo establecido en el art. 55.1, párrafo 4º del Estatuto de los Trabajadores. El contenido de la carta, que figura en el ramo de prueba de la parte demandante, se tiene por reproducido. El día 19 de marzo de 2001 se comunicó al Comité de Empresa la iniciación del expediente disciplinario abierto al demandante por falta muy grave./ QUINTO.- El 23 de marzo de 2001 el Delegado Sindical de C.I.G. remitió alegaciones a la empresa sobre el expediente disciplinario, y que, figurando asimismo en el ramo de prueba de la parte demandante, se dan por reproducidas./ SEXTO.- La Gerente del Museo Provincial de ..., doña E.L.G. firmó el día 21 de febrero un escrito, cuyo destinatario no consta en el que se dice que: *"...Que la que suscribe no tiene conocimiento, ni ha sido informada, de que en las dependencias del Museo Provincial de ..., se hayan instalado ningún tipo de sistema oculto de control interno del personal (Grabaciones con cámaras de Vídeo, escuchas...) ni que con los mismos se haya procedido a realizar grabaciones al personal que presta servicios en el Centro"*./ SÉPTIMO.- El día 24 de mayo de 2001 el Jefe del Servicio de Arquitectura y Urbanismo de la Excma. Diputación Provincial de ... remitió a este Juzgado Informe acerca de las condiciones y modalidades a utilizar para realizar las funciones de vigilancia tal y como figura en el contrato, cuyo contenido, unido a los autos, se tiene por reproducido./ OCTAVO.- El contrato suscrito entre la empresa demandada y el Museo Provincial de ..., presentado ante la policía el 5 de enero de 2001 y registrado en la Dirección General de la Policía con el número 669 autoriza a la empresa a la realización del servicio de vigilancia y protección del Museo por medio de un vigilante de seguridad armado durante las veinticuatro horas de todos los días del año./ NOVENO.- La empresa demandada suscribió un contrato de servicios con la Agencia Privada de Investigación "A." en el que se hace constar que el servicio a realizar consiste en:

"...La realización del servicio que consiste en grabación por medio de una microcámara, de dependencias del Museo Provincial en relación al servicio de seguridad que presta en el mismo "G.C.S., S.A."; la grabación se realizará durante el servicio nocturno a partir de las 22:00 horas, durante los días 30 y 31 de diciembre de 2000 y los días 1, 9, 10, 12, 13, 15, 16 y 24 de enero de 2001. Se efectuará además una vigilancia con el objeto de realizar un control de entradas y salidas en el turno de noche, al Museo Provincial de ... durante los días 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 de enero de 2001; todo ello durante el servicio nocturno y con relación al referido servicio de vigilancia..."./ Figura en los autos el Informe de la mencionada Agencia, emitido el día 13 de febrero de 2001, en relación con el demandante, que se tiene por reproducido al constar en el ramo de prueba de la parte demandada./ La vigilancia se realizó sobre los cuatro trabajadores de la empresa que prestaban sus servicios como Vigilantes en el Museo Provincial de ... en horario nocturno./ DÉCIMO.- La noche del 30 al 31 de diciembre de 2000 el demandante prestó servicios como vigilante de Seguridad en el Museo Provincial de En esa noche el demandante permaneció manipulando un ordenador, durante un lapso de tiempo de aproximadamente dos minutos se masturbó eyaculando sobre el vade de la mesa, a continuación estuvo en posición de descanso. Vestía pantalón de uniforme y no llevaba escudos ni placa reglamentaria. La noche del 9 al 10 de enero de 2001 también prestó sus servicios en el Museo, manipuló el ordenador y estuvo hablando por teléfono, comió algo y leyó unos papeles, después estuvo en postura de descanso. A las 7:15 minutos del día 10 llegó a la sala donde estaba el trabajador una mujer identificada por ambas partes como la encargada de la limpieza. Vestía pantalón de uniforme y no llevaba escudos ni placa. No consta si portaba o no el arma reglamentaria. La noche del 10 al 11 de enero de 2001, también prestando sus servicios, durante la noche dos personas, identificados por ambas partes en el juicio como compañeros del actor permanecieron en la sala en la que se encontraba el trabajador. Manipuló el ordenador y se masturbó eyaculando sobre el badé de la mesa, leyó unos papeles y estuvo en postura de descanso; a las 7,15 entró en la sala la encargada de la limpieza, vestía el pantalón del uniforme y no llevaba placa o escudo./ UNDÉCIMO.- presentada papeleta de conciliación el día 6 de abril de 2001, se celebró el acto el siguiente

día veinte con el resultado de “Intentada sin efecto””.

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

“FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por don J.S.G. contra “G.C.S., S.A.”, debo declarar como improcedente el despido del trabajador producido el día veintiuno de marzo de dos mil uno condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración así como a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido o al abono de una indemnización de TRES MILLONES DOSCIENTAS SETENTA Y UNA MIL SEISCIENTAS DOS pesetas (3.271.602.- pts) con abono, en cualquiera de los dos casos, de la cantidad que resulte igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiese encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probare por el empresario lo percibido, para su descuento”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El despido del actor fue declarado improcedente, condenando la Sentencia de instancia a la empresa demandada “G.C.S., S.A.” a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración. Frente a este pronunciamiento, recurren ambas partes. La representación letrada del trabajador no cuestiona la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, y articula un único motivo de Suplicación por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, a través del cual denuncia infracción, por inaplicación, de los artículos 4.2.e) y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978, así como de los artículos 2 y 7.5 de la Ley Orgánica 1/82 de 05.05 (Protección civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen) así como de diversas Sen-

tencias del Tribunal Constitucional que cita. Se alega que la causa del despido invocada por la empresa tiene origen en la captación y grabación de imágenes que no respetaron la dignidad del trabajador, al haberse obtenido en una estancia donde sólo existe material de oficina y se usa como sala de esparcimiento o descanso, no obedecieron a razones de seguridad o a un mayor control de los objetos a proteger, no contaron con autorización de la empresa que adjudicó la vigilancia de sus bienes a la empleadora para la que prestaba servicios, ni se dieron a conocer a la representación laboral ni al afectado, todo lo que implica lesión de su derecho fundamental a la intimidad y, en consecuencia, la nulidad del despido litigioso.

Debe precisarse, al respecto, que la empresa demandada tuvo conocimiento de los hechos que imputa al trabajador en la carta de despido a través de unas cintas de vídeo grabadas por una empresa privada de Investigación a la que la demandada contrató para la vigilancia de los cuatro trabajadores que prestaban servicios como Vigilantes en el Museo Provincial de ..., y que según declara la Magistrada de instancia en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia impugnada, valorando la prueba practicada en juicio, “en especial del examen de las fotografías y de la testifical”, el lugar donde se captaron las imágenes de la grabación no es un lugar reservado o de descanso de los trabajadores, sino que se trata de una sala de acceso restringido que no pueden acceder a él las personas que visitan el Museo, por ser de uso exclusivo de los trabajadores del Museo y de los que, perteneciendo a otras empresas, como es el caso del demandante, prestan sus servicios laborales en el mismo, existiendo otros lugares para el descanso e higiene de los empleados. Se afirma en dicha resolución que la citada sala se facilita a los vigilantes nocturnos como espacio físico en que sentarse y permanecer durante las largas horas de vigilancia en el Museo, pero que no se trata de un lugar destinado a actos de la esfera íntima y personal de los trabajadores.

SEGUNDO.- Examinando el recurso del actor, debe significarse, en primer lugar, que las cintas de vídeo constituyen un medio de prueba legítimo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 90 de la Ley de Procedimiento Laboral; y lo que debe examinarse por la Sala, a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, es si la instalación de

una cámara fija de grabación en el lugar considerado como de prestación de servicios del trabajador, y con la única finalidad de comprobar la conducta laboral del empleado durante su jornada laboral, es atentatoria a su derecho a la intimidad.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión es muy prolija y fue matizada por la importante STC 186/2000 de 10 de julio, (RTC 2000, 186). La STC 186/2000 examina la queja de trabajador que alegaba que la instalación por parte de la empresa en la que prestaba servicios de un circuito cerrado de televisión enfocando su puesto de trabajo lesiona su derecho a la intimidad, porque aunque esta clase de instalaciones tenga como fin controlar el trabajo, también registra el resto de actos del trabajador pertenecientes a su intimidad, toda vez que este tipo de control no es selectivo en cuanto a las imágenes que capta y que además, la implantación del sistema de seguridad no se puso en conocimiento del Comité de empresa, como prescribe el art. 64.1.3.d) LET, afirmando el allí recurrente que este tipo de control debe hacerse con publicidad, no con procedimientos ocultos, y en el caso ni el Comité de empresa ni los trabajadores lo conocían. Como se observará, las similitudes del caso enjuiciado con el contemplado en la Sentencia del TC resultan evidentes.

La citada Sentencia del TC establece que “para dar respuesta a esta queja, interesa recordar que este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir que el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 Constitución Española, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 Constitución Española reconoce e implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (SSTC 170/1997, de 14 de octubre [RTC 1997, 170], F. 4; 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988, 231], F. 3; 197/1991, de 17 de octubre [RTC 1991, 197], F. 3; 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 57], F. 5; 143/1994, de 9 de mayo [RTC 1994, 143], F. 6; 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 207], F. 3; y 202/1999, de 8 de noviembre [RTC 1999, 202], F. 2, entre otras muchas). Asimismo hemos declarado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales, como hemos

puesto de manifiesto en nuestra reciente STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 98) (FF. 6 a 9).

Igualmente es doctrina reiterada de este Tribunal que “el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho” (SSTC 57/1994, F.6 y 143/1994, F. 6, por todas). En este sentido debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que reflejan otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 Constitución Española) y reconocido expresamente en el art. 20 ET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral [arts. 4.2.e) y 20.3 ET].

También hemos afirmado que el atributo más importante del derecho a la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de expulsión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. La conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada (SSTC 170/1987, de 30 de octubre [RTC 1987, 170], F. 4; 142/1993, de 22 de abril [RTC 1993, 142], F. 7, y 202/1999, de 8 de noviembre, F. 2). En resumen, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisio-

nes ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo”.

Añadía la invocada STC que “los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre [RTC 1993, 292], F. 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, de 11 de abril [RTC 1994, 99], F. 7; 6/1995, de 10 de enero [RTC 1995, 6], F. 3, y 136/1996, de 23 de julio [RTC 1996, 136], F. 7). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras SSTC 94/1984, de 16 de octubre [RTC 1984, 94], 108/1989, de 8 de junio [RTC 1989, 108], 171/1989, de 19 de octubre [RTC 1989, 171], 123/1992, de 28 de septiembre [1992, 123], 134/1994, de 9 de mayo [RTC 1994, 134], y 173/1994, de 7 de junio [RTC 1994, 173]), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981, 11], F. 22).

Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven “el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito –modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional” (STC 6/1998 de 13 de enero [RTC 1998, 6]), pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 Constitución Española, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.

En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de

cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que –como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995, 66), F. 5; 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996, 55), F.F. 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207), F. 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero (RTC 1998, 37), F. 8– para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En definitiva, como hemos señalado en la ya citada STC 98/2000 (RTS 2000, 98) (F. 8), el control que debe realizar este Tribunal de las resoluciones judiciales recurridas en amparo ha de recaer, precisamente, en enjuiciar si, como exige la doctrina reiterada de este Tribunal que ha quedado expuesta, el órgano jurisdiccional ha ponderado adecuadamente que la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa ha respetado en el presente caso el derecho a la intimidad personal del solicitante de amparo, de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad”.

TERCERO.- Pues bien, corresponde a la Sala ponderar adecuadamente que la instalación y empleo de medios de captación y grabación de imágenes por la empresa ha respetado en el presente caso el derecho a la intimidad personal del trabajador de conformidad con las exigencias del principio de proporcionalidad.

Continúa el TC señalando que, “la intimidad del recurrente no resulta agredida por el mero hecho de filmar cómo desempeñaba las tareas encomendadas en su puesto de trabajo, pues esa medida no resulta arbitraria ni caprichosa, ni se pretendía con la misma divulgar su conducta, sino que se trataba de obtener un conocimiento de cuál era su comportamiento laboral, pretensión justificada por la circunstan-

cia de haberse detectado irregularidades en la actuación profesional del trabajador, constitutivas de transgresión a la buena fe contractual. Se trataba, en suma, de verificar las fundadas sospechas de la empresa sobre la torticera conducta del trabajador, sospechas que efectivamente resultaron corroboradas por las grabaciones videográficas, y de tener una prueba fehaciente de la comisión de tales hechos, para el caso de que el trabajador impugnase, como así lo hizo, la sanción de despido disciplinario que la empresa le impuso por tales hechos.

Pero es más, como ya quedó advertido, la medida no obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben, a diferencia del caso resuelto en la STC 98/2000, en el que la empresa, existiendo un sistema de grabación de imágenes no discutido, amén de otros sistemas de control, pretendía añadir un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad, sin quedar acreditado que este nuevo sistema se instalase como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad ya existentes y sin que resultase acreditado que el nuevo sistema, que permitiría la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, resultase indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino.

El hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional, pues, fuese o no exigible el informe previo del Comité de empresa a la luz del art. 64.1.4º d) ET, estaríamos en todo caso ante una cuestión de mera legalidad ordinaria, ajena por completo al objeto del recurso de amparo. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de que los órganos judiciales han dado una respuesta negativa a esta cuestión, respuesta que no cabe tildar de arbitraria o irrazonable, lo que veda en cualquier caso su revisión en esta sede.

Por tanto, los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 Constitución Española, no han resultado vulnerados.”

Proyectando la doctrina del TC que se deja expuesta al caso enjuiciado, la Sala alcanza la conclusión de que no existió vulneración del derecho a la intimidad del trabajador por la grabación o filmación del modo de desempeñar

las funciones propias del cometido de vigilancia del Museo de ... que tenía encomendada. Y ello es así, por cuanto la instalación de una microcámara en las dependencias del citado Museo que controlaba una sala que –como antes se dijo– forma parte de su lugar de trabajo, era una medida justificada con la que se consiguió el objetivo propuesto por la empleadora de comprobar y constatar el comportamiento del trabajador. Tampoco cabe apreciar por esta Sala la existencia de otra medida por parte de la empresa más moderada para conseguir dicho propósito, singularmente a la vista de lo que se afirma al final del Séptimo Fundamento de Derecho de la sentencia recurrida (penúltimo párrafo) sobre las condiciones en que se desarrollaba el trabajo por el actor y sus compañeros de vigilancia; siendo así que al tratarse de jornada laboral nocturna, el Museo permanecía cerrado, de forma que solo el propio vigilante que se encontraba en su interior era quien podía abrir la puerta para permitir el acceso al Museo, de forma que la grabación se tornaba como el medio más idóneo y necesario para constatar la conducta laboral del empleado durante el desarrollo de su jornada laboral. En resumen, el medio de control empleado se realiza de forma esporádica, afecta a todos los trabajadores, que como el actor realizan su jornada nocturna en el mencionado Museo, la empleadora no cuenta con otro medio más racional y proporcionado de control por la razón antes apuntada, del cierre del Museo, la medida no afecta a la intimidad del trabajador, porque se realiza en el lugar de trabajo, y no en un espacio reservado para la salvaguarda de la intimidad del trabajador, por todo ello, a juicio de la Sala, se respeta el principio de proporcionalidad entre tal medida y el fin pretendido.

Y respecto de lo que se afirma en el recurso, de que la instalación de la cámara de vídeo no fue previamente puesta en conocimiento del Comité de Empresa y de los trabajadores afectados, el Tribunal Constitucional señala que esta circunstancia carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional; y desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, la Sala comparte el argumento dado por la juzgadora de instancia, en el sentido de que el conocimiento de la grabación frustraría la finalidad de control pretendida. No hay, por tanto, vulneración del derecho fundamental invocado.

CUARTO.- En cuanto al recurso de la empresa, el mismo tiene por objeto la revocación de la sentencia recurrida y la declaración de procedencia del despido, invoca al efecto y

por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de los hechos declarados probados y referido el segundo a la denuncia de infracción normativa y de la doctrina jurisprudencial.

La revisión solicitada del relato fáctico de la sentencia, abarca los siguientes puntos: 1.- En primer lugar, interesa que se adicione al último párrafo del HDP noveno de la sentencia, el siguiente contenido: “...y el puesto de trabajo donde realizaban su servicio de seguridad, este servicio se efectuaba mediante la permanencia en la sala objeto de control por parte de la empresa y mediante rondas a realizar por diferentes dependencias del Museo previamente señaladas. El servicio se efectuaba con arma”.

2.- En segundo lugar, se solicita la modificación del hecho declarado probado décimo de la sentencia, para que quede redactado del modo siguiente: “Décimo.- La jornada del actor durante el turno de noche comenzaba a las 22.00 horas y finalizaba a las 8 horas del día siguiente.

La noche del 30 al 31 de diciembre de 2000 el demandante prestó servicios como vigilante de seguridad en el Museo Provincial de Lugo. En esa noche y desde las 22.15 horas y durante siete horas y cuarenta y cinco minutos de su jornada el actor ni vistió el uniforme reglamentario, ni llevaba la placa ni distintivo que lo acreditase como tal vigilante de seguridad. Permaneció el actor desde las 22.15 horas y durante 5.30 horas de forma continuada manipulando un ordenador, procediendo a continuación a masturbarse, con constante atención a tal ordenador, eyaculando sobre el vade de una mesa. Procede posteriormente a la limpieza personal del resultado de tal acto y de vade y acto seguido se dirige al fondo de la sala, que se encuentra en penumbra, se sienta y acomoda en un sillón allí existente, apoya su cabeza en una prenda de ropa a modo de almohada, sobre su lado izquierdo y con base en el brazo izquierdo del sillón, permanece en esta postura dormido durante una hora y cuarenta y cinco minutos.

La noche del 9 al 10 de enero de 2001, también prestó sus servicios en el Museo. En esa noche y desde las 22.15 horas y durante nueve horas y quince minutos de su jornada el actor tampoco vestía su uniforme reglamentario ni llevaba los escudos identificativos, ni placa.

Permaneció el actor en esa jornada de trabajo frente a la pantalla de un ordenador durante tres horas, habló por teléfono, comió algo y leyó uno papeles. Seguidamente se acomoda en el sillón existente al fondo de la sala, apoyando la cabeza sobre su brazo derecho y prenda al efecto utilizada a tal fin, permaneciendo dormido en esta situación hasta poco antes de la llegada de una mujer rubia, identificada por ambas partes como la encargada de la limpieza, que se sienta en una mesa a leer la prensa.

La noche del 10 al 11 de enero de 2001, también prestando sus servicios el actor en el Museo, no viste el uniforme y aunque porta el arma no lleva escudos de identificación ni placa reglamentaria. En esa noche y desde las 22.15 horas y durante nueve horas el actor permaneció sin arma los primeros veinte minutos. Autoriza la entrada de una persona y posteriormente a otra, que las partes identifican como compañeros del actor. La primera de tales personas permanece en la estancia durante aproximadamente veinte minutos. La segunda persona permanece durante dos horas y media y ambos, actor y esa persona situados frente a la pantalla de un ordenador, cuando el actor se queda solo en su puesto de trabajo se masturba, observando la pantalla del ordenador, eyaculando sobre el vade de una mesa. Procede a continuación a la eliminación de las consecuencias de tal acto, para luego entretenerse con unos papeles durante cuarenta y cinco minutos aproximadamente y a continuación se acomoda en un sillón, tapándose totalmente con una prenda de ropa y en esta posición dormido permanece ininterrumpidamente durante tres horas y media, hasta la llegada de una mujer rubia sobre las 7.15 horas, sentándose en la estancia a leer el periódico”.

En relación con la primera modificación interesada, la misma sólo puede acogerse en parte, en lo referido a las condiciones de prestación del servicio de vigilancia, mediante la realización de rondas por las distintas dependencias del Museo, como así parece desprenderse de los partes que obran a los folios 98 y siguientes de las actuaciones, ahora bien, no consta ninguna orden empresarial expresa sobre la periodicidad de las rondas, ni tampoco que el trabajador no las hubiese efectuado, y en el porte que relleno con la expresión de “sin novedad”, si bien no hizo constar la hora de la ronda, ello no entraña ninguna irregularidad decisiva para la resolución del presente litigio, no siendo preciso completar el citado hecho probado sobre el lugar de la

prestación de servicios, porque ya consta en el séptimo de los hechos probados con evidente valor fáctico que la microcámara se instaló en el lugar de trabajo.

Y en relación con la segunda de las revisiones interesadas, la misma no puede ser acogida a la vista de los medios invocados en que se sustenta, por cuanto las videograbaciones y fotografías no son propiamente documentos a los efectos del art. 191.b) L.P.L., como resulta de su expresa tipificación" ya en el art. 90.1 L.P.L. y hoy en el art. 299.2 LECiv de 8 de enero 2000 (RCL 2000, 34 y 962), pudiendo valorarse según las reglas de la sana crítica (art. 382.3 de esta última), sin sujetarse a reglas o criterios tasados. Además, el texto alternativo que se propone contiene hechos reiterativos, porque ya están recogidos en el décimo de los hechos declarados probados de la sentencia, si bien de una forma y con una intensidad distinta a la propuesta en el texto alternativo.

QUINTO.- En el motivo destinado a la censura jurídica del recurso de la empresa, ésta denuncia infracción de los artículos 54.2.d) y e) del ET, del artículo 57, puntos 4,12, 13 y 20 del Convenio Colectivo de Empresas de seguridad de Ámbito Nacional, y todo ello en relación con el contenido del artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores, y de la jurisprudencia que se cita; argumentando, en esencia, que la conducta del trabajador constituye transgresión de la buena fe contractual contraria a los especiales deberes de conducta que debe presidir la ejecución del contrato de trabajo, y que a la hora de valorar la gravedad y culpabilidad pasa a un primer plano la categoría profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada, agravando la cualificación de puestos de especial responsabilidad como el desempeñado por un vigilante jurado.

Partiendo de los hechos que la sentencia de instancia declara probados consta que: El actor viene prestando servicios para la demandada "G.C.S., S.A." desde el 14 de septiembre de 1988, percibiendo un salario de 171.411 pesetas, incluyendo la prorrata de pagas extraordinarias, ostenta la categoría profesional de vigilante de seguridad y la prestación de servicios se realiza en el Museo Provincial de La demanda "G.C.S., S.A." contrató con la Empresa Privada de Investigación "A.", la grabación por microcámara de imágenes, no de sonido, de la vigilancia nocturna que prestaba el actor en el Museo los días 30 y 31.12.00, 1, 9, 10, 12, 13, 15, 16 y 24.01.01. La instalación del dispositivo

señalado, se hizo sin notificarlo al comité de empresa ni ponerlo en conocimiento de la gerencia del Museo. Y la vigilancia se realizó sobre los cuatro trabajadores de la empresa que prestaban sus servicios como vigilantes en el citado Museo Provincial.

Las filmaciones se obtuvieron en una estancia del Museo, donde el personal del Museo trabaja con ordenadores por las mañanas, mientras que por las noches constituye el lugar habitual de prestación de servicios de los vigilantes de seguridad que, además, efectúan rondas, si bien ninguna orden de la empresa consta sobre la periodicidad de las mismas.

El actor prestó servicios la noche del 30 al 31 de diciembre de 2000 y las noches del 9 al 10 y del 10 al 11 de 2001. Según el décimo de los hechos probados de la sentencia recurrida, la noche del 30 al 31 de diciembre de 2000, permaneció manipulando un ordenador durante un lapso de tiempo de aproximadamente dos minutos, se masturbó eyaculando sobre el vade de la mesa, a continuación estuvo en posición de descanso. Vestía pantalón de uniforme y no llevaba escudos ni placa reglamentaria.

La noche del 9 al 10 de enero de 2001, permaneció sin escudo ni placa, aunque vestía pantalón de uniforme, no consta si portaba o no el arma reglamentaria, manipuló el ordenador, habló por teléfono, aunque se desconoce si la llamada telefónica guardaba relación o no con el trabajo, comió algo y leyó unos papeles, y luego se colocó en postura de descanso. Sobre las 7:15 horas llegó a la sala donde estaba el trabajador una mujer identificada como la encargada de la limpieza.

Y la noche del 10 al 11 de enero de 2001 dos compañeros del actor permanecieron en la sala en la que se encontraba el trabajador. Manipuló el ordenador y se masturbó eyaculando sobre el vade de una mesa, leyó unos papeles y se acomodó en postura de descanso. El actor vestía el pantalón del uniforme y no llevaba placa o escudo.

El 24.05.2001, el jefe del servicio de arquitectura y urbanismo de la Diputación Provincial de ..., certificó que "G.C.S., S.A." debe garantizar la seguridad del Museo responsabilizándose de la vigilancia y custodia de los objetos musealizados o en depósito así como de las instalaciones del centro, ejercicio de la vigilancia que debe realizarse con todos los medios que "G.C.S., S.A." juzgue precisos, y por supuesto con la utilización de todos aquellos sistemas electrónicos, de grabación de

vídeo o de audio, electromagnéticos, detectores de presencia, de comunicaciones, etc., y la presencia obligatoria del guardia de seguridad, todo ello dentro de los límites económicos del contrato y de la legislación vigente.

Pues bien, partiendo de las referidas circunstancias fáctica, es preciso determinar el alcance jurídico que debe atribuirse a la conducta del trabajador; bien el proclamado en la sentencia recurrida, entendiéndola la Magistrada de instancia que los hechos indicados son constitutivos de despido improcedente, por no darse las notas de gravedad y culpabilidad; o si, por el contrario, el alcance ha de ser el propugnado por la empresa recurrente, de declaración de procedencia del despido, por haber incurrido el trabajador en incumplimientos que pueden calificarse de graves y culpables.

Es principio general proclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que para que el contrato de trabajo pueda extinguirse por decisión unilateral del empresario, mediante despido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores, es preciso que el trabajador incurra en un incumplimiento contractual, que debe ser grave y culpable, siendo necesario que concurran ambos presupuestos de gravedad y culpabilidad; ya que si falta alguno de estos requisitos, ello provoca, ineludiblemente, la ilegalidad de la medida extintiva. Exige también la jurisprudencia una proporción entre la conducta y la sanción de manera que, en aplicación de la teoría gradualista, se pueda llevar a cabo la oportuna adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, analizando individualmente las circunstancias de cada caso, es decir, teniendo en cuenta no solo los hechos que constituyen el incumplimiento sino también todas las circunstancias, tanto objetivas como subjetivas, configuradoras de aquellos hechos. Y para que la conducta sea sancionada como despido, que es el máximo reproche laboral que pone fin a la relación entre las partes, han de darse las dos notas indicadas de gravedad y culpabilidad.

Así pues, para que el comportamiento del trabajador pueda ser incardinable en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, es preciso que su conducta sea merecedora del máximo reproche, y que la misma consista en una clara transgresión de la buena fe. Valorando en el contexto legal y jurisprudencial la conducta observada y probada del actor, el Tribunal alcanza la conclusión de que los incumplimientos del trabajador del modo que se dejan expuestos más arriba, no son merecedores del

despido, y es que en el supuesto enjuiciado, (a diferencia del examinado por la Sala en Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2001, Rec. 5.319/01) no consta que el actor se encontrase durmiendo, sino que según el décimo de los hechos probados de la sentencia, y según razona la Magistrada de instancia en el noveno de los Fundamentos de Derecho, “este hecho de la carta de despido (se refiere a estar durmiendo) ha de ser rechazado”, el trabajador lo que hace es descansar en postura de reposo, manipular durante algún tiempo un ordenador y realizar actos onanísticos durante dos noches. Sobre estos datos fácticos, y teniendo en cuenta el ámbito o medio de trabajo, las circunstancias en que se produce y las funciones propias del servicio de vigilancia, fácilmente se colige que la conducta del trabajador es constitutiva de infracción, porque existe un incumplimiento de los deberes propios de sus laborales de vigilancia, al hacer dejación de sus funciones durante el período de descanso o mientras manipula el ordenador, y ello pese a la especial atención que requiere la naturaleza de las funciones de vigilante. Ahora bien, en atención a la tesis gradualista, la Sala estima que la sanción más adecuada al incumplimiento del actor no es el despido, como decidió la empresa, puesto que las imputaciones que se hacen al trabajador no representan un abandono o dejación total de sus funciones, dado que el trabajador simplemente descansa, no duerme, y por tanto está en condiciones de percibir cualquier incidencia que se produzca en el servicio, y lo mismo cabe decir respecto al período en que permanece manipulando el ordenador.

En resumen, los incumplimientos imputados al actor, del modo descritos en el décimo de los hechos probados de la sentencia recurrida, si bien pueden facultar a la empresa para sancionar al trabajador, en ningún caso tienen la entidad de suficiente gravedad y culpabilidad para justificar el despido, por existir una evidente desproporción entre los incumplimientos imputados y la sanción más grave que se puede dar en la relación laboral, máxime tratándose de un trabajador con una prolongada antigüedad en la empresa —desde 1988— y que no consta haya sido sancionado con anterioridad. Por ello, las referidas imputaciones no tienen un adecuado encaje en ninguno de los supuestos que como faltas muy graves se tipifican en el artículo 57 del Convenio Nacional de Empresas de Seguridad Privada. De ahí que la decisión extintiva adoptada por la empleadora recurrente, merezca el calificativo de despido improcedente, por aplicación de

lo dispuesto en los artículos 55.4, in fine, del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 párrafo segundo, inciso final, de la Ley de Procedimiento Laboral. Y habiéndolo apreciado así la juzgadora de instancia, su resolución debe ser confirmada, y por las razones que se dejan expuestas, deben ser rechazados los recursos interpuestos contra la misma, con las consecuencias previstas (en relación con el recurso de la empleadora), en los artículos 202.1.3.4 y 233.1 ambos de la Ley de Procedimiento Laboral; y en función de todo ello:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la dirección letrada del actor don J.S.G., así como el de la representación procesal de la empresa “G.C.S., S.A.”, ambos recursos interpuestos contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo, de fecha 1º de junio de 2001, autos 325/01, seguidos sobre despido promovido por el citado trabajador frente a la empresa antes mencionada, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se decreta la pérdida del depósito necesario que la recurrente ha 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 empresa recurrente a que abone a la parte contraria, en concepto de honorarios de su Abogado, la cantidad de CIENTO CINCUENTA CON VEINTICINCO EUROS (150,25 euros).

3364 Recurso nº 673/02

S.S. EXTINCIÓN DO CONTRATO POR CAUSAS OBXECTIVAS. EXTINCIÓN PROCEDENTE. CONXELACIÓN DE SUBVENCIÓNS PÚBLICAS. CONTRATO DE OBRA E SERVICIO EN FRAUDE DE LEI: DESENVOLVEMENTO DE FUNCIÓNS ALLEAS ÓS PROGRAMAS OBXECTO DO CONTRATO.

Ponente: Ilmo. Don José Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a veinte de marzo de dos mil dos.

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. 673/02 interpuesto por “F.A.D.E.M.G.A.-F.E.A.P.S.-GALICIA” 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.D.C.P. en reclamación de despido siendo demandado “F.A.D.E.M.G.A.-F.E.A.P.S.-GALICIA” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 348/01 sentencia con fecha catorce de septiembre 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.- Que la actora viene prestando sus servicios desde el cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, por cuenta de la entidad demandada “F.A.D.E.M.G.A.-F.E.A.P.S.-GALICIA” dedicada a la actividad de promoción de minusválidos psíquicos, con domicilio social en Santiago, ..., con la categoría profesional de Titulado de Grado Medio (trabajadora Social), siendo su vínculo contractual de carácter indefinido, correspondiéndole percibir un salario mensual con prorrateo de pagas extras de ciento ochenta y dos mil quinientas noventa y nueve pesetas (182.599 ptas.) (salario base –ciento cincuenta mil ochocientos cincuenta y dos pesetas (150.852 ptas.) más prorrateo extras de veintiséis mil ochenta y cinco pesetas (26.085 ptas.)./2º.- Que la relación laboral entre la actora y la entidad demandada se ha formalizado ininterrumpidamente y sin solución de continuidad a través de los siguientes contratos: 1º.- En fecha cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, suscribieron las partes, un contrato de trabajo temporal de duración determinada, celebrado al amparo del Real Decreto 2.546/94 y hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y seis, para obra o servicio determinado con objeto de “Realizar las gestiones del programa de Respiro Familiar subvencionado por el M.A.S. con cargo al 0.52 del IRPF”. 2º.- En fecha uno de enero de mil novecientos noventa y siete, se celebró entre las partes, un nuevo contrato temporal al amparo del mismo Real Decreto 2.546/94, y también por obra o servicio determinado sin indicar fecha de finalización y siendo su objeto: “Desarrollar y coordinar el programa de integración familiar concedido por el Ministerio de Asuntos Sociales”. Firmando la

actora recibo de finiquito en fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y siete. 3º.- En fecha uno de enero de mil novecientos noventa y ocho, suscriben un tercer contrato por obra o servicio determinado, celebrado al amparo del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, según redacción dada por el Real Decreto-Ley 8/97 de 16 de mayo, cuyo objeto era: "Desarrollo del Programa de atención a familias que se desarrolla por F.E.A.P.S. a través de F.A.D.E.M.G.A., correspondiente al Convenio de la Subvención del 0.5 % del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Firmando la actora recibo de finiquito en fecha veinte de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. 4º.- De nuevo, en fecha uno de enero de mil novecientos noventa y nueve, firman las partes un nuevo contrato temporal, de obra o servicio determinado, al amparo del Real Decreto Ley 8/97 del mismo tipo y objeto que el anterior. Firmando la actora recibo de finiquito en fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve. 5º.- Siendo en fecha del once de enero de dos mil, cuando suscriben ambas partes un contrato de trabajo por tiempo indefinido, con la misma categoría profesional de Titulada de Grado Medio./3º.- Que la actividad de la empresa demandada según sus Estatutos, aportados a los autos por ambas partes, en su artículo 3 y teniendo en cuenta su objeto consiste: En la promoción de los Minusválidos Psíquicos, careciendo de ánimo de lucro. Y en particular dirigirá su actuación a la consecución de los siguientes fines: a) Fomentar la constitución de asociaciones en todos aquellos lugares en donde no se cubra la atención a las personas con déficit mental. b) Coordinar los objetivos actividades, recursos y posibilidades de sus asociados en la protección de los Minusválidos Psíquicos, utilizar criterios de acción y fomentar todo tipo de esfuerzos y actividades conjuntas. c) Representar a sus miembros ante las entidades públicas y privadas que se relacionan directa o indirectamente con la problemática del Minusválido Psíquico y en particular con la Confederación Española de Federaciones y Asociaciones Pro Personas Deficientes Mentales. d) Facilitar cuanta información general o especializada sobre los Deficientes Mentales esté a su alcance, fomentando estudios sobre el tema y recabando la colaboración de la Universidad de Santiago. e) Realizar campañas de divulgación y de mentalización ante la sociedad. f) Velar por el buen nombre y prestigio asociativo, denunciando públicamente aquéllos casos que no cumplan en la promoción de Minusválidos Psíquicos. g) Informar, aconsejar o gestionar, todas aquellas gestiones que le sometan las Asociaciones inte-

resadas. h) Cualquier otro tipo de actividades relacionadas con la persona afectada de Minusvalía Psíquica./4º.- Que en fecha veintiséis de abril de dos mil uno, el Presidente de F.A.D.E.M.G.A., empresa demandada, hizo entrega a la actora de escrito en que se le comunica "la extinción de la relación laboral que le une con esta empresa, al amparo del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, extinción que se considerará definitiva el veintisiete de abril de dos mil uno, en que se procederá a amortizar el puesto de trabajo correspondiente a Coordinadora de Programas. La causa de la misma es económica, y de reorganización interna para superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa,, en el apartado laboral de Mantenimiento y actividades, que está subvencionado mediante Convenio entre esta Federación y la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais para la financiación de programas de atención a Personas con retraso mental de Galicia. Desde tres años atrás las cuentas de la empresa arrojan pérdidas, y las subvenciones públicas, principal fuente de ingresos que veníamos percibiendo, no han experimentado ningún tipo de subida y siguen siendo las mismas de hace tres años, mientras que los salarios y demás gastos de esta Federación subieron los incrementos anuales del IPC, de forma que la viabilidad, pasa por reducir el puesto de trabajo de Coordinación de Programas, adscrito al departamento de mantenimiento y Actividades, como medio de contribuir a la superación de la situación económica negativa y ante el ya mencionado estancamiento de la subvención que anualmente recibimos para el apartado de Mantenimiento y actividades de esta Federación y que usted ya conoce. Debido a esta falta de recursos, y como medida de contribuir a la superación de la situación económica, que hace inviable el mantenimiento de su puesto de trabajo y nos vemos en la necesidad de suprimirlo. Se pone a su disposición simultáneamente con la presente notificación, la indemnización de 20 días de salario por año de servicio que le corresponden y la correspondiente liquidación, así como 30 días de salario por falta de preaviso a que se refiere el art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores. "Firmando el recibí de la notificación la actora haciendo constar su no conformidad"./5º.- La trabajadora no ha ostentado en el último año la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores./6º.- Que habiéndose celebrado en fecha veintiuno de mayo de dos mil uno, el preceptivo acto previo de Conciliación, devino por "celebrado sin avenencia".

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

“FALLO: Que desestimando las excepciones de acumulación de acciones y prescripción formuladas por la representación de la entidad demandada, debo de estimar y estimo la demanda de despido interpuesta por doña M.D.C.P., contra la entidad demandada “F.A.D.E.M.G.A.-F.E.A.P.S.-GALICIA”, debiendo declarar y declaro el despido o extinción de la relación laboral improcedente, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte en el término de cinco días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo, de inmediato y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o a abonarle la cantidad de un millón cuatrocientas quince mil ciento cuarenta y dos pesetas (1.415.142 ptas.) en concepto de indemnización por despido, 45 días por año de servicio, y a que se le abone en todo caso la cantidad de ochocientas treinta y tres mil novecientas diecinueve pesetas (833.919 ptas.) en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de seis mil ochenta y siete pesetas (6.087 ptas.) hasta la fecha de notificación de la presente sentencia.”

CUARTO.- En fecha dos de octubre de dos mil uno se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que debía de aclarar y aclara los extremo solicitados por la demandada en su escrito de recurso de aclaración, estimando y accediendo a los extremos solicitados en relación con la sentencia dictada, y declara que las cantidades que se le abonaron a la actora en fecha 26 de abril de 2001, en concepto de indemnización por despido objetivo CIENTO CINCUENTA Y UNA MIL SETECIENTAS SIETE PESETAS (151.707 ptas.), y en concepto de omisión de preaviso CIENTO CINCUENTA MIL OCHOCIENTAS CINCUENTA Y DOS PESETAS (150.852 pesetas) deben de deducirse de la indemnización fijada en el fallo de la sentencia dictada de UN MILLON CUATROCIENTAS QUINCE MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESETAS (1.415.142 pesetas) en concepto de indemnización por despido de 45 días por año de servicio prestado.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La parte demandante, venida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Al amparo de esa letra c) –y no de la a) como debiera –, se denuncian, asimismo, una serie de vicios procesales –en el Apartado VII del Motivo Segundo de la formalización del recurso de suplicación –, aunque –en una nueva incorrección– no se citan las normas legales infringidas –con todo, se entrará en el análisis de las denuncias, para satisfacer el artículo 24 CE-. Primer vicio procesal denunciado es el relativo a las normas sobre la carga de la prueba, al no haberse declarado probado lo que, a juicio de la parte, está probado, aunque ello es cuestión a dilucidar al examinar los motivos fácticos, debiendo, como motivo procesal, ser formalmente rechazado –si se admitiese como motivo procesal se eludirían los cauces establecidos de revisión fáctica -. Segundo vicio procesal denunciado es el relativo a la congruencia de la sentencia, al considerar ilógico que, apreciándose en la sentencia de instancia deficiencias formales en el despido, se entre en el fondo, debiendo este motivo ser asimismo rechazado, aunque no por meras razones formales, sino al no existir defectos de correlación entre su fallo y las pretensiones de las partes. Obsérvese, en todo caso, como, en el fallo de la sentencia de instancia, no se realizan las declaraciones y las condenas correspondientes a un despido nulo, sino las correspondientes a un despido improcedente, de modo que, sea como fuere, la sentencia admite el cumplimiento de los requisitos del despido objetivo. Tercer vicio procesal denunciado es el relativo al principio de inmediación, determinante de ser el mismo magistrado quien asiste al juicio y quien dicta la sentencia, y, en el caso de autos, es el mismo, de donde ni hay vicio, ni se entiende su alegación, acaso debida a un lapsus calami. Por todo lo expuesto, desestimados los motivos de orden procesal, se entrará en los demás motivos.

SEGUNDO.- Respecto a la revisión de los hechos probados –a la cual se dedica, en la formalización del recurso de suplicación, su Motivo Primero –, se pretende una redacción alternativa íntegra del Primero y del Segundo, sendos añadidos al Tercero y al Cuarto, y el añadido de otros dos, uno Quinto y otro Sexto, pasando los así numerados –relativos a la ausen-

cia de condición representativa y al intento sin avenencia de la conciliación administrativa- a Séptimo y a Octavo. A pesar de la aparente magnitud de las revisiones, lo cierto es, en buena medida, su inutilidad: la mayoría de las revisiones pretendidas están recogidas, con otra redacción, en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, o, con valor de hecho probado, en sus fundamentos de derecho. Como la finalidad de la revisión fáctica no es la mejora literaria de la sentencia de instancia, limitaremos el estudio a los rasgos diferenciales:

1º. La redacción alternativa del Hecho Probado Primero modifica la antigüedad, la categoría profesional y el salario de la demandante, aparte de una irrelevante mayor matización en los fines de la entidad demandada –no correlativa con lo establecido en sus estatutos, a diferencia de la declaración de hechos probados, donde sí se respeta esa correlación, y, en concreto, con su artículo 3-, con detalle especificados, además, en el Hecho Probado Tercero.

En primer lugar, la revisión de la antigüedad no procede, al ser predeterminante del fallo, ya que, partiendo de la secuencia de contratos de trabajo, se pretende declarar probada la antigüedad derivada de la valoración como lícita de dicha secuencia. Ahora bien, como la antigüedad declarada probada en la sentencia de instancia es, asimismo, predeterminante del fallo, al derivarse de la valoración como lícita de dicha secuencia, se debe tener como no puesta. Cuál sea la antigüedad de la demandante a efectos de despido es una cuestión jurídica a resolver en sede jurídica partiendo de dicha secuencia de contratos de trabajo, declarada probada en el Hecho Probado Segundo.

En segundo lugar, la revisión de la categoría profesional no procede, ya que, partiendo del contrato de trabajo vigente al momento del despido, dicha categoría es la de titulada grado medio, como se declaró probado, aunque sus funciones –no su categoría profesional- sea la de coordinadora de programas, integradas esas funciones en la dicha categoría profesional. Por lo tanto, sin alterar la categoría profesional declarada probada, sí es procedente añadir, como funciones realizadas, las de coordinadora de programas, aunque, como se verá en sede jurídica, este añadido resultará totalmente irrelevante.

En tercer lugar, la revisión del salario no procede, ya que, a efectos de despido, el salario a considerar es el salario prorrateado, y

éste es el probado, pretendiéndose su sustitución por otro donde no consta la prorratea.

Resumiendo, el Hecho Probado Primero se mantiene casi como está en la sentencia de instancia, si bien eliminando “*desde el cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis*”, y añadiendo, aparte de la categoría profesional, la realización de funciones de “*coordinadora de programas*”.

2º. La redacción alternativa del Hecho Probado Segundo, aparte de matizar la existencia de una sucesión en la empleadora –de F.A.D.E.M.G.A. a F.A.D.E.M.G.A. F.E.A.P.S.-, casi nada añade a lo declarado probado, donde claramente se recoge (1) el inicio y el final de cada contrato de trabajo, (2) el programa presupuestario anual configurador de la obra o servicio determinado, y (3) la existencia de finiquitos al final de la vigencia de cada contrato de trabajo. Único rasgo diferencial es la no constancia de las variables categorías profesionales de cada contrato de trabajo, siendo, en 1996, de oficial segunda administrativa, en 1997, de trabajadora social, y, en 1998 y en 1999, de titulada de grado medio, manteniendo esta categoría en su última contratación. Resumiendo, el Hecho Probado Segundo se mantiene casi como está, si bien añadiendo, en cada contrato de trabajo, la categoría correspondiente.

3º. El añadido al Hecho Probado Tercero se sustenta en “*acta de constitución de la federación, y estatuto de la federación (que acredita su objetivo y finalidad, diferente de actividad habitual)*”. Ni la Sala entiende esta distinción, ni ésta se deduce de dichos documentos sin necesidad de conjeturas. Aparte, la declaración de hechos probados respeta ad pedem litterae lo establecido en el artículo 3 de los estatutos de la entidad demandada. Resumiendo, el Hecho Probado Tercero se mantiene como está sin cambios.

4º. El añadido al Hecho Probado Cuarto se sustenta en “*propuesta de cantidad y recibo de cantidad, aportado por esta parte*”, los cuales no aparecen, salvo error u omisión involuntaria, en el ramo de prueba de la parte demandada –en contravención del artículo 194.3 de la LPL-. Se trata, en todo caso, de un hecho indiscutido, y, por ello, se admite la adición de que, “*en el mismo momento (de notificación del despido) se hizo entrega a la trabajadora de la cantidad total de 302.559 ptas (151.707 ptas corresponden a indemnización, y 150.852 ptas a 30 días por ausencia de preaviso)*”.

5º. El añadido de dos nuevos Hechos Probados, uno Quinto y otro Sexto, pasando los así numerados –relativos a la ausencia de condición representativa y al intento sin avenencia de la conciliación administrativa- a Séptimo y a Octavo, deberá ser analizado separadamente con soluciones parcialmente diferenciadas.

La pretensión de añadir un nuevo Hecho Probado Quinto no resulta admisible, ya que, si leemos su redacción, simplemente se incide, con reiteración innecesaria a la vista del Hecho Probado Segundo, en la circunstancia de realizarse las contrataciones de la demandante al amparo de subvenciones públicas inscritas en programas presupuestarios de carácter anual. Tal reiteración es, como se dijo, innecesaria, determinando lo inútil de la revisión fáctica.

La pretensión de añadir un nuevo Hecho Probado Sexto sí resulta admisible, ya que, aunque de nuevo hay reiteración, como lo es con lo dicho, con valor de hecho probado, en los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, resulta conveniente traer esas especificaciones –no en los términos de la redacción del recurso de suplicación, sino en los términos de la redacción de la sentencia de instancia, aunque sí se añadirá, al derivarse del libro de matrícula del personal, la ausencia de contrataciones laborales posteriores al despido de la demandante- a la más adecuada sede fáctica, de donde, en el nuevo Hecho Probado Quinto –pasando el Quinto a Sexto y el Sexto a Séptimo -, se dirá:

“Durante los años 1998, 1999 y 2000, la entidad demandada ha tenido un resultado negativo global de 636.951 ptas, con déficit entre el activo y el pasivo circulante determinantes de dificultades en el abono de las deudas y de dificultades en la financiación de los gastos de mantenimiento. La evolución prevista para 2001 se corresponde con iguales ingresos y mayores gastos. Tras el despido de la demandante no se produjeron nuevas contrataciones”.

TERCERO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, la parte recurrente realiza una amplia denuncia jurídica, si bien, aparte las analizadas denuncias procesales, las demás, tanto en el plano legal como en el jurisprudencial, se refieren a unas mismas cuestiones litigiosas:

1º. Unas con incidencia en la calificación del despido objetivo o en sus efectos indemnizatorios, (1) sosteniendo su procedencia, a lo cual se refieren los Apartados II y VI del Motivo Segundo –artículo 52.c) del Estatuto

de los Trabajadores, tomando, como criterio hermenéutico, la nueva regulación del despido objetivo, se supone la del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo -, y el Apartado IV del Motivo Tercero –jurisprudencia aplicativa de dicha norma -, o (2) sosteniendo –se supone subsidiariamente en el caso de ser el despido improcedente- una indemnización reducida, a lo cual se refiere el Apartado V –el IV se salta, por cierto, en la numeración de los diferentes apartados- del Motivo Segundo –Disposición Adicional 1ª de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre -.

2º. Otras con incidencia en la antigüedad de la demandante, (1) discutiendo su cómputo, a lo cual se refiere el Apartado I del Motivo Segundo –artículo 23 del Convenio Colectivo de Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de Minusválidos, BOE de 11.08.1999-; (2) cómputo admisible si admitimos, de un lado, la regularidad de la contratación temporal precedente a la indefinida de la demandante, a lo cual se refiere el Apartado III del Motivo Segundo –artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el Código Civil, se supone su artículo 6.4-, y los Apartados I y II del Motivo Tercero –jurisprudencia aplicativa de dicha norma -; (3) y, de otro lado, el valor de los finiquitos, a lo cual se refiere el Apartado VII del Motivo Segundo –sin cita de ninguna norma concreta, aludiendo, sin más, al Código Civil y al Estatuto de los Trabajadores -, y el Apartado III del Motivo Tercero –jurisprudencia aplicativa del artículo 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores-.

CUARTO.- Un grupo de cuestiones litigiosas presenta incidencia en la calificación del despido objetivo o en sus efectos indemnizatorios. Respecto a lo primero, esto es, la calificación del despido objetivo, se cita, como norma infringida, el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, tomando, como criterio hermenéutico, la nueva regulación del despido objetivo, se supone la del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, interpretando dicha norma con su jurisprudencia aplicativa. La carta de despido alude a la existencia de causas económicas y organizativas, pero, a la vista de su redacción, las únicas causas realmente alegadas son las económicas, y a ellas se ciñe el juzgador de instancia. Antes de entrar en su estudio, una aclaración inicial merece ser realizada: la sentencia de instancia aprecia, en sus fundamentos de derecho, deficiencias formales en el despido, aunque, en esos mismos fundamentos, se entra en el fondo de la cuestión litigiosa, y, en su fallo, no se realizan las declaraciones y las condenas

correspondientes a un despido nulo, sino las correspondientes a un despido improcedente, de modo que, sea como fuere, la sentencia admite el cumplimiento de los requisitos del despido objetivo, lo cual, a juicio de la Sala, está claro a la vista de la carta de despido y del abono de la indemnización.

Pues bien, la sentencia de instancia, aunque admite *“(una) situación económica negativa ... acreditada en autos”* –como se deduce de las afirmaciones fácticas contenidas en sus fundamentos de derecho, en las cuales se ha sustentado, como se dijo, el nuevo Hecho Probado Cuarto –, alcanza, sin embargo, la solución de improcedencia del despido porque *“se ha de demostrar que la medida extintiva sea la razonablemente adecuada y suficiente para garantizar el proyecto empresarial futuro y la superación de la situación económica”*. Con estos razonamientos debe discrepar la Sala. Literalmente, el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores admite el despido objetivo por causas económicas *“con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas”*, no exigiéndose una garantía de superación. En este sentido, en la Sentencia de 24 de abril de 1996, Recurso 3.543/1995, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se razona como sigue:

“La simple lectura de este precepto (el artículo 52.c) del ET) pone de manifiesto que la expresión contribuya es elemento clave y decisivo para el cabal entendimiento del mismo; y es sabido que contribuir equivale a ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin. No es preciso, por ende, que el despido adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que esa rescisión contractual contribuya a la mejoría de la empresa, es decir que ayude o favorezca la consecución de esta mejoría: si bien tal contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota”.

Analizando ahora el supuesto de autos, el despido objetivo de la trabajadora sí contribuye a superar la situación económica negativa de la empresa, debida a la congelación de las subvenciones públicas, lo cual determina su procedencia, aunque no se haya acreditado ser dicho despido objetivo de la trabajadora una garantía suficiente de la superación de dicha situación económica negativa de la empresa. Un supuesto de ciertas similitudes fácticas con el de autos fue resuelto, aplicando la anterior solución herme-

néutica, en la Sentencia de 28 de enero de 1998, Recurso 1.735/1997, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: se reconoció la procedencia del despido objetivo por causas económicas derivadas de la reducción de una subvención pública.

QUINTO.- Respecto a lo segundo, esto es, los efectos indemnizatorios del despido improcedente, como éste se ha calificado de procedente, no resulta necesario el estudio de una cuestión tácitamente instrumentada como subsidiaria.

SEXTO.- Un segundo grupo de cuestiones litigiosas presenta incidencia en la antigüedad de la demandante. Respecto a la primera, esto es, su cómputo, se cita, como norma infringida, el artículo 23 del Convenio Colectivo de Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de Minusválidos, BOE de 11.08.99, en el cual, en lo que aquí interesa, se dice:

“El trabajador que cese definitivamente en la empresa perderá todos los derechos de antigüedad y si posteriormente vuelve a ser contratado sólo tendrá derecho a que se compute la antigüedad desde la fecha de este nuevo ingreso”.

Frente a esta norma, la demandante recurrida alega el artículo 12 del referido Convenio Colectivo, donde, en lo que aquí interesa, se dice que *“el personal no contratado como fijo, de acceder a esta condición, se le computará el tiempo trabajado a efectos de prueba y de antigüedad”*. Norma la cual se aplicará cuando no exista un cese definitivo, ya que, si lo hubiere, la norma aplicable es la citada como infringida. Así se cohonestan ambas normas.

Pues bien, si, en el caso de autos, existiese un cese definitivo al final de la duración establecida en cada contrato de temporal de trabajo precedente al indefinido de la demandante, ello sería a causa de la regularidad de dicha contratación temporal y de la validez de los finiquitos firmados a su finalización. Si no se cumpliesen ambos requisitos –y, como se adelanta, no se cumplen –, debemos entender acrecida la antigüedad hasta la fecha del primer contrato.

SÉPTIMO.- Respecto a la segunda cuestión litigiosa con incidencia en la antigüedad de la demandante, esto es, la regularidad de la contratación temporal precedente a la indefinida de la demandante, se citan, como normas infringidas, el artículo 15 del Estatuto de los Trabajado-

res, en relación con el Código Civil, se supone su artículo 6.4, interpretando dichas normas con su jurisprudencia aplicativa. Pues bien, en el caso de autos, no se aplican indebidamente en la sentencia de instancia estas normas con su jurisprudencia aplicativa, ya que, aunque se han vinculado los sucesivos contratos temporales de trabajo entre la trabajadora demandante y la empleadora demandada a las subvenciones recibidas a cargo de diversos programas presupuestarios públicos –argumento a favor de la regularidad de la contratación para obra o servicio determinado sustentado en la jurisprudencia aplicativa del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y, a mayor abundancia, en el artículo 14 del Convenio Colectivo de Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de Minusválidos, BOE de 11.08.99-, las funciones de la demandante estuvieron, desde el principio hasta el final, vinculadas a la organización propia de la demandada, no a las funciones derivadas de la ejecución de dichos programas –con la irrelevante salvedad del segundo contrato, donde la categoría profesional era la de trabajadora social-. Si la demandante fue contratada como auxiliar administrativa –en el primer contrato- y como titulada de grado medio –en el tercer, en el cuarto y en el quinto contrato, éste último el indefinido-, con funciones de coordinadora de programas –desde su contratación con carácter indefinido-, y si la demandada gestiona numerosas subvenciones con relación a su actividad, es indudable la correlación entre las funciones de la demandante y la genérica actividad estructural de la demandada. Dicho en otros términos, a pesar de lo especificado en los contratos temporales entre la trabajadora demandante y la empleadora demandada, las funciones de la demandante, derivadas de su categoría, no estaban vinculadas a los programas especificados en cada uno de esos contratos, sino a la genérica actividad estructural de la demandada. No estamos, en resumen, ante *“una obra o servicio determinado, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta”*, como exige el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

OCTAVO.- Respecto a la tercera cuestión litigiosa con incidencia en la antigüedad de la demandante, esto es, el valor de los finiquitos, no se cita ninguna norma concreta, aludiendo, sin más, al Código Civil y al Estatuto de los Trabajadores, y aludiendo, asimismo, a la jurisprudencia aplicativa del artículo 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. De

nuevo, en este aspecto, la Sala comparte la solución de la sentencia de instancia, (1) porque, si la contratación nunca fue temporal, sino indefinida por irregular, los finiquitos suponían una renuncia prohibida, y (2) porque, además, no se corresponden con una real extinción de la relación laboral, como lo demuestra, de un lado, la realización de un nuevo contrato de trabajo antes del transcurso del plazo de 20 días hábiles desde la fecha del finiquito, y, de otro lado, la circunstancia de que, en dichos finiquitos, se liquidan vacaciones no disfrutadas en la cuantía correspondiente al interín entre la fecha del finiquito y la realización del nuevo contrato de trabajo.

NOVENO.- Habiéndose declarado la procedencia del despido, se realizarán los pronunciamientos establecidos en el artículo 123 –en relación con el 109- de la Ley de Procedimiento Laboral, y, a la vista de la errónea antigüedad tomada para el cálculo de la indemnización abonada por la empleadora demandada a la trabajadora demandante, se está en el caso de condenar a aquélla a abonar a ésta las diferencias existentes –481.303 ptas- entre la indemnización percibida –151.707 ptas- y la que legalmente corresponde –633.010 ptas-.

DÉCIMO.- Se acordará la cancelación parcial del aseguramiento y la devolución total del depósito, de conformidad con el artículo 201 de la Ley de Procedimiento Laboral. No ha lugar a la imposición de las costas del recurso, en aplicación del artículo 233 de la referida Ley de Procedimiento Laboral.

Fallamos

Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por “F.A.D.E.M.G.A.-F.E.A.P.S.-GALICIA”- contra la Sentencia de 14 de septiembre de 2001 del Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia de doña M.D.C.P. contra la recurrente, la Sala la revoca, y, estimando parcialmente la demanda rectora, declaramos la procedencia del despido de la trabajadora demandante acordado por la empleadora demandada y, en su consecuencia, la convalidación de la extinción del contrato de trabajo producida por el despido, y condenamos a la empleadora demandada a abonarle a la trabajadora demandante las diferencias en la indemnización cuantificadas en 481.303 pesetas. Asimismo, acordamos la cancelación parcial del aseguramiento y la devolución total del depósito. No ha lugar a la imposición de las costas del recurso.

3365 Recurso nº 03/0009808/1997.

S.CA. INFRACCIÓNS E SANCIÓN. FALLA DE MEDIDAS DE SEGURIDADE. INEXISTENCIA DE CULPA CONCURRENT DA VÍCTIMA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

A Coruña, a veintisiete de marzo de dos mil dos.

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 03/0009808/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.I., S.L.", domiciliado en ...(Ourense), representado por don J.B.F. y dirigido por el Letrado don J.L.A.G., contra Resolución de 21.07.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc. Provincial de Orense de la C. Xustiza, Interior e R. Laborais sobre acta de infracción nº 591/97; Expte. nº 262/97.. Es parte la administración demandada CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIONS LABORAIS, representada por el LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA. 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 20 de marzo de 2002, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Los tipos infraccionales previstos en los arts. 9.4, 10.9 y 11.4 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, responden a la técnica del tipo abierto, pues conteniendo la precisa descripción de los elementos subjetivos y normativos del tipo, deja o remite a otro ámbito normativa la descripción de simples elementos fácticos de la acción típica, consistiendo la acción típica en la infracción de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, encuentran su elemento principal constitutivo en el incumplimiento de las disposiciones que tutelan ese ámbito con independencia, tanto de otras posibles responsabilidades, como de otras posibles circunstancias. Como quiera que la razón de ser de éstas infracciones en su triple modalidad de muy graves, graves y leves, radica en el incumplimiento de tales disposiciones, sancionándose en definitiva, la vulneración del deber de protección pesa sobre el empresario correlativo al derecho del trabajador a que se le dispense una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo (art. 4.2.d) y 19 del Estatuto de los Trabajadores, arts. 21 y 22 de la Ley 14/86 de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el art. 43 de la Constitución, junto con la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 08.11.95) el reproche que conlleva este tipo infraccional, alcanzaría tanto el supuesto de que el empresario no esté en posesión o disposición de los elementos o mecanismo reglamentarios de seguridad e higiene, como el supuesto de que, aún acreditada aquella posesión y puesta a disposición de los mismos, lo que supone que el empresario debe garantizar hasta el límite de lo racionalmente exigible su efectivo uso o utilización por todos los trabajadores, lo que implica que el empresario vería exonerada su responsabilidad, si acredita el ejercicio puntual de sus facultades de dirección e inspección de sus servicios, mediante la vigilancia y advertencia a los trabajadores en orden al uso efectivo de las medidas de seguridad e higiene de que dispone la empresa, pues no puede olvidarse que el derecho a una adecuada política en materia de seguridad e higiene en el trabajo forma parte, tanto del cúmulo de derechos laborales consignadas en el art. 4 del E.T., como de los principios rectores de la política social y económica consagrados en el art. 40.2 de la CE, postulados

dirigidos no sólo a los poderes públicos sino también a los empleadores y trabajadores, de tal forma que sobre los primeros pesa aquélla doble obligación de disponer de las medidas y elementos e instrumentos de seguridad e higiene y la de su efectiva implantación de los centros de trabajo, y sobre los segundos, la obligación de su efectivo uso y utilización, obligación de carácter autónomo y cuyo incumplimiento puede dar lugar al ejercicio de la actividad disciplinaria por parte del empresario.

De otra parte, el criterio que determina la distinción entre el tipo infraccional muy grave y el grave reside en el carácter inminente o no del riesgo grave que para la integridad física o salud de los trabajadores pueda derivarse del incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales en materia de seguridad e higiene, diferenciándose la infracción grave de la leve en la concurrencia no de trascendencia grave para aquéllos bienes.

En resumen de lo actuado se desprende que frente a la postura de la Empresa recurrente se centra en el hecho de que la operario no debió usar la referida máquina cortadora de pizarra de tijera de botones que al estar desgastados le causó el corte del dedo pulgar de la mano derecha, ya que tiene un contrato de aprendizaje y carecía de los conocimientos indispensables para manejarla incurriendo en una imprudencia temeraria profesional, sin embargo no tuvo en cuenta la empresa, de una parte la extrema vigilancia del encargado de la fábrica para evitar la utilización o la recepción de la misma por los trabajadores y las instrucciones precisas para su uso, unido al hecho de que indudablemente existe en el empresario la obligación de velar por la integridad y seguridad de los trabajadores lo que implica la inclusión de una responsabilidad por falta de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo prevista en los arts. 149 de la O.M. de 9.3.75 y art. 4.2.d) del R.D. 1/95 del Estatuto de los Trabajadores que obliga al uso de guantes no de goma sino de elementos que protejan más eficazmente las extremidades, por todo lo cual no incidió para nada en el accidente laboral la posible negligencia de la trabajadora cuando se interrumpe el nexo causal, al no observar o hacer observar las medidas de protección frente a la falta de operarios especializados en utilizar dicha máquina cortadora dado que ello implica asumir un riesgo por la Empresa que no puede poner en tela de juicio echando la culpa en la productora de 20 años y con su

contratado de aprendizaje por lo que se infringía lo dispuesto en el art. 47.16.f) de la Ley 08.11.95 de Prevención de Riesgos Laborales modificada por la Ley 30-12-98.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "P.I., S.L." contra Resolución de 21.07.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc. Provincial de Orense de la C. Xustiza, Interior e R. Labo-rais sobre acta de infracción nº 591/97; Expte. nº 262/97, dictado por la CONSELLERIA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIONS LABORAIS. Sin imposición de costas.

3366 Recurso nº 03/0009814/1997

S.CA. INFRACCIÓNS E SANCIÓN. INFRACCIÓN GRAVE. INCUMPRIMENTO DA OBRIGA DE ELABORACIÓN DE PLANO DE SEGURIDADE E HIXIENE ANTES DO INCIO DUNHA OBRA DA CONSTRUCCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

A Coruña, a veintisiete de marzo de dos mil dos.

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 03/0009814/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.Y.D.A., S.L.", domiciliado en ... (Vigo), representado por don A.P.F. y dirigido por el Letrado don G.R.P., contra Resolución de 15.07.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegac. Provincial de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Pontevedra en Vigo sobre acta de infracción nº 1.221/96; Expte. nº 205/97.. Es parte la Administración demandada CONSELLERIA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIONS LABORAIS, representada por el LETRADO DE LA XUNTA

DE GALICIA. La cuantía del asunto es determinada en 1.502 euros.

Antecedentes de hecho

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

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 20 de marzo de 2002, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Los tipos infraccionales previstos en los arts. 9.4, 10.9 y 11.4 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, responden a la técnica del tipo abierto, pues conteniendo la precisa descripción de los elementos subjetivos y normativos del tipo, deja o remite a otro ámbito normativa la descripción de simples elementos fácticos de la acción típica, consistiendo la acción típica en la infracción de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, encuentran su elemento principal constitutivo en el incumplimiento de las disposiciones que tutelan ese ámbito con independencia, tanto de otras posibles responsabilidades, como de otras posibles circunstancias. Como quiera que la razón de ser de éstas infracciones en su triple modalidad de muy graves, graves y leves, radica en el incumplimiento de tales disposiciones, sancionándose en definitiva, la vulneración del deber de protección pesa sobre el empresario correlativo al derecho del trabajador a que se le dispense una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo (art. 4.2.d) y 19 del Estatuto de los Trabajadores, arts. 21 y 22 de la Ley 14/86 de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el

art. 43 de la Constitución, junto con la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 08.11.95) el reproche que conlleva este tipo infraccional, alcanzaría tanto el supuesto de que el empresario no esté en posesión o disposición de los elementos o mecanismo reglamentarios de seguridad e higiene, como el supuesto de que, aún acreditada aquella posesión y puesta a disposición de los mismos a los trabajadores, se descuide la llamada implantación de los mismos, lo que supone que el empresario debe garantizar hasta el límite de lo racionalmente exigible su efectivo uso o utilización por todos los trabajadores, lo que implica que el empresario vería exonerada su responsabilidad, si acredita el ejercicio puntual de sus facultades de dirección e inspección de sus servicios, mediante la vigilancia y advertencia a los trabajadores en orden al uso efectivo de las medidas de seguridad e higiene de que dispone la empresa, pues no puede olvidarse que el derecho a una adecuada política en materia de seguridad e higiene en el trabajo forma parte, tanto del cúmulo de derechos laborales consignados en el art. 4 del E.T., como de los principios rectores de la política social y económica consagrados en el art. 40.2 de la CE, postulados dirigidos no sólo a los poderes públicos sino también a los empleadores y trabajadores, de tal forma que sobre los primeros pesa aquélla doble obligación de disponer de las medidas y elementos e instrumentos de seguridad e higiene y la de su efectiva implantación de los centros de trabajo, y sobre los segundos, la obligación de su efectivo uso y utilización, obligación de carácter autónomo y cuyo incumplimiento puede dar lugar al ejercicio de la actividad disciplinaria por parte del empresario.

De otra parte, el criterio que determina la distinción entre el tipo infraccional muy grave y el grave reside en el carácter inminente o no del riesgo grave que para la integridad física o salud de los trabajadores pueda derivarse del incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales en materia de seguridad e higiene, diferenciándose la infracción grave de la leve en la concurrencia no de trascendencia grave para aquéllos bienes.

En resumen de lo actuado en el expediente administrativo y autos se desprende la clara existencia de una infracción grave prevista en el art. 14.1 en relación con los arts. 47.6 y 49 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 por la que se

obliga a todo empresario, propietario, promotor o contratista de la obra a la elaboración del plan de Seguridad e Higiene directa o mediante técnico con titulación de grado superior o medio antes del inicio de la obra por lo que tratándose de una construcción que supera los cien millones de pesetas en el presupuesto de ejecución material está obligado al análisis, estudio de un Plan de Seguridad e Higiene en el Trabajo de acuerdo con el R.D. 21 de febrero de 1986 sin que pueda alegar que tiene un estudio técnico confeccionado para el desarrollo de la obra, ni puede deducirse de unas manifestaciones o petición de prueba cuando precisamente debió aportarlo en el acto de la visita efectuada por el Controlador Laboral en la fecha de 29 de julio de 1996 o en otro caso en el momento de hacer las alegaciones, cuestión que no efectuó sino simplemente adujo la existencia del mismo pero sin aportarla antes de la actuación inspectora, por lo que es evidente que de acuerdo con el R.D. de 21 de febrero de 1986 es preciso la citada obligación o medidas alternativas para cumplimentar las medidas adecuadas en la ejecución de una obra de importancia cuantitativa.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "P.Y.D.A., S.L." contra Resolución de 15.07.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegac. Provincial de la C. Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Pontevedra en Vigo sobre acta de infracción nº 1.221/96; Expte. nº 205/97, dictado por CONSELLERÍA XUSTIZA, INTERIOR E RELACIONES LABORAIS. Sin imposición de costas.

3367 Recurso nº 8.666/1997

S.CA. INFRACCIÓNS E SANCIÓN. COMPATIBILIZACIÓN DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO CON ACTIVIDADE POR CONTA PROPIA. INTRASCENDENCIA DA CONTÍA DOS INGRESOS. PRESUNCIÓN DE VERACIDADE DAS ACTAS INSPECTORAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan José Fernández López

A Coruña, a treinta de marzo de dos mil dos.

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 8.666/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por doña J.P.O., con D.N.I... domiciliada en ...(A Coruña), representado por la procuradora doña M.C.M.R. y dirigido por el Letrado don G.C.O., contra resolución de 10.04.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Delegación Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña, sobre acta de infracción número 71/96, sobre pérdida de prestaciones de desempleo. Expediente número 1.277/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 6.010 euros.

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 veintuno de marzo de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El tema litigioso planteado arranca de la actuación inspectora realizada por un

controlador laboral en una cofradía de pescadores, donde contrastó la vida laboral de la perceptora de las prestaciones por desempleo, doña J.P.O., con las declaraciones trimestrales y anuales por los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre la Renta de las Personas Físicas y concluyó que había realizado trabajos como mariscadora por cuenta propia; por este motivo se le impuso la sanción de pérdida de las prestaciones por desempleo y devolución de las percibidas, todo ello con audiencia de la interesada, que alegó que en la Oficina de Empleo se le había informado que podía realizar esos trabajos y compatibilizar las prestaciones de desempleo siempre que sus ingresos no excedieran del salario mínimo interprofesional; en vía de recurso ordinario se confirmó la sanción por resolución de 16.04.97 de la Dirección General de Trabajo y Migraciones.

En el presente recurso se pretende la nulidad de dicha resolución por entender que ha venido precedida por los siguientes vicios: se ha dictado de forma verbal, ha vulnerado el principio de presunción de inocencia al no haberse aportado las pruebas de cargo, así como el derecho de defensa y, finalmente, por la indeterminación de las prestaciones que se tienen que devolver. A esa pretensión se opone el Abogado del Estado.

Para mejor proveer se ha requerido de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria copia de las declaraciones trimestrales y anuales del IVA y del IRPF de la recurrente correspondientes a los ejercicios 1992, 1992 y 1993, donde constan unos ingresos brutos declarados de 52.838, 334.300 y 727.826 pesetas, respectivamente para cada una de esas anualidades.

II.- El primer alegato que se plantea por la representación de la parte actora debe desestimarse ya de plano, pues ni la resolución impugnada se ha dictado verbalmente, ni por otro órgano que el competente, pues así consta en el expediente de forma expresa y escrita, sin que el hecho de que no aparezca firmada por el titular del órgano suponga que no se dictó por él, pues la certeza de tal extremo se declara solemnemente por un funcionario en un documento público que goza de toda presunción de certeza a tenor de lo establecido en el artículo 46 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

III.- Para entrar en el examen del resto de los alegatos debe advertirse que la infracción que se imputa viene tipificada en el artículo 30.3.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones de orden social, que califica como muy grave la compatibilización de las prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena, con la única salvedad del trabajo que se realice a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente, por lo que la realización de trabajos por cuenta propia como es el caso- determina la incompatibilidad para percibir las prestaciones por desempleo al margen de los ingresos que por aquella actividad se perciban; esa conducta infractora se complementa con lo dispuesto en los artículos 10.1.e) de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, y 212.1.d) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de julio, que establecen que la prestación por desempleo se suspenderá mientras el beneficiario realice un trabajo, reanudándose después de su cese. De este modo, y con la única salvedad del trabajo a tiempo parcial, es intrascendente la cuantía de los ingresos que por razón de su trabajo perciba el beneficiario de una prestación por desempleo, ya que por el sólo hecho de trabajar debe comunicar esta circunstancia para que se suspenda la prestación, al margen de lo que suceda con la obligación de darse de alta en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social; en concreto el texto refundido de las leyes 116/1969 y 24/1972, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, aprobado por Decreto 2.864/1974, de 30 de agosto, establece que la obligación de alta como mariscador se exige dicha actividad cuando constituya el medio fundamental de vida, por lo que la realización de trabajos esporádicos no comportará el alta en ese REM, aunque sí la suspensión de las prestaciones por desempleo durante el tiempo que se trabaje.

Como se ha indicado, el expediente sancionador partió de una actuación inspectora llevada a cabo pocos días después de haber entrado en vigor el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto 396/1996, de 1 de marzo (a la sazón vigente), normativa que, según reconoce la constante

jurisprudencia, confiere a las actas al efecto levantadas de valor probatorio, pero sólo respecto de los hechos directamente apreciados por el inspector actuante y a los acreditados mediante pruebas consignadas en el propio acta tales como comprobaciones, recogida de testimonios, documentos o libres, pero no a las opiniones, conclusiones o valoraciones subjetivas, y sin que aquella presunción "iuris tantum" del valor probatorio de las actas impida que la empresa pueda proponer o practicar prueba contradictoria, ni tampoco quede impedido el posterior control jurisdiccional de los medios probatorios empleados por el inspector actuante (SsTS de 29.01.92, 11.03.92 o 08.05.00). Así, la aplicación de esos criterios interpretativos al presente caso lleva a afirmar que de ninguna manera se vulneró el principio de presunción de inocencia, ni el derecho de defensa, pues la resolución sancionadora sí se basó en pruebas de cargo frente a las cuales se la ofreció audiencia a la interesada, que sólo se limitó a justificar la razón por la que cobró las prestaciones, pese a haber trabajado, sin que nada útil aportara en su defensa ni en esa vía administrativa, ni en esta jurisdiccional, pues la prueba de los ingresos que obtuvo en los años 1992, 1993 y 1994 se han aportado de oficio y, aunque son inferiores en su cómputo anual al salario mínimo interprofesional, son también reveladores de que tuvieron su origen en trabajos como mariscadora, de lo que se deduce que la infracción imputada si se había cometido y, por ello, resulta obligada la desestimación de los dos motivos que se acaban de analizar.

IV.- Por último, sostiene la representación de la demandante en apoyo de la nulidad de la resolución sancionadora que no se han concretado las prestaciones que tiene que devolver, extremo que, con ser cierto, no constituye vicio alguno.

En efecto, la resolución correctiva se ha limitado a imponer la sanción a que se refiere el artículo 46.1.3 de la LISOS, que no concreta importe alguno, pues viene constituida por la extinción de la prestación por desempleo que venía percibiendo, lo que lleva aparejado el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (artículo 46.2), que no constituye sanción y que se exigirá de una posterior concreción que se extenderá desde el momento en que se produjo la infracción hasta el último pago del proceso percibido.

En definitiva, debe desestimarse por entero el recurso.

V.- Al no haberse actuado de forma temeraria o maliciosa, no se hace imposición de costas a ninguno de los litigantes (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

VISTOS los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de doña J.P.O. contra resolución de 10.04.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Delegación Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña, sobre acta de infracción número 71/96, sobre pérdida de prestaciones por desempleo. Expediente número 1.277/97, dictada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Sin imposición de costas.

3368 Recurso nº 4.795/98

S.S. ÁMBITO DE APLICACIÓN DA SEGURIDADE SOCIAL ESPAÑOLA. RECIPROCIDADE TÁCITA CON SENEGAL. BIGAMIA LÍCITA DO ESTADO DE NACIONALIDADE DO CAUSANTE. DEREITO Á PENSIÓN DE VIUEDADE DE ÁMBALAS DÚAS VIUVAS. DISTRIBUCIÓN DA PENSIÓN A PARTES IGUAIS ENTRE AS DÚAS.

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

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

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. 4.795/98 interpuesto por demandante y demandado 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 doña A.S. y doña A.D. en reclamación de VIUEDAD Y ORFANDAD siendo demandado INSS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 755/96 sentencia con fecha trece de julio de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“Primero.- El esposo de la actora, M.D. de nacionalidad senegalesa, venía trabajando en España como trabajador Autónomo, vendedor ambulante, en posesión de permiso de trabajo de ámbito nacional y vigencia desde el 27.08.92 hasta el 26.08.93, renovado en fecha 18.09.93 hasta 17.09.94, y finalmente hasta el 12.09.95. Figuraba en alta en el RETA./ Segundo.- Las actoras, también senegalesas, contrajeron matrimonio con el causante bajo la legislación de su país, doña A.S. el 1 de febrero de 1981, y doña A.D. el 20 de junio de 1974. Del matrimonio con A. nacieron F., M. e I. Del matrimonio con A. nació F., todos son menores en la actualidad./ Tercero.- M.D. falleció en accidente de tráfico el 14 de agosto de 1995./ Cuarto.- Solicitadas las correspondientes pensiones de viudedad y orfandad son denegadas por no estar el causante en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social; por no serle de aplicación el art. 7.5 de la LGSS y tampoco las normas internacionales de carácter multilateral, al tratarse de trabajador por cuenta propia./ Quinto.- La Circular número 3-043 de 10 de agosto de 1995, unida a los autos, señala los países cuyos nacionales quedan incluidos en el campo de aplicación del RETA, aclarando en el punto 1,6 de la misma que entre los que lo hacen por aplicación del art. 7.5 de la LGSS en virtud de reciprocidad tácita se incluye la República de Senegal. Previamente la Circular 3-034, de 06.08.86, desarrollada por la Instrucción que también obra en autos incluye a dichos trabajadores en el RETA en virtud de reciprocidad tácita conocida el 23.11.82.”

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

“FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña A.S. y doña A.D., por sí y

por sus hijos F.D., M.D., I.D y F.D., declaro su derecho a la pensión de viudedad y orfandad solicitada, condenando a la demandada, I.N.S.S., a abonárselas en la cuantía y efectos reglamentarios, si bien con respecto a la viudedad la pensión ha de dividirse por mitad entre ambas esposas y el conjunto de prestaciones no podrá superar la base reguladora del causante.”

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 declara el derecho de las actoras y sus hijos a la pensión de viudedad y orfandad solicitadas “si bien con respecto a la viudedad la pensión ha de dividirse por mitad entre ambas esposas y el conjunto de prestaciones no podrá superar la base reguladora del causante”. Recurre de la misma la parte actora en solicitud de que se revoque para reconocer a cada una de las demandantes como pensión de viudedad “el 45% de la base reguladora del causante con el tope máximo inicial, para cada beneficiaria y sus respectivos hijos, del importe de la base reguladora”, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.C LPL denuncia en un motivo único la infracción de los arts. 174 y 179.4 L.G.S.S. en relación con el art. 8 O.M. de 13.02.67. Asimismo recurre el I.N.S.S., quien denunciando, también en un motivo único formulado al amparo del art. 191.C L.P.L., infracción del art. 7.5 L.G.S.S. en relación con los arts. 6 y 11 del Convenio nº 97 de la OIT, interesa la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación total de la demanda.

SEGUNDO.- Las infracciones que denuncian ambos recursos han de examinarse tomando en consideración que son HDP, indiscutidos en suplicación, los fundamentales siguientes: A) El esposo de las demandantes, M.D., de nacionalidad senegalesa, venía trabajando en España como trabajador autónomo, vendedor ambulante, de alta en el RETA, con permiso de trabajo de ámbito nacional y con vigencia desde el 27.08.92 y con renovaciones hasta el 12.09.95, habiendo fallecido en accidente de tráfico el día 14.08.95. B) El fallecido había contraído matrimonio conforme a la legislación de su país con las demandantes, también senegalesas, en 1981, con A.S., y 1974, con A.D., teniendo 3 hijos con la prime-

ra esposa y uno con la segunda. C) Solicitadas pensiones de viudedad y orfandad, fueron denegadas por el I.N.S.S. por no estar el causante incluido en el campo de aplicación del sistema de la SS, conforme se dice en el HP 4º. Y D) La Circular de la D. General del I.N.S.S. nº 3-043, de 10.08.95 (folios 115 a 117), señala los países cuyos nacionales quedan incluidos en el campo de aplicación del RETA, y en su punto 1.6 incluye entre los que lo están por aplicación del art. 7.5 L.G.S.S., en virtud de reciprocidad tácita, a la República de Senegal. Previamente ya existía la Circular 3-034, de fecha 06.08.86, como se indica en el HP 5º.

TERCERO.- La infracción que del artículo 7.5º L.G.S.S., en relación con los arts. 6 y 11 del Convenio nº 97 de la OIT, denuncia el I.N.S.S. no resulta acogible, concluyéndose por el Tribunal que el fallecido M.D., ciudadano de Senegal y causante de las prestaciones discutidas, se encuentra incluido en el campo de protección del sistema de la SS española.

Dice el I.N.S.S. en su recurso que es de aplicación el art. 7.5 L.G.S.S. y que “dado que no existe Tratado bilateral entre España y Senegal en materia de SS, ni consta un reconocimiento del principio de reciprocidad entre ambos países respecto a la materia expresada, hay que acudir a normas internacionales de carácter multilateral. Así resulta plenamente de aplicación, al presente caso, el Convenio nº 97 de la OIT...”.

Si bien tras la ratificación del Convenio de la OIT nº 97 se produce la equiparación entre españoles y extranjeros exceptuando a los trabajadores autónomos, quedando vedado a estos acogerse con carácter general al RETA, lo había de ser en términos del art. 7.5 actual L.G.S.S., al que precisamente se remite el art. 4.2 D. 2.530/70, en relación con los súbditos de otros países distintos a los señalados en el nº 1. Precisamente por ello, días antes del fallecimiento del esposo de las demandantes, el 10.08.95, se dicta por la Dirección General del I.N.S.S. la Circular 3-043 en torno al campo de aplicación del RETA en relación con súbditos extranjeros que desarrollan sus actividades en España, disponiendo como país cuyos nacionales quedaban incluidos en el campo de aplicación del RETA “por aplicación del art. 7.5 L.G.S.S., en virtud de reciprocidad tácita”, y entre otros, Senegal.

Aún dando a tal Circular el oportuno valor en orden a su naturaleza, lo cierto es que el artículo 7.1 de la L.G.S.S. disponía que “esta-

rán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, todos los españoles y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes...”; y el nº 5 del precepto que los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan y se encuentren legalmente en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en el artículo, y que con respecto a los nacionales de otros países “se estará a lo que se disponga en los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o a cuanto les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida”. Aquella Circular significaba el inequívoco reconocimiento de la aplicación de tal principio de reciprocidad tácita en el caso de la República de Senegal dentro del contexto normativo del art. 7.5 L.G.S.S.; precepto por cuya aplicación se dictó la Circular misma y de donde deriva la oportuna eficacia jurídica de la misma. Incluso posteriormente al suceso de autos fue reformado el art. 7 L.G.S.S. mediante ley 66/97 para universalizar el sistema de SS, pasando así a disponer el nº 1 del artículo que estarán comprendidos en el Sistema de la SS “... los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España siempre que ...”.

En definitiva, por virtud del art. 7.5 L.G.S.S. (al que como ya se dijo se remitía el art. 4.2 del D. 2.530/70) y de la reciprocidad tácita, reconocida expresamente por el I.N.S.S. en la circular 3-043 (aplicado asimismo al causante al haber sido admitido su alta en el RETA en su día) y sin limitaciones constatadas en el grado de reciprocidad, los nacionales de Senegal quedaban incluidos en el campo de aplicación del RETA, en la totalidad del mismo, y dentro del sistema de la SS española a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, quedando así obviada la argumentación del I.N.S.S. en torno al propio art. 7.5 L.G.S.S. y Convenio 97 OIT, aún cuando no hubiese Convenio entre España y Senegal. Esto da derecho a las demandantes a las prestaciones de viudedad y orfandad dado que el causante, que residía legalmente en España, se encontraba dado de alta en el RETA y trabajaba como autónomo, vendedor ambulante; todo ello al tiempo de su fallecimiento. Decae, por tanto, el recurso interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

CUARTO.- El recurso formulado por las demandantes pretende, mediante la denun-

cia de la infracción de los arts. 174 y 179.4 LGSS, en relación con el art. 8 de la OM de 13.02.67, que se les reconozca a cada una de ellas, como esposas que eran del causante, pensión de viudedad in integrum, y no como establece la sentencia dictada en la instancia, pensión de viudedad a dividir por mitad entre ambas esposas.

Como se dejó dicho anteriormente, el causante había contraído matrimonio con las demandantes al amparo de la legislación de su país, Senegal, simultaneando los vínculos, consecuencia del régimen matrimonial poligámico instaurado en dicho país. Posibilidad ésta proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, que incluso contempla el supuesto de la poligamia como delito (art. 217 del C.penal).

Lo cierto es que los vínculos matrimoniales del causante con las actoras fueron legítimamente contraídos de conformidad con la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración. El Código Civil en el art. 49.2 contiene la norma básica del sistema de reconocimiento de los matrimonios extranjeros, junto con el art. 50. Sin embargo, no hay tratamiento expreso del matrimonio celebrado entre extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español; laguna a integrar aplicando analógicamente lo dispuesto en el art. 49.2 del C. Civil (o en el art. 50 del mismo Código) de forma que tal matrimonio puede ser reconocido a los efectos del derecho español si ha sido contraído conforme al ordenamiento donde ocurrió su celebración; vía por la que cabe reconocer los matrimonios celebrados por extranjeros y en un Estado extranjero que sean válidos según la ley personal de los contrayentes extranjeros. Con el contexto de los arts. 49 y 50 C. Civil, es dable reconocer los matrimonios celebrados conforme a leyes extranjeras si fueron contraídos de conformidad con el ordenamiento del lugar donde fueron celebrados; reconocerlos si fueron celebrados conforme al derecho extranjero en vigor.

Desde lo anterior, a pesar de la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público (el art. 12.3 del C. civil dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera “cuando resulte contraria al orden público”), sin perjuicio de la incompatibilidad que del sistema matrimonial extranjero con el propio se manifiesta y que, por supuesto, se afirma y subsiste, sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído conforme a

aquel por el causante con las actoras se derivan en nuestro país en el contexto prestacional de SS de que aquí se trata; es decir, que procede reconocer a las demandantes la pensión correspondiente como efecto derivado del matrimonio que contrajo el causante con cada una de ellas conforme a su legislación nacional. Como así lo ha reconocido la sentencia de instancia, sin que el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL formulase en su recurso impugnación en tal sentido. Y ello guarda armonía con el hecho de que el concepto de orden público, si bien constituido por normas de derecho interno de aplicación necesaria cualquiera que sean los elementos extranjeros concurrentes, en todo caso, habiendo de implicar que la ley extranjera entra en contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales propios, admite matizaciones o flexibilizaciones; ya la STS de 22.11.77 dijo que la excepción de orden público no es regla absolutamente rígida sino que admite “inflexiones”.

No cabe, sin embargo, la pretensión de las demandantes de que les sea reconocida a cada una viudedad in integrum. La legalidad de los matrimonios del causante en su país de origen, si bien tiene en el ámbito que aquí opera la aptitud jurídica que se dejó dicha, no la tiene en orden a provocar la causación de pensión de viudedad integra autónoma para cada viuda sino, entrando también en juego en este aspecto (como limitador o delimitador) el orden público, estrictamente la de nuestro sistema de SS en cuanto que reconoce viudedad al cónyuge superstite causándose una pensión de viudedad o única prestación del 45% de la base reguladora correspondiente (art. 174 LGSS, art. 8 de la O. de 13-2-67...). No prevista ni considerada legalmente viable la causación de una pensión de viudedad integra propia para cada cónyuge superstite, la consecuencia procedente es la distribución entre estos de la pensión de viudedad única causada. En este punto, la sentencia de instancia dice que la “totalidad de la misma habrá de repartirse entre ambas viudas, sin que pueda ser aplicable lo que al efecto señala el nº 2 del art. 174 de la LGSS... porque el supuesto es distinto...” (ftº Jurídico 3º).

No habiendo previsión al efecto, pues en el caso los dos vínculos conyugales estaban vigentes al tiempo de causarse la pensión de que se trata, sería factible la aplicación analógica -art. 4.1 del C. Civil- de las previsiones del art. 174.2 LGSS y jurisprudencia al efecto (SSTS

de 10.11.99, 26/9 y 17.07.00...), para cuando ha mediado una separación judicial o un divorcio del causante respecto del primer cónyuge, entendiéndose que la cuantía de la pensión debe ser proporcional al tiempo de convivencia con el causante; tanto más cuanto que en el caso presente aparece contraído el matrimonio con A.S. en 1981 y con A.D. en 1974. El juzgador de instancia adopta, como ya se dijo, el criterio de distribución de la pensión a partes iguales, por mitad entre ambas esposas, que en todo caso ha de ser mantenido, puesto que referido criterio y consiguiente pronunciamiento no ha sido objeto de oportuna impugnación en Suplicación; ni por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en el recurso interpuesto; ni, especialmente, por las demandantes en el suyo, que se limita a interesar la revocación de la sentencia de instancia "exclusivamente" para que se les reconozca "a cada una de las demandantes, y como pensión de viudedad, el 45% de la base reguladora del causante..."

En consecuencia, se rechazan los recursos interpuestos y se confirma la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, así como el también interpuesto por las demandantes doña A.S. y doña A.D. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña de fecha 13.07.98 en Autos nº 755/96 seguidos a instancias de las indicadas recurrentes frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmamos la sentencia recurrida.

3369 Recurso nº 5.498/98

S.S. INDEFENSIÓN DO FOGASA INEXISTENTE. SUCESIÓN EMPRESARIAL. VENTA XUDICIAL. LAPSO DE MÁIS DUN ANO ENTRE O CESAMENTO NA ACTIVIDADE DE PRIMEIRA EMPRESA E O INICIO DA SEGUNDA.

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

A Coruña, a cinco de abril de dos mil dos.

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. 5.498/98, interpuesto por FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm.2 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por G., D.P.V., B.N.C., E.N.S., R.M.F., M.M.R., T.M.A., E.M.I., A.L.A., R.L.S., D.I.S., L.M.D., E.G.L., F.G.A., S.F.R., F.D.S., J.D.A., J.A.C.G., G.C.E., M.A.G. y J.A.B., en reclamación de salarios, siendo demandado la Sociedad "M.H. I, S.A., M.H. II, S.A. y M.H. III, S.A.," en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 249/98 sentencia con fecha 28 de septiembre 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.- Los actores cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda prestaron servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "M.C., S.A", con las antigüedades, categorías y salarios que se indican en el hecho primero de la demanda, cuyo contenido se tiene aquí por reproducido.- Segundo.- En fecha 8 de octubre de 1993, los actores presentaron demanda contra la Empresa "M.C., S.A.", y los interventores judiciales de la suspensión de pagos en reclamación de indemnización por resolución de contratos que se extinguieron el 15.07.93, en virtud de autorización contenida en Resolución de la Delegación Provincial de la Consellería de Traballo e Servicos Sociais de 15.07.93. Dicha demanda fue turnada al Juzgado de lo Social nº 1 de esta ciudad dando lugar a los autos nº 1.108/93. En fecha 5 de noviembre de 1993 los actores formulan demanda contra la empresa y los interventores judiciales de la suspensión de pagos, en reclamación de salarios correspondientes a los meses de mayo (16 días), junio y julio (15 días) de 1993 y partes proporcionales de pagas extraordinarias y vacaciones de 1993, dando lugar a los autos nº 1180/93 tramitados en el Juzgado de lo Social nº 1 los cuales se

acumularon a los autos nº 1108/93 por providencia de 5.11.93. En dichos autos acumulados se dictó sentencia por el juzgado de lo social nº 1 el 28.12.93. En dichos autos acumulados se dio audiencia al FOGASA, compareciendo en el acto de juicio.- Tercero.- En fecha 13 de septiembre de 1994, los actores presentaron demanda contra la empresa "M.C., S.A." y los interventores judiciales de la suspensión de pagos, en reclamación de salarios correspondientes a los meses de mayo (16 días), junio y julio (15 días) de 1993 y partes proporcionales de pagas extraordinarias y vacaciones de 1993; demanda que dio lugar a los autos nº 668/94 tramitados en el juzgado de la social nº 1 de esta ciudad en los cuales recayó sentencia el 16.12.94 condenando a la empresa al abono a los actores de las cantidades reclamadas. En dichos autos se dio audiencia al Fondo de Garantía Salarial el cual no compareció al acto de juicio pese a haber sido citado en legal formal. Instada la ejecución de dicha sentencia, se dictó Auto de insolvencia por este Juzgado el 22 de julio de 1996, en las ejecuciones acumuladas por un importe total de 23.980.244 pesetas.- Cuarto.- Solicitadas las prestaciones de garantía salarial, fueron denegadas por Resolución de la Unidad Administrativa de Ourense del FOGASA de 29.09.97, por considerar que la demanda que dio lugar a la sentencia que se aporta como título ejecutivo, es reiteración de la que dio lugar a los autos nº 1.180/93 del Juzgado de lo Social nº 1 en los cuales recayó sentencia el 28.12.93 alegando la cosa juzgada y por considerar que la deudora "M.C., S.A.", fue sucedida por el grupo de empresas "M.H." y por tanto no procede reconocer cantidad alguna, en tanto no se declare la insolvencia de todas las empresas responsables.- Quinto.- La empresa "M.C., S.A." cesó en su actividad el 31 de julio de 1995 al extinguir los contratos de trabajo de los 40 trabajadores de su plantilla, haciendo uso de la autorización contenida de la Resolución de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de 27.07.95, recaída en el expediente de regulación de empleo nº 17/95, dando de baja en dicha fecha los trabajadores en la Seguridad Social que pasaron a percibir prestaciones por desempleo el 01.08.95.- Sexto.- El terreno, inmueble e instalaciones fijas en que desarrollo su actividad la empresa "M.C., S.A." fue adquirida por el "B.P., S.A." en subasta pública, en virtud de Auto de adjudicación de fecha 30.11.94 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de esta ciudad en autos nº 526/93. Por escritura pública de fecha 29.12.95 otorgada ante el Notario

del Ilustre colegio de A Coruña, con residencia en ... doña F.V.E., el "B.P., S.A." vende a la sociedad "S., S.A." la finca indicada.- Séptimo.- Parte de la maquinaria de "M.C., S.A." fue subastada por la Agencia Tributaria de Hacienda de Ourense el 19.10.95 y fue adquirida por "C.A." que participó en la subasta por encargo de "M.H.". Dicha maquinaria fue transferida a la demandada "M.H., III" el 30.12.95.- Octavo.- La codemandada "M.H., III, S.A.", se constituyó a medio de escritura pública de fecha 22.12.95, figurando la escritura de constitución y los Estatutos incorporados a autos teniendo aquí su contenido por reproducido. Dicha empresa abrió el centro de trabajo sito en el Polígono Industrial de ... en la nave que "S., S.A." adquirió al "B.P., S.A.", en virtud de contrato de arrendamiento verbal, ante "S., S.A. y H., III, S.A.", en septiembre de 1996.- Noveno.- Figuran incorporados a autos las escrituras de constitución de las empresas demandadas cuyo contenido se tiene aquí íntegramente por reproducido."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por los actores contra el FONDO DE GARANTIA SALARIAL debo condenar y condeno al citado organismo a abonar a los actores las siguientes cantidades que se señalan en la sentencia nº 789/94 del Juzgado de lo social nº 1 de esta ciudad de fecha dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, derivada de los autos nº 668/94; J.V.F.: trescientas quince mil sesenta y cuatro pesetas.- J.A.V.I.: cuatrocientas cinco mil seiscientos cincuenta y siete pesetas.- A.V.I.: trescientas sesenta y una mil trescientas cincuenta y dos pesetas.- L.V.P.: trescientas noventa y cinco mil cuatrocientas cincuenta y nueve pesetas.- A.V.V.: trescientas noventa y tres mil doscientas ochenta y cuatro pesetas.- M.V.R.: cuatrocientas cinco mil doscientas cincuenta y ocho pesetas.- E.R.G.: trescientas ochenta y cuatro mil doscientas cuatro pesetas.- E.R.F.: cuatrocientas siete mil ochocientos cincuenta y dos pesetas.- L.R.C.: cuatrocientas cinco mil seiscientos cincuenta y siete pesetas.- M.Q.V.: cuatrocientas quince mil novecientas una pesetas.- A.P.G.: trescientas cincuenta y cinco mil trescientas treinta y dos pesetas.- D.P.V.: trescientas noventa y cuatro mil quinientas noventa y seis pesetas.- B.N.C.: trescientas veinte mil ciento setenta y tres pesetas.- E.N.S.: trescientas noventa y seis mil ciento veintiocho pesetas.- R.M.F.: trescientas noventa y cuatro mil novecientas diecisiete pesetas.- M.M.R.: tres-

cientas tres mil quinientas cincuenta y seis pesetas.- T.M.A.: trescientas diecisiete mil trescientas setenta y siete pesetas.- E.M.I.: cuatrocientas quince mil novecientas cincuenta pesetas.- A.L.A.: trescientas noventa y seis mil trescientas veinte pesetas.- R.L.S.: trescientas noventa y seis mil trescientas sesenta y ocho pesetas.- D.I.S.: trescientas cincuenta y cinco mil trescientas treinta y dos pesetas.- A.G.C.: trescientas cuarenta y una mil ciento cincuenta y dos pesetas.- E.G.L.: cuatrocientas dieciséis mil ciento sesenta y nueve pesetas.- F.G.A.: trescientas dieciséis mil ciento cincuenta y nueve pesetas.- S.F.G.: trescientas noventa y seis mil setecientas quince pesetas.- F.D.S.: trescientas setenta y tres mil ochocientas cincuenta y ocho pesetas.- J.D.A.: cuatrocientas cuarenta y tres mil trescientas ocho pesetas.- J.A.C.G.: trescientas noventa y seis mil quinientas cuarenta y una pesetas.- G.C.E.: cuatrocientas cuarenta y siete mil ciento cuarenta y seis pesetas.- M.A.G.: cuatrocientas dieciséis mil cuatrocientas ochenta pesetas.- J.A.B.: cuatrocientas sesenta y siete mil seiscientas sesenta y cuatro pesetas.- Asimismo, debo absolver y absuelvo a "M.H. I, S.A. y M.H. II, S.A. y M.H. III, S.A." de las pretensiones en su contra esgrimidas".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por los actores contra el FOGASA condenando al citado organismo a abonar a los demandantes las cantidades que se señalan en la sentencia núm.789/94 del Juzgado de lo Social núm.1 de Ourense, de fecha 17 de diciembre de 1994, derivada de los autos núm.668/94, absolviendo libremente a "M.H. I S.A., M.H. II S.A. y M.H. III S.A." de las pretensiones en su contra esgrimidas. Frente a dicha resolución interpone recurso de Suplicación el FOGASA pretendiendo, en primer lugar, la nulidad de la sentencia y la reposición de los autos al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, por quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento causantes de indefensión a la parte recurrente; en segundo lugar propone la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurri-

da y, en último término denuncia la infracción de normas sustantivas.

Por razones de orden práctico y de sistemática procesal vamos a comenzar por el análisis de aquellos motivos destinados a pedir la nulidad de la sentencia, y que se concretan en: a) cosa juzgada al considerar que la sentencia de 16.12.94 que como título aportan los solicitantes para lucrar prestaciones del FOGASA es nula de pleno derecho; b) inadecuada redacción de la súplica del escrito de ampliación de la demanda al no concretar una concreta petición de condena de los nuevos demandados; c) acumulación indebida de acciones al solicitar la condena solidaria de las empresas codemandadas y del FOGASA; d) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que habiendo solicitado la practica de una prueba que ha sido admitida, no se ha llevado a cabo, lo que provoca una evidente indefensión; e) insuficiencia de hechos probados al omitirse cualquier referencia a la actividad de las empresas codemandadas; f) vulneración de normas sobre valoración de la prueba e infracción del principio de igualdad, con la consiguiente indefensión, al otorgar naturaleza de hechos probados a lo que son simples afirmaciones de las codemandadas, no avaladas por ninguna otra prueba y negar toda eficacia probatoria a las manifestaciones de los testigos y g) incongruencia al no decidir todas las pretensiones deducidas oportunamente, pues la sentencia nada indica sobre la controvertida existencia o no del grupo empresarial, ni hace referencia alguna respecto a las cantidades percibidas por los demandantes en la subasta de bienes.

SEGUNDO.- Por lo que respecta al apartado a) cabe señalar que no es este el cauce adecuado para declarar, como pretende la recurrente, la nulidad de una sentencia firme, como es la de fecha 16.12.1994, recaída en los autos número 668/94 tramitados en el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense, en la que se condenó a la empresa "M.C.", a abonar a los actores el importe de las cantidades reclamadas. Cuando, además, el Organismo demandado pudo alegar entonces cuanto a su derecho le conviniera dado que se le había dado audiencia de los procedimientos 1.180/93 y 668/94 a que se alude en los hechos probados segundo y tercero de la resolución recurrida, no compareciendo al acto de juicio señalado en los autos 668/94, pese a estar citado en forma legal.

Por lo que atañe a los apartados b) y c) la primera reflexión que suscitan es que resulta incoherente afirmar que no se concreta petición de condena para a continuación sostener que hay indebida acumulación de acciones al solicitar una condena solidaria; pues una cosa excluye a la otra y ambas resultan contradictorias. En cualquier caso cabe señalar que si bien el modo de actuar de los demandantes, quienes en acto de juicio (folio 455 de los autos) se ratifican en la demanda aclarando el suplico “en el sentido de que en caso de condena sea solidaria”, no es técnicamente correcto, tal modo de proceder no genera indefensión alguna dado que, legalmente, la solidaridad únicamente se daría entre las empresas en el supuesto hipotético de que existiese sucesión empresarial, pero nunca con el FOGASA puesto que la responsabilidad de dicho organismo siempre sería subsidiaria y únicamente nacería por la insolvencia del deudor principal, al venir así establecido en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a la alegada indefensión por no haberse aportado la prueba documental propuesta por el FOGASA y admitida por providencia, cumple señalar que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. El Tribunal Constitucional viene declarando, al respecto 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 [RTC 1986/135]; 98/1987 [RTC 1987/98]; 41/1989, de 16 febrero [RTC 1989/41]; 207/1989 [RTC 1989/207]; 145/1990,

de 1 octubre [RTC 1990/145]; 6/1992 [RTC 1992/6]; 289/1993 [RTC 1993/289].

En el supuesto enjuiciado es innegable que la parte recurrente ha solicitado la prueba documental consistente en requerir al Sr. Arca para que aporte copia del documento por el que se cede, vende, alquila etc. a “M.H.” los bienes de “M.C.”, adquiridos en la subasta celebrada en el Juzgado de los Social número 2 de Ourense, y que la Juzgadora ha admitido; pero no es menos cierto que en el acto de juicio el actor, al tener constancia de que la prueba documental solicitada no había sido aportada, no ha hecho constar, como sería exigible, expresa protesta de tal omisión, pues como ya dijo esta Sala en sentencia de 04.10.1999 (Rec.306/99) la doctrina jurisprudencial es inequívocamente requirente de la protesta previa en toda conculcación de norma o garantía de procedimiento, porque salvo en los supuestos en que se hallen comprometidos preceptos de derecho necesario que afecten al orden público del proceso (SSTS 15 febrero 1979 [RJ 1979/585], 5 junio 1982 [RJ 1982/3.914] y 27 julio 1989 [RJ 1989/5.923]), 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 (RCL 1985/1.578, 2635 y ApNDL 8375), de acuerdo con unánime doctrina de suplicación (así, ya las SSTCT 16 diciembre 1974 [RTCT 1974/5.471], 18 octubre 1975 [RTCT 1975/4.429], 20 enero 1976 [RTCT 1976/240], 19 febrero 1977 [RTCT 1977/966], 9 febrero 1979 [RTCT 1979/850], 10 noviembre 1980 [RTCT 1980/5.704], 9 marzo 1981 [RTCT 1981/1.622], 1 junio 1983 [RTCT 1983/5.098]...; en el mismo sentido las SSTSJ Galicia 25 junio 1999, recurso 1.660/1997; 27 mayo 1999, recurso 1.913/1999; 20 mayo 1999, recurso 1.537/1997; 11 mayo 1999, recurso 1.522/1999; 12 marzo 1999, recurso 838/1996; 5 febrero 1999, recurso 483/1996; 5 febrero 1999, recurso 595/1996; 30 octubre 1998 [AS 1998/3.893], recurso 3570/1998; 13 junio 1997, recurso 4675/1994; 22 mayo 1997, recurso 5125/1994; 18 enero 1995 [AS 1995/143] y 30 noviembre 1993 [AS 1993/4.751], ...). De ahí que no proceda acoger este primer motivo del recurso.

Contrariamente a lo postulado por el recurrente ni se le ha privado de su derecho a la tutela judicial efectiva ni ha existido inde-

fensión, cuando el letrado del FOGASA ni siquiera ha hecho constar en el acta de juicio expresa protesta; pues a las partes intervinientes compete actuar con la debida diligencia “sin que puedan alegar indefensión quien se coloca a sí 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). 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).

Por lo que respecta a las restantes alegaciones cabe indicar que no todas las infracciones de normas procesales implican el mencionado excepcional efecto de la nulidad de pleno derecho, cuya declaración ha de reservarse, como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, para cuando dicha infracción haya producido la referida indefensión. En efecto, el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1.578, 2.635 y ApNDL 8.375) limita la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales a los siguientes casos: a) cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; b) cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave; c) cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión; y esa efectiva indefensión no se produce desde el momento en que la parte recurrente, como luego se verá, utiliza el cauce procesal para remediar la alegada insuficiencia de los hechos probados y la sentencia de instancia, contrariamente a los que sostiene la recurrente, resuelve en el fundamento jurídico cuarto el tema aludido cuando concluye que “...siendo indiferente que “S., S.A.” forme o no parte del grupo de empresas de “M.H.”...pues la cadena causal quedó rota.

TERCERO.- En el apartado destinado a la revisión fáctica se propone que al relato histórico de la sentencia de instancia se adicionen o modifiquen los siguientes:

Que en el hecho probado tercero el último inciso del mismo se sustituya por el del

siguiente tenor literal: “Instada la ejecución de dicha sentencia se embargaron y subastaron bienes obteniéndose la cantidad de 5.396.667 ptas, se dictó Auto de insolvencia por este Juzgado el 22 de julio de 1996, en las ejecuciones acumuladas por un importe total de 23.980.224 ptas”. No hay inconveniente en acceder a la modificación propuesta ya que así se desprende del auto de insolvencia (folio 583) y del auto por el que se adjudican los bienes subastados (folios 810 a 817);

Que en el hecho probado sexto se sustituya las dos últimas palabras “finca indicada” por “terreno, inmueble e instalaciones fijas indicadas por el precio de 144.200.000” y añadir “Sobre esta finca existe actualmente una nave industrial destinada a fábrica de muebles, y consta de talleres para fábrica de muebles, almacén de herrajes, local de herrajes local de exposición, portería, aseos para hombres, aseos para mujeres, cuarto de calefacción, etc.; y planta superior que consta de sala de hall, oficina general, oficina de contabilidad, dirección, sala de juntas, sala de proyectos, archivo, aseos, etc.”. Pretensión que también ha de encontrar favorable acogida al encontrar apoyo en la escritura pública de compraventa de 29.12.95, obrante a los folios 442 a 449, y en concreto el 446 vto. por lo que respecta a la descripción de la misma y el 447 vto. en lo que atañe al precio.

Que el ordinal séptimo se sustituya por el del siguiente tenor literal: “En fecha 19 de octubre de 1995 la Agencia Estatal Tributaria subasta maquinaria y utillaje de la fábrica “M.C., S.A.” Siete lotes valorados en 33.631.663 fueron adquiridos por el 75% por D.N.I... C.C.L., de “C.A.”, por cuenta de “M.H.”, quien facilita la cantidad necesaria para consignar el depósito para participar en la subasta”. Petición que se acepta al venir expresamente reconocido por el propio Sr. C., quien ha participado en la subasta por encargo de “M.H.” (folio 456 vto.).

Que se incorpore un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal: “En este mismo Juzgado, en la ejecución 128/94, cuya insolvencia se aporta como causa de pedir en el expediente administrativo, se subastaron bienes de “M.C.” por valor de 8.095.000 ptas. que fueron adjudicados a don A.A.F., letrado en nombre y representación de los actores por el precio de 5.396.667 y que fueron adquiridos por “M.H.” para su fábrica de Ourense, que gira bajo la denominación de “M.H. III”, con la mediación de don C.C.L., representante de

"C.A., S.L.". Se acepta la incorporación de este nuevo hecho al encontrar apoyo en la documental obrante a los folios 800 a 803 (edicto de anuncio de subasta con relación detallada de bienes y precio de valoración de los mismos), folios 810 a 817 (auto de adjudicación) y folio 455 vto. dónde la representación de la empresa codemandada "M.H. III" reconoce que adquiere a través de "C.A., S.L." los bienes de "M.C., S.A." que los trabajadores se habían adjudicado en pago de salarios.

Que se incorpore otro nuevo hecho del siguiente tenor litera: "De los 28 trabajadores que prestan servicios para la empresa "M.H. III," 13 prestaron servicios para "M.C.". Petición que también ha de venir acogida al venir acreditado en los folios 864 a 865 (expediente de regulación de empleo de la empresa "M.C."), informe de la Tesorería General de la S.S. referente a la vida laboral de los 13 trabajadores (folios 875 a 902) e informe de la Tesorería General de la Seguridad Social que relaciona los trabajadores de la empresa "H. III," (folios 903 a 908).

Que se adicione un nuevo hecho probado con el siguiente texto: "El 31 de julio de 1995 los Sres. D. J.L.B., abogado representante de "M.H. III" en este procedimiento, y D. C.C.L., representante de "C.A., S.L.", en nombre de "M.H." se personan en el centro de trabajo de "M.C." y distribuyen entre los trabajadores una cantidad indeterminada de dinero que habían portado en un maletín.". Pretensión que no se acepta, pues la prueba testifical en que se apoya no es prueba idónea para llevar a cabo la revisión fáctica.

Que se modifique el hecho octavo en los siguientes términos: Intercalar después de la primera (.) la frase "habiéndose expedido certificación de reserva de nombre el 06.09.95". Así mismo, sustituir la palabra "nave" por "terreno, inmueble e instalaciones fijas". Suprimir el último inciso "en virtud de contrato de arrendamiento verbal, entre (ante) "S., S.A. y H. III, S.A.". Únicamente se acepta lo referente a la reserva (folio 713 de los autos), así como la sustitución de nave por "terreno inmueble e instalaciones fijas", en consonancia con lo ya recogido en el ordinal sexto. No se acepta la supresión del último párrafo porque de conformidad con una reiterada doctrina de esta Sala, la mera alegación de prueba negativa no puede fundar un error de hecho (sentencia de 3 de abril de 1998, Rec. 2.988/95) ni permite la variación de la declaración efectuada por la Magistrada de instancia en el expre-

sado ordinal, solo impugnabile cuando se evidencie error en los mismos y se acredite mediante prueba documental o pericial obrante en autos.

Por último y encaminado a acreditar que las codemandadas constituyen un grupo de empresas, propone el recurrente la adición de un nuevo hecho probado que globalmente recoja las siguientes circunstancias: "• Las empresas "M.H. I y M.H. II", se crean con la aportación de los bienes de la industria del matrimonio H.-L. que giraba bajo la denominación de "M.H." y se justifica el nombre que se da a las nuevas mercantiles por el prestigio adquirido en el mercado por "M.H.". • Las empresas codemandadas, que tienen como actividad la fabricación de muebles, tienen el mismo Consejo de Administración integrado por el matrimonio H.-L. y sus hijos, siendo Presidente y Consejero Delegado de todas ellas don A.H.S.- • Los trabajadores de "H. I" se incorporan a la plantilla de "H. II," y viceversa, sin solución de continuidad.- • Los servicios administrativos (Recepción, nóminas, etc.), de mantenimiento, de proyectos, etc. son comunes para "H. I y H. II".- Las nóminas de la plantilla de "H. III", se confeccionan por los servicios administrativos de "H. I y H. II".- • Las empresas codemandadas carecen de patrimonio propio, por cuanto los inmuebles que ocupan pertenecen a la familia H.-L. y a "S., S.A.", utilizándolos de manera indiferenciada. Así mismo las facturas de teléfono, agua, luz, etc. de "H. I, H. II y S., S.A." son abonadas por una sola empresa.- • Las empresas del grupo tienen la misma dirección postal, coincidiendo la sede social de "S. y H. III". Tienen el mismo anagrama y "H. I y H. II", comparten el mismo número de teléfono.- • Es constante el trasvase de efectivo sin causa que lo justifique entre las distintas cuentas bancarias de las empresas del grupo.- • Las empresas codemandadas son reconocidas públicamente como "M.H.". Petición que ha de venir aceptada al encontrar apoyo en la documental que se reseña en dicho motivo.

CUARTO.- Al amparo de la letra c) del citado artículo 191 de la L.P.L. denuncia la infracción por no aplicación del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como la copiosa doctrina y jurisprudencia que lo interpreta alegando, en síntesis, que la responsabilidad solidaria que impone el citado artículo se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos más allá de los formalismos y formalidades jurídicas y,

en el presente caso, la realidad jurídica pone de relieve la existencia de una sucesión empresarial lo que, a juicio de la recurrente, debe conllevar la condena solidaria de las tres empresas codemandadas, "M.H. I, M.H. II y M.H. III", como constitutivas de un grupo empresarial.

Como viene señalando reiterada jurisprudencia no resulta fácil determinar cuándo una transmisión de elementos de la industria o negocio implica una sucesión empresarial, pues para ello ha de tenerse presente que la mayor parte de las situaciones contempladas judicialmente no parten de supuestos donde se transmita una empresa en funcionamiento, con todos los elementos que la componen, pues es evidente que si así fuese no existiría litigio sobre la subrogación empresarial; las cuestiones surgen cuando se trata de ocultar esa sucesión con el fin de evitar las consecuencias que entraña, de ahí que hayan de conjugarse todos los elementos fácticos para determinar si la finalidad perseguida por la empresa encaja en un supuesto de fraude para tratar de burlar derechos legítimos de los trabajadores o del Fondo de Garantía Salarial. En nuestro ordenamiento jurídico se impone un concepto objetivo de empresa para garantizar adecuadamente la estabilidad en el empleo, de modo que se pone el acento en la vinculación de los trabajadores con el complejo organizativo de medios humanos y materiales y no con la persona del empresario. De ello es reflejo el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y, si bien la Jurisprudencia hubo de separar nítidamente la venta judicial de la cesión, traspaso o venta, al no existir en la subasta tracto directo del anterior empresario por el entrante, ni, normalmente la entrega completa y efectiva del total conjunto de los elementos esenciales de la industria, entendiéndose que en tales casos no se transmite el negocio si no los bienes que constituyen su soporte, sin embargo sí entrará en la órbita de aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando el conjunto de bienes y derechos transmitido permite continuar total o parcialmente la actividad de la empresa (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 mayo 1986 [RJ 1986/2.736] y 12 julio 1990 [RJ 1990/6.105]), pues lo esencial a estos efectos es la real continuación de la actividad empresarial o mejor, que se tenga la posibilidad de continuar la explotación (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 febrero 1991 [RJ 1991/800]) de tal manera que si se entiende que la actividad puede continuar, el cesiona-

rio adquiere la cualidad de mero empresario y las obligaciones correspondientes.

En el caso que nos ocupa es importante resaltar los siguientes datos o circunstancias: a) La empresa "M.H. III", adquiere y utiliza el terreno, inmueble e instalaciones fijas en que desarrolló su actividad la empresa "M.C."; b) La empresa adquirente tiene el mismo objeto social y desarrolla la misma actividad que la anterior, es decir fabricación y venta de muebles, y utiliza parte de la maquinaria de "M.C." que fue subastada por la Agencia Tributaria de Hacienda de Ourense y adquirida por "C.A." que participó en la subasta por encargo de "M.H." para ser transferida a "M.H. III" y c) una buena parte de los trabajadores que prestaron servicios para "M.C." en concreto 13, prestan servicios para "M.H. III", siendo de destacar que se trata de personal de mano de obra directa, pues de los dieciocho ebanistas empleados por "C.", nueve prestan servicios para "H".

La sentencia de instancia ha estimado que no ha existido continuidad entre la actividad empresarial desarrollada antes por "M.C., S.A." y la empresa "M.H. III": a) porque la primera cesa en su actividad el 31.07.95 y la segunda inicia su actividad en la nave en la que desempeñara aquella, en septiembre de 1996, más de un año después y b) porque "M.C." no ha transmitido a "M.H." los elementos patrimoniales necesarios para que se pudiera continuar la actividad, pues la nave, terreno e instalaciones fueron adquiridos en subasta pública por el "B.P., S.A.", entidad que por escritura pública se lo transmite a "S., S.A.", con lo que cadena causal quedó rota.

Esta Sala en la sentencia de 13 de marzo de 1997 (Rec.602/97) ha declarado que "si bien existe doctrina de los Tribunales exigente de ambos requisitos de tracto directo y ausencia de solución de continuidad para entender que es operativo el tan citado artículo 44 del E.T., no lo es menos que la propia Jurisprudencia ha venido a admitir la posibilidad contraria en todos los supuestos de venta judicial contemplados en el artículo 51.11 E.T. (hipótesis en la que es obvio no media tracto directo y en la que concurre casi siempre un largo período de inactividad empresarial), sosteniendo incluso la existencia de subrogación en la titularidad empresarial cuando la adjudicación no va referida a la empresa como tal, sino que exclusivamente comprende el conjunto de los elementos

esenciales en la industria, que permitan continuar total o parcialmente la actividad de la empresa (SSTS 28 de mayo de 1986 Ar.2.736, 13 -de marzo de 1990 Ar. 2.069, 12 de julio de 1990 Ar.6.105, 5 de abril de 1993 Ar. 2.906 y 23 de febrero de 1994 Ar.1.227, pues lo esencial a estos efectos es la real continuación de la actividad empresarial (STS de 26 de marzo de 1984 Ar.1.609) o la simple posibilidad de continuar la explotación (STS de 5 de febrero de 1991 Ar. 800)". En la misma sentencia de 13 de marzo de 1997 esta Sala también señalaba que "...tampoco nos parece acertado entender que la inactividad empresarial durante un período de tiempo – más o menos largo – pueda ser considerada excluyente del juego de la subrogación en las responsabilidades empresariales, pues con tal planteamiento se daría amplia e indebida entrada a maniobras del todo calificadas como fraudulentas...ha de primar la realidad jurídica de la sucesión sobre las extinciones simuladas o de mera apariencia, las fraudulentas e incluso las que resulten objetivamente defraudadoras de los derechos de los trabajadores".

Todo lo expuesto permite sentar la conclusión de que ha existido sucesión empresarial entre las entidades "M.C., S.A." y "M.H. III", a los efectos de lo establecido en el repetido artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues los elementos patrimoniales y personales transmitidos permitían la continuidad empresarial, lo que conlleva a la admisión del recurso de suplicación formulado por el FOGASA y la revocación de la resolución recurrida en el sentido de que procede la condena solidaria de las tres empresas codemandadas "M.H. I, II y III" como constitutivas de un grupo empresarial.

En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la sentencia de fecha 28 de septiembre de 1998, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Ourense, debemos revocar y revocamos la expresada resolución en el sentido de declarar la sucesión empresarial de "M.H. III", condenando de forma solidaria a las tres empresas codemandadas "M.H. I, II y III", como constitutivas de un grupo empresarial, confirmando dicha resolución en cuanto al resto de los pronunciamientos.

3370 Recurso núm. 1.175/02

S.S. DESPEDIMIENTO PROCEDENTE. APROPIACIÓN INDEBIDA. TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López.

A Coruña, a doce de abril de dos mil dos.

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. 1.175/02 interpuesto por "V.E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 V.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.F.F. en reclamación por DESPIDO siendo demandado "V.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 803/01 sentencia con fecha dieciséis de enero de dos mil dos 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 M.F.F., mayor de edad y con D.N.I..., viene prestando servicios para la empresa "V.E., S.A.", desde el día 23.05.00 con la categoría profesional de administrativo y un salario mensual de 181.383 pesetas, incluido prorrateo de pagas extraordinarias.- SEGUNDO.- Por medio de carta de fecha 17.11.01, notificada a la actora el día 19.11.01, se le comunicó que se la despedía con efectos desde el 19.11.01 en base a los siguientes hechos: haber dejado de ingresar en la cuenta corriente de la empresa cantidades cobradas en efectivo a distintos clientes por la prestación de servicios, apropiándose indebidamente de dichas cantidades; y asimismo por demorar habitualmente y sin justificación alguna el ingresos en la cuenta bancaria de la compañía cantidades cobradas en efectivo a

los clientes. Damos aquí por reproducido el contenido de dicha carta.- TERCERO.- De los hechos imputados a la actora en la carta de despido ha resultado acreditado: que en catorce cobros en efectivo realizados entre los meses de junio y septiembre/01 y por un importe de 2.480.000 pts. la actora los ingresó en la cuenta bancaria de la empresa con una diferencia de entre 7 y 96 días. Damos aquí por reproducido el documento nº 7 de los aportados por la parte demandada. No se ha constatado que los clientes M.F., A.M., Y.L., R.T., L.J., M.F., J.J.V., A.P., E.G., C.L., A.G., M.G. y O.S. hayan abonado a la actora los servicios contratados entre junio y octubre/01, y que en total importa la suma de 772.058 pts.- CUARTO.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 11.12.01, la misma tuvo lugar en fecha 26.12.01 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda la actora el día 28.12.01.- QUINTO.- La actora no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores.- SEXTO.- La actora en fecha 09.11.01 firmó escrito redactado por tercera persona, en el que reconoce que ha dejado de ingresar en la caja de la oficina la suma de 772.058 pts que le fueron entregadas por diversos clientes, asumiendo la responsabilidad de todas aquellas cantidades no liquidadas en el referido día no hubieran sido detectadas. Damos aquí por reproducido el contenido de dicho documento.- SEPTIMO.- La actora es la única persona que presta servicios en la oficina de la demandada en el RACE-Vigo, recibiendo carta de fecha 11.06.01 remitida por el Director General en la que es felicitada por el número de ventas realizadas en le primer semestre del ejercicio 2001, máxime teniendo en cuenta las dificultades existentes en los tiempos actuales”.

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.F.F., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto la misma con fecha 19.11.01 por parte de la empresa “V.E., 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 4.045,44 EUROS (673.105 pesetas), así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, advirtiendo a la citada empresa

que en caso de no optar en el plazo expresado se entendería 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.- Recurre la parte demandada la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifique el ordinal 3º, y se adicione dos nuevos ordinales (8º y 9º); así, y en primer lugar, para que el HECHO PROBADO TERCERO reciba la siguiente redacción: “De los hechos imputados a la actora en la carta de despido ha resultado acreditado: que en catorce cobros en efectivo realizados entre los meses de junio y septiembre 01 y por un importe total de 2.480.000 ptas., la actora los ingresó en la cuenta bancaria de la empresa con una diferencia de entre 7 y 96 días. Damos aquí por reproducido el documento Nº 7 de los aportados por la parte demandada. Igualmente ha quedado acreditado que la actora reconoció haber recibido de los clientes M.F., A.M., Y.L., R.T., L.J., M.F., J.J.V., A.P., E.G., C.L., A.G., M.G., y O.S., por los servicios prestados por “V.E., S.A.” entre junio y octubre del 2001 por un total de 772.058 ptas., y no haber ingresado dicha cantidad en la cuenta corriente de “V.E., S.A.” conforme a lo señalado en del hecho probado sexto. Que el primero de estos clientes (M.F.) es la propia actora, correspondiéndole una cantidad de 71.964 ptas.,” cita en apoyo de tal propuesta los documentos obrantes en autos a los folios 5 a 8 de su ramo de prueba.

La propuesta es reiterativa en el primero de sus párrafos, en el segundo supone un cambio radical de la afirmación judicial, que ha de ser aceptado por cuanto se funda en un documento que la parte ha reconocido como firmado por ella y cuya literalidad y claridad expresan lo que se propone, “que dejo de ingresar en la cuenta..., cantidad en su día recibida de diversos clientes por servicios prestados según detalle”, afirmación que se corrobora en su certeza con el documento 8º) del ramo de prueba de la parte demandada, en virtud del cual, la actora abona la cantidad

señalada a la empresa demandada, en consecuencia, la concordancia de datos obliga a admitir dicha modificación en el relato fáctico. En cuanto al último inciso y al último párrafo de la propuesta, no deben acceder al relato fáctico ya que pretender que la clienta “M.F.”, es la propia actora es una presunción de la parte recurrente, mas carente de toda prueba lo que unido a que tanto el nombre como el apellido que se citan, son comunes, puede pertenecer a cualquier extraño, por tanto, por insuficiencia de acreditación de dicho extremo, no puede acceder al relato fáctico.

Para la primera de las adiciones, HECHO PROBADO OCTAVO, se propone la siguiente redacción: “Con fecha 15.11.2001, doña M.F. realizó una transferencia de 772.058 ptas., a favor de “V.E., S.A.”; cita en apoyo de la propuesta el documento N° 8 de su ramo de prueba.

Se admite la adición por cuanto se funda en documento de la propia parte actora, que no ha sido discutido y que por tanto goza de fiabilidad suficiente a los fines propuestos.

Para la segunda de las adiciones, HECHO PROBADO NOVENO, propone el texto siguiente: “La actora registraba movimientos contable ficticios en los que hacía constar ingresos bancarios en la cuenta corriente de “V.E., S.A.” cuando el ingreso bancario efectivo se producía con posterioridad, conforme al cuadro resumen recogido en el documento N°7 de la documental aportada por “V.E., S.A.” que se ha dado por reproducido. Cita en apoyo de la propuesta el documento señalado con el N° 7 de su ramo de prueba.

No se admite la adición postulada por cuanto, de una parte, es intrascendente a los fines del fallo ya que en ningún momento se le imputó, en la carta de despido, la alteración de la contabilidad empresarial; de otra parte, en el ordinal tercero ya se hace referencia a los cobros realizados y el retraso en el ingreso de los importes en la cuenta bancaria de la recurrente y ello con fundamento en el citado documento, que se da por reproducido, en consecuencia no cabe reiterar lo que ya consta en la versión judicial, y por último por cuanto dicho documento no consta que forme parte de la contabilidad de la empresa y que haya sido elaborado por la actora, tal como se pretende con la propuesta. .

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, efectúa

dos denuncias, la primera, señalando como infringido el art. 54.2. d) LET argumenta, en esencia, que la transgresión de la buena fe contractual es causa de despido y que no cabe aplicar la doctrina gradualista en este tipo de infracción pues lo importante es el quebranto de la confianza depositada en el trabajador, sin que sea preciso acreditar la existencia de un daño ni que tal conducta sea calificable de dolosa, no existiendo graduaciones en la pérdida de confianza – con cita de jurisprudencia diversa -, estimando que la actora ha quebrantado el deber de lealtad con la empresa y que por tanto el la decisión de despedirla ha de ser declarada conforme a derecho. La segunda, señala como infringida la doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad de los grupos de empresas, alegando que en autos no existe prueba alguna, ni la sentencia sienta como probado dato alguno, de la que pueda deducirse la existencia de un grupo de empresas entre la recurrente y la mercantil “CWT V.M., S.A.” y menos la concurrencia de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para establecer la responsabilidad de la recurrente, por lo que la antigüedad de la actora debe ser la de inicio de la relación laboral con la demandada.

En cuanto al primer motivo jurídico, se ha de admitir la denuncia pues la Sala no comparte la argumentación de la Juzgadora de instancia, tanto en la valoración de los elementos probatorios como en las consecuencias que se extraen, así el documento aportado por la demandada (f. 52 de los autos), constituye un manifiesto reconocimiento de apropiación de cantidades de clientes pertenecientes a la empresa, y así en su misma literalidad señala “...he dejado de ingresar en la caja de la oficina la cantidad..., que en su día me fueron entregados por diversos clientes..., para servicios que fueron restados según el siguiente detalle...”, y posteriormente, “reconozco mantener una deuda a favor de “V.E., S.A.”, tal documento, unido al ingreso que la actora realiza a la demandada por el importe reconocido, constituye una clara aceptación de la apropiación de las cantidades señaladas en la carta de despido o, que ha permitido que otra persona se las quedara en su momento, pero, en cualquier caso, constituye una disposición de cantidades de la empresa sin hallarse autorizada para ello, y sin que conste consentimiento tácito alguno a través, como mínimo, de una práctica admitida en la demandada, en consecuencia, no cabe exigir que la empresa señale un plazo para el ingreso de las cantida-

des que la trabajadora recibe en nombre de aquella, ni que efectúe un requerimiento al respecto, lo percibido por la actora pertenece a la empresa y debe serle entregado de inmediato, sin dilación alguna o a todo lo mas en el plazo breve de días en función de la actividad comercial o bancaria de la plaza donde reside. Del examen del documento de 09.11.01 se comprueba que existen percepciones del mes de junio, julio, agosto, septiembre y octubre que han permanecido en poder de la actora o que esta ha permitido que personas ajenas a la empresa dispusieran de ellas, por ello tal conducta ha de ser calificada de muy grave, pues, independientemente del perjuicio que ello pudiera ocasionar a su principal, la actora ha quebrantado con su conducta el deber esencial de buena fe y diligencia en el trabajo (art. 5.a) y 20.2 LET), pues, tal como ha declarado el Tribunal Supremo, "la deslealtad consiste en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone (SSTS 24 y 25 febrero y 26.septiembre.1984), así como en abusar de la confianza recibida de la empresa, en razón del cargo desempeñado, rebasando los límites de éste, en provecho propio o de un tercero, y dicha falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, bastando el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad propios de la relación laboral (SSTS.26.mayo.1986 y 26 enero 1987), sin que tal responsabilidad pueda ser exonerada por la autoinculpación o el reintegro posterior de la cantidad (SSTS 21.septiembre.1984 [RJ 1984\4451]y 9 mayo 1988 [RJ 1988\3.579])", doctrina aplicable al presente supuesto, y dado que los retrasos en los ingresos de las cantidades percibidas han sido muy importantes, y que se ha producido la apropiación de cantidades por la actora o que ha permitido que otras personas se las hubieran apropiado, siendo ella la única trabajadora del centro y por tanto la responsable del funcionamiento del mismo, se ha de considerar que tal actuación constituye un incumplimiento muy grave de su contrato que justifica, en aplicación de lo dispuesto en el art. 54.2-d) en relación con el art. 55.4º y 7º, ambos de LET, la declaración de procedencia de la decisión empresarial de extinguir el contrato de la actora sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, desestimándose la demanda rectora de los autos.

El acogimiento del primero de los motivos del recurso hace innecesario el análisis del segundo relativo a la antigüedad de la demandante a efectos indemnizatorios.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 201.1 LPL, revocada la resolución recurrida procede decretar la devolución del depósito y consignación efectuados para recurrir, todo ello, una vez firme esta resolución.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por "V.E., S.A." contra la sentencia dictada el 16.01.02 por el Juzgado de lo Social Nº 4 de Vigo en autos Nº 803-2001 sobre despido seguidos a instancias de M.F.F. contra la recurrente, y con revocación de dicha resolución desestimamos la demanda rectora de los autos y declaramos convalidada la decisión empresarial de extinguir el contrato de la demandante sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación en su favor.

3371 Recurso número: 03/0009.750/1997

S.CA. COTIZACIÓN NO RÉXIME ESPECIAL DE EMPREGADOS DO FOGAR. OBRIGA DO CABEZA DE FAMILIA DE SATISFACE-LAS COTAS. COMPETENCIA OBXECTIVA. PROCEDENCIA DO RECARGO DE APREMIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

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

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 03/0009.750/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por E.E.V., con D.N.I... domiciliado en c/... (Vigo), representado y dirigido por el Letra-

do don E.E.V., contra Resoluciones de 29.02.10.06 y 07.08.96 sobre reclamación de deuda nº. ... relativa a cuotas del mes de noviembre/95, Régimen Empleados de Hogar, procedimiento recaudatorio hasta diligencia de embargo de 21.07.97. 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 131 euros.

Antecedentes de hecho

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

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 2 de abril de 2002, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna a las resoluciones de la Tesorería Provincial de la Seguridad Social de 29 de febrero, 7 de junio y 6 de agosto de 1996 sobre reclamación de la deuda tributaria correspondiente al mes de noviembre de 1995 por descubierto al Régimen Especial de empleados de hogar y la de 21 de abril de 1997 decretando el embargo de bienes del recurrente por importe total de 21.723 ptas. incluyendo el recargo de apremio del 35%, tratando de dilucidar una cuestión referente a si el recurrente está o no obligado a abonar dicha cuota como cabeza de familia o empleador a tenor del art. 14.2.1 del R.D. 28.10.94, o por el contrario debe ser la empleada del hogar la que debe hacerlo en su calidad de trabajador discontinuo a partir del 01.12.95 por haberse dado de baja por incapacidad temporal el 8 de noviembre de 1995.

II.- Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso ante este Órgano Judicial, de una parte, la calificación y obligación de satisfacer el abono de la cuota del mes de noviembre de 1995 por parte del demandante o en otro caso de la empleada del hogar; y de otro lado, si una vez iniciado el procedimiento recaudatorio el 5 de junio de 1996 finalizado con diligencia de embargo de las cuentas del recurrente el 21 de abril de 1997 cuya competencia de esta Jurisdicción Contencioso-administrativa está o no ajustado a derecho.

III.- Respecto al primer punto hemos de desestimar la reclamación del demandante en cuanto se trata de una cuestión de conocimiento o competencia de la jurisdicción social a tenor de los art. 2.5 de la LOPJ y art. 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral en cuanto como establecen la sentencia de la jurisdicción especial el 29 de abril de 1997 y 21 de julio del mismo año, es indudable que debió presentar la correspondiente reclamación previa dentro del plazo legal, es decir, que frente a la resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de 6 de agosto de 1996 notificada el 9 del mismo mes y año en el plazo de 30 días conforme el art. 71 de la Ley de Procedimiento Laboral debió interponer la reclamación ante la Jurisdicción Social y al no hacerlo dentro de ese término y no formularla el 19.12.96 pasado el plazo legal.

IV.- Por todo ello es obvio que la interpretación que hace del art. 16.2 en relación con el art. 13 del R.D. de 25 de septiembre de 1999 ha sido modificado por lo dispuesto en el art. 14 del R.D. de 28 de octubre de 1994 por el que se establece la obligación de satisfacer las cuotas al cabeza de familia hasta el último día de cada mes en que se dio de baja, por lo que al ser una cuestión de la jurisprudencia social a ella debió acudir y no plantearlo ante esta jurisdicción contenciosa ajena a dicho tema, al haber tenido conocimiento en febrero de 1996 de la baja de dicha empleada.

V.- Respecto a la exigencia de las cuotas y su correspondiente recargo de apremio por no haberlo hecho a su debido tiempo es indudable que se trata de un acto recaudatorio en el que sólo se deben analizar los posibles motivos tasados para su impugnación y por ello no cabe más aplicación que si ha sido correctamente dictada la providencia de apremio, descubierto, notificación y defectuosidad procedimental de conformidad con el Regla-

mento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social contenidos en los art. 107 y concordantes, los cuales han sido observados por la Administración de la Seguridad Social, por lo que hemos de desestimar las argumentaciones del recurrente, cuando los actos recaudatorios no pueden ser suspendidos dando la ejecutividad de las mismas salvo la prestación de aval o garantía suficiente aún cuando están pendiente de reclamaciones o recursos.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por E.E.V. contra Resoluciones de 29.02, 10.06 y 07.08.96 sobre reclamación de deuda nº... relativa a cuotas del mes de noviembre/95, Régimen Empleados de Hogar, procedimiento recaudatorio hasta diligencia de embargo de 21.04.97, dictado por TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

3372 Recurso número: 9.914/1997

S.C.A. INFRACCIÓN E SANCIÓN. COMPATIBILIZACIÓN DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO CON ACTIVIDADE POR CONTA ALLEA. INEXISTENCIA DE ERRO. CULPA DA INFRACTORA.

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

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

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 9.914/1997 pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.D.A.G., con D.N.I... domiciliado en ... (A Coruña) representado y dirigido por don P.B.L., contra Resolución de 08.08.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción

núm. 146/96 por pérdida de prestaciones por desempleo Expt. 7.072/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por 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 2 de abril de 2002, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Subdirección General de Recursos de la Dirección General de Trabajo de fecha 08.08.97 por la que se desestima recurso contra resolución de la Dirección Provincial de A Coruña del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de fecha 14.02.97 recaída en expediente sancionador núm. 7.072/97 incoado por Acta de Infracción núm. 146/96, levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña por la que se le impone sanción de extinción del derecho a percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas, por haber compatibilizado la recurrente el percibo de prestaciones con el trabajo por cuenta ajena.

La demandante sustancia el recurso en los siguientes motivos impugnatorios: a) que en ningún momento hubo intención de defraudar cuantía alguna de la prestación de desempleo, sino que en todo caso lo que hubo fue un error totalmente invencible. Tén-

gase en cuenta arguye –que tratándose de trabajadoras fijas discontinuas se encuentran en situación de ir al paro y reanudar posteriormente, cuando haya trabajo la actividad en la empresa. b) que aquí hay ausencia de culpabilidad absoluta en su actuar: e) que malamente podría saber que no se había suspendido su derecho a la prestación por desempleo cuando hasta el 11 de octubre de 1996 se recibe el primer pago de la prestación: d) que en todo caso es desorbitada la sanción y que no se ha graduado la misma en atención a las circunstancias del caso.

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 efecto en el acta de infracción extendida por la Inspección de Trabajo se imputó a la aquí recurrente la comisión de la infracción de los arts. 221 y 231. c) en relación con los arts. 10 y 102 de la LGSS, y en relación con el art. 29.1.2 del R. D. 84/96 de 26 de enero, calificando la infracción como muy grave de acuerdo con el artículo 60.3.1 de la Ley 8/88.

En la propia acta se especifican los hechos constitutivos de tal infracción.

El hecho de la presencia comprobada de la trabajadora prestando servicios, puesto en relación con la falta de alta en la SS y falta de inscripción en el libro de matrícula durante las fechas que se indican en la citada acta, constituye un razonable elemento de convicción sobre la certeza de los hechos y la culpabilidad de la recurrente, existiendo elementos suficientes para enervar la presunción de inocencia consagrada en el art.24 de la CE, cuyas prescripciones y principios tanto en lo sustantivo como en lo material son aplicables igualmente en un proceso sancionador, como el que nos ocupa, sin que pueda considerarse sobre la base de lo dispuesto en el art. 14.3 del Cp vigente relativo el error invencible, que toda sanción requiere certeza de los hechos imputados y certeza sobre el juicio de culpabilidad, la falta de esa certeza en su doble modalidad.

III.- En relación al principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, esta sala no pone en duda la exclusión de la responsabilidad objetiva, lo cual no significa que haya que reducir el mismo a los supuestos de dolo por parte del actor, con exclusión

de responsabilidad en los casos de culpa del mismo.

Así pues, la verdadera cuestión a dilucidar consiste en determinar si estamos o no ante un error, para pasar a determinar con posterioridad, si procede, si estamos ante un error vencible o invencible y en consecuencia si está exento de responsabilidad por la infracción que se le imputa.

A este respecto mientras el actor sostiene en esta vía la existencia de un error sin precisar si es de tipo o de prohibición, aunque luego lo califique como invencible, el representante de la Administración parte de la certeza y culpabilidad de los hechos por parte de la empresa inspeccionada.

De entenderse que se alega un error de prohibición, el cual afecta a la conciencia de la antijuricidad, en cuanto significa que el sujeto conoce los elementos objetivos de su comportamiento (de lo contrario el error sería de tipo), desconoce en cambio que el mismo esta prohibido por el ordenamiento y cree que actúa jurídicamente.

El Tribunal Supremo exige en relación al error tipo que éste sea invencible para excluir la responsabilidad: si fuere vencible la infracción que pudiéramos calificar de dolosa se transformaría en imprudente. Para la apreciación de un error de prohibición exige un respeto al hecho probado: probabilidad de antijuridicidad de la acción: el error tiene que ser probado por quien lo alegue: han de tenerse en cuenta los condicionantes psicológicos y culturales del agente y la posibilidad de recibir asesoramiento.

Según señala la jurisprudencia el error de prohibición consiste en la creencia de obrar lícitamente, siempre que el error se fundamente en la verdadera significación antijurídica de la conducta, como queda dicho. Esta creencia en la licitud puede venir determinada tanto por un error en la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como por el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto con unas mismas consecuencias: exención de responsabilidad cuando el error sea invencible e imposición de la pena inferior en uno o dos grados cuando el error sea vencible.

En este sentido, esta sala entiende que no estamos ante un error ni vencible ni invencible pues de la prueba obrante en el expediente se deduce que no hay indicios

que nos induzcan a pensar que el actor pensó que su conducta debía ser una excepción a la norma general de incompatibilidad, entre otros motivos porque: la actora en su escrito obrante al folio 1º del expediente administrativo manifiesta que fue contratada a tiempo parcial y de duración inferior a la establecida en el sector y entiende que sería aplicable la compatibilización de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, dando únicamente lugar dicha compatibilización a la reducción de la prestación en la parte proporcional al tiempo trabajado; luego aparte de que el error tiene que ser probado por quien lo alegue según criterio reiterado de la jurisprudencia, el expediente es revelador de que tan ha padecido tal error y menos que éste sea invencible.

Por último, considera desproporcionada la sanción por cuanto que el Inspector actuante debió haber puesto de manifiesto la posible irregularidad en que se hallaba la trabajadora, lo que en momento alguno se hizo, si bien tal alegato afectaría al trámite de audiencia, como una de las garantías del presunto inculpado, trámite que según se revela del expediente se ha observado, prueba de ello es el escrito de alegaciones obrante al folio 19 al que precedentemente se alude.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso Contencioso-Administrativo número 9.914/1997, interpuesto por don P.B.L. Letrado del Colegio de A Coruña, en nombre y representación de doña M.D.A.G. contra la resolución de la Subdirección General de Recursos de la Dirección General de Trabajo de fecha 08.08.97 por la que se desestima recurso contra resolución de la Dirección Provincial de A Coruña del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de fecha 14.02.97 recaída en expediente sancionador núm. 7.072/1997 incoado por Acta de Infracción núm. 146/96, levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña por la que se le impone sanción de extinción del derecho a percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas, por haber compatibilizado la recurrente el percibo de prestaciones con el trabajo por cuenta ajena.

3373 Recurso nº 1.262-2002

S.S. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL E NON DE ARRENDAMENTO DE SERVICIOS. COMPETENCIA DE XURISDICCIÓN. REVOGACIÓN DA SENTENCIA DE INSTANCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a dieciséis de abril de dos mil dos

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 1.262-2002, interpuesto por doña E.P.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 369/2001 se presentó demanda por doña E.P.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandadas las Empresas "T.V.G., S.A." Y "R.T.V.G." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1 de octubre 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.- Que la demandante doña E.P.P., ha venido prestando sus servicios a la entidad demandada "T.G., S.A.", con domicilio social en ... (Santiago de Compostela - A Coruña) desde el 2 de enero de 1989, en virtud de contrato laboral temporal que con prórrogas duró hasta el 1 de enero de 1992 con la categoría profesional de titulado superior, según consta en contrato, percibiendo un salario mensual según nómina obrante en autos de fecha de diciembre de 1991 de trescientas tres mil trescientas tres mil trescientas pesetas (303.300 ptas.) incluido prorrateo de pagas extras.- SEGUNDO.- Que posteriormente y en fecha 17 de marzo de 1992, entre las mismas partes, se celebra un contrato de arrendamiento de servicios, teniendo por objeto, cláusula primera: "O arrendamiento de servicios consistente na

elaboración dun boletín de información meteorolóxica diario, que poderá deixarse de realizarse pola contratada á súa soa vontade un (1) sábado en un (1) domingo de cada catro (4), o boletín será sempre referido ás horas de mediodía, sobre a situación habida no territorio de Galicia e nas súas costas no día anterior ó de realización da información e a situación que se prevee para ese día e o seguinte no mesmo ámbito xeográfico, realizado conforma ós criterios científicos importantes no campo meteorolóxico.- Así mesmo correspondelle elaborar un mapa animado de situación do día e do seguinte referido ó devandito ámbito xeográfico. O boletín así realizado será explicado para entendemento do público xeral, en idioma galego conforme ás regras de normativización en vigor e sobre os mapas de referencia. Esta explicación será gravada en soporte audiovisual para a súa comunicación pública por televisión.- Os sábados e domingos nos que a contratada realice o servizo, este prestarase, amais de referido as horas de mediodía, nunha segunda prestación, referida a horas do serán”.- Referente a las demás cláusulas contractuales se reproducen los folios 137 a 140 inclusive obrantes en autos, siendo su entrada en vigor la del día 1 de mayo de 1992, hasta el 30 de abril de 1994, siendo prorrogado por un año en aplicación de lo así establecido en la cláusula cuarta.- El 1 de mayo de 1995, se suscribe por las partes un nuevo contrato de arrendamiento de servicios por duración de un año, y así sucesivamente en los años 1996, 1997, 1998 y 1999 hasta el 31 de enero de 2000 en que finalizó el último contrato de arrendamiento de servicios celebrado en fecha 30 de diciembre de 1999, constando los referidos contratos obrantes en autos, aportados por ambas partes como documental, folios 298 a 327 inclusive de las actuaciones y que se dan por reproducidos.-

TERCERO.- Que en los referidos contratos que se califican por las partes contratantes como el arrendamiento de servicios, la actora para concertar los mismos tuvo que darse de alta en el Régimen Especial de Autónomos de la Seguridad Social, como empresaria individual, como así se lo exigió la empresa demandada previamente a la celebración de los contratos de arrendamiento de servicios y como expresamente pactó en las cláusulas contractuales, debiendo periódicamente acreditar a “T.V.G, S.A.” el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y

de Seguridad Social que como trabajadora por cuenta propia le sean exigibles.- CUARTO.- Que en el año dos mil uno, la actora vino realizando los mismos servicios para la empresa demandada desde el día 1 de enero de 2001 hasta el 11 de mayo de 2.001, en las mismas condiciones que se estipularon en el contrato de arrendamiento de servicios anterior de fecha 30 de diciembre de 1999. Considerando la actora fecha de despido la del 11 de mayo de 2001 por estimar que su relación contractual es laboral.- QUINTO.- Que la actora en contraprestación al servicio empezó cobrando por cada día de prestación del servicio la cantidad de dieciséis mil doscientas treinta y cinco pesetas (16.235 ptas.) cláusula séptima contractual 17 de marzo de 1992) debiendo ser adaptada anualmente dicha suma con el IPC que establezca el Instituto Nacional de Estadística, adaptación que también se realizará en el periodo de prórroga.- La cantidad reseñada será satisfecha al final de cada mes natural, previa presentación de factura que contendrá todos los requisitos exigidos por la legislación fiscal, en cada momento vigente.- Que el IVA (impuesto sobre el valor añadido) será a cargo del pagador.- Que actualmente la actora viene percibiendo por cada día de prestación de servicio de información meteorológica la suma de veinte mil seiscientos noventa pesetas al día (20.960 ptas./días).- SEXTO.- Que en todos los contratos de arrendamiento de servicios suscritos por las partes, consta una cláusula expresa en que se establece que: “se registrarán estos contratos por lo establecido en la legislación de Derecho Civil aplicable en Galicia, sin que en ningún caso pueda entenderse que la relación entre las partes es de carácter laboral, no siendo de aplicación por lo tanto, las normas que vinculan a la contratante con sus trabajadores.”.- SÉPTIMO.- Que la actora ante su negativa a firmar nuevo contrato de arrendamiento de servicios, considerando que la suya es una relación laboral desde sus inicios hasta la actualidad, en fecha 15 de mayo de 2001, presentó escrito de reclamación previa a la CRTVG, por correo administrativo solicitando el reconocimiento de la relación laboral a todos los efectos legales.- OCTAVO.- Que en fecha 18 de mayo de 2001 presentó papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, celebrándose el 31 de mayo de 2001 acto de conciliación con resultado de “sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que *desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva alegada por la demanda, así como la excepción de falta de conciliación* y estimando como se estima la excepción de falta de incompetencia de jurisdicción alegada por la representación de la demandada, en consecuencia se desestima la demanda de despido interpuesta por doña E.P.P. contra las empresas demandadas “T.V.G., S.A.” y “R.T.G.” no entrando a conocer del fondo de la misma por considerar que es competente para dirimir las relaciones entre las partes la Jurisdicción Civil y no la 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que acoge la excepción de incompetencia de Jurisdicción alegada por la representación letrada de la parte demandada, absteniéndose de entrar en el fondo del asunto, interpone recurso de suplicación la demandante para pedir la revisión de los hechos declarados probados y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

Al ser éste un tema que afecta al orden público del proceso, la Sala debe – de conformidad con constante y reiterada doctrina jurisprudencial, acogida por las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 10 y 18.12.89 (R.8.877 y 8.975) y de 14.01, 09.02 y 05.03.90 (R. 204, 886 y 1757) – examinar en su integridad las actuaciones de instancia, incluida toda la prueba, para así disponer de cuantos elementos de juicio son indispensables para a un correcto pronunciamiento sobre dicha cuestión de competencia, liberando a la 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 recurrida, interesado por la recurrente, pues al tener que formar la Sala su propia convicción sobre los hechos acontecidos, el aludido relato histórico carece de toda eficacia, respecto de la cuestión de competencia que se suscita.

La sentencia de instancia acoge la excepción de incompetencia de Jurisdicción

porque para concertar los aludidos contratos de arrendamiento de servicios la actora tuvo que darse de alta en el Régimen Especial de Autónomos de la Seguridad Social, como empresaria individual, viniendo obligada a acreditar a “T.V.G., S.A.” el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social como trabajadora afiliada al RETA; porque no estaba sometida a horario ni a jornada laboral y en contraprestación al servicio arrendado se le abonaba un precio por cada día de prestación de servicio y, en definitiva, porque los referidos contratos estipulaban que se regirán por lo establecido en la legislación de derecho civil aplicable en Galicia, sin que en ningún caso pueda entenderse que la relación entre las partes es de carácter laboral. Por todo ello, deduce el Magistrado de instancia, la naturaleza civil de la relación, absteniéndose de entrar a conocer sobre la petición de despido nulo o improcedente que se formula en el escrito rector.

Del conjunto de la prueba que obra a las presentes actuaciones cabe resaltar, como más sobresalientes, los siguientes aspectos: a) que desde el comienzo de su relación laboral con la TVG el 2 de enero de 1989 en virtud de contrato de fomento de empleo, sucesivamente prorrogado hasta el 01.01.92 y, a partir del 17 de marzo de dicho año en virtud de contrato que las partes denominan de arrendamiento de servicios sucesivamente prorrogado, la demandante redactaba y presentaba, en idioma gallego y referido al ámbito geográfico de esta Comunidad, un boletín meteorológico que grababa diariamente en el Centro de televisión, utilizando para ello los mapas y demás medios correspondientes que le eran facilitados por TVG, que a su vez obtenía de las diversas agencias y empleando los instrumentos de difusión audiovisuales de dicha entidad (folios 125 y siguientes, 137 y siguientes de las presentes actuaciones); b) la demandante estaba a disposición de TVG cuando era llamada o requerida para facilitar cualquier tipo de información relacionada con el tiempo – gota fría, efectuar previsiones del tiempo durante periodos electorales, entrevistas etc – (folios 175 y 176 de los autos); c) la actora atendía a las instrucciones de la dirección de los servicios informativos de la radio televisión gallega (folio 174) y por indicación de la dirección también efectuaba las sustituciones que le eran encomendadas (folio 177); d) la demandante disponía de una tarjeta de identificación facilitada por el centro de tele-

visión en la que constaba su fotografía, nombre y apellidos y el número 1918, así como el logotipo y nombre de televisión de Galicia y e) la actora venía percibiendo por cada día de prestación de servicio de información meteorológica la suma de 20.690 Pts, cantidad que era satisfecha a final de mes, previa presentación de factura en la que figuraba un apartado correspondiente al IVA que era a cargo del pagador.

Las situaciones fácticas que preceden acreditan, sin ningún género de dudas, la existencia de una relación de carácter laboral al concurrir los requisitos previstos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la presunción de laboralidad recogida en el artículo 8 del precitado texto legal; pues como ya se ha señalado en la sentencia de esta Sala de fecha 26 de febrero de 2002 (Rec. 15/2002) en la que se resolvía el despido de una trabajadora ligada también por un contrato de arrendamiento de servicios, en ese caso a TVE, teniendo por objeto la elaboración de noticias y la realización de reportajes, y en la que también se discutía la naturaleza de la relación que ligaba a las partes, declarando la Sala la naturaleza laboral de dicha relación, y recogiendo, entre otras consideraciones "...sin que obste a ello el hecho de que la demandante hubiera suscrito con la demandada un contrato de arrendamiento de servicios, pues la naturaleza jurídica de un contrato no depende de la denominación que las partes le atribuyan sino de las circunstancias que lo configuren, o lo que es lo mismo, los contratos son lo que son y no lo que las partes digan..."

Por todo lo expuesto procede decretar la nulidad de la sentencia de instancia y la devolución de los autos al Juzgado de procedencia para que proceda a dictarse una nueva sentencia en la que el Juzgador "a quo", con absoluta libertad de criterio, entre a conocer y a resolver acerca de la cuestión de fondo.

En consecuencia,

Fallamos

Que debemos anular y anulamos la sentencia de instancia con devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia para que se proceda a dictar una nueva sentencia en la que el Magistrado "a quo", con absoluta libertad de criterio, entre a conocer y a resolver acerca de la cuestión de fondo que vienen planteada en el escrito rector.

3374 Recurso nº 1.599/02

S.S. DESPEDIMIENTO POR INDISCIPLINA E DESOBEDIENCIA. INEXISTENCIA: FUNCIONS Á MARXE DA CATEGORÍA PROFESIONAL DAS TRABALLADORAS. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE E NON NULO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto.

A Coruña, a dieciséis de abril de dos mil dos.

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 1.599/02, comprensivo de recursos suplicación respectivamente interpuestos por los Letrados don J.B.H., en nombre y representación de la empresa "G.S.E.YA.C., S.A" y doña R-M. V.A., en nombre y representación de doña I.B.P. y de doña M-J.P.R., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 180/01 se presentó demanda por doña I.B.P. y doña M-J.P.R., sobre Despido, frente a la empresa "G.S.E.YA.C., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 18 de mayo 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.- Las actoras comenzaron a prestar servicios en la empresa "T., S.A.", doña I.B. en fecha 23 de mayo de 1995, en virtud de un contrato por obra o servicio determinado a tiempo parcial para la realización de funciones de "Encuestadora telefónica" en el centro de trabajo sito en ... A Coruña; doña J.P.R. empezó a prestar los servicios en "T." en fecha 12 de marzo de 1997, en virtud de un contrato determinado de obra o servicio a tiempo parcial, con funciones de Encuestadora telefónica en el centro de trabajo sito en ... A Coruña. Las actoras, sin solución de continuidad, desempeñaron sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa

“S.I.T., S.A.”, adjudicataria del servicio de Coordinación de Urgencias Sanitarias de Galicia 061, desde el 1 de abril de 1996, doña I.B., en virtud de un contrato de trabajo de obra o servicio determinado a tiempo parcial, para la prestación de funciones de Encuestadora telefónica en la ciudad de A Coruña, y doña J.P., a tiempo completo, en el centro de trabajo de A Coruña, con funciones de Encuestadora telefónica.= SEGUNDO.- Que en fecha de 1 de abril de 2000 se hizo cargo del servicio la demandada, “G.S.E. y A.C., S.A.”, nueva adjudicataria, en adelante “G.S.E., S.A.”, dedicada a la actividad económica del telemarketing, con domicilio social en ... de Palma de Mallorca, contrato para la prestación de servicios de operación, supervisión técnica y apoyo de funciones administrativas, para la Central de Coordinación de la Fundación Pública de Urgencias Sanitarias de Galicia - 061. Fijándose en su especificación 7ª, punto g), que “La empresa adjudicataria deberá contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal actual”.= Las actoras prestaban sus servicios en virtud de un contrato por obra y servicio determinado en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias de Galicia - 061, en Santiago de Compostela, realizando sus funciones sanitarias en el centro de trabajo sito en ... I.B. desempeñaba funciones de Auxiliar administrativa y de Coordinadora, percibiendo un salario de 169.601 ptas. Esta actora, durante el período comprendido el 7 de julio de 2000 (sic), que fue readmitida por la empresa “G.S.E.” en su puesto de trabajo, en fecha 9 de agosto de 2000 desempeñó funciones propias de la categoría profesional de Teleoperadora en el Edificio de San Marcos, presentando demanda en materia de modificación de condiciones, siendo resuelto por sentencias de 29 de septiembre de 2000 y por sentencia de 8 de octubre de 2000 -véase hecho probado sexto de esta Resolución-. Doña J. percibe un salario de 152.141 ptas.=

TERCERO.- Que en fecha 21.02.01, mediante telegrama, las actoras recibieron carta de despido en los siguientes términos: *“Le comunicamos que la Dirección de esta empresa ha decidido proceder a sancionarle, como autor de faltas muy graves, con el despido, con efectos desde esta misma fecha o, en otro caso, desde la recepción de esta comunicación, por los siguientes hechos y causas: El pasado día 9 de febrero del presente año, a las 8:30 horas, la Directora de RR.HH. de la empresa se personó en su centro de trabajo para comunicarle por escrito que debía incor-*

porarse por necesidades del servicio a la Central del Edificio de Usos Múltiples de San Marcos hasta nuevo aviso, puesto que en ese momento y debido a causas ajenas a la empresa, los puestos del centro de trabajo antes mencionado se debían cubrir y usted posee la cualificación suficiente para poder atender ese trabajo de forma correcta; usted se negó a firmar la recepción del escrito y a cumplir dicha orden. Con su conducta cometió una desobediencia grave a su superior en materia de trabajo, implicando un quebranto manifiesto de la disciplina y derivando de ello un perjuicio grave para un servicio público de vital importancia. Los hechos relatados constituyen faltas muy graves tipificadas como tales en los artículos 54 del E.T. y 43 del Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing, por lo que se ha decidido proceder a la sanción del despido, con los efectos indicados y sin perjuicio de reservarnos las acciones de toda índole que por su actuación pudiera generar otro tipo de responsabilidades o condenas”.= CUARTO.- Que las actoras se negaron a firmar la carta, no a la orden, mandándole la Directora que se fuesen a casa hasta que fuesen avisadas por la empresa.= QUINTO.- Que por sentencia del Juzgado de lo Social número uno de esta ciudad, de fecha 30 de junio de 2000, en materia de Conflicto Colectivo, Autos 374/00, se declaró el derecho de todos los trabajadores que prestan servicios para la demandada en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias 061 y en las dependencias administrativas de la fundación, a ser subrogados por la nueva adjudicataria del servicio, respetando todas las anteriores condiciones de trabajo..., dicha sentencia ha sido recurrida en suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia por la empresa demandada, recayendo sentencia del T.S.J. de Galicia de fecha 5 de diciembre de 2000, estimando el recurso de Suplicación presentado por la empresa demandada, en términos siguientes -Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia del T.S.J. de Galicia- La “(...) sucesión empresarial -ex art. 44 E.T.- no puede ser apreciada al no haberse producido la transmisión a la nueva concesionaria de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pues consta probado que toda esa infraestructura consistente en centralitas, ordenadores, mesas, sillas, cascos, etc., incluido el centro de trabajo, indispensables para el funcionamiento del Servicio de Teleoperación de la Central de Coordinación (sic) de Urgencias Sanitarias 061, no son de la titularidad de la anterior, ni de la

nueva concesionaria, sino que pertenecen a la comitente "Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061" (...) tampoco la Sala estima que la subrogación empresarial que se invoca por el Sindicato demandante venga impuesta a la recurrente por la cláusula 7ª g) del Pliego de Condiciones para la contratación del servicio, pues la misma sólo obliga a "contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal", pero no impone a la nueva empresa concesionaria la subrogación en los derechos y obligaciones laborales de un empleador anterior en el supuesto de terminación de una contrata de servicio. Dicha cláusula resulta compatible con el art. 15 del Convenio Colectivo de Telemarketing aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 de marzo de 1999, que como Pacto Colectivo de naturaleza estatutaria es fuente primaria de las relaciones laborales y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 82 del E.T., obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Por ello, cuando la cláusula 7ª, g) del Pliego obliga a la nueva concesionaria a "contar" con la totalidad del personal, debe interpretarse en el sentido de entenderla como perfectamente compatible con el art. 15, a) del Convenio Colectivo, cuando señala que la nueva contratista vendrá obligada "en primer lugar y en cualquiera de los supuestos que luego se señalan, a incorporar al personal de la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección de la nueva plantilla". Y esto es precisamente lo que ha hecho la empresa demandada, que ha contado con la práctica totalidad del personal anterior, incorporándolo a ese proceso de selección de la nueva plantilla y suscribiendo posteriormente con ellos un nuevo contrato, tras haber firmado los trabajadores afectados por el conflicto el correspondiente finiquito por fin de campaña con la empresa "S.I.T.", con reserva para reclamar cantidades pendientes, tal y como previene el art. 15, c) del referido Convenio. No cabe, por tanto, sostener -como postulan los demandantes- que el aludido art. 15 del Pacto Colectivo no resulta aplicable, ya que dicho Convenio es el resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, y constituye la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva y que -como ya se dijo- obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia (art. 82 E.T.), de tal modo que la interpre-

tación de la cláusula 7ª, g) del Pliego de Condiciones ha de ser una interpretación sistemática acorde con el Pacto Colectivo y que viene impuesta por la propia dicción de la referida cláusula (...). Sentencia no firme, pues pende recurso formulado por la C.I.G. en unificación de doctrina ante el T.S.= SEXTO.- Que por sentencia de este Juzgado, en materia de conflicto colectivo, Autos 405/00, se estimó la demanda y se declaró que la modificación de las condiciones de trabajo efectuada con imposición de los nuevos cuadrantes de trabajo a realizar en los meses de mayo, junio y julio de 2000, resulta injustificada, condenándose a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a reponer a todos los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones de trabajo por lo que respecta a las jornadas de trabajo a realizar y días libres que correspondan durante los precitados meses, es decir, con respecto de los calendarios laborales ya existentes para todo el año 2000, sin perjuicio de los ajustes necesarios previo acuerdo con el Comité de Empresa, al objeto de ampliar con la legalidad vigente. Confirmado por la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2000 por el T.S.J. de Galicia.= SÉPTIMO.- La actora doña I.B. se negó a cumplir la orden de incorporarse el día 9 de febrero a la Central de Usos Múltiples de San Marcos para realizar funciones de Teleoperadora, alegando que éstas no eran funciones suyas, así le avalan la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social nº Dos de esta ciudad en autos nº 683/00 en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; se dispone "... declaro la nulidad de la decisión empresarial, constitutiva de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la demandante, producida por ésta al ser readmitida en fecha 9 de agosto de 2000 y, en consecuencia, condenar a dicha entidad mercantil a estar y pasar por esta declaración y a reponer a la actora en su mismo puesto de trabajo y bajo las mismas condiciones de jornada, horario, turnos y funciones que las que venía desempeñando antes de ser despedida el día 7 de julio de 2000" es decir, la categoría que tenía la actora es de Auxiliar de datos de la empresa, sito en A mayor abundamiento, por sentencia del Juzgado número Uno de lo Social de fecha 8 de octubre de 2000, en autos nº 475/00, se declara: "...injustificada la decisión empresarial de modificación de categoría profesional y supresión del plus de coordinación, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que reponga a la actora en sus funciones de Coordinadora y

categoría dentro del Grupo Administrativo”.= La actora, doña J.P.R., nunca desempeñó funciones de Teleoperadora, función que requiere una preparación a través de unos cursos y de una formación continuada de los que la actora adolece.= OCTAVO.- Que la empresa demandada está incurso en una conflictividad con varios trabajadores al presentar demandas por despido por haber recibido carta de despido de fecha 21 de febrero de 2000, por hechos que en gran medida tienen relación con el motivo de esta demanda.= NOVENO.- Que las actoras no han ostentado la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores en el año inmediatamente anterior al cese.= DÉCIMO.- Que en fecha de 9 de marzo de 2001 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de “sin efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO.= Que estimando, como estimo, la demanda promovida por doña I.B.P. contra la empresa “G.S.E. Y A.C., S.A.”, debo declarar y declaro la nulidad del despido efectuado, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a 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 508.803 ptas., en concepto de salarios dejados de percibir.= Que estimando, como estimo, la demanda interpuesta por doña M-J.B.P. contra la empresa “G.S.E. Y A.C., S.A.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado y condeno a dicha sociedad mercantil a que opte entre la readmisión de la trabajadora demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de 203.813 ptas. en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitar en el plazo de 5 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 436.106 pts., en concepto de salarios de tramitación y a un haber diario de 5.071 ptas. desde la fecha hasta que se notifique la presente Resolución.= Notifíquese... etc.”.

En 04.06.01 se dictó Auto cuya Parte Dispositiva, literalmente, dice: “SE ACUERDA: Aclarar los puntos oscuros y errores materiales cometidos en la sentencia recaída en los presentes autos, por cuanto: 1.- Hecho Probado

Primero, Apartado Segundo.- Queda redactado de la siguiente forma: “Las actoras prestaban sus servicios en virtud de un contrato por obra y servicio determinado en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias de Galicia - 061 en Santiago de Compostela, realizando sus funciones sanitarias en el centro de trabajo sito en doña I.B. desempeñó funciones de Auxiliar Administrativa y Coordinadora, percibiendo un salario mensual de ciento sesenta y nueve mil seiscientas una pesetas.= Doña I.B., desde el 9 de agosto de 2000, fecha en que fue readmitida como consecuencia de un primer despido, por sentencia de fecha 7 de julio de 2000, desempeñó funciones de Teleoperadora hasta la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2000 por la que se condena a la empresa demandada a reponer a la actora en su puesto de trabajo. Con anterioridad al despido referido, doña I.B. realizaba funciones propias de la categoría personal de Auxiliar Administrativa.= Que la sentencia recaída en autos 405/00 se refiere a una demanda colectiva de modificación de condiciones de los trabajadores de la empresa demandada. Véase hecho probado sexto de esta Resolución.= D^a. J.P. desempeñaba funciones de Auxiliar Administrativa, percibiendo un sueldo mensual de 152.141 ptas.= 2.- Hecho Probado Séptimo.- La actora doña I.B. manifestó su disconformidad con la orden de incorporarse el día 9 de febrero a la Central de Usos Múltiples de San Marcos, alegando que no eran funciones suyas”, manteniéndose íntegramente el resto del hecho probado séptimo.= 3.- En el fallo de la resolución debe ser corregido el apellido de la actora doña M-J.B.P., sería el correcto doña M-J.P.R. Asimismo concretar que la fecha que están calculados los salarios es todo el mes de mayo, manteniéndose íntegramente el resto de los pronunciamientos de la sentencia”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron respectivos recursos de Suplicación por las partes, que fueron impugnados 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 empresa “G.S.E. y A.C., S.A. (G.S.E., S.A.)” y por las trabajadoras se interpone recurso de Suplicación contra la sentencia que, estimando la demanda interpuesta por doña I.B.P., y estimando en parte la interpuesta por doña M-J.B.P., declaró la nulidad del despido de la primera, condenando a aquella a estar y

pasar por dicha declaración y a que, de forma inmediata, la readmitiera en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido y a que le abonara la cantidad de 508.803 ptas., en concepto de salarios dejados de percibir; y la improcedencia del despido de la segunda, condenando a la empresa demandada a que optara, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, entre la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo o la indemnizara en la cantidad de 203.813 ptas., con abono, en concepto de salarios de tramitación, de 436.106 ptas., desde la fecha “hasta que se notifique la presente resolución”; denunciando la empresa como primer motivo de recurso, con amparo procesal en el artículo 191, a) de la Ley Procesal Laboral, infracción de los artículos 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 267.1 de Ley de Enjuiciamiento Civil, 9.3 y 24.1 de la Constitución Española, así como distinta jurisprudencia del Tribunal Supremo (que cita y se tiene por reproducida), solicitando se deje sin efecto y se declare la nulidad del Auto de aclaración dictado en el procedimiento, en relación a las modificaciones de la relación fáctica de la sentencia, aunque sí admite como válida la corrección del error contenido en los apellidos de una de las actoras, que se refleja en el fallo de la sentencia recurrida, por entender que en el Auto de aclaración se modifican hechos probados, sustancialmente y de forma trascendente, y que no se trata de meros errores materiales que puedan corregirse por la vía de aclaración, sino solamente por la vía de la revisión a través del recurso de Suplicación.

Nulidad que se rechaza, pues, aparte de que, en caso de prosperar, no darían lugar a la nulidad del Auto que se cita, sino de la sentencia, se trata de simples errores materiales en la transcripción de los hechos probados de la sentencia, que no afectan al contenido del fallo de la misma, de conformidad con lo que se razonará posteriormente.

SEGUNDO.- Como segundo motivo se pretende la revisión de los hechos declarados probados y, en concreto, el párrafo segundo del ordinal segundo, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “*Que en fecha 01.04.00 se hizo cargo del servicio la demandada... Las actoras prestaban sus servicios en virtud de un contrato por obra o servicio determinado en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias de Galicia 061, en Santiago de Compostela, realizando sus funciones sanitarias en el centro de trabajo*

sito en I.B. desempeñaba funciones de Auxiliar Administrativa y de Coordinadora, percibiendo un salario de 141.094 pts. ... doña J., percibe un salario de ciento cuarenta y una mil noventa y cuatro (141.094) pesetas”. Modificación que se acepta, al estar acreditada por la documental.

TERCERO.- Como tercer motivo y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción, por no aplicación, de los artículos 26.1 y 3 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, por entender que el salario que debe tenerse en cuenta a efectos de la indemnización por despido y cálculo de los salarios de tramitación, debe ser el efectivamente percibido al tiempo del cese. Censura que se acepta por cuanto, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo [sentencias, entre otras, de 09.10.89 (Ref. 7.133) y de 07.12.90 (Ref. 9.760), en Sala General]: “*Cuando se trata de determinar el salario que debe tenerse en cuenta a efectos de las indemnizaciones debidas por despido, habrá que estar al efectivamente percibido al tiempo del despido*”, por lo que, estando acreditado que al tiempo del cese (21.02.01) y en los meses anteriores, su salario fue de 141.094 ptas. (recibos de salarios y nóminas, como así se ha declarado probado), será éste el que habrá que tener en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización por despido y salarios de tramitación, tomándose como antigüedad la de 01.04.00, fecha en que iniciaron su nueva prestación de servicios con la referida demandada (al no haber existido subrogación por parte de dicha empresa en los contratos de trabajo que las actoras tuvieron con la anterior contratista del servicio, según se declaró en la sentencia de esta Sala de 05.12.00, y así consta probado).

CUARTO.- Como cuarto motivo, y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción, por aplicación indebida, de los artículos 55.5, en relación con el 17, del Estatuto de los Trabajadores, 108.2 de la Ley Procesal Laboral y 14 de la Constitución Española, alegando, fundamentalmente, que el despido de las actoras -ahora recurridas- era procedente, al haber incurrido en una falta de desobediencia grave o, en su defecto, con relación a doña I.B., se revoque la sentencia recurrida, declarando la improcedencia de su despido y no la nulidad del mismo; y que la orden dada en nueve de febrero para que prestaran servicios de atención telefónica y como Teleoperadoras en el centro sito en la Central del Edificio de Usos Múltiples de San Marcos, en dónde se encuen-

tra ubicada la atención telefónica del Servicio de Urgencias y Emergencias Médicas 061, no fue dada de forma arbitraria y caprichosa, sino ante una necesidad surgida como consecuencia de la negativa de la plantilla de la empresa a prestar servicios en los turnos que tenían asignados, tras los incidentes acaecidos en la madrugada del siete al ocho de febrero y ante la evidente falta de personal, no obstante haber acudido a personas de las “Bolsas de Trabajo”; y que la negativa de aquéllas tenía un claro y lógico antecedente y justificación, pues, si efectivamente, la totalidad de la plantilla que debía prestar servicios en la atención del teléfono 061 se había plantado y negado a prestar dicho servicio, las actoras no querían realizarlo por ser las únicas que tenían que enfrentarse al resto de sus compañeros que se habían negado a efectuarlo, por lo que, evidentemente, ni querían recibir la orden ni, por supuesto, querían cumplirla.

Por lo que respecta a si el despido debe declararse procedente o no, se ha de tener en cuenta: a) de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial, para que la indisciplina y desobediencia constituyan justa causa de despido han de tener carácter grave, trascendente y justificado (sentencias del Tribunal Supremo de 28.03.85, 27.11.86, 31.03 y 26.05.87, 05 y 19.12.88, 24.02.90 y 21.01.91, entre otras muchas), manifestándose la desobediencia como una resistencia persistente y reiterada al cumplimiento de las órdenes del empresario o de sus representantes, que caigan dentro del ejercicio normal y regular de sus facultades de organización y dirección [artículos 1.5.1, c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores], y sin que se trate de un mandato arbitrario o abusivo de derecho (sentencias del Tribunal Supremo de 25.02.87 y 28.11.89), ó bien que comporte un menoscabo de la dignidad de la persona (sentencia del Tribunal Supremo de 27.02.81) o en el que concurran circunstancias de peligrosidad o ilegalidad que justifiquen la negativa a su cumplimiento o excedan de su categoría profesional y no las vinieran desempeñando desde siempre. b) La base o fundamento jurídico del llamado poder de dirección del empresario esta en el contrato de trabajo, se asienta en las notas de ajeneidad e independencia propias del mismo, responde a una indiscutible necesidad técnica u organizativa de la empresa y engendra un verdadero deber de obediencia en el trabajador. Se trata no solo de un deber básico de obediencia, al que se refiere el art. 5.c) del E.T., en cuanto sometimiento al ejercicio regular de las faculta-

des directivas empresariales, sino, fundamentalmente, del antecedente deber básico de buena fe (art. 5.a) E.T.), que exige cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, lo cual tiene por finalidad adecuar la relación laboral a la finalidad económica del contrato de trabajo, pues de otro modo se destruirá el equilibrio sinalagmático del contrato; C) se entiende por tanto que haya desobediencia -en su caso indisciplinada- cuando el trabajador incumple las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, determinadas bien por las normas laborales aplicables, bien por las órdenes e instrucciones que emanen legítimamente del poder de dirección del empresario. Cuando estas órdenes o instrucciones se enmarcan dentro del Contrato de Trabajo, existe la presunción “iuris tamtum” de que son legítimas y de ahí la regla general que obliga a obedecerlas, sin perjuicio de impugnarlas cuando se estiman lesivas o abusivas, salvo que concurran determinadas circunstancias -aquí la excepción- de peligrosidad, ilegalidad, ofensa a la dignidad del trabajador u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa, teniendo bien presente que las órdenes de servicio se refieren no solo a los debidos con arreglo al contrato y categoría profesional, sino también aquellos que se vinieran prestando “desde siempre” (St. T.C.T. 23.enero.1982, así como de esta Sala de 19.abril.1994 rec. 1.089/94).

Del relato fáctico de hechos probados, así como del examen complementario de los autos, se desprende que las actoras prestaban sus servicios en virtud de un contrato por obra o servicio determinado en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias de Galicia - 061- en Santiago de Compostela, realizando sus funciones sanitarias en el centro de trabajo sito en I.B. desempeñaba funciones de Auxiliar administrativa y de Coordinadora, y doña J.P.R., también Auxiliar Administrativa, sin que nunca hubieran desempeñado funciones de Teleoperadora, función que requiere una preparación a través de unos cursos y de una formación continuada de los que carecen. Que en fecha 21.02.01, mediante telegrama, recibieron carta de despido en los siguientes términos: *“Le comunicamos que la Dirección de esta empresa ha decidido proceder a sancionarle, como autor de faltas muy graves, con el despido, con efectos desde esta misma fecha o, en otro caso, desde la recepción de esta comunicación, por los siguientes hechos y causas: El pasado día 9 de febrero del presente año, a las*

8:30 horas, la Directora de RR.HH. de la empresa se personó en su centro de trabajo para comunicarle por escrito que debía incorporarse por necesidades del servicio a la Central del Edificio de Usos Múltiples de San Marcos hasta nuevo aviso, puesto que en ese momento y debido a causas ajenas a la empresa, los puestos del centro de trabajo antes mencionado se debían cubrir y usted posee la cualificación suficiente para poder atender ese trabajo de forma correcta; usted se negó a firmar la recepción del escrito y a cumplir dicha orden. Con su conducta cometió una desobediencia grave a su superior en materia de trabajo, implicando un quebranto manifiesto de la disciplina y derivando de ello un perjuicio grave para un servicio público de vital importancia. Los hechos relatados constituyen faltas muy graves tipificadas como tales en los artículos 54 del E.T. y 43 del Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing, por lo que se ha decidido proceder a la sanción del despido, con los efectos indicados y sin perjuicio de reservarnos las acciones de toda índole que por su actuación pudiera generar otro tipo de responsabilidades o condenas". Las actoras se negaron a firmar la carta, no a la orden, mandándoles la Directora que se fuesen a casa hasta que fueran avisadas por la empresa (ordinal 4º).

Esto sentado, esta Sala entiende que las actoras no incurrieron en la sanción de desobediencia que se les imputa, por cuanto, si bien se negaron a firmar la carta, no consta que se negaran a cumplir la orden que les dio la Directora (fundamentación jurídica con valor de hecho probado), máxime, al estar igualmente acreditado que: "la Directora las mandó para casa hasta que fueran avisadas por la empresa". En todo caso, no se puede desconocer que las funciones de Teleoperadora no estaban dentro de su categoría profesional, pues, aparte de ser Auxiliares administrativas y de coordinación, por doña I.B. se siguió demanda sobre modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, habiendo recaído sentencia del Juzgado de lo Social de fecha 08.10.00, en autos nº 475/00, en la que se declaró: "... injustificada la decisión empresarial de modificación de categoría profesional, supresión del plus de coordinación, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que se la reponga en sus funciones de Coordinadora y categoría dentro del Grupo Administrativo", en tanto que doña J.P.R. nunca desempeñó funciones de Teleoperadora, función que requiere una preparación a través de unos cursos y de una forma-

ción continuada, de los que adolece, por lo que en ningún caso los despidos pueden ser declarados procedentes.

Por lo que respecta a que el despido de doña I.B.P. no debe ser declarado nulo y si improcedente, la sentencia de instancia fundamenta la nulidad de la decisión extintiva empresarial en la discriminación: desigualdad de trato recibida por la actora despedida (artículo 14 de la Constitución Española) y, en especial, en la conflictividad existente en la empresa desde que la misma se hizo cargo de la contrata de la Fundación Pública 061, debido a la negativa a reconocer la subrogación empresarial, en la existencia de un procedimiento de conflicto colectivo, en la existencia de despidos de varios trabajadores, así como en haberse seguido demanda por modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo -resuelta siempre a favor de los trabajadores-, etc.; sin embargo, tal argumentación no resulta admisible en función de las siguientes consideraciones:

1.- Como señalan las Sentencias de esta Sala de 9 de octubre de 2001 (Recurso nº 4.476/01), 23 de noviembre de 2001 (Recurso nº 4.735/01) y de 11 de diciembre de 2001 (Rec. 5.067/01), que resuelven precisamente los despidos de otros trabajadores de la misma empresa, "es doctrina del Tco. que el indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada (SSTC 266/1993, 21/1992, 197/1990, 187/1990, 135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1995, 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 de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. Ciertamente que no basta la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de probarse indiciariamente la existencia de aquella causa (SSTC 266/1993 y 21/1992), tal como expresamente disponen los arts. 96 y 179.2 de la vigente LPL; y una vez acreditados tales indicios, 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 el despido 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, en el bien entendido de que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales. La decisión empresarial será, así válida, aún 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, de manera que acreditado el indicio sobre posible lesión de derecho fundamental, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo (STC 95/1993); es más, se ha excluido la vulneración de derechos fundamentales en supuestos "pluricausales" (SS 21/1992 y 135/1990), admitiéndose por el mismo Tribunal Constitucional la improcedencia del despido -que no su nulidad radical- cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se había excluido en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que "puesta entre paréntesis" la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc), "el despido habría tenido lugar verosimilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario" (STC 21/1992 de 14 febrero)". Ahora bien, es preciso distinguir (así sentencias del Tribunal Supremo de 16.10.90, 12.11.90 y 04.02.91), entre la imputación de faltas inexistentes, ficticias o irreales y la atribución de incumplimientos objetivables conectados con la conducta laboral, pues en el primer caso la intención fraudulenta de prescindir de un concreto trabajador mediante el ejercicio arbitrario de aparentes facultades empresariales, autoriza la aplicación del art. 108.2.d) de la L.P.L. (despido nulo por discriminación, violación de derechos fundamentales y libertades públicas) en el segundo no, aunque la práctica de los medios de prueba no alcance a convencer al juzgador de la concurrencia de los incumplimientos afirmados o de que su gravedad

merezca la sanción de despido, no pudiendo tampoco sostenerse aquella nulidad en la declarada existencia de malas relaciones "conflictividad laboral" cuando no se explica a quien es imputable tal situación de tal modo que la ausencia de la deseable armonía no es equivalente a hostigamiento empresarial.

2.- En el presente caso, la decisión de despido aparece adoptada respecto de las actoras, obedeciendo a motivaciones propiamente disciplinarias; así del relato fáctico y de la fundamentación jurídica (con valor de hecho probado) se desprende que, dentro del contexto de conflictividad existente en el seno de la empresa, las actoras fueron despedidas por motivos disciplinarios, por supuesta desobediencia a incorporarse, por necesidades del servicio, a la Central del Edificio de Usos Múltiples de San Marcos, por lo que ha de concluirse que no existe causa para decretar la nulidad del despido, por cuanto, aun cuando sea cierto que en el seno de la empresa existía conflictividad, no se acredita la existencia de ningún tipo de discriminación -desigualdad de trato con respecto a situaciones iguales o idénticas, en relación a otros trabajadores de la misma empresa-, ni el despido se ha producido por la conflictividad existente en el seno de la empresa, por cuanto la ausencia de la deseable armonía no es equivalente a hostigamiento empresarial; en todo caso, la decisión disciplinaria adoptada se fundamentó en una imputación de conductas propias e individualizadas, de un ilícito laboral, sin ningún matiz discriminatorio. La realidad probada finalmente acerca de dichas imputaciones, si bien puede desvirtuar la existencia de un incumplimiento grave y culpable achacable a las actoras, en ningún caso revela motivaciones extrañas a la reacción disciplinaria que provocó en la empresa por derivación de la trascendencia que tuvo y las conductas, aparentemente ilícitas, habidas, sin que tampoco se dé un ejercicio arbitrario del principio de igualdad, con trascendencia constitucional (artículo 14 Constitución Española), de la potestad disciplinaria por parte de la empresa; razones todas ellas que llevan a esta Sala a declarar improcedente el despido de la citada actora y no su nulidad radical, como se entendió por la Magistrada de instancia. En consecuencia, el despido ha de ser declarado improcedente, pues no se aprecia la existencia de un incumplimiento grave de las trabajadoras, y todo ello en aplicación de los artículos 55.3 y 56 del Estatuto de los Trabajadores y 103 de la Ley Procesal Laboral, con los efectos legales inherentes a dicha calificación, esto es,

condena de la empresa, "G.S.E. y A.C., S.A.", a que en el plazo de cinco días, desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitir a las trabajadoras en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido o bien a que las indemnice en las cantidades que se concretan en la parte dispositiva de esta resolución, con abono, en ambos casos, de los salarios dejados de percibir desde su despido hasta la notificación de la sentencia, tomándose como antigüedad de todos los trabajadores la de 01.04.00, fecha en que iniciaron su nueva prestación de servicios con la referida demandada, al no haber existido subrogación por parte de dicha empresa en los contratos de trabajo que las demandantes tuvieron con la anterior contratista del servicio, según se declaró en la sentencia de esta Sala de 05.12.00, y así consta probado. Por lo que respecta a los salarios de tramitación e indemnización se acepta en parte el recurso de las trabajadoras, que denuncian infracción del artículo 56.1 (E.T.), debiendo calcularse sobre el salario de 191.044,- ptas. y calcularse (los de trámite) desde el despido hasta la notificación de la sentencia, en lo que se modifica parcialmente la sentencia de instancia. Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando en parte los recursos de Suplicación respectivamente formulados por "G.S.E. Y A.C., S.A." y por las demandantes, doña I.B.P. y doña M-J.P.R., contra la sentencia de fecha 18 de mayo de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Santiago de Compostela en autos nº 180/01, sobre DESPIDO, y con revocación parcial de la resolución recurrida, debemos declarar y declaramos la improcedencia, y no la nulidad, del despido de doña I.B.P., condenando a la empresa demandada a que opte, en el plazo de 5 días a partir de la notificación de esta sentencia, entre la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo o la indemnización de MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS (1.139'56 €), y abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, confirmando la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido de doña M-J.B.P., si bien la indemnización se fija en la cantidad de MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS (1.139'56 €), debiendo abonarse los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia de instancia.

3375 Recurso nº 5.337/98

S.S. DIFERENCIA ENTRE PRECONTRATO, CONTRATO DE TRABAJO E CONTRATO DE EXECUCIÓN FUTURA. DEPORTISTA PROFESIONAL. SOMETEMENTO Á CONDICIÓN SUSPENSIVA. CONTRATO INEFICAZ.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto.

A Coruña, dieciséis de abril de dos mil dos.

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. 5.337/98 interpuesto por "R.C.D.C., S.A.D.", 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 "R.C.D.C., S.A.D." en reclamación de CANTIDAD siendo demandado don R.F. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 203/98 sentencia con fecha catorce 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.- Que con fecha 28 de febrero de 1997 la "A.P.D., S P" y el "R.M.C.D.F." suscribieron contrato de opción o derecho preferencial por el cual la primeramente mencionada se obligaba a transferir los derechos federativos del jugador don R.F., al "R.M.C.D.F.", en el caso de que el mencionado club decidiese con anterioridad al 30.12.97 adquirir los derechos federativos del jugador. En el punto Primero.3, del documento suscrito se hizo constar que: *"Por virtud de cuanto antecede la "A.P.D., SP",.- no podrá transmitir los derechos federativos a ningún Club o Asociación deportiva, salvo que "R.M.C.D.F." decidiera no ejercitar la opción aquí otorgada. Igualmente don R.F. no podrá suscribir contra-*

to alguno con tercer Club basta que concluya la vigencia de la opción aquí otorgada"./ SEGUNDO.- Con fecha 23 de agosto de 1997 el "R.C.D.C." suscribió tres contratos, dos con la misma fecha y un tercero de fecha 2 de enero de 1998, y en los tres el objeto del contrato es el mismo, la prestación de servicios profesionales como futbolista, de don R.F., que comenzarían a hacerse efectivos con fecha 3 de enero de 1998. Dichos contratos negociados en A Coruña fueron firmados en nombre del "R.C.D.C." por su Director General don M.M.D. y en nombre del jugador uno de ellos de fecha 23 de agosto por él en nombre propio y los restantes por su representante quién lo hizo en Madrid, siendo firmado en Sao Paulo el que suscribió el jugador en nombre propio. Los tres contratos obran en autos y se tienen aquí por reproducidos y en todos ellos se contiene una cláusula quinta y sexta que establecen lo siguiente: Quinta: Si el futbolista don R.F. rescindiere unilateralmente este contrato antes de su vencimiento, incluso no iniciando la prestación efectiva de sus servicios profesionales en la fecha fijada para su inicio en 3 de enero de 1998, vendrá obligado a pagar al "R.C.D.C., S.A.D." como indemnización la cantidad de CIENTO MILLONES (100.000) DE DOLARES USA. Sexta: El jugador se compromete a realizar de forma efectiva su prestación profesional para el "R.C.D.C., S.A.D." a partir del día tres de enero de mil novecientos noventa y ocho, de acuerdo con lo establecido en el presente contrato, debiendo presentarse el día citado en la sede social del Club. En caso de que el jugador no realizase la efectiva prestación de sus servicios a partir de la fecha indicada, abonará al "R.C.D.C., S.A.D.", la cantidad de DIEZ MILLONES (10.000.000) de dólares USA en concepto de cláusula penal en función indemnizatoria expresamente convenida por las partes. La obligación asumida en esta cláusula será totalmente exigible a partir del día tres de enero de mil novecientos noventa y ocho, sin que puedan oponerse a su cumplimiento pactos o excepciones de clase alguna, tanto sea de fecha anterior como posterior o simultánea al presente contrato./ TERCERO.- En uno de los contratos de 23 de agosto de 1997, concretamente en el que actúa en representación del jugador su representante don F.C.D.S. lo hace en virtud de documento de mandato de fecha 15 de agosto de 1997. Dicho documento obra unido a los autos y en el mismo se hace constar lo siguiente "Eu, R.F., brasileiro, solteiro, atleta profissional, portador da Cédula de Identidade..., com endereço o advogado F.C.D.S., brasileiro, casa-

do, advogado, portador da Cédula de Identidade..., inscrito no CPF/MF sob o nº..., inscrito na OAB/S P sob o nº..., com endereço a Rua..., a negociar meus interesses, como atleta profissional de futebol, junto ao "C.D.C.", de tal forma que seja respeitada a opção por mim firmada junto ao "R.M.C.D.F." que termina em 31 de dezembro de 1997. SAO PAULO, 15 de agosto de 1997. R.F./ CUARTO.- Con fecha 23 de agosto de 1997 don M.M.D. remitió un Fax a don R.F. en el que se hace constar que de acuerdo con la conversación mantenida con su abogado y representante don F.C.D.S., se le envían contratos ya asignados por la representación del "R.C.D.C." para que proceda a la firma y asimismo en el que se hace constar textualmente *"a sabiendas de que este contrato quedará supeditado al rompimiento con el suscrito en su día en el "C.P.", de Sao Paulo y "R.M.C.D.F.". Como verás el compromiso se ha contraído a partir de la fecha de 3 de enero de 1998, fecha en la que concluye el documento que en su día "firmastes" con el "R.M.". Te ruego encarecidamente que una vez firmado lo remitas vía fax al "R.C.D.C.", cuyo número de fax es, atentamente te saluda, M.M.D., Director General"*./ QUINTO.- Obra en autos documento de cesión definitiva del jugador don R.F. extendido en papel membretado oficial de la "A.P.D.D." fechado en la ciudad de Sao Paulo (Brasil) a 3 de enero de 1998. Documento de addenda del mencionado contrato y documento de declaración suscrito entre la "A.P.D.D. y el R.C.D.C." referente a la misma cesión./ SEXTO.- Con fecha 16 de diciembre de 1997 la "A.P.D.D." comunicó a la FIFA lo que con anterioridad había comunicado a la FEFP, concretamente en fecha 3 de diciembre de 1997, que rescindía el contrato de opción concertado con el "R.M.C.D.F." por incumplimiento de éste del pago del precio pactado. Con fecha 30 de diciembre de 1997 el presidente de la "A.P.D.D." firmó recibo finiquito de pago de la totalidad del precio pactado como consecuencia del contrato de opción celebrado con el "R.M.C.D.F." para la adquisición de su jugador de fútbol don R.F., extendiéndose documento acreditativo de conformidad en papel con membrete del "R.M.C.D.F." y fechado en la ciudad de Sao Paulo (Brasil) en fecha 30.12.97. Con la misma fecha y lugar se suscribió entre el "R.M.C.D.F. la "A.P.D.D." y don R.F., contrato de trabajo para la prestación de servicios como deportistas profesional de don R.F.. Dicho contrato obra en autos y se tiene aquí por reproducido./ SÉPTIMO.- En fecha 31 de diciembre de 1997 el "R.M.C.D.F." hizo comparecencia ante la sede de la liga

nacional de fútbol profesional levantándose acta de comparecencia y manifestaciones que obra en autos y se da aquí por reproducida./ OCTAVO.- En fecha 29.01.98 se celebró acto de conciliación ante el SMAC con resolución de "Sin efecto".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda deducida por "R.C.D.C." contra don R.F. debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma".

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Por la representación letrada de la parte actora se interpone recurso de suplicación contra la sentencia desestimatoria de su pretensión de que se condene al demandado R.F. -jugador de fútbol profesional- a satisfacer al "R.C.D.C., S.A.D." la cantidad de 1.525.870.000 ptas. en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, y sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia, en un único motivo, con adecuado amparo procesal -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, infracción por no aplicación de los arts. 1.281, 1.114, 1.278 y concordantes del Código civil, y doctrina jurisprudencial interpretativa de las citadas normas; alegando sustancialmente, que el contrato celebrado entre el "R.C.D.C." y el jugador de fútbol profesional brasileño, no estaba sometido a condición de ningún tipo y que tal afirmación venía corroborada del tenor literal del referido contrato, en el que no se hacía referencia a ninguna condición, señalándose en la cláusula sexta: *"El jugador se compromete a realizar de forma efectiva su prestación profesional para el "R.C.D.C., S.A.D." a partir del día tres de enero de mil novecientos noventa y ocho, de acuerdo con lo establecido en el presente contrato, debiendo presentarse el día citado en la sede social del Club. En caso de que el jugador no realizase la efectiva prestación de sus servicios a partir de la fecha indicada, abonará al "R.C.D.C., S.A.D.", la cantidad de DIEZ MILLO- NES (10.000.000) de dólares USA en concepto de cláusula penal en función indemnizatoria*

expresamente convenida por las partes. La obligación asumida en esta cláusula será totalmente exigible a partir del día tres de enero de mil novecientos noventa y ocho, sin que puedan oponerse a su cumplimiento pactos o excepciones de clase alguna, tanto sea de fecha anterior como posterior o simultánea al presente contrato." y que cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, debía estarse al sentido literal de sus cláusulas; y subsidiariamente, para el supuesto de que la Sala entendiese que el contrato estaba sometido a condición, ésta debía considerarse cumplida como se desprendía de los propios hechos declarados probados de la sentencia de instancia, y concretamente del ordinal sexto, en el que se recoge: *"Con fecha 16 de diciembre de 1997 la "A.P.D.D." comunicó a la FIFA lo que con anterioridad había comunicado a la FEFP, concretamente en fecha 3 de diciembre de 1997, que rescindía el contrato de opción concertado con el "R.M.C.D.F." por incumplimiento de éste del pago del precio pactado"*.

La situación de hecho, sometida a debate es, por incombática en el recurso, la descrita en el relato histórico de la sentencia recurrida y que puede concretarse del siguiente modo:

a) Con fecha 28 de febrero de 1997 la "A.P.D.D., S P y el R.C.D.F." suscribieron contrato de opción o derecho preferencial por el cual la primeramente mencionada se obligaba a transferir los derechos federativos del jugador don R.F., al "R.M.C.D.F.", en el caso de que el mencionado club decidiese con anterioridad al 30.12.97 adquirir los derechos federativos del jugador. En el punto Primero.3, del documento suscrito se hizo constar que: *"Por virtud de cuanto antecede la "A.P.D.D., S P" no podrá transmitir los derechos federativos a ningún Club o Asociación deportiva, salvo que "R.M.C.D.F." decidiere no ejercitar la opción aquí otorgada. Igualmente don R.F. no podrá suscribir contrato alguno con tercer Club hasta que concluya la vigencia de la opción aquí otorgada"*.

b) Con fecha 23 de agosto de 1997 el "R.C.D.C." suscribió tres contratos, (dos con la misma fecha y un tercero de fecha 2 de enero de 1998), y en los tres el objeto del contrato es el mismo, la prestación de servicios profesionales como futbolista, de don R.F., que comenzarían a hacerse efectivos con fecha 3 de enero de 1998. Dichos contratos negociados en A Coruña fueron firmados en nombre

del "R.C.D.C." por su Director General don M.M.D. y en nombre del jugador uno de ellos el de fecha 23 de agosto, por él en nombre propio y los restantes, por su representante quién lo hizo en Madrid, siendo firmado en Sao Paulo el que suscribió el jugador en nombre propio. Los tres contratos obran en autos y se tienen aquí por reproducidos y en todos ellos se contiene una cláusula quinta y sexta que establecen lo siguiente: Quinta: Si el futbolista don R.F. rescindiase unilateralmente este contrato antes de su vencimiento, incluso no iniciando la prestación efectiva de sus servicios profesionales en la fecha fijada para su inicio en 3 de enero de 1998, vendrá obligado a pagar al "R.C.D.C., S.A.D." como indemnización la cantidad de CIENTO MILLONES (100.000) DE DOLARES USA. Sexta: El jugador se compromete a realizar de forma efectiva su prestación profesional para el "R.C.D.C., S.A.D." a partir del día tres de enero de mil novecientos noventa y ocho, de acuerdo con lo establecido en el presente contrato, debiendo presentarse el día citado en la sede social del Club. En caso de que el jugador no realizase la efectiva prestación de sus servicios a partir de la fecha indicada, abonará al "R.C.D.C., S.A.D.", la cantidad de DIEZ MILLONES (10.000.000) de dólares USA en concepto de cláusula penal en función indemnizatoria expresamente convenida por las partes. La obligación asumida en esta cláusula será totalmente exigible a partir del día tres de enero de mil novecientos noventa y ocho, sin que puedan oponerse a su cumplimiento pactos o excepciones de clase alguna, tanto sea de fecha anterior como posterior o simultánea al presente contrato.

c) En uno de los contratos de 23 de agosto de 1997, concretamente en el que actúa en representación del jugador su representante don F.C.S. lo hace en virtud de documento de mandato de fecha 15 de agosto de 1997. Dicho documento obra unido a los autos y en el mismo se hace constar lo siguiente *"Eu, R.F., brasileiro, solteiro, atleta profissional, portador da Cédula de Identidade RG nº ..., inscrito no CPF/MF sob o nº ..., com endereço o advogado F.C.S., brasileiro, casado, advogado, portador da Cédula de Identidade RG nº ..., inscrito no CPF/MF sob o nº ..., inscrito na OAB/S P sob o nº ..., com endereço a Rua ... coj. 121/122, "C.C. - S P", a negociar meus interesses, como atleta profissional de futebol, junto ao "C.D.C.", de tal forma que seja respeitada a opção por mim firmada junto ao "R.M.C.D.F." que termina em 31 de dezembro de 1997. SAO PAULO, 15 de agosto de 1997. R.F."*.

d) Con fecha 23.08.97 don M.M.D., Director General del "R.C.D.C.", remitió un FAX a don R.F. en el que se decía literalmente: *"Estimado amigo: De acuerdo con la conversación mantenida con su abogado y representante Sr. D. F.C.S., me complace adjuntarle precontrato debidamente asignado por el "D.C." y por su abogado y representante, de acuerdo a los valores económicos hablados y concertados telefónicamente contigo, para que procedas a la firma de ellos con tu visto bueno, a sabiendas de que este contrato quedará supe-
ditado al rompimiento con el suscrito en su día entre el "C.P., SP" y el "R.M.C.F.". Como verás, el compromiso se ha contraído a partir de la fecha del 03.01.98, fecha en la que concluye el documento que en su día firmaste con el "R.M...."*.

e) Obra en autos documento de cesión definitiva del jugador don R.F. extendido en papel membreteado oficial de la "A.P.D." fechado en la ciudad de Sao Paulo (Brasil) a 3 de enero de 1998. Documento de addenda del mencionado contrato y documento de declaración suscrito entre la "A.P.D. y el R.C.D.C." referente a la misma cesión.

f) Con fecha 16 de diciembre de 1997 la "A.P.D.D." comunicó a la FIFA lo que con anterioridad había comunicado a la FEFP, concretamente en fecha 3 de diciembre de 1997, que rescindía el contrato de opción concertado con el "R.M.C.D.F. por incumplimiento de éste del pago del precio pactado. Con fecha 30 de diciembre de 1997 el presidente de la "A.P.D." firmó recibo finiquito de pago de la totalidad del precio pactado como consecuencia del contrato de opción celebrado con el "R.C.F." para la adquisición de su jugador de fútbol don R.F, extendiéndose documento acreditativo de conformidad en papel con membrete del "R.M.C.D.F." y fechado en la ciudad de Sao Paulo (Brasil) en fecha 30.12.97. Con la misma fecha y lugar se suscribió entre el "R.M.C.D.F." y la "A.P.D." y don R.F., contrato de trabajo para la prestación de servicios como deportista profesional de don R.F. Dicho contrato obra en autos y se tiene aquí por reproducido. En fecha 31 de diciembre de 1997 el "R.M.C.D.F." hizo comparecencia ante la sede de la liga nacional de fútbol profesional levantándose acta de comparecencia y manifestaciones (que obra en autos y se da aquí por reproducida).

El problema que se suscita en la presente litis, consiste en determinar, si como se sostiene por el "R.D.C." –recurrente–, entre

este Club y la “A.P.D., SP” (Brasil) se celebró un contrato de trabajo perfecto con las consecuencias que se establecen en la cláusula sexta, sin que en ningún caso estuviera sujeto a condición, ó que de considerarse que el mismo estaba sujeto a un suceso futuro e incierto, la condición se había cumplido, al haber rescindido el “C.P.” el contrato de opción con el “R.M.”; en tanto que por la Magistrado de instancia, se considera que en realidad se trataba de un “precontrato” que quedaba supeditado al rompimiento del compromiso suscrito en su día entre el “C.P. de Sao Paulo y el R.M.C.F.” de tal manera que solo tenía efectos a partir del 03.01.98, dependiendo de que el “R.M.”, con anterioridad al 30.12.97 ejercitara el derecho de opción preferente que tenía con el jugador, suscribiendo el oportuno contrato.

Es ya un lugar común en la doctrina la posibilidad de que la mayor parte de los contratos pueden ser objeto de la previa promesa de celebrarlos. La admisibilidad del precontrato de trabajo, que carece de regulación legal expresa, viene avalada de antiguo por la mejor doctrina científica y jurisprudencial, que cita ya una sentencia del TS de 9 de diciembre de 1950 (Ar. 1.712), todo ello con fundamento en la libertad contractual que consagra el art. 1.255 del C.C.

El precontrato de trabajo se construye jurídicamente como un contrato consensual en el que, al amparo del art. 1.262 del C.C., concurren una oferta seria de trabajo –normalmente es el empresario el que promete dar trabajo, pero también cabe el ofrecimiento del trabajador, de prestar servicios- y su aceptación recíproca; oferta que se caracteriza por no ser pura, pues se promete para un momento futuro, dependiente de la llegada de un término o del cumplimiento de una condición, o de uno y otra. Todo ello engendra obligaciones recíprocas para ambas partes (respectivamente, dar trabajo y ponerse a disposición del empleador) y su incumplimiento, dada la inercibilidad de la mayor parte de las obligaciones de hacer, se traduce en una reclamación de daños y perjuicios en los términos que previenen los arts. 1.101 a 1.107 del C.C. No ocurre cosa distinta con el denominado contrato de trabajo “in fieri”, o de ejecución futura por venir sometido a término o condición.

En efecto, la distinción entre el precontrato de trabajo y el contrato de trabajo consumado –“in facto esse” o en ejecución según la sentencia del T.C.T. de 11 de febrero

de 1986, (Ar. 807)- es fácil sobre la base de que en éste se da y se presta trabajo, lo que no ocurre en el primero. Pero esta distinción no existe con el contrato de trabajo “in fieri”, porque tampoco en éste se da la realidad fáctica de la prestación efectiva de servicios, y sin embargo se habla de un contrato de trabajo perfecto –aunque no consumado- razonando que “al ser consensual se perfecciona por el mero consentimiento y no necesita para su nacimiento... del comienzo de los trabajos” (STCT, de 30 de abril de 1981, Ar. 2.879, y del TS de 17 de noviembre de 1987, Ar. 8.007).

Esto quiere decir que en ambos casos –llámesele precontrato de trabajo o contrato de trabajo de ejecución futura dependiente de un término o de una condición- los efectos son los mismos, ya que tampoco en este último caso pueden ejercitarse las acciones establecidas para exigir el cumplimiento de las obligaciones típicas del contrato de trabajo: ni la acción de reclamación de salarios del art. 30 E.T., pues sin prestación de servicios no hay salario y no hay mora del empleador al no dar un trabajo que todavía no está obligado a proporcionar (así lo estableció ya el T.C.T., en sentencia de 15 de diciembre de 1969, y así resulta también de lo dispuesto en el art. 10.4 del Real Decreto 1.435/85, de 1 de agosto, regulador de la relación especial de Artistas de Espectáculos Públicos, al remitirse al Código civil para el caso de inejecución total de la prestación artística, es decir, para “aquellos supuestos en los que ni siquiera hubiera empezado a realizarse el trabajo que constituye la prestación pactada”); ni la acción de extinción del contrato del art. 50 E.T., ni tampoco la acción de despido, que presuponen la real prestación de servicios (STS de 21 de febrero de 1991, Ar. 859).

En definitiva, lo único que existe en tal situación es la obligación recíproca de poner en ejecución el contrato dando y prestando trabajo, y el incumplimiento culpable de dichas obligaciones se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios del art. 1.101 y ss. del CC., pues la primera alternativa del art. 1.124 del mismo código –“exigir el cumplimiento”- es incoercible, al menos desde el punto de vista del trabajador, que asume, una obligación personalísima y puede dimitir en cualquier momento (art. 49.1.d) ET), a diferencia de lo que ocurre con otros contratos consensuales, como por ejemplo la promesa de venta, en cuyo caso, a partir de una sentencia de la Sala 1ª del TS de 1ª de julio de 1950, se

puede exigir el cumplimiento de lo pactado y ejecutar el contrato mediante el otorgamiento de escritura pública, incluso sustituyendo la autoridad judicial la voluntad del contratante contumaz. Y es que, en realidad, para que pueda hablarse de relación laboral constituida y productora de las obligaciones recíprocas que integran su objeto es preciso que exista al menos una efectiva puesta a disposición aceptada por el empresario, en los términos de dependencia que establece el art. 1º-1 E.T., y por la misma razón, la presunción de existencia de relación laboral del art. 8.1 E.T. sólo entra en juego *“entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”*. Esta convicción aflora en la misma jurisprudencia de la Sala 4ª del T.S. (S. de 30 de abril de 1991, Ar. 3.396) según la cual *“sin perjuicio de reconocer el carácter consensual del contrato de trabajo... –como el actor no ocupó el puesto... no acudió ni un solo día al trabajo... y no ha- acreditado que... realizarse cualquier tipo de actividad laboral para la empresa... es preciso concluir que no tuvo el actor en ningún momento relación laboral con la empresa demandada”*.

En el caso que nos ocupa, el pacto suscrito entre las partes el 23.08.97, (suscribiendo tres contratos, dos con la misma fecha y un tercero de fecha 02.01.98) tiene por objeto la prestación de servicios profesionales como futbolista de R.F. para el “R.C.D.C.” con una duración de cinco años, del día 03.01.98 hasta el 30.06.03, (cláusula 1), pero comenzando su vigencia el día 03.01.98 (cláusula 6ª) si bien, dicha fecha de comienzo quedaba sometida a la condición de que el “R.M.” no ejercitara la opción de compra que tenía sobre el jugador, rompiendo el compromiso suscrito en su día con el Club Portuguesa de Sao Paulo, compromiso que aún cuando no se mencionaba expresamente en el pacto (preacuerdo) suscrito entre el “R.C.D.C. y la P.”, tenía conocimiento del mismo, como se refleja en los hechos probados de la sentencia (ordinal cuarto) y en la fundamentación jurídica de la misma (con valor de hecho probado), donde por la Magistrado de instancia, tras el análisis de la prueba practicada con arreglo a las reglas de la sana crítica, y de conformidad con los principios de inmediación, oralidad y contradicción que rigen el proceso laboral, señala: *“que tanto por parte de don R.F. como de la Entidad demandante existió una voluntad de dar validez a los contratos para el caso de que*

no llegase a buen término la opción ejercitada con el “R.M.C.F.”, mediante contrato celebrado en fecha 22.02.97, y ello puesto que resulta acreditado que la representación del Deportivo, que tomó parte en la suscripción de los tres contratos ya referidos, en la misma fecha de su otorgamiento, remitió FAX al jugador en el que de forma clara y concreta ponía de manifiesto la voluntad del Club de Fútbol de dar validez a aquéllos siempre y cuando no llegase a tener eficacia el celebrado entre el “C.P., SP” y el “R.M.C.D.F.”, siendo esa la razón por la que se celebraba el contrato con eficacia diferida al 03.01.98, por ser aquélla, fecha en la que ya estaría concluido el contrato de opción firmado por el “R.M.C.D.F.”, y así como se reflejó en los hechos probados de esta resolución el propio don M.M.D., Director General del “R.C.D.C.” hizo constar en el FAX las manifestaciones que se contienen en el mismo concretamente lo siguiente, –se cita textualmente– “Estimado amigo: De acuerdo con la conversación mantenida con su abogado y representante Sr. D. F.C.S., me complace adjuntarle precontrato debidamente asignado por el “D.C.” y por su abogado y representante, de acuerdo a los valores económicos hablados y concertados telefónicamente contigo, para que procedas a la firma de ellos con tu visto bueno, a sabiendas de que este contrato quedará supeditado al rompimiento con el suscrito en su día en el “C.P., SP, y R.M.C.D.F.”. Como verás, el compromiso se ha contraído a partir de la fecha del 03.01.98, fecha en la que concluye el documento que en su día “firmastes” con el “R.M.”.

Aplicando la doctrina antes expuesta al supuesto objeto del litigio, y cualquiera que sea la denominación que se de al acuerdo suscrito entre el “R.C.D., S.A.D. y el C.P., SP.” (precontrato, contrato de trabajo “in fieri” o de ejecución futura, sometida a condición o término), lo cierto es que estamos ante un pacto de prestación de servicios profesionales como futbolista, cuya eficacia o ejecución se haya sometida a condición de que dependa de la eficacia del mismo. Es decir, la previsión de las partes se dirige a que el contrato comience a regir a partir del 03.01.98, siempre que para entonces se hubiera removido el obstáculo que suponía la opción de compra del “R.M.” (hasta el 30.12.97), lo cual suponía una condición suspensiva, cuyo cumplimiento impedía el que el mencionado pacto o acuerdo llegara a tener eficacia; por lo que estando acreditado que el “R.M.C.D.F.” ejerció la opción de compra sobre el jugador antes del vencimiento del plazo estipulado, (el 30.12.97), en virtud de contrato

celebrado entre dicho "C.P." y el jugador de fútbol profesional Sr. R.F., en virtud del que la "A.P.D." transfirió al "R.M.C.D.F.", que acepta los derechos federativos del jugador en las condiciones que se contienen en el contrato, (que se tiene por reproducido, obrante a los folios 8 y 9); esta Sala entiende que el pacto o acuerdo celebrado entre el "R.C.D.C. y la P., SP" de 23 de agosto de 1997 no es nulo –como se argumenta por la Magistrado de instancia-, al no existir todavía relación laboral entre las partes, sino ineficaz debido al no cumplimiento de la condición (rompimiento del acuerdo suscrito en su día entre el "R.M. y la P.") y ello aun cuando no se haya hecho constar de forma expresa dicha condición en el pacto suscrito por el "R.C.D.C." y el mencionado Club brasileño, al haber sido esa la voluntad de las partes al momento de la celebración del mismo (arts. 1278 y ss del Código civil); y sin que pueda hablarse, -como se sostiene por la parte actora en el recurso-, de un incumplimiento de la cláusula sexta del Acuerdo entre el "R.C.D.C. y la P." mas arriba transcrita en el párrafo primero de los que anteceden; (tesis del "R.C.D.C., S.A.D."), pues, el pacto convencional que incorpora esta cláusula supone un contrato ya vigente, esto es, en ejecución, pero no cuando, -como acontece en el caso de autos-, su eficacia estaba supeditada al cumplimiento de una condición, de tal manera que las obligaciones propias de la relación laboral especial que pretendían, nunca llegaron a existir; sin que tampoco se acepte la tesis mantenida por el recurrente, (con carácter subsidiario), de que la condición se había cumplido, basándose en que con fecha 16.12.97 la "A.P.D." comunicó a la FIFA lo que con anterioridad había comunicado a la FEFP, concretamente en fecha 03.12.97, que rescindía el contrato de opción concertado con el "R.M.C.F." por incumplimiento de éste del pago del precio pactado (ordinal 6º párrafo 1º), pues, ha quedado igualmente acreditado, que con fecha 30 de diciembre de 1997 el presidente de la "A.P.D." firmó recibo finiquito de pago de la totalidad del precio pactado como consecuencia del contrato de opción celebrado con el "R.M.C.F." para la adquisición de su jugador de fútbol don R.F., extendiéndose documento acreditativo de conformidad en papel con membrete del "R.M.C.F." y fechado en la ciudad de Sao Paulo (Brasil) en fecha 30.12.97, y con la misma fecha y lugar se suscribió entre el "R.M.C.F. y la A.P.D." y don R.F., contrato de trabajo para la prestación de servicios como deportista profesional de don R.F. (ordinal 6º párrafo 2º) adquiriendo los derechos sobre el jugador, lo

que pone en evidencia que por el "R.M.C.F." y antes del cumplimiento del término pactado 30.12.97, se ejercitó el derecho de opción preferente que tenía sobre el jugador, suscribiendo el oportuno contrato, que hacía por tanto ineficaz el compromiso suscrito por el Deportivo que dependía para su eficacia de que por parte del "R.M.C.F." no se ejercitase el derecho de opción preferente.

De conformidad con el art. 233 de la L.P.L. se imponen las costas del recurso, al "R.C.D.C., S.A.D.", en las que se incluyen los honorarios del letrado de la parte impugnante en la cuantía de 300 euros.

Por lo expuesto

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por "R.C.D.C.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. CUATRO de A Coruña, de fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, dictada en autos núm. 203/98, seguidos a instancia del Club recurrente contra don R.F., sobre –INDEMNIZACIÓN por supuesto incumplimiento de contrato-, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Se imponen las costas del recurso, al "R.C.D.C., S.A.D.", en las que se incluyen los honorarios del letrado de la parte impugnante en la cuantía de 300 euros.

3376 Recurso nº 1.437/02

S.S. CONTRATO DE TRABAJO FIXO-DISCONTINUO E NON DE OBRA OU SERVICIO DETERMINADO. CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO: NON CONCURRE. DIES A QUO: DATA DO CHAMAMENTO NON EFECTUADO.

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

A Coruña, a diecinueve de abril de dos mil dos.

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 1.437/02 interpuesto por doña B.P.J., don F.J.R.B., don J.A.N. y doña M.D.C.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 692/01 se presentó demanda por doña B.P.J. y Otros en reclamación de DESPIDO siendo demandados "C.D.U." y "U.S.C." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veinte de diciembre 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.- Doña B.P.J. comenzó a prestar servicios en el centro de trabajo, piscina universitaria de ..., el 1 de octubre de 1997. Durante los años 1997 y 1998 tuvo una relación laboral con la empresa "S-S.S., S.L.". En el año 1999 suscribió un contrato laboral con la empresa "D.C.V.", y en el año 2000 y 2001 fue contratada directamente por el C.D.U.. Su trabajo era de monitora de natación, y en el período comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de julio de 2001 percibió un salario de 1.079.068 pesetas. SEGUNDO.- Don F.J.R.B. comenzó a prestar servicios en el centro de trabajo, piscina universitaria de ..., el día 1 de octubre de 1994. Durante el período 1994 y 1998 estuvo contratado por la empresa "S-S.S., S.L.", en el año 1999 fue contratado por la empresa "D.C.V.", y en el año 2000 y 2001 por el C.D.U.. Su trabajo era de monitor de natación, y percibió un salario en el período comprendido entre el 1 de febrero y 31 de julio de 2001 de 1.155.877 pesetas. TERCERO.- doña D.C.V. comenzó a prestar servicios en el centro de trabajo, piscina Universitaria de ..., el día 1 de octubre de 1994. Durante los años 1994 y 1998 trabajó para la empresa "S-S.S., S.L.". En el año 1999 constituyó la empresa "D.C.V." y se dio de alta en el Régimen Especial de Autónomos. Durante los años 2000 y 2001 fue contratada directamente por el C.D.U.. Su trabajo era de monitora de natación y percibió un salario en el período comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de julio de 2001 de 1.033.876 pesetas. CUARTO.- Don J.A.N. comenzó a prestar servicios en el centro de trabajo, piscina universitaria de ..., el 1 de octubre de 1994. Desde el año 1994 al 1998

estuvo contratado por la empresa "S-S.S., S.L.", en el año 1999 por la empresa "D.C.V.", y en los años 2000 y 2001 por el C.D.U.. Sus funciones eran de monitor de natación y coordinador y percibió un salario en el período comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de julio de 2001 de 1.226.991 pesetas. QUINTO.- La relación entre el C.D.U. y la empresa "S-S.S., S.L." se formalizó a través de un convenio de colaboración firmado el 1 de septiembre de 1994. El C.D.U. subcontrató con esta empresa la organización técnica y el desenvolvimiento de las clases de natación en la Piscina Universitaria de esta ciudad. La empresa "S-S., S.L." asumía la contratación y pago de personal cualificado. El C.D.U. abonaría a la empresa el 50% de la recaudación correspondiente a las matrículas de los alumnos de la Escuela universitaria de natación. Este convenio no fue denunciado por ninguna de las partes, las cantidades facturadas por "S-S., S.L." fueron debidamente abonadas por el C.D.U.. El vínculo laboral directo de los trabajadores contratados por "S-S." se estableció con dicha empresa, siendo el C.D.U. la empresa subcontratista, sin que conste en ninguno de ellos contrajese durante los años de vigencia del convenio, 1994 a 1998, deudas salariales con los trabajadores. SEXTO.- En el año 1999, el C.D.U. celebró un convenio de colaboración, firmado el 1 de febrero de 1999, con la empresa "M.D.C.V.". En los términos de dicho contrato sitúan al C.D.U. de nuevo en la condición de subcontratista, asumiendo la empresa la contratación y abono de los trabajadores contratados, facturando las cantidades que como contraprestación de servicios le correspondía abonar al C.D.U., no consta que la empresa subcontratista no abonará diligentemente las cantidades facturadas, ni que la subcontrata dejara de cumplir sus obligaciones laborales, por lo que ninguna responsabilidad les corresponde asumir durante ese período frente a los trabajadores. SÉPTIMO.- Los cuatro trabajadores hoy demandantes suscribieron individualmente un contrato de trabajo con el C.D.U. el 4 de octubre de 1999. El contrato se celebra al amparo del art. 15 E.T. y se califica de contrato de obra, de duración determinada, y su duración sería el curso universitario 99/2000. El 28 de julio de 2000 la Sra. D.C.V., y el 31 de julio y los otros tres trabajadores, firmaron el recibo de liquidación y finiquito. El día 1 de noviembre de 2000, los cuatro trabajadores firmaron un nuevo contrato con el C.D.U. con duración hasta el fin de la actividad del curso. El día 31 de julio firman un documento de liquidación y finiquito en parecidos términos

al del año anterior. Los cuatro trabajadores reciben con fecha 12 de julio de 2001 una comunicación de vencimiento de la relación laboral con el tenor siguiente: "En fecha 31 de julio de 2001, se dará por finalizado el servicio objeto de la contratación que relacionaba a D... con el C.D.U., quedando extinguida a todos los efectos la relación laboral que mantenía con esta empresa causando baja en la misma. El día 12 de septiembre de 2001 los actores acudieron a hablar con don M.G.-V.D., en presencia de la testigo doña M.S.L., preguntándole los demandantes al Sr. V., si estaban despedidos, y manifestando éste que así era en efecto. OCTAVO.- El día 1 de octubre de 2001 tuvo lugar el acto de conciliación entre doña B.P.J., don F.J.R.B., doña M.D.C.V. y don J.A.N. con el C.D.U., teniéndose el acto intentado sin efecto. Interpusieron reclamación administrativa previa ante la U.S.C. el 19 de septiembre de 2001, siendo desestimada el 25 de dicho mes y año. Doña D.C.V. interpuso dicha reclamación el 6 de noviembre de 2001. NOVENO.- El C.D.U. fue fundado el 14 de junio de 1970 con denominación de C.N.U.. Según sus Estatutos, el C.D.U. tiene personalidad jurídica propia y capacidad de obrar. Carece de patrimonio de bienes muebles e inmuebles, y para el desenvolvimiento de sus actividades hace uso de las instalaciones deportivas y materiales de la Universidad de Santiago. El C.D.U. y la U.S.C. firmaron un convenio de colaboración el 3 de abril de 1990 en virtud del cual, la U.S.C. delega en el C.D.U. la organización de la actividad deportiva federada de dicha U.S.C.. Con el fin de realizar estas actividades, el C.D.U. recibe una partida presupuestaria de la U.S.C.. Fuera de las actividades federadas el C.D.U. organiza otras actividades como los cursos de natación, que sirven además como autofinanciación pues percibe directamente los precios abonados por los cursos. El C.D.U. tiene personal propio, y recibe financiación de otros organismos distintos de la Universidad como la Xunta de Galicia y la Diputación. La U.S.C. patrocina otras asociaciones deportivas a parte del C.D.U.. DÉCIMO.- Los actores no ostentaron durante en el año anterior la condición de delegado de personal o miembro de comité de empresa".

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 B.P.J., don F.J.R.B., doña M.D.C.V. y don J.A.N. contra U.S.C. y el C.D.U., declarando la

caducidad de la acción de despido ejercitada por los actores en el presente 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.- En su recurso frente a la desestimación de la demanda formulada por despido, en causa a entender caducada la acción de despido, los actores denuncian –por el cauce del art. 191.c LPL– que se ha incurrido en infracción de los arts. 12.3, 15.8 ET y 59.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Son inmodificados HDP y trascendentes a los efectos del presente recurso, los que siguen: (a) los accionantes han venido prestando servicios como Monitores de natación en la piscina universitaria de ..., desde 1997 la Sra. P. y desde 1994 los otros tres reclamante, pero en todo caso con exclusiva actividad profesional en el periodo 1-octubre a 31-julio siguiente de cada uno de los años; (b) los demandantes recibieron en 12,julio.01 comunicación expresiva de que «En fecha 31 de julio de 2001, se dará por finalizado el servicio objeto de contratación que vinculaba [...] con el C.D.U., quedando extinguida a todos los efectos la relación laboral que mantenía con esta empresa causando baja en la misma»; (c) que el día 12.septiembre.01 «los actores acudieron a hablar con don M.G.-V.D. [...], preguntándole los demandantes si estaban despedidos, y manifestando éste que así era en efecto»; (d) en 19.septiembre.01 todos los demandantes presentaron papeleta de conciliación ante el SMAC frente al C.D.U., teniéndose por «intentada sin efecto» el 1-octubre y la demanda tuvo fecha de presentación el 17-octubre; (e) a excepción de la Sra. C., los reclamantes interpusieron reclamación administrativa previa ante la USC el 19.septiembre.01, siendo rechazada el día 25 inmediatamente siguiente; y (f) que la Sra. C. formuló la citada reclamación el 6.noviembre.01.

SEGUNDO.- 1.- Sobre esta base fáctica –con alguna precisión temporal que hemos obtenido de las actuaciones– la Magistrada razona con todo acierto respecto de la cualidad de trabajadores fijos discontinuos que a los accionantes corresponde, por cuanto que realizaron su actividad los sucesivos años que se han indicado, aunque con concreción tem-

poral ceñida al curso académico universitario. Pero pese a todo llega a la consecuencia –creemos que incorrecta– de que la acción ha de entenderse caducada, siendo así –argumenta– que el plazo de veinte días previsto en el art. 59.3 ET ha de iniciar su cómputo en la fecha en que se les comunica la extinción del contrato en 12-julio, o –a lo sumo– en la comunicación verbal que en 12-septiembre les hace el representante o presidente del C.D.U..

2.- Ciertamente ha de rechazarse que concurra en autos el contrato para obra o servicio determinado, que es como formalmente se configuraba la prestación –anual– de los servicios a realizar por los actores, y muy al contrario se ha de proclamar –con la decisión recurrida– la existencia del trabajo fijo-discontinuo que configura el art. 12.3 ET y que viene perfilando la doctrina unificada (SSTS 26.mayo.1997 Ar. 4.426, 25.febrero.1998 Ar. 2.210, 23.junio.1998 Ar. 5.483, 5.julio.1999 Ar. 6.443, 10.diciembre.1999 Ar. 9.729, 2.junio.2000 Ar. 6.890 y 30.abril.2001 Ar. 4.613). Para tal doctrina –de la que se tiene hecho eco esta Sala en multitud de ocasiones– lo que caracteriza a la obra o el servicio determinados es la de tener autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, y el hecho de que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta (así, también la STS 18.octubre.93 Ar. 7.838), debiendo insistirse en la inadecuación del contrato para obra o servicio cuando con el mismo se trata de atender la actividad normal y permanente de la Empresa, revista o no caracteres cíclicos (en este sentido, SSTSJ Galicia 12.mayo.97 R. 1.525/97, 24.enero.96 AS 11, Galicia 17.noviembre.95 AS 4.174...). En palabra de la ya citada STS 26.mayo.1997 Ar. 4.426, «cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo *lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo*, aunque lo sea por períodos limitados».

Lo que lleva en autos a calificar de fija discontinua a la actividad consistente en clases de natación los universitarios durante los sucesivos cursos académicos, cuando menos desde el año 1994 y en absoluta coincidencia con el ciclo oficial de estudios.

3.- Para esta Sala, la consecuencia de la referida cualidad de trabajadores fijos-discontinuos, con actividad cíclica entre el 1-

octubre y el 31-julio siguiente, es la de que no concurre la caducidad apreciada en la instancia.

En efecto, señalan la doctrina jurisprudencial y la unificada –SSTS 11.febrero.1984 Ar. 859, 13.marzo.1986 Ar. 1.484, 22.enero.1987 Ar. 107, 2.febrero.1987 Ar. 749, 21.septiembre.1989 Ar. 6.685 y 13.junio.2000 Ar. 6.891– que el «dies a quo» para el inicio del mencionado plazo de caducidad ha de fijarse, «no a partir del anuncio al trabajador por parte del empresario de que en un día futuro se prescindirá de sus servicios sino del día en que efectivamente se prescinde» de aquéllos. Y tratándose de trabajadores con actividad cíclica y prefijada, la fecha del despido ha de situarse –día inicial del cómputo para la decadencia del derecho a accionar– en la fecha de llamamiento no efectuado, esto es, en el caso de autos la habitual de 1-octubre, siquiera el previo 12-septiembre se les hubiese anticipado verbalmente que no prestarían servicios, porque es en aquella fecha cuando se hace efectiva –se materializa– la decisión de extinguir el contrato; a lo que debemos añadir la absoluta irrelevancia de la comunicación –escrita– de cese llevada a cabo a la finalización del curso anterior, en 12-julio, tanto porque era una elemental consecuencia del contrato formalmente suscrito (para obra determinada), cuanto porque no difería sustancialmente de las comunicaciones de cese de los precedentes años.

Criterio que se nos impone con más evidencia si se considera –STSJ Galicia 6-noviembre-00 R. 4.283/00– la necesidad de interpretación restrictiva de un instituto tan severo como el de la caducidad, respecto de la que tiene manifestado la Jurisprudencia que «como medida excepcional del ordenamiento que, para proteger el interés derivado de la pronta estabilidad y certidumbre de situaciones jurídicas pendientes de modificación, impone la decadencia de determinados derechos o facultades por el mero transcurso del tiempo, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas que cierren la posibilidad de un examen material del fundamento de la pretensión cuando el ejercicio de ésta no resulta claramente extemporáneo. Y esta orientación jurisprudencial ha de relacionarse, a su vez, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los criterios de proporcionalidad que, en garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, han de aplicarse para valorar la trascendencia de los defectos procesales» (STS 10.abril.00 R. 3.523,

con cita de las SSTs de 27.diciembre.99 Ar. 2.029, 27.septiembre.84 Ar. 4.489, 21.abril.86 Ar. 2.213, 22.enero.87 Ar. 109, 9.febrero.88 Ar. 598 y 24.mayo.88 Ar. 4.287).

4.- Lo anteriormente indicado nos lleva a acoger la censura jurídica, sin que sea factible hacer excepción alguna respecto de la Sra. C. y la U.S.C., habida cuenta de que el C.D.U. tiene personalidad jurídica propia y de que su relación con la U.S.C. presenta –cuando menos ad extra– una opacidad justificativa incluso de aplicar las prevenciones del art. 103.2 LPL, y con mayor motivo la presentación de reclamación previa fuera del plazo de los veinte días previsto en los arts. 59.3 ET y 103.1 LPL. En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido formulado por doña B.P.J., don F.J.R.B., don J.A.N. y doña M.D.C.V., anulamos la sentencia que con fecha 20.diciembre.2001 ha sido dictada en los autos nº 629/2001 del Juzgado de lo Social nº Dos de los de Santiago de Compostela, al objeto de que con plena libertad de criterio se dicte resolución sobre el fondo de la cuestión suscitada frente a la U.S.C. y el C.D.U..

3377 Recurso nº 1.111/02

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. APLICABILIDADE DO III ACORDO PARA A REGULACIÓN DAS RELACIÓNS LABORAIS DO SECTOR PORTUARIO NOS PORTOS DE COMPETENCIA AUTONÓMICA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel.

A Coruña, a veintidós de abril de dos mil dos.

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 nº1.111/02, interpuesto por Ente Público Por-

tos de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 149/01 se presentó demanda por Confederación Intersindical Galega en reclamación sobre Convenio colectivo siendo demandado el Ente Público Portos de Galicia en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad en autos 238/00 dictó sentencia en cuyos hechos probados se dispone lo siguiente: “**HECHOS PROBADOS.** *Se declaran probados los siguientes hechos: Primero: La Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia dictó sentencia en fecha 26 de octubre de 1998, autos del juzgado de lo social número dos de esta ciudad 927/97, seguidos en virtud de demanda de Conflicto colectivo entre las mismas partes hoy actuantes, en la que recogen los siguientes hechos probados: Que según consta en autos número 927/97 se presentó demanda por confederación Sindical Galega, sobre conflicto colectivo, frente al Ente Público Portos de Galicia, en el día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintuno de mayo de mil novecientos noventa y ocho por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda*”. Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: Primero: Que el presente conflicto colectivo afecta a la totalidad de los estibadores portuarios “fijos de censo” del Servicio de Estiba y Desestiba de los Puertos de Corcubión, Laxe, Corme, y Camariñas (24 trabajadores). Segundo: que a la Xunta de Galicia le fue transferido según Real Decreto 145-93 de 29 de enero (B.O.E. 04.03.93) el organismo “Organización de Trabajos Portuarios”, dependiente hasta ese momento del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pasando a depender dentro de la estructura de la Xunta de la Consellería de Familia, Muller y Xuventude, denominándose Servicio de Estiba y Desestiba Portuaria. Tercero: que por Ley 29.11.94 del Parlamento de Galicia se creó el Ente Público “Puertos de Galicia” (DOGA 20.12.94) y por Real Decreto 125-97 de 14 de mayo dictado por la Consellería de Presidencia e Administración Pública le asigna a dicho Ente las funciones y servicios en materia de estiba y desesti-

ba en puertos no calificados de interés general. Cuarto: Que los trabajadores portuarios afectados por el presente conflicto colectivo tienen la obligación de asistir diariamente a los llamamientos que se realizan en la oficina administrativa encargada del Servicio de Estiba y Desestiba portuaria con sede en Corcubión, dos veces al día, 7,45 horas y 13,45 y los sábados a las 7,45 horas tal y como venían realizando en la OTP como son designados (una media de 5 días al mes), cobrando el salario correspondiente al trabajo efectivo realizado. Que es abonado por las empresas cargadoras y consignatarias, si bien la Xunta de Galicia, Consellería de Familia, Muller e Xuventude, confecciona las nóminas y realiza el ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social de las cuotas de Seguridad Social correspondientes al trabajo efectivo realizado y hace llegar a los trabajadores su salario. Quinto: Que en los Puertos de Laxe, Corme y Camariñas no se creó hasta el momento la Sociedad de estiba y desestiba. Sexto. Que el objeto del presente conflicto colectivo es que se declare que es de aplicación a los trabajadores portuarios de puertos de Corcubión, Laxe, Corme y Camariñas, lo estipulado en los capítulos IV y V del RD Ley 2/1986, y concretamente que declare que la relación laboral lo es por tiempo indefinido, permaneciendo en alta en el Régimen Especial del Mar con carácter continuado, y que las retribuciones en los días en los que no les proporciona ocupación efectiva sea equivalente al salario mínimo interprofesional, cotizando por el salario mínimo interprofesional y con carácter subsidiario, que se declara que ningún trabajador portuario podrá percibir mensualmente cuantía inferior al salario mínimo interprofesional ni cotizaciones inferiores a las mínimas estipuladas legalmente para su categoría profesional. *Segundo:* Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la Confederación Intersindical Galega contra la sentencia de fecha nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho dictada por el Juzgado de lo Social número dos de A Coruña, en autos seguidos a instancia de Confederación Intersindical Galega frente al Ente Público Puertos de Galicia sobre conflicto colectivo, momento inmediatamente anterior a su dictado, se redacte otra que entre a conocer de la cuestión planteada entre las partes". *Tercero:* el conflicto que ahora se formula pretende la declaración de la aplicabilidad al mismo personal afectado por el Conflicto anterior de III Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario

publicado en el B.O.E. de 10 de diciembre de 1999. Resolución de 19 de noviembre del citado año. SEGUNDO: La sentencia anteriormente referida y cuyos hechos probados se transcriben en esta resolución declaró desestimando la totalidad de las excepciones planteadas que "El III acuerdo de regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario, publicado en el B.O.E. de 12.12.99, resolución de 19.11.99, es aplicable a los trabajadores portuarios fijos de censo de servicio de estiba y desestiba en los Puertos de Corcubión, Laxe Corme y Camariñas, condenado a la demandada Ente Público Puertos de Galicia a estar y pasar por la anterior declaración. TERCERO: Recurrida la sentencia del Juzgado de lo Social nº3 la Sala de lo Social del Tribunal Superior se Justicia de Galicia dictó sentencia de fecha 10.11.00 por la que con estimación de la excepción de falta de trámite previo ante la comisión mixta revoca la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de fecha 17.04.2000, dictada en autos 238/00, dejando –imprejuizada la cuestión de fondo y absolviendo en la instancia a la recurrente. CUARTO: Con fecha 27 de noviembre de 200 la Confederación Intersindical Galega remitió escrito al Presidente del Ente Público Puertos del Estado y Secretario de la comisión Mixta del III acuerdo Marco para las relaciones Laborales en el sector Portuario, con el fin de dar cumplimiento al mandato de la Sentencia del el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y cumplimiento a los establecido en el art. 20 del mencionado acuerdo-marco.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que estimando la demanda promovida por don Contra debo declarar y declaro que el III Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector Portuario publicado en el B.O.E. el 10.12.99 es de aplicación a los trabajadores portuarios "fijos de censo", del servicio de Estiba y Desestiba de los Puertos de Corcubión Laxe, Corme e Camariñas, 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara que el III Acuer-

do para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector Portuario, publicado en el BOE el 10.12.99 es de aplicación a los trabajadores portuarios "fijos de censo", del Servicio de Estiba y Desestiba de los Puertos de Corcubión, Laxe, Corme e Camariñas, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración (Debe puntualizarse que la citada resolución en su parte dispositiva omite designar nominalmente a los litigantes; sin embargo este silencio, debido, sin duda, a un "lapsus cálimi" no constituye más que una irregularidad, sin incidencia relevante e efectos de identificar los intervinientes en el debate). Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación letrada de la Xunta de Galicia-Ente Público Portos de Galicia, la que construye el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley de Procedimiento Laboral, solicitando la revisión de hechos probados de la sentencia, en el sentido de que se añada uno nuevo o Quinto, con la siguiente dicción: "QUINTO: A Comisión Mixta do III Acordo estudiou esta reclamación de CIG na suá reunión de 26 de xuño de 2001, onde Puertos del Estado manifestou que este Acordo non era aplicable ós portos autonómicos por non ser representados na negociación e sinatura daquel, mentres que a parte social chega á conclusión oposta.- ANESCO defende o relatado na Acta, compretado cun informe onde conclúe: "...el III Acuerdo, de inicio, no afecta a los puertos dependientes de las Autoridades Autonómicas y no inscritos en la órbita de competencia de Puertos del estado, entidad que en la negociación sólo ha representado a las sociedades de estiba constituidas en los puertos de interés nacional.- Sólo una verificación posterior, que exigiría una negociación posterior entre los directos representantes de los entes, empresas y trabajadores a nivel autonómico podría determinar otra cosa. A este efecto el III Acuerdo sólo ha recogido una mínima parte del contenido del art. 1 del RDL 2/86".

Se pretende apoyar la adición antedicha en el contenido de los folios 157 a 165 de los autos. No se accede a ello, por cuanto los documentos de apoyatura aparecen indebidamente unidos a las actuaciones, ya que la referida unión ha sido solicitada por la parte demandada, ahora recurrida, en escrito presentado en el Juzgado de Instancia el 4 de diciembre de 2001 -folio 156- con base en los arts. 270 y 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el Juzgado de lo Social, dictó providencia el siguiente día en los siguientes términos:

"Dada cuenta. Habiendo recaído sentencia en los presentes Autos, únase a los mismos el escrito presentado así como los documentos que al mismo se acompañan, a los efectos oportunos". Y si, como reza el proveído transcrito, la presentación de los documentos ha tenido lugar cuando ya había recaído sentencia en las actuaciones, no solo no procedía la unión a las mismas, en aplicación de los preceptos que la recurrente invocaba, sino que, por imperio de lo normado en el art. 172, párrafo primero, de la citada Ley Adjetiva, el juzgador "a quo" debía haberlos inadmitido, mandando devolverlos al que los había presentado: decisión ésta que la norma citada establece que se adoptará de oficio o a instancia de parte. Por otro lado, la parte recurrente bien pudo haber utilizado, pues ha tenido oportunidad de hacerlo, del trámite previsto en el art. 231 de la Ley Rituaria Laboral, lo que no hizo; por ello, la Sala no puede tener cuenta ahora el contenido de los referidos documentos, al aparecer los mismos indebidamente unidos a los autos.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley de Procedimiento Laboral se articula el segundo, y último, de los motivos, en el que se denuncia infracción de los arts. 2, 148.1.6, 149.1.20 de la Constitución española, 27.9 del Estatuto de Autonomía de Galicia, 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores, 5, 7,8 de la Ley de la Ley de Ritos Laboral, 1.2 del III Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario (BOE 10.12.1999), 1.2 del R.D-ley 2/86 de 23-5, así como el resto de las normas y sentencias, que cita, de diversos Tribunales Superiores de Justicia y de esta Sala.

Todas las infracciones que por la recurrente se invocan van dirigidas a fundamentar: de un lado, la incompetencia funcional del juzgado por exceder el ámbito de su territorio jurisdiccional, y de otro, el fondo del asunto, cuestión ésta sobre la que se aprecia un "totum revolutum" que, difícilmente posibilita el conocimiento y examen de la prolija exposición que se hace. No obstante, se pasa a analizar, por separado, cada una de las dos cuestiones mencionadas.

En cuanto a la primera de ellas, incompetencia funcional, su improcedencia la pone de manifiesto la sentencia de esta Sala de fecha 9 de octubre de 2001, que revocó la dictada por el Juzgado de instancia con fecha 30 de marzo de dicho año y declaró la nulidad de lo actuado a partir del momento en que se

pronunció, acordando que se dictara sentencia resolutoria del fondo de la cuestión debatida; admitiendo, de este modo, la competencia del Juzgado para conocer y resolver la temática litigiosa, lo que así ha hecho a medio de la resolución que ahora es recurrida.

Respecto a la segunda, fondo del asunto -es de observar que, como aduce la parte recurrida en su escrito de impugnación: "En cuanto al fondo se plantean distintas cuestiones, sin referencia de infracción jurídica alguna, por lo que entendemos que ya debería ser desestimado el recurso"-, su improcedencia se alcanza de que el III Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales del Sector Portuario dispone en su art. 1, que su ámbito de aplicación, comprende las relaciones laborales de las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito personal, en la zona de servicio de los puertos comerciales de todo el territorio español, carácter éste que ostentan los puertos sobre los que versa el conflicto colectivo que se resuelve, sin distinguir, por tanto, los de competencia estatal y autonómica; por otro lado, el mencionado Acuerdo, en su art. 2.1 establece que afectará como empresas, a las sociedades de estiba y desestiba que se constituyen en el ámbito autonómico, y como trabajadores a la totalidad de los estibadores portuarios contratados por las sociedades de estiba y desestiba, afectados por el Real Decreto-ley 2/86 de 12 de mayo, en el que se incluye el Ente Puertos de Galicia. De otra parte, si el Acuerdo fue suscrito por la representación mayoritaria en el Estado de los empresarios de estiba y desestiba, su alcance habrá de ser el previsto en el art. 82.3, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, obligará a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante el tiempo de su vigencia sin perjuicio de que "Puertos de Galicia", como empleadora de los trabajadores de estiba y desestiba en los puertos comprendidos dentro del ámbito del conflicto que se resuelve, -los trabajadores afectados son "fijos de censo" en los puertos de Corcubión, Laxe, Corme y Camariñas- intervenga, como tal, en los convenios colectivos a que el citado precepto se refiere. En definitiva, la intervención de la representación empresarial del sector de estiba y desestiba de los puertos comerciales del Estado y el organismo Puertos del Estado, determina la vinculación de las empresas, tanto estatales como autonómicas, así como las de naturaleza privada, dentro de su ámbito funcional. Todo ello sin perjuicio de que la

parte demandada pueda suscribir, en su calidad de empleadora, con la representación de los trabajadores los convenios o acuerdos que procedan dentro del campo delimitado por el antes citado artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores. Por todo ello, habrá de estimarse que la sentencia recurrida es plenamente conforme al ordenamiento jurídico.

TERCERO.- Todo lo que queda expuesto habrá de conducir, previa desestimación del recurso, a dictar un pronunciamiento confirmatorio deluplicado; sin que proceda la imposición de costas a la parte recurrente, como postula la recurrida en su escrito de impugnación, por aplicación de lo dispuesto en el art. 233.2 de la Ley Procesal Laboral. En consecuencia

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la Xunta de Galicia, contra la sentencia de fecha veintinueve de noviembre de dos mil uno, dictada por el Juzgado de lo Social número cuatro de A Coruña, en proceso sobre conflicto colectivo promovido por la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) frente al Ente Público Puertos de Galicia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3378 Recurso nº 2.029/99

S.S. OBRIGA DE PROTECCIÓN EFICAZ DOS TRABALLADORES. REQUERIMENTOS LEGAIS E REGULAMENTARIOS NO ÁMBITO DA SEGURIDADE PRIVADA. RECARGO DE PRESTACIÓNS POR ACCIDENTE DE TRABALLO NUN 50% DA PRESTACIÓ.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López.

A Coruña, a veintitrés de abril de dos mil dos.

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. 2.0029/99 interpuesto por don M.G.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 M.G.A. en reclamación de INFRACCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD siendo demandado "P.C.S., S.A.", el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 48/98 sentencia con fecha dieciocho de febrero 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 M.G.A., nacido el..., con D.N.I... que figura afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social con el nº ..., ha venido trabajando desde el 26.04.77 para la empresa codemandada "P.C.S., S.A.", dedicada a la actividad de Seguridad, haciéndolo como vigilante jurado conductor, y con una base reguladora total mensual a efectos de accidentes de trabajo de 198.824. pts./ 2º.- Que con fecha de 01.04.95, cuando el actor M.G.A., conducía el furgón blindado de la empresa "P." matrícula ..., y se dirigía desde el hipermercado Alcampo, sito en la Avenida de Madrid, hasta la central de la empresa "P.C.S., S.A.", en San Pedro de Sárdoma, portando en el furgón blindado la recaudación del día del citado establecimiento, sufrió un atraco el furgón, cuando en el camino Lameiro, dos individuos, colocados a ambos lados de la carretera dispararon armas ligeras, tipo CETME, contra la cabina del conductor, alcanzando e hiriendo al actor, en la pierna y muñeca izquierda; y al resultar el actor impedido para continuar conduciendo el furgón, se detuvo procediendo un tercer individuo a la colocación de una carga explosiva, tipo lapa, en la puerta lateral derecha del vehículo, que una vez explosionada abrió un gran boquete, hiriendo gravemente, a otro de los vigilantes que se encontraba en el furgón, y causando la muerte instantánea del otro, y, ante la llegada de la policía, los asaltantes se dieron a la fuga, resultando el atraco frustrado./ 3º.- Que el

actor M.G.A., inició I.L.T., con dicha fecha de 01.04.95, permaneciendo en dicha situación, hasta que fue dado de alta el 22.03.96, con las siguientes secuelas: el actor sufrió fractura abierta conminuta de rótula izquierda, con múltiples incrustaciones intrarticulares de fragmentos de metralla, restándole como secuelas "stress postraumático (por fallecimiento de compañero) y en rodilla izquierda, dos cicatrices quirúrgicas, disminución de flexión (90º) ligera atrofia muscular. Rx: múltiples incrustaciones de metralla en rodilla izquierda, habiéndose dado a la "M.P.A.", el oportuno parte de accidente laboral, por ser la entidad, con quien la empresa "P.C.S., S.A.", tenía concertado el riesgo de accidente de trabajo del actor; y tramitado el correspondiente expediente administrativo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con fecha 19.11.96, dictó resolución declarando al actor en situación de invalidez permanente total cualificada, con derecho al percibo de una pensión vitalicia del 75% del salario regulador de 198.824 ptas mensuales, en doce pagas, con efectos económicos desde el 13.05.96, cuyo pago deberá serle abonado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, previo ingreso del Capital-Coste correspondiente, por la "M.P.A."/ Y presentado por la "M.P.A.", demanda ante esta Jurisdicción Social, con fecha de 02.04.97, por el Juzgado de lo Social nº CUATRO de Vigo, se dictó sentencia, desestimando la demanda interpuesta por la Mutua./ 4º.- Que el actor M.G.A., dispone de permiso de conducir de la clase B1 (que incluye automóviles de 3 ruedas, turismos, camiones, cuyo peso máximo autorizado no exceda de 3.500 kg). Que el vehículo furgón Mercedes Benz, matrícula ... con nº de bastidor ..., tiene un peso máximo autorizado de 4.600 kilos./ 5º.- Que las vainas metálicas encontradas, en las inmediaciones del furgón corresponden técnicamente a cartuchos del 7,62 x 51mm NATO de fabricación portuguesa, y han sido percutidos por una misma arma, cuyas características de clase, coinciden con los de los fusiles de asalto marca HECKLER e KOCH G.B., y el arma que percutió las citadas vainas, según consta en la nota informativa de la Comisaría General de Policía Científica, ha sido utilizada anteriormente en el robo con intimidación a un furgón blindado de la empresa "P.", el 03.07.94./ 6º.- Que como consecuencia del accidente, el furgón blindado presentó seis impactos de bala, tres en el cristal derecho de la ventana delantera, un impacto en la carrocería, junto al limpiaparabrisas izquierdo, otro en el centro de la defensa delantera y el sexto entre el

enrejado de la ventilación del motor./ 7º.- Que en mayo de 1989 el vehículo Mercedes Benz, con nº de bastidor ..., fue sometido entre otras reformas a la de ser carrozado como furgón blindado, con carrocería blindada de 4,45 m. de largo, construida con chapa de acero inoxidable de 2,5 mm. De espesor, acristalamiento blindado, dos tabiques transversales que forman tres compartimentos, dos puertas en cada lateral, y una en parte trasera, cuatro plazas, aislamiento técnico y acústico con plancha de poliuretano, forrado interior con chapa de acero inoxidable, etc, con acristalamiento blindado con cristales, producto CRIBLIND, el cual está debidamente homologado, según contraseña de homologación DBT-2003 del Ministerio de Industria y Energía./ 8º.- Que el vehículo furgón Mercedes Benz matrícula ..., con nº de bastidor ..., tenía un blindaje homologado inicialmente por la Dirección General de Industrial y Energía de la Comunidad de Madrid./ Que el citado vehículo furgón Mercedes Benz, matrícula ..., aparecen revisados, todos los elementos, emisoras, puertas, blindaje, alarmas, cerraduras, extintor y mampara de protección de fuego en los años 1995, 96, 97 en 1995 el 1 de enero, 1 de abril y 1 de junio, pasando el citado vehículo, todos los controles trimestrales realizados por A.D.T., empresa de Sistemas de Seguridad, debidamente autorizada por la Dirección General de Seguridad en fecha 01.08.74./ 10º.- Que con fecha de 13.10.94, por el comité de Empresa de "P.C.S., S.A.", remitió al Inspector Jefe del Grupo de Seguridad Privado Cuerpo de Policía nacional (Vigo) informe sobre apreciación de anomalías en los furgones del transporte de fondos, informe que obra en la Documental de la actora, y cuyo contenido, se da por reproducido./ 11º.- Que según resulta de la Pericial practicada, un fusil de asalto 7,62 puede disparar indistintamente balas de tipo perforado o no e incluso alternarse éstas en la carga del peine y los fusiles de asalto NATO 7,62 (63 H.K.Ale-mán) CETME Español, son todas similares y concretamente el H.K.63 Alemán emplea un sistema de carga por retroceso con cierre de rodillos de acerojamiento semirígido patente CETME./ 12º.- Que con fecha de 16.07.96 por la Intervención Central de Armas y Explosivos (Subdirección General de operaciones de la Dirección General de la Guardia Civil) se contestó consulta efectuada por el Responsable Sectorial de Seguridad de la Federación de Servicios de UGT, sobre una serie de términos a que se refiere el artículo 1 de la Orden del Ministerio de Interior de 01.07.81 informando, que se entiende por bala perforante, aquel

tipo de proyectil que perfora más que la denominada bala de guerra u ordinaria, cuya organización está constituida por un núcleo de plomo, recubierto de una envuelta de latón y dichas balas suelen disponer en su interior de un núcleo duro, normalmente de acero. Se entiende por arma portátil, aquella que puede ser portada por una sola persona y son armas portátiles, tanto el Fusil de Asalto CETME 7,62 mm, como el HECKLER-KOCH del mismo calibre./ 13º.- Que con fecha de 20.05.97 se presentó por el trabajador M.G.A., escrito ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social solicitando que se iniciase el oportuno expediente de recargo de prestaciones económicas, por falta de medidas de seguridad en el trabajo iniciándose por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social expediente por falta de Medidas de Seguridad e Higiene en el trabajo a instancias del trabajador M.G.A., en consecuencia del accidente sufrido el 01.04.95 y con fecha de 15.12.97 por la citada Dirección Provincial, se dictó resolución denegando la petición de responsabilidad empresarial por falta de Medidas de Seguridad e Higiene solicitada por M.G.A. contra la empresa "P.C.S., S.A.", no procediendo recargo alguno sobre las prestaciones económicas derivadas del accidente, por considerar que de lo actuado, no se desprende que la empresa haya infringido las normas sobre Seguridad e Higiene en el trabajo./ 14º.- Que por la Inspección de Trabajo, no se ha incoado procedimiento sancionador alguno en relación con el accidente, sufrido por el trabajador M.G.A. con fecha de 01.04.95./ 15º.- Se agotó la vía administrativa previa./ 16º.- Se presentó demanda ante esta Jurisdicción Social con fecha de 29.01.98."

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

"FALLO: Que desestimando la excepción alegada por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y desestimando la demanda interpuesta por M.G.A. contra "P.C.S., S.A.", el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 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 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 la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que se modifiquen los ordinales 8º y 9º, y así postula que en el OCTAVO se adicione un párrafo con la siguiente redacción: “Dicha inspección se limitó a las condiciones técnicas del vehículo relacionadas con la circulación, quedando fuera de la revisión elementos accesorios como puertas, blindaje y mampara de protección de fuego”; para la prosperabilidad del motivo, señala la testifical rendida en juicio por el delegado de prevención de riesgos laborales e insta el recurrente que la Sala acuerde para mejor proveer que oficie a la Consellería de Industria e Comercio de la Xunta de Galicia, para que por quien corresponda se emita informe sobre el extremo de “Si en la periódica ITV, acondicionados y blindados para transportes especiales, se revisan también elementos tales como puertas, blindaje y mampara de protección de fuego”.

El motivo no puede prosperar por cuanto, en primer lugar, no se cita documento o pericia de la que resulte la propuesta que se efectúa, exigencia impuesta por el art. 191.b) y 194.3 de la LPL, en consecuencia carece de apoyo la revisión que se propone; en segundo lugar, el recurso de suplicación es un recurso extraordinario, por motivos tasados predeterminados en la ley, que impide que la Sala pueda acordar para mejor proveer la práctica de ninguna prueba, pues esta ha de practicarse ante el juzgador de instancia siguiendo los principios de oralidad, concentración e inmediación que señala el art. 74.1 LPL, de modo que a quien corresponde la valoración conjunta del total material probatorio es al Juzgador de instancia, por lo que no hallándonos ante un recurso ordinario (apelación), en que la Sala se encuentre en igualdad de condiciones que el Juzgador de instancia no cabe mas práctica de prueba que aquella que permite el art. 231 LPL (documentos a los que se refiere el art. 506 de LEC antigua), no pudiendo considerarse el oficio que se pretende comprendido dentro de dicha norma ya que la parte, tuvo oportunidad, tiempo y manera de solicitar en la instancia lo que ahora solicita, por todo ello se desestima la revisión pretendida.

Para que el ordinal NOVENO se sustituya por el siguiente contenido: “ Que los elementos del vehículo matrícula ..., tales como emisoras, puertas, blindaje, alarmas, cerraduras, extintor y mampara de protección de fuego no fueron revisados en los años 1995, 1996 y 1997 por tercero imparcial ajeno a la empresa propietaria, por lo que los datos recogidos en la Cartilla de control del vehículo Nº 661, matrícula ..., no resultan veraces”; cita en apoyo de su propuesta el documento obrante en autos, ramo de prueba de la mercantil demandada, señalado con el Nº 1, así como la confesión del representante de dicha empresa y la testifical rendida en juicio.

El motivo no puede prosperar por cuanto la propuesta que se efectúa, se trata de una propuesta negativa lo que de por sí sería suficiente para su rechazo, pero además es meramente valorativa, pues presumiendo la parte recurrente que la vinculación entre empresas implica per se, sin mas datos, que la empresa inspectora hace dejación de sus deberes y obligaciones, propone que se diga lo contrario de lo que el propio documento en que se apoya dice, sustentando realmente la propuesta en la testifical de la parte recurrente, valorada según su propio entender, medio de prueba inhábil para revisar el relato fáctico según resulta de la literalidad del art. 194.3 LPL, consecuentemente se mantiene intacto el relato judicial.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación de art. O. de 13.03.86 anexo II, en relación con el RD 1.338/84 de 4 de julio y la O. de 01.07.81 y en relación con el RD 880/81 de 8 de mayo en su art. 14, así como art. 2 Código civil, así como infracción de la doctrina contenida en las resoluciones del TSJ de Cataluña de 16 de marzo y 30 de septiembre de 1994, argumentando que, de una parte, la O. de 23.04.97 no es aplicable en virtud del principio de irretroactividad de las normas, de otra, que, conforme a la normativa que se cita como infringida, el vehículo que conducía el actor no reunía los requisitos exigidos por la misma ya que su blindaje no impidió que los proyectiles entraran en el compartimento, por lo que – según la doctrina señalada –, siendo la deuda de seguridad con el trabajador una deuda de hecho no basta con que el empleador disponga de certificados de homologación de la maquinaria, sino que es preciso que realmente se alcance la seguridad del trabajador, por lo

que – se concluye –, como al ocurrir los hechos no se alcanzó la seguridad exigible, debe responder por la deficiencia de la misma.

En primer lugar se hace preciso determinar la legalidad vigente en la materia a la fecha en que ocurrió el accidente del actor (01.04.95), por cuanto: A) de la normativa que se señala como infringida, a la fecha en que ocurrieron los hechos, el Real Decreto 880/1981, de 8 de mayo, sobre prestación privada de Servicios de Seguridad se hallaba derogado, con efectos del 11.01.95, por RD 2.364/1994, de 9 diciembre y por lo tanto no resulta aplicable en el litigio su art. 8 sobre homologaciones de vehículos ni el art. 14 sobre la exigencia de blindaje de aquellos que transporten fondos. Igualmente, con la misma fecha y por el RD 2.364/94, precedentemente señalado, fue derogado el Real Decreto 1.338/1984, de 4 de julio, sobre medidas de seguridad en Entidades y Establecimientos Públicos y Privados, por lo que tampoco devienen aplicables sus arts. 30 y 31 sobre transportes de fondos y valores. B) Siguiendo un orden de Jerarquía normativa, la legalidad vigente en materia de seguridad e higiene en el trabajo en la actividad de transporte de dinero, títulos/valores, caudales etc. se hallaba determinada por: 1º.) La Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada cuyos arts. 4 y 5 regulan la necesidad de que las empresas de seguridad sólo utilicen medidas reglamentadas y medios materiales y técnicos homologados, de modo que se garantice su eficacia y se evite que produzcan daños o molestias a terceros, previendo en su DT 1ª que: “Las empresas de seguridad inscritas, las medidas de seguridad adoptadas y el material o equipo en uso con anterioridad a la promulgación de la presente Ley, de acuerdo con la normativa anterior, pero que no cumplan, total o parcialmente, los requisitos o exigencias establecidos en esta Ley y en las normas que la desarrollen, deberán adaptarse a tales requisitos y exigencias, dentro de un plazo de un año, que se contará: ..c) En cuanto al material o equipo que se encuentre en uso, desde que recaigan y se comuniquen las correspondientes resoluciones de homologación, cuando sea necesarias”. 2º.) El Real Decreto 2.364/1994, de 9 de diciembre, ya citado, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, establece Art. 1.c) y d), las actividades que pueden desarrollar las empresas de seguridad, “... únicamente podrán prestar o desarrollar los siguientes servicios y actividades: c) Depósito, custodia, recuento y clasificación de monedas y

billetes, títulos/valores y demás objetos que, por su valor económico y expectativas que generen o por su peligrosidad, puedan requerir protección especial,... d) Transporte y distribución de los objetos a que se refiere el apartado anterior, [...], mediante vehículos cuyas características serán determinadas por el Ministerio de Justicia e Interior; y en el art. 23 se les impone la obligación, previa a la formalización de una contratación de un servicio de seguridad, de determinar bajo su responsabilidad la adecuación del servicio a prestar respecto a la seguridad de las personas y bienes protegidos, así como la del personal de seguridad que haya de prestar el servicio, teniendo en cuenta los riesgos a cubrir, formulando, en consecuencia, por escrito, las indicaciones procedentes, y en su art. 32 determina que “la prestación de los servicios de transporte y distribución de objetos valiosos o peligrosos habrá de efectuarse en vehículos blindados de las características que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior ..”. Esta norma en su DT 7ª) estableció unos plazos para la adaptación de los vehículos utilizados por dichas empresas en el momento de su entrada en vigor, plazos deferidos, a su vez, a las normas reglamentarias sobre las características de los mismos y a dictar en su día por el Ministerio de Justicia e Interior. 3º.) Siguiendo un orden cronológico, las siguientes Órdenes: a) Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de seguridad e higiene en el trabajo en su art. 7 establecía como obligación empresarial la de “adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la Empresa; b) Orden de 1 de julio de 1981, que establecía que: art. 1º “Los vehículos blindados que se han de utilizar para el transporte de fondos y valores, ..., habrán de reunir las siguientes características: a) Blindaje en paredes, techo, suelo, puertas y cristales con capacidad para impedir la perforación, ante impactos de bala de tipo perforante, de cartuchería de armas portátiles”; y art. 6º “Cada vehículo blindado dispondrá de una cartilla, en la que se anotará trimestralmente la revisión de los sistemas de comunicaciones y alarmas y demás elementos de seguridad que posea”. Esta norma, que desarrollaba el derogado D.880/1981, de 8 de mayo, fue derogada por la OM de 23.04.97 que se denuncia como indebidamente aplicada; c) la Orden de 31 de marzo de 1986, por la que se declaran de obligado cumplimiento

las Especificaciones Técnicas de los Tipos de Blindajes Transparentes o Traslúcidos para su Homologación por el Ministerio de Industria y Energía establece: "Especificaciones técnicas que deben cumplir y ensayos de calificación a que deben someterse los blindajes transparentes o translúcidos: Parte 1. Resistencia al impacto de proyectiles ligeros: 2. Campo de aplicación: 2.1 El objetivo primario de estos blindajes es la protección personal contra el posible paso de proyectiles ligeros. Un segundo objetivo es evitar lesiones producidas por esquirlas proyectadas como consecuencia de los impactos. 4. Calificación de los blindajes transparentes o translúcidos antibala.- Se establecen dos categorías básicas de blindajes transparentes o translúcidos antibala.: 4.1 Categoría A.- Se incluyen en ella los blindajes transparentes o translúcidos resistentes a armas ligeras de guerra (pistolas, revólveres y fusiles), dentro de esta categoría se considerarán varios niveles de ataque. Los establecidos son los siguientes: Nivel A-00. Con subfusil Z-70 B9 milímetros Parabellum y munición de 9 milímetros Parabellum NATO. Nivel A-10. Con revólver 357 Magnum y munición 357 Magnum de alta velocidad. Nivel A-20. Con revólver 44 Magnum y munición 44 Magnum de alta velocidad. Nivel A-30. Con fusil de asalto CETME calibre 7,62 y munición 7,62 _ 51 NATO español. Nivel A-40. Con fusil de cierre rígido calibre 7,62 y munición 7,62 _ 51 NATO español". Esta Orden desarrollaba el derogado D. 1.338/84 de 9 de Diciembre.

Por último, con posterioridad al hecho causante, se dicta la O. de 23 de abril de 1997, que desarrolla el RD 2.364/1994 de 9 de diciembre, en la que se concretan determinados aspectos en materia de Empresas de Seguridad y así, sobre dichos vehículos se establece: "Undécimo [...] los vehículos utilizados para el transporte y distribución de objetos valiosos o peligrosos habrán de reunir las siguientes características: b) Los siguientes niveles de resistencia de los blindajes, determinados por las normas UNE 108-131 y 108-132, que serán oportunamente sustituidas, en su caso, por la norma europea UNE EN 1063: - Perímetro exterior del compartimento delantero central y mampara delantera: A-30. - Perímetro exterior del compartimento posterior y suelo del vehículo: A-10.- Mampara de separación entre los compartimentos central y posterior: A-20. - Mampara de separación entre las zonas de carga: A-10. [...], d) Cartilla o certificado de idoneidad del vehículo, ..., y se certificará, por los fabricantes, carroceros o técnicos que hayan

intervenido en la acomodación del furgón, que reúne las características exigidas en el presente apartado [...] m) Cartilla de control del vehículo, en la que se recogerán sus revisiones, que deberán efectuarse trimestralmente, no debiendo transcurrir más de cuatro meses entre dos revisiones sucesivas y en las que constará: Nombre de la empresa, número y matrícula del vehículo, y números de su motor y bastidor, así como los elementos objeto de revisión, tales como: Equipos de comunicación, alarmas, puertas, trampón, cerraduras, sistema de detección y extinción de incendios, y todos aquellos que fueran de interés para la seguridad de la dotación, el vehículo y la carga. Esta Orden concedió un año de prórroga en el uso de los vehículos utilizados por las empresas y que no se adapten a las exigencias que impone la misma, derogando expresamente la arriba indicada de 01.07.81.

TERCERO.- Del inalterado relato fáctico resulta que: 1.- el actor era conductor de un vehículo furgón blindado de transporte de caudales; 2.- que hallándose en el desempeño de su actividad sufrió un atraco en el cual dos personas le dispararon con fusiles de asalto marca HECKLER e KOCH GB, utilizando cartuchos 7,62x51 mm. NATO, arma que había sido utilizada en un atraco anterior a la misma empresa el 03.07.94, alcanzando al vehículo seis impactos, tres en el cristal derecho de la ventana delantera, un impacto en carrocería junto al limpiaparabrisas izquierdo, otro en el cetro de la defensa y el sexto entre el enrejado de ventilación del motor; 3.- que el actor sufrió fractura abierta conminuta de rótula izquierda, con múltiples incrustaciones intra articulares de fragmentos de metralla; 4.- que el arma utilizada se califica de portátil, y la munición disparada es de tipo perforante; 5.- que el vehículo conducido por el actor se halla calificado de blindado y había pasado la ITV correspondiente el 24.10.94, así como las revisiones trimestrales de elementos relativos a emisoras, puertas, blindaje, alarmas,... etc. en 1 de Enero, 1 de abril y 1 de junio de 1995 en la empresa - autorizada por la DG de Seguridad en fecha 01.08.74 -, ADT Sistemas de Seguridad. Del examen complementario de actuaciones se observa que: a) el vehículo implicado matricula ..., con Nº de bastidor ..., había sido fabricado por Mercedes Benz quien había certificado su aptitud para transformarlo en blindado (f. 195); b) que el vehículo sufrió dicha transformación en la empresa "M., S.A.", que le colocó una carrocería en chapa de acero inoxidable de 2,5 mm de espesor, forrado inte-

rior con chapa de acero inoxidable, y acristalamiento blindado con los cristales CRIBLIND 8+8+8+3, homologados por el MINER como correspondientes a un nivel de seguridad A-10 (f. 196 a 201); c) que la utilización de la chapa de acero señalada se corresponde con un nivel 357 Magnum (f.194). d) que en el interior del vehículo, parte correspondiente al conductor, se recogieron dos trozos de proyectil (f.127); e) que los impactos en el cristal derecho de la ventana delantera no penetraron al interior, siendo el hueco existente ejecutado para auxiliar al conductor (f.129 y 131); f) que el impacto de proyectil junto al limpiaparabrisas izquierdo, se corresponde con la rodilla del actor (f.129, 133 y 162).

CUARTO.- De lo expuesto fáctica y normativamente, la Sala llega a la conclusión contraria alcanzada por el Juzgador de instancia, en base a los siguientes razonamientos: A) De tipo genérico: 1º) existe una obligación empresarial de garantizar a los trabajadores que prestan servicios bajo su dependencia, una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, tal y como resulta de lo establecido en el art. 19.1 LET, a la par que un derecho de todo trabajador a mantener su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene en el trabajo; 2º) la citada obligación resulta plasmada con carácter general en la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de seguridad e higiene en el trabajo, que en su art. 7 establecía como obligación empresarial la de “ adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la Empresa; es lo que se ha venido denominando, por la doctrina, la “deuda de seguridad” que todo empleador asume con sus productores, constituyendo tal normativa la positividad del principio general de derecho “alterum non laedere”, debiendo entenderse que el nivel de vigilancia que impone a los empleadores el artículo 7 de la Ordenanza de 9 marzo 1971 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, en cuanto impone a los empleados, 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.

B) Particularizando, en el caso presente, resulta que existe una normativa específica que impone obligaciones particulares al empleador por la particularidad de la actividad que desempeña, y así: 1º) La L. 23/92 de 30 de julio les impone la obligación de utilizar medios homologados, al tiempo que exige el estudio particularizado de los riesgos que implica la aceptación de cualquier contrato; 2º) el RD 2.364/ 94, que desarrolla la citada ley, en su art. 32 determina que “la prestación de los servicios de transporte y distribución de objetos valiosos o peligrosos habrá de efectuarse en vehículos blindados de las características que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior.”; 3º) La O. de 01.07.81 establece que los vehículos blindados habrán de estar dotados de “Blindaje en paredes, techo, suelo, puertas y cristales con capacidad para impedir la perforación, ante impactos de bala de tipo perforante, de cartuchería de armas portátiles”, y la O. de 03.03.86, especifica para los blindajes traslúcidos unos niveles de seguridad en función de los niveles de ataque factibles.

C) Esta Sala en SSTSJ de 15 septiembre 1999 estableció que el recargo de prestaciones por infracción de medida de seguridad tiene naturaleza mixta de indemnización sancionadora, y dada tal naturaleza sancionadora del recargo, se ha sostenido por la doctrina jurisprudencial su obligada interpretación restrictiva y que su imposición exige como requisitos generales los de: 1º) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado, porque al ser medida sancionadora resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia; 2º) Que medie relación de causalidad entre la infracción y el accidente de trabajo, lo cual ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva (tiene naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presuma y la carga de la prueba sobre tal causalidad corresponde al accidentado o a sus causa habientes; 3º) Que exista culpa o negligencia por parte de la empresa, porque la responsabilidad no es objetiva; 4º) 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.

La aplicación al supuesto de autos de dicha normativa y doctrina implica que, si bien para el blindaje metálico a la fecha en que

ocurren los hechos no existe una especificación por niveles de ataque – especificación que introdujo la O. de 23.04.97 –, tampoco existía un vacío normativo al respecto, pues a las obligaciones genéricas señaladas para el empresario, existía una adición específica de deberes, que se inicia con la regla general de que el vehículo blindado debe soportar impactos de bala perforante disparada con armas portátiles, y en el presente caso dicha norma de seguridad resulta infringida, pues en la realidad, pese a las homologaciones administrativas y a la generalidad normativa, lo cierto es que la carrocería metálica del vehículo de la demandada no soportó el impacto de dicha munición disparada por un arma portátil, ya que no cabe duda que, el arma utilizada en el asalto, el fusil HECKLER e KOCH G.B, ha de calificarse de portátil pues no precisa para su uso, transporte, mantenimiento etc. mas que de una persona; igualmente la munición utilizada, cartuchos 7,62x51 mm. NATO, de fabricación portuguesa de tipo perforante (al menos dos que se hallaron en la cabina del conductor), entra dentro de la definición de protección exigida, protección que no otorgó el blindaje del vehículo, lo que constituye la causa directa e inmediata de las lesiones padecidas por el actor.

De los hechos que detallamos en el precedente, igualmente se deduce que, las homologaciones que se obtuvieron para los elementos traslúcidos alcanzaban el nivel A.10, de la O. de 13.03.86, por tanto protegía frente a disparos producidos por revólver 357 Magnum y munición 357 Magnum de alta velocidad, y si bien no existía una norma que determinara que nivel debía ser el que portase dicho vehículo, si existía la regla general que imponía a la mercantil la obligación de adoptar aquel nivel de protección mas acorde con las circunstancias, según las normas de conducta exigibles de un empresario prudente, responsable y preocupado por la seguridad y salud de sus productores, de tal manera que, si para el blindaje traslúcido existían cinco niveles, realmente se eligió el segundo de los mas bajos de los homologados, pero que no fue la propuesta que la empresa de blindajes le hizo en su día (así se puede observar que la propuesta obrante al folio 203, incluía un acristalamiento de 28 mm (8+10+8), no obstante, el inferior colocado resistió los impactos), y, para el blindaje metálico de la carrocería se utilizó un nivel equivalente al A-10 (protección de impactos procedentes de revólver 357 Magnum y munición 357 Magnum de alta

velocidad), es decir se volvió a elegir un blindaje que no alcanza el nivel medio de resistencia, que se establecería al menos en A.20 (ni el de máxima protección ni el mínimo, el intermedio), siendo en todo caso el correcto el nivel A30, que no se implantó en el vehículo, - que luego estableció la O. de 1997 (no aplicable por no vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos), para el perímetro exterior del compartimento delantero central y mampara delantera -. La falta de diligencia patronal resulta patente partiendo de que en este tipo de actividades es plenamente presumible y previsible que tales vehículos sufran ataques a manos de individuos particularmente cualificados o miembros de organizaciones que disponen de material susceptible de ocasionar daños a los ocupantes si no se adoptan medidas adecuadas de protección, y esta desidia se corrobora si, además, se tiene en cuenta que hacía un año ya había sufrido un ataque de similares características, con igual tipo de arma, sin que conste que hubiese adoptado ninguna medida tendente a reforzar dicho blindaje, en consecuencia, ha faltado a su obligación de garantizar la seguridad del trabajador.

Por lo razonado, la resolución de instancia, que no lo entendió así infringe lo dispuesto en el art. 123 Ley General de la seguridad social, por lo que procede revocar dicha resolución y acoger la demanda rectora de los autos, reconociendo al actor el derecho a lucrar la prestación de invalidez permanente total cualificada que tiene reconocida incrementada en un 50%, condenando a la empresa demandada a constituir ante Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste preciso para hacer frente a dicho recargo.

QUINTO.- En cuanto a la responsabilidad de dicho recargo, la misma es exclusivamente de la empresa, por lo que ha de absolverse al instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, a los que no alcanza dicha responsabilidad en forma alguna, ni solidaria ni subsidiaria, según resulta de lo establecido por STS de 16 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9.069), 31 de enero de 1994 (RJ 1994\398), 23 de marzo de 1994 (RJ 1994\2.627), y 22 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7.170), 2 de Octubre del 2000 en las que se afirma que el recargo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo y en orden a su abono, está exento de responsabilidad el

INSS como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, no siendo susceptible de aseguramiento público o privado.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por M.G.A. contra la sentencia dictada el 18.02.99 por el Juzgado de lo Social N° 3 de VIGO en autos N° 48/98 sobre recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo contra "P.C.S., S.A." y con revocación de dicha resolución acogemos, en parte, la demanda rectora de los autos y en consecuencia condenamos a la mercantil demandada a que constituya ante la Tesorería General de la Seguridad Social el capital coste preciso para que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, pueda abonar al actor la pensión de invalidez permanente total cualificada, que tiene reconocida, incrementada en un 50%, absolviendo a ambas gestoras de las pretensiones en su contra deducidas.

3379 Recurso nº 984/2002

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. VIXENCIA DO ACORDO REGULADOR DE QUENDAS, HORARIO E DESCANSO.

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

A Coruña, a veintiséis de abril de dos mil dos.

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 984/2002, interpuesto por doña M.M.P.C. en su condición de secretaria Sindical de la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 585-01 se presentó demanda por doña

M.M.P.C. en su condición de secretaria de la Sección Sindical de la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) en reclamación de Conflicto colectivo siendo demandado el CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS DE LA XUNTA DE GALICIA, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 2 de noviembre de 2001 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La "R.M.T.E." de Ferrol tiene una plantilla de camareras limpiadoras de 35 personas de las cuales 3 son hombres y el resto mujeres. De los 36 trabajadores, 34 realizan jornada completa y dos en jornada de fin de semana (sábados y domingos). En todos los departamentos relativos a camareras limpiadoras en la actualidad, y desde hace 24 años, se trabaja en turno fijo de mañana menos en el comedor que lo hacen en turno de mañana y tarde. Las camareras limpiadoras están distribuidas en un puesto fijo de los diferentes departamentos realizando una jornada de 7 horas diarias, en turnos en su caso de mañana de 8 a 15 y de tarde de 15 a 22 horas y tornos de semana de 35 horas. De los tres hombres que existen en el grupo profesional de camareras-limpiadoras 2 están destinados a comedor y uno a limpieza, éste último inicia su prestación laboral en el comedor para luego debido a una minusvalía fue destinado a limpieza.- 2.- Los horarios, descansos y recuperaciones están regulados por Acuerdo de la Dirección y Comité de Empresa de fecha 28 de marzo de 1989 actualmente vigente. En dicho Acuerdo se acuerda lo siguiente: JORNADA: 7 horas diarias, 35 horas semanales y dos turnos de mañana de 8,00 a 15,00 y de tarde 15,00 a 22,00.- DESCANSOS. -2 días a la semana ininterrumpidos, librando necesariamente un fin de semana cada dos.- Un día en semanas alternas (24 semanas al año) que compensan los 23, 25 días de descansos adicionales de trabajo en domingos y festivos.- REDUCCIÓN HORARIA.- La reducción de media hora diaria supone 16 jornadas de trabajo que se compensan con la disminución del descanso de 14 festivos y dos días de Navidad.- DÍAS PENDIENTES. Quedan pendientes de disfrutar 9 días de asuntos propios según Convenio.- RESUMEN. Descansos: 96 días (2 días a la semana ininterrumpidos).- Vacaciones: 30 días (en los meses de julio, agosto o septiembre).- Adicionales domingos y festivos. 23 días (1 día en semanas alternas).-

Festivos: 14 días.- Navidad y fin de año: 2 días.- Tanto los 14 festivos como Navidad y fin de año se absorben por la disminución de media hora diaria.- Asuntos propios: 9 días (pendientes de disfrutar según Convenio).- 3.- En fecha 12.11.99 el Comité de Empresa presenta escrito en el que manifiesta a la Dirección del Centro que en fecha 11 de noviembre de 1999 y constituida Asamblea del colectivo de trabajadores/as del colectivo camareras/os limpiadores/as se acordó por votación de 18 votos a favor a 16 votos en contra negociar nuevos turnos de trabajo ajustados al Convenio así como turnos rotativos de todo el personal así como que el Comité presentará propuestas para negociar nuevos turnos de trabajo. En fecha 29 de diciembre de 1999 el Comité de Empresa solicita a la empresa que presente nueva turnicidad adaptada al Convenio y adjunta firmas de 25 trabajadores que manifiestan su preferencia a seguir con el turno de 7 horas semanales.- 4.- Con fecha 26 de enero de 2000 los Delegados de C.C.O.O. envían escrito manifestando el desacuerdo de un grupo de camareras con las rueda propuesta por el Comité y solicitan a la empresa la modificación de turnos adjuntando nuevamente el listado de firmas de las camareras que desean seguir con el turno de 7 horas semanales.- 5.- En fechas 16.03.00, 21.03.00 y 29.03.00 se celebraron asambleas con las camareras y comité de Empresa a fin de lograr un acuerdo, presentando la empresa nuevos turnos de trabajo y su rotación, que cumplen con convenio en cuanto al descanso semanal en fines de semana alternos, mediar el descanso de 12 horas entre turnos, recuperar los 23,25 días anuales por trabajo en festivos y domingos y la alternancia de trabajo en días festivos, permaneciendo el horario de 7 horas semanales. Los trabajadores se muestran disconformes con las recuperaciones, dado que se separan de los descansos a fin de cumplir el que medien 12 horas entre turnos, y en vez de disfrutar de 3 días seguidos, lo hacen 2 que obliga el Convenio y el otro, en medio de la semana. La Central sindical C.I.G. presenta una cartelera de turnos rotativos continuos (todo el personal con turnos de 7,30 horas semanales y rotando por los diferentes departamentos: pisos, lavandería, zonas comunes y comedor). La Dirección entiende que dada la complejidad del centro es organizativamente inviable. Tampoco hubo acuerdo unánime."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, DESESTIMANDO ÍNTE-

GRAMENTE la demanda interpuesta por doña M.M.P.C. en su condición de Secretaria de la Sección Sindical de la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS DE LA XUNTA DE GALICIA de las pretensiones de la demanda.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Desestimada la demanda de conflicto colectivo, recurre el sindicato promotor a través de una inicial revisión fáctica, dirigida a sustituir, en el segundo de los declarados probados, la expresión "actualmente vigente" por la de "actualmente denunciado", sustentada en los documentos obrantes a los folios 86, 87 y 90 a 93, o, subsidiariamente, su supresión por predeterminante del fallo, para denunciar, en sede jurídica, infracción, por inaplicación, del art. 82 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 3 de igual texto, toda vez -se argumenta- que denunciando el Acuerdo sobre distribución de horarios, descansos y compensaciones suscrito por la empresa y su comité deviene de aplicación inmediata y directa lo contemplado al respecto en el Convenio colectivo, al menos mientras no se logre un nuevo Acuerdo en sustitución del anterior.

SEGUNDO.- Los promotores del conflicto articulan su pretensión con fundamento exclusivo en un unilateral y arbitrario incumplimiento empresarial del Convenio colectivo, basamento que rechaza el juez "a quo" en presencia de un Acuerdo entre empresa y trabajadores regulador de la materia objeto de litigio y que viene aplicándose desde 1989, en vista de lo cual el sindicato accionante varía el planteamiento inicial para construir un recurso cimentado en la abrogación del Acuerdo por denuncia.

Tal giro argumental supone una sustancial distorsión de los términos del debate, tanto en su proyección jurídica como fáctica, afectando incluso a los presupuestos legítimos de la acción entablada: decisión o práctica de empresa (art. 151 de la L.P.L.).

Esto último fue lo impugnado en la instancia: incumplimiento irrazonable empre-

sarial del Convenio Colectivo Unico para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia en lo atinente a la distribución de jornada, turnos y descansos de los camareros-limpiadores de la "R.M.T.E." de Ferrol. En la Suplicación, se supera la imputación de práctica empresarial arbitraria y se encauza la pretensión a través de un motivo de diferente -y distinta- complejidad técnica: derogación del Acuerdo rector de las condiciones de trabajo implantado desde 1989 (y silenciado en la demanda.).

De todos modos, la propuesta revisoria (denuncia del Acuerdo) no surge inequívocamente de los elementos de prueba invocados. El folio 86 documenta una comunicación del Comité de Empresa, dirigida a ésta y fechada el 12.11.99, referida al acuerdo asambleario ("18 votos a favor y 16 en contra") sobre negociación de nuevos turnos de trabajo ajustados a Convenio y futura presentación de propuestas. El folio 87 contiene otra comunicación del Comité, fechada el 29.12.99, sin sello de entrada (a diferencia de la anterior) y enmendada a mano, adjuntando propuestas de cambio de turnos y solicitando una reunión para abordar la materia. Por último, los folios 90 a 93 recogen un escrito firmando por el sindicato Comisiones Obreras, con registro de entrada de 26.01.00, en el que, tras exponer lo tratado en la asamblea de trabajadores sobre turnos y rotaciones, se termina afirmando: "El día 23.01.99 un grupo de trabajadores hace llegar al Comité un escrito con 25 firmas manifestando su desacuerdo con la rueda (sic) propuesta y con la posibilidad de modificar los horarios, en vista de lo cual el Comité decidió renunciar a proponer esa rueda de trabajo y solicitar a Dirección la modificación de turnos".

Del contenido de los referidos documentos la Sala no puede en absoluto inferir la denuncia del Acuerdo regulador de turnos, horarios y descanso; más bien lo contrario, de acuerdo con la comunicación de CC.OO. Consta, eso sí, una actividad asamblearia, pero no la manifestación volitiva concreta y mayoritaria alegada por el sindicato recurrente, que pretende atribuir a los legitimados para ello (el Comité de empresa, en tanto que suscriptor del Acuerdo rector, que el sindicato promotor del conflicto no firmó) una denuncia del Acuerdo que ni se ha manifestado formalmente ni es inequívocamente deducible: cualquier duda es fácilmente despejable mediando la voluntad expresada del Comité de Empresa.

Fracasada la modificación fáctica propuesta (incluida la supresión por supuesta pre-

determinación del fallo, pues ello precisaría de la indebida anticipación de una conclusión jurídica sobre hechos controvertidos, no sobre los silenciados por el propio recurrente. En cualquier caso, probada la vigencia del Acuerdo desde 1989 y no acreditada su denuncia, la supresión pretendida no altera el relato) queda sin contenido el motivo dedicado a la infracción normativa, condicionado en su integridad a la extinción de la vigencia -por denuncia- del Acuerdo regulador de horarios, turnos y descansos.

Pero es más, ni siquiera puede admitirse la afirmada sincronía entre denuncia y pérdida de vigencia. El Convenio Colectivo establece (capítulo VI) una jornada de aplicación como "regla general" y otra especial aplicable a determinados centros de trabajo (como el de la "R.M.T.E.") cuyas "peculiaridades específicas" lo hagan necesario, remitiendo a la negociación su elaboración (art. 18), de forma que, logrado el acuerdo entre "la dirección del Centro y los representantes de los trabajadores", su contenido pasa a integrarse en el Convenio, formando, pues, parte de él: esto es, no pervive como un acuerdo extra o al margen del Convenio colectivo, sino que lo colma de regulación, normando el contenido prestacional de un singular colectivo profesional. De ello dos conclusiones: a) no puede sostenerse que el personal en cuestión vea reguladas sus condiciones laborales al margen del Convenio, o, lo que es lo mismo, argumentase una confrontación entre el Convenio y el Acuerdo como si fueran dos realidades jurídicas autónomas y eventualmente contradictorias, capaces de negarse; b) integrado el Acuerdo en el Convenio, le son aplicables sus reglas de extinción, de acuerdo con las cuales "de producirse la denuncia del Convenio, éste se prorrogará hasta la aprobación del que lo sustituya" (art. 2). Se sigue de esto que, aún de haber mediado la denuncia alegada (en absoluto probada) el Acuerdo regulador mantendría su aplicación hasta que, fruto de la negociación entre dirección y representantes de los trabajadores, se alumbrara uno nuevo, lo que cobra especial trascendencia si se repara en que los firmantes del Convenio colectivo, conscientes de la extrema dificultad de aplicar la jornada general a determinados (y múltiples) centros de trabajo debido a sus singulares necesidades (de atención a un servicio social), diseñaron unas jornadas laborales especiales para ellos mediante el mecanismo de la suscripción de acuerdos, de forma que sean éstos los que, en cada momento, los precisen. La posible réplica argumentativa de que en caso

de no fructificar acordo alguno habría de aplicarse el Convenio, lo que indicaría que el Acuerdo regulador tiene vida y vigencia autónomas, es, en realidad, reduccionista: el Convenio colectivo se aplica en todo caso. De llegarse a un acuerdo sobre la jornada, se aplica la jornada especial que contempla el art. 18,b) -mediante, como dijimos, la remisión a ese mismo acuerdo-. De no llegarse (y supuesto que sea la primera vez que se intenta, es decir, que no exista acuerdo anterior) se aplicaría la jornada general prevista en el art. 18, a), lo que, desde otra perspectiva, puede contemplarse como contenido del propio acuerdo (de no acogerse a jornada especial).

En definitiva y por lo expuesto.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña M^a M.P.C. en su calidad de Secretaria de la Sección Sindical de la Confederación Galega (CIG) contra la sentencia del Juzgado de lo Social n^o 2 de Ferrol de fecha 02.11.01, recaída en autos n^o 585/01, confirmamos la resolución de instancia.

3380 Recurso n^o 1.734/2002

S.S. CONVENIO COLECTIVO. INTERPRETACIÓN DA CLÁUSULA DE REVISIÓN SALARIAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antonia Rey Eibe.

A Coruña, a veintiséis de abril de dos mil dos.

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. 1.734/2002 interpuesto por don M.G.G. 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.G.G. en

reclamación de Conflicto colectivo siendo demandado "N.M.O., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 928/2001 sentencia con fecha 18 de enero de 2002 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"I.- La disposición Transitoria del convenio colectivo de la empresa "N.M.O., S.L." establece: "Por exceder la vigencia de este convenio del ejercicio en curso, se establece una revisión de todos los conceptos retributivos en la cuantía del incremento del I.P.C. (según datos I.N.E. en el año 2000, con efecto de 1 de enero de 2001. En el caso de que a fecha del 31 de diciembre de 2001 el IPC del año 2001 registrara un aumento superior al del año 1000, se abonará la diferencia. Esta cantidad resultante (correspondiente al año completo) se abonará en una sola paga durante el primer trimestre del año 2002. En el año 2001 las pagas extras se incrementarán en 13.000 ptas. cada paga para todos los trabajadores"./ II.- La parte actora es el Presidente del Comité de Empresa perteneciente al Sindicato U.G.T./ III.- La empresa entiende que dentro del primer párrafo de la D.T. no se incluyen las pagas extras, que tendrán como incremento el de 13.000 ptas.; y la parte actora entiende que el incremento de las 13.000 ptas. debe hacerse después del precitado incremento del IPC".

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

"FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda que sobre Conflicto colectivo ha sido interpuesta por M.G.G. contra "N.M.O., S.L.", al que absuelvo".

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 dictada por el Juzgado de lo Social n^o 2 de Vigo, desestimatoria de la demanda sobre Conflicto colectivo, los demandantes recurren en Suplicación, solicitando como primer motivo, al amparo del art. 191 b) L.P.L. la adición de un nuevo hecho probado como ordinal IV con el texto del

siguiente tenor: “El convenio colectivo de la empresa “N.M.O., S.L.”, establece el derecho de todos los trabajadores de percibir en concepto de gratificación extraordinaria dos pagas. La cantidad a percibir, en función de la categoría profesional, se establece en el anexo nº 1. La cuantía de cada paga extra es inferior al importe del salario base mensual de cada categoría.

Se apoya en los folios 14 y 26 del ramo de prueba de la parte actora y que forma parte del convenio colectivo de la empresa demandada.

La adición que se pretende no puede ser acogida toda vez que, además de ser objeto de argumentación en sede jurídica, más que de revisión fáctica los documentos en los que se apoya, resulta innecesario al no añadir nada nuevo al fondo de la cuestión debatida.

SEGUNDO.- En sede jurídica, y con amparo en el art. 191 c) de la L.P.L. denuncia la parte actora infracción por indebida aplicación e interpretación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria del convenio colectivo de “N.M.O., S.L.” y los artículos 1.281, 1.282, 1.284 y 1.286 y 1.288 del Código civil, en base a que la sentencia recurrida confirma la decisión empresarial en el sentido de considerar que existen dos cláusulas de revisión salarial, una genérica para todos los conceptos retributivos y otra, destinada a las pagas extraordinarias, descartando que para las pagas extras se aplique acumulativamente la subida prevista en el primer, segundo y tercer párrafo.

Así las cosas, la Disposición Transitoria del convenio colectivo único de la empresa “N.M.O., S.L.” establece: “Por exceder la vigencia de este convenio del ejercicio en su curso, se establece una revisión de todos los conceptos retributivos en cuantía del incremento del IPC (según datos de INE en el año 2000 con efectos de 1 de enero de 2001).

En el caso de que a fecha 31.12.01, el IPC del año 2001, registrara un aumento superior al del año 2000, se abonaría la diferencia. Esta cantidad resultante (correspondiente al año completo) se abonaría en una sola paga durante el primer trimestre del año 2000”.

En el año 2001, las pagas extraordinarias de incrementarían en 13.000 ptas., cada paga para todos los trabajadores.

De una interpretación literal del texto del Convenio colectivo, al amparo de los artículos 1281 y siguientes del Código civil, se desprende una previsión genérica, contenida

en el párrafo 1º, y otra específica contenida en el párrafo 3º que se refiere exclusivamente a las pagas extraordinarias, siendo lógica interpretación, en cuanto a estas que de venir incardinada en el párrafo 3º con carácter específico, su revalorización se refiere a lo “específico” y no a lo “genérico”, lo que conlleva la no aplicación del IPC, sino las 13.000 ptas. que es una cantidad superior, pues la tesis contraria que postula la recurrente supondría una incompleta y defectuosa regulación de la citada Disposición Transitoria al no detallar ni concretar si tal revalorización del IPC se habría de aplicar sobre el importe que tenían las pagas antes de sumarles las 13.000 ptas., o si éstas habrían de ser revisadas en el mismo porcentaje que el únicamente del IPC después de la suma del incremento.

TERCERO.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión, y a falta de una redacción de la debatida Disposición Transitoria, que añadiera una transcripción de “además de” “a parte de” o “sin perjuicio de” o cualesquiera otras que conllevarse a la interpretación postulada por los demandantes recurrentes, este es, la de aplicar los dos incrementos a las pagas extraordinarias el IPC, más la cuantía de 13.000 ptas., que no se han infringido los artículos 1.281 del Código civil relativos a la interpretación de los contratos, por lo que al haberlo entendido así, la Magistrada de instancia, procede previa desestimación del recurso confirmar la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por don M.G.G., Presidente del Comité de Empresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de fecha 18.01.02 sobre “Conflicto colectivo” confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3381 Recurso nº 1.890/02

S.S. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN. RELACIÓN ADMINISTRATIVA E NON LABORAL. PERSOAL EVENTUAL EN POSTO DE CONFIANZA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto.

A Coruña, a veintiséis de abril de dos mil dos.

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. 1.890/02 interpuesto por el ILMO. AYUNTAMIENTO DE PUENTEAREAS 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 don J.P.V. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el ILMO. AYUNTAMIENTO DE PUENTEAREAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 771/01 sentencia con fecha doce de febrero de dos mil dos por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“PRIMERO.- El demandante don J.I.P.V., mayor de edad y con D.N.I..., viene prestando servicios para el Ilmo. Ayuntamiento de Puenteareas desde el día 9 de octubre de 1997, con la categoría profesional de asesor de protocolo y un salario mensual de 249.796 pesetas (1.501'30 euros), incluido prorrateo de pagas extraordinarias./ SEGUNDO.- El actor fue contratado mediante resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento demandado de fecha 9 de octubre de 1997 como asesor personal del Alcalde (personal de confianza) en materia de protocolo y comunicaciones, con carácter de personal eventual, fijándose en la resolución de contratación que: su objeto era la asistencia técnica en materia de protocolo y comunicaciones en toda clase de trabajos de esta índole con jornada laboral de 6 horas diarias, que su prestación exigiría la asistencia diaria a las dependencias municipales según horario que fijase la Alcaldía que cesaría automáticamente cuando se produjese el cese o expirase el mandato de la autoridad a la que prestase su función de confianza o asesoramiento según el artículo 104.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985 de 2 de abril./ TERCERO.- Sin dejar de prestar servi-

cios, el demandante, celebradas las elecciones locales en julio de 1999, fue nuevamente designado por la Alcaldía mediante Resolución de fecha 15 de julio de 1999 asesor personal del Alcalde en las mismas condiciones señaladas en el hecho anterior y con efectos del 3 de julio. Mediante escrito del 13 de septiembre de 2000, registro de salida del día 18, el Ayuntamiento le comunicó al actor que, cesado el Alcalde como tal el día 12 de dicho mes, él cesaba como personal de confianza./ CUARTO.- Mediante Resolución de la Alcaldía de fecha 18 de septiembre de 2000 la nueva Alcaldesa del Ayuntamiento demandado nombró al actor personal de confianza como personal de protocolo al amparo de la referida Ley de Bases de Régimen Local hasta tanto no se aprobase el presupuesto municipal del año 2000./ QUINTO.- Mediante Decreto de la Alcaldía de fecha 5 de noviembre de 2001, notificado al actor el día 7, se acordó que, visto el presupuesto aprobado para el año 2001 y que la dotación para la plaza que ocupaba el demandante se había agotado, se acordaba el cese de éste como personal eventual (personal de confianza) con efectos del día 8 de noviembre de 2001. Contra dicho Decreto presentó el actor recurso de reposición el 30 de noviembre solicitando su nulidad alegando que nunca había prestado servicios como asesor sino como trabajador de la emisora de radio municipal y que su cese constituía un despido, recurso que le fue desestimado mediante resolución de fecha 5 de diciembre con base en que, siendo personal de confianza y eventual, su nombramiento y cese era facultad libre del Alcalde o Presidente de la Corporación según la repetidamente citada Ley de Bases de Régimen Local. El mismo día 30 presentó reclamación previa en igual sentido que no fue resuelta. Asimismo presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 16 de noviembre por el actor contra el Ayuntamiento, la misma tuvo lugar el día 30 con el resultado de sin efecto./ SEXTO.- El demandante prestó servicios desde el 9 de octubre de 1997 en la emisora de radio y televisión municipal de Puenteareas realizando y dirigiendo un magazine llamado “Sobre la marcha” en horario de 8,30 a 13 horas cuyos contenidos eran básicamente: llamadas y cartas de los oyentes, entrevistas, música, consejos que daba una “meiga”. No consta que nunca haya asesorado a la Alcaldía en cuestiones de protocolo o comunicaciones./ SÉPTIMO.- El actor no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores”.

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

“FALLO: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el Ayuntamiento de Puenteareas y estimando la petición subsidiaria contenida en la demanda interpuesta por don J.I.P.V., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el citado actor con efectos del 8 de noviembre de 2001 por parte del referido Ayuntamiento, y condeno a éste a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 1.531.626 pesetas (9.205'26 euros), opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, así como a que en ambos casos le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución a razón de 8.326'5 pesetas (50'04 euros) diarias, advirtiendo al citado demandado que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entenderá que procede la readmisión, desestimando la petición principal de nulidad, de la que absuelvo al Ayuntamiento demandado”.

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.- Por la representación letrada del Ayuntamiento de Puenteareas se interpone recurso de suplicación contra la sentencia, que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y estimando la petición subsidiaria, declaró improcedente el despido de que fue objeto del actor con efectos de 08.11.01, por parte del referido Ayuntamiento, condenando a éste a que en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia optara entre la readmisión del trabajador o le abonara una indemnización de 1.531.626 pts (9.205,26 euros) así como al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, a razón de 8.326,5 pts (50,04 euros) diarias, advirtiendo al citado demandado que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entendería que procedía la readmisión, desestimando la petición principal de nulidad, de la

que absolvía al Ayuntamiento demandado; pretendiendo la revisión de los hechos declarados probados y denunciando el derecho aplicado en la sentencia, y en concreto los arts. 9 apartados 1, 4, 5 y 6 de la LOPJ; 1, 2 y 3 de la L.P.L.; 1.3.a) y 8.1 del ET, en relación con los arts. 89 y 104.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, 20.1 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, 250 de la Ley de la Administración Local de Galicia de 22.06.97, alegando la excepción de incompetencia de jurisdicción, por considerar que al existir un nombramiento administrativo, al amparo de la Ley de Bases de Régimen Local, desempeñando funciones de confianza o asesoramiento especial, de la persona que le nombró, se trataba de una relación administrativa para cuyo conocimiento es competente la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que se dé ningún supuesto de fraude de ley; solicitando en consecuencia que, acogiendo la excepción invocada y sin entrar en el fondo del asunto, se desestime la demanda, o, subsidiariamente, declarando la inexistencia del despido, se absuelva al Ayuntamiento recurrente.

El planteamiento del anterior motivo impone a la Sala el examen preferente, por ser materia de orden público (apreciable incluso de oficio), de la excepción invocada de incompetencia de jurisdicción, sin sujetarse al relato histórico, y respecto del cual la Sala, no resulta condicionada por el contenido del relato histórico de hechos probados de la sentencia de instancia.

En tal sentido, la valoración conjunta de la prueba practicada, conforme a las reglas de la sana crítica, lleva a la determinación de los siguientes antecedentes de hecho. A).- El demandante don J.I.P.V. viene prestando servicios para el Ilmo. Ayuntamiento de Puenteareas desde el día 9 de octubre de 1997, con la categoría profesional de “asesor de protocolo” y comunicaciones y un salario mensual de 249.796 pts (1.501,30 euros), incluido el prorrateo de pagas extraordinarias, en virtud de resolución de la Alcaldía de fecha 09.10.97, con carácter de personal eventual, fijándose en la resolución de contratación que su objeto era la asistencia técnica en materia de “protocolo y comunicaciones”, en toda clase de trabajos de esta índole, con jornada laboral de 6 horas diarias que exigía la asistencia diaria a las dependencias municipales según horario que fijaba la Alcaldía, cesando automáticamente cuando se produjese el cese o expirase el

mandato de la autoridad a la que prestase su función de confianza o asesoramiento al amparo de la Ley de Bases de Régimen Local. B).- Sin dejar de prestar servicios, celebradas las elecciones locales en julio-1999, fue nuevamente designado por la Alcaldía mediante resolución de fecha 15.julio.99, asesor personal del alcalde en las mismas condiciones señaladas en el hecho anterior y con efectos del 3 de julio. Mediante escrito de 13.septiembre.00, registro de salida del día 18, el Ayuntamiento le comunicó que, cesado el alcalde como tal el día 12 de dicho mes, él cesaba como personal de confianza. C).- Mediante resolución de la Alcaldía de fecha 18.septiembre.00, la nueva alcaldesa del Ayuntamiento demandado, le nombró personal de confianza como asesor de protocolo y comunicaciones, al amparo de la referida Ley de Bases, hasta tanto no se aprobase el presupuesto municipal del año 2000. D).- Mediante Decreto de la Alcaldía de 5.noviembre.2001, notificado al actor el día 7, se acordó que, visto el presupuesto para el año 2001 y que la dotación para la plaza que ocupaba el demandante se había agotado, se acordaba el cese de éste como personal eventual (personal de confianza), con efectos del día 08.11.2001. Contra dicho Decreto presentó recurso de reposición el 30 de noviembre solicitando su nulidad, alegando que nunca había prestado servicios como asesor, sino como trabajador de la emisora de radio municipal y que su cese constituía un despido, recurso que fue desestimado mediante resolución de fecha 5 de diciembre con base en que, siendo personal de confianza y eventual, su nombramiento y cese era facultad libre del alcalde o presidente de la corporación según la repetidamente citada Ley de Bases de Régimen Local. El mismo día 30 presentó reclamación previa en igual sentido, que no fue resuelta. Así mismo presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 16-noviembre, fue desestimada. E).- El actor ha venido prestando servicios desde la indicada fecha de 9.octubre.97 en la emisora de radio y televisión municipal de Puenteareas realizando y dirigiendo un magazine llamado "SOBRE LA MARCHA" en horario de 8,30 a 13,00 horas cuyos contenidos eran básicamente: llamadas y cartas de los oyentes, entrevistas, música, consejos que daba una "meiga"; y en el resto de la jornada laboral, que era de 6 horas diarias, prestaba asesoramiento en cuestiones de prensa, así como realizaba tareas de asesoramiento de protocolo consistentes en recibir a las autoridades el día "Corpus Cristi".

Esto sentado, no ofrece duda a esta Sala, que en el supuesto de autos, se trata de una relación administrativa y no laboral, ya que el actor, ahora recurrido, fue nombrado por la Administración, en concreto por resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Puenteareas, en uso discrecional de las potestades administrativas que le corresponden, resaltando el carácter eventual y de puesto de confianza que tiene la designación para tal cargo, cuyo cese dependía de las facultades discrecionales que correspondían a la Administración, en este caso al alcalde de la Entidad local, al ser el nombramiento y el cese del personal libre, cesando automáticamente en todo caso cuando se produjera el cese o expire el mandato de la autoridad a la que prestaba su función de confianza o asesoramiento, habiéndose utilizado para su nombramiento o contratación normas administrativas y no laborales; con lo que queda excluida su condición de personal laboral, y todo ello de conformidad con los arts. 89 y 104.2 de la Ley de Régimen Local (Ley 7/1985 de 2 de abril) en los que se dispone: *"que el personal de las Entidades Locales está integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de Derecho Laboral y personal eventual, señalando con respecto a estos últimos que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial, y que el nombramiento y cese es libre y corresponde al alcalde o presidente de la Entidad Local correspondiente"*, por su parte, en la misma línea, el art. 20.2 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, dispone: *"que dicho personal sólo ejercerá funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial y que su nombramiento y cese, que serán libres, corresponde exclusivamente... a los presidentes de las corporaciones locales y que cesará automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento"*; sin que en ningún caso sea aplicable el art. 103 en relación con el art. 91 del citado Cuerpo Legal, que regula el acceso del personal laboral a la Administración Pública y en el que se señala: *"... el personal laboral, será seleccionado por la propia Corporación, atendándose en todo caso a lo dispuesto en el art. 91..."* es decir, selección a través de oferta pública de empleo, convocatoria pública y por los cauces de concurso oposición, etc; sin que sea obstáculo a ello, el hecho de la percepción de una retribución, ni el cumplimiento de un horario, porque tales circunstancias también concurren en la contratación o nombramientos administrativos, la cual, no por ello se transforma en labo-

ral; y sin que tampoco pueda considerarse, como se sostuvo por el Magistrado de instancia, que estábamos ante un supuesto de fraude de ley, pues, como ha quedado acreditado, el actor recurrido, ha venido desempeñando las funciones de asesoramiento o de confianza para las que fue nombrado; por lo que esta Sala entiende, que al tratarse de cargo o puesto de confianza cuyo nombramiento y cese es potestad discrecional de la autoridad que le nombro, con el debido amparo legal, rigiéndose por normas administrativas, que según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, es revisable jurisdiccionalmente ante aquélla, procede, de conformidad con los arts. 9.4 de la LOPJ y 3 de la L.P.L., declarar la incompetencia de esta jurisdicción Social para conocer del presente litigio, por pertenecer al orden Contencioso-Administrativo.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por ILMO. AYUNTAMIENTO DE PUENTEAREAS contra la sentencia de fecha doce de febrero de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número UNO de Vigo, en proceso promovido por don J.I.P.V. frente al Ayuntamiento recurrente, y estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia y revocando la sentencia recurrida, debemos declarar y declaramos que no procede entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo planteada, haciendo saber a las partes la competencia de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3382 Recurso número: 9.899/1997

S.CA. SUBVENCIÓN POR CONVERSIÓN DE CONTRATO TEMPORAL EN INDEFINIDO. EXTINCIÓN DO CONTRATO INDEFINIDO CON SUBSTITUCIÓN POR OUTRO DE INFERIOR CATEGORÍA. DEVOLUCIÓN PARCIAL DA SUBVENCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veintiséis de abril de dos mil dos.

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 9.899/1997 pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “F. Y C., S.L.” domiciliado en C/... (Vigo), representado por don R.D.U.P. y dirigido por el Letrado don R.T.N. contra Resolución de 30.07.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial del INEM de Pontevedra sobre reintegro de beneficios concedidos al amparo de la Ley 22/92, expt. 1.247/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 3.607 euros.

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 16 de abril de 2002, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de fecha 25 de noviembre de 1996 del INEM en virtud de la cual se le notificó que tenía que devolver el importe de la subvención percibida incrementada en el interés legal del dinero desde el momento del pago de la subvención y contra resolución desestimatoria de 13 de agosto de 1997 de la Subdirección General de Recursos

del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales del recurso ordinario por el que se confirma la misma.

El demandante sustancia el recurso en los siguientes motivos impugnatorios: a) Tal como indicó en los diversos escritos de alegaciones y recursos la empresa solicitó del INEM subvención para la contratación indefinida del trabajador J.S.L. al causar éste baja voluntaria, transformó en indefinido el contrato de P.V.G., quien también causó baja voluntaria no imputable a la empresa. Para cumplir con las exigencias de la Ley 22/92 formaliza contrato indefinido a A.G.A., unido hasta ese momento a la empresa por un concreto de aprendizaje, con lo que la empresa arguye -ha cumplido con el requisito fijado en el art. 5 de la citada Ley: b) que el único argumento del INEM para obligarle a devolver el importe de la subvención recibida por importe de 550.000 ptas. es el de que el puesto ocupado por el trabajador subvencionado era de técnico instalador de frío y el puesto que ocupa el actual sustituto es el de peón, con lo cual no se cubre la vacante producida en cuanto al puesto subvencionado.

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

II.- La parte recurrente considera que debe tenerse por válida la sustitución de un técnico por un peón, cuando ambos son ESPECIALISTAS INSTALADORES DE FRÍO cualificados (la especialización en frío y aire acondicionado es difícil de encontrar en el mercado laboral), aunque uno sea técnico y otro peón, preguntándose ¿qué se puede hacer si tras dos bajas voluntarias, no hay técnicos en plantilla con contrato temporal a quienes convertir en indefinido, pero sí lo que hay es un peón con la misma especialización en frío?. El único contrato luego que podía transformar era el del citado peón y así lo hizo, manteniendo así con su contratación que cumple con el art. 5º de la Ley 22/92.

De forma subsidiaria y apoyándose en sentencia del TS de fecha 14.02.97 solicita se le condene a sólo reintegro parcial de la subvención recibida, ya que si se mantiene que hubo incumplimiento de requisitos, ese incumplimiento hipotético ha sido parcial, ya que hubo una correcta permanencia de trabajadores durante el plazo inferior al legalmente establecido.

En esa línea argumental que en síntesis hemos reproducido, en efecto la sentencia del Alto Tribunal establece que habiendo un cumplimiento parcial, que no pudo ser total por darse de baja voluntaria el obrero por causa no imputable al empresario, debe aplicarse el principio de equidad y lo que procede es el reintegro parcial. En este caso solo faltaba un año para cumplirse el período mínimo de los tres años que se exigían y ello debe ser tenido en cuenta a la hora del reintegro de la cantidad que se solicita, pues la empresa no tenía más contratos temporales que transformar y no pudo cumplir con ese período mínimo de los tres años para ser beneficiario efectivo de la subvención que le fue otorgada.

Luego ante un incumplimiento parcial asiste a la Administración un derecho a reintegro parcial de la subvención concedida, por lo que procede la estimación con carácter subsidiaria de la pretensión deducida, debiendo acordarse la devolución de la cantidad proporcional a los tres años, esto es la de 183.333, resultado de dividir 550.000 entre tres años multiplicado por el año que no mantuvo vivos los contratos transformados en indefinidos de los técnicos de referencia.

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

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

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos en parte aunque con carácter subsidiario el presente recurso Contencioso-Administrativo número 9.899/1997, interpuesto por don R.D.U.P. Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad mercantil "F.Y.C., S.L." contra la resolución de fecha 25 de noviembre de 1996 del INEM en virtud de la cual se le notificó que tenía que devolver el importe de la subvención percibida incrementada en el interés legal del dinero desde el momento del pago de la subvención y contra resolución desestimatoria de 13 de agosto de 1997 de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales del recurso ordinario por el que se confirma la misma: en consecuencia se anula y se reduce la obligación de devolución hasta la cantidad de 183.333 ptas. luego la pretensión con carácter principal se desestima.

3383 Recurso nº 4.873/98

S.S. MELLORAS VOLUNTARIAS DE SEGURIDADE SOCIAL. PRESCRICIÓN DO DEREITO. APLICABILIDADE DA ESTABLECIDA NA NORMATIVA DE SEGURIDADE SOCIAL. SITUACIÓNS DE LICENCIA ESPECIAL, SUSPENSIÓN DO CONTRATO E XUBILACIÓN ANTICIPADA.

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

A Coruña, a veintinueve de abril de dos mil dos.

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. 4.873/98 interpuesto por el "B.B.V.", don S.L.G. y Otros 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 S.L.G., don I.A.P., don R.P.V., don D.R.B., don M.M.A.B., don M.P.C., don A.R.B., don I.T.M., don E.F.F., don N.G.C., don J.L.L.M., don J.A.G.P., don M.T.M. don M.R.P., don J.N.R., don A.A.A., y doña A.B.F. en reclamación de SALARIOS siendo demandado el "B.B.V." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 359/98 sentencia con fecha 31 de julio de 1998 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

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

"PRIMERO.- Que los demandantes cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda (que se da aquí por reproducido), prestaron sus servicios para la empresa "B.B.V., S.A". dedicada a la actividad de ..., en distintas sucursales de .../ SEGUNDO.- Que don R.P.V. y don J.L.M. suscribieron un pacto privado con la citada entidad bancaria en virtud del cual la referida enti-

dad les concedía una Licencia Especial Retribuida hasta la baja por prejubilación, previa a su vez a la situación de jubilación anticipada que se alcanza una vez cumplidos los 60 años./ TERCERO.- Que don M.M.A.B., don M. P.C., don I.T.M. y don J.A.G.P., suscribieron un acuerdo privado por el cual la citada entidad les concedía el acceso a la situación de "suspensión del contrato por mutuo acuerdo" previo a la situación de jubilación anticipada que se alcanza a los 60 años./ CUARTO.- Que don S.L.G., don I.A.P., don D.R.B., don Á.R.B., don E.F.F., don N.G.C., don M.T.M., don M.R.P., don J.N.R., don Á.A.A., don J.F.O., cuya viuda es la actora doña M^aÁ.B.F., suscribieron un pacto privado con la citada Entidad bancaria por el cual la misma accede a concederles la jubilación anticipada./ QUINTO.- En el acuerdo referenciado en el ordinal segundo de los presentes hechos se estipula como condiciones las siguientes: que la empresa, sin prestación de servicios por los trabajadores, abonará la misma retribución bruta anual que, por todos los conceptos fijos, cobra cada actor actualmente, distribuida en igual número de pagas que percibe el personal en servicio activo y que se actualizará con las mejoras que para los años 1990,1991 y 1992 fijen los correspondientes Convenios colectivos de cada uno de los años señalados, que a partir de la fecha de la prejubilación con Convenio Especial, el banco le abonará el total de las percepciones brutas anuales que en aquel momento venga cobrando y que formen parte de la Base Pensionable, distribuidas en 14 pagas al año. Estas percepciones le serán mantenidas hasta que se produzca su jubilación anticipada voluntaria, de forma inalterada sin que por tanto reciban en su cuantía modificaciones posteriores y que el día en que el actor cumpla los 60 años de edad, pasará a la situación de jubilación anticipada voluntaria, asignándole entonces el banco complemento de pensión necesario para que, sumado al importe de la pensión oficial que le fije entonces la Seguridad Social, alcance una cantidad igual al 100% de las percepciones pensionables que cobre en aquel momento. Todas las percepciones a cargo del banco de que se ha hablado a lo largo de este compromiso serán brutas y, por tanto, de ellas se deducirá el importe de los impuestos, las cuotas personales de Seguridad Social y las demás retenciones que, lógicamente, correspondan a cada momento./ SEXTO.- Que en el acuerdo referenciado en el ordinal 3º, se estipularon como condiciones: que la empresa, sin prestación de servicios por los trabajadores, le seguirá abonando la misma

retribución bruta anual que, por todos los conceptos fijos, cobra cada actor actualmente, distribuida en 14 pagas al año. Estas percepciones se actualizarán en la parte reglamentaria o de convenio con el incremento que para los años 1992 y 1993 fijen los correspondientes Convenios colectivos. Como se ha indicado, estas percepciones serán brutas y, en consecuencia, de ellas se deducirán el importe de los impuestos, las cuotas generales de la Seguridad Social y las demás retenciones que legalmente correspondan en cada momento. El contrato suspendido se somete de mutuo acuerdo, al amparo del art. 49.2 de E.T., a la condición resolutoria de que el actor cumpla 60 años, por lo que, el día en que esto ocurra, quedará extinguida la relación laboral, con baja definitiva en el Banco. Una vez extinguida la relación laboral, y a partir de su acceso a la jubilación anticipada, el Banco le abonará el complemento necesario para que, sumando a la pensión que le reconozca la seguridad social, perciba la actora el 100% de las percepciones brutas pensionables anuales, que el actor tenga al cumplir los 60 años, deducidas las cuotas de la Seguridad Social a su cargo./ SÉPTIMO.- que el acuerdo referenciado en el ordinal cuarto, se estipulan como condiciones las siguientes: en el citado acuerdo, al que se dio la denominación de pacto privado, se estipularon como condiciones, que la empresa, sin prestación de servicios por los trabajadores abonaría a estos las percepciones nominales anuales brutas que viniesen percibiendo; y de dicho importe se deducirían los impuestos y otras retenciones que legalmente correspondiesen en cada momento hasta alcanzar la edad de jubilación. Dichas cantidades se abonarían en catorce pagas y esta situación se mantendría hasta que los trabajadores cumpliesen la edad mínima de jubilación, 60 años. A partir de esta fecha se estipuló que el banco asignaría el complemento necesario para que, sumando a la pensión reconocida, se alcanzase un importe anual nominal equivalente al 100% de la cantidad resultante./ OCTAVO.- Que los demandantes llegaron a estos acuerdos con a empresa a partir de las siguientes fechas: -D. S.L.G., con efectos de 14 de noviembre de 1985. -D. I.A.P. con efectos de 31 de diciembre de 1985. -D. R.P.V., con efectos de 30 de noviembre de 1989. -D. D.R.B., con efectos de 1 de octubre de 1986. -D. M.M.A.B., con efectos de 31 de mayo de 1992. -D. M.P.C., con efectos de 31 de julio de 1992. -D. Á.R.B., con efectos de 31 de diciembre de 1985. -D. I.T.M. con efectos de 30 de septiembre de 1993. -D. E.F.F., con efectos de

1 de octubre de 1988. -D. N.G.C., con efectos de 30 de septiembre de 1987. -D. J.L.L.M., con efectos de 30 de noviembre de 1989. -D. J.A.G.P., con efectos de 30 de septiembre de 1993. - M.T.M., con efectos de 1 de diciembre de 1985. -D. M.R.P., con efectos de 29 de febrero de 1984. -D. J.N.R., con efectos de 1 de octubre de 1986. -D. Á.A.A., con efectos de 30 de septiembre de 1986. -D^a M^aÁ.B.F. (en la figura de su esposo don J.F.O.), con efectos de 30 de octubre de 1986./ NOVENO.- Las sumas anuales brutas que los trabajadores venían percibiendo desde su pase a la situación de prejubilación hasta que el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL les reconoció el derecho a percibir prestación de jubilación eran las siguientes: D. S.L.G., dos millones ciento treinta y seis mil novecientos treinta y tres pesetas (2.136.933 ptas.). -D. I.A.P. dos millones ochocientos treinta y dos mil novecientos treinta y seis pesetas (2.832.936 ptas.). -D. R.P.V., tres millones ciento cinco mil ciento sesenta pesetas (3.105.160 ptas.). -D. D.R.B., dos millones doscientas cuarenta y seis mil ciento veintiuna pesetas (2.246.121 ptas.). -D. M.M.A.B., tres millones quinientas sesenta y cuatro mil ciento seis pesetas (3.564.106 ptas.). -D. M.P.C., cuatro millones veinte mil doscientas sesenta y seis pesetas (4.020.266 ptas.). -D. Á.R.B., dos millones setecientos noventa y tres mil trescientas noventa y nueve pesetas (2.693.399 ptas.). -D. I.T.M., tres millones doscientas veinticuatro mil cuatrocientas noventa y cuatro pesetas (3.224.494 ptas.). -D. E.F.F., dos millones cuatrocientas noventa y seis mil ciento cuarenta y dos pesetas (2.496.142 ptas.). -D. N.G.C., dos millones cuatrocientas veintiséis mil trescientas veintinueve pesetas (2.426.329 ptas.). -D. J.L.L.M., dos millones ochocientos setenta y seis mil doscientas cuarenta y una pesetas (2.876.241 ptas.). -D. J.A.G.P., tres millones setecientas cincuenta y seis mil doscientas noventa y ocho pesetas (3.756.298 ptas.). -D. M.T.M., dos millones ochocientos cuarenta y una mil ciento ocho pesetas (2.841.108 ptas.). -D. M.R.P., un millón seiscientos mil sesenta y cuatro pesetas (1.600.064 ptas.). -D. J.N.R., tres millones ciento cincuenta y cuatro mil setecientos veintisiete pesetas (3.154.727 ptas.). -D. Á.A.A., dos millones doscientas treinta y tres mil ciento doce pesetas (2.223.112 ptas.). -D^a M^aÁ.B.F., en la figura de su esposo, don J.F.O., dos millones novecientos sesenta mil seiscientas una pesetas (2.960.601 ptas.)./ DÉCIMO.- De las cantidades señaladas en el ordinal anterior, como percepción anual de los trabajadores en el momento de suscribirse el pacto privado, la

empresa deducía a estos la cuota que les correspondía abonar en concepto de aportación de los trabajadores a la Seguridad Social, ascendiendo el importe deducido a las sumas siguientes: don S.L.G., ciento nueve mil setecientas setenta y nueve pesetas (109.799 ptas.). -D. I.A.P., ciento treinta y seis mil ochocientas sesenta y cuatro pesetas (136.864 ptas.). -D. R.P.V., ciento cincuenta y cinco mil doscientas ochenta y seis pesetas (155.286 ptas.). -D. D.R.B., ciento ocho mil seiscientas noventa pesetas (108.690 ptas.). -D. M.M.A.B., doscientas treinta mil cuatrocientas pesetas (230.400 ptas.). -D. M.P.C., doscientas veinte mil quinientas treinta y seis pesetas (220.536 ptas.). -D. Á.R.B., ciento treinta y cinco mil novecientas cincuenta y siete pesetas (135.957 ptas.). -D. I.T.M. doscientas siete mil cuatrocientas cuarenta y cuatro pesetas (207.444 ptas.). -D. E.F.F., ciento veinte mil novecientas dieciséis pesetas (120.916 ptas.). -D. N.G.C., ciento catorce mil setecientas veinticuatro pesetas (114.724 ptas.). -D. J.L.L.M., ciento sesenta y una mil cuatrocientas noventa y seis pesetas (161.496 ptas.). -D. J.A.G.P., ciento noventa y dos mil cuatrocientas cincuenta y seis pesetas (192.456 ptas.). -D. M.T.M., ciento treinta y seis mil cuatrocientas noventa y una pesetas (136.491 ptas.). -D. M.R.P., ochenta y nueve mil ciento noventa y seis pesetas (89.196 ptas.). -D. J.N.R., ciento treinta y ocho mil quinientas veinte pesetas (139.520 ptas.). -D. Á.A.A., ciento nueve mil doscientas sesenta y seis pesetas (109.266 ptas.). -D^a M^aÁ.B.F., ciento treinta y cinco mil ochocientas setenta y cinco pesetas (135.875 ptas.). UNDÉCIMO.- Los demandante, una vez que reunían los requisitos legales solicitaron la prestación de jubilación anticipada con cargo a la Seguridad social, y viudedad de D^a M^aÁ.B.F. (viuda de don J.F.O., empleado del ...) siéndoles reconocido con los siguientes efectos: -D. S.L.G., con efectos de 01.08.86. -D. I.A.P., con efectos de 24.08.87. -D. R.P.V., con efectos de 20.09.94. -D. D.R.B., con efectos de 01.01.89. -D. M.M.A.B., con efectos de 09.08.97. -D. M.P.C., con efectos de 10.02.96. -D. Á.R.B., con efectos de 14.04.87. -D. I.T.M. con efectos de 22.12.95. -D. E.F.F., con efectos de 01.07.93. -D. N.G.C., con efectos de 11.05.93. -D. J.L.L.M., con efectos de 05.04.94. -D. J.A.G.P., con efectos de 03.06.96. -D. M.T.M., con efectos de 01.05.86. -D. M.R.P., con efectos de 01.05.85. -D. J.N.R., con efectos de 01.02.91. -D. Á.A.A., con efectos de 21.05.89. -D^a M^aÁ.B.F., con efectos de 10.03.90./ DUODÉCIMO.- Los trabajadores demandante reclaman que el complemento de pensión de

jubilación que viene percibiendo con cargo a la Entidad bancaria demandada, sea incrementado hasta la cuantía íntegra anual que los trabajadores percibían antes de la jubilación anticipada, con las cuotas que corresponden a las deducciones que la empresa efectuaba a los trabajadores, reclamando así mismo las sumas que la empresa adeuda a cada uno en concepto de atrasos de complemento de jubilación incrementado según se peticiona, a partir de la fecha de jubilación de cada uno de ellos./ DÉCIMO TERCERO.- Que con fecha 31 de marzo de 1998 tuvo lugar el preceptivo acto conciliatorio ante el SMAC, que concluyó sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando en su petición subsidiariamente planteada la excepción de prescripción opuesta por la Entidad demandada y estimando parcialmente la demanda interpuesta por, don S.L.G., don I.A.P., don D.R.B., don Á.R.B., don E.F.F., don N.G.C., don M.T.M., don M.R.P., don J.N.R., don Á.A.A., don J.F.O. y doña M^aÁ.B.F.), contra el “B.B.V., S.A”, debo declarar y declaro el derecho de: don S.L.G., don I.A.P., don D.R.B., don Á.R.B., don E.F.F., don N.G.C., don M.T.M., don M.R.P., don J.N.R., don Á.A.A. y don J.F.O. (cuya viuda es la actora doña M^aÁ.B.F.), a percibir el complemento necesario ofrecido por el Banco demandado en concepto de Complemento de pensión sin deducción alguna. Condenando a la Entidad bancaria demandada a estar y pasar por esta declaración, así como a abonar a los citados actores las sumas anuales siguientes en concepto de complemento de jubilación prorrateadas en catorce pagas mensuales, con efectos desde el 1 de diciembre de 1997: -D. S.L.G., ciento nueve mil setecientas setenta y nueve pesetas (109.799 ptas.). -D. I.A.P., ciento treinta y seis mil ochocientas sesenta y cuatro pesetas (136.864 ptas.). -D. D.R.B., ciento ocho mil seiscientas noventa pesetas (108.690 ptas.). -D. Á.R.B., ciento treinta y cinco mil novecientas cincuenta y siete pesetas (135.957 ptas.). -D. E.F.F., ciento veinte mil novecientas dieciséis pesetas (120.916 ptas.). -D. N.G.C., ciento catorce mil setecientas veinticuatro pesetas (114.724 ptas.). -D. M.T.M., ciento treinta y seis mil cuatrocientas noventa y una pesetas (136.491 ptas.). -D. M.R.P., ochenta y nueve mil ciento noventa y seis pesetas (89.196 ptas.). -D. J.N.R., ciento treinta y ocho mil quinientas veinte pesetas (138.520 ptas.). -D. Á.A.A., ciento nueve mil doscientas sesenta y

seis pesetas (109.266 ptas.). -D^a M^aÁ.B.F., sesenta y una mil ciento cuarenta y tres pesetas (61.143 ptas.). Asimismo, debo condenar y condeno a la citada Entidad a que abone en concepto de atrasos del citado complemento las sumas siguientes sin que en ningún caso puedan comprender un período superior a cinco años y hasta el 1 de diciembre de 1997: a don S.L.G., quinientas setenta y dos mil cuatrocientas diecinueve pesetas (572.419 ptas.). -D. I.A.P., setecientos trece mil seiscientos cuarenta y ocho pesetas (713.648 ptas.). -D. D.R.B., quinientas sesenta y seis mil setecientas cuarenta pesetas (566.740 ptas.). -D. Á.R.B., setecientos ocho mil novecientos dieciocho pesetas (708.918 ptas.). -D. E.F.F., quinientas setenta y cuatro mil doscientas setenta y cuatro pesetas (574.274 ptas.). -D. N.G.C., quinientas cincuenta y cuatro mil cuatrocientas noventa y nueve pesetas (554.499 ptas.). -D. M.T.M., setecientos once mil setecientos tres pesetas (711.703 ptas.). -D. M.R.P., cuatrocientas sesenta y cinco mil noventa y tres pesetas (465.093 ptas.). -D. J.N.R., setecientos veintidós mil doscientas ochenta y dos pesetas (722.282 ptas.). -D. Á.A.A., quinientas sesenta y nueve mil setecientas cuarenta y cuatro pesetas (569.744 ptas.). -D^a M^aÁ.B.F., trescientas dieciocho mil ochocientos diecisiete pesetas (318.817 ptas.). Se desestima la demanda respecto de los actores -D. R.P.V. -D. J.L.L.M., -D. M.M.A.B., -D. M.P.C., -D. M.T.M. y don J.A.G.P., absolviendo al Banco de las pretensiones ejercitadas por estos trabajadores y se absuelve respecto de las cantidades prescritas y del interés por demora reclamado”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La decisión de instancia estimó exclusiva y parcialmente la demanda del grupo de trabajadores que habían solicitado la Jubilación anticipada, por considerar que en su caso los términos del pacto no permiten excluir del complemento de pensión a cargo del Banco demandado la cuota obrera a la Seguridad Social; entendiendo prescritas las diferencias anteriores al 27.octubre.92. Y rechazó la demanda de los otros dos grupos de accionantes -los solicitantes de Licencia Especial Retribuida y los de Suspensión del Contrato-, por entender que el clausulado de

sus respectivos acuerdos declara inequívocamente que el complemento de pensión no alcanza a incluir las previas retenciones por cuotas individuales a la Seguridad Social.

SEGUNDO.- 1.- Tal criterio es recurrido por la Empresa, que al amparo del art. 191.b LPL interesa nueva redacción al ordinal séptimo, para que acoja con mayor literalidad el acuerdo habido entre las partes; y que en el capítulo de examen del Derecho -vía art. 191.c LPL- denuncia infracción (a) del art. 43.1 LGSS, (b) del art. 40 del Convenio colectivo para la Banca Privada, en relación con el art. 2.1 del propio Convenio y de los arts. 82.1 ET y 37.1 CE, (c) del art. 1.281 CC, (d) de los arts. 1.282, 1.283, 1.285 y 1.289 CC, y (e) del art. 6.2 CC.

2.- Asimismo, la sentencia es recurrida por la representación de los demandantes, que por el cauce del art. 191.b LPL, solicita:

a) Añadir un nuevo HDP, expresivo de que «Todos los actores, excepto don S.L.G., don N.G.C., y don A.A.A., solicitaron del “B.B.V., S.A.” con fecha 27 de octubre de 1.997 mediante carta el abono del complemento reclamado en esta demanda. Por su parte don S.L.G. solicitó ese abono antes del 17 de enero de 1994, fecha en la que la entidad demandada le contestó negativamente a su petición. Don N.G.C. solicitó el abono del complemento el 24 de noviembre de 1993, y don A.A.A. solicitó del Banco a medio de carta el abono del citado complemento antes del 17 de enero de 1994, fecha en la que el Banco le contestó negativamente a su petición».

b) Nueva redacción para los ordinales quinto y sexto, con reproducción literal -se dice- del acuerdo habido entre las partes.

Y en el apartado de examen del Derecho -bajo la cobertura del art. 191.1 LPL- los actores denuncian (a) infracción del art. 1.973 CC, en relación con el art. 43 LGSS, (b) vulneración de los arts. 1.089, 1.258, 1.278, 1.281 y 1.288 CC, en relación con los arts. 106 y 165 LGSS y 49.6 ET, en relación con doctrina -de Suplicación- de esta propia Sala.

TERCERO.- 1.- Rechazamos las modificaciones que se interesan -por ambas partes recurrentes- de los ordinales quinto, sexto y séptimo, una vez que la redacción ofrecida en la instancia -previamente reproducida, en el primero de los fundamentos- es fiel reproducción de los acuerdos obrantes en autos, cuando menos en todos los apartados esenciales,

limitándose la divergencia a no hacer constar extremos absolutamente irrelevantes para la cuestión suscitada.

2.- Muy contrariamente se admite incorporar al relato de hechos el nuevo ordinal que se propone, siendo así que la general reclamación de la mayoría de los accionantes a medio de carta fechada en 27.octubre.97 ya figuraba en el fundamento primero de la sentencia recurrida, aunque con sustantividad fáctica y pleno 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 26.junio.01 R. 1.250/98, 26.junio.01 R. 2.451/01, 27.junio.01 R. 2.646/01, 13.septiembre.01 R. 3.854/01, 26.septiembre.01 R. 4.739/01, 3.octubre.01 R. 4.202/01, 25.enero.02 R. 4.739/01, 26.enero.02 R. 669/01 y 31.enero.02 R. 3.035/99); y los folios 71 y 72 (respecto del Sr. L.), 211 y 212 (en lo que toca al Sr. A.) y 167 (respecto del Sr. G.) pone de manifiesto la existencia de reclamación anterior a aquella fecha general y más concretamente en los términos que el recurso mantiene.

CUARTO.- 1.- Se admite la primera de las denuncia normativa que la Empresa hace, por cuanto que al analizar la naturaleza de las medidas de carácter social establecidas en los Convenios colectivos o pactos de empresa que mejoran las prestaciones de la Seguridad Social, la doctrina jurisprudencial es unánime «en el sentido de estimar que la fuente reguladora de tales mejoras son los pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de Convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario, como señaló la Sentencia del 20 marzo 1997 (Ar. 2.591), pero no es menos cierto que tales mejoras se integran según la constante doctrina de esta Sala, Sentencia entre otras del 25 septiembre 1995 (Ar. 6.886), en la acción protectora como mejora voluntaria de la Seguridad Social, estando por ello sometidas a los principios generales del sistema, salvo en esos aspectos específicos, que se hubieran establecido en el título de su concesión y bajo esta perspectiva» (SSTS 16.septiembre.98 Ar. 7.573 y 13.julio.98 Ar. 7.013, que se remite a las de 29.marzo.85 Ar. 1.455 y 10.abril.89 Ar. 2.953). Y en concreto, esas sentencias –como en doctrina de Suplicación las SSTSJ Murcia 4.junio.01 AS 1.441, Castilla y León/Valladolid 4.diciembre.00 AS

2001/411, y Galicia 17.julio.00 AS 1965 y 27.marzo.98 AS 1.032– proclaman la aplicabilidad del plazo prescriptivo de cinco años establecido en los arts. 54.1 LGSS/74 y 43.1 LGSS/94.

2.- Con independencia de esta expresa manifestación jurisprudencial, la Sala considera del todo injustificada la afirmación de instancia de que la mejora voluntaria es imprescriptible, pues las previsiones del art. 156 LGSS/74 («el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación es imprescriptible») y del vigente art. 164 LGSS/94 («el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, es imprescriptible»), son ciertamente singulares –excepción a la regla general– y mal pueden identificarse con «los principios generales del sistema», cualidad ésta muy contrariamente atribuible a un precepto de aplicación tan genérica como los citados arts. 54.1 LGSS/74 y 43.1 LGSS/94, al proclamar que «el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate».

La asimilación a la Seguridad Social de que son objeto –pro beneficiario– las mejoras voluntarias no puede llevarse al extremo de entender que se regulan por la integridad de la normativa reguladora de las prestaciones a las que en concreto mejoran o complementan, pues no hay que olvidar que ni su origen –un pacto– es el de las prestaciones propiamente dichas, ni el sujeto obligado al pago –la Empresa– es la Administración de la Seguridad Social.

Con mayor motivo –entendemos– habría de rechazarse la aplicación a la mejora del criterio jurisprudencial (SSTS 18.marzo.99 Ar. 3.008, 5.junio.98 Ar. 5.094, 22.noviembre.96 Ar. 9.451, 14.marzo.95 Ar. 2.768, 23.enero.95 Ar. 398, 25.marzo.93 Ar. 2.207 y 7.julio.93 Ar. 5.967) relativo a que en los supuestos de corrección de error en la determinación del importe inicial de la pensión, ajeno al beneficiario, «es lógico mantener –a falta de norma expresa de sentido contrario– que sus efectos deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, afectado por error en su contenido económico [...], y ello independientemente de la prescripción que, en su caso, pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica», que «por criterios de analogía, es el quinquenal del artículo 54 de la expresada LGSS [hoy

art. 43.1 LGSS/94]» (SSTSJ Galicia 25.enero.01 R. 4.007/97 y 10.marzo.00 R. 192/97). Lo que se la doctrina unificada justifica, desde el punto de vista de la interpretación literal, porque la solicitud a que la Ley se refiere es la solicitud inicial de la que deriva el reconocimiento de la pensión, y no puede extenderse –odiosa restringenda– a aquellas otras solicitudes que se formulen con posterioridad y con el objeto de modificar la cuantía de la prestación ya reconocida, pues no deben confundirse el reconocimiento del derecho a la prestación y la determinación de la cuantía de este derecho; y desde el punto de vista finalístico, señalando que la previsión del art. 164 LGSS/94 facilita el control de la EG sobre el efectivo cese en la actividad laboral, prevención que ya no resulta necesaria cuando el derecho se encuentra reconocido y tan sólo se reclama la modificación de su cuantía.

3.- Lo anteriormente indicado necesariamente determina que apreciemos la prescripción de cinco años, a contar desde la fecha en que fue reconocida la pensión de jubilación anticipada –hecho causante de la complemento de pensión–. Pero referida no a concretas diferencias económicas, sino al propio derecho a que se reconozcan tales diferencias. Y ello significa que la decadencia del derecho haya de actuar respecto de todos los accionantes cuya reclamación –judicial o extrajudicial– fuese posterior a los cinco años de la fecha inicial de efectos de su Jubilación anticipada; o lo que es igual –a la vista de lo relatado en los ordinales undécimo y decimocuarto de los HDP–, que únicamente no se halla prescrito el derecho a reclamar para los actores don R.P. (jubilación en 20.09.94), don M.M.A. (jubilación en 09.08.97), don M.P. (jubilación en 10.02.96), don I.T. (jubilación en 22.12.95), don E.F. (jubilación en 01.07.93), don N.G. (jubilación en 11.05.93), don J.L.L. (jubilación en 05.04.94) y don J.A.G. (jubilación en 03.06.96). Y –además– todos ellos con la limitación de posibles diferencias a los tres meses anteriores a la solicitud (arts. 54.1 LGSS/74 y 43.1 LGSS/94).

Prescripción que no excluye el examen de las restantes infracciones que se denuncian, por cuanto que los titulares de las acciones no prescritas llegaron a los tres acuerdos objeto de enjuiciamiento, de Licencia Especial Retribuida (Srs. P. y L.), de Suspensión del Contrato (Srs. A., P., G. y T.) y de Jubilación Anticipada (Srs. F. y G.).

QUINTO.- 1.- Se recuerda que conforme a los inmodificados HDP, las demandas que dieron lugar a las presentes actuaciones corresponden a tres colectivos diversos:

a).- El de quienes obtuvieron *Licencia Especial* retribuida hasta la baja por Prejubilación, previa –a su vez– la situación de Jubilación Anticipada, a los 60 años.

Lo que hicieron tras acuerdo respecto de que la Empresa se comprometía (folios 292 a 294 ...): 1º.- Durante la *Licencia Especial*, a abonar la *misma retribución bruta anual* que –por todos los conceptos fijos– cobraba cada actor en el momento del pacto y que se actualizaría con las mejoras previstas en los Convenios Colectivos sucesivos; 2º.- A partir de la *fecha de la prejubilación*, el BBV abonaría el total de las percepciones *brutas anuales* que en aquel momento viniese cobrando y *que formen parte de la Base Pensionable*; percepciones que le serían mantenidas hasta que se produjese su jubilación anticipada voluntaria, de forma inalterada y sin modificaciones posteriores en su cuantía; y 3º.- Que el día en que el actor pasase a la situación de *Jubilación Anticipada*, el BBV le asignaría un complemento de pensión necesario para que, sumado al importe de la pensión oficial que le fije entonces la Seguridad Social, alcanzase una cantidad igual al 100% de las *percepciones pensionables* que cobre en aquel momento. Y específicamente se indica que «Todas las percepciones a cargo del Banco de que se ha hablado a lo largo de este compromiso, serán brutas y, por tanto, de ellas se deducirá el *importe de los impuestos, las cuotas personales de Seguridad Social y las demás retenciones* que, lógicamente, correspondan a cada momento».

b).- El de los que alcanzaron *Suspensión del Contrato* por mutuo acuerdo, con anterioridad a la Jubilación anticipada.

Pacto alcanzado con las siguientes estipulaciones (folios 312 a 314 ...): 1ª.- Que la empresa le abonaría la *misma retribución bruta anual* que –por todos los conceptos fijos– cobraba cada actor en el momento del pacto y que se actualizaría con las mejoras previstas en los Convenios Colectivos sucesivos; 2ª.- Que «estas percepciones serán brutas y, en consecuencia, de ellas se *deducirán el importe de los impuestos, las cuotas generales de la Seguridad Social y las demás retenciones* que legalmente correspondan en cada momento». 3ª.- Que cumplidos los 60 años, extinguida la relación laboral y en situación de

Jubilación anticipada, «el Banco le abonará el complemento necesario para que, sumando a la pensión que le reconozca la Seguridad Social, perciba el actor el 100% de las *percepciones brutas pensionables* anuales, que el actor tenga al cumplir los 60 años, *deducidas las cuotas de la Seguridad Social* a su cargo».

c).- El de quienes suscribieron acuerdo con la entidad demandada para su *Jubilación Anticipada* (folios 261 y 262...).

Acuerdo solicitado expresamente al amparo del art. 40.3 del Convenio Colectivo y que fue obtenido con los compromisos de: 1º.- Abonar el BBV –hasta su Jubilación– «el total de sus actuales percepciones nominales anuales [...] De este importe se *deducirán los impuestos y otras retenciones* que legalmente correspondan en cada momento»; y 2º.- A partir de la Jubilación, «el Banco le asignará el complemento necesario para que, sumado a la pensión de la Mutualidad, alcance un *importe anual nominal equivalente al 100 por 100 de la cantidad resultante*».

2.- Asimismo ha de indicarse que el art. 40 del Convenio colectivo para la Banca Privada –referido expresamente en la solicitud de Jubilación anticipada– contempla la posibilidad de jubilación voluntaria y anticipada –en tres supuestos de edad y servicios variables– disponiendo que la Empresa queda obligada «a satisfacerle mensualmente una cantidad tal que, sumada a la pensión que el jubilado perciba de la Seguridad Social, suponga una percepción total anual igual al 100 por 100 [95 por 100 y 90 por 100; según supuestos] a la que tuviera por aplicación del Convenio, deducidas las cuotas de la Seguridad Social a su cargo, en el momento de su jubilación, incluidas las prestaciones familiares legales».

SEXTO.- Aún a pesar de que esta Sala hubiese podido mantener –como los recurrentes sostienen– posturas contradictorias en la interpretación de los pactos –extremo que consta fehacientemente, porque se desconoce el exacto presupuesto de hecho en sus respectivos pronunciamientos–, creemos que el tenor literal de los acuerdos objeto de debate obliga a desestimar la demanda, tal como ya hemos resuelto en sentencias de 26.marzo.2002 R. 4.838/98 y 21.junio.2001 R. 5.449/97, porque para ninguno de los tres colectivos el complemento de pensión a cargo del BBV incluye –también– el importe de las cuotas que tales

trabajadores venían satisfaciendo como cuotas a la Seguridad Social.

Y al efecto invocamos expresamente las prescripciones interpretativas del art. 1.281 CC, conforme al cual «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» y «si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas». Más en concreto:

1.º- Tratándose de los supuestos de *Jubilación Anticipada* se afirma en la propia solicitud que se ampara en el art. 40 del Convenio, y éste expresamente se refiere a que el complemento se obtendrá –también– «*deducidas las cuotas*» de la Seguridad Social; y aunque pudiera pensarse que el acuerdo mejora las prevenciones del Convenio, no hay que olvidar que el inciso final alude al «*100 por 100 de la cantidad resultante*» y ésta no puede ser sino la precedentemente referida, que se obtiene de que restar del total de sus actuales percepciones anuales «*los impuestos y otras retenciones* que legalmente correspondan en cada momento».

2.º- Para los casos de *Suspensión del Contrato*, como paso previo a la Jubilación Anticipada, es indudable que del complemento han de excluirse las cuotas de Seguridad Social a cargo del trabajador, al afirmar que «el Banco le abonará el complemento necesario para que [...], perciba el actor el 100% de las *percepciones brutas pensionables* anuales [...] *deducidas las cuotas* de la Seguridad Social a su cargo».

3.º- En lo que se refiere a los supuestos de *Licencia Especial Retribuida* (exclusivamente los Srs. P. y L.M.), también la Sala entiende que el complemento a abonarles no incluye la cotización social que venían satisfaciendo, porque si bien se garantiza que en la Jubilación habría de cobrarse «una cantidad igual al 100% de las *percepciones pensionables* que cobre en aquel momento» y esta referencia pudiera hacer pensar en la totalidad de los conceptos de carácter salarial –por los que se cotiza–, no lo es menos que –conforme a decisivo inciso final del acuerdo– «todas las percepciones a cargo del Banco de que se ha hablado a lo largo de este compromiso –no se excluye a las *percepciones pensionables* de que el propio escrito trata inmediatamente antes–, serán brutas y, por tanto, de ellas se deducirá el *importe de los impuestos, las cuotas personales de Seguridad Social y las*

demás retenciones», por lo que entendemos que de esta forma se pone de manifiesto que las tan citadas percepciones pensionables que cobre en el momento de pasar a la Jubilación *excluyen las cuotas personales de Seguridad Social*, lo que es coherente –lo señalábamos en la precitada sentencia de 26.marzo.02 R. 4.838/98– con el hecho de «en otro caso sería de mejor condición que el trabajador en activo, lo que no parece admisible», aparte de que –añadimos ahora– no dejaría de resultar paradójico que este colectivo –que por ser el de menor edad supone una menor actividad profesional y resulta por su mayor proyección temporal el más gravoso para la Empresa– resultase privilegiado respecto de quienes obtuvieron la *Suspensión de Contrato* o directamente la *Jubilación Anticipada*.

SÉPTIMO.- Además, a nuestro entender, en la interpretación de los tres tipos de acuerdos –Licencia Especial Retribuida, Suspensión del Contrato y Jubilación Anticipada– suscritos por los actores con la entidad demandada creemos han de observarse ciertos criterios generales, que en todo caso –con mayor oportunidad en el menos transparente de ellos, la Licencia Especial Retribuida– reforzarían la conclusión a la que hemos llegado:

1.º- Para la doctrina jurisprudencial –valgan por todas las SSTS 13.julio.98 Ar. 7.013 y 20.marzo.97 Ar. 2.591– la fuente reguladora de las medidas de carácter social establecidas en los Convenios colectivos o pactos de empresa que mejoran las prestaciones de la Seguridad Social se encuentran en los propios pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de Convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario; pues –STSJ Galicia 30.septiembre.98 R. 4.367/95– las normas de interpretación establecidas en el CC son subsidiarias en su aplicación, de manera que cuando la literalidad de las cláusulas de un contrato o pacto sean claras –como veremos, éste es el caso de autos–, no son de aplicar otras diferentes que la que corresponde al sentido gramatical (STS 1.abril.1987 Ar. 2.482).

2.º- Ciertamente –lo recordaba la STSJ Madrid 30.octubre.97 AS 3.819– que la interpretación armónica del ordenamiento jurídico remite a considerar las mejoras de la Seguridad Social con criterios propios del Sistema de Seguridad Social en cuanto a los aspectos accesorios de la mejora, pero en el bien entendido de que siempre ha de realizarse ello bajo la concepción de que se trata de una obliga-

ción no onerosa sino a título gratuito, cuya interpretación –art. 1.289 CC– si no existe otra forma de resolver cuál fuese la interpretación debida, ha de resolverse a favor de la menor transmisión de derechos e intereses (SSTSJ Galicia 30.septiembre.98 R. 4.367/95 y 20-abril-01 R. 118/00).

3.º- La Sala considera que la singularidad de cada uno de los tres tipos de pactos que fueron suscritos radica básicamente en la diversa edad de los trabajadores firmantes, puesto que ella determina un iter distinto hasta llegar a la Jubilación (Licencia Especial-Prejubilación-Jubilación anticipada, en el primer caso; Suspensión del Contrato hasta la Jubilación Anticipada, en el segundo supuesto; y sólo Jubilación Anticipada, en el tercer grupo). Pero que los tres acuerdos tienen absoluta identidad finalística, entre ellos y con el art. 40 del Convenio colectivo, cual es la de aligerar y/o rejuvenecer la plantilla del banco demandado, hasta el punto de que entendamos que cualquier divergencia de tratamiento en su consecuencia última (ingresos garantizados en la Jubilación) ha de tener inequívoca expresión en el documento de acuerdo; así lo imponen el contexto de los pactos y el rechazo de posibles agravios comparativos.

4.º- Si en la interpretación de todo contrato ha de atenderse a la intención común de los contratantes y si –de acuerdo al art. 1.282 CC– «para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse, principalmente, a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato», nos parece ciertamente sugestiva de esa voluntad común el hecho de que la entidad demandada siempre –sin excepción– hubiese descontado del complemento la llamada «cuota obrera» (a la que –como veremos– específicamente se refiere en los tres grupos de pactos) y que se formulase por los trabajadores la primera reclamación tras muchos años de pacífica aceptación de aquel descuento.

OCTAVO.- En último término, la Sala ha de rechazar la presentación de escritos que en trámite de recurso se ha efectuado, refrendando y aportando sentencias de este Tribunal –anteriores y posteriores a la de instancia– relativas al objeto de autos. Lo que por no guardar ninguna relación con el supuesto excepcional de alegación y aportación de prueba previsto en el art. 231 LPL, determina que tales escritos y documental acompañatoria

se rechacen directamente por esta sentencia, acordando su devolución a las partes.

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que desestimando el recurso articulado por los actores y acogiendo el recurso formulado por el “B.B.V., S.A.”, declaramos prescrita la acción ejercitada por don S.L.G., don I.A.P. don D.R.B., don Á.R.B., don M.T.M., don M.R.P., don J.N.R., don Á.A.A. y doña M.Á.B.F.. Y entrando en el fondo del asunto, rechazamos la demanda formulada por don R.P.V., don

3384 Recurso número: 03/10.033/1997

S.CA. INFRACCIÓN GRAVE: NON DAR DE ALTA A TRABALLADORAS. NON PROCEDE A REVOGACIÓN DA RESOLUCIÓN SANCIONADORA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López.

En la Ciudad de A Coruña, a treinta de abril de dos mil dos.

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 03/10.033/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “C., S.A.”, domiciliado en C/... (A Coruña) representado y dirigido por la letrada doña T.F.G., contra Resolución de 08.04.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción número 2.121/94, expediente número 10.040/95. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 153.000 pesetas ó 919,55 euros.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practi-

caron 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 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 veinticuatro de abril de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- En el presente recurso se impugna la resolución de 08.04.97 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se desestimó un recurso ordinario formulado por la representación de la entidad mercantil “C., S.A.” contra la imposición de una sanción por no haber dado de alta a tres trabajadoras. Esta infracción había sido declarada probada tras haber girado visita dos controladores laborales a la sala de bingo de la que aquélla era titular y advertir que no figuraban de alta en la Seguridad Social tres trabajadoras que, debidamente uniformadas, declararon a los actuarios que habían empezado a trabajar el 01.11.94; en efecto, unos días después compareció en las oficinas administrativas un representante de la empresa y aportó los partes de alta con efectos de aquella fecha, pero con sello de entrada de 08.11.94, por lo que se le impuso finalmente la sanción ya descrita, previa audiencia de la empresa que nada alegó en su descargo.

En el escrito de demanda se solicita que se deje sin efecto la sanción, por cuanto -se afirma- las personas uniformadas todavía no trabajaban en el bingo, sino que estaban en fase de observación para una posterior selección y que si estaban uniformadas era por una cuestión de imagen; no interesa la práctica de prueba alguna, ni razona jurídicamente sus argumentos, lo que sirve de base para que la Abogacía del Estado interese la desestimación del recurso al no justificar, mediante prueba

contradictoria, que los hechos recogidos en el acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social fueran incorrectos.

II.- Ya ha tenido ocasión de manifestar esta Sala en asuntos análogos al que ahora se fiscaliza que en el sistema de la Seguridad Social resulta indisponible para las personas incluidas en un régimen de aseguramiento determinar cuando y en que forma deben causar alta o baja en el mismo y, consiguientemente, ingresar las cuotas sociales, pues esta es una materia que el legislador ha dispuesto con carácter obligatorio cuando se den los supuestos legalmente establecidos; así lo disponen con carácter general los artículos 12 y 15 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto-legislativo 1/1994, de 20 de junio y de forma singular para el Régimen General los artículos 100, 102 y 103 y 106 del mismo texto, preceptos que se remiten a lo que se disponga en las correspondientes normas reglamentarias: ello conduce a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 y siguientes del Real decreto 1.258/1987, de 11 de septiembre, sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de trabajadores en la Seguridad Social y 17 de la Orden ministerial de 28 de diciembre de 1966, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social, donde se dispone la obligación del empresario de comunicar el alta de sus trabajadores, en modelo oficial dentro de los cinco días siguientes al del inicio del trabajo por cuenta ajena con la advertencia de que, en caso de incumplimiento, se practicará el alta de oficio y se exigirán las responsabilidades al empresario infractor.

Ya se comprende que si las tres personas uniformadas que se encontraban en la sala de bingo no eran todavía trabajadoras de la empresa, no tenía esta ninguna obligación de haberlas dado de alta en la Seguridad Social el 08.11.94 con efectos del 01.11.94, que fue lo que hizo la empresa de forma voluntaria, con independencia de lo que se hubiera indicado, sugerido o concluido en el acta de la inspección actuante, de modo que con ese proceder vino la empresa a reconocer que las tres personas uniformadas se encontraban, en realidad, realizando trabajos retribuidos desde el primer día de ese mes

pues no sólo no prueba nada en contrario, sino que la forma en que se condujo la empresa revelaba tal conclusión, por lo que quedó acreditada la comisión de la infracción y, con ello, la imposición de la sanción de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 36 y 37 de la Ley 8/1988 de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, de lo que se concluye que deba desestimarse el recurso y confirmarse el acto recurrido.

III.- Al no haberse actuado de forma temeraria o maliciosa, no se hace imposición de costas a ninguno de los litigantes (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “C., S.A.” contra Resolución de 08.04.1997 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción número 2.121/94, expediente número 10.040/95, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES.

3385 Recurso número: 03/9.924/1997

S.CA. INFRACCIÓN MOI GRAVE: CONNIVENCIA COS TRABALLADORES PARA A OBTENCIÓN INDEBIDA DE PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO. RESPONSABILIDADE DAS PERSOAS XURÍDICAS. INTRANSMISIBILIDADE DA MESMA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado.

En la Ciudad de A Coruña, treinta de abril de dos mil dos.

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 03/9.924/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "M., S.L.", domiciliada en C/... (A Coruña) representado por el procurador don I.E.O. y dirigido por el letrado don A.A.V., contra Resolución de 19.09.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción número 1.474/96; expediente núm. 8.759/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 501.000 pesetas ó 3.011 euros.

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 diecisiete de abril de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de septiembre de 1997, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña de 31 de marzo de 1997, de imposición de sanción por importe de 501.000 pesetas, derivada de acta de infracción número 1.474/96, instruida a la empresa "M., S.L." por infracción del artículo

29.3.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, que tipifica como falta muy grave "La connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones de desempleo".

II.- Invocado por la actora, entre los motivos fundamentadores de su pretensión de nulidad, la vulneración del principio de responsabilidad o personalidad de la sanción que, como es sabido, obliga a sancionar exclusivamente a las personas responsables del ilícito administrativo, debe comenzarse señalando que el artículo 130.1 de la LRJPAC establece que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos.

Ahora bien, el que ese precepto reconozca capacidad infractora a las personas jurídicas no significa, sin embargo, que éstas puedan ser sancionadas por hechos que no les son o no pueden serles directamente imputados. Y se dice esto porque, referida el acta de la Inspección a hechos constitutivos de infracción que supuestamente fueron realizados en momento en el cual no consta estuviere ya constituida la entidad "M., S.L.", o en el que en todo caso no había ésta comenzado su actividad, mal podía atribuirse a esa sociedad la autoría de tales hechos, al no poder ser sujeto activo de los mismos, ya que no cabe concebir que fueren realizados por una persona jurídica aún no constituida o no operativa. Tampoco corresponde a esa sociedad asumir una responsabilidad derivada de una infracción administrativa que pudiese haber cometido la comunidad de bienes (A.F.P. y J.M.S.M. "C.B.") (propia de las personas físicas que la integran), por mucho que se hubiere operado una sucesión de titularidades empresariales, pues una tal transmisión de dicha responsabilidad contraviene el principio de responsabilidad personal y de personalidad de las sanciones en que se asienta todo el sistema punitivo, ya que nadie puede ser sancionado por actos que no le pueden ser directamente imputados.

III.- Ha de concluirse por ello, que la resolución aquí impugnada al sancionar a la entidad "M., S.L." por hechos que no pueden serle directamente imputados y por una infracción de la que no es ni puede ser sujeto activo, vulnera el artículo 130 LRJPAC y contraviene el principio de responsabilidad, por lo que debe ser anulada, sin que proceda el estudio del resto de los motivos de impugnación suscitados.

CUARTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don I.E.O., en representación de la entidad "M., S.L." contra resolución de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 19 de septiembre de 1997, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña de 31 de marzo de 1997, y en consecuencia, anulamos y dejamos sin efecto dicho acto administrativo, por no se conforme a Derecho.

3386 Recurso nº 1.554/02

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. CONFLICTO PLURAL ATINXENTE A UN NÚMERO REDUCIDO DE TRABAJADORES.

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

A Coruña, a siete de mayo de dos mil dos.

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. 1.554/02 interpuesto por el SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA 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 demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 987/01 sentencia con fecha diez de enero de

dos mil dos por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"1º) El presente Conflicto colectivo afecta al Complejo Hospitalario "J.C." de A Coruña, dependiente del SERGAS, así como a la totalidad del personal que presta servicios en los centros que componen el citado Complejo Hospitalario, en las categorías profesionales previstas en el Estatuto de Personal no Sanitario como personal de oficio, en número aproximado de sesenta personas./ 2º) En el Complejo Hospitalario "J.C." de A Coruña, se convocaron en fecha 11.02.99, 14.02.00, 03.04.00, diez, cinco y tres plazas, respectivamente, de conductores de instalaciones a proveer en promoción interna mediante el sistema de libre designación, de las cuales sólo se cubrieron doce, que se encuentran ubicadas en las siguientes dependencias: siete en el Hospital Materno Infantil (en turno de mañana, tarde y noche), cuatro en el Complejo Hospitalario (esterilización, turno de mañana) y una en Electromedicina./ Dichos puestos se cubrieron en virtud del citado procedimiento, entre personal que se encontraba prestando servicios en el Complejo Hospitalario y que pertenecía a alguna de las categorías previstas en el Estatuto de personal no Sanitario, como personal de oficio./ 3º) Como consecuencia de la cobertura de plazas de Conductores de Instalaciones con personal del propio Complejo, se genera en las plantillas de personal de oficio varias plazas vacantes, aquéllas desde las cuales promocionaron los afectados, que no han sido cubiertas con nuevo personal, por lo que, con el objeto de que las funciones inherentes a dichas vacantes queden atendidas se amplía el contenido funcional de los puestos de conductores instaladores, denunciando los actores a través de la presente demanda la ampliación de las funciones de conductor de instalaciones, por cuanto que el personal que ocupó este último puesto está desempeñando además de las funciones propias de su nueva categoría, las correspondientes al puesto que venían desempeñando con anterioridad./ 4º) los actores, además de lo anteriormente expuesto, denuncian a través de la presente litis, de que aún en el supuesto de que se considerase la inexistencia de vacante en el puesto base (de personal de oficio), el hecho de que los conductores de instalaciones tenga que desempeñar de forma conjunta todas las funciones correspondientes a dichos puestos bases".

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

“FALLO: Que desestimando la excepción de “inadecuación de procedimiento” invocada por el SERGAS y desestimando la demanda interpuesta por la representación del SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA, contra el SERVICIO GALEGO DE SAUDE, debo absolver y absolver a dicho demandado de los pedimentos contenidos en la demanda”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda de conflicto colectivo recurre la representación del Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, promovente del mismo, articulando un único motivo de suplicación en el que -al amparo del art. 191-c) de la LPL- denuncia infracción por aplicación indebida de la Resolución de fecha 20 de febrero de 2000 (sic), dictada por la Dirección de Recursos Humanos del INSALUD, asumida por la Comunidad Autónoma de Galicia, mediante Resolución de fecha 18 de septiembre de 1992, de la Dirección de Recursos Humanos del Sergas; y, de no estimarse la inaplicación de la citada Resolución, infracción por inaplicación de la disposición adicional del Real Decreto-ley 3/1987, por entender que los conductores de instalaciones constituyen una categoría profesional y no un puesto de trabajo; alegando, en síntesis, que la instrucción novena de la citada Resolución establece que “en el caso de nombramiento como conductor instalador, el interesado no liberará la plaza de su categoría, plaza que por lo tanto, no puede ser objeto de provisión, ni con carácter temporal, ni con carácter fijo”, pero no menciona que el personal de oficio designado por el sistema de libre designación para cubrir las plazas de conductores de instalaciones desempeñen las funciones inherentes a dicha categoría, a la vez que tengan que desempeñar las que anteriormente venían realizando en su categoría base. En la práctica, lo que se viene haciendo es que con un mismo trabajador se cubren dos puestos de trabajo diferentes, con categorías diferentes; por un lado, la de conductores de instalaciones y, por otro, el de personal de oficio correspondiente.

Interesa, por tanto, el Sindicato recurrente la estimación del conflicto en los términos expresados en la demanda, que reproduce en el escrito de recurso.

SEGUNDO.- Siendo de inexcusable acatamiento la observancia de las normas procesales relativas al cumplimiento de los requisitos esenciales del proceso, y a la vista de lo postulado en demanda y el contenido de la sentencia impugnada, la Sala estima que procede examinar de oficio la posible existencia de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo por no concurrir los requisitos previstos para esta modalidad procesal en el art. 151 de la LPL. Al respecto, procede hacer las siguientes consideraciones:

1.- En primer término, debe recordarse que una reiterada doctrina jurisprudencial y de suplicación (entre otras, las Sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 22 diciembre 1994 (Ar. 10.708), 22 abril y 12 junio 1996 (Ar. 3.335 y 5061), 12 y 14 de julio de 2000 (Recurso nº 2.765/99 y 4.534/98), la de la Audiencia Nacional de 15 julio 1996 (AS 2.975) y la de esta Sala de 23 enero 1998, (AS 278; Recurso de Suplicación núm. 4.873/1997), señala la separación entre el conflicto colectivo y el individual y plural del siguiente modo: «Por un lado, el *elemento subjetivo* del conflicto está configurado por un grupo genérico de trabajadores, con homogeneidad debida a un elemento de conexión común y cuyos intereses generales vendrán a resultar afectados por la existencia de un conflicto actual, precisando para su resolución de la aplicación de la norma cuya interpretación se postula. Por otro, el *elemento objetivo* del conflicto colectivo exige que el interés cuestionado no sea el individual y concreto de cada sujeto o de alguno de los componentes del grupo, que pueda ser diferenciado por circunstancias que los puedan apartar de los restantes componentes del grupo; si la solución a la controversia exige tomar en consideración circunstancias individuales, no será la modalidad procesal especial la idónea para ventilar la controversia» ... «Ese interés, 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; y no son propias del proceso de conflicto colectivo las pretensiones que exigen una valoración de circunstancias particulares de los distintos miembros del grupo».

2.- Y aplicando la anterior doctrina al caso enjuiciado, parece evidente que la modalidad procesal del conflicto colectivo no es la

adecuada para ventilar la cuestión planteada. En efecto, en demanda -y en el hecho primero de la sentencia- se afirma inicialmente que el conflicto colectivo afecta a la totalidad del personal que presta servicios en los Centros que componen el Complejo Hospitalario "J.C.", en las categorías profesionales del Estatuto de Personal no Sanitario como personal de oficio, y en número aproximado de 60 personas. Sin embargo, y pese a la anterior afirmación, la cuestión discutida solo se refiere a la pretensión de un cambio en la situación del personal que pasó a ocupar mediante el procedimiento de libre designación, las "doce plazas" de "conductores de instalaciones" que se cubrieron en provisión interna entre el personal que se encontraba prestando servicios en el Complejo Hospitalario y que pertenecía a algunas de las categorías previstas en el Estatuto del Personal no Sanitario, interesando la no realización de las funciones que anteriormente venían desempeñando como personal de oficio. Es evidente, por tanto, que el *elemento subjetivo* del conflicto no afecta, como se afirma, a un grupo genérico de trabajadores (el personal de oficio del Complejo Hospitalario compuesto por unas 60 personas), sino solo a los doce concretos que fueron designados "conductores de instalaciones". Y tampoco el *elemento objetivo* del conflicto se refiere a los intereses generales de un grupo genérico, sino al individual y concreto de cada sujeto o de alguno de los componentes de ese grupo de doce que fueron designados como tales "conductores de instalaciones", cada uno con sus circunstancias particulares en función del oficio que desempeñan o venían desempeñando antes de su nombramiento, por ser los únicos a quienes individual o pluralmente afecta la decisión o práctica empresarial. La conclusión ha de ser la apreciación de oficio de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, al ser cuestión de orden público procesal (art. 151 LPL), con la consiguiente desestimación de la demanda sin entrar a resolver sobre el fondo de la misma.

Fallamos

Que apreciando de oficio inadecuación de procedimiento de conflicto colectivo, debemos revocar y revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de esta Capital con fecha 10 de enero de 2002. En consecuencia, desestimamos la demanda interpuesta por el Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, contra el demandado Servicio Galego de Saúde, sin entrar a resolver sobre el fondo de la misma.

3387 Recurso nº 2.055/02

S.S. ACOSO SEXUAL. COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL MAILA PENDENCIA DUN PROCESO PENAL. VALORACIÓN CONXUNTA DO MATERIAL PROBATORIO. INESIXEBILIDADE DE RESPOSTA INMEDIATA DA VÍCTIMA. CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto.

A Coruña, a siete de mayo de dos mil dos.

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 2.055/02, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y por los Letrados doña P.B.L., en nombre y representación de don C.C.P., y don. J.A.P.A., en nombre y representación de la empresa "U., S.A.", contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 684/01 se presentó demanda por doña P.M.A., sobre VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES, de la PERSONA (acoso sexual en el trabajo; discriminación por razón de sexo) frente a la empresa "U., S.A." y a don C.C.P. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 31 de diciembre de 2001 por el Juzgado de referencia, que, desestimó excepciones planteadas de conflicto jurisdiccional, litispendencia, falta de acción y legitimación pasiva, estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Dª. P.M.A., mayor de edad, con D.N.I..., vino prestando servicios por cuenta de "U., S.A." desde el 22.02.01, a medio de contrato temporal de seis meses de duración, por acumulación de tareas que se definen como "implantación del servicio de recogida de R.S.U. mancomunado en la zona del Morra-

zo”; su categoría era de Peona de recogida de noche y su salario de 121.800 pesetas mensuales, con prorrateo de pagas extras.= II.- D. C.C. tiene la categoría de Conductor-Jefe de Equipo, realizando funciones de Encargado del turno de noche desde abril de 2001; es tío del Jefe de Servicios en Lugo de “U., S.A.”.= III.- El Sr. C. hacía bromas de tipo sexual a la actora, pasando posteriormente y cuando finalizaba el servicio o tenía que acompañarla a la recogida del casco, a pedirle a la actora que lo besara y le tocara sus órganos sexuales, a pesar de las negativas de la Sra. M. y su petición de que la respetara. Ante su insistencia, la actora pidió a un compañero que no la dejara sola con el Sr. C. y posteriormente, a sugerencia de éste, grabó en cinta magnetofónica una de tales proposiciones.= IV.- El Sr. C. indicó a la actora que si quería que no la cesaran debía acceder a sus propuestas sexuales; ante ello la actora llevó la grabación en el mes de julio al Encargado general, quien le dijo que era muy grave, que no denunciara y la empresa lo solucionaría. El Jefe de Servicios de Pontevedra le aseguró a principios de agosto que darían solución a su problema y mientras tanto se fuera de vacaciones hasta el 13 de agosto, mandando igualmente al Sr. C. de vacaciones. La empresa no adoptó ninguna medida disciplinaria respecto al Sr. C..= V.- El día 20.08.01 el Encargado general comunica a la actora que al día siguiente cesaría por finalización del contrato; ante tal comunicación la actora tuvo que ser atendida en el Servicio de Urgencias por una crisis de ansiedad, expidiéndosele al día siguiente parte de baja médico, pasando a la situación de I.T.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO.= Que desestimando las excepciones planteadas de conflicto jurisdiccional, litispendencia, falta de acción y legitimación pasiva y estimando parcialmente la demanda de doña P.M.A., estimo la existencia de una conducta violadora de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 18.1 y 14.2 de la Constitución, por parte de don C.C.P. y “U., S.A.”, condenando a que, para la reparación de los daños causados, ambos condenados, solidariamente, indemnizen a la actora en la cantidad de 500.000 pesetas, absolviéndola del resto de las peticiones.= Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpusieron respectivos recursos de Suplicación por los codemandados, que no fueron

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestimando las excepciones de conflicto jurisdiccional, litispendencia, falta de acción y legitimación pasiva, y estimando parcialmente la demanda, declaró la existencia de una conducta violadora de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.1 y 14.2 de la Constitución Española, por parte de don C.C.P. y “U., S.A.”, condenando a ambos demandados, solidariamente, a que, en concepto de reparación de los daños causados, indemnizaran a la actora en la cantidad de 500.000 ptas., absolviéndoles del resto de las pretensiones. Decisión judicial que es recurrida por el Ministerio Fiscal, así como por los condenados, denunciándose por el primero infracción de los artículos 2, k) de la Ley Procesal Laboral y 24 de la Constitución Española, alegando, fundamentalmente: a) La existencia de un conflicto de jurisdicción, al estimar que, derivándose de la demanda la existencia de un delito de acoso sexual e, incluso, de agresión sexual, existiendo una denuncia en el ámbito penal, los hechos deberían debatirse ante la Jurisdicción Penal, con las garantías propias de tal proceso; que no era posible abrir dos vías jurisdiccionales, Social y Penal, y que, dado que, en el presente caso, se estaba imputando al codemandado un hecho delictivo, debía ventilarse ante la indicada Jurisdicción, por lo que entendía debía, no ya suspenderse el procedimiento, sino archivarse y sustituirlo por el procedimiento penal. b) Que existía una clara vulneración de las garantías constitucionales, generadora de indefensión, al haberse aportado pruebas radicalmente nulas o de contenido puramente circunstancial, que precisarían una minuciosa investigación y para cuyo análisis, en cualquier Orden Jurisdiccional, era necesario algo más que la sana crítica, habiéndose vulnerado derechos tan fundamentales como el derecho a no declarar contra sí mismo (pese a la oposición del Ministerio Fiscal), al solicitarse por las partes la confesión del demandado bajo juramento o promesa de decir verdad, por lo que solicitaba se decretase la nulidad del procedimiento, estimando que la única Jurisdicción competente para conocer de la presente litis es la Penal, o, subsidiariamente, de no ser aceptada la anterior petición, se decretase la nulidad de la sentencia, al existir una vulneración clara de las garantías constitucionales;

en tanto que por el condenado y por la empresa (igualmente condenada) se interesa, por el primero, la revisión de los hechos declarados probados y se censura el derecho aplicado en la sentencia recurrida, denunciando infracción de la doctrina del Tribunal Supremo y del Constitucional sobre el *onus probandi*, e infracción de los artículos 18.1 y 14.2 de la Constitución Española, 1901 y 1902 del Código civil y 50 del Estatuto de los Trabajadores, interesando la modificación del *quantum* indemnizatorio; y por la segunda se censura el derecho aplicado, denunciando infracción de los artículos 24.1 de la Constitución Española y 90 de la Ley Procesal Laboral, en cuanto se vulneraban garantías constitucionales en la valoración de la prueba y, en especial, en la cinta de grabación, al no constar se realizara en horario laboral y en el centro de trabajo y que se había vulnerado el derecho a la intimidad.

SEGUNDO.- Por lo que respecta al recurso planteado por el Ministerio Fiscal, en el que alega que, dado que de la demanda se deriva la existencia de un delito de “acoso sexual” e incluso de “agresión sexual”, los hechos deberían enjuiciarse ante la Jurisdicción Penal, con las garantías propias de tal proceso (de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); se ha de tener en cuenta que el propio artículo 175.3 de la Ley Procesal Laboral presupone la posible calidad delictiva de las conductas enjuiciadas en esta modalidad procesal, sin que ello suponga que deba debatirse ante la Jurisdicción Penal, pues, de conformidad con reiterada jurisprudencia y doctrina de suplicación, lo único que cabe es la suspensión por concurrencia de cuestión “prejudicial penal”, en base al artículo 4.3 de la Ley Procesal Laboral cuando afecte a falsedad documental, y sólo en el caso previsto en el artículo 86.2 de la L.P.L., para el supuesto de que “fuese alegada por una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de notoria influencia en el pleito porque no pueda prescindirse de la resolución de la causa criminal para la debida decisión o condicione directamente el contenido de ésta”; y esta exigencia legal no se da en el supuesto litigioso, en dónde se postula la prestación de tutela judicial en base a una vulneración del derecho a la libertad sexual y a la dignidad e intimidad de la persona, amparada en el artículo 4.1, e) del vigente Estatuto de los Trabajadores, en dónde se consagra “el derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y la conside-

ración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”. Por todo ello la Sala entiende que no pueden aceptarse las argumentaciones del recurrente y ello por las siguientes consideraciones: a) No se está en presencia de una cuestión prejudicial penal, ya que ésta, en el proceso laboral, queda reducida, como preceptúa en el nº 3 del artículo 4º de la Ley rituaría de este Orden Jurisdiccional, a la de “falsedad documental” y cuando su solución sea de todo punto indispensable para dictar sentencia, y esta exigencia legal no se da en el supuesto litigioso; pero es que, además, el propio precepto, en su nº 1, extiende la competencia de los Órganos jurisdiccionales del Orden Social al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho Orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo. b) En el escrito de demanda se postula la prestación de tutela jurídica de protección del derecho de la trabajadora -ahora recurrida- frente a ofensas físicas de naturaleza sexual, reconocidas en el artículo 4, letra e) del Estatuto de los Trabajadores y comprendidas dentro del respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad. c) Las cuestiones previas y prejudiciales -con la salvedad antedicha- serán decididas, a tenor de lo normado en el nº 2 del citado artículo 4º de la Ley Procesal Laboral, en la resolución judicial que ponga fin al proceso y la decisión que se pronuncie no producirá efecto fuera del litigio en que se dicte. d) Lo que se enjuicia en el proceso de cuya resolución final dimana el presente recurso es la posible ilicitud o antijuridicidad de un acto de un Encargado, en el campo laboral (acoso sexual), y del empresario, por no adoptar las medidas de vigilancia precisas y no iniciar una investigación y sancionar conductas merecedoras de ello, abstracción hecha -por obvias razones competenciales- de si es o no constitutivo de un ilícito penal. E) La relación jurídico-material, sustento de la jurídico-procesal, no precisa para su enjuiciamiento y decisión, por las razones antes apuntadas, de un previo pronunciamiento del Orden Jurisdiccional Penal, y menos que se declare la incompetencia de la Jurisdicción Social, frente a la Penal, al haber sido denunciados los hechos en dicha vía, por cuanto son perfectamente compatibles.

En cuanto a esa supuesta vulneración de garantías constitucionales en la valoración de la prueba, tampoco merece favorable acogida, por cuanto la Juez llega a la conclusión

de que se han conculcado derechos fundamentales, “derechos a la intimidad y a la libertad sexual”, en virtud de una valoración conjunta de la prueba practicada, conforme a las reglas de la “sana crítica”, para lo que ha tenido en cuenta, no sólo la prueba de confesión de las partes, sino la testifical, así como la cinta de grabación (acompañada de la transcripción prevista en el artículo 382.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con sujeción a los principios de inmediación, oralidad y contradicción que rigen el proceso laboral, siendo jurisprudencia reiterada que la valoración de la prueba es cometido exclusivo del Juez y consiste en determinar si los hechos alegados por las partes han resultado efectivamente acreditados, que se traduce en la declaración de hechos probados de la sentencia, para lo 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 y libertades públicas, sin que la utilización de medios mecánicos de reproducción suponga la violación del derecho a la intimidad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14.04.92, Aranzadi Social 2.060). En todo caso, en el supuesto hipotético (que no se acepta) de que la cinta de grabación se entendiese que conculcaba derechos fundamentales, tampoco sería trascendente, pues, la Magistrada de instancia tuvo en cuenta para considerar como probados unos determinados hechos, no ya sólo la grabación, sino las restantes pruebas practicadas en el acto de Juicio, que fueron analizadas conjuntamente conforme a las reglas de la “sana crítica”.

TERCERO.- Por la representación letrada del codemandado-condenado, se interesa en primer lugar la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se suprima el inciso del ordinal segundo relativo a: “*realizando funciones de Encargado del turno de noche*”, así como los ordinales tercero y cuarto, e interesa la adición de un nuevo hecho del tenor literal siguiente: “*No existen indicios suficientes que permitan calificar como verosímiles las imputaciones efectuadas por la demandante en su escrito de demanda*”. Supresiones y adición que se rechazan por cuanto en las primeras se trata de hechos negativos, sin que se aporte documental que de modo directo y evidente demuestre el error

de la Juzgadora; y en cuanto al segundo, implica calificaciones o valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo, más propias de la fundamentación jurídica de la sentencia que del relato fáctico de hechos probados.

CUARTO.- Igualmente, con adecuado amparo procesal -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- se denuncia infracción de la doctrina del Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el *onus probandi*, volviendo a reproducir, prácticamente, lo alegado por el Ministerio Fiscal, añadiendo que resultaba a todas luces sorprendente que, si hubiese existido acoso sexual por parte del codemandado, durante al menos tres meses -tal y como sostiene la Juzgadora de instancia-, estando sometida a una conducta constante y persistentemente incómoda, hostil, humillante y ofensiva, no hubiese reaccionado de inmediato frente a dicha conducta, sino que esperara, justamente, a tener conocimiento de la no renovación de su contrato laboral para denunciar los hechos judicial y extrajudicialmente; argumentación que se rechaza, pues, la tutela que se solicita se refiere a posibles incumplimientos contractuales durante la vigencia de la relación laboral y, además, según ha quedado acreditado en la fundamentación jurídica (que, aunque en lugar no adecuado, tiene valor de hecho probado), al menos tres personas, sin interés alguno en la litis y de forma clara y convincente, exponen que ya desde el mes de junio la demandante describe la conducta acosadora y justifica la grabación entregada, en la que se escucha claramente, en voz que parece como la del Sr. C., expresiones como “*mira como tengo la...*”, “*déjame la manita... para que me toques... los buesos*”. “*Dame un beso... dámelo*”, y el claro rechazo de la actora: “*te gusta que te toque yo, a mí no me gusta, como te lo tengo que decir*”, “*por favor, déjame la mano suelta*”, “*por favor, respétame*”, “*no te doy un beso, no tengo por qué dártelo*”, “*no quiero que me insistas en una cosa que estoy harta de decirte que no*”.

QUINTO.- Con carácter subsidiario, y para el supuesto de que el recurso no sea estimado, alega vulneración de los artículos 1.901 y 1.902 del Código Civil y 50 del Estatuto de los Trabajadores, interesando la revisión del quantum indemnizatorio por estimar excesiva la cuantía señalada en la parte dispositiva de la sentencia, lo que se rechaza, y ello en base a las siguientes consideraciones:

1ª) Actualmente predomina la idea de que el daño moral consiste en el impacto o

sufrimiento psíquico o espiritual producido por agresión directa a bienes materiales o al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, dignidad, etc.), y su reparación no atiende a la reintegración de un patrimonio, sino que va dirigida principalmente a proporcionar, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado [sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 26 de junio de 1984 y de 31 de mayo de 1983].

2ª) En todo caso, para la determinación del *quantum* indemnizatorio, debe atenderse a todas las circunstancias concurrentes, de lugar y tiempo, situación de superioridad del causante del daño, así como a criterios de proporcionalidad en relación con las indemnizaciones que se acostumbra a señalar en casos semejantes, incluso en el supuesto de figuras delictivas más graves (Tribunal Supremo, Sala 2ª, sentencia de 05.04.94, R. 2.878). Por lo que, en atención a ello, esta Sala entiende que la cifra señalada es adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias de la prolongación del acoso durante unos dos ó tres meses, la angustia ante el temor a la pérdida del trabajo (que, efectivamente, ocurrió) y la crisis de ansiedad y baja por depresión, de la que han de ser responsables, solidariamente, ambos codemandados, sin que la empresa esté exenta de culpa, pues, ha de tenerse en cuenta que, conocidos los hechos, ninguna decisión adoptó diferente a mandar de vacaciones al Sr. C., así como a la trabajadora, sin que hubiera realizado ninguna investigación sobre los hechos de los que tuvo conocimiento.

SEXTO.- Por la empresa condenada se censura igualmente el derecho aplicado y, en concreto, se denuncia infracción de los artículos 24 de la Constitución Española y 90 de la Ley Procesal Laboral, alegándose, fundamentalmente, que la prueba no se ha practicado con las debidas garantías constitucionales y que la cinta magnetofónica fue impugnada por los demandados y por el propio Ministerio Fiscal, al infringir derechos constitucionales, en el sentido de haber sido grabada sin consentimiento o conocimiento de la otra parte, afectando a su intimidad, y sin una prueba que asegurara que la otra parte interviniente era don C.C., cuando, además, el mismo lo negaba. Censura que igualmente se rechaza de conformidad con lo argumentado en los anteriores fundamentos de derecho, por lo que esta Sala

entiende que, al haber quedado inalterado el relato fáctico de hechos probados y no ofrecer duda alguna que los hechos que se recogen en los ordinales tercero, cuarto y quinto (que se tienen por reproducidos) son constitutivos de actos atentatorios a la libertad sexual de la persona que los sufre y a la consideración debida a su dignidad, procede, en consecuencia, desestimar los recursos formulados y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación respectivamente formulados por el MINISTERIO FISCAL, por don C.C.P. y por la empresa "U., S.A.", contra la sentencia de fecha 31 de diciembre de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Vigo en autos instados por doña P.M.A. frente a los referidos recurrentes, sobre VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES de la PERSONA (acoso sexual en el trabajo; discriminación por razón de sexo), debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3388 Recurso nº 1.901/2002

S.S. DESPEDIMIENTO EN VIOLACIÓN DOS DEREITOS FUNDAMENTAIS DE FOLGA E LIBERDADE SINDICAL. PROBA DE INDICIOS. IMPUTACIÓN DE FEITOS IRRELEVANTES. CÁLCULO DO SALARIO. PARTIDAS EXTRASALARIAIS EN CONCEPTO DE QUEBRANTO DE MONEDA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Fernando Lousada Arochena.

A Coruña, a ocho de mayo de dos mil dos.

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 1.901/2002 interpuesto por don A.G.P. y "T.L.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 728/01 se presentó demanda por don A.G.P. en reclamación de Despido siendo demandado la empresa "T.L.U., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 2 de febrero de 2002 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Hechos Probados Primero: El actor prestaba sus servicios para la demandada con antigüedad desde 15.09.96, categoría de CONDUCTOR PERCEPTOR y salario de 172.824 ptas. mensuales con inclusión de pagas extraordinarias (folio 191)./Segundo: En fechas 12 y 13 de septiembre de 2001, la empresa dirige al actor, por burofax, las siguientes cartas:1.- (folio 53): La Dirección de la Empresa, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 68.a) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, considerando que los hechos que a continuación se exponen pudieran ser constitutivos de FALTA MUY GRAVE, ha adoptado la decisión de incoarle EXPEDIENTE CONTRADICTORIO con el fin de aclarar dicha situación. Puede constituir un incumplimiento muy grave de sus obligaciones contractuales, el negarse a recibir las notificaciones que intentó comunicarle la empresa el 05.09.01 a través de su inspector D. F.V.S., concretamente la circular de fecha 01.08.01 pues ello constituye por sí solo una transgresión de la buena fe contractual máxime conteniendo además la citada circular normas internas de obligado cumplimiento. Efectivamente, el día 5 de septiembre de 2001, don F.V.S. intentó notificarle la Circular mencionada, al igual que estaba realizando con el resto de los trabajadores. Usted se negó a recibir la misma a pesar de las reiteradas solicitudes realizadas por el indicado trabajador para que usted la recibiera, negándose por consiguiente a recepcionarla, e incurriendo en una desobediencia grave. El día 07.09.01 durante el trayecto Moaña-Cangas y en el vehículo de Usted conducía se dirigió usted con mirada despectiva y desafiante a don J.C. (Trabajador de la Empresa contratada por "T.L.U., S.A." para el Mantenimiento de los vehículos) en los términos siguientes "¡Ostia, otro más metido en la mierda!", don J.C. procedió a sentarse en el autobús haciendo caso omiso a los comentarios realizados por usted,

quien no cesó en su actitud y siguió pronunciando frases como éstas mirando al indicado trabajador a través del retrovisor. "Hay moito enchufado solto, e moitos pelotas, sodes todos una merda" y "esto es una casa de putas". Siendo este hecho de por sí muy grave lo es más su actitud ya que en el autobús viajaban 15 ó 20 personas que pudieran oír y presenciar sus palabras y su comportamiento absolutamente injustificable y que daña la imagen de la empresa ante sus clientes. Asimismo, siguió dirigiéndose en tono despectivo al indicado trabajador llamándole de nuevo en varias ocasiones que era un pelota y hablando con ironía y sarcasmo constante para provocar un enfrentamiento que don J.C. en todo momento evitó. Por otro lado, con fecha 11.09.01 ante don L.A. apoderado de la Empresa y ante otros dos trabajadores de la empresa se negó usted a firmar la nómina correspondiente al mes de agosto y cogiendo de la mesa la indicada nómina de forma rápida y sorpresiva, salió desairadamente de las oficinas de la Empresa con la mencionada nómina negándose a devolverla a la persona que reiteradamente se la solicitó por tratarse de documentación perteneciente a la Empresa. A pesar de que fue advertido por el indicado apoderado de que no podía llevarse tal documentación y que debía devolverla, usted no depuso su actitud desobedeciendo de nuevo las órdenes recibidas. Al poder ser constitutivos los hechos referidos de falta muy grave, le damos traslado del presente escrito para que, si a su derecho conviene, formule las correspondientes alegaciones en un plazo máximo de diez días desde su recepción." 2.- (folio 54): "La Dirección de la Empresa, mediante el presente escrito se ve obligada a proceder a la AMPLIACIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR iniciado el pasado 11 de septiembre de 2001, al haberse sucedido nuevos hechos sancionables, en cumplimiento de lo dispuesto en artículo 68.a) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por considerar que los hechos que a continuación se exponen pudieran ser constitutivos de FALTA MUY GRAVE. El día 12 de septiembre de 2001, Usted se personó en las oficinas de la empresa "T.L.U., S.A.", donde dirigiéndose a don L.A., a la sazón Apoderado de la empresa, y de forma irrespetuosa y brusca, le comunicó que la empresa tenía pendiente de pago el importe de una dieta. A pesar de las explicaciones que se le dieron, usted con una actitud agresiva y brusca al no obtener una respuesta satisfactoria a sus pretensiones,

procedió a manifestar en un tono macabro y terriblemente sarcástico la siguiente frase: ¡"É unha pena que os aviões que se estrelaron nos Estados Unidos non caeran aquí e pillaran a máis de catro"! Dicho comentario fue efectuado un día después del trágico ataque terrorista en USA que conmocionó al mundo entero y que horrorizó a cualquier persona con un mínimo de sensibilidad e integridad. Dicho comentario fue efectuado en clara alusión a don L.A., y a otros directivos de la empresa T.L.U.". La gravedad de dicho comentario realizado contra la Dirección o los propios trabajadores de la Empresa, no puede ser sino considerado como una fuerte y seria ofensa verbal, que motiva la imposición de la sanción correspondiente ante la entidad de los comentarios realizados. Al poder ser constitutivos los hechos referidos de falta muy grave, le damos traslado del presente escrito para que, si a su derecho conviene, formule las correspondientes alegaciones en un plazo máximo de diez días desde su recepción". Tercero: El actor contestó a las anteriores cartas mediante un escrito de fecha 20.09.01, recibido por la empresa el día 21.09.01 cuyo contenido es el siguiente: A.G.P., conductor-perceptor da empresa, en relación cos cargos imputados nos escritos do 12 e 13 de setembro, dentro do prazo concedido, manifesta o seguinte: 1.- Non son certos os feitos relacionados co Sr. C. En ningún momento lle dirixín insulto algún, antes o contrario, foi el o que fixo algún comentario respecto á miña persoa. Descoñez as razóns polas que di que o insultei, se así o fixo. Se o desexa o instructor, non existe problema en ofrecer proba testemuñal. 2.- Tampouco tiven altercado algún con don L.. Agradeceríalle a esa Dirección que lle comunicara a don L., que se abstivera de dirixirse a min con bromas ou gastando chistes, pois no ambiente creado é preferible falar só de traballo. 3.- O único motivo do exte., ben sabemos cal é. A empresa cumpriu o laudo, máis a intención que ten é eliminar a uns traballadores que resultan incómodos, e a todo o que se relacione coa CIG. En tal sentido, para que non existan dúbidas, manifestamos dende xa que se están violando o dereito á liberdade sindical e mesmo o dereito de folga" Cuarto: En fecha 22.10.01, la empresa dirigió al actor la siguiente carta de despido: "La Dirección de la Empresa, en ejercicio de la facultad disciplinaria que le concede el artículo 54 del Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido del estatuto de los Trabajadores y tras el previo cumplimiento del correspondiente expediente

contradictorio y al no haber quedado desvirtuados los hechos imputados, la Empresa ha adoptado la decisión de proceder a su despido disciplinario con efectos del día de recepción de la presente carta. La decisión de despido se basa en los siguientes hechos: 1.- D.A.G.P., con fecha 05.09.01 se negó a recibir las notificaciones que intentó comunicarle la empresa a través de su inspector don F.V.S., concretamente la circular de fecha 01.08.01, constituyendo esto por sí solo una transgresión de la buena fe y de las obligaciones contractuales máxime cuando la citada circular contenía normas internas de obligado cumplimiento. Efectivamente, el día 5 de septiembre de 2001, don F.V.S. intentó notificarle la circular mencionada, al igual que estaba realizando con el resto de los trabajadores. Usted se negó a recibir la misma a pesar de las reiteradas solicitudes realizadas por el indicado trabajador para que usted la recibiera, negándose por consiguiente a recepcionarla, e incurriendo en una desobediencia grave. 2.- El día 07.09.01 durante el trayecto Moaña-Cangas en el que Usted prestaba sus servicios como conductor, en el momento en el que don J.C. subía al autobús, se dirigió usted con mirada despectiva y desafiante a don J.C. (Trabajador de la Empresa contratada por "T.L.U., S.A." para el Mantenimiento de los vehículos) en los términos siguientes "¡Ostia, otro más metido en la mierda!". D. J.C. procedió a sentarse en el autobús haciendo caso omiso a los comentarios realizados por usted, quien no cesó en su actitud y siguió pronunciando frases como éstas mirando al indicado trabajador a través del retrovisor: "Hay moito enchufado solto, e moitos pelotas, sodes todos una merda" y "esto es una casa de putas". Siendo este hecho de por sí muy grave lo es más su actitud ya que en el autobús viajaban 15 ó 20 personas que pudieran oír y presenciar sus palabras y su comportamiento absolutamente injustificable y que daña la imagen de la empresa ante sus clientes. Asimismo, siguió dirigiéndose en todo despectivo al indicado trabajador llamándole de nuevo en varias ocasiones que era un pelota y hablando con ironía y sarcasmo constante para provocar un enfrentamiento que don J.C. en todo momento evitó. Por lo tanto su actitud constituye un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales y del debido respeto a los compañeros y usuarios. 3.-Por otro lado, con fecha 11.09.01 ante don L.A. apoderado de la Empresa y ante otros dos trabajadores, se negó usted a firmar la nómina correspondiente al mes de agosto y cogiendo de la mesa la indicada nómina de forma rápida y

sorpresiva, salió desairadamente de las oficinas de la Empresa con la mencionada nómina negándose a devolverla a la persona que reiteradamente se la solicitó por tratarse de documentación perteneciente a la Empresa. A pesar de que fue advertido por el indicado apoderado de que no podía llevarse tal documentación y que debía devolverla en ese mismo momento, usted no depuso su actitud desobedeciendo de nuevo las órdenes recibidas. Su actitud en este caso tampoco se ve justificada por lo que mantenemos la apreciación de una actitud de desobediencia a las órdenes empresariales. 4.- Con fecha 12 de septiembre de 2001, Usted se personó en las oficinas de la empresa T.L.U., S.A.” donde dirigiéndose a don L.A., a la sazón Apoderado de la Empresa, y de forma irrespetuosa y brusca, le comunicó que la empresa tenía pendiente de pago el importe de una dieta. A pesar de las explicaciones que se le dieron, usted, con una actitud agresiva y brusca, procedió a manifestar en un tono macabro y terriblemente sarcástico la siguiente frase: ¡É unha pena que os avións que se estrelaron nos Estados Unidos non caeran aquí e pillaran a máis de catro!. Dicho comentario fue efectuado un día después del trágico ataque terrorista en USA que conmocionó al mundo entero y que horrorizó a cualquier persona con un mínimo de sensibilidad e integridad. Dicho comentario fue efectuado en clara alusión a don L.A. y a otros directivos de la Empresa “T.L.U., S.A.”. La gravedad de dicho comentario realizado contra la Dirección o los propios trabajadores de la Empresa, no puede ser considerado como una fuerte y seria ofensa verbal, que motiva la imposición de la sanción correspondiente ante la entidad de los comentarios realizados. Los hechos anteriormente descritos constituyen incumplimientos graves y culpables de sus obligaciones contractuales, al haber transgredido de forma flagrante la buena fe contractual y que debe regir toda relación laboral, sobre todo, procediendo a desobedecer las órdenes emitidas por sus jefes en el ejercicio regular de sus facultades directivas y especialmente haber proferido insultos y ofensas verbales gravísimas a los directivos de la Empresa y a otras personas en presencia de los usuarios del autocar que conducía. Por consiguiente, nos vemos obligados a adoptar la decisión de DESPIDO disciplinario que tendrá efectos en la fecha de recepción de la carta de despido.” Quinto: La empresa dirigió a los conductores una circular fechada el 01.08.01 (folios 59 a 65) sobre diversos aspectos técnicos del trabajo (tacógrafos, repostaje, etc) cuyo “recibí” el actor se

negó a firmar (interrogatorio judicial del actor). Sexto: El actor se negó a firmar la copia de la nómina del mes de agosto de 2001 y se llevó, con oposición del representante de la empresa, dicha nómina, que devolvió posteriormente firmada y haciendo constar en la misma “no conforme”, anotación que ya había hecho constar en las nóminas de julio/01 (folios 188 a 190, interrogatorio del actor y testifical del Sr. F.J. y, de la Sra. F.A.). Séptimo: el día 10.09.01 se celebró una reunión en la empresa con el actor y cuatro compañeros mas entre los cuales se hallaba el Sr. M.G. no firmó la circular de 01.08.01 y el Sr. M.M. ha sido objeto de un expediente por otros hechos. En dicha reunión se hablo de resoluciones indemnizadas del contrato de trabajo de los reunidos, no alcanzándose ningún acuerdo. (contestación a la demanda, interrogatorio del actor y testifical de los Sres. M.G. y M.M.).

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimo en parte la demanda de despido interpuesta por don A.G.P. contra “T.L.U., S.A.”, y declaro la improcedencia del despido del actor y condeno a la empresa a estar y pasar por tal declaración y a que, a su opción, readmita al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o que le indemnice al actor con la suma de 1.339.384 (UN MILLÓN TRESCIENTAS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTAS OCHENTA Y CUATRO PTS.) equivalentes a 8.049’85 euros (OCHO MIL CUARENTA Y NUEVE EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS) más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la notificación de esta sentencia”.

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.- Frente al despido disciplinario acordado por la empresa, el trabajador presentó demanda solicitando la nulidad, celebrándose juicio donde ambas partes litigantes se ratificaron en sus respectivas pretensiones de procedencia –la empresa- y de nulidad –el trabajador-, y, después de celebrado, dictándose sentencia donde el juzgador de instancia consideró la improcedencia, lo cual ha motivado el anuncio de recurso de suplicación, tanto

por la empresa como por el trabajador, e interpuestos ambos recursos con solicitudes, al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, de revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), de examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Una aproximación inicial a ambas interposiciones permite comprobar como, en el recurso de la empresa, se discute, tanto en sede fáctica –motivos primero a cuarto- como en sede jurídica –motivos quinto y sexto-, el salario del trabajador, y, sólo en sede jurídica –motivos séptimo y octavo-, la calificación del despido, mientras en el del trabajador sólo se discute, tanto en sede fáctica –motivos primero a cuarto- como en sede jurídica –motivos quinto a séptimo-, la calificación del despido. Tanto la empresa como el trabajador han impugnado, además, la suplicación de adverso formalizada. Parece conveniente, a la vista de lo expuesto, analizar, en primer lugar, las solicitudes de revisión fáctica del trabajador, al incidir sobre la cuestión de la calificación del despido, y, en segundo lugar, las denuncias, tanto de la empresa como del trabajador, sobre dicha calificación jurídica. Quedará relegada al final, dentro del orden expuesto, la cuestión planteada en el recurso de la empresa –en su aspecto fáctico y en su aspecto jurídico- del salario del trabajador, en atención a su accesoriedad dentro de las cuestiones litigiosas.

SEGUNDO.- Se solicitan en el recurso del trabajador, al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, diversas revisiones fácticas con relación a la calificación del despido disciplinario, a saber:

1º. Varios añadidos relativos a hechos anteriores al despido –motivo primero-, añadidos sustentados en documentos hábiles a efectos revisores –una demanda judicial, una cédula de citación, un laudo arbitral, un acta de conciliación y dos escritos de la empresa-, aunque los escritos de la empresa deben entenderse, sin hacer deducciones en sede fáctica, en sus términos literales –como ésta, certeramente, argumenta en su escrito de impugnación de la suplicación-, de donde los añadidos serán como sigue –a los efectos de una correcta estructura formal de la sentencia de instancia, se deben considerar realizados estos añadidos al final del Hecho Probado Primero-:

a) “El demandante había sido despedido por la demandada el mes de marzo y a 26.04.01 presentó demanda judicial, turnada al

Juzgado de lo Social 3 de Pontevedra –procedimiento 268/2001-”.

b) “El Sr. C., Conselleiro de Política Territorial de la Xunta de Galicia, en laudo arbitral, datado a 08.06.01, resolvió, entre otras cuestiones, la obligación de la demandada de readmitir, entre otros, al demandante”.

c) “En cumplimiento del dicho laudo, se acordó a 27.07.01, en autos seguidos ante el Juzgado de lo Social 2 de Pontevedra –procedimiento 426/2001-, la readmisión, entre otros trabajadores, del ahora demandante”.

d) “La demandada le envió a la C.I.G. escrito de incoación del expediente disciplinario y carta de despido relativos al demandante, para el supuesto caso de ser el demandante afiliado de dicho sindicato”.

2º. Varios añadidos relativos a hechos anteriores al despido –motivo segundo-, añadidos limitados a recoger la versión subjetiva del trabajador, manuscrita en los partes de trabajo, con respecto a los hechos acaecidos, de donde dicha revisión, al no recoger hechos objetivos, no puede ser aceptada.

3º. La supresión, en el Hecho Probado Quinto, del inciso final donde dice “cuyo recibí el actor se negó a firmar”, sustentándose la supresión en no ser un hecho imputado en la carta de despido, donde lo imputado es “(el actor) se negó a recibir las notificaciones que intentó comunicarle la empresa”, aunque, sin perjuicio de la valoración jurídica del hecho declarado probado, su supresión no procede al sustentarse en la confesión judicial del trabajador, en cuya valoración, como con la testifical, el juzgador de instancia es soberano.

4º. Un añadido relativo a hechos anteriores al despido –motivo cuarto-, añadido sustentado en documentos hábiles a efectos revisores, al tratarse de los cuadros de servicios aportados por la empresa a requerimiento judicial solicitado en otrosí digo de la demanda del trabajador, de los cuales se deduce –a los efectos de una correcta estructura formal de la sentencia de instancia, se debe considerar realizado este añadido al final del Hecho Probado Séptimo:

“En las hojas de servicios del día 10.09.2001 figura que, a las 11:00 horas, pasarán por las oficinas de cocheras el demandante y los otros cuatro trabajadores asistentes a la reunión, el Sr. M.G., el Sr. M.M., el Sr. M.R. y el Sr. T.L.”.

TERCERO.- Tanto la empresa –solicitando la calificación de procedencia–, como el trabajador –solicitando la calificación de nulidad–, ambos atacan, al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, la calificación de improcedencia del despido disciplinario realizada en la sentencia de instancia, y, más concretamente, en atención a las siguientes denuncias jurídicas:

1º. En el recurso de la empresa, (1) la infracción de los artículos 54.2.b) y d) del Estatuto de los Trabajadores, donde se consideran, como justas causas de despido disciplinario, “la indisciplina o desobediencia en el trabajo” y “la transgresión de la buena fe contractual”, en relación con el Capítulo V, sobre “régimen disciplinario”, de la Resolución de 19.01.01 de la Dirección General de trabajo, la cual aprueba el Laudo Arbitral de 24.11.01 aplicable a las empresas de transporte de viajeros por carretera –motivo séptimo–, y (2) la inaplicación de los artículos 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y 1.253 del Código Civil –este último está derogado–, al considerar no aplicadas las reglas sobre la prueba de indicios –motivo octavo–.

Mediante esta segunda denuncia jurídica –la del motivo octavo–, la empresa pretende introducir en el debate jurídico los hechos imputados en la carta de despido disciplinario no declarados probados en la sentencia de instancia, lo cual, sin necesidad de mayores argumentaciones jurídicas, determina la desestimación de dicha denuncia, ya que, a través de las normas sobre la prueba, no se puede instrumentar una denuncia jurídica tendente a soslayar los estrechos cauces de la revisión fáctica del recurso de suplicación, establecidos en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral.

2º. En el recurso del trabajador, (1) la infracción de los artículos relativos a la congruencia entre la carta de despido disciplinario, los motivos de oposición a la demanda y la sentencia judicial –motivo quinto, donde se citan varias normas jurídicas, aunque las correctas serían el artículo 105.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y el artículo 218 de la LEC/2000–, y (2) la infracción del artículo 28 de nuestra Constitución, relativos a la libertad sindical y a la huelga, en relación con el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, interpretados conforme a la jurisprudencia constitucional sobre la carga de la prueba de

la lesión de los derechos fundamentales –motivos sexto y séptimo–.

También al trabajador, como le ocurrió a la empresa, se le debe rechazar, sin necesidad de mayores argumentaciones jurídicas, una de sus denuncias jurídicas –la del motivo quinto–, ya que, aunque no sean exactamente iguales los hechos imputados –se negó a recibir una circular de la empresa– y los hechos declarados probados –se negó sólo a firmar el recibí–, son hechos conectados, no existiendo vulneración, en lógica consecuencia, ni del artículo 105.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, ni del artículo 218 de la LEC/2000.

Hechas estas depuraciones en las denuncias jurídicas de la empresa y del trabajador, la cuestión litigiosa se centra, prioritariamente, en la existencia de vulneración de los derechos de libertad sindical y huelga, ya que, de no apreciarse dicha vulneración, se podrá entrar a resolver la procedencia o la improcedencia del despido disciplinario, pero, si se apreciase, la declaración de nulidad prevalecería sobre cualquier otra calificación de dicho despido, en atención al valor esencial dentro de nuestra convivencia de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución.

CUARTO.- A los efectos de acreditar la existencia de lesión de un derecho fundamental, la doctrina constitucional es reiterada en el sentido de flexibilizar la carga de la prueba, de modo que, (1) aunque no le basta al trabajador “la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o una apariencia de aquella discriminación o lesión”, (2) acreditados esos hechos, “corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” –STCo 21/1992, de 14 de enero–. De este modo, “cuando se ventila un despido pluricausal, en el que confluyen una causa, fondo o panorámica discriminatorio, y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pudiera considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discrimina-

torio o contrario al derecho fundamental invocado” –STCo 7/1993, de 18 de enero-.

QUINTO.- En el caso de autos, la Sala considera la actuación disciplinaria de la empresa, a la vista de la declaración de hechos probados, como lesiva de derechos fundamentales, al mediar indicios o un principio de prueba relativo a una represalia de carácter antisindical, encontrándose vinculada la actuación disciplinaria de la empresa a la actuación reivindicativa del trabajador, vinculación manifiesta a través de las siguientes circunstancias fácticas:

1º. El antecedente de otro despido disciplinario, derivado de la participación del trabajador en la huelga convocada por su sindicato, y la solución de readmisión derivada del arbitraje voluntario de un alto cargo público gallego, configuran un contexto fáctico conflictivo, en un periodo inmediatamente anterior al actual despido disciplinario –la readmisión se había producido a 27.07.01 y el expediente disciplinario se inició a 12.09.01-.

Durante ese breve intervalo de prestación de servicios, entre la readmisión y la iniciación del expediente disciplinario, se acreditó, al menos en una ocasión, la convocatoria de la empresa al trabajador y a otros compañeros, con la finalidad de alcanzar una resolución indemnizada del contrato de trabajo. La reunión fue infructuosa y se produjo el 10.09.01 –sólo dos días antes de la comunicación al trabajador de la iniciación del expediente disciplinario-.

Tampoco se puede pasar por alto, a estos efectos, la circunstancia de que, como el juzgador de instancia declara probado, “el Sr. M.M. (otro trabajador asistente a la reunión con la empresa) ha sido objeto de un expediente por otros hechos” –Hecho Probado Séptimo-, el cual, si atendemos al documento aportado por la parte demandante y no impugnado de adverso por la parte demandada –folios 175 y 176-, se le comunicó a 13.09.01.

Resumiendo, la utilización de las facultades disciplinarias empresariales se produce –se le comunica al trabajador a 12.09.01 la iniciación del expediente disciplinario, iniciado, según esa comunicación, a 11.09.01- sospechosamente después de la readmisión obligatoria del trabajador acordada a través del laudo arbitral –acaecida a 27.07.01- y de los frustrados intentos de la empresa de alcanzar

una resolución indemnizada –acaecidos a 10.09.01-.

2º. Aunque la empresa se cuidó de redactar la comunicación de iniciación del expediente disciplinario del trabajador al sindicato de su afiliación sin reconocer expresamente su conocimiento de esa afiliación, resulta evidente, a causa de su envío, el conocimiento de la empresa de la afiliación del trabajador, siendo, además, difícilmente creíble, si consideramos el largo conflicto laboral existente entre las partes, el desconocimiento empresarial de esa afiliación.

3º. De los hechos imputados en la carta de despido disciplinario, dos de ellos –los relativos a supuestos insultos a un compañero de trabajo y a un superior jerárquico de la empresa- no han resultado probados, de acuerdo con los razonamientos del juzgador de instancia, en primer lugar, por la negativa, con relación a ambos hechos, del trabajador en confesión judicial –su confesión judicial es, además, coherente con las alegaciones vertidas en el expediente disciplinario-, y, en segundo lugar, por las siguientes resultas probatorias adicionales –Fundamento Jurídico Segundo-: a) Que, con relación a supuestos insultos a un compañero de trabajo, “la prueba testifical ha resultado contradictoria”, como se comprueba en el acta de juicio, donde, junto al testimonio de ese compañero, se encuentra el de otra persona manifestando estar allí y no haber oído absolutamente nada. b) Que, con relación a supuestos insultos a un superior jerárquico de la empresa, es “representante cualificado de la empresa y único testigo del presunto hecho, (lo cual) resta imparcialidad a su declaración que no ha venido apoyada por prueba complementaria alguna”. Con estos razonamientos el juzgador de instancia, no sólo niega la prueba de esos dos hechos imputados en la carta de despido disciplinario, sino que, además, arroja serias dudas sobre la imparcialidad de los testigos.

4º. Fuera de estos hechos absolutamente indemostrados, el despido disciplinario es desproporcionado respecto a los hechos declarados probados. Respecto a negarse a firmar el recibo de una circular de la empresa –es el hecho declarado probado, en base, justamente, a la confesión judicial del demandante, al no haber aportado la empresa ninguna otra prueba al respecto-, es un hecho irrelevante a los efectos de justificar el exclusivo móvil disciplinario del despido:

a) En primer lugar, porque, en términos de gravedad, no se puede equiparar el negarse a recibir –es el hecho imputado en la carta de despido– con el recibir, pero negarse a firmar el recibí –es el hecho declarado probado–, ya que esto segundo no altera el funcionamiento normal de la empresa, la cual, si tuviese un real interés en la constancia de la recepción, le bastaría, para acreditarla, con solicitar la constancia de los testigos de la negativa.

b) En segundo lugar, y esto es aún más trascendental, otros trabajadores no firmaron el recibí sin acreditar se les haya sancionado, antes al contrario, el juzgador de instancia declara probado –en el Hecho Probado Séptimo– que “el Sr. M.G. no firmó la circular de 01.08.01”. Y esto es aún más trascendental porque, al margen de las valoraciones de la gravedad del hecho, es indicio decisivo respecto al móvil antisindical de la empresa.

Respecto al incidente de la nómina de agosto –“el actor se negó a firmar la copia ... y se (la) llevó con oposición del representante de la empresa ... (la) devolvió posteriormente firmada y haciendo constar en la misma no conforme, anotación que ya había hecho constar en las nóminas de julio”, Hecho Probado Sexto–, es desproporcionado, como el anterior hecho imputado al trabajador, a los efectos de justificar un despido disciplinario, al no ser un hecho constitutivo de desobediencia o deslealtad en la persona del trabajador:

a) En primer lugar, por el hecho en sí mismo, ni generador, analizado objetivamente, de un incumplimiento de especial gravedad –al devolverse la nómina firmada al día siguiente, con el añadido de no conforme ni demostrativo, analizado subjetivamente, de un ánimo en el trabajador de desobediencia o deslealtad –el trabajador alegó, para explicar su actuación, la negativa de la empresa a entregarle de inmediato la copia de la nómina, llevándose la para hacer él la copia, y, aunque esto no se declaró probado, como la devolvió al día siguiente, no habiendo otro indicio de ser diferente su intención, no se puede deducir, de modo racional, ese ánimo incumplidor–.

b) En segundo lugar, por el contexto de dicho hecho, sumergido en un conflicto laboral de importancia, que, con relación a la retribución, encuentra, al parecer, otro campo de batalla –como lo demuestra el hecho declarado probado de que, en el mes anterior, el trabajador manifestara su no conformidad con la

nómina correspondiente–, contexto el cual, a la vez, (1) resta gravedad, si alguna tenía, al hecho imputado al trabajador objetiva y subjetivamente considerado, y (2) demuestra la intención de la empresa de provocar, a través del conflicto laboral subyacente, la justificación disciplinaria de un despido que no la tiene.

Por todo lo expuesto, la calificación adecuada del despido disciplinario, a la vista de la declaración de hechos probados, es la de nulidad, con los efectos establecidos en el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 113 de la Ley de Procedimiento Laboral, debiendo, en consecuencia, ser estimado en su integridad el recurso del trabajador y, en cuanto a este extremo, ser desestimado el de la empresa, con revocación de la sentencia de instancia.

SEXTO.- Después de examinar las cuestiones relativas a la calificación del despido, nos restará el examen de la cuestión planteada en el recurso de la empresa –en su aspecto fáctico y en su aspecto jurídico– del salario del trabajador, y, comenzando con las revisiones fácticas solicitadas al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se pretenden dos adiciones consistentes en la percepción, “en el mes de septiembre de 2001, (de) la cantidad de 1.820 pesetas en concepto de quebranto de moneda” –motivo primero– y “(de) la cantidad de 27.111 pesetas en concepto de importe a cuenta del convenio de los meses de enero a septiembre” –motivo segundo–, ambas adiciones sustentadas en la nómina de esa mensualidad, documento hábil a efectos revisores, lo cual nos lleva a admitir los añadidos, aunque, de dicha admisión, no se deriva, si no es con un análisis jurídico, la reducción del salario declarado probado de 172.824 pesetas a 148.333 pesetas –motivo tercero–, de donde no es admisible dicha reducción en sede fáctica, sin perjuicio de que, para ofrecer un sustento fáctico a la posterior discusión jurídica, el dicho Hecho Probado Primero se redacte, en cuanto al salario, en los siguientes términos:

“... y salario, en 9/2001, desglosado en los siguientes conceptos retributivos: salario base de 99.480 pesetas; antigüedad de 9.948 pesetas; conductor-perceptor de 9.285 pesetas; quebranto de moneda de 1.820 pesetas; cuenta convenio de 1 a 9/2001 de 27.111 pesetas”.

SÉPTIMO.- Partiendo de las revisiones fácticas relativas al salario del trabajador, no ofrece a la Sala duda alguna, respecto a la cantidad percibida a cuenta de diferencias de con-

venio colectivo, la imposibilidad de imputarla a una sola mensualidad, debiendo distribuirse entre las mensualidades especificadas en el recibo de salario, lo cual determina la estimación de la correspondiente denuncia jurídica de la empresa –motivo sexto-. Respecto al concepto de quebranto de moneda, se trata de dilucidar si, en los términos expresados en los hechos declarados probados, es salarial o extrasalarial, y, con la consiguiente estimación de la correspondiente denuncia jurídica de la empresa –motivo quinto-, la Sala considera la extrasalariedad, coincidente con la denominación extrasalarial de la retribución –el quebranto de moneda indemniza al trabajador con manejo de dinero de las mermas de su responsabilidad-, en atención a las siguientes circunstancias fácticas: a) la vinculación del devengo del concepto retributivo de quebranto de moneda a la categoría profesional de conductor perceptor; b) la circunstancia, constatable del simple examen de los recibos de salarios, de su cuantía variable, dependiendo del número efectivo de días trabajados, no integrándose en el cálculo de las pagas extraordinarias.

También se pretendió, como una revisión fáctica subsidiaria de las otras revisiones fácticas relativas a la cuantía del salario del trabajador –motivo cuarto-, aunque, en buena técnica, es un argumento jurídico a mayor abundancia sobre la cuantía del salario del trabajador –de ahí su abordaje en este momento-, el cálculo de la media aritmética anual del salario del trabajador, y, aunque a la vista de la irregularidad de sus percepciones en la última anualidad anterior al despido –a consecuencia de su participación en la huelga convocada por su sindicato-, esa media aritmética no es fácilmente calculable, no se puede desconocer, a estos efectos, la circunstancia de que, en la nómina relativa a los salarios de tramitación derivados de la readmisión del trabajador después de su anterior despido, se le abonó la cuantía de 265.000 pesetas por 53 días –folio 189-, esto es la cuantía diaria de 5.000 pesetas o la mensual de 150.000 pesetas –bastante alejada de la cuantía mensual de 172.824 pesetas declarada probada y mucho más cercana a la de 148.333 pesetas solicitada en recurso, y que, como se ha razonado, es la correcta jurídicamente, dando lugar a la diaria de 4.945 pesetas-.

OCTAVO.- Habiéndose estimado parcialmente el recurso de suplicación de la empresa, se le devolverá el depósito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, y, ade-

más, no procederá la condena en las costas de su recurso de suplicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la referida Ley. Respecto al aseguramiento, se mantendrá, aunque se ha variado la calificación del despido, en garantía de los salarios dejados de percibir, en los términos del artículo 202.3 de la referida Ley.

Fallamos

Estimando totalmente el recurso de Suplicación interpuesto por don A.G.P., y estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la Entidad Mercantil “T.L.U., S.A.”, contra la Sentencia de 2 de febrero de 2002 del Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra, dictada en juicio seguido a instancia de don A.G.P. contra la Entidad Mercantil “T.L.U., S.A.”, la Sala la revoca íntegramente, y, estimando sustancialmente la demanda rectora, declaramos la nulidad del despido disciplinario del trabajador demandante y, en lógica consecuencia, condenamos a la empresa a su inmediata readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir en la cuantía de 4.945 pesetas diarias. Acordamos la devolución íntegra a la empresa del depósito y el mantenimiento del aseguramiento en garantía de dichos salarios dejados de percibir hasta que, por la empresa, se cumpla la sentencia o hasta que, en cumplimiento de la sentencia, se resuelva su realización.

3389 Recurso nº 1.914/02

S.S. CESAMENTO COMO LIBERADO SINDICAL CORRECTO. DECISIÓN POR ÓRGANO CON CAPACIDADE DABONDO PARA A MESMA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto.

A Coruña., a once de mayo de dos mil dos.

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. 1.914/02 interpuesto por don J.V.C.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 don J.V.C.C. y don J.J.R.L. en reclamación de CESE DE LIBERADOS SINDICALES siendo demandado SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y las Organizaciones Sindicales CEMSATSE, Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) y el sindicato de Ayudantes Técnicos Sanitarios (SATSE) y el Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 578/00 sentencia con fecha veintinueve de diciembre 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.- Los demandantes don J.V.C.C. y don J.J.R.L. mayores de edad y con D.N.I..., están afiliados al Sindicato Médico Profesional de Pontevedra y vienen prestando servicios como médicos para el Servicio Galego de Saúde en el Hospital X.-C. de Vigo, el primero como cardiólogo y el segundo en cirugía.- SEGUNDO.- D. J.V. venía actuando como liberado sindical institucional a jornada completa por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) desde abril de 1994, habiendo sido designado como tal por dicha Confederación; el 20 de abril de 1999 CESM comunicó al Servicio Galego de Saúde que solicitaba la prórroga de don J.V. como liberado sindical por CESM (Sector Médico de CEMSATSE) y don J.J. venía ostentado la misma condición designado por CEMSATSE por un período de 6 meses con posibilidad de prórroga, que se comunicaría por escrito, desde el 1 de junio de 1999 en virtud de solicitud cursada al Servicio Galego de Saúde el 7 de mayo de 1999. Todas las comunicaciones al Servicio Galego de Saúde fueron realizadas por don C.A.N., delegado autonómico del CESM y de CEMSATSE, y aceptadas por el Servicio Galego de Saúde a la vista de las comunicaciones, no constando acuerdo alguno de los Organos de tales organizaciones aprobando la liberación de los actores.- TERCERO.- El 21 de junio de 2000 don C.A.N., como delegado autonómico de CESM-CEMSATSE presentó escritos ante el Servicio Galego de Saúde solicitando la anulación de la liberación sindical institucional de los actores, resolviendo el Servicio Galego de Saúde en fecha 27 de junio autorizar el cese

de los demandantes en su situación de excepción de prestación de servicios por permiso institucional a tiempo completo y su reincorporación a sus puestos de trabajo con efectos del 1 de julio de 2000. Los actores presentaron reclamaciones previas alegando que su cese no había sido correcto por no haber seguido el sindicato el procedimiento previsto en sus estatutos, siéndoles desestimadas por el Servicio Galego de Saúde el 9 de agosto de 2000 por considerar que el problema era cuestión interna del sindicato que en nada le concernía a él.- CUARTO.- Ni el Sindicato Médico Profesional de Pontevedra ni CESM se presentaron a las últimas elecciones sindicales, celebradas el 25 de marzo de 1999, haciéndolo CEMSATSE que obtuvo en Pontevedra 10 delegados electos en la Junta de Personal, ninguno de los cuales son los actores.- QUINTO.- D. C.A.N. tiene desde diciembre de 1997 poder otorgado por los Secretarios Generales de los Sectores Médico y de Enfermería, poder que aportan los sindicatos demandados y que aquí se tiene por reproducido, como se tienen por reproducidos los estatutos de CESM aportados por los demandantes.- SEXTO.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 31 de julio de 2000 frente a los sindicatos demandados, la misma tuvo lugar el día 17 de agosto con el resultado de sin efecto”.

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

“FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.V.C.C. y don J.J.R.L. conta el Servicio Galego de Saúde y las organizaciones sindicales CEMSATSE, Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) y el Sindicato de Ayudantes Técnicos Sanitarios (SATSE), 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 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 pretensión de los actores, de que se declare la nulidad del cese en su condición de liberados sindicales, y se condene a los demandados CEMSATSE, CESM, SATSE Y SERGAS a reponerlos en su condición de liberados,

en las mismas circunstancias anteriores a su cese, por entender, que no se siguió el procedimiento previsto. Decisión judicial que es recurrida por el actor J.V.C.C., (no así por el otro demandante), pretendiendo como primer motivo del recurso. y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicione al ordinal quinto los siguientes textos: “Conforme a los estatutos CESM, SATSE, la Secretaría General estaba compuesta por el Secretario General para el personal médico y el Secretario General para la enfermería quienes serán el órgano permanente de dirección y administración de la presente organización”. “Que las decisiones o acuerdos adoptados por la secretaría General deben ir refrendados necesariamente por las firmas de ambos Secretarios Generales, sin las cuales carecerán de toda validez”. “Que confieren la representación de Convergencia Estatal de Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios (CEM-SATSE), a favor del personal médico y de enfermería siguiente: de Galicia: D. C.A.N., personal médico y con D.N.I... y doña M.C.G.R., personal de enfermería y con D.N.I... “Las facultades conferidas deberán ser ejercitadas necesariamente por los dos representantes nombrados (enfermería y sector médico) mancomunadamente, de cada Comunidad Autónoma, debiendo señalarse que sin la firma de cualquiera de ellos carecerán de toda eficacia”. Adición que se rechaza pues aparte de tratarse de normas o requisitos que se recogen en los estatutos de la CEMSATSE, suponiendo conceptos o calificaciones jurídicas más propias de los fundamentos de derecho de la sentencia, que del relato fáctico de hechos probados, sería irrelevante de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho.

SEGUNDO.- Como segundo motivo - sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción de los arts. 1.709 y siguientes del Código Civil, por entender que no se siguió el procedimiento legalmente establecido en los estatutos del Sindicato CEMSATSE, ni fue oído el Sindicato Médico Profesional de Pontevedra al que pertenece y que la competencia para ordenar el cese radica en el sindicato, como órgano colegiado y no como miembro unipersonal, entendiéndose que el Delegado Autonómico don C.A.N. se excedió en sus atribuciones al cesar al actor como liberado sindical facultad que correspondería a la Secretaría General debiendo ser ejercitada necesariamente por los dos representantes nombrados (enfermería y sector

médico) mancomunadamente de cada Comunidad Autónoma y que sin la firma de cualquiera de ellos las decisiones o acuerdos que se tomaran carecerían de toda validez, y que en todo caso, el poder conferido al delegado autonómico C.A.N., no contiene facultades expresas para nombrar y cesar a los delegados sindicales, de tal forma que la mera representación no lleva por si misma aparejada o inherente ningún otro tipo de facultad decisoria o ejecutiva, habiendo vulnerado los dispuesto en el art. 1714 del C.C. al traspasar los límites del mandato y ello por un doble motivo, como es ejercer unas facultades que no tiene conferidas (cesar a representantes autonómicos) y que de tener atribuidas dichas facultades la decisión del cese tendría que ser obligatoriamente tomada de forma mancomunada con la representación de los dos sectores médico (CESM) y el de enfermería (SATSE), solicitando en consecuencia, se anule y deje sin efecto su cese como liberado institucional, ordenando la reposición a la situación anterior.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa deben señalarse los siguientes: A) Los demandantes don J.V.C.C. y don J.J.R.L., mayores de edad y con D.N.I... respectivamente, están afiliados al Sindicato Médico Profesional de Pontevedra y vienen prestando servicios como médicos para el Servicio Galego de Saúde en el Hospital X.-C. de Vigo, el primero como cardiólogo y el segundo en cirugía. B) D. J.V. venía actuando como liberado sindical institucional a jornada completa por la Confederación Estatal de Sindicados Médicos (CESM) desde abril de 1994, habiendo sido designado como tal por dicha confederación; el 20 de abril de 1999 el citado sindicato comunicó al SERGAS que solicitaba la prórroga de aquél como liberado sindical por CESM (sector médico de CEMSATSE). La comunicación al SERGAS fue realizada por don C.A.N. delegado autonómico del (CESM) y de (CEM-SATSE) y aceptadas por el SERGAS a la vista de las comunicaciones, no constando acuerdo alguno de los órganos de tales organizaciones aprobando la liberalización del actor. C) El 21 de julio de 2000 don C.A.N., como Delegado Autonómico de CESM- CEMSATSE, presentó escrito ante el SERGAS solicitando la anulación de la liberación sindical institucional del actor, resolviendo el SERGAS en fecha 27 de junio autorizando el cese del demandante en sus situación de exención de prestación de servicios por permiso institucional a tiempo completo y su reincorporación a su puesto de tra-

bajo con efectos de 1 de julio de 2000. Por el actor se presento reclamación previa, alegando que su cese no había sido correcto, por no haber seguido el sindicato el procedimiento seguido en sus estatutos, siendo desestimada por resolución del SERGAS de 9 de agosto de ese año, por considerar que el problema era cuestión interna del Sindicato que en nada le concernía a él. D) Ni el Sindicato Médico Profesional de Pontevedra, ni la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM), se presentaron a las últimas elecciones sindicales celebradas el 25 de marzo de 1999, haciéndolo CEMSATSE, que obtuvo en Pontevedra 10 delegados electos en la Junta de Personal, sin que entre ellos estuviere incluido el actor. E) Don C.A.N. tiene desde diciembre de 1997 poder otorgado por los Secretarios Generales de los Servicios Médico y de Enfermería.

Esto sentado el problema que se discute en la presente litis, consiste en determinar si el cese del actor (hoy recurrente) como liberado sindical, fué correcto -como se sostiene por el Magistrado de instancia- o, por el contrario, fue ilegal al no haberse seguido el procedimiento previsto en los Estatutos del Sindicato, ni oírse al Sindicato Médico Profesional de Pontevedra habiéndose excedido el Delegado Autonómico en las atribuciones que tenía conferidas que debían ser ejercitadas por los dos Secretarios Generales del Sindicato de enfermería y del Sector médico mancomunadamente y con la firma de ambos, -como se sostiene por el actor, recurrente-. Llegando a la conclusión esta Sala que el cese fue correcto y ello por las siguientes consideraciones:

1º. Ni el Sindicato Médico Profesional de Pontevedra, ni el CESM, a los que pertenece el actor se presentaron a las últimas elecciones sindicales celebradas el 25.03.99, lo que hace decaer su representación, habiéndose hecho CEMSATSE, que obtuvo en Pontevedra 10 delegados electos en la Junta de Personal, ninguno de los cuales es el actor.

2º. CEMSATSE, (Convergencia Estatal de Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios) que resultó de la fusión de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) y del Sindicato del Enfermería (SACSE) tiene personalidad jurídica propia, sin que el actor sea representante del nuevo sindicato .

3º. De los propios estatutos de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos, (art. 17.2) se desprende que, el Comité Ejecutivo Confederal es el que tiene la representación

del sindicato ante las distintas instituciones y organismos, pudiendo delegarla en uno a varios de sus miembros, habiendo delegado en don C.A.N. como representante autonómico para Galicia, que como tal efectuó el nombramiento de los representantes de la sección sindical, sin que conste en absoluto que hubiere sido designado por los correspondientes organismos del sindicato a efectos de su consideración como delegados sindicales, sino que todas las comunicaciones al SERGAS fueron realizadas por don C.A.N. Delegado Autonómico del CESM y aceptadas por aquél, no constando acuerdo alguno del citado órgano aprobando la liberación del actor.

4º. A mayor abundamiento, el nombramiento de los cargos sindicales son institucionales, es decir, no son electivos, por lo tanto como se nombran se cesan, de tal forma que no se puede pretender que su cese se realice de forma distinta a su nombramiento, por lo que si su nombramiento fue correcto, (en ningún caso fue impugnado y actualmente no se discute) bastando con la decisión tomada por el Delegado de la Organización Sindical de Galicia y su comunicación al SERGAS, su cese como liberado sindical, acordado y comunicado en la misma forma, por el delegado citado, ha de reputarse también válido, porque en otro caso, su nombramiento también habría sido nulo; sin que pueda aceptarse la argumentación del recurrente, de que debería ser oído el Sindicato Médico Profesional de Pontevedra, cuando (según consta probado) no compareció a las elecciones sindicales y por tanto a tales efectos no tendría competencia alguna. En base a lo que, al ser conforme a derecho la sentencia recurrida, procede en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.V.C.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Vigo, de fecha veintinueve de diciembre de dos mil uno, dictada en autos núm. 578/00 seguidos a instancia de don J.V.C.C. y don J.J.R.L. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y las Organizaciones Sindicales CEMSATSE, Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) y el sindicato de Ayudantes Técnicos Sanitarios (SATSE) y el Ministerio Fiscal sobre CESE DE LIBERADOS SINDICALES, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3390 Recurso nº 1.632/2002**S.S. COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO E NON DE CONTRATO Ó ABEIRO DO DEREITO ADMINISTRATIVO.**

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

A Coruña, a trece de mayo de dos mil dos.

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. 1.632/2002 interpuesto por MANCOMUNIDADE INTERMUNICIPAL "R.S." 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 J.J.R.G. en reclamación de Despido siendo demandado MANCOMUNIDADE INTERMUNICIPAL "R.S." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 719/01 sentencia con fecha treinta de enero de dos mil dos 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 día 14 de octubre de 1994 fue constituida la Mancomunidad Intermunicipal "R.S.". Que por acuerdo del plano de dicha Mancomunidad de fecha 21 de octubre de 1994 fue creada una plaza de gerente, puesto de trabajo configurado en el mismo como "personal eventual"./ Segundo.- Con fecha 31.10.94 se nombró al demandante gerente de la Mancomunidad demandada, con un salario mensual de 299.320 ptas., incluida la parte proporcional de pagas extras.7 Tercero.- Con fecha 07.11.94 demandante y demandada suscriben contrato de trabajo al amparo del RD 2.104/94 bajo la modalidad de "servicio determinado" y con una duración desde 07.11.94 "hasta la terminación

del servicio./ Cuarto.- El demandante prestó sus servicios a la demandada como gerente siendo el Centro de Trabajo los locales que la Mancomunidad tiene en/ Quinto.- Con fecha 05.07.01 la Mancomunidad demandada comunica por escrito al demandante su cese y que literalmente dice: " Por la presente le comunico que el Sr. Presidente en el día de la fecha dictó la siguiente: RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA.- 1.- Por acuerdo del Pleno de la Mancomunidad de fecha 21.10.94 fue aprobado el catálogo de puestos de trabajo en el que consta una plaza de gerente de la Mancomunidad, siendo calificada como personal eventual y por lo tanto, de confianza o asesoramiento especial, siendo facultad del presidente el nombramiento./ 2.- Con fecha 31.10.94 y por Resolución de esta presidencia se procede al nombramiento de don X.X.R.G. como gerente de la Mancomunidad "R.S.". 3.- Resultando que los cometidos y metas que se había marcado esta Presidencia en relación con el nombramiento de dicho gerente están ampliamente cumplidas./ Cuarto.- Vista la situación económica que atraviesa esta Mancomunidad, últimamente sin posibilidades económicas, dados los aplazamientos solicitados por los Ayuntamientos para el pago de las aportaciones y el ahogo que los propios Ayuntamientos sufren. HE RESUELTO: De conformidad con lo previsto en el art. 104.2 de la Ley 7/85 de 2 de abril resultadora de las bases de Régimen Local, CESAR al gerente de esta Mancomunidad don J.R.G. con efectividad desde el día 06.07.01, agradeciéndole los servicios prestados., 5 de julio de 2001./ Sexto.- El demandante no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante sindical de clase alguna./ Séptimo.- El demandante agotó la vía previa administrativa."

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

"FALLO: Que estimando la demanda formulada por J.J.R.G. contra LA MANCOMUNIDADE INTERMUNICIPAL " R.S.", debo declarar y declaro la nulidad del despido del demandante realizado por la demandada con efectos 06.07.01; en consecuencia debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que readmita al demandante de forma inmediata en las mismas condiciones de trabajo que tenía en la fecha del despido y a que le abonen los 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.

QUINTO.- Que con fecha 24 de abril del presente año se acordó por providencia remitir el presente procedimiento al Ministerio Fiscal a fin de que emitiera el pertinente informe a que se refiere la Ley de Procedimiento Laboral.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La demandada Mancomunidad Intermunicipal "R.S." recurre la sentencia de instancia, que declaró nulo el despido del actor, y solicita con amparo procesal adecuado revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene, con el fin de ".....se dicte nueva sentencia en su día por la que, con estimación del presente recurso, revoque la recurrida, declarando la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la presente reclamación".

SEGUNDO.- La entidad recurrente persigue exclusivamente obtener la declaración de incompetencia de este orden jurisdiccional para conocer y decidir la cuestión litigiosa. Con independencia de la adecuación o no del cauce de impugnación elegido, la jurisprudencia (ss. 18.12.87, 17.05.88, 23-1, 6-2, 5-3, 05.11.90, 11.12.00), 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 LOPJ) que es propia de aquella excepción procesal, faculta a la sala para valorar en su integridad el material probatorio incorporado a los autos, sin vinculación a las declaraciones de la resolución impugnada.

De acuerdo con lo anterior y contestando a las pretensiones fácticas de la recurrente, tras valorar las pruebas de confesión judicial de los litigantes y la documental incorporada a las actuaciones, declaramos como hechos probados:

1º) El 14.10.94 se constituyó la Mancomunidad Intermunicipal "R.S.", en cuya relación de puestos de trabajo para los ejercicios 1994 y 1995, aprobada el 21.10.94, consta como único puesto de trabajo fijo y permanente el de gerente, configurado como personal eventual que realiza tareas de confianza y asesoramiento especial, con jornada de 35

horas semanales de lunes a viernes, plena disponibilidad, retribución de 200.000 pesetas y nombramiento en resolución motivada de la presidencia.

2º) El 31.10.94 el presidente nombró gerente al demandante, quien tomó posesión el 02.11.94.

3º) El 07.11.94 y hasta la terminación del servicio, firmaron un contrato al amparo del Real Decreto 2.104/84 de 21-11 (Regula diversos contratos de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos), en cuya virtud el actor prestó servicios en el Ayuntamiento de ..., sede de la mancomunidad, con categoría de gerente, retribución de 200.000 pesetas mensuales y catorce pagas al año, jornada de 35 horas semanales de lunes a viernes. En la misma fecha la recurrente le dio de alta en la Seguridad Social y cotizó en el período agosto-2000-julio-2001.

El libro matrícula consigna al demandante como único trabajador con la categoría de gerente, que también consta en los documentos de pago de su remuneración.

4º) La presidencia de la mancomunidad fijaba las tareas de promoción y asesoramiento realizadas por el actor, autorizaba sus viajes y abonaba los gastos ocasionados.

5º) El 05.07.01 le comunicó el cese por haber cumplido los cometidos y metas previstos, así como por las escasas posibilidades económicas de los ayuntamientos que integraban la mancomunidad.

6º) Al mismo tiempo que el demandante y después de su cese, otras dos personas trabajaron para la entidad recurrente.

7º) El 13.09.01 el BOP de Orense publicó el siguiente cuadro de personal de la mancomunidad para ese ejercicio: 1 plaza de funcionario eventual con la denominación de secretario-interventor, grupo B. CD nivel 26. 1 plaza de gerente, funcionario eventual (6 meses: de enero a junio).

TERCERO.- En el ámbito jurídico, la entidad recurrente denuncia que la sentencia infringe los artículos 2 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores (ET), 89 y 104.2 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL), 20.2 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Administración Pública (LMRFP) y las sentencias que cita, pues la contratación del actor estuvo ampara-

da en la legislación administrativa sin que formulara objeción o disconformidad.

CUARTO.- Los datos objetivos expuestos en el fundamento segundo llevan a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

La Mancomunidad Intermunicipal "R.S.", en sus relaciones de puestos de trabajo, configuró su gerencia como una actividad laboral ordinaria. Es cierto que la designación o contratación de la persona llamada a realizar esas funciones tiene origen en las normas administrativas, especialmente la LBRL y la LMRFP. Sin embargo, también es verdad que esa apariencia formal o adjetiva que, según los artículos 1.3.a) ET y 3.c) LPL, llevaría a declarar la incompetencia de la jurisdicción social, no se ratificó en la realidad, cual se infiere, entre otras circunstancias, del tiempo transcurrido desde que el demandante tomó posesión del cargo (02.11.94), con base en el nombramiento reglamentario de 30.10.94 pero ignorándose las condiciones en que había de ejecutar aquellos servicios, y el contrato que los litigantes firmaron el 07.11.94 al amparo del RD 2.108/84, única cobertura legal efectiva y palpable, en relación al que no cabe duda corresponde al orden social de la jurisdicción conocer y decidir los contenciosos a que pueda dar origen.

De este modo, es aplicable la jurisprudencia (ss. 20.09.95, 15.06.98, 20.07, 29.12.99), anotada por la recurrente, que afirma que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y que realmente se ejercitan. En este aspecto, son apreciables las notas fundamentales de la relación de trabajo ordinaria, es decir, la dependencia, considerada no como subordinación rigurosa sino como inserción del trabajador en el ámbito de organización y dirección del empresario, y la ajeneidad, como asunción del riesgo por la empresa (TS ss. 6-11, 12.12.90, 29-1, 23-4, 17.05.91, 08.10.92, 19-5, 04.11.93, 27.01.94), si atendemos a la observancia y seguimiento por el actor de las instrucciones recibidas de la presidencia de la mancomunidad, al carácter uniforme de su remuneración o a la regularidad de su jornada laboral.

Incluso, la causa del cese alegado por la recurrente (cumplimiento de los cometidos y metas previstos, así como por las escasas posibilidades económicas de sus ayuntamientos integrantes), ratifica nuestro criterio al no

tipificarse como tal por el invocado artículo 20.2 LMRFP, que limita el cese del personal eventual al cese de la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento, las cuales, por cierto, el presidente de la mancomunidad confesó no haber contratado, lo que alteraría no sólo la configuración intermunicipal de la gerencia sino también el citado artículo 20.2 LMRFP, que atribuye al personal eventual el ejercicio de esas tareas exclusivamente.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de la Mancomunidad Intermunicipal "R.S." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Orense, de 30 de enero de 2002 en autos nº 719/2001, que confirmamos.

3391 Recurso nº 2.017/02

S.S. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO E NON DE ARRENDAMENTO DE SERVICIOS. DESPEDIMIENTO NULO POR REPRESALIA.

Ponente: Ilmo Sr. Don Juan Luis Martínez López.

A Coruña, a catorce de mayo de dos mil dos.

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 2.017/02, interpuesto por "T.V.E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 20/02 se presentó demanda por don D.B.B. en reclamación de Despido siendo demandado el "T.V.E., S.A." y Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dieciocho de febrero

de dos mil dos por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor don D.B.B., ha venido prestando servicios profesionales para la demandada T.V.E. desde el 1 de agosto de 1998, como Redactor de T.V.E. en la Unidad Informativa de Ourense./ Como condición para la prestación de dichos servicios, impuesta por "T.V.E. S.A." al actor éste constituyó en fecha 13 de julio de 1998, una Sociedad Limitada Unipersonal "D.B., S.L." a medio de Escritura Pública con el nº 2.832 de su protocolo, siendo el actor Administrador Único de la misma. La escritura de constitución figura incorporada a autos teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido./ SEGUNDO.- Para la prestación de dichos servicios profesionales, el actor, como Administrador Único de la empresa "D.B., S.L.", y la demandada "T.V.E. S.A.", suscribieron en fecha 24 de julio de 1998, contrato de arrendamiento de servicios, en cuya estipulación primera, se establece que "El prestatario del servicio se compromete a realizar, con los medios técnicos que "T.V.E., S.A." suministra para facilitar el proceso productivo para el Centro Territorial de "T.V.E., S.A.", en Galicia, el servicio de realización de noticias y reportajes en la ciudad de Ourense y su zona de influencia; estableciendo la estipulación sexta una vigencia de un año, contado a partir del 1 de agosto del 98, pudiendo prorrogarse por periodos sucesivos./ Dicho contrato figura incorporado a autos, teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido./ TERCERO.- En fecha 23 de noviembre de 2000, el actor recibe comunicación escrita del Director Económico-Financiero de "T.V.E., S.A.", del siguiente tenor literal:/ "Muy Sres. Nuestros./ Estando próximo el concurso de servicio de información gráfica y literaria en los CCTT de "T.V.E., S.A." y existiendo un contrato suscrito por "T.V.E., S.A." y vds. con Nº 1998/1.442, de fecha 14.08.98 correspondiente a la adjudicación del servicio de Corresponsalía Literaria en Ourense y su zona de influencia para los Informativos del CT de Galicia y los Informativos Nacionales de "T.V.E., S.A." cuya eficacia termina el 31.07.01, les notificamos que quedará resuelto al término de su vigencia./ Sin otro particular, reciban un atento saludo"/ CUARTO.- En fecha 7 de diciembre de 2000, la demandada comunica al actor que la corresponsalía de TVE en Ourense que ocupaba, saldrá a concurso, concediéndole un plazo de 11 días para presentar la oferta, lo

cual efectúa el demandante./ El 29 de enero de 2001, recibe carta fechada el 25 de enero, del siguiente tenor literal:/ "El Comité de Compras de Radio T.V.E., en sesión celebrada al 17 de enero de 2001, ha resuelto seleccionar a esa Firma para la Partida 8 Item 6 (Ourense y Provincia), del expediente referenciado, relativo a: Contratación servicios de corresponsalías literarias para los centros territoriales de "T.V.E., S.A." en: Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, Galicia, Murcia y Navarra, por un precio cierto de 8000 ptas./Noticia (ocho mil pesetas/noticia)"./ QUINTO.- El 20 de febrero de 2001, el actor, como representante de la empresa "D.B., S.L.", en su condición de Administrador Único, y la demandada "Sociedad Estatal T.V.E. S.A.", suscriben contrato, cuyo objeto es el suministro al Centro Territorial de T.V.E., S.A., en Galicia, de los servicios contemplados en la partida 8, item 6/Ourense y Provincia, del expediente 200/283, "contratación de servicios de información literaria, crónicas, noticias y reportajes, para la programación de los centros territoriales de T.V.E. en Andalucía, Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, Galicia, Murcia y Navarra"./ Dicho contrato figura incorporado a autos, teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido./ SEXTO.- El actor, desde el inicio de la prestación de servicios, el 1 de Agosto de 1998, ha venido desempeñando las funciones de redactor para la demandada "T.V.E., S.A." en la Unidad Informativa de Ourense de la siguiente manera:/ El actor realizaba las previsiones de noticias que se iban a producir al día siguiente, y estas previsiones las remitía al Centro Territorial de Santiago, donde se elegían las mismas. Cada mañana, sobre las 9 horas, se llamaba al actor desde el centro territorial de Santiago, y se le encargaban las noticias seleccionadas. El actor, en compañía del cámara fijo de plantilla de la empresa demandada, don J.N., acudía al lugar de la noticia efectuando el actor las preguntas o redactando el texto de la misma y grabando la correspondiente imagen en la cámara. A continuación, acudían a la Unidad Informativa de Ourense para montar la noticia, esto es, la imagen con la voz en off, previa selección del texto por el actor, y lo remitían a Santiago, a horas del enlace informativo./ El actor, vino desempeñando sus funciones en el centro de trabajo de la Delegación de "T.V.E., S.A." de Ourense, sito en la c/ Progreso nº 115, 2º, de esta ciudad, y utilizando el material que existe en dichas dependencias; el actor disponía de las llaves de dicha dependencia, desde el inicio

de la prestación de servicios./ El actor venía realizando un horario de Lunes a Viernes de 9 horas a 14,30 horas y de 16,30 horas a 20 horas. Si se producía a mediodía algún suceso, acudía a cubrirlo, cualquiera que fuese la hora. Igualmente, cubría sucesos o actos, que se producían después de las 20 horas./ El actor vino disfrutando vacaciones anuales retribuidas hasta el año 2001, en que no se le retribuyen./ SÉPTIMO.- En fecha 9 de mayo de 2001, la corresponsal de la demandada "T.V.E., S.A." en Ferrol, doña E.P., presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo alegando el carácter laboral de la relación mantenida entre las partes. Por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se levantó acta de liquidación de cuotas al R.General el 14.09.01, considerando laboral la relación./ En fecha 10 de septiembre de 2001, fue despedida. Dicho despido fue declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales, por Sentencia de 20.11.01, del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, recaída en autos nº 548/01./ La corresponsal de A Coruña doña M.V., presentó denuncia a la Inspección de Trabajo el 03.09.01, efectuándose la visita de Inspección el 05.09.01. Fue despedida el 06.09.01, siendo dicho despido declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales, por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña de 01.12.01, recaída en autos nº 741/01./ Igualmente, la corresponsal de Vigo doña I.G.C., fue despedida el 24.08.01, despido declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo de 12.11.01, recaída en Autos nº 573/01./ OCTAVO.- En fecha 13 de julio de 2001, el Director del Centro Territorial de "T.V.E., S.A." se personó en la Unidad Informativa de Ourense, manifestándole al demandante que no podía entrar en dichas dependencias y que debía de realizar su trabajo en cafeterías u otras instalaciones ajenas a TVE, y que no "podía o no debía", utilizar los medios de TVE./ Ello motivó una denuncia del comité Intercentros de RTVE de fecha de 18 de julio de 2001, la cual figura incorporada a autos, cuyo contenido se tiene aquí por reproducido; dado que dicha orden fue dada en las distintas Unidades Informativas de Galicia./ Desde dicho momento, el actor continuó realizando las mismas funciones que venía realizando, en el mismo modo, forma y lugar, si bien desde dicha fecha no utilizaba el ordenador, escribiendo las noticias a mano./ NOVENO.- El 30 de noviembre de 2001, la empresa demandada comunicó al actor carta del siguiente tenor literal:/ "Muy Sres. Nuestros: estando próximo

el vencimiento del contrato número 2001/0785 correspondiente al exp. 2000/283 suscrito por TVE, S.A. y ustedes para la prestación del servicio de corresponsalía literaria en Ourense y Provincia, cuya eficacia termina el 31.12.01, les notificamos que quedará resuelto al término de su vigencia. Sin otro particular, reciban un atento saludo"./ DÉCIMO.- En fecha 3 de diciembre de 2001, el Director del Centro Territorial de "T.V.E., S.A.", manifiesta al actor que si quería seguir trabajando, lo haría sin contrato y sin utilizar las instalaciones de TVE, en tanto no se comunicase otro concurso o se arbitrara otra solución. El actor continuó prestando sus servicios en la misma forma que anteriormente, si bien presentó denuncia en Inspección de Trabajo el día 11 de diciembre de 2001, recibíendose la visita de Inspección el día 12 de diciembre./ El día 13 de diciembre pasado, el Director del Centro Territorial de la demandada, se personó en las dependencias de la Unidad Informativa de Ourense, y manifestándole al actor que se fuese de las mismas, exigiéndole la entrega de las llaves y dando la orden de que se cambiasen las cerraduras./ Desde dicho momento, al actor no se le ha proporcionado ocupación efectiva./ UNDÉCIMO.- Se tuvo por intentada sin efecto la conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que estimando la demanda interpuesta por don D.B.B. contra la empresa "T.V.E. S.A.", debo declarar y declaro la nulidad del despido del actor, llevado a cabo por la demandada el 13.12.01, por vulneración de derechos fundamentales, al haber vulnerado la demandada la garantía de indemnidad del art. 24.2 de la Constitución y, en consecuencia, condeno a la demandada a la readmisión inmediata del actor, en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido y con abono de los salarios dejados de percibir y a abonar al actor la cantidad de 14.424,29 euros (2.400.000 pesetas) en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivados de dicha vulneración".

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 declarando la

nulidad del despido del actor por vulneración de derechos fundamentales, condenando a la demandada "T.V.E., S.A.", a la readmisión inmediata del actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido y con abono de los salarios dejados de percibir y a abonar al actor la cantidad de 14.424,29 euros (2.400.000 ptas.) en concepto de indemnización de daños y perjuicios de dicha vulneración. Frente a dicha resolución interpone recurso de suplicación la citada empresa demandada, destinando los cinco primeros motivos del recurso a la revisión de hechos probados formulando, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L., las siguientes modificaciones:

a) Que al ordinal quinto de la resolución recurrida se le añada el siguiente párrafo: "En las bases de este concurso, el demandante se comprometió a emplear su propio material en la elaboración de noticias, y tener personal propio para atender el servicio durante la vigencia del contrato, cláusulas 7 y 8 de las bases y estipulación segunda del contrato".

b) La modificación del hecho probado sexto para el que se propone el siguiente texto alternativo: "La actora acudía a las oficinas de la empresa, cuando recibía los encargos que se le realizaban para la confección de noticias, realizando las mismas con el cámara que la empresa le asignaba, y una vez realizada la noticia, ésta era montada y remitida a Santiago. No tenía un horario impuesto por la empresa, ni disfrutaba de vacaciones pagadas".

c) Que se sustituya el contenido del ordinal séptimo por el siguiente texto: "Dña. E.P. y doña M.V., que cubrían el área de Ferrol y A Coruña, mediante la misma fórmula que la actora, denunciaron a la empresa ante la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social, en fecha 9 de mayo de 2001, 3 de septiembre de 2001, impidiéndoles el paso a las instalaciones de "T.V.E., S.A." en fecha 14 de septiembre de 2001, la primera de ella, y el 6 de septiembre de 2001, la segunda./ Igualmente, y con anterioridad a ellas, en fecha 24 de agosto de 2001, doña I.G.C., fue expulsada del centro de Vigo, siendo declarado este acto como despido nulo por la sentencia del Juzgado de lo Social Número Cuatro de los Vigo, que tenía fecha de 12 de noviembre de 2001, que fue revocada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 26 de febrero de 2002, que estimó el primero de los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social, en el sentido de

declarar improcedente el despido, pues constaba que las órdenes de la empresa de no dejar permanecer en sus instalaciones y obligar a utilizar sus materiales a las reclamantes, era anterior a sus denuncias./ Estas órdenes, cursadas en fecha 15 de febrero de 2001 y 15 de marzo de 2001".

d) Que se añada al hecho probado octavo de la sentencia de instancia el siguiente párrafo: "...si bien, no consta que el Director hubiese revocado la Orden, siendo ésta reiterada el día 3 de septiembre".

e) La modificación del ordinal décimo por el siguiente texto alternativo: "En fecha 3 de diciembre de 2001, el Director del Centro Territorial de "T.V.E., S.A.", manifiesta al actor que para seguir prestando su servicio, lo haría sin contrato y sin utilizar las instalaciones de la demandada, en tanto no se convocase otro concurso. El actor formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo el día 11 de diciembre de 2001, recibiendo el mismo la visita de los inspectores, y recibiendo la notificación de tal actuación el día 12 siguiente./ A las seis menos cuarto de la tarde, remitió a la empresa la notificación obrante al folio 464, la cual se quedó en su poder, por medio de fax de Radio Nacional de España./ En dicha comunicación sólo se requiere a TVE para que aporte una serie de documentos, pero nada se dice de la visita realizada".

No hay inconveniente en aceptar la adición propuesta en el apartado (a) que, por otro lado, ya está implícitamente recogida en el ordinal quinto de la sentencia de instancia en el que se refleja que dicho contrato figura incorporado a los autos, teniendo su contenido por reproducido. Se rechaza la modificación del hecho sexto (b) porque no puede prosperar una revisión que pretenda apoyarse en la ausencia de prueba, ni la confesión judicial es prueba hábil para revisar pretendiendo, en suma, sustituir la valoración objetiva e imparcial del Juzgador "a quo" por la parcial y presumiblemente interesada de la parte recurrente. De la propuesta revisora para el ordinal séptimo (c) únicamente se acepta que este Tribunal en sentencia de fecha 26 de febrero de 2002 estimó el recurso en el sentido de declarar improcedente el despido. Pero también tiene constancia esta Sala de la sentencia de fecha 13.03.02 que desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia que había declarado nulo el despido. La misma suerte desestimatoria debe seguir en lo que atañe al hecho octavo (d), pues además de no encon-

trar apoio documental, ya que se basa en que non consta en las presentes actuaciónes que la mencionada orden fuese posteriormente revocada por nadie, resultaría contradictorio con lo recogido en el último párrafo del ordinal octavo, que se mantiene, en el sentido que “el actor continuó realizando las mismas funciones que venía realizando, en el mismo modo, forma y lugar”. Tampoco se acepta la revisión del hecho probado décimo, cuyo propósito velado, ya que no esgrime razones para ello, es suprimir que el actor continuó prestando servicios en la misma forma que anteriormente y que, el 13 de diciembre pasado, el director del centro territorial de la demandada se personó en las dependencias de la Unidad informativa de Ourense, manifestándole al actor que se fuese de las mismas, exigiéndole la entrega de las llaves y dando orden de que se cambiasen las cerraduras.

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado denuncia la recurrente, en primer término, la infracción de lo dispuesto en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores y de la Jurisprudencia que lo interpreta, reproduciendo la excepción de incompetencia de Jurisdicción, desestimada en la instancia.

La Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto desestimando dicha excepción en la sentencia de 26.02.02, entrando a resolver sobre el fondo en la de 13.03.02, en las que también se examinaba el despido de otros dos trabajadores de TVE vinculados por similar contrato y en los que se daba una situación fáctica muy parecida, declarando la existencia de una relación de carácter laboral al concurrir los requisitos previstos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la presunción de laboralidad recogida en el artículo 8 del precitado Texto Legal; señalando la sentencia de esta Sala de fecha 26 de febrero de 2002 (Rec. 15/2002), en la que se resolvía el despido de una trabajadora ligada también a TVE por un contrato de arrendamiento de servicios, teniendo por objeto la elaboración de noticias y la realización de reportajes, y en la que también se discutía la naturaleza de la relación que ligaba a las partes, declarando la Sala la naturaleza laboral de dicha relación, y recogiendo, entre otras consideraciones “...sin que obste a ello el hecho de que la demandante hubiera suscrito con la demandada un contrato de arrendamiento de servicios, pues la naturaleza jurídica de un contrato no depende de la denominación que las partes le atribuyan

sino de las circunstancias que lo configuren, o lo que es lo mismo, los contratos son lo que son y no lo que las partes digan...”.

TERCERO.- Bajo amparo procesal adecuado denuncia la infracción del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia que lo interpreta alegando que el día 13 de julio se produce la conversación con el director, que le indica que no puede utilizar el material de la empresa y que deberá trabajar por su cuenta..., en estas circunstancias –añade– debe entenderse que concurre la excepción de caducidad planteada.

Para el análisis de dicha cuestión hemos de partir de la inalterada relación histórica de la resolución recurrida según la cual: a) En fecha 13 de julio de 2001, el Director del Centro Territorial de “T.V.E., S.A.” se personó en la Unidad Informativa de Ourense, manifestándole al demandante que no podía entrar en dichas dependencias y que debía de realizar su trabajo en cafeterías u otras instalaciones ajenas a TVE, y que no “podía o no debía”, utilizar los medios de TVE. Ello motivó una denuncia del comité Intercentros de RTVE de fecha de 18 de julio de 2001, la cual figura incorporada a autos, cuyo contenido se tiene aquí por reproducido; dado que dicha orden fue dada en las distintas Unidades Informativas de Galicia. Desde dicho momento, el actor continuó realizando las mismas funciones que venía realizando, en el mismo modo, forma y lugar, si bien desde dicha fecha no utilizaba el ordenador, escribiendo las noticias a mano; y b) En fecha 3 de diciembre de 2001, el Director del Centro Territorial de “T.V.E., S.A.”, manifiesta al actor que si quería seguir trabajando, lo haría sin contrato y sin utilizar las instalaciones de TVE, en tanto no se comunicase otro concurso o se arbitrara otra solución. El actor continuó prestando sus servicios en la misma forma que anteriormente, si bien presentó denuncia en Inspección de Trabajo el día 11 de diciembre de 2001, recibíendose la visita de Inspección el día 12 de diciembre. El día 13 de diciembre pasado, el Director del Centro Territorial de la demandada, se personó en las dependencias de la Unidad Informativa de Ourense, y manifestándole al actor que se fuese de las mismas, exigiéndole la entrega de las llaves y dando la orden de que se cambiasen las cerraduras. Desde dicho momento, al actor no se le ha proporcionado ocupación efectiva.

A la vista de lo expuesto es evidente, como pone de relieve la sentencia de instan-

cia, que se produce un despido tácito el 13.12.01, pues si bien anteriormente se le indicó que no utilizase los medios de televisión y que no acudiese a las instalaciones, lo cierto es que el actor, con pleno conocimiento y consentimiento de la empresa, siguió realizando las mismas funciones y en el mismo lugar que hasta la fecha, con la única excepción de que no utilizaba el ordenador. Y en estas circunstancias si el despido se produjo el 13.12.01 y la papeleta de conciliación fue presentada el 21.12.01, celebrándose el acto de conciliación el 09.01.02, es obvio que la acción de despido no está caducada sino que ha sido planteada dentro del plazo que establece el artículo 103.1 de la L.P.L.

CUARTO.- Denuncia la recurrente la infracción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores alegando que en el caso de autos no existe despido nulo desde el momento en que las órdenes de que no utilice material de la empresa son anteriores todas ellas a la existencia de denuncias, por lo que no puede sostenerse que la causa de la expulsión sea la denuncia ante la Inspección, y si se entendiese que existe despido –hipótesis que la recurrente plantea a los meros efectos dialécticos– éste puede ser declarado improcedente, pero en ningún caso nulo.

El motivo está claramente supeditado al éxito que pudieran haber alcanzado las revisiones aludidas que, por lo arriba expuesto, no han prosperado. En tales condiciones, partiendo de los hechos expuestos en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, existen indicios más que suficientes de que el despido se produce como represalia a la denuncia presentada en reclamación de derechos sin que la empresa haya justificado, razonablemente, la adopción de una medida adoptada de forma tácita y sin alegar causa alguna. Por consiguiente, la calificación de despido nulo que realiza la sentencia de instancia es correcta y ajustada a derecho.

QUINTO.- En el último de los motivos formulados, también con amparo procesal adecuado, denuncia la recurrente la infracción del artículo 64 del Convenio Colectivo de la empresa alegando que la sentencia de instancia al establecer el salario del actor computa el plus de polivalencia de funciones, por lo que la cantidad debe reducirse forzosamente.

La Sala, como ya dijo en la sentencia de 13.03.02 (Rec.809-02), no entra tan siquiera a considerar la denuncia, porque el suplico del

recurso no contiene petición alguna que sea consecuencia de la imputada infracción, cual pudiera ser –por ejemplo– la correlativa minoración de los importes indemnizatorios y salariales, que la Sala no puede realizar de oficio en un procedimiento regido por los principios dispositivo y de rogación.

En consecuencia, por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de suplicación formulado por la recurrente y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por “T.V.E., S.A.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, de fecha 18 de febrero de 2002, en autos seguidos a instancia de don D.B.B. frente a la recurrente y al Ministerio Fiscal, confirmando la expresada resolución.

3392 Recurso nº 2.072/02

S.S. SOCIEDADES PÚBLICAS. INAPLICABILIDADE DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS. INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN EN PROBAS DE ACCESO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don J. Fernando Lousada Arochena.

A Coruña, a quince de mayo de dos mil dos.

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. 2.072/02 interpuesto por don J.R.R.S. 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 don J.R.R.S. en reclamación de TUTELA DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado “B.”C.N.M.S.A.” en la actualidad “I.”C.N.M.S.A.” y contra EL TRI-

BUNAL EXAMINADOR DE LAS PRUEBAS DE CHAPA FINA integrado por su PRESIDENTE don J.R.P. y los VOCALES don J.A.V. y don M.P.F., don V.R.L., don C.C.M., doña L.L.C., don J.A.M., don J.M.A.F., don F.F.G., don J.F.L.L., don J.V.P., don J.D-R.P., don C.C.G., don R.C.P., don H.F.P., don C.C.V. y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 121/01 sentencia con fecha veinte de julio 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.- En fecha 06.10.00 se acordó en Acta suscrita entre la Dirección de la Empresa y el Comité de Empresa, acuerdo para convocar plazas de nuevo ingreso acogidas a los siguientes tipos de contrato:

I.- Tipos de contrato:

A) Contrato de Formación según E.T y Ley 63/1997 en relación a Leyes 54 y 55/99 (60 plazas).

B) Contrato para el Fomento de Contratación Indefinida según E.T. y Ley 55/99 (102 plazas).

C) Maquinistas Navales : 2 plazas contrato ordinario indefinido.

II.- Contrato para el fomento de la contratación indefinida:

1.- Nº y distribución de las plazas: Las 102 plazas se distribuyen entre las siguientes profesiones:

Armadores:24 Caldereros: 4

Soldadores: 20 Axustador-montador:17

Tuberos: 6 Máquinas herramientas (fresador, tornero): 12

Chapistas: 13 Carpintero: 6

Los opositores que se presenten a estas plazas deberán optar a una sola profesión.

Dos de estas plazas, (una para Carpintero y otra para Chapista),se reservan para personas minusválidas, siempre que la minusvalía no les impida el desarrollo de las funciones propias de las profesiones (en relación con la

ley 63/97 y Real Decreto 1451/83), común a todas las profesiones .

SEGUNDO.- Igualmente en el Acta de fecha 06.10.00, se convocaron para la modalidad de 3 contratos para la formación 60 plazas, exigiéndose como requisitos los siguientes:

Tener cumplidos 16 años y no tener cumplidos los 21 en la fecha de celebración del contrato (31.12.00).

Nivel académico: Graduado escolar o equivalente.

No haber pertenecido con anterioridad a la plantilla fija de “E.N.B.” de C.N.M.S.A

TERCERO.- En fecha 9 de octubre de 2000, se convocó Concurso-Oposición para la provisión de 102 plazas:

Contrato para el fomento de la contratación indefinida según E.T. y Ley 55/1999.-

Plazas que se convocan:

ARMADORES: 24

SOLDADORES: 20

MAQUINAS HERRAMIENTAS: 12

TUBEROS:6

AJUSTADOR-MONTADOR: 17

CARPINTEROS:6

CHAPISTAS: 13

CALDEREROS: 4

1/2 de estas plazas (una para carpintero y otra para chapista), se reservan para personas minusválidas, cuya minusvalía no les impida el desempeño de las funciones propias de las citadas profesiones (en relación con la Ley 63/97 y Real Decreto 145/1983)

2) Requisitos Exigidos:

Tener cumplidos 18 años y no haber cumplido los 30 en la fecha del contrato (31.12.00). Para los que opten a las plazas de minusválidos tener cumplidos 18 años y no haber cumplido los 45 en dicha fecha. Ser demandante de empleo (inscrito como tal en el INEM) en la fecha del contrato (31.12.00). Estar en posesión del título de Graduado Escolar o equivalente. No haber pertenecido con anterioridad a la plantilla fija de la “E.N.B.” de “C.N.M.S.A.”

3) Selección:

Cada opositor solo podrá presentarse a una profesión. Habrá un examen específico para cada una.

Los opositores realizarán las siguientes pruebas:

1ª prueba (De carácter eliminatorio)

Constará de un determinado número de preguntas tipo test sobre conocimientos generales, tecnología común para todas las profesiones y específica de cada una de ellas. Se valorará negativamente la contestación incorrecta.

2ª prueba

Examen práctico relativo a los conocimientos de cada profesión.

3ª prueba

Será indispensable pasar un reconocimiento médico que se efectuará en los Servicios Médicos de la factoría.

Solicitudes y Documentación:

Del 9 al 11 de octubre (ambos inclusive) y del 16 al 25 de octubre (ambos inclusive), podrán presentarse solicitudes en el Centro de Formación de esta factoría (Puerta del Astillero), en modelo oficial que se solicitará en el propio centro en horario de 9 a 14 horas.

Será necesario presentar el DNI acompañado de una copia del mismo y 2 fotografías tamaño carnet. En el momento de presentar la solicitud, cada solicitante recibirá un carnet de opositor cuya presentación es imprescindible a la hora de realizar las pruebas.

El día 27 de octubre se publicará la relación provisional de admitidos a examen.

Reclamaciones: días 28 y 30 de octubre.

El día 31 de octubre se publicará la lista definitiva de admitidos a examen.

El lugar y la hora en que se realizarán las pruebas se comunicará oportunamente.

CUARTO.- De conformidad con las bases de la convocatoria del Concurso-Oposición se designó el Tribunal de Exámenes integrado por un presidente S.R.P., y 18 vocales, de los cuales 2 eran para la prueba común los SRS.C.P. y M.G. y 2 para la prueba de chapista, los SRS. A.V. y P.F.

QUINTO.- A la prueba teórica concurren 114 aspirantes, de los cuales no superaron la misma 75, quedando para la prueba práctica 39 aspirantes.

SEXTO.- Las bases para el desarrollo de la prueba práctica fueron las siguientes:

El tiempo máximo para la realización del ejercicio es de 3 horas y 30 minutos.

La distribución del tiempo será de la siguiente forma:

MARCADO: 2 Horas (transcurrido dicho tiempo se retirarán los útiles de marcado.)

CORTADO: Guillotina :15 minutos.
Cizalla: 15 minutos.

CONFORMADO: 15 MINUTOS.

PUNTEADO Y ACABADO: 45 minutos.

Si algún opositor termina el marcado antes de las 2 horas y quiere continuar con los siguientes procesos, podrá hacerlo después de comunicárselo a los representantes del Tribunal de la prueba.

El corte en la guillotina y la cizalla los hará el opositor después de ser informado del funcionamiento de dichas máquinas.

El conformado en el cilindro lo hará el opositor.

6) Para el conformado en la plegadora, el manipulador de la máquina plegará según instrucciones del opositor.

7) Para el ensamblaje de las diferentes piezas le serán dados los mínimos puntos necesarios por un soldador del taller, siendo el resto por cuenta del opositor.

Muy Importante:

Para poder realizar el examen es condición obligatoria permanecer en el taller hasta la finalización del mismo. (Aproximadamente a las 13 horas y 15 minutos).

Se prohíbe la utilización del teléfono móvil durante el desarrollo de la prueba.

Para la elaboración de la prueba práctica se dio a los aspirantes el croquis que obra al folio 60 y que se da por reproducido en el folio siguiente: (en la sentencia se acompaña fotocopia)

SEPTIMO.- Los resultados de la puntuación realizada por el Tribunal examinador para la categoría de Chapistas fueron los

siguientes partiendo de que se puntuaba la pieza por números sin conocer la identidad del aspirante que elaboraba la misma:

PIEZA Nº	CALIFICACIÓN TRAZADO	CALIFICACIÓN CORTADO	CALIFICACIÓN	CALIFICACIÓN	CALIFICACIÓN	TOTAL PRÁCTICA	
1	Anulado						
2	0	0	0	0	0,2	0	0,2
3	2,5	1	0,8	0,8	0,8	2	7,9
4	2,5	1	1	0,5	0,8	2,2	8
5	0	0	0	0	0,2	0	0,2
6	1,8	1	0,5	0,5	0,2	1	5
7	0	0	0	0	0,2	0	0,2
8	0,5	0,5	0,3	0,3	0,6	0,2	2,4
9	3	1	1	0,7	1	2,5	9,2
10	2	0,7	0,5	0,7	0,5	1,8	6,2
11	2	0,7	0,8	0,7	0,3	2	6,5
12	2,6	1	0,7	0,8	0,6	2,6	8,3
13	2,5	1	1	0,7	0,8	2,8	8,8
14	0	0	0	0	0,3	0	0,3
15	2,8	1	1	0,5	0,7	2,5	8,5
16	0	0	0	0	0,5	0	0,5
17	0	0	0	0	0,2	0	0,2
18	2,3	1	1	1	0,8	2,2	8,3
19	0,5	0	0	0	0	0	0,5
20	0	0		0	0,5	0	0,5
21	1	0,5	0,5	0,3	0,7	0	3
22	1,5	0,5	0,5	0,5	0,8	1	4,8
23	0,2	0,5	0,5	0,5	0,7	0	2,4
24	1	0,5	0,5	0,5	0,8	0	3,3
25	0	0	0	0,2	0,1	0	0,3
26	0,2	0,5	0,5	0,5	0,5	0	2,2
27	0,8	0,5	0,5	0,5	1	0	3,3
28	0	0	0	0	0,5	0	0,5
29	2,8	1	1	0,8	0,7	2,8	9,1
30	2,8	1	1	1	0,8	2,7	9,3
31	0	0,1	0	0	0,2	0	0,3
32	0	0	0	0	0,2	0	0,2

33	0,5	0,2	0,2	0,2	0,5	0,2	1,8
34	0,2	0,5	0,5	0,2	0,7	0	2,1
35	0	0	0	0	0,7	0	0,7
36	0	0	0	0	0,5	0	0,5
37	0	0	0	0	0,5	0	0,5
38	0	0	0	0	0,3	0	0,3
39	0,2	0,1	0,2	0,2	0,3	0	1

OCTAVO.- En fecha 4 de Diciembre de 2000, se publicó la relación provisional de opositores declarados aptos en las pruebas del concurso oposición correspondiente a la convocatoria 09.10.00, ordenado según la calificación final obtenida, estableciéndose un periodo de aclaraciones y reclamaciones los días 5 y 7 de diciembre en horario de 8,00 a 14,00 horas. El lunes día 11.12.00 se publicara la relación definitiva.

CHAPISTA

APELLIDOS	NOMBRE		ORDEN
R.	L.	V.	1
C.	G.	C.	2
D-R.	P.	J-A.	3
C.	P.	R.	4
A.	F.	J-M.	5
A.	M.	J-A.	6
C.	V.	C.	7
F.	P.	H.	8
C.	M.	C.	9
F.	LL.	J-M.	10
L.	C.	M-L.	11
F.	G.	F.	12

PLAZA RESERVADA A MINUSVÁLIDOS

V.	P.	J.	1

NOVENO.- En fecha 7 de diciembre de 2000, el demandante formuló reclamación previa del tenor literal siguiente:

“1.-El pasado día 25.12.00, me presenté al examen práctico de la oposición para chapistas.

2.-El examen tenía por objeto la realización de un conducto estructural. El plano ofrecido para su realización ofrecía cuatro cotas y las dos vistas erróneas, de manera que resultaba imposible la realización de la pieza siguiendo las medias dadas para el ejercicio.

3.-La puntuación obtenida por mí en el examen práctico es de 30 puntos.

4.-En consecuencia, interesa a mi derecho que se proceda la repetición del caso práctico. En el supuesto de que ello no fuera posible, en todo caso, que se proceda a una nueva corrección de mi examen práctico, en mi presencia y ante un perito en la materia señalado por mí.

5.-Al tratarse de una reclamación, y ser intención de esta parte acudir a la vía judicial, se requiere en este acto a la empresa y al tribunal examinador para que guarden la totalidad de las piezas de todos los opositores, al objeto de utilizarlas en juicio como pruebas.

Por todo ello se solicita que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, y, conforme a él, tenga por efectuada la reclamación que contiene, por impugnada la lista provisional de aptos y la corrección y nota que se me puso en el examen práctico, acordando la realización nuevamente del ejercicio práctico o, cuanto menos, acordando una nueva corrección de mi ejercicio, en mi presencia y con un perito en la materia señalado por mí."

DECIMO.- Dicha reclamación previa fue contestada por la Empresa, en fecha 11.12.00, del siguiente modo:

"En contestación a la reclamación por VD. presentada con relación a la prueba práctica del Concurso-Oposición para el Fomento de la Contratación Indefinida de Chapista, le manifiesto que la prueba práctica a realizar está contemplada en el Programa de examen de la Convocatoria con referencia expresa al Taller de Chapa Fina, asimismo el Tribunal de Exámenes se ratifica en las puntuaciones asignadas a su ejercicio. Su prueba fue calificada con criterios idénticos a la de los demás opositores, según es norma habitual en todas las pruebas que se convocan en esta Empresa."

Añadiendo como anexo a dicha contestación los siguientes:

"Prueba practica nº21

Pieza mal elaborada.-

Deficiencias.- Las laterales del Plenum tienen 20m/m de inclinación (debe ser de 25 m/m). Las laterales están mal en longitud. La envolvente esta mal de longitud en la zona de la cubierta superior. Faltan líneas de referencia en el plenum. Mal la inclinación del injerto. El plano de la brida no esta a escuadro con la cubierta. Faltan ejes de situación del injerto. I injerto muy mal situado con respecto a la cubierta superior (210m/m). Mal el ensamblaje en la zona del radio por estar la envolvente embutida. Mal el punteado del injerto.

PUNTUACION.- Trazado.-1 punto. Cortado.-0,5 puntos. Conformado.-0,5 puntos. Ensamblado.- 0,3 puntos. Punteado.- 0,7 puntos.- Acabado.-0 puntos (Pieza mal elaborada). Total Puntos.-3. "

UNDÉCIMO.- En fecha 11 de diciembre de 2000 se publicó la Relación Definitiva de opositores que resultaron aptos en las pruebas del concurso oposición para el fomento de la contratación indefinida según E.T. y Ley 55/1999. Convocatoria 09.10.00. Ordenados por la calificación final obtenida.

El día 14.12.00, deberán presentarse a las 6, 45 horas, en ayunas en los Servicios Médicos de la empresa a fin de realizar el reconocimiento médico.

El día 18.12.00, superadas las pruebas médicas, deberán presentar en la Oficina de Personal la documentación que se les indicará el día del reconocimiento médico:

CHAPISTA

APELLIDOS	NOMBRE		ORDEN
R.	L.	V.	1
C.	G.	C.	2
D-R.	P.	J-A.	3
C.	P.	R.	4
A.	F.	J-M.	5
A.	M.	J-A.	6
C.	V.	C.	7
F.	P.	H.	8
C.	M.	C.	9
F.	LL.	J-M.	10
L.	C.	M-L.	11
F.	G.	F.	12

PLAZA RESERVADA A MINUSVÁLIDOS

V.	P.	J.	1

DUODECIMO.- La prueba practica objeto de la oposición para realizarse de forma correcta ha de seguir los siguientes pasos, según el Tribunal examinador de la siguiente manera:

“ DESCRIPCION DEL EJERCICIO.-

1) La pieza a realizar simula un conducto “estructural” o “plenum de ventilación”, elaborado en chapa de 1,5 mm de espesor el cual está situado contra un tipo de estructura.

2) En el croquis aparece una serie de información que el profesional debe comprender en forma de:

- Cotas o medidas para la elaboración del conducto referidas a puntos definidos de éste.

- Cotas de montaje que no serían necesarias para la elaboración, pero que en un dibujo real si aparecen ya que son necesarias para su correcta ubicación, como por ejemplo la distancia a una cuaderna.

- Por último notas aclaratorias en relación con el trabajo a realizar, tipo de material a emplear, etc.

REALIZACIÓN DEL EJERCICIO

Para la correcta realización del ejercicio éste debe desarrollarse en fases que pueden identificarse como: despiece, trazado, corte y conformado y por último el armado.

Despiece:

Identificación de los elementos que conforman la pieza.

La pieza en cuestión la formarían 4 elementos diferenciados:

Un frente o parte principal, dos laterales y un cilindro.

2)Trazado:

Una vez identificados cada uno de los elementos que componen la pieza se traza cada uno por separado sobre la chapa (ver hojas explicativas adjuntas). Se intenta aprovechar ésta al máximo ubicando los distintos elementos sobre ella con el fin de reducir a un mínimo el número de cortes a realizar. Para el trazado de los distintos elementos, las vistas y cotas indicadas en el croquis son lo suficientemente claras para realizar esta operación sin problemas.

Corte y conformado:

Finalmente con los elementos ya conformados se procede al ensamblado final lo cual únicamente requiere que las piezas elaboradas se ajusten entre sí sirviendo como guía el croquis de la pieza y que no debe representar problemas salvo el saber puntuar entre sí los distintos elementos.”

DECIMO TERCERO- El sistema de puntuación seguido por el Tribunal examinador en las diferentes fases del ejercicio práctico encomendado fue el siguiente:

“Puntuaciones de los diferentes apartados:

1ª parte: trazado, cortado, conformado, ensamblado y punteado, puntuación máxima: 3 puntos.

2ª parte: trazado, cortado, conformado, ensamblado y puntado.

Puntuación máxima: 4 puntos.

3ª parte: acabado

Puntuación máxima 3 puntos.

Nota: para obtener puntuación en la tercera parte es necesario que la pieza este bien elaborada en las dos primeras partes.

DECIMO CUARTO- El Tribunal examinador valoró las siguientes piezas de la siguiente forma:

1) Pieza nº21 correlativa con las fotos obrantes a los folios 331-332 y 333, del siguiente modo:

“Opositor : R.S.J-R.

Pieza num.21.

Deficiencias:

1ªParte:

Las laterales del plenum tienen 20 mm. de inclinación. (debe ser 25 mm). las laterales están mal en longitud (594 mm). la envolvente esta mal de longitud en la zona de la cubierta superior. faltan líneas de referencia en el plenum. mal el ensamblaje en la zona del radio por estar la envolvente embutida. el ensamblaje de las laterales esta fuera de escuadro..

Puntuación: 2,7 puntos.

2ªParte:

Mal la inclinación del injerto. el injerto esta demasiado vertical con respecto a la

envolvente. el plano de la brida no esta a escuadro con la cubierta. faltan ejes de situación del injerto. injerto muy mal situado con respecto a la cubierta superior (240 mm).

Puntuacion:0, 3 puntos.

3ª PARTE:

No se valora al estar mal elaborada la pieza.

Total puntuación: 3 puntos.”

2)Pieza num.22, correlativa con la foto obrante al folio 328:

“Opositor: L.C.L.

Pieza num.22.

Deficiencias:

1ª parte:

El parte inferior de la envolvente no tiene planitud en el corte. una lateral en la zona del radio sobresale sobre la envolvente. lateral mal cortada en la zona de la cubierta superior. faltan líneas de referencia de los ejes en envolvente. el ensamblado de las laterales esta fuera de escuadro.

Puntuación: 1,5 puntos.

2ª parte: el punteado del injerto con muy pocos puntos. faltan ejes en el injerto..

Puntuación : 2,3 puntos.

3ª parte:

Pieza bien elaborada, tiene una pequeña revira, presenta varios cortes efectuados en una maquina que no correspondía.

Puntuación: 1 punto..

Total puntuación: 4, 8 puntos.

Nota.- no se puntúa una lateral a propuesta de la comisión de formación, al haber sufrido una avería la cizalla en el momento del corte.”

DECIMO CUARTO.- El demandante no ostenta la condición de trabajador ni la condición de representante legal o sindical del mismo.

DECIMO QUINTO.- El demandante en fecha 11.12.00, formuló reclamación previa a la vía jurisdiccional contencioso administrativa contra la prueba práctica propuesta en el Concurso-Oposición para el fomento de la contratación indefinida, Convocatoria 09.10.00, en su

apartado de chapista y ello, con base a lo que paso a exponer:

1º.-La citada prueba práctica , consistió en la realización de una pieza, de acuerdo con el croquis que a este escrito acompañamos, en la que señalaban las cotas y medidas para la realización de la citada pieza.

2º.-Dada la imposibilidad de realizar y acabar perfectamente la pieza, ajustándose a las medidas del plano y de conformidad con las cotas indicadas, con fecha 07.12.2000, solicito una revisión del plano y la realización de un nuevo examen, toda vez que los datos contenidos en el mismo son incorrectos.

3º.-Por parte del Presidente del Tribunal Examinador , se hizo caso omiso a mi propuesta, propuesta absolutamente fundada, y basada en mi derecho constitucional de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

4º.-Que disconforme con este tratamiento, solicitó dictamen del Ingeniero Superior Industrial, D. José Luis Toba Martín, que se acompaña , que requerido por mí, emite Informe, en los mismos términos por mí expuestos (Se acompaña dictamen).

5º.- Que en sus conclusiones se manifiesta

a).- Que no es posible la realización de la pieza, respetando todas las cotas que la definen:

b) En caso de querer mecanizar la pieza esta no se ajustaría a todas las medidas del plano ya que está mal definida.

Por todo ello:

Suplico:

Que se proceda a la revisión de las cotas entregadas para la confección de la pieza, se anule el plano propuesto por incorrecto, y se proceda a la realización de una nueva prueba práctica, con imperio de los criterios de igualdad, mérito y capacidad, dado que las notas otorgadas en la prueba, no pueden ser admitidas al basarse en una práctica con datos erróneos y de ejecución imposible, y que fue la que se tuvo en cuenta en el proceso evaluador.

En fecha 12.01.01, se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC con el resultado de intentada sin efecto.

DECIMO SEXTO.- En fecha 13 de marzo del dos mil uno, el demandante presentó escrito a la empresa, del tenor literal siguiente:

“Primero.- Que con fecha 13 de diciembre del 2000, presenté ante esa Empresa reclamación previa a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa en la que solicitaba la nulidad de la prueba práctica realizada en el Concurso-Oposición para la provisión de 12 plazas de Contrato Indefinido para chapistas, por errores en el plano que sirvió de base para la realización de la prueba práctica del 2º Ejercicio, y que imposibilitaban la realización correcta de la citada prueba.

Solicitaba asimismo, la realización de una nueva práctica con todas las garantías legales.

Segundo.- Que a pesar de que la Administración tiene obligación de resolver dictando resolución expresa sobre cuantas solicitudes se formulen por el interesado, por aplicación del artículo. 42 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no se ha dictado por esa Empresa ninguna resolución.

Tercero.- Que al no existir plazo específico, este es de TRES meses desde la presentación de la Reclamación Previa, y éstos han transcurrido (artículo. 42.2 de la precitada Ley 30/92).

Cuarto.- Dado que el día 13 de Marzo vence el plazo de resolución, y el órgano competente no ha dictado resolución expresa.

Vengo a solicitar CERTIFICACION DE ACTO PRESUNTO, al amparo del artículo. 44 de la Ley 30/92, con el contenido del artículo. 43.3 de la ya tan citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el fin de interponer el correspondiente Recurso Contencioso-Administrativo.”

DECIMO SEPTIMO.- En fecha 14 de febrero del dos mil uno se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC con el resultado de avenencia intentada sin efecto.

DECIMO OCTAVO.- En fecha 25.06.01 se celebró el reconocimiento judicial de las piezas elaboradas por los demandantes con el resultado que obra en acta y el reportaje fotográfico obrante en los folios 315 al 333 se da por íntegramente reproducido, del mismo se

dio traslado a las partes para que formularan las alegaciones que a su derecho conviniera.

Formularon alegaciones, el demandante, la empresa demandada, los aprobados representados por Comisiones Obreras, el aprobado representado por la CIGA, sin realI.alegaciones UGT, el Ministerio Fiscal, el aprobado independiente y L.L.C..

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que debo desestimar y desestimo las excepciones de inadecuación de procedimiento, falta de litisconsorcio pasivo necesario en el doble sentido invocado por el codemandado don H.F.P., por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho segundo.

Que debo desestimar y desestimo la demanda deducida por don J.R.R.S., contra “I.C.N.M.S.A.”, el TRIBUNAL EXAMINADOR de las PRUEBAS DE CHAPA FINA, integrado por su PRESIDENTE don J.R.P., y los VOCALLES don J.A.V. y don M.P.F., y don V.R.L., don C.C.M., doña L.L.C., don J.A.M., don J.M.A.F., don F.F.G., don J.F.LL., don J.V.P., don J.D-R.P., don C.C.G., don R.C.P., don H.F.P. y don C.C.V., y el MINISTERIO FISCAL, en reclamación sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, y debo declarar y declaro que no ha existido vulneración del artículo.14 de la Constitución ni discriminación de clase alguna en la actuación del Tribunal Examinador al corregir la prueba práctica para la categoría de chapista, absolviendo íntegramente a los demandados de la pretensiones deducidas en su contra en el escrito rector del 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 pazo de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La parte demandante, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados,

se pretenden las siguientes modificaciones fácticas:

1º. El añadido de un nuevo hecho probado, sin numeración concreta, para especificar que *“en la prueba teórica el demandante obtuvo una puntuación de 75,5 puntos y la codemandada Sra. L.C. una de 57 puntos”*, lo cual efectivamente se deduce de la documental aportada –aunque la cita del folio en la formalización del recurso de suplicación sea incorrecta, no es el 105, sino el 128 donde se encuentra la dicha documental-, e incluso es un hecho no sometido a discusión, de donde la adición debe ser estimada, aunque la Sala no ve su trascendencia jurídica, ya que, partiendo de la puntuación de la prueba práctica de 30 para el demandante y de 48 para la codemandada –obstante en ese mismo folio 128- y de la forma de cálculo de la puntuación final –la puntuación de la prueba práctica se multiplica por dos y se le suma la puntuación de la prueba teórica, dividiéndose el total por tres, de acuerdo con la convocatoria reproducida en el Fundamento de Derecho Tercero-, ésta es de 45,2 puntos para el demandante y de 51 puntos para la codemandada. En todo caso, al margen de su nula trascendencia, la adición, como se avanzó, debe ser estimada, aunque en los términos más amplios derivados de lo recién expuesto, conformando un nuevo hecho probado –el cual, a los efectos de respetar la estructura formal de la sentencia de instancia, se deberá numerar como Octavo bis:

“Hecho Probado Octavo bis. En la prueba teórica el demandante obtuvo una puntuación de 75,5 puntos y la codemandada Sra. L.C. una de 57 puntos. En la prueba práctica las puntuaciones fueron, respectivamente, de 30 y de 48 puntos. Tales puntuaciones parciales determinaron una puntuación final, respectivamente, de 45,2 y de 51 puntos”.

2º. La revisión del Hecho Probado Séptimo, para que, donde dice *“partiendo de que se puntuaba la prueba por números sin conocer la identidad del aspirante que elaboraba la misma”*, se diga *“conociendo el tribunal examinador la identidad de la aspirante Doña L.L.C. en el momento de puntuar la pieza”*, pretensión inacogible, ya que, en primer lugar, no se sustenta en prueba documental suficiente a efectos revisores, en cuanto el informe sobre las piezas del examen práctico, documento citado como sustento de la revisión –folios 233 a 238-, aparenta haber sido elaborado a consecuencia

de la reclamación hecha por el demandante, y, a mayor abundamiento, se ha aportado por la empleadora codemandada, otro documento de carácter manuscrito, donde no consta la identidad del correspondiente opositor, con apariencias, éste sí, de ser el utilizado para plasmar las puntuaciones –folio 227-, y, en segundo lugar, los demás argumentos utilizados en la formalización de la suplicación se sustentan en discutibles deducciones fácticas –como la de que, estando la prueba práctica de la codemandada tan mal realizada, al tribunal le era fácil identificarla-, que, en ningún caso, sustentan una modificación de la declaración de hechos probados.

3º. La revisión del Hecho Probado Duodécimo, para que, en sustitución de su redacción, se inserte otra diferente donde, en resumidas cuentas, se recojan las incorrecciones técnicas en que, a juicio del demandante, incurrió la plantilla de la pieza a desarrollar en la prueba práctica, pretensión inacogible, ya que, en primer lugar, se alegan varios documentos de carácter general, como un manual técnico de acotación –folios 191 a 193- o las normas UNE –folio 195-, los cuales, por su carácter técnico, están ajenos a los conocimientos de esta Sala, la cual, si considerase fragmentariamente algunas de sus afirmaciones aparentemente sencillas podría llegar a soluciones técnicamente incorrectas –los conocimientos técnicos necesarios para la valoración de hechos o circunstancias relevantes en el asunto o para adquirir certeza sobre ellos deben llegar al órgano judicial, no a través de su explicación interesada, sino a través de la prueba pericial, cuyo objeto es, justamente, ese, véase el artículo 335 de la LEC/2000-, y, en segundo lugar, la prueba pericial alegada como sustento adicional de la revisión –folios 142 a 144- aparece contradicha por otra prueba pericial aportada por la empresa codemandada, de modo que, dando prevalencia a la una sobre la otra, el juzgador de instancia, quien presenció, en régimen de intermediación procesal, la ratificación de ambas periciales y su sumisión a la debida contradicción, valorando, además, aparte de la restante prueba practicada, y, en concreto, el reconocimiento judicial dirigido al examen directo de las piezas objeto de debate, no ha operado en contra de las reglas de la sana crítica establecidas, para la valoración de la pericial, en la legislación procesal –artículo 348 de la LEC/2000-, y, en suma, no se ha acreditado

una equivocación en la valoración de la prueba determinante de una revisión, en este extremo, de la declaración de los hechos probados.

SEGUNDO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia la inaplicación del artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la infracción del artículo 14 de la Constitución, en relación con su doctrina constitucional aplicativa.

TERCERO.- En cuanto a la denuncia de inaplicación del artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede acogerse, ya que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, las sociedades mercantiles estatales están sometidas al derecho privado y no ejercerán, en ningún caso, la autoridad pública. No son, en lógica consecuencia, Administración Pública. Esto supone la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, habiéndolo así ratificado la doctrina constitucional en las STCo 18/1984, de 7 de febrero, de 19 de julio, y 160/1990, de 18 de octubre –relativas estas decisiones a cajas de ahorros-. Quedaría excluida, a mayor abundancia, la aplicación de ese derecho fundamental al tratarse de personal laboral, aún si lo fuera, que no lo es, de una Administración Pública, como afirma la STCo 281/1993, de 27 de septiembre. Cuestión diferente es la de que, a través de la ley ordinaria o de la negociación colectiva, se establezcan procesos de contratación en las sociedades mercantiles estatales inspirados en los criterios constitucionales de acceso a las funciones y a los cargos públicos, aunque, en su caso, las eventuales reclamaciones judiciales nunca se tramitarían a través de la modalidad procesal especial sumaria y urgente de amparo ordinario en la vía laboral –artículos 175 a 182 de la LPL-.

CUARTO.- En cuanto a la denuncia de infracción del artículo 14 de la Constitución, inalterado el relato fáctico de la sentencia de instancia –a salvo en el añadido de las puntuaciones parciales y final del demandante y de una de las otras opositoras codemandadas, intrascendente al no demostrar la existencia de

un error en el cálculo de la puntuación final a partir de las parciales de acuerdo con las reglas generales de la convocatoria-, no es factible apreciar la existencia de ninguna arbitrariedad o discriminación en el proceso de contratación. Conviene, en todo caso, hacer dos precisiones. La primera, respecto a la presuntas irregularidades técnicas de la plantilla de la prueba práctica, aún de existir, sólo generarían vulneración del principio de igualdad si, existiendo un término hábil de comparación, se verificasen distintas condiciones en la plantilla del demandante con relación a las plantillas de alguno de los demás opositores, ya que, en otro caso, al margen de las posibles vulneraciones de normas de carácter infraconstitucional, no habría desigualdad –STCo 115/1996, de 25 de junio, 73/1998, de 31 de marzo, o 240/2000, de 16 de octubre, referidas todas a los artículos 14 y 23 de la Constitución-. La segunda, respecto a la presunta supracalificación de la opositora codemandada, las apreciaciones del tribunal calificador entran dentro de la llamada discrecionalidad técnica, lo cual, en ningún caso, supone vulneración del principio de igualdad, ni del derecho fundamental al acceso a cargos o funciones públicas –STCo 39/1983, de 29 de noviembre, adecuadamente citada en la extensa y correcta sentencia de instancia, pudiendo la cita haberse extendido a otras muchas resoluciones de idéntico contenido, como, entre las últimas recaídas, la STCo 40/1999, de 22 de marzo-.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don J.R.R.S. contra la Sentencia de 20 de julio de 2001 del Juzgado de lo Social número 1 de Ferrol, dictada en juicio seguido a instancia de la recurrente contra la Empresa “B.C.N.M.S.A.” –en la actualidad “I.C.N.M.S.A.”-, contra el Tribunal Examinador de las Pruebas de Chapa fina, integrado por don J.R.P., don J.A.V. y don M.P.F., y contra don V.R.L., don C.C.M., doña L.L.C., don J.A.M., don J.A.F., don F.F.G., don J.F.LL., don J.V.P., don J.D-R.P., don C.C.G., don R.C.P., don H.F.P. y don C.C.V., con intervención del Ministerio Fiscal, la Sala la confirma íntegramente.

3393 Recurso nº 1.002/02

S.S. AUTO DE ACLARACIÓN. ERRO NA PERSOA DO DEMANDANTE.

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

A Coruña, a dieciséis de mayo de dos mil dos.

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

En nombre del Rey

ha dictado el siguiente:

Auto

En el recurso de Suplicación número 1.002/02 interpuesto por "T.V.E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En fecha 24.12.01 y en los autos 548/01, procedentes del Juzgado de lo Social núm. Dos de Ferrol en los que figura como demandante doña, M-E.P.D., "T.V.E., S.A." interpuso recurso de Suplicación, contra la sentencia de veinte de noviembre de dos mil uno.

SEGUNDO.- Este Tribunal en fecha catorce de mayo dictó sentencia estimatoria en parte del recurso interpuesto, si bien en los antecedentes de hecho por mero error material se puso como demandante a M-C.M.C. en lugar de Mª.E.P.D.

TERCERO.- En dieciséis de mayo por esta Sala se procedió de oficio a la subsanación del error padecido.

Razonamientos jurídicos

ÚNICO.- Los relatados antecedentes evidencian que en la resolución de este Tribunal de fecha catorce de mayo, se cometió el mero error material indicado, por lo que procede su oportuna corrección de conformidad con los arts. 267 LOPJ.

Por todo ello

La sala resuelve

Que aclaramos la sentencia dictada con fecha catorce de mayo en el recurso de

Suplicación núm. 1.002/02, especificando que en los antecedentes de hecho donde figura M-C.M.C. debe figurar M-E.P.D.

Se hace saber a las partes que contra esta resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del recurso de casación para la unificación de doctrina, contra la sentencia definitiva, que podrán preparar por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de este auto, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Laboral.

3394 Recurso nº 1.534/2002

S.S. INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN. SELECCIÓN DE PERSOAL. NULIDADE DE CONTRATOS. COMPETENCIA DE XURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

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

A Coruña, a veinte de mayo de dos mil dos.

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. 1.534/2002 interpuesto por ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIA CORREOS Y TELEGRAFOS 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 CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado CORREOS Y TELEGRAFOS Y OTROS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 745/2000 sentencia con fecha diecisiete de julio de dos mil uno por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

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

“Primero.- Por la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, se procedió a formalizar contratos de trabajo de “reparto sábados vacante”, para realizar el reparto de correos los sábados./ Segundo.- La Entidad demandada formalizó con los codemandados contratos de trabajo en fecha 5 de febrero de 2000, a excepción de don R.C.B., don F.O.C. y doña C.P.G., que lo fueron en fecha 1 de abril de 2000, en los términos que se reflejan en el hecho sexto de la demanda, cuyo contenido se da por reproducido./ Tercero.- De la prueba practicada no resulta acreditado que la Entidad demandada haya cumplido con lo dispuesto en el Acuerdo sobre Provisión de Puestos de Trabajo de 28 de diciembre de 1992, no justificando las listas de espera por orden de puntuación de cada trabajador, ni la solicitud de candidatos al INEM u otra agencia de colocación./ Cuarto.- Se ha agotado la vía administrativa previa.”

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

“FALLO: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción planteada y estimando la demanda interpuesta por la representación de la Central Sindical CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), contra la ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL CORREOS Y TELEGRAFOS y contra don J.L.S., don M.N.P., don J.M.F.A., doña A.C.V., doña M.O.F., don M.A.V.P., doña A.B.V.R., don J.S.J., don F.J.C.C., doña M.C.I., doña Z.R.R., don D.C.P., don J.M.V.R., doña C.S.C., don F.J.C.P., doña R.A.F.R., don R.I.V., doña M.F.C., don M.V.B., doña A.V.I. y doña C.P.G., don J.V.I., don J.A.R.P., don P.G.R., don J.A.M., don J.M.B.F., don C.C.C., doña L.B.B., doña A.M.B.A., doña S.M.S.S., don M.M.I., don E.G.B., don J.J.S.G., don J.M.N.M., don L.S.A.E., don O.R.V., don R.C.B. y don F.O.C., debo declarar y declaro la nulidad de los contratos de trabajo suscritos por la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos con los trabajadores codemandados, condenando a la Entidad Pública Correos y Telégrafos a realizar la contratación en lo sucesivo conforme al Acuerdo sobre la Provisión de puestos de trabajo con carácter temporal, esto es, utilizando las listas de contratación y llamando al personal por orden de puntuación.”

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.- 1.- Se recurre por la Abogacía del Estado la sentencia que declaró la nulidad de los contratos suscritos con los trabajadores codemandados con la recurrente Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, con denuncia de haberse infringido –en primer término– el art. 3.ª LPL, por considerarse que la materia no es competencia del Orden jurisdiccional social.

2.- Se recuerda que la CIG demanda en las presentes actuaciones que se declaren nulos los contratos de trabajo de los 39 codemandados, porque la EPE «Correos y Telégrafos» no se ajustó al procedimiento previsto en Acuerdo sobre Provisión de Puestos de Trabajo de 28.diciembre.1992, que imponía –se dice– primeramente atender a las listas confeccionadas al efecto y con arreglo al orden de puntuación, para posteriormente –en su caso– solicitar candidatos al INEM u otra Agencia de colocación.

3.- Se acoge la censura jurídica, porque unificando criterios divergentes anteriores, la doctrina ha sido unificada en Sala General por las STS –dos– 04.10.00 (Ar. 8.661 y 8.662) y seguida por la más reciente de 05.07.01 Ar. 7.005, en las que unificando anteriores criterios divergentes, se establece que la competencia para conocer de la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas en materia de selección de personal corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción y ello aunque se trate de contratación laboral y medie acuerdo con las representaciones sindicales, porque: 1) la Administración no actúa en esta materia como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral, precisamente respecto a una persona que ya tiene la condición de trabajador, sino como autoridad pública que ejerce una potestad administrativa en orden a la selección de personal; 2) esta actuación administrativa es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues la Administración está obligada a seguir lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 30/1984 y preceptos concordantes del Real Decreto 364/1995, que regula la selección de personal

laboral tanto fijo como no permanente (artículos 28 a 35).

4.- Por ello se impone acoger el motivo referido, sin que proceda entrar a conocer la falta de legitimación activa que igualmente ha sido igualmente invocada, reiterando así criterio de las SSTSJ Galicia 13.03.97 R. 357/97, 16.11.96 Ar. 3.035/96, 30.04.96 R. 1.771/96; y en consecuencia,

Fallamos

Que acogiendo la excepción invocada, declaramos la incompetencia de este Orden jurisdiccional social para conocer la demanda planteada por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA contra la ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, don M.I.B., don J.L.S., don M.N.P., don J.M.F.A., doña A.C.V., doña M.O.F., don M.A.V.P., doña A.B.V.R., don J.S.J., don F.J.C.C., doña M.C.I., doña Z.R.R., don D.C.P., don J.M.V.R., doña C.S.C., don F.J.C.P., doña R.A.F.R., don R.I.V., doña M.F.C., don M.V.B., doña A.V.I. y doña C.P.G., don J.V.I., don J.A.R.P., don P.G.R., don J.A.M., don J.M.B.F., don C.C.C., doña L.B.B., doña A.M.B.A., doña S.M.S.S., don M.M.I., don E.G.B., don J.J.S.G., don J.M.N.M., don L.S.A.E., don O.R.V., don R.C.B. y don F.O.C.

Conocimiento de la acción que corresponde a la jurisdicción Contencioso-administrativa.

3395 Recurso nº 2.149/02

S.S. VULNERACIÓN DA LIBERDADE SINDICAL INEXISTENTE. CUESTIÓNS PROBATORIAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel.

A Coruña, a veinticuatro de mayo de dos mil dos.

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 2.149/02, interpuesto por CONFERACIÓN

INTERSINDICAL GALEGA contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 1 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 833/01 se presentó demanda por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA en reclamación de TUTELA LIBERTAD SINDICAL siendo demandado el "A.D., S.L." y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dieciocho de febrero de dos mil dos por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- En la empresa demandada "A.D., S.L.", con domicilio social en Rúa..., de ... (Lugo), dedicada a la actividad económica de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, tuvieron lugar elecciones sindicales el día 12.noviembre.01, resultando elegido por el Sindicato CIG don J.B.C. por 7 votos, frente a los 6 votos que obtuvo el otro candidato independiente avalado por 6 trabajadores, don I.M.T./ 2º).- La empresa cuenta con dos centros de trabajo, uno en R... y otro en F..., don I.M.T. es trabajador y Encargado del centro de Ribadeo, su candidatura fue avalada por los trabajadores de R... (D. J.R.L.P., don L.G.L., don C.V.C., don M.F.S., doña A.F.R. y don F.Ch.G.), con la excepción de don V.F.C., asimismo trabajador del centro de R.../ 3º).- El proceso electoral fue promovido por el Sindicato CC.OO. que tenía como candidato al Sr. D. J.B.C., renunciando éste en el último momento (a las 18,00 horas del 12.11.01) a concurrir como candidato por CC.OO, haciéndolo en su lugar por el Sindicato CIG. El empresario don J.M.R.S. antes del 12.11.01 habló con uno de los trabajadores de R..., don L.G.L., para que se presentase él como candidato por R... frente a don J.B.C., trabajador del centro de F..., manifestando don J. que ya se iba a presentar don I.M.T. El empresario no comentó en ningún momento a don L.G.L. el Sindicato por el que debía presentarse y no conocía en ese momento que el candidato luego elegido a Delegado de Personal, don J.B.C., concurriría por el Sindicato CIG./ 4º).- Los trabajadores de F... y R... siempre han estado enfrentados entre sí, mientras que los primeros prefieren más descansos, los segundos optan por trabajar más y cobrar por ende mayores salarios. Nunca se apoyan ni rotan entre sí./ 5º).- Dña M.F.L., doña Mª S.R.P., don S.M.F., don J.B.C. y don E.T.B., trabajadores de

F..., estiveron afiliados a CC.OO, de 01.10.01 a 06.11.01./ 7º)- Los traballadores que avalaron la candidatura del Sr. M.T. lo hicieron libremente. Todos votaron libremente sin presións ni coaccións algunhas do lado do empresario don C.J.V.C., que había avalado la candidatura del Sr. M.T., votó finalmente por don J.B.C., militando aquél en la CIG desde 12.01, antes estaba afiliado a UGT./ 8º). - El 16.11.01 la empresa entregó a don V.F.C. comunicación escrita por la que le indicaba que a partir del 19.11.01 empezaría a prestar servizos en su categoría de conductor en la base de F..., realizando desplazamientos de RHB, diálisis y consultas, así como viaxes privados. El traballador accionó por modificación sustancial de sus condicións de traballo, alegando que el cambio de centro de traballo obedecía a su participación en el proceso electoral de 12.11.01 en la empresa, atentando contra su derecho de liberdade sindical la reacción o represalia empresarial. Referida demanda correspondió por turno a ese Juzgado de lo Social, Autos nº 1/02, en los que fue dictada Sentencia el 08.02.02, declarando improcedente la modificación, debiendo el traballador ser repuesto en sus anteriores condicións de traballo en el centro de traballo de Ribadeo, sin apreciarse empeoramento vulneración alguna de su derecho a la liberdade sindical. solicitaba tamén distintas indemnizacións, que fueron acogidas en parte. El 03.11.01 cuatro traballadores del centro de R... don F.J.Ch.G., doña. A.F.R., don L.G.L. y el encargado de R... don I.M.T. pusieron de manifesto a la empresa que se negaban a facer guardias y prestar servizos con el Sr. D. V.M.F.C., por incompatibilidade de caracteres y diferencias persoais con él, rogando que fuera trasladado de la Base de R... de modo inmediato y para evitar males maiores./ 9º). - Desde 11.01 los traballadores del Centro de F... comenzaron a percibir sus haberes salariales en mano del empresario; antes los percibían mediante ingreso en su cuenta corrente. Los traballadores de R... perciben sus salarios mediante transferencia bancaria./ 10º). - Doña S.R.P. fue contratada por la empresa para prestar servizos como camillera de 01.07.01 a 30.09.01, contrato eventual por circunstancias de la produción./ traballando en F... se le prorrogó el contrato por outros 3 meses, recibiendo comunicación de la empresa sobre mediados de decembro de 2001 por la que se le indicaba que el próximo 31.12.01 quedaría extinguida a todos los efectos su relación laboral con la empresa, causando baixa definitiva por finalizar el contrato de traballo suscrito en su día. Ha presentado la 15.01.02 papeleta conciliatoria

ante el S.M.A.C. por despido, alegando su nulidad al ser resultado dice de una discriminación con respecto a otros compañeiros de traballo y produto de una actitude antisindical del lado de la empresa./ 11º). - Dña. A.F.R. y don F.J.Ch.G., traballadores en R..., fueron contratados para prestar servizos como camilleros desde el 01.07.01 a 31.12.01, contratos asimismo eventuales por circunstancias de la produción. Siguen en plantilla al haber visto prorrogados sus contratos de traballo. Traballan en el centro de R.../ 12º). - La empresa el 04.01.02 ha contratado a doña. R.M.S.G. para prestar servizos como camillera durante 6 meses (contrato eventual a tempo completo). Asimismo el 10.01.02 a don J.R.F.S. para prestar servizos como conductor hasta fin de sustitución (contrato de interinidad a tempo completo). El 01.01.02 contrató durante 3 meses como camillero a don M.L.L.R. (contrato eventual a tempo completo). El 03.01.02 ha sido firmado contrato de traballo entre la empresa y doña. MªS.F. para prestar servizos como camillera durante 6 meses (contrato eventual a tempo completo). De todos estos contratos fue informado el Delegado de Personal don J.B.C./ 13º). - En 12/01 don I.M.T., don L.G.L., doña A.F.R., don F.J.Ch.G., don C.J.V.C., don J.L.P. y don M.F.S., traballadores todos de R..., subscribieron voluntariamente el siguiente documento: “. Quieren exponer ante la Dirección de la misma (empresa) los siguientes puntos: 1. Que parece ser que por el presente electo en las últimas elecciones a delegados de personal se ha comunicado a la Empresa, una serie de reivindicaciones, que son desconocidas por nosotros. 2. Que la situación en la que nos encontramos, y la forma en la que hemos distribuido el horario en la base de R... es correcta y plenamente satisfactoria para nuestros intereses, solicitando de la empresa que no proceda a su modificación. 3. Queremos ponerle de manifesto a la Dirección, que no nos sentimos identificados con la política de confrontación protagonizada por el delegado de personal, que parece que lo que pretende con su actitude es chantajear a la Empresa que renueve el contrato de su compañera. 4. Reivindicamos la aplicación del Convenio Extraestatutario que nos regula, sin perjuicio de que la aplicación del Servicio de 061 nos obligue a evolucionar a algunos cambios, pero que deben ser en beneficio de la mayoría y debidamente consensuados”. / 14º). - Al Delegado de Personal Sr. B.C. le ha sido facilitada por la empresa cuanta documentación ha solicitado, con la salvedad de copia básica del contrato de traballo de doña. S.R.P./ 15º). - D. C.J.V.C. recibió en 12.01 del empresario un

regalo consistente en una prenda de ropa para su hijo pues había sido recentemente padre; asimismo, luego de las elecciones, estando de guardia un domingo se ausentó para ver un partido a un bar, siendo avisado de que se le iba a poner una sanción, de modo verbal por el Sr. M.T., sanción que al final no se hizo efectiva, no recibió comunicación alguna al respecto./ 16º). - La empresa luego de la elección del Sr. B.C. se reunió con éste al menos en una ocasión en 12.01 y en dos o tres ocasiones en, sin que se llegase a ningún tipo de acuerdo. A las reuniones de enero se llegó luego de que el Sindicato CIG hubiera denunciado a la empresa ante la Inspección Provincial de Trabajo de Lugo, hubiera interpuesto la actual demanda y la deducida por don V.M.F.C. sobre modificación sustancia de las condiciones de trabajo. Tras la 1ª reunión en 12.01 el empresario decidió no seguir adelante con la impugnación de las elecciones, lo que le había interesado la CIG./ 17º). - La Empresa ante las noticias que aparecían en los medios de comunicación difundidas por el Sindicato CIG se limitó a negarlas./ 18º). - En las reuniones de la empresa con el Sindicato CIG, éste condicionaba los eventuales acuerdos en materia de horario de trabajo en el servicio 061, calendario de vacaciones, a que por la Patronal se dejase sin efecto el cambio de centro de trabajo acordado respecto del trabajador Sr. V.M.F.C. y se readmitiese a la Sra. MªS.R.P., considerando estos dos temas como prioritarios a negociar y resolver.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda deducida por don X.R.C., Secretario Comarcal de ... (Lugo) por la CIG, contra la empresa “A.D., S.L.”, debo absolver y ABSUELVO a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra.”

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 demandada de los pedimentos deducidos en su contra. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de la parte demandante, la que construye el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b),

de la Ley Procesal Laboral, formulando dos peticiones revisoras: Una, la modificación del hecho probado séptimo, que pasaría a tener la siguiente redacción: “Os traballadores e traballadoras que avalaron a candidatura do Sr. M.T. pertencen ao centro de traballo de R..., excepto un dos traballadores que non a avalou. Os traballadores do centro de R... no momento da votación eran sete, sendo cinco os do centro de traballo de F... O resultado das votacións foi de 7 votos a favor da candidatura apresentada polo Sindicato C.I.G., e de 5 votos a favor da candidatura do Sr. M.T. don C.J.V.C., que avalara a candidatura do Sr. M.T., votou finalmente por don J.B.C., militando aquel na CIG desde 12.01, antes estaba afiliado a UGT”, y otra, la sustitución del hecho probado decimocuarto por la redacción siguiente: “Ao Delegado de Persoal, Sr. B.C. non lle foi facilitada pola empresa pese a reiteradas solicitudes, as copias básicas dos contratos dos traballadores, nin tampouco as modificacións en canto ao persoal da empresa”. Las revisiones no proceden. La primera, porque solo si las rectificaciones, adiciones o modificaciones solicitadas son susceptibles de producir consecuencias jurídicas que deban trascender al fallo pueden ser acogidas, pues, en caso contrario, por más que coincidan con lo probado el motivo no será procedente; y la modificación que por el recurrente se solicita, no incidiría en la calificación legal del supuesto litigioso ni, en definitiva, en su decisión. La segunda, tanto porque los documentos de apoyatura -los obrantes a los folios 93, 94, 95 98 y 101- no lo autorizarían, cuanto porque estaría en abierta contradicción con el inatcado hecho probado número 12. Debe, pues, mantenerse en su integridad el relato fáctico de la sentencia recurrida.

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, por un lado, infracción de los arts. 7, 14 y 28.2 de la Constitución, 1.2.b) y 2.2 del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo, 2.2.d) y 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1995, de 2 de agosto, y por otro, infracción de los artículos 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1996 y 2 de febrero de 1998. Por entender, respecto a la primera de las infracciones que denuncia que existe por parte de la empresa hechos que intentan impedir la representación de los trabajadores por el delegado elegido por los mismos, a través de actuaciones que intentan evitar

que los votantes continúen en la empresa, bien a través de su despido o bien provocando sus condiciones laborales al cambiarlos de puestos de trabajo; produciéndose una situación buscada por la empresa de que el Delegado de Personal pierda sus apoyos y pueda ser cambiado por otro que la empresa considere adecuado para sus intereses, lo que significa una ingerencia inadecuada al impedir la representación de los trabajadores en la empresa; añadiendo que no hubo ninguna medida similar en este tiempo contra los trabajadores que no apoyaron al delegado de personal que fue elegido en proceso electoral; tratando de evitar la actividad social en la empresa, que va en contra de la normativa que cita como infringida, la que en ningún momento hace referencia a que estas ingerencias por parte de la empresa obedezcan o no a alguna ideología, sino a lo que supone de ingerencia en un derecho de asociación legítimo para la defensa de derechos económicos que son propios a los trabajadores. Y argumentando, en cuanto a la segunda de las infracciones, que su base legal no implica la indemnización automática derivada de la existencia de violación de la libertad sindical, de los hechos demostrados en los presentes autos se deriva el consiguiente perjuicio al Sindicato, en cuanto a la conducta ilícita de la empresa, así como a los correspondientes costes que le supone al Sindicato la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores.

El motivo y, por consiguiente el recurso, no puede prosperar, puesto que el éxito de pretensiones de la naturaleza de la ejercitada en el debate está supeditado a que por quien postula el amparo se haya constatado, al menos, la existencia de indicios de que se ha producido una violación de los derechos fundamentales que se invocan, de conformidad con lo preceptuado en el art. 179, nº 2, de la Ley Rituaria Laboral; y en el caso objeto de debate, por el recurrente se pretende fundamentar la acción de tutela que ejercita en hechos que intentaban impedir la representación de los trabajadores por el delegado elegido por ellos, a través de actuaciones tendentes a evitar que los votantes continuaran en la empresa, bien a través de su despido o bien provocando el empeoramiento de sus condiciones laborales o cambiarlos de centro de trabajo. Este planteamiento podría servir para constatar, en principio, la apariencia de concurrencia de indicios de violación de la libertad sindical, con lo que se trasladaría a la empleadora la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adop-

tadas y de su proporcionalidad; y esta carga probatoria se ha cumplimentado debidamente por la empresa demandada. Así, en cuanto al despido de la trabajadora doña S.R.P., la misma fue contratada por la empresa demandada para prestar servicios como camillera de 1 de julio a 30 de septiembre de 2001, con contrato eventual por circunstancias de la producción; trabajando en F... se le prorrogó el contrato por otros tres meses, recibiendo comunicación de la empresa sobre mediados de diciembre de 2001 por lo que se le indicaba que el próximo 31.12.01 quedaría extinguida a todos los efectos su relación laboral con la empresa, causando baja definitiva por finalizar el contrato de trabajo suscrito en su día -hecho probado 10º-, y si bien la nombrada trabajadora, como se recoge en el mencionado hecho probado, ha presentado el 15 de enero de 2002 papeleta conciliatoria ante el SMAC por despido, alegando su nulidad al ser resultado, dice, de una discriminación con respecto a otros compañeros de trabajo y producto de una actitud antisindical del lado de la empresa; sin embargo, como se razona en el fundamento de derecho segundo, párrafo segundo, de la sentencia suplicada, será en la demanda -proceso- deducida, donde deberán ser examinada la presunta vulneración del derecho a la libertad sindical y discriminación y no en los presentes autos por ser preferente la demanda individual deducida por la trabajadora directamente afectada, no siéndolo el sindicato CIG -art. 175.2 LPL-. Por otro lado, lo mismo ocurre, como se argumenta en el párrafo primero del fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, con lo que afecta al traslado sin cambio de residencia o cambio de centro de trabajo del Sr. F.C., pues tal problemática ya fue estudiada en autos nº 1/02 del mismo Juzgado de instancia, concluyéndose que el referido traslado era ajeno a todo propósito empresarial de atentar contra la libertad sindical del citado trabajador, obediendo a otros motivos bien extraños y distintos. En cuanto a la información al delegado de personal Sr. B.C., es de resaltar que, como se refleja en el hecho probado duodécimo, aquél fue informado de los contratos de fechas 04.01.02, 10.01.02, 01.01.02 y 03.01.02, tres de ellos en la modalidad de contrato eventual a tiempo completo y otro en la de interinidad a tiempo completo y duraciones que allí se indican; siendo incierto, como se afirma en el párrafo tercero del hecho probado cuarto que la empresa se haya negado a tener cualquier tipo de comunicación con el delegado de personal electo, con el que ha mantenido desde 12.11.01 hasta 31.01.02 al menos cuatro reunio-

nes, al que ha entregado toda la documentación solicitada por él, con la salvedad de la copia del contrato suscrito por la Sra. S.R.P. Estimándose, en definitiva, que por la empresa no se ha cometido acto alguno atentatorio al derecho de libertad sindical; por lo que no es de apreciar en el comportamiento de la patronal accionada vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los preceptos que, como infringidos se invocan en el recurso.

TERCERO.- Por lo que queda razonado es procedente, en criterio coincidente tanto con el mantenido por el Ministerio Fiscal -en el acto del juicio se opuso a la estimación de la pretensión, como se afirma en el párrafo segundo del fundamento de derecho primero de la sentencia impugnada-, como por el sostenido por el juzgador "a quo", rechazar la censura jurídica que a la sentencia se hace en el recurso y, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de don X.R.C., Secretario Comarcal de ... (Lugo) por la Confederación Intersindical Galega (CIG), contra la sentencia de fecha dieciocho de febrero de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de los de Lugo, en proceso sobre tutela del derecho de libertad sindical, promovido por el recurrente frente a la empresa "A.D., S.L." y el Ministerio Fiscal, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3396 Recurso nº 2.233/2002

S.S. EXTINCIÓN DE CONTRATO POR EXTINCIÓN DA PERSONALIDADE XURÍDICA CONTRATANTE. DEREITO Á INDEMNIZACIÓN LEGALMENTE PREVISTA. INCOMPETENCIA DE XURISDICCIÓN: RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS.

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

A Coruña, a veinticuatro de mayo de dos mil dos.

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. 2.233/2002 interpuesto por J.L.R.V. y Otros 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 J.L.R.V. y Otros en reclamación de Despido siendo demandado "T.C., S.L." y F.C.C. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 97/2002 sentencia con fecha quince de marzo de dos mil dos por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

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

"Primero.- Don J.L.R.V., DNI... y don M.M.T., DNI..., ambos mayores de edad, vienen presentando servicios por cuenta de la entidad demandada "T.C., S.L.", con loas siguientes (a) antigüedades, (b) categorías profesionales y (c) salarios mensuales, a saber:

	(a)	(b)	(c)
(1)	09.10.79	oficial 2ª	1.081,82 euros
(2)	01.04.82	oficial 3ª	1.021.72 euros

Los actores no ostentan, ni ostentaron en el último año la condición de Delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical./ Segundo.- En fecha 22.01.02 la entidad demandada notifica a los trabajadores la siguiente comunicación con fecha 15.01.02: " Por la presente pongo en su conocimiento que el próximo día 01.02.02, cesará Ud. en la Empresa por extinción de su contrato de trabajo con motivo de mi jubilación, todo ello según lo dispuesto en el artículo 49.1.g del R.D.L. 1/1995 del Estatuto de los Trabajadores. Tiene Ud. a su disposición en la empresa la liquidación que legalmente le corresponde en la que se incluye la indemnización de 30 días de salario que recoge el antes citado artículo. También le informe que la presente notificación acredita su situación legal de desempleo a partir de su baja en la empresa, según lo dispuesto en el artículo 1.1. b del R.D. 625/1985, que desarrolla la Ley 317/1984 de Protección por Desempleo. Quedo a su dispo-

sición por si necesita alguna aclaración al respecto y aprovecho la ocasión para agradecerle sus muchos años de servicio a la Empresa y desearle mayor suerte para el futuro.”/ Tercero.- Los trabajadores iniciaron su relación laboral, con las antigüedades señaladas en el hecho declarado probado primero, por cuenta de don. F.C.C., en calidad de empresario individual./ Cuarto.- La entidad mercantil “T.C., S.L.”, dedicada a la actividad de reparación de vehículos, fue constituida a medio de escritura pública otorgada en fecha 04.03.94, figurando como socios don F.C.C. y su esposa doña M.T.O.G., ostentando cada uno de los socios el 50% de las 300 participaciones sociales en que se divide el capital social de la mercantil constituida, figurando ambos como administradores solidarios de la referida entidad./ Quinto.- Los trabajadores demandantes continuaron prestando servicios, sin solución de continuidad, por cuenta de la Entidad Mercantil constituida “T.C., S.L.”/ Sexto.- Por Resolución de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia de fecha 25.04.01, se reconoce el derecho a la pensión de jubilación, en su nivel no contributivo, solicitada por doña M.T.O.G., esposa del codemandado y con efectos de 01.04.01./ Séptimo.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social, a medio de Resolución de fecha 11.12.01, reconoce el derecho a la pensión de jubilación a don F.C.C. con efectos económicos de 01.01.02./ Octavo.- En fecha 15.01.02 es celebrada Xunta Universal de los dos únicos socios titulares de la entidad mercantil “T.C., S.L.”, adoptando, a medio del documento privado, el siguiente acuerdo: “conforme a lo dispuesto en los arts. 260.3 y 262.1 LSA se procede por unanimidad a acordar la disolución de la sociedad por causa de imposibilidad de proseguir con el objeto social, al resultar los dos únicos socios y administradores, beneficiarios de la correspondientes pensión de jubilación, en fechas de 11.12.01 y 01.04.01, respectivamente. Es por ello por lo que se acuerda proceder a la disolución de la sociedad con el correspondiente cese de la actividad empresarial, y baja en los Organismos correspondientes”. / Noveno.- En fecha 28.02.02 es comunicada a la Tesorería General de la Seguridad Social la baja de cotización de la Entidad Mercantil “T.C., S.L.” por “Jubilación de los titulares y del administrador”./ Décimo.- La entidad mercantil demandada figura dada de baja, a efectos fiscales y censales, por “cese de la actividad”./ Undécimo.- La entidad demandada permanece sin desempeñar actividad alguna desde finales del mes de enero de 2002./ Duodécimo.- El número de trabajadores en plantilla

de la mercantil “T.C., S.L.” son únicamente los dos demandantes: don J.L.R.V. y don. M.M.T. Decimotercero.- Se intento sin avenencia la obligatoria conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación.

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

“FALLO: desestimando totalmente la demanda interpuesta por don J.L.R.V. y don M.M.T., contra la Entidad Mercantil “T.C., S.A.”, y don F.C.C., absolviendo a estos demandados de todos los pedimentos 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.- Los trabajadores demandantes recurren la sentencia de instancia, que desestimó su acción por despido, y solicitan con amparo procesal adecuado revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, con relación al apartado 8º (“En fecha 15.01.02 es celebrada Junta General de los dos únicos socios titulares de la entidad mercantil “T.C., S.L.”, adoptando, a medio de documento privado, el siguiente acuerdo: Conforme a lo dispuesto en los arts. 260.3 y 262.1 L.S.A. se procede por unanimidad a acordar la disolución de la sociedad por causa de imposibilidad de proseguir con el objeto social, al resultar los dos únicos socios y administradores, beneficiarios de la correspondiente pensión de jubilación, en fechas 11.12.01 y 01.04.01, respectivamente. Es por ello por lo que se acuerda proceder a la disolución de la sociedad, con el correspondiente cese de la actividad empresarial y baja en los organismos correspondientes”) proponen:

A) Sustituir los términos “en fecha 15.01.02 es celebrada Junta General de los dos únicos socios titulares de la entidad mercantil “T.C., S.L.”, adoptando, a medio de documento privado, el siguiente acuerdo:”, por “se aportó en el acto del juicio un documento privado con fecha 15.01.02 en el que se hace constar:”; se basa en el folio 76.

B) Añadir que ese documento fue impugnado de adverso, para eliminar la expre-

sión “los hechos declarados probados se derivan de lo admitido sin discusión entre las partes litigantes” que consta en el fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida; se basa en el folio 86.

La primera pretensión no se acepta para sustituir el hecho impugnado, sino para completarlo en el sentido de que la documentación de la referida junta general que invoca (folio 76) se aportó en juicio, según consta en el acta respectiva (folio 86).

La otra pretensión no se admite porque es intrascendente al signo del fallo: De una parte, el fundamento primero de la sentencia no sólo dice que “los hechos probados se derivan de lo admitido sin discusión entre las partes litigantes...”, sino también que “...y, en lo que hubo contradicción, de la prueba practicada a instancia de cada una...”. De otro lado, la impugnación de aquel documento no es más que una manifestación de voluntad del recurrente, porque no ofrece alternativa fáctica.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncian que la sentencia recurrida infringe:

A) El artículo 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo código, 29 a 39 del Código Civil, 1 y siguientes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), el Código de Comercio y el Reglamento del Registro Mercantil, así como los artículos 54 y 55 ET, pues la causa de extinción contractual del artículo 49.1.g) ET sólo es aplicable respecto de las personas físicas, de modo que la jubilación del administrador de una sociedad o de los socios de una empresa, no justifica su disolución sin hacerse cargo de sus responsabilidades, que además no pueden limitarse por la conversión del empleador-persona física en empresa-persona jurídica, cuya validez requiere seguir el cauce del artículo 51 ET que, en el caso, tampoco resultaría suficiente por no haber extinguido su personalidad la demandada “T.C., SL”.

B) Los artículos 105 LSRL y 262 LSA, pues la responsabilidad directa y solidaria del Sr. C.C., que oculta una empresa individual bajo una forma societaria, deriva de no haber convocado la junta general para adoptar el acuerdo de disolución.

CUARTO.- A los efectos que ahora interesa, los datos objetivos de la decisión a adoptar son:

1) Los demandantes, Sres. R.V. y M.T., únicos trabajadores de “T.C., SL”, prestan servicios desde 09.10.79 y 01.04.82, categorías oficial 2ª y oficial 3ª, salarios de 1.081'82 euros y 1.021'72 euros, respectivamente.

2) El 22.01.02 la empresa les comunicó por escritos firmados por el codemandado Sr. C.C., la extinción de los contratos de trabajo con efectos de 01.02.02, a consecuencia de su jubilación.

3) Los actores comenzaron a trabajar, en las fechas señaladas, para el Sr. C.C. como empresario individual. “T.C., SL” se constituyó el 04.03.94 por el Sr. C.C. y su esposa Sra. O.G., cada uno con el 50% de las 300 participaciones sociales y como administradores solidarios.

4) El 25.04.01 se reconoció a la Sra. O.G. la pensión no contributiva por jubilación. El 11.12.01 se reconoció al Sr. C.C. la pensión de jubilación.

5) El 15.01.02 se celebró junta general de “T.C., SL”, que adoptó el siguiente acuerdo privado, cuya documentación aportó en juicio: “Conforme a lo dispuesto en los arts. 260.3 y 262.1 L.S.A. si procede por unanimidad a acordar la disolución de la sociedad por causa de imposibilidad de proseguir con el objeto social, al resultar los dos únicos socios y administradores, beneficiarios de la correspondiente pensión de jubilación, en fechas de 11.12.01 y 01.04.01, respectivamente. Es por ello por lo que se acuerda proceder a la disolución de la sociedad, con el correspondiente cese en la actividad empresarial y baja en los organismos correspondientes”.

6) El 28.02.02 se comunica a la Tesorería General de la Seguridad Social la baja en la cuenta de cotización de “T.C., SL” por jubilación de los titulares y del administrador. A efectos fiscales y contables la empresa figura dada de baja por cese de la actividad y permanece sin desempeñar actividad alguna desde finales de enero de 2002.

QUINTO.- Los datos expuestos en el fundamento anterior llevan a estimar el recurso en los términos y con el alcance que se dirá, previas las siguientes consideraciones:

1ª.- El artículo 49.1.g) ET es aplicable tanto al empresario persona física como a la empresa persona jurídica, porque tipifica dos causas de extinción del contrato de trabajo: De una parte, la muerte, la jubilación y la incapacidad del empresario individual. De otro lado, la

extinción de la personalidad jurídica del contratante, es decir, de la empresa como entidad.

La norma citada corrobora esa dualidad causal extintiva de la relación laboral, al fijar consecuencias económicas dispares, porque respecto de la primera garantiza a los trabajadores el derecho a percibir una cantidad equivalente a un mes de salario, mientras que en relación a la segunda se remite al cumplimiento de los trámites del artículo 51 ET (despido colectivo).

2ª.- Sentado lo anterior, la causa del cese de los demandantes que la empresa alega no encaja en el citado artículo 49.1.g) ET ni, por tanto, es de aplicación la jurisprudencia que la resolución impugnada consigna, porque la jubilación de un socio y administrador (Sr. C.C.) de la empresa "T.C., SL", cual aquí acontece, no implica la extinción de la personalidad jurídica de ésta última; aún en los casos de empresario individual la jubilación de quien desempeña las labores de administración tampoco equivale necesariamente a la jubilación del empleador persona física, porque esas cualidades subjetivas pueden recaer en personas diversas.

3ª.- Es cierto que el artículo 51 ET y el Real Decreto 43/96 de 19-1 (Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados), aplicable según su artículo 21, configuran el despido objetivo a partir del número (5) de trabajadores afectados; también es verdad que "T.C., SL" cuenta con sólo 2 empleados (los recurrentes).

Sin embargo, esta circunstancia sólo ostenta relevancia procedimental, es decir, dispensa a la empresa demandada de observar la tramitación que esas normas establecen con el fin de alcanzar un acuerdo con los representantes sociales, pero en modo alguno supone o autoriza una disminución en la protección económica del apartado 8 del artículo 51 ET citado (al que se remite el artículo 14 RD 43/96), porque esta garantía es común a todos los supuestos de despido objetivo, esto es, cualesquiera que sean los trabajadores afectados.

4ª.- En definitiva, la alegación empresarial de la referida causa extintiva de los contratos de trabajo de los actores no es admisible y, por tanto, convierte aquellos en despido improcedente, con las consecuencias del artículo 56 ET.

5ª.- Los efectos económicos de la decisión que adoptamos alcanzan exclusivamente a "T.C., SL" y no al codemandado Sr. C.C..

La jurisprudencia (ss. 28-2, 28-10, 31.12.97; 13-4, 21.07.98; 09.11.99) afirma que la responsabilidad de los administradores que se funda en la omisión de los deberes societarios impuestos en los artículos 133.1 y 262.5 LSA no es exigible en el orden social de la jurisdicción, aunque sí cuando se trata del supuesto previsto en la disposición transitoria 3ª de dicha Ley, doctrina aplicable también a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada por imperativo del artículo 69.1 LSRL.

Sin embargo, los recurrentes no denuncian la conducta omisiva del codemandado respecto de la adaptación a la ley de las escrituras o estatutos sociales, que según las DDTT 3ª LSA y 2ª LSRL permitirían declarar esa responsabilidad, sino que se basan en los perjuicios que dicen ocasionados y en las irregularidades de la convocatoria de la sociedad para acordar su disolución, supuestos de imputación recogidos en los artículos 133.1 y 262.5 LSA citados que hacen inexigible aquella en esta jurisdicción.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos en parte el recurso de Suplicación de don J.L.R.V. y de don M.M.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, de 15 de marzo de 2002 en autos nº 97/2002, que revocamos, acogemos en parte la demanda por despido que interpusieron contra "T.C., SL" y don F.C.C., declaramos su improcedencia y condenamos a la empresa demandada a que, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, opte entre readmitirles o abonarles una indemnización de treinta y siete mil ochocientos sesenta y tres euros con setenta y seis céntimos (37.863'76 euros) al Sr. R.V. y de treinta mil quinientos veinticinco euros con setenta céntimos (30.525'70 euros) al Sr. M.T. con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación, a razón de treinta y seis euros con seis céntimos diarios (36'06 euros/día) al Sr. R.V. y de treinta y cuatro euros con seis céntimos diarios (34'06 euros/día) al Sr. M.T., desde el 1 de febrero de 2002 hasta la fecha de notificación de esta sentencia; de no ejercitar la opción, se entiende que procede la readmisión. Absolvemos al codemandado Sr. C.C.

3397 Recurso nº 4/2002

S.S. DEMANDA DE OFICIO DE IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. EXCLUSIÓN DO ÁMBITO DE APLICACIÓN DOS NON REPRESENTADOS NA MESA NEGOCIADORA. CONCURRENCIA DE CONVENIOS. CONCURRENCIA DESCENTRALIZADORA: LÍMITES. NULIDADE PARCIAL DO CONVENIO.

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

A Coruña, a treinta de mayo de dos mil dos.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes autos seguidos con el nº 4/02 se recibió demanda de oficio de la Autoridad Laboral a solicitud de la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (UGT), que compareció representada por el Letrado don P.B.L., siendo las restantes partes afectadas, la XUNTA DE GALICIA representada por el Letrado de la misma don J.G., la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) representada por el Letrado don P.P.C., COMISIONES OBRERAS DE GALICIA (CCOO) representada por el Letrado don F.E.F., la "A.E.S.S. Y A.D.G." representada por el Letrado don F.V.H., la FEDERACIÓN GALLEGA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (FEGAMP) representada por el Letrado don J.M.P.A., la EXMA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE LUGO representada por el Letrado don V.L.G. y las EXCELENTÍSIMAS DIPUTACIONES DE A CORUÑA, OURENSE Y PONTEVEDRA que no comparecieron. Por el MINISTERIO FISCAL compareció el Ilmo. Sr. Don J.L.C.S. La reclamación versa sobre Impugnación de Convenio colectivo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 1 de marzo de 2002 se recibió demanda de oficio de la Dirección Xeral de Relacións Laborais de la Xunta de Galicia por la que se solicitaba de esta Sala que se pronuncie sobre la legalidad del Convenio colectivo de Galicia para la Actividad de

Ayuda a Domicilio en lo que dispone su artículo 1, sobre la extensión que efectúa de su ámbito de aplicación funcional al personal laboral de los ayuntamientos y/o administraciones públicas; respecto a las materias referidas en los artículos 24 y 25 (clasificación profesional), 35 y 36 (faltas y sanciones), Capítulo VI (normas mínimas en materia de salud laboral) así como sobre cualquier otro extremo regulado en el mismo y que no pueda ser objeto de negociación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84 del Estatuto de los trabajadores (ET) y asimismo sobre las condiciones económicas pactadas, sensiblemente inferiores a las del Convenio Estatal.

SEGUNDO.- Por providencia de 5 de marzo siguiente se admitió la demanda a trámite y se señaló el día 9 de abril para el acto de juicio, que fue suspendido a petición justificada de una de las partes, efectuándose un nuevo señalamiento para el 23 del mismo mes. En dicha fecha se procedió de nuevo a la suspensión para que el Letrado de la Xunta pudiera ampliar la demanda contra las Administraciones Públicas que pudieran estar afectadas por el Convenio, lo que así efectuó, demandando también a las Excmas. Diputaciones de A Coruña, Lugo, Ourense y Pontevedra y a la Federación Gallega de Municipios y Provincias, quedando fijado el día 28 de mayo para el acto de juicio. En el mismo mantuvieron la demanda la Xunta de Galicia y la UGT y se adhirieron a ella el Ministerio Fiscal, la FEGAMP y la Excma. Diputación de Lugo. Formularon oposición la CIG, CCOO y la Asociación de Empresarios. Recibido el juicio a prueba se propuso documental que declarada pertinente, quedó reseñada en acta y unida a los autos. Seguidamente las partes hicieron uso de la palabra para conclusiones insistiendo en sus pretensiones, quedando los autos a la vista para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

Hechos probados

PRIMERO.- En fecha 15.01.02 tuvo entrada en la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de A Coruña la documentación relativa al Convenio colectivo de Galicia para a actividade de Axuda a Domicilio, presentada por don X.L.M., miembro de la Comisión Negociadora y perteneciente a la Central Sindical C.I.G. a efectos de su registro, depósito y publicación. Por la citada Delegación Provincial de A Coruña

ña, se dio traslado a la Dirección Xeral de Relacións Laborais, con entrada el 28.01.02.

SEGUNDO.- En 12.02.02, reiterando una anterior de 03.01.02, don X.C.G., en su calidad de Secretario de Acción Sindical de U.G.T.-Galicia presento a la Dirección Xeral de Relacións Laborais solicitud de que previamente a la publicación del Convenio Gallego se procediese a comunicar de oficio a la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia lo pertinente para que se pronunciase sobre la posible ilegalidad del texto del citado Convenio de conformidad con el art. 161 L.P.L. La Dirección Xeral de Relacións Laborais presento demanda de oficio al efecto en 01.03.02 con la suplica de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la legalidad del Convenio colectivo de Galicia para la actividad de Ayuda a Domicilio en lo que respecta a los extremos referenciados a través de los Fundamentos Jurídicos 2º y 3º de la demanda, relativos en concreto al ámbito de aplicación funcional (art. 1) y a materias de clasificación profesional, faltas y sanciones y salud laboral, y en último término a las condiciones económicas.

TERCERO.- Tras ser declarada la no procedencia de la extensión del Convenio colectivo del Sector "Servicios de Ayuda a Domicilio" de Valladolid a los trabajadores del mismo sector de A Coruña por resolución de 28.07.00 de la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais por considerar que la asociación empresarial de que se trataba tenía la legitimación precisa para negociar un Convenio en la provincia (procedimiento iniciado a instancias de U.G.T.), y tras diversas reuniones habidas en la Delegación Provincial de aquella Consellería a fines de 2000 con el fin de constituir la Comisión Negociadora del Convenio colectivo del Sector de Ayuda a Domicilio inicialmente para A Coruña, en fecha 15.02.01 U.G.T., C.I.G., CC.OO. y la Asociación de Empresarios del Sector acordaron la negociación del Convenio dicho pero de ámbito gallego, fijando como fecha para constituir la Comisión Negociadora el 15.03.01. En esta fecha dicha, 15.03.01, se constituyó efectivamente la Comisión Negociadora del Convenio colectivo de Axuda a Domicilio de Galicia, siendo los asistentes a la misma, que se reconocieron mutuamente capacidad y representatividad al efecto y haciendo constar en concreto las Centrales Sindicales que ostentaban cada una de ellas un tercio de la representatividad del Sector, los siguientes: por la parte empresarial, la Asociación de

Empresarios de Servicios Sociais e Axuda a Domicilio de Galicia, con 7 personas por "E., SA", "S.24, SL", Asesor, "C., SA", "A.M., SL", Asesor, y "A/O M., SL", por la parte social, 7 personas de las siguientes Centrales Sindicales: 1 de CC.OO., 3 de la C.I.G. y 3 de U.G.T.; teniendo así aquellas dos Centrales más de un 60% de representatividad. En 27.09.01 se reunieron de nuevo a fin de continuar las negociaciones del Convenio con discrepancias sobre artículos concretos del mismo (4º, 10º, 14º y 17º). En 16.10.01, 6 y 21.11.01 y 12.12.01 hubo nuevas reuniones continuando con la negociación del Convenio hasta que en 21 de diciembre de 2001 tuvo lugar la última de las mismas en la que se redactó el texto definitivo del Convenio y fijándose para él una vigencia de 01.01.01 a 31.01.05, adjuntándose al Acta el texto del Convenio; sin embargo, en referido acto el representante de U.G.T. manifestó que no firmaba el texto del Convenio "quedando a la espera de decidir su adhesión o no en próximas fechas". El 15.01.02 el Convenio y demás documentación fue remitido a la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de A Coruña para su registro, depósito y publicación, como se dejó anteriormente dicho.

CUARTO.- El "Convenio colectivo de Galicia para a Actividade de Axuda a Domicilio" indicado tiene el contenido que obra en autos; y en concreto y sin perjuicio de tenerlo por íntegramente reproducido, contiene las siguientes previsiones: en su art. 1, como ámbito funcional el Convenio regula las condiciones de trabajo de todas las empresas dedicadas a la prestación del servicio de ayuda a domicilio y las de los trabajadores que presten en ellas sus servicios "así como el personal laboral de los Ayuntamientos y otras Administraciones Públicas, siempre que no cuenten con Convenio propio", si bien en el texto previo del Convenio no había la referencia al personal de Ayuntamientos y Administraciones Públicas; en su art. 2 fija como ámbito territorial la CC.AA. de Galicia y todas las empresas que presten servicios de ayuda a domicilio en la misma; en su art. 4 establece el ámbito temporal, con entrada en vigor del Convenio el 01.01.01 y vigencia hasta el 31.12.05; en su art. 6 dispone el mantenimiento de las condiciones salariales, sociales, que mejoren el Convenio; en sus arts. 24 y 25 regula la clasificación profesional, (grupos y categorías); en sus arts. 35 y 36, faltas y sanciones; en el Capítulo VI, arts. 26 al 30 regula la Salud Laboral (previendo el art. 29 un seguro colectivo de accidentes); contiene asimismo regulación salarial, relativa

a salario base (art. 14), gratificaciones extraordinarias (art. 15), complementos de transporte, distancia, nocturnidad, domingos o festivos (arts. 16 a 19), caso de IT (art. 20)..., y en anexo los salarios base por categorías en los años 2001 a 2005, previendo también (art. 22) una revisión salarial específica para los trabajadores que percibieran cantidades superiores a las establecidas en el Convenio; regulación de jornada laboral (con reducción hasta el 2005).

QUINTO.- Con fecha 15.03.01 fue publicado en el B.O.E., resolución de 27.02.01 de la Dirección General de Trabajo, el Convenio colectivo Laboral de Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio, que sin perjuicio de tenerlo por reproducido establece: un ámbito de aplicación a todas las empresas, y establecimientos que ejerzan su actividad en el Sector de Residencias... y las dedicadas a la prestación del servicio de ayuda a domicilio, todo ello cualquiera que sea su denominación...; de aplicación “en todo el Estado español”; comprendiendo al personal que preste sus servicios en las empresas afectadas por el Convenio y excluyendo al personal que presta sus servicios en establecimientos cuya titularidad y gestión corresponda a la Administración Pública; una vigencia desde el 01.01.00 hasta el 31.12.02; una regulación de la clasificación profesional (art. 12 y siguientes), de la Salud Laboral (art. 27 y siguientes), de las Retribuciones e Incrementos a su vigencia (art. 38 y siguientes) con anexo al efecto, y del régimen disciplinario (artículo 53 y siguientes). Asimismo, el art. 5 de este Convenio establecía que “son materias no negociables en ámbitos inferiores al estatal el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de salud laboral y movilidad geográfica...”

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Las alegaciones de las partes y la prueba documental aportada al proceso avalan la declaración de hechos probados precedente. Singularmente, se ha aportado la tramitación habida del Convenio colectivo de “Axuda a Domicilio de Galicia”, que refleja fehacientemente su íntegra gestación, constando también mediante prueba documental oportuna el Convenio colectivo de ámbito nacional de Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio,

la denegación mediante resolución de 28.07.2000 de la extensión del Convenio de “Servicios de Ayuda a Domicilio” de Valladolid a la provincia de A Coruña y demás datos de hecho reflejados en la declaración fáctica.

En este contexto han de ser enmarcadas las pretensiones articuladas en la demanda de oficio remitida por la Autoridad Laboral y asumidas en el acto de Juicio por U.G.T. y Xunta de Galicia, con la adhesión del Mº. Fiscal, la FEGAMP y la Diputación de Lugo, así como la oposición a ellas formulada por las Centrales C.I.G. y CC.OO. y la Asociación de Empresarios.

Interesa la demanda de oficio, en fin, y así se reiteró en juicio, un pronunciamiento de legalidad del “Convenio colectivo de Galicia para A Actividade de Axuda a Domicilio” en lo que respecta a los siguientes extremos, al margen de un genérico e inexpresivo añadido de “cualquier otro extremo regulado en el mismo...” : A) En lo referente al ámbito de aplicación funcional del art. 1 del Convenio, en cuanto lo que se considera falta de legitimación decisoria de las partes negociadoras al extender el ámbito de aplicación funcional al personal laboral de los Concellos y Administraciones Públicas; o, al menos, en el sentido de que se ha rebasado la legitimación de las partes presentes en la Mesa cuando menos en el ámbito empresarial. Y B) En lo referente a la colisión temporal de Convenios Colectivos a partir de la vigencia del Convenio Gallego prevista en su art. 4 y la del Convenio estatal de Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio, en términos de art. 84 E.T. y por el principio de no concurrencia entre Convenios colectivos de distinto ámbito, interesando obtener un pronunciamiento sobre la legalidad de la regulación del Convenio Gallego en lo que atañe a las materias de clasificación profesional (arts. 24 y 25), faltas y sanciones (arts. 35 y 36) y salud laboral (Capítulo VI). Asimismo sobre las condiciones económicas del Convenio Gallego por inferiores al estatal.

SEGUNDO.- En lo relativo a la primera cuestión, ciertamente el Convenio colectivo de Galicia para a Actividade de Axuda a Domicilio aquí cuestionado establece en su artículo 1, ámbito de aplicación funcional, que el Convenio regula las condiciones de trabajo de todas las empresas dedicadas a la prestación del servicio de ayuda a domicilio y las de los trabajadores que presten servicios en ellas “así como el personal laboral de los Ayuntamientos y otras Administraciones Públicas, siempre que

no cuenten con un Convenio propio". Sin embargo, la Comisión Negociadora del Convenio estuvo constituida, al margen de la plena representatividad de las Centrales por la parte social, por la Asociación de Empresarios de Servicios Sociais e Axuda a Domicilio de Galicia en la parte empresarial. En ningún momento se tuvo en cuenta y vocó a la negociación a los Ayuntamientos y Administraciones Públicas ni las mismas intervinieron en ella y la asumieron; y éstas, como tales, no están representadas y/o vinculadas por la mediación negociadora de las asociaciones empresariales, sino que ostentan legitimación propia, como Administración Pública implicada. Incluso esto no vino a ser discutido en el acto de juicio por quienes se opusieron a la demanda, reconociendo la Asociación de Empresarios en sus alegaciones que "podría aceptarse que se haya rebasado la legitimación de las partes presentes en la Mesa" si bien añadiendo que en cualquier caso a los trabajadores les sería de aplicación el Convenio; y CC.OO. llegó a expresar que lo que se pretendió con el art. 1 era aplicar el Convenio a las empresas que en concierto gestionaban centros cuya titular era una Administración Pública.. El ámbito funcional expresado en el artículo 1 del Convenio Gallego resulta inequívoco en su afectación como tal también a Ayuntamientos y Administraciones Públicas, no habiendo representatividad y/o legitimación de las partes presentes en la Mesa al efecto y en el ámbito de la negociación con tal alcance, en concreto de la parte empresarial, a partir de lo cual carece de trascendencia el que la afectación fuese para el caso de no contar con Convenio propio.

La S.T.S. de 14.06.99 (Ar. 5.216) dejó dicho al hilo de abordar cuestiones de legitimación del art. 87.2 para los representantes sindicales y 87.1 para la parte empresarial: "...pero esta situación bifronte viene impuesta por una realidad socio-jurídica, cual es la imposibilidad jurídica de admitir formas asociacionales de empresa en el campo y esfera del Estado y de sus diferentes administraciones públicas. Como afirma la citada Sentencia de 21 de junio de 1996, con referencia a la impugnación del Convenio colectivo del MOPU -aplicable con mayor razón, incluso, cuando se trata de un Convenio Único, referido al personal laboral del Estado-, la unidad negocial presenta, en este supuesto, características singulares, pues, de una parte, la unidad de dirección y el carácter público de las entidades empleadoras que han de negociarlo, excluye que pueda asumir su representación

las asociaciones empresariales (Sentencia de 15 de febrero de 1993) y, de otra..". En similares términos se expresa la S.T.S. de 21.12.99, haciéndose eco de la ahora citada.

La consecuencia que se ha de derivar de lo expuesto no ha de ser, en opinión de la Sala, la ilegalidad e ineficacia total del Convenio colectivo, sino exclusivamente la de exceptuar del ámbito funcional a los no representados, la ineficacia de la previsión de extender el ámbito funcional al personal laboral de los Ayuntamientos y otras Administraciones Públicas, debiendo esto ser excluido del mismo, pues tal es el alcance y la dimensión real de la infracción cometida, siendo el resto del ámbito y contenido subsiguiente perfectamente legítimo al tener las partes tanto la debida legitimación inicial como la plena o negociadora de los arts. 87 y 88 E.T. Y ello cohonesta debidamente con el principio de conservación de los actos jurídicos en lo posible y con el hecho incluso de que el Convenio se vino considerando en la negociación con un ámbito funcional excluyente de Ayuntamientos y Administraciones Públicas, incluyéndose a los mismos en un ulterior texto de Convenio.

TERCERO.- En lo relativo a la no concurrencia entre Convenios colectivos de distinto ámbito, resulta, por un lado, que el art. 4 del Convenio Gallego establece que el Convenio entrará en vigor el día 01.01.01 y que su vigencia se extiende hasta el 31.12.05; de otro, el Convenio colectivo Estatal de Residencias Privadas de personas mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio, BOE de 15.03.01, establece una vigencia desde el 01.01.00 y hasta el 31.12.02. Resulta patente, por tanto, la concurrencia de ambos convenios, siendo publicado el estatal cuando se constituyó la Comisión Negociadora del Convenio Gallego (fecha ésta de arranque decisiva al efecto al margen de las vicisitudes previas habidas), que así debió tomarlo en consideración, afectando ambos al mismo ámbito funcional y personal en lo que atañe al servicio de ayuda a domicilio -aunque el estatal sea más amplio- y coincidiendo en su vigencia a partir de que el Convenio Estatal estaba ya vigente y con su eficacia propia al tiempo de gestarse el gallego, como ya se dijo. Asimismo, el artículo 5 de aquel ya establecía que "al amparo de lo previsto en el art. 83.2 E.T., se establece como unidades preferentes de negociación la de ámbito estatal y la de Comunidad Autónoma. Son materias no negociables en ámbitos inferiores al estatal el período de prueba, las modalidades de contra-

tación ... los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de salud laboral y movilidad geográfica ...”.

A partir de ello, el invocado artículo 84 E.T. dispone que un Convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 83 y salvo lo previsto en el apartado siguientes, puntualizando la regulación en los dos siguientes párrafos. Al respecto de ello, la STS de 03.11.00 (Ar. 9.631), haciéndose eco de la STS de 22.09.98, decía lo siguiente: “... el párrafo segundo del art. 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este art. 84. Siendo claro, como se ha dicho, que el mandato establecido en la norma comentada (párrafo segundo del art. 84) “no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sean cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional”. La redacción y expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases “en todo caso” y “a pesar de lo establecido en el artículo anterior”, dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales ...”.

CUARTO.- En el caso presente, como se sostiene en la demanda de oficio, y se reiteró en el acto de juicio, el Convenio colectivo de Galicia para a Actividade de Axuda a Domicilio, si bien de ámbito territorial para toda la CC.AA. de Galicia y sin aparecer cuestión acerca de su subsunción en el párrafo 2º del art. 84 E.T. —la asociación empresarial es la única de ámbito en la CC.AA. y las tres centrales sindicales se reconocieron en la negociación del Convenio que cada una de ellas ostenta un tercio de la representatividad del sector—, regula materias en concurrencia colisión con el ya vigente convenio estatal del sector e incluidas en el párrafo 3º del art. 84 citado, que son período de prueba, modalidades de contratación (con cierta salvedad), los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica. En concreto, y así se denuncia en la demanda, el Convenio Gallego regula: clasifica-

ción profesional (con sus grupos y categorías profesionales) en los arts. 24 y 25; faltas y sanciones en los arts. 35 y 36; y salud laboral en el capítulo VI, arts. 26 a 30, si bien dentro de estos la Sala considera que en ningún caso la pretensión de ilegalidad que se interesa debe afectar al art. 29, pues la previsión del último párrafo del art. 84 E.T. (y del art. 5 del Convenio Estatal) está referida a “normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo” y en aquel artículo del Convenio, aún comprendido dentro del capítulo “Salud Laboral”, lo que regula es un seguro colectivo de accidentes, mejora voluntaria de S.S. que se aparta del enunciado dicho. Por su parte, en el Convenio Estatal se regula la clasificación profesional (art. 12 y siguientes), la salud laboral (art. 27 y siguientes) y el régimen disciplinario (art. 53 y siguientes). No obsta a la inviabilidad de la regulación que de las materias dichas hace el Convenio Gallego la mayor o menor similitud de las previsiones, pues lo esencial es la no factibilidad legal al efecto al constituir materias no negociables. Tampoco es acogible lo que subsidiariamente interesó la Asociación de Empresarios, “la suspensión temporal hasta el 31.12.02 de los arts. 24, 25, 26, 27, 28, 30, 35 y 36 del Convenio Colectivo Gallego”, puesto que de lo que se trata es de que se reguló en torno a materias que en el momento en que se hizo no podían ser objeto de negociación, no derivándose de ello otro efecto que la interesada declaración de ilegalidad y anulación de los preceptos dichos, a excepción del art. 29 del Convenio según lo anteriormente puntualizado al respecto, lo que no impide la validez y eficacia del Convenio en lo restante al mantenerla efectivamente, conservar entidad cuantitativa —42 artículos de los que quedan afectados 7— y cualitativa de convenio y no existir causa obstativa al efecto. Ello al margen de la cuestión de las condiciones económicas que acto seguido se abordará, sin que en el contexto de denuncia analizado se hayan puesto en entredicho otros artículos concretos del Convenio, agotándose con lo expuesto lo oportuno cuestionado en el referido sentido.

QUINTO.- Por último, en lo referente a las condiciones económicas, la regulación al respecto no está mencionada en el último párrafo del art. 84 E.T., de acuerdo con lo que se ha dejado explicitado anteriormente, si bien no cabe soslayar la problemática de la alegación de empeoramiento económico que se achaca al Convenio Gallego, el contexto de la previsión del art. 3 E.T. y demás oportuno al respecto.

El Convenio Colectivo de Galicia para a Actividade de Axuda a Domicilio, negociado por las Centrales más representativas con la Asociación de empresarios de Servicios Sociais e Axuda a Domicilio de Galicia como quedó reflejado en los H.D.P., establece un sistema propio de condiciones económicas y laborales, a valorar in íntegrum y en el contexto socio-económico del ámbito al que va dirigido. Como precisamente alegaron en el acto de juicio las Centrales CIG y CCOO, que afirmando la realidad compleja que era el Convenio y el caso específico gallego, negaron que encerrara el empeoramiento denunciado; y ello aún reconociendo que los salarios iniciales establecidos en el Convenio Gallego eran inferiores a los establecidos en el estatal -como así es-, pero afirmando su total justificación a partir de que en el Convenio Gallego los salarios se proyectan a 5 años, que la subida salarial establecida en estos supone un incremento del 50%, que ciertamente en 2004 y 2005 los salarios del Convenio Gallego van a ser superiores que los del estatal, que en todo caso el gallego recoge el mantenimiento de todas aquellas condiciones que lo mejoren a la entrada en vigor del Convenio ..., que se regula una jornada a partir de 40 horas semanales pero hasta reducirla a 37 horas a diferencia del estatal, que también hay diferencias en vacaciones, complemento de I.T., complemento de distancia ...

Se observa, efectivamente, que además de ser el Convenio Gallego específico del sector de la actividad de ayuda a domicilio, siendo el estatal también para residencias privadas de personas mayores, el Convenio Gallego inicia su ámbito temporal el 01.01.01 extendiéndose hasta el 31.12.2005, a diferencia del estatal que termina en 31.12.02, de tal modo que en función de tal vigencia y de la problemática concreta gallega se prevén los salarios y subidas hasta el año 2005, a diferencia del estatal (que lo hace en 2000 y 2001 en tablas y para el 2002 incremento del 3,5 ...), sin perjuicio de disponer el mantenimiento de las condiciones salariales, sociales ... que mejoren el Convenio y que cada trabajador pudiese tener reconocidos a título individual o a nivel de contrata ... (art. 6) y un sistema de revisión salarial concreto para los trabajadores que perciban cantidades superiores a las del Convenio (art. 22). Asimismo, se regulan las gratificaciones extras con proyección hasta el 2005 (art. 15), los complementos de transporte, distancia, nocturnidad, domingos y festivos también con tal proyección (art. 16 a 19), el complemento de I.T. en forma propia favora-

ble (art. 20) ... Igualmente se regula la jornada para 2001 y con reducciones hasta el 2005 (hasta las 37 horas semana), los descansos de igual manera ..., a diferencia del Convenio Estatal, que prevé jornada de 39 horas semanales en cómputo trimestral ...

En suma, las diferencias cualitativas existentes en el complejo conjunto de lo regulado en los Convenios, su distinta proyección de futuro y de planteamiento, hacen inviable la censura que se formula al Convenio Gallego a los efectos presentes en la demanda de oficio, no habiendo razón jurídica oportuna, en opinión de la Sala, para la declaración de ilegalidad que al efecto se insta, rechazándose la impugnación que se hace y las alegaciones y pretensiones que en tal contexto se formularon en Juicio, concretamente por la Xunta de Galicia y UGT.

SEXTO.- Por las razones expuestas, procede acoger parcialmente la demanda de oficio en los términos que se derivan de los precedentes fundamentos jurídicos, en concreto 2º y 4º.

Fallamos

Que estimando parcialmente la demanda de oficio remitida por la Autoridad Laboral, con solicitud al efecto de UGT-Galicia, siendo partes la XUNTA DE GALICIA, U.G.T., el MINISTERIO FISCAL, la FEGAMP y la EXCMA. DIPUTACIÓN DE LUGO, comparecidas y con postura de conformidad con la pretensión contenida en la demanda de oficio; CCOO, CIG y la "A.E.S.S. y A.D.G.", también comparecidas y con postura de oposición a la pretensión formulada; y las Excmas. Diputaciones de A CORUÑA, OURENSE Y PONTEVEDRA, no comparecidas, debemos declarar y declaramos la ilegalidad y consiguiente anulación: A) Del art. 1 del Convenio colectivo de Galicia para a Actividade de Axuda a Domicilio en el extremo en que extiende el ámbito de aplicación funcional de tal Convenio al "personal laboral de los Ayuntamientos y otras Administraciones Públicas, siempre que no cuenten con convenio propio", que queda excluido del mismo. Y B) Asimismo, de los arts. 24 y 25 (clasificación profesional), 35 y 36 (faltas y sanciones) y el Capítulo VI (salud laboral) en sus arts. 26, 27, 28 y 30 del referido Convenio colectivo, en cuanto reguladores de materias no negociables, los que quedan excluidos del Convenio. En lo restante objeto de postulación acerca del Convenio cuestionado en la demanda de oficio, rechazamos la declaración de ilegalidad.

3398 Recurso nº 1.133/2002

S.S. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO. COLABORACIÓN ESPORÁDICA FORA DO ÁMBITO DE DIRECCIÓN DUN EMPRESARIO.

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

A Coruña, a treinta de mayo de dos mil dos.

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 nº1.133/2002, interpuesto por doña E.B.G.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 804/01 se presentó demanda por doña E.B.G.C. en reclamación de Incompetencia (Salarios) siendo demandado el doña S.Y.W.R., don F.J.R.R. y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 9 de enero de 2002 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I. La actora E.B.G.C. trabaja prestando servicios sexuales a clientes en el piso que la demandada S.Y.W.R., regentaba en la c/..., estos servicios se iniciaron en noviembre de 1999 aproximadamente.- En un primer momento el trabajo consistía en la permanencia continuada en el piso durante 21 días, y después y hasta fecha que no consta pero al menos hasta abril de 2001, la actora acudía al piso y hacia servicios esporádicos.- II. En noviembre del 2000 la actora se anuncia en los periódicos como N... Etc. y el teléfono de contacto era el de un piso en la c/... que compartía con la testigo B.E.H.C., al menos hasta diciembre del 2000, fecha en que ésta denunció a la actora en la comisaría.- III. A los clientes que acuden al piso de Y... les cobra la demandada y ella da parte del importe a la chica que hacia el servicio; la limpieza del

piso y ropas de cama son por cuenta de la demandada y es el cliente el que elige a las chicas.- IV. En abril la demandada abonó a la actora la cantidad de 375.000 ptas.- V. 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: Debo desestimar y desestimo la demanda que sobre Cantidades ha sido interpuesto por E.B.G.C. contra S.Y.W.R., F.J.R.R. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, a los que absuelvo."

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia acoge la excepción de incompetencia de esta jurisdicción y frente a dicha resolución interpone recurso de suplicación la parte accionante quien a través de un solo motivo, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L. denuncia la infracción de los artículos 3 y siguientes de la L.P.L. en relación con los artículos 5 y 8 del Estatuto de los Trabajadores, solicitando se dicte una nueva sentencia que, entrando a resolver sobre la cuestión de fondo, estime la suplica de la demanda formulada.

Al ser éste un tema que afecta al orden público del proceso, la Sala debe – de conformidad con constante y reiterada doctrina jurisprudencial, acogida por las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 10 y 18.12.89 (R.8.877 y 8.975) y de 14.01, 09.02 y 05.03.90 (R. 204, 886 y 1757) – examinar en su integridad las actuaciones de instancia, incluida toda la prueba, para así disponer de cuantos elementos de juicio son indispensables para a un correcto pronunciamiento sobre dicha cuestión de competencia. Y conforme a este criterio, la Sala acepta en su integridad el contenido del relato histórico de la resolución de instancia que recoge con acierto los datos y elementos necesarios para la resolución del litigio y que ni siquiera ha sido combatido por la parte recurrente.

La existencia de una relación de trabajo exige la concurrencia de las notas de ajeneidad y dependencia a las que se refiere el art. 1.1º del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995/997), esto es, que la prestación de servi-

cios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, por tanto, con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma (STS 16 de febrero de 1990 [RJ 1990/1.099]); no siendo suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (SSTS 7 noviembre 1985 [RJ 1985/5.378] y 9 de febrero 1990 [RJ 1990/886]).

Si aplicamos dicha doctrina al caso enjuiciado, no podemos sino concluir desestimando el recurso de suplicación formulado, pues si la actora acudía al piso y hacía servicios esporádicos – hecho probado no combatido – en modo alguno cabe considerar que lo hacía «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona». Ciertamente que a los clientes que acudían al piso solicitando servicios sexuales, les cobraba la demandada y ésta daba parte del importe a la chica que realizaba dichos servicios, pero estas circunstancias en absoluto evidencian la existencia de una relación laboral, sino tan sólo, la de una colaboración en interés mutuo de ambas partes pero que carece, a todas luces, de las notas y presupuestos que configuran el contrato de trabajo.

En consecuencia al no concurrir las notas de dependencia, ajeneidad y sometimiento al ámbito de dirección y organización que caracteriza el contrato de trabajo procede la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida que declara la incompetencia de esta jurisdicción social.

Por todo lo cual

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por doña E.B.G.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Vigo, de fecha 9 de enero de 2002, confirmando la expresada resolución.

3399

Recurso nº 1.528/2002

S.S. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: PROBAS DE ACCESO Á ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

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

A Coruña, a treinta y uno de mayo de dos mil dos.

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. 1.528/2002 interpuesto por doña A.P.P. 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 A.P.P. en reclamación de R. DERECHO (INCOMPETENCIA) siendo demandado LA UNIVERSIDAD DE VIGO y doña E.G.O. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 722/2001 sentencia con fecha 6 de febrero de 2002 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, mayor de edad, y con DNI... presta servicios para la Universidad de Vigo desde 1993, con la categoría de técnico especialista de biblioteca./ Segundo.- Por resolución de 25 de abril de 2001 se convocan pruebas selectivas para la provisión de plaza de titulado superior de al oficina de relaciones internacionales, publicada en el DOGA de 14.05.01. En la base primera de la convocatoria se establece: “Convócanse pruebas selectivas para cubrir con personal laboral fijo una plaza de titulado superior da oficina de relaciones internacionais, do grupo I, polo sistema de promoción interna. De non cubrirse a praza reservada a promoción interna, ofertarse para a súa provisión polo sistema de acceso xeral libre”./ Tercero.- Por resolución de 03.07.01 el rectorado acordó aprobar la lista de aspirantes

admitidos para la convocatoria mencionada, presentándose únicamente la actora pro el turno de promoción interna, y la demandada E.G.O. por el turno de acceso libre. Asimismo se convoca a los aspirantes para el día 03.10.01 el Tribunal acordó declara que la actora no superó el primer ejercicio de la fase de oposición, y acumular dicha plaza vacante al turno libre, resolviendo que E.G. si superó el primer ejercicio por el sistema de turno libre, convocando a la misma para el 17.10, a los efectos de realizar el segundo ejercicio./ Cuarto.- Con fecha 17.10.01 la actora presenta recurso frente a dicha resolución, siendo desestimado el mismo por resolución de 29.10.01”.

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

“FALLO: Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, se desestima la demanda interpuesta por doña M^aA.P.P. contra la UNIVERSIDAD DE VIGO y doña E.G.O., absolviendo a las mismas 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

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia, que acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción, desestimó la demanda interpuesta por M.A.P.P. contra la Universidad de Vigo y E.G.O. y absolvió a las demandadas de las pretensiones en su contra deducidas, se alza en suplicación la parte actora, sin discutir los hechos declarados probados y denunciando, en el único motivo que formula, al amparo del artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, la infracción por no aplicación o aplicación indebida, de lo dispuesto en los artículos y 1 y 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la doctrina Jurisprudencial y Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia a que se refirió.

SEGUNDO. Así las cosas, sostiene la recurrente que la cuestión a dilucidar no es otra que la relativa a si es o no competente el Orden Jurisdiccional Social para el conocimiento de la litis en la que se postula la cobertura de una plaza laboral, aseverando que dada su

vinculación laboral previa con la Universidad de Vigo con un contrato de naturaleza indefinida y la convocatoria vía promoción interna, la competencia sería de la Jurisdicción Laboral.

Ha de rechazarse la pretensión auspiciada por la demandante en el único motivo del recurso de suplicación por ella interpuesto frente a la sentencia de instancia, pues, sin soslayar que la cuestión relativa a la competencia Jurisdiccional devendría susceptible de ser abordada incluso de oficio, cabe establecer que no estamos ante una cuestión relativa a la preferencia para ocupar un determinado puesto de trabajo en atención a parámetros y condiciones que determinasen la incardinación de la controversia en el ámbito de la Jurisdicción Laboral, sino que, propiamente, se trata de la impugnación de una actuación administrativa en orden a la convocatoria de pruebas para la cobertura de plaza vacante en la que la Entidad demandada acordó realizar de forma simultánea las pruebas para acceso por los turnos de promoción interna y libre, pues así se desprende del suplico de la demanda, ratificada en el juicio celebrado en la instancia, al solicitar la recurrente que “se declaren nulos todos y cada uno de los actos administrativos de naturaleza laboral (al estar ante una promoción interna) retrotrayendo el proceso selectivo al momento de publicación de la convocatoria de promoción interna..”, aseverando la propia demandante que “la Universidad de Vigo incumplió de manera manifiesta las bases de la convocatoria..”, a lo que no es óbice, dadas las pretensiones de la actora “ut supra” referidas, el hecho de que dicha demandante venga prestando ya servicios para la Entidad demandada, pues la cuestión litigiosa no se inscribe en el concreto ámbito de la preexistente relación laboral entre las partes sino que atañe, como hemos referido, a la convocatoria para cobertura de plaza vacante, siendo así que, como se colige de la doctrina Jurisprudencial, entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 04.02.00; 23.06.97; 30.09.97; 05.11.97; 14.11.97; 17.11.97; 19.01.99; 31.01.99, “La atribución de competencia a los Tribunales del orden Social se realiza en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que les confía el conocimiento de los conflictos 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. Aunque la referencia a la rama social del Derecho es vaga, parece opinión científica mayoritaria,

la que incluye los sectores propios de las ramas del Derecho correspondientes al laboral, sindical y de la Seguridad Social" y "La atribución de competencias a los Tribunales del Orden contencioso administrativo se realiza en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que les confía la resolución de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y a las disposiciones reglamentarias. En desarrollo de ambos mandatos, el artículo 3.a) de la Ley de Procedimiento Laboral excluye de la rama social de la Jurisdicción, el conocimiento de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetas al derecho administrativo en materia laboral", de manera que cuando, como acaece en el presente supuesto fáctico, se impugna una actividad del Organismo demandado actuando no como empresario sino actuando una potestad administrativa dirigida a la cobertura de una plaza de titulado superior de la oficina de Relaciones Internacionales de la Universidad code mandada, es dado concluir en que la pretensión no es incardinable dentro de la rama social del Derecho, lo que conduce a la desestimación de la censura contenida en el recurso. En consecuencia,

Fallamos

Desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por M.A.P.P. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de fecha 6 de febrero de 2002, en autos nº 722/01, instados por aquella frente a la Universidad de Vigo y E.G.O., confirmamos la Sentencia de instancia.

3400 Recurso número: 10.533/1997

S.CA. INFRACCIÓN E SANCIÓN. COMPETENCIA DO ÓRGANO ACTUANTE. CADUCIDADE DO PROCEDEMENTO SANCIONADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López.

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

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 10.533/97, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "F.G., S.A." con domicilio en C/... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don S.V.S., contra resolución de 03.12.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en A Coruña de la Consellería de Xustiza sobre acta de infracción número 454/95. Expediente 462/97. Es parte la administración demandada CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS, representada por LETRADO DA XUNTA DE GALICIA. La cuantía del asunto es 3.005 Euros.

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 veintidós de mayo de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna en este recurso la resolución de 03.12.97 de la Dirección General de Relaciones Laborales por la que se confirmó otra anterior de la autoridad periférica de A Coruña, de 11.08.97, por medio de la cual se le impuso a la empresa "F.G., S.A." dedicada a la construcción, una sanción de 500.000 pesetas (3.005,06 euros) por la comisión de una infracción grave a la normativa sobre seguridad e higiene; la resolución de primer grado

dio como probados los hechos consignados en el acta levantada por una inspectora de Trabajo y Seguridad Social, tras haber examinado el día 15.12.94 la máquina motoniveladora empleada en la obra que venía ejecutando en la CN-550, cuya visibilidad desde el puesto del conductor venía dificultada al habersele añadido una pieza en su parte delantera, al tiempo que sus características acústicas hacían indispensable que contara con avisadores ópticos y sonoros en su marcha hacia delante, de los que carecía, todo ello para evitar riesgos de atropello como el que ya se había producido un año antes. En el trámite de alegaciones negó la empresa imputada las deficiencias advertidas, para lo que acompañó fotografías y fotocopias de la factura de adquisición, del permiso de circulación y de la ficha de las características de la máquina, lo que no fue acogido favorablemente en la resolución sancionadora, adoptada luego de informe de ratificación y ampliatorio de la inspectora interviniente; del contraste de las fotografías de la máquina motoniveladora con su documentación técnica se advierte que, en efecto, se le habían añadido dos tubos de cierto grosor sobre su capó delantero que dificultaba parcialmente la visión (ya no muy diáfana) desde el puesto del conductor.

En la demanda se interesa que se declare la nulidad de la resolución sancionadora o, subsidiariamente, que se califique la infracción como leve, con base en los siguientes motivos: incompetencia del órgano que resolvió el recurso ordinario, caducidad del procedimiento, ausencia de notificación de la identidad del instructor y secretario, inexistencia de infracción y desproporción de la sanción. A esas pretensiones se opone el letrado de la Xunta de Galicia.

II.- Antes de analizar las cuestiones formales que se alegan debe indicarse que en el acta y en la resolución sancionadora se consideraban infringidos los apartados 1.1.1.1 y 2.1.2.2. 3. 3.2.1 y 3.6.1 del anexo I del Real decreto 1.435/1992, de 27 de noviembre por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo 89/392/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre máquinas, así como el artículo 124.7 de la Ordenanza de seguridad e higiene en el trabajo aprobada por Orden ministerial de 09.03.71; pues bien, sobre el primer reglamento debe advertirse que su disposición transitoria única mantenía la posibilidad de comercializar y poner en ser-

vicio las máquinas hasta el 31.12.94 conforme con la normativa vigente a 31.12.92 que, teniendo presente que la motoniveladora que aquí interesa se comercializó y puso en servicio el 03.01.91, venía referida tanto a la Orden ministerial de 08.04.91, que aprobaba la Instrucción técnica complementaria MSG-SM-1 del reglamento de seguridad en las máquinas, referente a máquinas, elementos de máquinas o sistemas de protección, usados como en el Real decreto 1.495/1986 de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad en las máquinas (que se olvidó de derogar el Real decreto 1.435/1992 y fue derogado por el Real decreto 1.849/2000 de 10 de noviembre).

Expuesto así el régimen jurídico aplicable, debe analizarse el primer alegato que se censura, esto es, la incompetencia del órgano que resolvió el recurso ordinario que según la demanda debería haber sido el conselleiro y no el director general, pues sólo aquél es el superior jerárquico de la delegada provincial que dictó la resolución sancionadora.

Este alegato no debe prosperar, pues la competencia del director general de Relaciones Laborales viene impuesta en el artículo 7 del Decreto 376/1996, de 17 de octubre sobre distribución de competencias entre los órganos de la Xunta para la imposición de sanciones por infracciones en las materias laborales, de prevención de riesgos y por obstrucción de la labor inspectora, donde se establece que “las resoluciones dictadas por los delegados provinciales de la Consellería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales” podrán ser objeto de recurso ordinario ante el director general de Relaciones Laborales”, de lo que resulta que este primer alegato deba ser desestimado.

III.- A continuación se sostiene que el procedimiento sancionador ha caducado, puesto que se inició con el acta de 21.03.95 (notificada el 22.03.95) y terminó con la resolución de 11.08.97 (notificada el 13.08.97), por lo que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común.

La disposición adicional séptima de la referida Ley 30/1992 establece que los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden social y para la extensión de las actas de liquidación de cuotas a la Seguridad Social deben regirse por su normativa específica y subsidia-

riamente por las disposiciones de aquélla ley, por lo que la aplicación del artículo 43.4 sobre la necesidad de que se declare la caducidad en el plazo de 30 días desde el vencimiento del plazo en que se debió dictar la resolución exige como presupuesto la falta de previsión normativa al respecto, que es lo que sucede con la LISOS, donde no se contiene norma alguna respecto de la caducidad ni establece plazo para dictar la resolución administrativa, requisito este necesario para que a su vencimiento y en el plazo de 30 días, pueda producirse la caducidad: no obstante, si contiene una previsión expresa el artículo 32.4 del Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto 396/1996, de 1 de marzo, al establecer que si no ha recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación del expediente, teniendo en cuenta las posibles interrupciones por causas imputables a los interesados, se entenderá caducado el procedimiento por el transcurso de 30 días desde ese vencimiento.

Pues bien, la caducidad del procedimiento es una institución contemplada en la norma para hacer frente a la pasividad de la Administración a la hora de impulsar el expediente hasta su resolución final y que es forzosa declarar por imperativo de lo dispuesto en las normas citadas, sin que viniera neutralizado ese plazo por la resolución de 03.08.95 de la autoridad periférica que acordó la paralización del expediente sancionador, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la LISOS, como consecuencia de la instrucción de unas diligencias penales, aunque entre ellas y la actuación administrativa pudiera existir alguna conexión, pues no consta que tal resolución hubiera sido notificada al interesado tal y como preceptúa el artículo el artículo 58.1 de la referida Ley 30/1992, y ya que consta que la resolución se ha dictado una vez rebasado notablemente el plazo de caducidad, debe estimarse el recurso y decretarse la nulidad de la resolución impugnada (STS de 12.11.01).

IV.- Al no haberse actuado de forma temeraria o maliciosa, no se hace condena en costas a ninguno de los litigantes (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de "F.G., S.A." contra resolución de 03.12.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en A Coruña de la Consellería de Xustiza sobre acta de infracción número 454/95. Expediente 462/97, dictado por la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, declarando la misma nula por no ser conforme a derecho.

3401 Recurso número: 10.510/97

S.CA. INFRACCIÓNS E SANCIÓN. OBSTRUCCIÓN Ó LABOR INSPECTOR. PRESUNCIÓN DE CERTEZA DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO. ALCANCE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López.

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

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 10.510/97, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don J.L.B., con D.N.I... domiciliado en ... (Vigo), representado y dirigido por el letrado don J.M.R.F., contra resolución de 09.10.97 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Vigo sobre acta de infracción número 2.391/96. Expediente 2.050/90. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 3.005 euros.

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 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 veintinueve de mayo de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

Fundamentos de derecho

I.- Se fiscaliza en este recurso la conformidad o disconformidad a derecho de la sanción impuesta a la empresa "J.L.B." por el director provincial de Trabajo, Seguridad Social de Pontevedra en Vigo de 20.06.91, confirmada seis años después en vía de recurso ordinario por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en resolución de 09.10.97, consistente en una multa pecuniaria de 500.000 pesetas por obstrucción en la actuación inspectora; así, en el expediente se dio como acreditada la comisión de una infracción muy grave, en su grado mínimo, tipificada en el artículo 49 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social.

En el escrito de demanda se pretende la anulación de la resolución y de la sanción aparejada, con base en cuatro motivos de nulidad: por haberse resuelto el expediente después de los tres meses desde el acta, por que el anexo del acta no está firmada por la controladora laboral, por carecer de valor probatorio los hechos no presenciados por el inspector que firmó el acta y por indefensión.

Por su parte, el Abogado del Estado se opone a la pretensión de nulidad con base en que los defectos formales denunciados no son susceptibles de anular el acto, por no haber aportado el imputado prueba alguna que desmereciera los hechos recogidos en el acta y por no aportar nada al litigio el alegato de indefensión ni los documentos y razones que la apoyan.

II.- La primera censura que se realiza en la demanda es que el expediente se resol-

vió tres meses después de haberse levantado el acta; debe indicarse que en la fecha de la actuación inspectora estaba vigente el Decreto 1.860/1975, de 10 de julio, por el que se aprueba el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social, norma que no establecía plazo de duración del procedimiento sancionador, pues el artículo 15 sólo disponía que la autoridad laboral debería dictar resolución dentro de los quince días hábiles contados desde el término de la última diligencia.

Por otro lado, la Ley de procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958, tampoco establecía un plazo de caducidad de procedimientos iniciados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables para el interesado, a salvo del plazo general de seis meses contemplado en el artículo 61 o del plazo de caducidad de tres meses del artículo 99 cuando se hubiera paralizado el expediente por tres meses debido a una causa imputable al interesado previamente advertida por la Administración. Si bien la extraordinaria tardanza en resolver el recurso de alzada (más de seis años) produjo la nueva vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, su artículo 43.3 sobre la caducidad, no era aplicable al procedimiento sancionador que aquí interesa, pues ya estaba resuelto, de modo que debe desestimarse el primer alegato, aunque la notificación del acta suscrita el 27.07.90 hubiera tenido lugar el 07.02.01 y el expediente se hubiera resuelto el 27.06.91.

III.- A continuación se alega que el anexo del acta número 2.050/90 no está firmada por la controladora laboral que presuntamente la redactó; así es, pero tal vicio formal no es uno de los motivos de nulidad del artículo 47.1 de la LPA, entonces vigente, ni tampoco constituye un defecto de forma susceptible de producir indefensión (artículo 48.2), todo ello sin olvidar que el acta con la propuesta de imposición de la sanción fue elaborada y firmada por el inspector de Trabajo y Seguridad Social a la vista de "los hechos relatados por el controlador laboral, que figuran en el anexo", con lo que el posible vicio habría quedado ya sanado (artículo 53); por ello, también debe desestimarse este alegato.

IV.- En cuanto al fondo del asunto, niega la demanda que la empresa hubiera

incurrido en la infracción que se le imputaba, al tiempo que no podía tener valor probatorio el acta, pues el inspector que la elaboró no había presenciado los hechos, ni tampoco mencionaba la controladora laboral los datos necesarios para que esos hechos tuvieran presunción de veracidad, ya que no describía a quien le requirió la aportación de documentación, ni identificaba a los tres trabajadores que fueron localizados en el centro de trabajo, presuntamente de forma irregular.

Para resolver el litigio debe recordarse que la resolución sancionadora, confirmada a través de la recurrida, se ha dictado con el único soporte probatorio que el acta de la inspección número 2.050/90, por lo que procede examinar si sólo con ella se puede tener por cumplida la carga probatoria que a la Administración le corresponde a la hora de sancionar o de imponer cargas específicas de índole patrimonial. A este respecto debe recordarse la constante jurisprudencia que, a propósito de lo dispuesto en el artículo 52.2 de la LISOS sobre la eficacia probatoria de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social manifiesta que tal presunción de certeza es perfectamente compatible con el derecho fundamental a la que aquel precepto se limita a atribuir a las actas el carácter de prueba de cargo, pero dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario, al tiempo que la presunción de certeza sólo es predicable con respecto de los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por la inspección actuante o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta, como pueden ser documentos o declaraciones incorporados a la misma (SsTS de 18.01.91, 24.06.91 o 08.05.00, entre otras muchas); con todo, tales presunciones “*iurus tantum*” y los medios de prueba que de adverso se aporten, no excluyen el control jurisdiccional posterior (SsTS de 29.01.92 o 11.03.92). Finalmente, aunque el acta no deriva de una inspección directamente realizada por un inspector de Trabajo y Seguridad Social, sino que se fundamenta en una visita realizada con anterioridad por dos controladoras laborales, ello no le priva al acta del valor de documentación que le corresponde cuando la actuación presencial se ha documentado debidamente.

Y esto es lo que no se ha producido en la actuación que aquí se fiscaliza puesto que, con independencia de que acta de la

controladora laboral no viniera firmado, es cierto que su generalidad le priva de toda prueba de cargo, ya que no refiere a quién se requirió la aportación de documentos o la comparecencia en las oficinas y, si fue a doña C.O.F. (esposa del recurrente), como podría ser, tampoco se justifica que esta hubiera rechazado la citación mediante la aportación del oportuno documento de notificación de dicha citación de comparecencia y, lo que es más importante aún, en ningún caso puede sancionarse al empresario, don J.L.B., por actos personalísimos realizados por otras personas, por lo que se entiende quebrantado el principio de culpabilidad del empresario imputado, ya que ninguna conducta o actuación concreta se le reprochó cuando se personó la controladora laboral en el centro de trabajo, puesto que sólo se encontraban diversos trabajadores y, supuestamente, la esposa de aquél, y ninguno de ellos aparecía como representante de la empresa, por lo que mal se le podía exigir un comportamiento deliberado y voluntario de impedir el ejercicio de la actividad inspectora mediante la negativa a presentar documentación o comparecer en las oficinas administrativas, por lo que debe anularse la sanción impuesta por ausencia de prueba de la comisión de la infracción, ya que ésta sólo se reputa al propio empresario a sus representantes o a las personas de su ámbito organizativo en el artículo 49.3.1 de la LISOS, por todo lo cual debe estimarse el presente recurso sin necesidad de analizar ya el último motivo alegado en la demanda.

V.- Al no haberse actuado de forma temeraria o maliciosa, no se hace imposición de costas a ninguno de los litigantes (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso administrativo deducido por la representación de don J.L.B., contra resolución de 09.10.97 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Vigo sobre acta de infracción número 2.391/96. Expediente 2.050/90, dictado por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, declarando nula la citada resolución por ser contraria a derecho.

3402 Recurso nº 892/02**S.S. IMPOSIBILIDADE DE INCORPORAR DOCUMENTOS EN VÍA DE RECURSO.**

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

A Coruña, a tres de junio de dos mil dos.

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

En nombre del Rey

ha dictado el siguiente:

AUTO

En el recurso de suplicación número 892/02 interpuesto por el demandante don N.R.F. y los codemandados “R. y E.D.S.A., A.I.E.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Cuatro de Vigo en autos sobre Despido siendo demandante don N.R.F. y demandado “R. Y E.D.S.A., A.I.E. y R.T., S.A”.

Único.- Por la Entidad Mercantil “R. y E.D.S.A., A.I.E.”, se presentó, acompañando al escrito de formalización de recurso de suplicación, presentando ante el Juzgado de lo Social nº CUATRO de Vigo en fecha treinta y uno de enero del dos mil dos, al que acompañaba escrito certificado de la empresa “G.N., C.B.”, y solicitaba su incorporación al procedimiento al amparo de lo dispuesto en el art. 231 de la LPL.

Por diligencia de ordenación de fecha dieciocho de marzo de dos mil dos, se acordó dar traslado de dicha solicitud por término de tres días a la parte demandada para alegaciones y transcurrido dicho plazo, por el demandante se presentó escrito en fecha veintitrés de abril del mismo año alegando la improcedencia de la unión de dichos documentos razonamientos jurídicos.

Único.- Que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 231 de la LPL sólo podrán ser incorporados a los autos en trámite de recurso aquellos documentos en los que se den las circunstancias establecidas en el art. 270 de la LEC, es decir, que sean esenciales al pleito y que por su fecha no hayan podido ser aportados durante la instancia, como dichas circunstancias no concurren en el que pretende incorporar la empresa recurrente, no ha de acordarse su unión a los autos.

LA SALA resuelve

Que no ha lugar a que se una a los autos el documento presentada por la Entidad Mercantil “R. y E.D.S.A., A.I.E.” acordándose su devolución.

3403 Recurso nº 2.506/2002**S.S. SALARIOS DE TRAMITACIÓN. TRABAJO INTEROCURRENTE SEN QUE O EMPRESARIO PROBE O PERCIBIDO. REDUCCIÓN DUNHA CONTÍA EQUIVALENTE Ó SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL. PREFERENCIA DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN FRONTE Á PRESTACIÓN POR DESEMPREGO.**

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

A Coruña, a seis de junio de dos mil dos.

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. 2.506/2002 interpuesto por B.M.A. y Otros contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña B.M.A., doña M.S.V.C. y doña A.I.V.E. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “R.G., S.L.”, “R., S.A.”, FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y don J.A.A.V. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 463/01, 464/01, 448/01 y 484/01 acumulados sentencia con fecha siete de noviembre 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.- Que las actoras, doña B.M.A., doña M.S.V.C. y doña I.V.E., vinieron prestando sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa “J.A.A.V.”, con domicilio social en la c/... de Santiago de Compostela, dedicada a la actividad de reparto de correspondencia, en virtud de contratos, respectivamente: la primera, contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido de fecha 1 de abril de 2000, siendo la jornada de trabajo a tiempo parcial de 20 horas semanales, de lunes a viernes, a razón de 4 horas al día con la categoría profesional de clasificador-repartidor, debiendo de cobrar un salario mensual de cincuenta y cinco mil ciento treinta y nueve pesetas (55.139 ptas.), incluido prorrateo de pagas extras. La segunda, por contrato de duración determinada a tiempo parcial de fecha 11 de septiembre de 2000 y según nóminas, con antigüedad de fecha 8 de septiembre de 2000, con la categoría profesional de clasificador-repartidor, en jornada de 6 horas diarias, de lunes a viernes, y debiendo cobrar un salario mensual de setenta y ocho mil ochocientos treinta y dos pesetas (78.832 ptas.), incluido prorrateo de pagas extras. La tercera, por contrato temporal a tiempo parcial de fecha 15 de diciembre de 2000, con la categoría profesional de clasificador-repartidor, jornada de 4 horas diarias y debiendo de cobrar por ello un salario mensual de cincuenta y cinco mil ciento treinta y nueve pesetas (55.139 ptas.), incluido prorrateo de pagas extras. Siendo de aplicación el Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Reparto Domiciliario./ Segundo.- Que las demandas, doña B.M.A. y doña M.S.V.C., recibieron de fecha 12 de junio de 2001, carta de despido de fecha y con efectos desde el 11 de junio de 2001, cuyo texto literal es el siguiente:

“ Estimada empleada: De conformidad con cuanto previenen los artículos 54 y 55 del real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo que aprueba el Estatuto de los Trabajadores, se le notifica que la empresa ha tomado la decisión de proceder a su despido, basado en el incumplimiento grave y culpable en el que ha incurrido por su parte, según los hechos que a continuación se consignan: Desde hace un tiempo la directiva de esta empresa ha notado una disminución continuada y voluntaria en su rendimiento en el trabajo pactado, siendo ésta una causa de descontento en la clientela habitual de nuestra empresa aya que el correo y la paquetería no les llega a tiempo, lo que hace que se vean seriamente perjudicados en el desarrollo de sus actividades. Este hecho supone una transgresión de la

buena fe contractual y constituye un abuso de confianza en el desempeño del trabajo, lo que influye de manera muy negativa en la atención a la clientela habitual de la empresa y en el ambiente con los demás compañeros de trabajo. El incumplimiento grave contractual que se ha señalado de lugar a la extinción del contrato de trabajo y, consecuentemente, al despido disciplinario, a tenor de lo dispuesto en el artículo 54 del texto legal anteriormente invocado. En consecuencia con lo expuesto, debe considerarse totalmente extinguido y resuelto el contrato laboral que le unía con esta empresa a partir del día de la fecha. Es cuanto se le participa para su conocimiento y efectos Fdo: J.A.A.V.”. haciendo constar al pie de las mismas, su no conformidad, por parte de las actoras./ Tercero.- Que la codemandante, doña A.I.V.E., recibió en fecha 29 de mayo de 2001, escrito de preaviso de finalización de contrato, cuyo texto literal es el siguiente: “ Por el presente se le comunica que el próximo 14 de junio de 2001, finalizará la vigencia de contrato de trabajo formalizado entre usted y la empresa, por lo que en dicha fecha quedará extinguida la relación laboral existente entre ambas partes.”/ Cuarto.- Que obran en autos dos sentencias de fecha 22 de agosto de 2001, dictadas por el Juzgado de lo Social número dos de Santiago de Compostela, autos número 476/2001 y 477/2001 en las que se resuelven los procedimientos de despido de don S.S. y doña M.A.A.G., respectivamente, compañeros de las demandantes y con la misma categoría profesional de repartidores-clasificadores, según demandas presentadas en el Juzgado de lo Social el 7 de julio de 2001, al igual que las aquí demandantes, por la misma causa de despido y la misma fecha de despido, de 11 de junio de 2001 y contra las mismas empresas demandadas, en cuyos fallos se declaran los despidos improcedentes y se condena a las tres empresas demandadas (al constituir un grupo empresarial) solidariamente con las consecuencias del despido improcedente establecidas en el artículo 56 del Estatuto de los trabajadores./ Quinto.- Que las actoras no ostentan ni han ostentado, en el año anterior, la condición de Delegado de Personal ni Sindical ni han sido miembros del Comité de Empresa./ Sexto.- Que en fecha 3 de julio de 2001, se celebraron los preceptivos actos de conciliación de las demandantes doña B.M.A., doña M.S.V.C. y doña I.V.E., frente a la empresa demandada “J.A.A.V.” (“G.”), habiendo sido resuelto por “ intentado sin efecto”. Que en fecha 12 de julio de 2001, se celebró el preceptivo acto de conciliación por las demandantes y otros, llaman-

do a dicho acto a las codemandadas “R.G., S.A” y “R., S.A”, que habiendo sido citadas en legal forma no comparecen, deviniendo “ sin efecto dicho acto”./ Séptimo.- Que en fecha 8 de agosto de 2001 se remite, de oficio, cédula de citación a juicio al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) a los efectos del artículo 23.1.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.”

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

“FALLO: Que desestimando la excepción de legitimación pasiva alegada por la codemandada “R., S.A”, debo de estimar las demandas de despido interpuestas por las actoras, doña B.M.A., doña M.S.V.C. y doña A.I.V.E., contras las empresas demandadas, “J.A.A.V.” (“G.”), “R.G., S.L” y “R., S.A”, debo declarar y declaro la improcedencia de los despidos de las actoras, condenando a las empresas demandadas a estar y pasar por esta declaración y a que opten en el término de cinco días a contar desde el siguiente a la notificación de esta sentencia, entre readmitir a las actoras en sus puestos de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenían antes del despido y a abonarles, a las actoras, solidariamente, a doña B.M.A. la entidad de noventa y seis mil cuatrocientas noventa y tres pesetas (96.493 ptas.); a doña M.S.V.C., la cantidad de ochenta y ocho mil seiscientos ochenta y seis pesetas.(88.686 ptas.); a doña A.I.V.E., la cantidad de cuarenta y una mil trescientas cincuenta y cuatro pesetas (41.354 ptas.), en concepto de indemnizaciones por despido, por 45 días por años de servicios prestados y a que se les abonen, en todo caso los salarios de tramitación dejados de percibir y devengados hasta el día de esta fecha, correspondiéndole a doña B.M.M., la cantidad de doscientas treinta y tres mil cuatrocientas veintiséis pesetas (233.426 ptas.), deduciéndose, en su caso, las cantidades percibidas en dicho período por prestación de desempleo; a doña M.S.V.C., la cantidad de setenta y ocho mil ochocientos treinta y dos pesetas (78.832 ptas.) hasta la fecha del 10 de julio de 2001, en que comenzó a prestar sus servicios a otra empresa; a doña A.I.V.E., la cantidad de ciento cincuenta y dos mil cuatrocientas setenta y una pesetas (152.471 ptas.) hasta la fecha del 7 de septiembre de 2001, en que comenzó la trabajar en otra empresa. La actora, doña B.M.A. percibirá además el haber diario de mil ochocientos treinta y ocho pesetas (1.838 ptas.) hasta la fecha de notificación

de la sentencia. Sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria legal que pudiera recaer sobre el Fondo de garantía Salarial, citado el presente procedimiento de oficio.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se recurre por los trabajadores la sentencia de instancia que declaró la improcedencia de los despidos de que habían sido objeto con exclusivo apartado que destina al examen del Derecho y en que se denuncia la infracción del art. 56.1.b ET, interpretado por la STS 2.junio.92.

1.- La cuestión suscitada en este trámite es bien simple: en el acto de juicio, la representación de FGS alegó y acreditó documentalmente –informes oficiales– que dos de las despedidas han prestado servicios para otra empresa desde determinada fecha posterior al despido (30.junio.01 la Sra. V.; 7.septiembre.01 la Sra V.) y que otra ha percibido prestaciones por desempleo, en periodo que el Magistrado no declara probado. Y la decisión de instancia –sin hacer constar las cantidades percibidas– proclama que de los salarios de tramitación de la Sra. M., han de deducirse «las cantidades percibidas en dicho periodo por prestación por desempleo» y a la par los excluye para la Sra. V. desde el 10.julio.2001 y para la Sra. V. desde el 7.septiembre.2001.

2.- Se ha de aceptar en parte la censura normativa, pues tal como tenemos indicado en precedentes ocasiones (así, STSJ Galicia 4.marzo.99 R. 100/99) la doctrina unificada ha señalado reiteradamente –SSTS 13.mayo.1991 Ar. 3.907, 2.diciembre.1992 Ar. 10.050 y 19.mayo.1994 Ar. 4.284– que la figura de los 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 él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustentación del proceso correspondiente; por ello, si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha

existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento.

Ahora bien, la misma doctrina jurisprudencial es categórica cuando señala que es carga procesal del empresario acreditar los emolumentos percibidos en otro empleo durante el periodo en que corresponden salarios de tramitación, pero que la falta de concreta prueba sobre tal extremo, probado el trabajo, ha de llevar a deducir –muy contrariamente a lo que el recurso afirma– el SMI (SSTS 31.enero.1996 Ar. 490 y 2.junio.1992 Ar. 4.511).Y ello es así –sostiene tal doctrina– porque en los supuestos normales de prestación de trabajo la retribución no puede ser inferior al del salario mínimo interprofesional en virtud de las normas imperativas de carácter general. Por ello, si se prueba por el empresario la prestación de trabajo en un período coincidente con el cubierto por los salarios de tramitación, surge la presunción de que al menos se ha percibido el salario mínimo interprofesional y frente a esta presunción, que establece una percepción mínima a efectos de la aplicación del descuento, es el trabajador el que debe probar la existencia de circunstancias que han determinado el abono de una retribución menor. Esta conclusión se refuerza si se tienen en cuenta las orientaciones que la jurisprudencia reciente establece, aunque con las necesarias cautelas, sobre el desplazamiento de la carga de la prueba como consecuencia de la facilidad de acceso a ésta por las partes.

3.- Por lo que se refiere a las prestaciones por desempleo la solución que se impone es la contraria, de no ser factible efectuar deducción alguna por tal concepto, pues si bien no es dudosa –ciertamente– la incompatibilidad de tales percepciones con los salarios de trámite, como evidencian su respectivo concepto y finalidad (STSJ Galicia 8.febrero.01 R. 5.334/00), no siendo lógico que el trabajador perciba al mismo tiempo salarios de tramitación y rentas sociales de desempleo destinadas precisamente a suplir la carencia de las rentas salariales (SSTS 10.marzo.1998 Ar. 2.380 y 24.marzo.1998 Ar. 3.007), tampoco cabe olvidar: (a) que el único supuesto de exclusión de los salarios por percepción de prestaciones va referido a los de substanciación y parte de una opción previa al recurso –por la Empresa o el representante de los trabajadores– en favor de la indemnización (arts. 111.1.b y 112.1.b LPL); (b) que para los salarios de tramitación propiamente dichos el legislador nada resuelve de forma expresa, lo que fácilmente se compren-

de si se atiende a la consideración de que si se acude a la vía judicial cuestionando la procedencia del despido, tratándose de despido procedente la situación de desempleo requiere sentencia (art. 208.1.c LGSS), y si el despido fuese improcedente la resolución judicial tiene por jurídicamente ineficaz la extinción del vínculo acordada por el empresario y ex lege se acuerda la restauración de la relación laboral, a todo los efectos de Seguridad Social y remuneratorios, por lo que no cabe hablar de situación de desempleo; y (c) que esa incompatibilidad –salarios/prestaciones– no puede beneficiar al empresario, sino que en todo caso ha de hacerse valer por la EG –a quien razonablemente ha de comunicarse la resolución recaída–, siendo de resaltar que el disfrute de prestaciones por el trabajador –siquiera indebidamente simultáneos con los salarios de trámite– comporta la minoración de sus futuros derechos prestacionales. Por todo ello,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso formulado, revocamos parcialmente la sentencia que con fecha 7.noviembre.2001 ha sido dictada en autos tramitados con el nº 463/01 por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Santiago de Compostela y declaramos que de las trabajadoras despedidas tienen derecho a percibir salarios de tramitación desde la fecha de su despido –11.junio.2001– y hasta la fecha de notificación de la sentencia de instancia, si bien de ellos habrá de deducirse el importe del salario mínimo interprofesional desde el 30.junio.01 el caso de la Sra. V. y desde el 7.septiembre.01 en el supuesto de la Sra. V., manteniendo los restantes pronunciamientos de la resolución dictada en contra de «J.A.A.V.» («G.»), «R.G.», «S.L.» y «R.», «S.A.».

3404 Recurso nº 2.343/02

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE HORARIO. NULO. INOBSERVANCIA DOS REQUE- RIMENTOS LEGAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don J. Fernando Lousada Arochena.

A Coruña, a siete de junio de dos mil dos.

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. 2.343/02 interpuesto por don L.L.A., como Presidente del Comité de Empresa de la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria 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 don L.L.A. como Presidente del Comité de Empresa de la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria en reclamación de Conflicto colectivo siendo demandado la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 123/02 sentencia con fecha trece de marzo de dos mil dos por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

“Primero.- Por la Dirección del Centro de Investigaciones Agrarias de Mabegondo (C.I.A.M) se estableció, para el año 2002, el siguiente calendario laboral, firmado el 08.01.02: Todo el personal (excepto leche y Guardias de ganadería) de lunes a viernes, 7,45 a 13,00 y de 18,00 a 20,30. Guardias de ganadería: sábados, domingos y días santos, 8,00 a 13,00 y de 18,00 a 20,30. Otros días, 7,45 a 15,15. Dicho calendario laboral fue expuesto en el tablón de anuncios el 24.01.02./ Segundo.- Previamente a la elaboración del referido calendario el Comité de Empresa, por escrito de 23.10.01, con entrada en el organismo demandado el 07.11.01, solicitó reunión al objeto de tratar sobre el mismo, celebrándose reunión el mismo día 07.11.01 en la cual el Sr. Director del C.I.A.M. expuso su intención de modificar el calendario laboral que regía en el año 2001, siendo requerido el Comité de Empresa para que expusiera su postura, no aceptándose por parte del Comité las referidas modificaciones./ Tercero.- El calendario laboral que regía en el año 2001 en el C.I.A.M. era el siguiente: todo el personal (excepto leche y guardias de ganadería) de lunes a viernes, 7,45

a 15,15; personal de rebaños de leche de lunes a viernes, 8,00 a 13,00 y de 15,45 a 18,15; guardias de ganadería: sábados, domingos y días santos, 8,00 a 13,00 y de 15,45 a 18,15; otros días, 7,45 a 15,15. el referido calendario fue aprobado sin la audiencia de los representantes de los trabajadores./ Cuarto.- El Presidente del Comité de Empresa del C.I.A.M., en nombre y representación de dicho Comité, interpone demanda a fin de que se deje sin efecto el calendario laboral del año 2002 por incumplimiento del deber de audiencia de dicho Comité y por incumplir el art. 18.1 y 18.2 del Convenio, el cual establece lo siguiente: art. 18.a) como regla general, la jornada de presencia y trabajo efectivo será de 37 horas y 30 minutos semanales, de lunes a viernes, en todos los centros de trabajo de la Xunta de Galicia, de forma continuada en términos generales en turnos de mañana, tarde o noche, excepto en aquellos centros en que, por la naturaleza de sus funciones, se haga necesaria la jornada partida; la jornada máxima anual será de 1.665. no tendrán naturaleza de horas extraordinarias aquellas que, excediendo de las 37,30 horas semanales, no superen las 1.665 horas anuales. b) la dirección de cada centro, después de la autorización de la Consellería de la que depende, y los representantes de los trabajadores podrán negociar un horario o una jornada distinta a la expresada en el apartado anterior cuando, por sus peculiaridades específicas, así se considere necesario, respetándose, en todo caso, la capacidad organizadora que le corresponda a la Xunta de Galicia”.

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

“Fallo: que, desestimando la demanda interpuesta por el Comité de Empresa de la Delegación Provincial de la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria contra la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria debo absolver y absuelvo a la entidad demandada de los pedidos 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La parte demandante, venida en instancia, anuncia recurso de Suplica-

ción y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se pretenden las siguientes modificaciones fácticas:

1ª. En el Hecho Probado Primero, el añadido de dos párrafos, un párrafo para especificar que *“en las Relaciones de Puestos de Trabajo de la Xunta de Galicia se establece en las observaciones cuando la jornada es especial o partida”*, y que, *“conforme al DOGA 188/2000, de 27.9, en el Centro de Investigaciones Agrarias de Mabegondo no consta ni jornada especial ni partida”*, y otro párrafo para especificar que *“no consta que la Dirección del Centro fuera autorizada por la Consellería para negociar una jornada distinta”*. tales añadidos merecen distinta suerte. (1) El del primer párrafo puede admitirse –al margen de cual sea su trascendencia jurídica– en cuanto afirma que, *“conforme al dogo 188/2000, de 27.9, en el Centro de investigaciones Agrarias de Mabegondo no consta ni jornada especial ni partida”*, pero no en cuanto al resto, ya que, de la prueba documental sustento del añadido –diversos boletines oficiales autonómicos–, sólo se deduce que, con relación a determinados puestos de trabajo, se recogen observaciones sobre la jornada de trabajo, no que, en la totalidad de los puestos de trabajo con especialidades en la jornada de trabajo, éstas se recojan en la Relación de Puestos de Trabajo. (2) El del segundo párrafo es un hecho negativo, de donde resulta innecesario recogerlo a los efectos de considerar ausente la autorización.

2ª. En el Hecho Probado Segundo, una alteración para que, donde dice “no aceptándose por parte del Comité las referidas modificaciones”, pase a decir *“no aceptándose la negociación, exponiendo el Comité que se ajuste el calendario laboral a lo estipulado en el artículo 18 del vigente Convenio”*. Pero la alteración no puede admitirse, al sustentarse en un documento presentado, con posterioridad a la reunión con la dirección del centro, por el Presidente del Comité de Empresa, donde, exclusivamente, se recoge su versión subjetiva de lo ocurrido en esa reunión con la Dirección del Centro.

3ª. En el Hecho Probado Segundo, el añadido de un párrafo para especificar que *“a 18.12.2001 tuvo entrada en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña*

denuncia presentada por el Presidente del Comité de Empresa contra el CIAM por incumplimiento del artículo 18.b) en relación con la letra a) del Convenio vigente, entre otras denuncias”, pretensión acogible –al margen de cual sea su trascendencia jurídica–, al sustentarse en documento hábil a efectos revisores, cual es la copia de la denuncia debidamente sellada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

4ª. En el Hecho Probado Tercero, el añadido de un párrafo para especificar que, *“asimismo, se presentó a 08.02.2001 en la inspección de trabajo de A Coruña denuncia sobre la elaboración unilateral del calendario laboral para el año 2001 por parte del CIAM, solicitándose intervención de la inspección, la cual requirió al Centro con el fin de que se diera audiencia previa a los trabajadores”*, pretensión acogible –al margen de cual sea su trascendencia jurídica–, al sustentarse en documento hábil a efectos revisores, cual es la copia de la denuncia debidamente sellada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el informe emitido por ésta en contestación, en el cual –y éste sí es un dato muy destacable–, se dice haber requerido a la empresa *“para que en la elaboración del calendario laboral dé él tramite de audiencia previa a los representantes de los trabajadores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.6 ET y la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales”*.

SEGUNDO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia, en un único motivo jurídico, la inaplicación de los artículos 28.1 y 37.1 de nuestra Constitución y del artículo 18.b) del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, en relación con los artículos 34, 89 y 95 del Estatuto de los Trabajadores, citando, además, diversas sentencias del Tribunal Constitucional. La parte demandada, ahora recurrida, se opone a todas las denuncias jurídicas.

TERCERO.- De entrada, se debe señalar la ausencia de relevancia constitucional de la cuestión litigiosa, ya que, como se deduce de las mismas sentencias citadas en la formalización del recurso de suplicación –y se deduce, además, de los párrafos transcritos en dicha formalización–, la vulneración de los derechos de información, audiencia, consulta y negociación de los representantes de los representantes de los trabajadores sólo afecta

al derecho de libertad sindical si dichos representantes son sindicales –SSTCo 187/1987, de 24 de noviembre, 108/1989, de 8 de junio, 184/1991, de 30 de septiembre, 105/1992, de 1 de julio, 208/1993, de 28 de junio, 74/1996, de 30 de abril, y 107/2000, de 5 de mayo-, no si, como es el caso de autos, son unitarios.

CUARTO.- Situada la cuestión litigiosa en el plano de la legalidad ordinaria, su adecuado análisis exige determinar, ante todo, si nos encontramos ante un tema de calendario laboral o de horario de trabajo. Si es un tema de calendario laboral, la empleadora pública deberá cumplir lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre, donde se dice que, *“sin perjuicio de las competencias reconocidas a los representantes de los trabajadores en materia de jornada en el Estatuto de los Trabajadores y en el presente Real Decreto, éstos tendrán derecho a .. ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores”*. Si es un tema de horario de trabajo, la empleadora pública queda sujeta a las más amplias exigencias establecidas en el artículo 34 y, si mediase acumulativamente una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio, en todo caso, de las establecidas de la norma colectiva aplicable –vg. el III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia-.

QUINTO.- Pues bien, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social requirió a la empleadora el cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre, esto es, la consulta de la representación legal de los trabajadores e informe previos a la elaboración del calendario laboral. Nada de esto es lo discutido en el caso de autos. El incumplimiento imputado a la empleadora en la demanda es la ausencia de negociación, sustentada en lo dispuesto en el artículo 18.b) del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia. Por ello, y como se avanzó al hablar de las revisiones fácticas, los añadidos admitidos a los Hechos Probados Segundo y Tercero –motivos fácticos tercero y cuarto- resultan ser absolutamente irrelevantes al momento del análisis jurídico: no estamos ante un tema de calendario laboral, sino ante uno de horario de trabajo.

SEXTO.- Tratándose, en consecuencia, de un tema de horario de trabajo, el siguiente paso argumentativo es delimitar si entra en juego sólo el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, al no mediar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o, además, el artículo 41, al mediar dicha modificación. A juicio de la sala, sí existe esa modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en atención a la importante modificación del horario en la jornada vespertina, que, de 15,45 a 18,15 horas, incluso sábados, domingos y festivos –Hecho Probado Tercero-, ha pasado a ser de 18,00 a 20,30 horas, incluso sábados, domingos y festivos –Hecho Probado Primero-. La circunstancia de haber realizado dicha modificación a través del calendario laboral no trasmuta la naturaleza de la cuestión litigiosa: sigue siendo un tema de horario de trabajo. Por lo tanto, la empleadora debe cumplir lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18.a) y b) del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia.

SÉPTIMO.- Conviene recordar, antes de seguir adelante, lo dispuesto en el artículo 18.a) y b) del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, donde literalmente se establece lo siguiente:

“a) Como regra xeral, a xornada de presenza e traballo efectivo será de 37 horas e 30 minutos semanais, de luns a venres, en tódolos centros de traballo da Xunta de Galicia, de forma continuada en termos xerais en quendas de mañá, tarde ou noite, agás naqueles centros en que, pola natureza das súas funcións, se faga necesaria a xornada partida; a xornada máxima anual será de 1665 horas. Non terán natureza de horas extraordinarias aquelas que, excedendo das 37,30 horas semanais, non superen as 1,665 horas anuais”.

“b) A dirección de cada centro, logo de autorización da consellería da que depende, e os representantes dos traballadores poderá negociar un horario ou unha xornada distinta á expresada no apartado anterior cando, polas súas peculiaridades específicas, así se considere necesario, respectándose, en todo caso, a capacidade organizadora que lle corresponde á Xunta de Galicia”.

OCTAVO.- El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores –norma inexplicablemente no denunciada como infringida-, contempla

tres mecanismos de modificación sustancial del horario de trabajo: (1) cuando no se altere lo regulado en Convenio colectivo y sea de carácter individual, se establece, aparte de los requisitos generales aplicables a toda modificación sustancial, –apartado primero–, la necesidad de notificación previa a su efectividad –apartado tercero–; (2) cuando no se altere lo regulado en Convenio colectivo y sea de carácter colectivo, se establece, aparte de los requisitos generales aplicables a toda modificación sustancial, –apartado primero–, un periodo de consultas previo a la decisión empresarial –apartado cuarto–; y (3) cuando dicha modificación colectiva del horario de trabajo sí altere lo regulado en Convenio colectivo, la única posibilidad de modificación es el acuerdo con los representantes de los trabajadores –apartado segundo, tercer párrafo, inciso final–. No se ha seguido, en el caso de autos, ninguno de los cauces legales establecidos, introduciendo la modificación sustancial del horario de trabajo a través del calendario laboral, eso sí con previa consulta de los representantes de los trabajadores en los términos del requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –los cuales, como se ha razonado, se refieren a la diferente cuestión del calendario laboral, de donde, se vuelve de nuevo a insistir, son indiferentes al litigio de autos–.

NOVENO.- Habiéndose apreciado el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, dicho incumplimiento acarrea el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18.b) del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia –esta norma sí denunciada como infringida–, ya que, como estamos ante una jornada distinta a la ordinaria establecida en la letra a) del artículo 18 del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia –al abarcar sábados, domingos y festivos–, se aplica lo dispuesto en la letra b) de dicho artículo, de donde se necesita una negociación para su establecimiento –no un intento de negociación, sino una solución negociada, determinando la ausencia de un acuerdo el mantenimiento de la jornada ordinaria establecida en la letra a) de dicho artículo, mecanismo semejante al establecido en el artículo 41.2.3 in fine del Estatuto de los Trabajadores para el descuelgue colectivo en materia de horario de trabajo respecto a un Convenio colectivo estatutario–, sin perjuicio de que, una vez establecida, se pueda modificar a través de

los procedimientos legales y convencionales correspondientes –artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores–.

DÉCIMO.- Resumiendo, el recurso debe ser estimado, la sentencia revocada y la demanda estimada, sin perjuicio de las facultades empresariales de modificación del horario de trabajo a través del cauce legal y convencionalmente previsto, pero nunca a través del establecimiento del calendario laboral.

Fallamos

Estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don L.L.A., en su calidad de Presidente del Comité de Empresa de la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria, contra la sentencia de 13 de marzo de 2002 del Juzgado de lo Social número 2 de A Coruña, dictada en juicio seguido a instancia de la recurrente contra la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria, la Sala la revoca íntegramente, y, estimando totalmente la demanda rectora, declaramos la nulidad del horario de trabajo establecido en el calendario laboral correspondiente al año 2002, del Centro de Investigaciones Agrarias de Mabegondo, manteniéndose la vigencia del horario de trabajo establecido en el calendario laboral correspondiente al año 2001.

3405 Recurso número: 10.187/1997

S.CA. INFRACCIÓNS E SANCIÓN. OBS-
TRUCCIÓN Ó LABOR INSPECTOR.
PRESUNCIÓN DE CERTEZA DAS
ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABA-
LLO. ALCANCE. EXISTENCIA DE
INFRACCIÓN POR NON IDENTIFI-
CACIÓN DUNHA PERSOA QUE ESTA-
BA NO CENTRO DE TRABALLO.

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

En la Ciudad de A Coruña, siete de
junio de dos mil dos.

En nombre del Rey

La Sala de lo Contencioso-Administra-
tivo del Tribunal Superior de Justicia
de Galicia (Sección Tercera) ha pro-
nunciado la

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 10.187/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.S.F., con D.N.I... domiciliado en B. (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don J.M.B-O.F., contra Resolución de 15.10.97 desestimatoria de recurso ordinario sobre acta de infracción núm. 957/96 requerimiento de pago y expediente núm. 341/96. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 3.006 euros.

Antecedentes de hecho

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

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 28 de mayo de 2002, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna a través del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña, por la que se sancionara al demandante con multa de 500.100 ptas., por obstrucción a la labor inspectora (art. 49.3.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

El demandante opone dos motivos de impugnación: a) falta de tipicidad de los hechos imputados, habiéndose incurrido en una enervación de la santidad del derecho a la presunción de inocencia: b) inacción o parali-

zación en el curso del procedimiento sancionador, que lo hace incurso en caducidad; c) falta de prueba de la culpabilidad del empresario suficiente a destruir la presunción de inocencia.

II.- Por lo que se refiere al primero de los motivos que vamos a analizar conjuntamente con el tercero, dada la interrelación de ambos, aduce el demandante que de los términos del acta levantada por el Controlador actuante se desprendería que la pretendida “negativa a identificarse”, se produjo inicialmente por parte de la persona a la que se dirigía el funcionario dentro del local social, el Sr. F.G.P., que no era sino un cliente de la empresa sin obligaciones por tanto para con el servidor público. Que ese instante sólo se encontraban en la sede, un trabajador de la empresa, el Sr. C. perfectamente identificado como tal, y el referido cliente, amigo del Sr. C. Que en el momento en que se pone en conocimiento del empresario y a la par responsable de la empresa, el aquí demandante, la presencia del Controlador, aquél hace todo lo posible para desvelar al funcionario la identidad de aquella persona, expresándose en el acta que el Sr. S.F., el demandante, “le ordena identificarse...”. Una prueba más de la buena fe en la actuación del empresario, es que desde el mismo instante en que tiene constancia cumplida de los requerimientos del Controlador, no hace sino poner a su disposición todos los medios a su alcance para que éste pueda desplegar rectamente su labor, por lo que no concurría el requisito de la obstrucción por el empresario a la tarea de supervisión que se llevaba a cabo, no sufriendo menoscabo alguno por entorpecimiento o dilación la función inspectora. Es más, se pusiera a disposición del Controlador la documentación social acreditativa de las altas en la Seguridad Social y adscripción a la plantilla laboral, y posteriormente se realizaron las gestiones pertinentes ante los órganos del Ayuntamiento, para dejar constancia fehaciente de la absoluta falta de vinculación del referido Sr. G.P. a la empresa.

A efectos de un adecuado análisis del motivo expuesto, se hace preciso una reproducción del acta de infracción, limitada a los cargos fácticos que contiene.

En el acta se expresa que en visita girada al centro de trabajo comprueba que “hay dos personas varones realizando actividad en unos marcos metálicos sobre una mesa, una de las personas se identifica y resulta ser trabajador de la empresa, “A.C.R...” la

otra persona se niega en principio a identificarse y dice que va a llamar por teléfono al encargado lo cual hace delante del Controlador Laboral actuante, y dice que aquél le ordena identificarse y que viene al centro de trabajo. La persona en cuestión dice llamarse F.J.G.P. y que vive en B., pero no muestra su DNI. Ya en el centro de trabajo el encargado de la empresa don M.S.F., con D.N.I... tampoco identifica a la persona de referencia. Posteriormente se examina el Libro de Matrícula y el último Boletín de Cotización, por lo que se comprueba que M.S.F. y A.C.R. pertenecen a la plantilla de la empresa y están dados de alta y cotizando a la Seguridad Social. En gestiones realizadas en el Ayuntamiento de B., manifiestan los funcionarios del centro que no figura nadie que se llame F.J.G.P.”.

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

Analizando el contenido del acta, es de apreciar que la persona inidentificada, fue sorprendida por el Controlador laboral en el momento de la visita realizando una actividad coincidente con la que es propia de la empresa en compañía de otro trabajador, con lo que se desvirtúan las razones dadas por el demandante para explicar la presencia de aquella persona en el centro de trabajo, desde que era un mero cliente, hasta que era un amigo del otro trabajador hallándose allí circunstancialmente, esto es, tal circunstancia, por su fuerte carácter indiciario, descarta cualquier explicación o justificación de la presencia de dicha persona en el centro de trabajo que no lo sea por razón de prestación laboral, lo que, a su vez, permite inferir que la identificación de

dicha persona no podía ser ajena al responsable de la empresa, el aquí demandante, quien, en contra de lo que sostiene en el escrito de demanda, no proporcionó al Controlador laboral la identificación de dicho trabajador, consintiendo la dación de una identificación no real, como pudo comprobar aquel funcionario en gestiones posteriores ante el propio Ayuntamiento de B..

En consecuencia, describiéndose la infracción imputada como “...la negativa a identificarse o a identificar o dar razón de su presencia sobre personas que se encuentren en dicho centro realizando cualquier actividad”, referida, en todo caso, al empresario, sus representantes o personas de su ámbito organizativo, coinciden plenamente los elementos que definen la conducta observada por el demandante con los presupuestos de tipicidad que define el tipo infraccional de referencia, conducta que, sin duda, fue en detrimento de la función inspectora, provocando su enervación o entorpecimiento, resultando no subsanado por la circunstancia de que hubiera facilitado al Controlador laboral el Libro de Matrícula y los documentos de cotización, pues tal información de facilitación obligatoria e inexcusable, no remediaba por ser la inidentificación de aquel trabajador, objetivo a que venía compelido aquel funcionario en orden a la efectividad de la actuación inspectora, que al fin se vio burlada por tal malicioso y astuto proceder, sin que sea de apreciar la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ni resentido el principio de culpabilidad, pues existió actividad de comprobación por parte del Controlador laboral, quien partió de evidencias y aún de indicios que por su carácter probado y plural resultan suficientes y adecuados para efectuar la imputación de tal infracción.

III.- Por lo que se refiere a la alegada caducidad, no es de estimarla, pues imputando como se imputa la inactividad al aspecto resolutivo del recurso ordinario que el demandante formulara contra la resolución sancionadora, no a la tramitación del expediente sancionador propiamente dicho, lo que ya determina la inaplicación al caso de la previsión contenida en el art. 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción anterior a la Ley 4/1999, en relación con el art. 20.6 del R. D. 1.398/1993, de 4 de agosto (Reglamento procedimiento sancionador), como tampoco la previsión del art. 43.3.b) de la misma Ley (resolución de recursos administrativos formulados

contra desestimación presunta de solicitude por transcurso de prazo), y sí la del art. 117 de la misma Ley, esto es, que transcurridos tres meses desde la interposición del recurso ordinario sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado y quedará expedita la vía procedente, remitiéndonos a este respecto a la doctrina tanto científica como jurisprudencial sobre la eficacia del silencio en sede de recurso administrativo, optando aquí el demandante por aguardar a la resolución expresa tardía del recurso ordinario.

IV.- No se aprecian méritos para un especial pronunciamiento en costas procesales (art. 131 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo formulado por M.S.F. contra Resolución de 15.10.97 desestimatoria de recurso ordinario sobre acta de infracción núm. 957/96, requerimiento de pago y expediente núm. 341/96 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES.

3406 Recurso nº 2.401/02

S.S. FRAUDE DE LEI: CESAMENTO VOLUNTARIO EN PRAZA EVENTUAL PARA A DESIGNACIÓN NOUTRA, DE ESPECIALISTA, EN PERXUICIO DE TERCEIROS.

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

A Coruña, a oito de xullo de 2002.

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 2.401/02, interpuesto por SERGAS y J.J.O.E. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Ourense.

Antecedentes de feito

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 788/01 se presentó demanda por M^aC.C.S.

en reclamación sobre DESPIDO siendo demandado el SERGAS y J.J.O.E. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiséis de diciembre de dos mil uno, por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La actora doña M.C.C.S., Médico general con diploma de puericultora, suscribió nombramiento interino con el Servicio Galego de Saúde, para prestar servicios con la categoría de Pediatra en la localidad de Ribadavia con fecha 5 de xullo de 1989, cesada en fecha 4 de maio de 1990, suscribiendo en fecha 5 de abril de 1990 nuevo contrato de interinidad para cubrir la misma plaza. SEGUNDO.- Por resolución de 29 de agosto de 2000 de la Dirección General de la División de Recursos Humanos del Servicio Galego de Saúde, se modifica la plantilla de la UAP de Ribadavia, en la que se integra la plaza de Pediatría que ocupa la demandante. Con fecha 4 de setembro de 1990, se acuerda por el Director General de Atención Primaria de Ourense su cese en aquella plaza y su nombramiento como personal estatutario interino en la plaza de pediatría con efectos del 1 de Agosto de 2000, hasta que se proceda a la cobertura reglamentaria de la plaza o se proceda a su amortización, añadiendo además como causa de cese el nombramiento de un especialista interino en pediatría, la actora venía percibiendo un salario de 466.101. ptas., incluida prorata de pagas extras. TERCERO.- D. J.O.E., médico especialista en Pediatría, ha prestado servicios como médico pediatra con nombramiento interino desde el 1 de abril de 1996 hasta el 14 de setembro de 2001 en la localidad de Ourense. En fecha 12 de setembro de 2001 presentó su renuncia a dicha plaza por motivos personales. Dicha renuncia es aceptada y se le comunica el cese con efectos del 14 de setembro de 2001, se le comunica igualmente la paralización prevista en la norma II por renuncia, pasando al final de la lista de su categoría según lo dispuesto en el pacto de selecciones temporales. (Diario Oficial de Galicia de 2 de febrero de 2000). En fecha 17 de setembro los 14 inscritos en dicha lista, todos estaban prestando servicios, excepto el actor. En dicha fecha el demandado solicita el que se le conceda la plaza de Ribadavia al no estar ocupada por un Pediatra, accediendo el Servicio Galego de Saúde a ello, medianamente nombramiento provisional de fecha 5 de outubro de 2001, previo cese de la actora.

CUARTO.- En fecha 17 de setembro de 2001 por el Servicio Galego de Saúde se remitiu a la actora comunicación del siguiente tenor literal: “vista a solicitude presentada por don J.J.O.E., médico especialista en pediatría en situación de desempleo, e de conformidade co parágrafo segundo do seu nomeamento, participámoslle que cesa na prestación de servizos o finalizar a xornada laboral do día 4 de outubro de 2001. QUINTO.- Para ocupar la plaza de Pediatría del Centro del Centro de Salud del Puente, a la que renunció don J.O.E., se acudió a las listas de médicos puericultores, ofreciéndosele a doña R.G.G. (6º puesto) que renunció por motivos de estudos, y después a doña M.D.G.J. (7º puesto) que aceptó y que suscribió el consiguiente nombramiento provisional con fecha 17 de setembro de 2001. La lista de médicos puericultores en esa fecha por orden de puntuación era la siguiente; 1. M.R.P. 11'26, 2.-B.P.MªP. 10'73, 3.-G.N.M. 10'00. 4.-C.S.C. 9'42, 5.-G.S.M.F. 6'76, 6.- G.G.R.M. 2'91, 7.- G.J.M.D. 1'76 SEXTO.- Formulada reclamación previa en fecha 27 de setembro de 2001, la actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 8 de outubro de 2001.”

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.C.S. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y don J.J.O.E., debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la actora, condenando al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE a que en el plazo de CINCO DÍAS opte entre readmitirla en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abone una indemnización de OCHO MILONES QUINIENTAS SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTAS OCHENTA Y CUATRO PESETAS (8.563.984 pts), con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente Sentencia, con absolución de la presente demanda a d. J.J.O.E..”

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

Fundamentos de derecho

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

improcedencia del despido de la actora condenando al SERGAS a que opte por readmitirla en su puesto de trabajo y en iguales condiciones que antes del despido o a que le abone una indemnización de 8.563.984 Pts con abono, en cualquier caso, de salarios de tramitación. Dicha resolución es recurrida en suplicación por el codemandado Sr. Otero Esteban y por el SERGAS. Ambos recurrentes postulan la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida, en concreto el Sr. O., solicita la revisión del ordinal segundo proponiendo el siguiente texto alternativo: “Por resolución de 29 de agosto de 2000 la Dirección General de la División de Recursos Humanos del Servicio Galego de Saúde, se modifica el cuadro de personal de la Unidad de Atención de Pediatría de Ribadavia integrándose en el nuevo modelo de atención primaria diseñado por el Decreto 200/1993, de 29 de julio, esto es, la constitución de la UNIDAD DE ATENCIÓN PRIMARIA (UAP) de pediatría de Ribadavia”. A lo que debe añadirse, que “esta modificación afecta a los puestos de trabajo del personal estatutario consistente en los siguientes: 1.- Amortización de un PUESTO DE PEDIATRA CON URGENCIA, detallado y cuantificado en el Anexo I de esta resolución”. 2.- La creación de una nueva PLAZA DE PEDIATRÍA”. “En el Anexo I de aquella resolución, también de 29 de agosto de 2000, se cesa a la actora en la plaza de pediatría que venía desempeñando interinamente desde el año 1990. A continuación se procede a su nombramiento como personal estatutario interino de la plaza de PEDIATRIA integrada en la referida UAP de Ribadavia, con efectos de 1 de agosto de 2000, hasta que se proceda a su cobertura en propiedad por cualquiera de los procedimientos legalmente previstos, o hasta que se proceda a su amortización”. (vid. Folio 59). “Teniendo en cuenta que este nombramiento es debido a la NO DISPONIBILIDAD DE ESPECIALISTA EN PEDIATRIA en la lista de contratación en el área, CESARA en la prestación de servicios, además de por las causas expresadas en el apartado anterior, en el momento en que se produzca la selección de un ESPECIALISTA EN PEDIATRIA”. Esta segunda revisión se justifica en el contenido del folio núm. 59 de la causa.”

No hay inconveniente en admitir la revisión pretendida, aunque con nulos efectos prácticos por lo que a continuación se dirá.

Por parte del SERGAS se solicita la adición al ordinal segundo del siguiente párra-

fo: “dicho nombramiento de la actora es debido a la no disponibilidad de especialista en pediatría en las listas de vínculos temporales en el área de Ourense y limítrofes, y contempla como causas de cese, las expresadas anteriormente y entre ellas la selección de un especialista en pediatría, especialidad que no reúne la actora, médico general con diploma de puericultura, y que si reúne don J.J.O.E. médico especialista en pediatría, condición esta requerida para el desempeño de la plaza de pediatría de la U.A.P. de Ribadavia”. También postula la revisión del primer párrafo del hecho probado quinto de la resolución recurrida para el que ofrece el siguiente texto alternativo: “Para ocupar la plaza de pediatría del Centro de Salud del Puente, y al haberse agotado el listado de pediatras, estaban todos trabajando con nombramientos interinos en Atención Primaria o especialidades, se acude a la referida lista de médicos puericultores; había dos inscritos sin nombramiento interino, y se les ofrece la plaza, en primer lugar a doña R.G.G. (6º puesto en la lista) que renuncia por motivos de estudios, y a continuación se ofrece a doña M.D.G.J. (7º puestos) que acepta la oferta” “Todos los demás puericultores ocupaban plaza vacante por interinidad, incluida doña C.C.S., que ocupaba su plaza hasta el día 4 de octubre de 2001”

También se accede a la revisión propuesta al tener su base en la documental de los folios 59, 71 y 80 y en los folios 100 al 105).

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado ambos recurrentes denuncian la infracción del artículo 1 del RD 127/1984 de 11 de enero, así como los artículos 1.1, 1.2, 7 y 18.3 del la Ley 14/1986 del 25 de abril alegando, en síntesis, que en el caso de autos el único resultado perseguido ha sido la cobertura de una plaza de especialista en pediatría por una persona que ostente dicha especialidad y que cuando el Sr. Otero fue seleccionado para ocupar la plaza de pediatra en la unidad de atención primaria de Ribadavia, mediante nombramiento provisional y con efectos de 5 de octubre del año 2001, era el único pediatra inscrito sin nombramiento vigente, motivo por el cual fue seleccionado, y ello en base a la especialidad requerida para el desempeño de la referida plaza.

La sentencia de instancia accede a la pretensión actora porque considera fraudulenta la actuación del codemandado al renunciar, sin causa justificada, a la plaza de especialista

en pediatría que venía ocupando y solicitar al cabo de cuatro días la adjudicación de una plaza concreta y determinada, sin que el SERGAS haya rechazado dicha actuación, adjudicándole la plaza que venía ocupando la actora, cuyo cese considera indebido.

En efecto, el codemandado venía prestando servicios como médico especialista en pediatría con nombramiento interino desde el 1 de abril de 1996 en la localidad de Ourense, hasta el 12 de septiembre de 2001 en que presentó su renuncia a dicha plaza. Dicha renuncia es aceptada y se le comunica el cese con efectos de 14 de septiembre de dicho año, pasando al final de la lista de su categoría, según lo dispuesto en el pacto de selecciones temporales. El día 17 de septiembre del mismo año el codemandado solicita se le conceda la plaza de Ribadavia, ocupada por la actora, médico puericultora, accediendo el SERGAS a ello, nombrando al actor para ocupar dicha plaza, previo cese de la actora. La sentencia de instancia considera que tal proceder constituye una actuación claramente fraudulenta porque se está tratando de buscar un fin prohibido por el ordenamiento jurídico, cual es el de poder acceder a una determinada plaza sin tener en cuenta los derechos de los demás trabajadores que prestan servicios para dicho Organismo, tanto los fijos que para ello tienen que participar en un concurso de traslado, como de los temporales especialistas en pediatría a quienes no se les oferta tampoco esa posibilidad.

La Sala comparte la argumentación de la sentencia de instancia, pues sin desconocer la doctrina del Tribunal Supremo que declara la preferencia de los médicos especialistas sobre los que no lo son, basada en la necesidad de salvaguardar los intereses públicos de los beneficiarios de la prestación de servicios de salud, lo cierto es que dicha doctrina no puede ser aplicada en el supuesto enjuiciado en el que el codemandado ha cesado, sin causa justificada, en la plaza de médico pediatra interino que venía ocupando desde hace mas de cinco años, buscando de propósito la situación de desempleo para, cinco días después, solicitar la plaza ocupada por la actora que no es especialista en pediatría, sabiendo de antemano que todos los inscritos en la lista con dicha especialidad estaban en esos momentos prestando servicios, lo que hace que aunque pase al final de la lista de su categoría, por primera renuncia, al no existir en dicha lista médico especialista en pediatría, le otorgaría el puesto solicitado; y este modo de proceder a través del cual consigue un traslado

al que nunca podría acceder por su condición de médico interino, constituye un claro fraude de ley como, con evidente acierto, ha considerado el Juzgador de instancia, lo que conlleva la desestimación de los recursos de suplicación formulados y la confirmación de la resolución recurrida que declara la improcedencia del despido, con la única matización de que no cabe la opción que le otorga la sentencia de instancia, sino que la actora debe ser readmitida en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido, como señala reiterada jurisprudencia cuando se trata de contratos temporales de las Administraciones Públicas.

En consecuencia,

Fallamos

Que debemos desestimar los recursos de suplicación formulados por don J.J.O.E. y por el LETRADO DEL SERGAS, confirmando la resolución recurrida dictada por el Juzgado de lo Social nº uno de los de Ourense, el veintisiete de diciembre de dos mil uno, debiendo ser readmitida la actora en su puesto de trabajo en iguales condiciones a las que ostentaba antes de ser cesada.

3407 Recurso nº 2.291/1999

S.S. PENSIÓN DE INVALIDEZ SOVI. NECESIDADE DE QUE O CESAMEN- TO NO TRABALLO SE DEBA ÁS DOLENCIAS INVALIDANTES. INVALIDEZ ABSOLUTA: ESTIMACIÓN. APLICACIÓN DO CONVENIO BILATERAL HISPANO-ALEMÁN. DOCTRINA DAS BASES MEDIAS.

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

A Coruña, a once de junio de dos mil dos.

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 2.291/1999 interpuesto por don J.A.C. e INSS

contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 172/98 se presentó demanda por don J.A.C. en reclamación de INCAPACIDAD siendo demandado el INSS-TGSS y Empresa "R.B.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 10 de noviembre de 1998 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 demandante don J.A.C., afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, con el número..., y siendo su profesión habitual la de electricista solicitó de la Entidad Gestora demandada, en fecha 08.01.97, prestación por invalidez permanente derivada de enfermedad común; petición que fue estimada en fecha 15.09.97 al estimar que las dolencias que padece el actor le incapacitan de modo permanente para el ejercicio de su profesión habitual. Reconociéndole una prestación sobre una base reguladora de 3.024 ptas. en cuantía del 75% de dicha base, correspondiéndole a la Seguridad Social española un porcentaje de pensión del 10,93%, lo que constituye una cuantía mensual de 248 ptas. incrementada en 4.293 ptas. en concepto de mejoras.- 2º) Disconforme con la anterior resolución interpuso reclamación administrativa previa que asimismo fue desestimada por resolución de fecha 22.01.98 que confirma la decisión impugnada.- 3º) Que el demandante presenta: Hipertrofia de próstata, Cirrosis, testagia, presión sanguínea arterial elevada, adiposidad, hipercolesterolemia, alteraciones degenerativas de columna vertebral cervical, torácica y lumbar, incipiente artrosis de las articulaciones de la cadera en ambos lados, molestias en la rodilla derecha. Disnea de enfisema pulmonar.- 4º) Para el cálculo de la pensión de Invalidez del actor se han tomado como Bases de cotización las comprendidas entre los meses de junio de 1953 a mayo de 1961, dando como resultado una base reguladora de 3.024 ptas. El demandante tiene cotizados a la Seguridad Social Española de 09.06.55 a 03.11.55, 148 días. De 04.11.55 a 28.02.58, 848 días. De 05.08.59 a 05.08.59, un día. De 10.08.59 a 372/61, 544 días. Y de 14.04.61 a 13.06.61, 61 días. Tiene cotizados a la Seguridad Social Alemana de 01.06.53 a 16.09.95, 435 meses.- 5º) El actor prestó servi-

cios par ala empresa “R.B. y G.” conocida también por “R.B.A.”, entre 01.01.59 y el 31.08.59. Que el demandante estuvo en la Escuela Elemental de Trabajo de A Coruña, durante el período 15.09.1950 a 30.09.55, estando matriculado en el sistema de enseñanza diurno, realizando prácticas diarias. Prestó el servicio militar obligatorio desde el 20.02.58 al 30.07.59.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don J.A.C. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa “R.B.A.” debo declarar y declaro que el demandante se encuentra en situación constitutiva de invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual de electricista por enfermedad común, con derecho a pensión vitalicia en cuantía inicial del 75% de su base reguladora, debiendo calcularse la misma tomando en cuenta las bases medias de los últimos ocho años anteriores al hecho causante 08.01.97, correspondientes a la categoría profesional del actor, siendo dichas bases medias el resultado de promediar las bases máximas y mínimas fijadas por la Legislación española, para esa categoría, debidamente actualizadas, condenando a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de la pensión de Invalidez del demandante en la cuantía correspondiente conforme a lo anteriormente dispuesto y con las mejoras y revalorizaciones correspondientes.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En la Sentencia de instancia se señala en su parte dispositiva que estima la demanda interpuesta por el actor, declarando que el demandante se encuentra en situación de invalidez permanente en el grado de total, con derecho a pensión en cuantía inicial del 75% de su base reguladora, debiendo calcularse la misma teniendo en cuenta las bases medias de los últimos años anteriores a la fecha del hecho causante. En realidad, el fallo de dicha sentencia es equívoco, por cuanto la misma no ha estimado la demanda del actor, ni mucho menos, ya que éste planteaba como pretensión principal el reconoci-

miento de una pensión de Invalidez SOVI –que la sentencia de instancia desestima– según lo razonado en el Fundamento de Derecho Tercero. Además, al demandante ya le había sido reconocida en vía administrativa una pensión de Invalidez en el grado de Total, y lo que también postula en la demanda es el reconocimiento de una Invalidez en el grado de Absoluta, tomando como base reguladora las bases medias propias de la legislación española, debidamente actualizadas y anteriores al hecho causante; y solamente a esta última pretensión, sobre el cómputo de las bases medias, accede la sentencia recurrida, en cuyo Fundamento Primero analiza la cuestión referida al grado de Invalidez, desestimando la pretensión actora sobre Incapacidad Permanente Absoluta, con lo cual esta pretensión tampoco ha sido acogida. Dicha Sentencia es impugnada tanto por el actor, como por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

El demandante formula dos motivos de Suplicación, al objeto de que se revoque la sentencia de instancia y de que se estime su demanda, insistiendo en esta vía de recurso, en las pretensiones anteriormente apuntadas, esto es, en el reconocimiento de una pensión de Invalidez SOVI y, subsidiariamente, en que la Invalidez que tiene reconocida en el grado de Incapacidad Permanente Total, lo sea en el de Absoluta, y en la cuantía de una base reguladora calculada en función de las bases medias actualizadas correspondientes a los últimos ocho años trabajados por el interesado anteriores a la fecha del hecho causante (8 de enero de 1997). Para ello invoca al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos declarados probados y la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

Por su parte, la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, no cuestiona la declaración de hechos probados y formula un solo motivo de recurso al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, dedicado a examinar la normativa aplicada en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Pasando a analizar, primeramente, el recurso de la parte demandante, el primer motivo lo destina a la revisión de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, consta de tres apartados e interesa las modificaciones siguientes:

En primer lugar, para que se revise el hecho probado primero y se cambie la profesión del actor, de “*electricista*”, por la de “*informador electrónico*”. Modificación a la que la Sala no accede, por cuanto en ninguno de los tres documentos citados en sustento de la revisión se menciona el término “informador electrónico”. Así, en el documento que obra al folio 275 habla de “tornero cualificado”, el que obra al folio 324 está redactado en el idioma alemán y, finalmente, el del folio 327 señala “oficial profesional de primera”. Además, estos documentos aparecen contradiños por otros que obran en los autos, y que reconocen como profesión del actor la de “electricista”.

Dentro de este primer apartado, señala el recurrente que también debiera tenerse por probado lo alegado en el hecho primero de la demanda, sobre el reconocimiento de una Incapacidad Permanente Absoluta por la Seguridad Social alemana con efectos de 1º de mayo de 1995, en virtud de solicitud formulada el 5 de abril del año 1994, y la denegación por el INSS español de la solicitud de Incapacidad el día 28 de abril de 1995; pero lo cierto es que la parte recurrente no formula ninguna redacción alternativa al citado hecho probado primero, por lo que el mismo debe permanecer invariable.

Dentro de este primer motivo del recurso, y en su apartado B), se interesa la modificación del hecho probado tercero, para que quede redactado del modo siguiente: “TERCERO: Que el demandante presenta: Hipertrofia de próstata, cirrosis hepática, testalgia, prostatitis. presión sanguínea arterial elevada, adiposidad, hipercolesteremia, alteraciones degenerativas de la columna vertebral cervical, torácica y lumbar que inciden en la movilidad de mi representado, tanto en la rotación como en la inclinación de y reclinación, limitando las mismas a 1/3; incipiente artrosis de las articulaciones de la cadera en ambos lados, molestias en la rodilla derecha, disnea por enfisema pulmonar. Hipestesia en la parte exterior del muslo superior e inferior, la posición sobre pierna derecha es inestable. Dos quistes uno en cada riñón. Existencia de grandes oscilaciones en los complejos camerales en los conductos de Wilson, dolor en el metatarso, pie plegado, hundido, con los dedos en abducción. Dolencias de angina de pecho, dolores constantes de nuca y de cabeza debidos a migrañas, así como dolor inguinal en la parte izquierda con hernia conocida

en la parte izquierda, varias enfermedades de la piel como: furúnculo, Piodermia y disidrosis”.

No puede accederse a la revisión interesada, debiendo recordarse que corresponde al juzgador de instancia formar su convicción acerca de los hechos que estime probados, con extraordinaria amplitud de criterio, valorando todos los elementos de convicción aportados al proceso con arreglo a su sana crítica según dispone el artículo 97.2 de la citada Ley de Procedimiento Laboral. Y en el presente caso, la documental citada por la recurrente en sustento de la revisión ya fue valorada por el Magistrado de instancia, sin que se pueda sustituir su objetivo e imparcial criterio, por el más subjetivo y parcial y acorde con los intereses de la parte recurrente.

Finalmente, este primer motivo del recurso contiene un último apartado con el fin de revisar el hecho probado cuarto, para que se adicione al mismo el texto siguiente: “Que para el cálculo de la pensión de invalidez del actor no se han tenido en cuenta las cotizaciones por las pagas extraordinarias, a pesar de que la misma administración demandada había emitido dos informes favorables en tal sentido, uno de fecha 24 de febrero de 1995, donde se reconocían 1.602 días cotizados, más 215 más por las pagas extraordinaria que hacían un total de 1.817 días cotizados y otro de fecha 26 de marzo de 1978, donde se reconoce por la misma administración que ahora lo niega unas cotizaciones de 1.803 días, correspondiendo 201 a las cotizaciones por las pagas extraordinarias”.

La Sala no acoge la adición interesada en los términos en que se halla redactada, por cuanto pretende constatar un hecho negativo, y no se puede recoger como hecho probado lo que no se acredita. La adición interesada debiera hacerse afirmando que el actor acredita las cotizaciones que figuran en los informes de cotización que se citan en apoyo y soporte de la revisión interesada. En cualquier caso, y como luego se razonará, la adición propuesta resultaría intrascendente para alterar el signo del fallo.

TERCERO.- Pasando al examen de las infracciones jurídicas denunciadas por el actor-recurrente, se analizan, primeramente, aquellas infracciones relacionadas con la pretensión principal planteada tanto en la demanda como en el recurso, referidas a la pensión de Invalidez SOVI, por lo que se examinan las infrac-

ciones contenidas en los apartados B), C) y D) del motivo del recurso destinado a censura jurídica. En el apartado B) de este segundo motivo del recurso destinado a censura jurídica, se denuncia infracción de los artículos 1 y 3 de la Orden de 2 de febrero de 1940, así como el artículo 6 del Decreto de 4 de junio de 1959, todo ello en relación con la teoría de la compensación de culpas que se ha venido exigiendo por alguna Doctrina Jurisprudencial. A través de esta denuncia, el recurrente pretende demostrar y acreditar que tiene más de 1.800 días cotizados y que por tanto reúne la carencia precisa para lucrar la pensión de Invalidez SOVI.

En el apartado C), denuncia infracción de la Ley de 1º de septiembre de 1939, de los artículos 1 y 2 de la Orden de 6 de octubre de 1939, de los artículos 1 al 4 de la Orden de 18 de junio de 1947, del Decreto Ley de 2 de septiembre de 1955, de la Disposición Transitoria 2ª.2 de la Ley de 21 de junio de 1972, misma disposición de la LGSS de 1974; la Disposición Transitoria 7ª de la LGSS de 1994, de 20 de junio; el artículo 43 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 1998, así como los artículos 40.1 y 44 a 51 del Reglamento Comunitario 1.408/71. Se alega en este apartado del recurso, que el cese en el trabajo se ha producido como consecuencia de las dolencias invalidantes, y que para el reconocimiento de la pensión de Invalidez SOVI basta con tener 1.800 días cotizados, sin que sea necesario que las dolencias invalidantes se produzcan con anterioridad al 1º de enero de 1967, como erróneamente entiende el INSS y señala la Sentencia de instancia en el tercero de los Fundamentos.

Y en el apartado D), se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo a efectos de cobertura del período de carencia, sobre la obligación de cotizar por las pagas extraordinarias, si bien no se cita ninguna sentencia en concreto.

La censura jurídica que precede no puede ser acogida por la Sala, y el actor no puede acceder a una pensión de Invalidez SOVI, por cuanto para que proceda el reconocimiento de la misma, no basta con reunir el período carencial de 1.800 días cotizados, sino que es preciso además, que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de dolencias o enfermedades invalidantes, tal como tiene declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial. En el presente caso, no

cabe duda que el actor cumple con el requisito previsto en el artículo 7 de la O.M. de 2 de febrero de 1940, de tener 1.800 días cotizados al SOVI, no solo porque así resulta acreditado con los informes de cotización que obran en los folios 154 y 305 de los autos, sino también de la documental acompañada por el recurrente con posterioridad a la interposición del presente recurso de Suplicación, cuya unión a las actuaciones se acordó por medio de auto de fecha 7 de junio de 2002, según esta documental, la propia Entidad Gestora demandada, reconoció al aquí actor y recurrente una pensión de Vejez-SOVI y, obviamente, dicho reconocimiento no se podía haber efectuado si el actor no reuniese el requisito de carencia exigido de 1.800 días de cotizaciones.

En relación con el otro requisito, de que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de dolencias invalidantes, no se cumple por el actor; a este respecto el Tribunal Supremo tiene declarado, entre otras, en las Sentencias de 3 diciembre 1979 (RJ 1979,4.196) y 21 noviembre 1981 (RJ 1981,4.574) y más recientemente, las de 4 diciembre 1992 (RJ 1992,10.056) y 8 de febrero de 1995 (RJ 1995, 787), que la Magistrada de instancia cita en su Sentencia, que según el Decreto de 18 abril 1947, desarrollado por Orden de 18 junio 1947, *“es un requisito imprescindible para tener acceso a la prestación que las dolencias determinantes de la invalidez hayan sido la causa del cese en la actividad laboral del interesado, y es que la pensión de invalidez está necesariamente vinculada a la condición de trabajador y cuando ésta se pierde por propia decisión o por causas ajenas a la contingencia protegida, si después, una vez perdida aquella condición de trabajador, sobreviene una enfermedad invalidante, al no incidir ésta en la situación laboral efectiva de quien la padece, falta la finalidad esencial de la prestación, que es proteger al trabajador del perjuicio causado por una enfermedad que le impide continuar en su actividad productiva y percibir su salario”*.

Y en el caso de autos ocurre, que no se ha probado que el origen del cese del actor en el trabajo fuesen las secuelas apreciadas con posterioridad que determinaron la situación de Invalidez Permanente Total reconocida por el INSS en el año 1997. Sino que, tal como se señala por el actor en su demanda, en el año 1994/5, formuló solicitud de Invalidez ante el Instituto Nacional de la

Seguridad Social, estimando la Entidad Gestora española que las dolencias que presentaba no eran constitutivas de incapacidad y, sin embargo, el actor ya había cesado en el trabajo, lo que evidencia que el cese se produjo sin influencia alguna del cuadro clínico posteriormente declarado en el año 1997, como constitutivo de Invalidez. Por tanto estos tres apartados del recurso no pueden ser acogidos, y eso aún admitiendo la tesis más favorable que el actor plantea en su recurso, de que no es preciso de que las dolencias invalidantes deban ser anteriores al 1º de enero de 1967, porque ciertamente con anterioridad a esta fecha, no consta que el actor padeciese enfermedad invalidante alguna.

CUARTO.- En el mismo motivo de recurso, y en su apartado A), el actor denuncia infracción del artículo 137.1.c) y 5 de la Ley General de la Seguridad Social, señalando que las dolencias que presenta el actor, le inhabilitan para la realización de cualquier tipo de trabajo. Este apartado concreto del motivo de recurso, debe ser acogido, procediendo la declaración de Invalidez Permanente Absoluta, puesto que el actor padece: "Hipertrofia de próstata, Cirrosis, testagía. presión sanguínea arterial elevada, adiposidad, hipercolesterolemia, alteraciones degenerativas de columna vertebral cervical, torácica y lumbar, incipiente artrosis de las articulaciones de la cadera en ambos lados, molestias en la rodilla derecha. Disnea de enfisema pulmonar".

Este cuadro de padecimientos, considerados en su conjunto, supone un menoscabo funcional muy importante, no sólo para su profesión de electricista, sino para cualquiera actividad, porque, aunque no sea de un modo grave, el paciente tiene afectado todo el raquis vertebral, las caderas, presenta también una cirrosis hepática, prostatitis y, muy singularmente, el enfisema pulmonar que provoca disnea, por lo que incluso aquellas labores más livianas o que no requieran de esfuerzos físicos, no podrían ser desarrolladas por el actor con un mínimo de eficacia y profesionalidad, por tal razón el supuesto litigioso resulta legalmente incardinable en el artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que el recurso del actor debe ser estimado en este concreto particular, referido al grado de Invalidez y revocada la sentencia de instancia, pero tan solo en lo referente al grado de Invalidez, dado que la Sala comparte los argumentos que la Sentencia de instancia contiene sobre el cálculo de la base reguladora

de la pensión, referido a las bases medias de los últimos ocho años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, como a continuación se expondrá al resolver el recurso del Instituto Nacional de la Seguridad Social. El nuevo grado de Invalidez que se reconoce, al igual que el ya tenía reconocido de IPTotal, es a "prorrata" en función de las cotizaciones acreditadas en España y en Alemania.

QUINTO.- El recurso del INSS –tal como se dijo en el primer Fundamento– contiene un único motivo dedicado a censura jurídica, a través del cual denuncia infracción del Anexo VI, letra D, punto 4 del Reglamento Comunitario 1.408/71, según la redacción dada al mismo por el Reglamento 1.248/92, señalando que la base reguladora que corresponde al interesado, tal como se reconoció en vía administrativa, asciende a 3.024 ptas. mensuales.

El INSS toma como bases de cotización las remotas comprendidas entre los meses de junio de 1953 a mayo de 1961, y esta pretensión de la Entidad Gestora no puede ser acogida, porque el actor solicitaba en su demanda la aplicación de las "Bases Medias", lo que implícitamente supone que está solicitando la aplicación del Convenio de Seguridad Social Hispano-Alemán. En relación con la citada cuestión litigiosa, esta Sala tiene reiteradamente declarado que para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación (y también para la de Invalidez, que es caso que aquí nos interesa), deben tomarse en consideración los últimos ocho años trabajados y cotizados (en este caso en Alemania), y aplicar las bases medias de cotización vigentes en España para la categoría profesional del trabajador.

La aplicación de una u otra norma (el Convenio bilateral de Seguridad Social Hispano –Aleman o el Reglamento Comunitario), no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En una primera etapa, el citado Tribunal proclamó la imperatividad del Reglamento de la CEE 1408/71, en aplicación de lo dispuesto en su artículo 6.a), al declarar que los preceptos que el citado Reglamento se recogen sustituyen a cualquier Convenio de Seguridad Social que vincule a dos o más Estados miembros; y dicho precepto del Reglamento fue interpretado por el TJCE en su Sentencia de 7 de junio de 1973 (asunto "Walder") en el sentido de que "el principio de sustitución de las disposiciones de los

Convenios de Seguridad Social concluidos entre Estados miembros tiene un alcance imperativo que no admite excepciones fuera de los casos expresamente estipulados". De este modo, el citado Tribunal estableció claramente la prioridad de los Reglamentos Comunitarios sobre los Convenios bilaterales. Consecuentemente, en el cálculo de la base reguladora de las correspondientes prestaciones debía de aplicarse el artículo 47.1.e) del Reglamento, tal como había quedado redactado por el Acta de Adhesión del Reino de España (RCL 1.986, 2/05).

En una segunda etapa, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, abandona la anterior doctrina en su sentencia de 7 de febrero de 1991 (caso Rönfeldt), y viene a establecer una preferencia por la aplicación del Convenio de Seguridad Social Hispano-Alemán, por entender que era norma más favorable, no admitiendo la sustitución de los Convenio o Tratados precedentes a la integración de los Estados miembros en la Comunidad cuando éstos sean más favorables para los trabajadores, y siempre que la aplicación de los citados Convenios suponga "ventajas superiores a las que derivan de la normativa comunitaria". De este modo el Tribunal se inclina plenamente por la aplicación de la norma más favorable, con independencia de su origen y rango, proclamando que "el apartado 2 del artículo 48 y el artículo 51 del Tratado, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la pérdida de las ventajas de Seguridad Social que se derivarían para los trabajadores interesados, de la inaplicabilidad como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1.408/71, de los Convenios vigentes entre dos o más Estados miembros y que estén integrados en el Derecho nacional". Ahora bien, este vigencia excepcional de los Convenios derogados, frente al Reglamento Comunitario 1.408/71, se limita a los trabajadores que hayan ejercido su derecho de libre circulación y hayan iniciado su actividad por cuenta ajena en Alemania antes de la Entrada en vigor en España del citado Reglamento, lo que ocurrió el 1 de enero de 1986.

En el Diario Oficial de la Comunidad Europea de 30 de abril de 1992, se publicó el Reglamento 1.248/92, que entró en vigor el 1 de junio de 1992, y vino a incidir de nuevo en la cuestión que se examina, modificando el Anexo VI del Reglamento 1.408/71, incluyen-

do en la letra D, apartado 4, relativo a España las siguientes estipulaciones:

a) En aplicación del artículo 47 del Reglamento, el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española;

b) La cuantía de la pensión así calculada se incrementará con arreglo a los importes de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza.

El INSS aplicó las reglas de la indicada reforma, acudiendo a las bases remotas, entendiendo que el período computable para el cálculo de la base reguladora había de ser el de los ocho años inmediatamente anteriores al momento en que se dejó de cotizar en España.

Este criterio, como ya se dijo, no se comparte por la Sala, porque tras la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en "asunto G.R.", (que había trabajado en España hasta 1969 y, posteriormente, en Alemania hasta 1993) y que dio lugar a la Sentencia del TSJCE de 17 de diciembre de 1998 (TJE 1998, 319), la doctrina del citada Tribunal puede resumirse en dos puntos sustanciales siguientes:

1º.- El Tribunal sigue admitiendo como método de cálculo el de las bases remotas, según el cual la cuantía teórica de la prestación se actualizará y revalorizará adecuadamente como si el interesado hubiera seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en España, esto es, como si el trabajador no hubiese ejercido su derecho a la libre circulación.

2º.- El Tribunal admite la posibilidad de poder acudir al Convenio Hispano-Alemán, dado que el Sr. G. ejercía su actividad por cuenta ajena en Alemania, antes de la entrada en vigor en España el 1º de enero de 1986 del Reglamento, cuyas disposiciones sustituyeron al Convenio, salvo excepciones. En dicha Sentencia se señala que correspondería al Tribunal Supremo apreciar si la aplicación del Convenio era efectivamente más o menos favorable para el interesado.

Con posterioridad a esta Sentencia del TJCE, el Tribunal Supremo ha dictado varias Sentencias aplicando la citada doctrina, entre

otras, la de 12 de marzo de 1999 (Ar. 3.750), dictada en Sala General, la de 1º de junio de 1999 (Ar.5.061); la de 7 de junio de 1999 (Ar. 5.203), de estas Sentencias se obtienen las siguientes conclusiones:

1ª.- Si el interesado trabajó y cotizó en Alemania antes de que España ingresase en la Comunidad Europea, la prestación deberá calcularse conforme a lo establecido en el Convenio Hispano-Alemán, siempre que la aplicación del mismo resulte más favorable para los trabajadores que lo dispuesto en el Reglamento de la CEE.

2ª.- Y aplicando el criterio fijado en la Sentencia de 15 de octubre de 1993, el Tribunal Supremo interpreta el artículo 25.1.b) del Convenio citado calculando la base reguladora de la prestación sobre las bases medias de cotización vigentes en nuestro país en los últimos años en que el interesado prestó servicios en Alemania.

Así, en la Sentencia citada del Alto Tribunal dictada en Sala General, señala que “siendo lo combatido si debe aplicarse lo dispuesto en el Anexo VI D-4 del Reglamento 1.408/71 en la versión actualizada del Reglamento 1.248/92, o lo previsto en el Convenio Hispano-Alemán de ser más favorable tal y como permite la Sentencia G., un análisis comparativo de ambas normativas, a la luz de la nueva situación creada por la actualización en 1992 del Reglamento de 1971, nos lleva a la conclusión de que el Reglamento de 1992 es menos favorable para el trabajador que la del Convenio ya que éste en su artículo 25.1.b) determina: *“que cuando todo o parte del período de cotización elegido por el solicitante para el cálculo de su base reguladora de prestaciones se hubiese cumplido en la República Federal, el Organismo competente español determinará dicha base reguladora sobre las bases de cotización vigentes en España, durante dicho período o fracción, para los trabajadores de la misma categoría profesional que la persona interesada”*, expresiones que reconducen a las bases medias, mientras que si se aplicase el reglamento de 1992 y su Anexo VI.D.4, las bases a aplicar serían las mínimas o remotas.”.

Y en la sentencia de 7 de junio de 1999 (RJ 1999, Ar. 5.203), referido también a un supuesto de cálculo de la base reguladora (si bien referido a una pensión de jubilación), el Tribunal Supremo declara que “la base reguladora de la prestación de jubilación ha de

calcularse sobre las bases medias, sin que a tal efecto pueda entenderse que la modificación del Reglamento 1.408/71 por el Reglamento 1.248/92 deba conducir a solución contraria, pues no son los principios de primacía y efecto directo informante del derecho comunitario los que deciden la cuestión, sino el de norma más favorable a los intereses de los trabajadores, en virtud de lo que se viene diciendo y la de la jurisprudencia comunitaria que da prevalencia al Convenio Hispano-Alemán sobre las normas reglamentarias de la Unión Europea”.

QUINTO.- En el caso enjuiciado, se trata de un trabajador, que cotizó a la seguridad social española entre los años 1955 a junio 1961(según el hecho probado cuarto), posteriormente emigró a Alemania y trabajó por cuenta ajena en dicho país acreditando cotizaciones según el citado hecho probado cuarto (incombatido) hasta el 16 de septiembre de 1995 (435 meses). Es decir, cotizó y ejerció una actividad por cuenta ajena en Alemania antes de la integración de España en la CEE, y por tanto antes de que entrase en vigor en España el Reglamento Comunitario, lo que sucedió el 1º de enero de 1986. Consecuentemente, no es de aplicación para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación del actor el artículo 47 del Reglamento 1.408/71, con la modificación operada por el Reglamento 1.248/92, Anexo VI.D.4, tal como sostiene el INSS, sino el Convenio vigente antes de la integración, de modo que la base reguladora de la pensión del actor habrá de calcularse de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.1 del Convenio entre el Estado Español y la República Federal de Alemania sobre Seguridad Social, Convenio hecho en Bonn el 4 de diciembre de 1973, es decir, se aplican las bases de cotización vigentes en España para los trabajadores de su misma categoría durante todo el período computable que hubiese transcurrido en Alemania. Dichas bases, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de computarse, como bases medias. Y ello es así, en la medida en que resulta más favorable para el beneficiario el cálculo sobre las bases medias del período anterior al hecho causante, que las bases antiguas o remotas, aunque se actualicen y revaloricen.

Por todo cuanto se deja expuesto, procede acoger en parte el recurso del actor, desestimar el de la Entidad Gestora, con revocación en parte de la Sentencia recurrida. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación del actor don J.A.C., y desestimando el del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, interpuestos contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. CUATRO de esa Capital, de fecha 10 de noviembre de 1998, recaída en los presentes autos seguidos a instancia del actor, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y frente a la también demandada Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Incapacidad; y con revocación en parte de la misma y estimación parcial de la demanda, declaramos que el actor no reúne los requisitos para acceder a la pensión de Invalidez-SOVI, de cuya pretensión absolvemos a los demandados. Y estimando la pretensión subsidiaria planteada en la demanda, declaramos al actor en situación de Invalidez Permanente Absoluta, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión en la cuantía del 100% de una base reguladora que se calculará teniendo en cuenta las bases medias de los últimos ocho años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (8 de enero de 1997), correspondientes a la categoría profesional del actor, con las mejoras y revalorizaciones que procedan. Condenando al Instituto demandado al abono de la citada pensión a "prorrata", en función del porcentaje que corresponda por las cotizaciones efectuadas por el actor a la Seguridad Social española.

3408 Recurso nº 2.845/02

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE HORARIOS NA QUENDA DE FINS DE SEMANA. MODIFICACIÓN COLECTIVA UNILATERAL SEN FASE DE CONSULTAS: INXUSTIFICADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto.

A Coruña, catorce de junio de dos mil dos.

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. 2.845/02 interpuesto por "T.V.G., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por U.G.T. en reclamación de Conflicto colectivo siendo demandado "T.V.G., S.A." COMISIONES OBRERAS, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA y CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 75/02 sentencia con fecha tres de marzo de dos mil dos por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- que en TVG S.A. los trabajadores que prestan sus servicios como documentalistas lo vienen haciendo a turnos rotatorios de modo que rotan en tres horarios que se señalan: 1º Turno: Turno de 8 a 15 horas, de lunes a viernes: trabajan siete documentalistas y lo hacen durante cuatro semanas consecutivas./ 2º Turno: Turno de 15 a 22 horas, de lunes a viernes, trabajan dos documentalistas, una semana./ 3º Turno: Turno de 17 a 00 horas, trabaja un documentalista, una semana, de lunes a viernes./ Los otros dos documentalistas corresponde descanso./ SEGUNDO.- Que los documentalistas que realizan el Turno de 15 a 22 horas, de lunes a viernes, trabajan desde hace tres años también el fin de semana, sábado y domingo, uno de 9 a 21 horas y el otro de 10 a 22 horas y el lunes, a su elección, de 8 a 15n horas o de 15 a 22 horas./ TERCERO.- Que la jornada pactada en Convenio en Televisión de Galicia S.A. es de 35 horas semanales y los documentalistas a los que corresponde realizar fin de semana realizan una jornada de 31 horas./ CUARTO.- Que en el año 1994 la jornada de los documentalistas que hacían fines de semana era de 35 horas./ QUINTO.- Que en fecha nueve de enero de dos mil dos Televisión de Galicia S.A. emitió un correo electrónico, al que los trabajadores tuvieron acceso el veintidós de enero de dos mil dos, en el que, entre otros extremos, se establecía que, a partir de la jornada del 2 y 3 de febrero, el horario de trabajo para los documentalistas en Turno de fin de semana sería de 9 a 22 horas./ SEXTO.- Que el presen-

te Conflicto colectivo afecta a 12 documentalistas que prestan servicios en Televisión de Galicia S.A./ SÉPTIMO.- Que en fecha treinta y uno de enero de dos mil dos tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, 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 formulada por el Sindicato UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES contra “T.V.G., S.A.”, debía de declarar y declaraba injustificada la decisión empresarial de modificación de horario en el Turno de fines de semana acordada por la demandada, dejándola sin efecto y condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que reponga a los trabajadores afectados a sus anteriores condiciones de trabajo”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada “T.V.G., 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.- Por la representación letrada de la parte demandada, se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que estimando la demanda de Conflicto colectivo, declaró injustificada la decisión empresarial de modificación de horario en el Turno de fines de semana acordada por la empresa, dejándola sin efecto y condenando a esta última a estar y pasar por tal declaración, reponiendo a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones de trabajo; pretendiendo como primer motivo, y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto el ordinal 3º a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “TERCERO: Que la jornada pactada en el Convenio Colectivo de la CRTVG y sus Sociedades es de 35 horas semanales y los documentalistas a los que por Turno les corresponde realizar el fin semana realizan una jornada de 31 horas sin pacto expreso con la empresa para ello”. Modificación que se rechaza -salvo lo que ya consta acreditado-, al ampararse en prueba testifical, medio no hábil a efectos revisorios, (arts. 191.b y 194.3 de la L.P.L.). Interesa igualmente, se adicione un nuevo hecho

probado, que iría después del hecho probado 3º, con lo que sería un nuevo hecho probado 4º, del siguiente tenor literal: “CUARTO.- Que según lo pactado en la cláusula tres del contrato, de cada uno de los actores la jornada de trabajo es de 35 horas semanales, que el trabajador tiene la obligación de hacer, incluidos sábados y domingos, con el horario que le pueden señalar, entendiendo que este puede ser también en periodo nocturno o en días festivos y que el periodo de descanso podrá compensarse en cómputo bisemanal”. Adición que se rechaza, al contener valoraciones o calificaciones más propias de la fundamentación jurídica de la sentencia, que del relato fáctico de hechos probados. Interesa la modificación del ordinal cuarto de la sentencia que debería quedar redactado el tenor literal siguiente: “Que en el año 1994 y hasta el mes de marzo inclusive de 1995, la jornada de los documentalistas, que por Turno les correspondía hacer fines de semana, era de 35 horas semanales”. Modificación que se rechaza, pues, a parte de que no se aporta documento que de modo directo y evidente demuestre el error del juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones, o conjeturas, hace una nueva valoración de la prueba, ya valorada y practicada en la instancia. Interesa se adicione un nuevo hecho probado sexto, del tenor literal siguiente: “Que a partir del año 2000, se produce un incremento paulatino del trabajo, producido por el aumento de tiempos en la emisión de informativos, cambio de contenido y el incremento de las noticias enviadas por enlaces que los documentalistas han de visionar”. Adición que igualmente se rechaza, al no aportarse documento hábil para ello. Se interesa igualmente, la modificación del ordinal quinto, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “Que en fecha nueve de enero de dos mil dos, “T.V.G., S.A.” emitió un correo electrónico, al que los trabajadores accedieron el veintidós de enero de dos mil dos, en el que se establecía que, a partir de la jornada del 2 y 3 de febrero, el horario de trabajo para los documentalistas en Turno de fin de semana sería de 9 a 22 horas”. Lo que se rechaza, al ya constar en el hecho probado 5º, sin que se introduzca nada nuevo.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, y con adecuado amparo procesal, se denuncia, infracción del art. 25 párrafo 2º en relación con el art. 26.4 de la CRTVG, alegándose fundamentalmente que, no se había producido vulneración de precep-

to alguno del convenio y lo único que se había hecho es intentar que se vaya cumpliendo la jornada de 35 h. semanales establecida para todos los trabajadores de la empresa alcanzando, con la ampliación acordada las 33 h. y no las 35, sin que se haya producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ya que realmente no hay modificación del régimen de trabajo a turnos, pues no hay que olvidar que la exigencia lo es de 2 h. cada 6 semanas para dos documentalistas que por Turno les corresponda hacer el fin de semana, y que la exigencia en el cumplimiento del nuevo horario no estaba encuadrada dentro de los supuestos contemplados en el art. 41.1 apartados b y c, por lo que no sería de aplicación lo señalado en el punto 4.

Censura jurídica que no puede merecer favorable acogida, y ello por cuanto: a) de conformidad con el art. 41.1 y 4 del E.T.: “la dirección de la empresa cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: b) horario y c) “... Régimen de trabajo a turnos”. Se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días. Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos. Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre la modificación, que

surtirá efectos una vez transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 3 de este artículo. b) La doctrina jurisprudencial ha venido definiendo las causas organizativas, como aquellas que corresponden a la necesidad de adecuar su propia estructura así como los medios personales y materiales, de que dispone la empresa, a las líneas de producción que desarrolla, de forma que produzca una mejor presencia en los mercados en que ha de actuar; la de producción, es la que afecta a los costes y volumen de esta, para adecuarla a las exigencias del mercado, impidiendo que su desajuste ponga en peligro la actuación competitiva de la empresa. c) Las modificaciones sustanciales han de ser medidas, cuya “adopción.. contribuye a mejorar la situación de la empresa a través de una mas adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”, y estas valoraciones que corresponden al empresario, deben ser aceptadas por el juez, salvo que supongan desviación notoria de la finalidad perseguida o que constituyan un abuso o ejercicio antisocial del derecho en el sentido propio y fuerte del Código Civil (art. 7.2). d) Con carácter previo al acuerdo de la empresa de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, el párrafo cuarto del art. comentado, exige un período de consultas entre empresa y trabajadores no inferior a 15 días, no vinculante y en el que ambas partes han de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo al respecto. Dicho período ha de versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados; de tal modo, que de seguirse el período de consultas bajo estas premisas, ha de entenderse adecuado y suficientemente cumplido el requisito, y desde el punto de vista formal, podrá la empresa adoptar válida y unilateralmente su decisión, aun contra la voluntad de los trabajadores.

En el supuesto de autos, como se desprende de la resultancia fáctica y del examen complementario de los autos, no se dan las circunstancias que justifiquen la medida adoptada por la empresa, pues, se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de carácter colectivo, que afecta a 12 documentalistas que prestan servicios en la cadena de T.V. de Galicia al haberse cambiado el horario de trabajo en el Turno de fines de semana, de tal modo que documentalistas que

venían facendo turnos rotatorios en tres horarios, 1º turno, de 8 a 15 h de lunes a viernes; trabajan 7 documentalistas y lo hacen durante 4 semanas consecutivas; 2º turno, de 15 a 22 h de lunes a viernes, trabajan 2 documentalistas, una semana; y 3º turno: de 17 a 00 h. trabaja un documentalistas una semana de lunes a viernes; los otros dos documentalistas corresponde descanso, a los documentalistas que realizaban el 2º Turno de 15 a 22 h., de lunes a viernes, trabando desde hace 3 años también el fin de semana, sábado y domingo, uno de 9 a 21 h y el otro de 10 a 22 h. y el lunes a su elección de 8 a 15h. o de 15 a 22 h.; a partir de la jornada del 2 y 3 de febrero se les cambió unilateralmente por la empresa el horario en el Turno de fin de semana que pasó a ser de 9 a 22 h., en lugar de 9 a 21 h. y de 10 a 22 h., (como se venía realizando hasta entonces), y sin haberse dado cumplimiento no solo a los requisitos que al efecto establece el art. 41.1 del E.T., pues, por la empresa en ningún momento se remitió al comité nota explicativa de las razones del cambio de turno, sino que modificó unilateralmente los turnos al efecto establecidos y sin que se hubiese dado tampoco cumplimiento a los requisitos del punto 4 del artículo citado pues, por aquella en ningún momento se negoció con los representantes legales de los trabajadoras, abriendo el período de consultas que con carácter obligatorio se establece en el precepto mencionado; por lo que esta Sala estima correcta la decisión del magistrado de instancia que declaró injustificada la decisión empresarial de modificación de horario en el Turno de fines de semana, dejándola sin efecto y condenándole a que reponga a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones de trabajo. En base lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar el fallo combatido.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por "T.V.G., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Santiago de Compostela, de fecha tres de marzo de dos mil dos, dictada en autos núm. 75/02 seguidos a instancia de UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES contra "T.V.G., S.A.", COMISIONES OBRERAS, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, y CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS -sobre Conflicto colectivo-, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3409 Recurso nº 1.427/2002

S.S. VIOLACIÓN DO DEREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE SINDICAL. POSTERGACIÓN NOS ASCENSOS. CUESTIÓN PROBATORIA: INDICIOS DE DISCRIMINACIÓN SEN PROBA DA EMPRESA QUE XUSTIFIQUE A SÚA ACTITUDE.

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

A Coruña, a dieciocho de junio de dos mil dos.

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 1.427/2001 interpuesto por don J.I.L.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 941/01 se presentó demanda por don J.I.L.P. en reclamación de TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL siendo demandado el "U.F., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 10 de enero de 2002 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- El actor don J.I.L.P., viene prestando sus servicios para "U.F.D., S.A." desde el 01.06.75 perteneciendo, en la actualidad, al Grupo II, nivel 4º, banda 2 y habiendo percibido en el año 2000 un importe anual íntegro de 7.088.243 ptas., percibiendo en el mes de diciembre de 2001 un importe bruto de 533.135 pesetas.- 2º) El actor, en el momento del ingreso en la empresa, ostentaba la categoría de 2º técnica B3, en el año 1977 pasó a nivel B2, y, posteriormente, debido a una reestructuración administrativa, al nivel B1.- 3º) El actor se encuentra afiliado a la CIG desde marzo de 1977 proveniente del fichero de la extinta Intersindical Nacional de Trabajadores Gallegos. El actor fue elegido representante de los trabajadores en las elecciones de 1994 y

1998.- 4º) El actor se encuentra en posesión del título de Licenciado en Ciencia Económicas y empresariales expedido el 11.10.94, y realizó los cursos de formación que se desprenden del doc. nº 9 de la prueba del actor, documento que se tiene por íntegramente reproducido.- 5º) Durante los años 1974 y 1975 ingresaron en la empresa demandada con la categoría de técnico superior un total de 22 personas cuyas circunstancias de ingreso, categoría, nivel y promociones económicas hasta el año 2001 se deducen del doc. nº 14 de la prueba de la empresa, documento que se tiene por reproducido en su integridad y durante los mismos años ingresaron en la empresa con la categoría de 2º técnica un total de 26 personas, entre las que se encuentra el actor, y cuyas circunstancias de ingreso, categoría, nivel y promociones económicas hasta el año 2001, se deducen del doc. nº15 de la prueba de la empresa, documento que, igualmente, se tiene por íntegramente reproducido.- 6º) La evolución de las promociones de libre designación y las debidas a concurso/oposición desde el año 1983 del personal clasificado en dicho año en la 2ª categoría del personal afectado por el Convenio Colectivo de la Zona Norte es el especificado en el certificado de 04.01.02 aportado por la empresa como doc. nº 16, documento que se tiene por íntegramente reproducido, resultando un total de promociones de 375 para 235 trabajadores, resultando una media de 1,6 promociones por trabajador.- 7º) la empresa demandada posee en Galicia a 6 trabajadores, incluidos el actor, como técnicos de obras en la zona norte y a 11 titulados en Ciencias Económicas y Empresariales, incluido el actor.- 8º) La empresa emitió 14 escritos denegando traslado y ascensos del actor desde septiembre de 1984 hasta junio de 1996.- 9º) El actor solicita que se declare vulneración de la libertad sindical y discriminación declarando la nulidad radical de la conducta de la empresa, reconociéndole la categoría de Grupo I, nivel 7, banda 7 y se le abone 72.121,45 euros (12.000.000) como indemnización”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimo la demanda interpuesta por don J.I.L.P. contra “U.F.D., S.A.” interviendo el MINISTERIO FISCAL, debo absolver y absuelvo a la Empresa demandada de los pedimentos contenidos en la demanda.”

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

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimando la demanda interpuesta por el actor contra la empresa “U.F.D., S.A”, sobre tutela de libertad sindical, y absolvió a la demandada de los pedimentos contenidos en demanda. Se alza en suplicación la representación procesal del actor, interponiendo recurso, articulado en base a dos motivos, correctamente amparados en los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretendiendo en el primero revisión fáctica y denunciando en el segundo infracciones jurídicas.

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, y en concreto pretende las siguientes revisiones:

1.-En primer lugar se pretende la Modificación /Adición al HDP 1 de un nuevo párrafo con el siguiente tenor literal: “. B1, o homologarse ambas categorías sin que significase un aumento retributivo.”

2.-En segundo lugar se pretende la Modificación /Supresión del HDP 5 a fin de que se sustituya su texto por otro del siguiente tenor literal: “Durante los años 1974 y 1975, año de la iniciación de la prestación de servicios del demandante, ingresaron un total de 26 personas con la misma categoría profesional que el actor, trabajadores con circunstancias de ingreso, nivel y promociones económicas hasta el año 2001, se deducen del documento nº 15 de la prueba de la empresa que se tiene íntegramente por reproducido, de lo que se desprende un ascenso medio en este periodo de cuando menos cinco niveles por trabajador.”

3.-En tercer lugar se pretende la Supresión del HDP 6, en el que se hace constar esencialmente que resulta una media de 1,6 promociones por trabajador.

En cuanto a la Modificación /Adición pretendida en primer lugar y que tiene su apoyatura en la documental obrante al folio 110 de lo autos, a saber sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 22 de junio de 1992, dicha adición estima la Sala que ha de prosperar al apoyarse en

documento hábil al efecto y al desprenderse el contenido del párrafo que se pretende adicionar del contenido del citado documento, pues en efecto, en el fundamento de derecho sexto de la citada sentencia, y al admitir en parte la revisión instada, se hace constar que el nivel ascendido por el actor es uno y no dos.

Por lo que se refiere a la Modificación /supresión instada en segundo lugar respecto del HDP 5, y que tiene su apoyatura procesal en la documental obrante a los folios 184 a 188 de los autos, la misma estima la sala que ha de prosperar al apoyarse en documentos hábiles al efecto, y desprenderse el texto propuesto del contenido de los citados documentos.

Finalmente por lo que se refiere a la supresión instada en último lugar, de supresión del HDP 6, la sala estima que procede la misma a la vista de la nueva redacción dada al HDP 5, en el que se hace constar en el inciso final que el ascenso medio en el periodo indicado es de 5 niveles por trabajador, y si bien en el citado hecho que se suprime el juez a quo hace constar una media de 1,6 promociones por cada trabajador, lo cual y pese a no ser necesariamente contradictorio con lo anterior, lo cierto es que induce cuando menos a confusión, por cuanto que no pueden equipararse promociones con ascensos de nivel, y el ascenso profesional no se mide en promociones sino en ascensos de nivel, razones por las que la sala estima procedente no solo la modificación del HDP 5 sino también la supresión del HDP 6, por cuanto que esta nueva redacción evidencia los ascensos por niveles no por promociones, pues de la comparación de la documental aportada por la empresa resulta en efecto que los ascensos de niveles no se corresponden con las denominadas promociones, por cuanto que en una única promoción puede ascenderse varios niveles.

TERCERO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la parte recurrente infracción de los artículos 17.01.24, 25, y 86 del ETT y artículos 12y 13 de La ley orgánica de Libertad Sindical y sentencia 03.03.91 y 08.05.95 y sentencia del TCO 21.04.98 RTC 1998/87, alegando en esencia que comparando la política de ascensos de la empresa en el caso del actor y cotejándola con los trabajadores de la misma categoría y la misma antigüedad, considera la parte recurrente que la discriminación invocada es absolutamente diáfana, por cuanto que si el actor ingresa en el año 1975 y en ese año ingresan

con el en la empresa 25 personas y todas ellas promocionan un nivel cada 3,6 años y el actor alcanza una promoción en 26,5 años, resultaría entonces que el actor, o bien esta siete veces menos capacitado que sus compañeros ,o bien realiza las funciones menos importantes de todos ellos, o bien esta menos preparado ,o sino existiría otro tipo de razón oculta que explique esa diferencia en la formación profesional; y lo cierto es que el actor acredita numerosas actividades formativas, alcanzando incluso una titulación superior, y realizando funciones de especial importancia y trascendencia, estimando la parte recurrente que no existe una prueba en la que la demandada justifique su actitud con base en la actividad sindical del actor, estimando que si el actor desde 1977 no iniciara su trayectoria sindical en la empresa actualmente ostentaría una categoría profesional muy diferente y que habría percibido mas de la cantidad de 12.000.000 pesetas que solicita; por todo lo cual solicita la estimación del recurso y que se revoque la sentencia de instancia y la estimación de la totalidad de la demanda planteada.

Que el Tribunal Constitucional en doctrina reiterada que cita la recurrente viene estableciendo, que invocado por el trabajador el carácter discriminatorio de una decisión empresarial, de modo tal que genere una razonable sospecha o presunción a favor del alegato discriminatorio, ha de trasladarse al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de su decisión, constituyendo esta exigencia una verdadera carga probatoria debiendo llevar al ánimo del juzgador no la duda sino la convicción de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio.

Partiendo de esta doctrina, ha de tenerse en cuenta que la misma no excluye la obligación del actor de probar la existencia de los ascensos del resto de los trabajadores, en los que basa la discriminación; incumbiendo al empresario ante la alegación del carácter discriminatorio en esta conducta, la prueba de la existencia de motivos razonables y no discriminatorios en sus decisiones. Para ello es necesario analizar la prueba practicada en autos, en relación a dicha pretensión que versa sobre promoción profesional.

Que el actor imputa a la empresa que esta realizó determinados ascensos a la mayoría de los trabajadores que ingresando en la empresa en la misma fecha que el actor ostentaban la misma categoría profesional que este,

y no guardo la misma proporción con el demandante, estimando que no existe justificación profesional personal que pueda explicar la nula evolución profesional del demandante, no existiendo en su expediente personal ninguna traba, ni sanción alguna, ocupando cargos de responsabilidad y de representación de los trabajadores. Pues bien, la Sala estima tras las probanzas aducidas en autos, que el demandante aporta suficientes datos para entrever la existencia de una postergación de ascensos en el actor con causa de su afiliación y actividad en el sindicato CIGA, y así del relato fáctico de la sentencia tras haber prosperado las revisiones fácticas instadas en el primer motivo de recurso, consta que durante los años 1974 y 1975, años de la iniciación de prestación de servicios del demandante, ingresaron un total de 26 personas con la misma categoría profesional que el actor, trabajadores con circunstancias de ingreso, nivel y promoción económica hasta el año 2001, se deducen del documento nº15 de la prueba de la empresa que se tiene íntegramente por reproducido, de lo que se desprende un ascenso medio en este periodo de cuando menos cinco niveles por trabajador, cuando el actor únicamente ha tenido un ascenso desde el inicio de su relación laboral con la empresa demandada. Frente a esta realidad objetiva la empresa, por una parte intenta difuminar la discriminación ampliando el ámbito de la comparación, y además intenta justificar la ausencia de discriminación en el número de promociones, induciendo a confusión, por cuanto que el ascenso profesional no se mide en promociones sino en ascensos de nivel, pues de hecho si bien es cierto que goza de una promoción en el año 1977 que paso de B3 a B2, pero este no es método de calibrar ni comparar, pues pudiese suceder que el actor hubiese promocionado una sola vez como es el caso, pero de B2 hubiese pasado a por ejemplo superior 1ª2, y con ello en una sola promoción ascendería 12 niveles, y por otro lado alega la empresa que en modo alguno hubo postergación por motivos sindicales y que los ascensos en las categorías se obtiene por razones exclusivas de dedicación, entrega y eficacia, pero lo cierto es que en modo alguno ha demostrado que el demandante desempeñase sus funciones con negligencia, abandono o impericia, ni que los promocionados fuesen mucho mas competentes o abnegados en la prestación de servicios, antes al contrario el actor acredita numerosas actividades formativas, cursando una licenciatura superior en el transcurso de su relación laboral con la empresa y tampoco puede ale-

gar la empresa falta de iniciativa o afán de promocionarse, pues consta en el relato fáctico, escritos de la empresa dirigidos al actor denegándole puestos requeridos por el actor sin explicación fundada alguna. Por ello se estima que en efecto se constata objetivamente que todos los compañeros del actor de idéntica categoría en la fecha de ingreso en la empresa promocionan y ascienden excepto el actor, que únicamente ascendió una vez en 27 años, no teniendo en cuenta la empresa sus actividades formativas y denegándole sus peticiones cada vez que se presenta a un puesto de categoría superior; por todo ello estima la sala que existe en el caso de autos indicios mas que razonables de una discriminación vulneradora del derecho protegido de libertad sindical, sin que exista una prueba en la que la empresa demandada justifique su actitud la cual tiene su base en la actividad sindical del actor.

Ante todo lo anterior ha de concluirse en la existencia de discriminación del demandante por su afiliación al sindicato CIGA, habida cuenta de que la valoración de la prueba en los términos expuestos, tras haber prosperado la revisión fáctica instada en el primer motivo del recurso, lleva a la firme convicción de que la empresa demandada discrimina al actor y le margina de su promoción profesional exclusivamente por su afiliación y dedicación sindical, lo que ha de motivar la declaración exigida en el artículo 15 de la ley de libertad sindical. Y por último y respecto de la cantidad solicitada de 12.000.000 pesetas decir que se reclama por el actor dicha cantidad por el concepto de indemnización compensatoria de los perjuicios ocasionados al accionante por la actitud antisindical de la empresa, por estimar que si desde el año 1977 no iniciase su trayectoria sindical en la empresa actualmente ostentaría una categoría profesional muy diferente y habría percibido cantidades superiores a la reclamada, pues bien, teniendo en cuenta los perjuicios morales y económicos irrogados al actor a través de la postergación de ascensos por motivos sindicales, la reparación económica se cifra por la sala en la cantidad de 12.000.000 reclamada por el actor, a cuyo pago habrá de condenarse a la empresa demandada.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por don J.I.L.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social

Núm. DOS DE A CORUÑA, en fecha 10 de enero de 2002, autos nº 941/01 promovidos por el recurrente contra "U.F., S.A." sobre TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL y revocando la sentencia de instancia debemos estimar y estimamos la demanda interpuesta, declarando la existencia de vulneración de libertad sindical y discriminación por razón de afiliación, previa declaración de nulidad radical de la conducta de la empresa respecto del actor en cuanto a su promoción profesional, reconociéndole el promedio de ascensos (cinco) otorgados a los colectivos de superior 2ª, 3) homologado en la actualidad al grupo 2, nivel 7, banda 7, condenando de la empresa demandada a reparar las consecuencias económicas y profesionales de su actuación, reconociéndole al actor el ascenso resultante y abonándole la cantidad de 12.000.000 de pesetas de indemnización (SETENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTIUNO CON CUARENTA Y

3410 Recurso número: 10.210/1997

S.CA. PRESUNCIÓN DE CERTEZA DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO. INFRACCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDADE E SAÚDE: MÁQUINA PERIGOSA SEN AS MEDIDAS DE SEGURIDADE NECESARIAS MANEXADA POR TRABALLADOR MENOR DE IDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de junio de dos mil dos.

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 10.210/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.L.G.E., con D.N.I..., domiciliado en ... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don J.F.G., contra Resolución de 06.11.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Xeral de Relacións Laborais sobre acta de infracción núm. 9/97; expte. 241/97. Es

parte la administración demandada CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS, representada por LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA. La cuantía del asunto es determinada en 30.051 euros.

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 7 de junio de 2002, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Por la Inspectora de Trabajo doña E.M.M.D.E. se giró el 12.12.99 visita de Inspección a la obra de la recurrente, sita en calle..., ... (A Coruña), siendo el objeto de la visita la investigación de un accidente de trabajo sufrido por el trabajador J.F.B.V. D.N.I... en fecha 17 de abril de 1997, comprobándose diversos hechos: Se trata de un taller dedicado a la actividad de siderometalurgia. En el momento de la visita se encontraban presentes el trabajador accidentado y el empresario los cuales hacen relato de tales hechos.

El accidente se produce en la máquina plegadora de chapas. En ella la función del trabajador es colocar una pieza de chapa en la misma y esperar a que bajase el molde que le da forma, una vez dada, y subido el molde, tomar otra pieza y colocarla de nuevo contra el molde; la bajada y subida se producía automáticamente. Se trata de un trozo de chapa estrecho (de unos 10 o 15 cms.) y largo, lo que requería que el trabajador sujetase la pieza contra la máquina y con las manos muy cerca de la bajada del molde, y sólo existiendo como protección un pedal que permite la

parada, pero ninguna que impida el acceso directo de las manos a la parte aplastante de la máquina. El accidente se produxo en una de las bajadas del molde, al aplastar la máquina los dedos de la mano izquierda.

El Decreto 26.07.57 sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores (BOE de 26.08.57) y en vigor según el apartado b) de la Disposición Derogatoria única de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre de 1995 en su art. 1, apartado c, prohíbe a menores "el manejo de prensas, guillotinas, cizallas, sierras de cinta o circulares, taladros mecánicos y, en general, cualquier máquina que por las operaciones que realice, las herramientas o útiles empleados o las excesivas velocidades de trabajo represente un marcado peligro de accidente, salvo que este se evite totalmente mediante los oportunos dispositivos de seguridad.

La máquina plegadora de chapas puede incluírse perfectamente- según la Inspectora de Trabajo y SS- dentro del apartado general de máquinas peligrosas. En el momento de la visita el trabajador declara, con la conformidad con el empresario que había realizado trabajos en la máquina plegadora unas 10 ocasiones.

El pedal del freno colocado en la máquina no evitaba en modo alguno el accidente, por lo que no se trata de una protección adecuada, protección que exige el art. 89 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. OM. 09.03.71, (BB.OO.E 16 y 17 de marzo y 2 de abril) para evitar los peligros que pueden causar al trabajador los elementos mecánicos agresivos de las máquinas, por acción atrapante.

Los hechos descritos constituyen infracción en materia de seguridad e higiene de conformidad con lo previsto en los arts. 1. c del Decreto de 26 de julio de 1957, arts. 6.2 del TRET, RD Legislativo 1/95, arts. 30, 31 y 45 del RD 1.495/86, de 26 de mayo y arts. 89, 90 y 91 de la OM de 9 de marzo de 1971 y se califica como muy grave en el art. 48.2 de la Ley 31/95 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, la cual se imputa a la recurrente y se sanciona con multa de cinco millones cien mil pesetas en su grado mínimo de conformidad con los arts. 49.1 y 4.c del precedente texto legal.

Los arts. 45, 30 y 31 del RD 1.495/86, de 26 de mayo de 1996 que aprueba el Reglamento de Seguridad de máquinas (BOE de 21

de julio de 1986) exigen en las máquinas dispositivos o protecciones adecuados. Asimismo, los elementos móviles de las máquinas deberán concebirse, construírse, disponerse o protegerse de forma que prevengan todo peligro de contacto que pueda orixinar accidentes.

II.- Oponer el empresario recurrente: que como ya expuso en el escrito de alegaciones en vía administrativa el acta impugnada está basada en meras interpretaciones subjetivas de la Inspectora actuante, las cuales quedan desvirtuadas por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Santiago de fecha 10 de febrero de 1997 en los autos nº 806/96, seguidos sobre impugnación de alta médica a instancia del trabajador contra el INSS, la "MG.A.T.", la empresa "J.L.G.E." y la TGSS, que desestimó las pretensiones del demandante.

Asimismo por sentencia de 5 de diciembre de 1997 del Juzgado de lo Social nº Uno recaída en autos nº 367/97, en demanda sobre invalidez interpuesta por el citado trabajador contra la empresa y organismos anteriormente citados, se absolvió a los demandados, declarando que las secuelas del referido accidente no eran constitutivas de invalidez en grado alguno y que no había lugar al abono de prestaciones económicas.

Pretender lo contrario, como hace la Inspección, con afirmaciones vertidas nueve meses después basándose exclusivamente en declaraciones del trabajador accidentado, que dicho sea cambiado la versión de los hechos significa dar por probado los mismos en base a unas declaraciones de parte interesada y en supuestas conjeturas que carecen de sustento legal y no tienen otro fundamento que el error en que incurrió la Inspección al valorar pruebas documentales aportadas al expediente.

Y a mayor abundamiento por lo que respecta a la categoría de peón asignada al recurrente en lugar de la de aprendiz, que es la que realmente venía desempeñando, con arreglo a su edad de 16 años, conviene precisar que es totalmente improcedente, ya que según el art. 22 al 25 del ET no se le puede asignar categoría superior. Aquí el inspector le asigna la de peón, que es la propia de un trabajador mayor de 18 años, obligando a la empresa a abonar unas cotizaciones que no le corresponden.

En consecuencia no existe ni prueba fehaciente ni elementos de convicción respecto de los hechos infractores que se le imputan. De esta suerte el Acta no está avalada por ele-

mentos de prueba para que goce de la presunción de certeza, pues adolece de los requisitos del art. 52.2 de la Ley 8/88 para que pueda gozar de la misma.

III.- Por lo que se refiere a la primera cuestión de que el acta se basa en meras interpretaciones subjetivas de la Inspectora actuante, debe afirmarse que rige el derecho fundamental del artículo 24.2 de la Constitución en todo el ámbito del derecho sancionador y desplegando sus efectos en el sentido de que la sanción se apoye en la correspondiente prueba cuya carga, en las sanciones administrativas en general y en las laborales en particular, corresponde sin duda a la Administración sancionadora dicha carga, pues nadie está obligado a probar su inocencia. Dicho lo anterior, las actas de inspección, con valor superior a la denuncia, constituyen prueba de cargo en la medida que su prevalencia probatoria no sea destruida por otros medios (sentencia del Tribunal Constitucional 169/1998, de 21 de julio, y las en ella citadas. Efectivamente según las disposiciones sobre la materia en las Actas se reflejarán los hechos constatados por el inspector actuante, destacando la relevancia a efectos de la tipificación de la infracción y graduación de la sanción, la infracción presuntamente cometida con expresión del precepto vulnerado y la propuesta sanción, su graduación y cuantificación. Las actas de la Inspección que reúnan esos caracteres estarán dotadas de presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en la misma, que hayan sido constatados por el funcionario actuante, salvo prueba en contrario. En lo que respecta al caso presente, fueron comprobadas las citadas infracciones por el servicio de Inspección, con la presunción de objetividad e imparcialidad que supone el ejercicio de aquella función pública por el funcionario llamado a desempeñarla, y sus correlativos deberes y responsabilidad, ratificadas en el expediente administrativo las cuales no han quedado contradichas por el recurrente que ninguna prueba propuso en vía judicial para desacreditar el contenido del acta.

Es cierto que aporta a las presentes actuaciones sendas resoluciones jurisdiccionales, en las que el trabajador accidentado impugnó el alta médica o en su caso demandó sobre su invalidez, declarando una de las resoluciones que las secuelas del referido accidente no eran constitutivas de invalidez en ninguno de los grados, pero igualmente lo es que el trabajador sufrió el meritado accidente (hechos

tercero y segundo respectivamente de ambas sentencias), como motivo de la omisión de la protección debida, por cuanto que la máquina en que trabajaba adolecía de los dispositivos de protección adecuados. Así mismo los móviles de la misma debían estar configurados, contruidos o dispuestos de forma que se pudiese prevenir el peligro que ha sobrevenido, como prueban tales resoluciones jurisdiccionales, aunque resulten desestimatorias de las pretensiones formuladas por el trabajador.

El pedal del freno colocado en la máquina no evitaba en modo alguno el accidente, por lo que no se trataba de una protección adecuada, protección que exige el art. 89 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, OM. 09.03.71, (BB.OO.E 16 y 17 de marzo y 2 de abril) para evitar los peligros que pueden causar al trabajador los elementos mecánicos agresivos de las máquinas, por acción atrapante.

Los arts. 45, 30 y 31 del RD 1.495/86, de 26 de mayo de 1996 que aprueba el Reglamento de Seguridad de máquinas (BOE de 21 de julio de 1986) exigen en las máquinas dispositivos o protecciones adecuados. Asimismo, los elementos móviles de las máquinas deberán concebirse, construirse, disponerse o protegerse de forma que prevengan todo peligro de contacto que pueda origina accidentes y en realidad no fueron concebidos ni se tenían con esa finalidad- como acaba de señalarse-.

El Decreto 26.07.57 sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores (BOE de 26.08.57) y en vigor según el apartado b de la Disposición Derogatoria única de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre de 1995 en su art. 1, apartado c – a mayor abundamiento- prohíbe a menores “el manejo de prensas, guillotinas, cizallas, sierras de cinta o circulares, taladros mecánicos y, en general, cualquier máquina que por las operaciones que realice, las herramientas o útiles empleados o las excesivas velocidades de trabajo represente un marcado peligro de accidente, salvo que este se evite totalmente mediante los oportunos dispositivos de seguridad.

En el presente caso el trabajador de ser aprendiz, como alega la empresa, e incluso se da como hecho probado en la sentencia de 10 de febrero de 1997, del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago, no podía tener acceso al manejo de la máquina en la que sufrió el accidente en méritos a la precedente normati-

va de aplicación, lo que docta de gravedad a la infracción consistente en la omisión de medidas de protección en la máquina como pudo observar la Inspección, la cual no solo observa sino que prueba la máquina (tercera de las alegaciones del empresario recurrente en su escrito de 13 de julio de 1997); luego sobre la base de lo comprobado ha acreditado en las resoluciones jurisdiccionales de referencia el acta impugnada no adolece de presunción de veracidad y certeza, como de adverso se sostiene.

IV.- No concurren los motivos legalmente previstos para realizar un especial pronunciamiento en costas (art. 131 LJCA).

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo nº 10.210/1997 interpuesto por don J.F.G., abogado en ejercicio, en nombre y representación de don J.L.G.E. contra la desestimación de recurso ordinario por parte de la Consellería de Justicia, Interior y Relaciones Laborales contra a su vez resolución de la dirección Provincial de Trabajo y SS de A Coruña recaída en expediente instruido en virtud de acta de infracción núm. 9/97.

3411 Recurso nº 2.349/2002

S.S. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. SIMULACIÓN DE CONTRATO DE NATUREZA MERCANTIL DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. LITISPENDENCIA: NON CONCURRE. INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA OMISIVA. DESPEDIMIENTO NULO POR VIOLACIÓN DA GARANTÍA DE INDEMNIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López.

A Coruña, a vinte de junio de dos mil dos.

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. 2.349/2002 interpuesto por "T.E., S.A." 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 M.L.F.H. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "T.E., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 793/01 sentencia con fecha 9 de febrero de 2002 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 M.L.F.H., DNI... -. licenciada en Ciencias de la Información, suscribió con la demandada en fecha 24 de enero de 1991 un contrato de arrendamiento de servicios de 5 años de duración cuyo objeto era suministrar desde Vigo y zona de influencia de crónica, entrevistas y reportajes informativos propios de su profesión a través de TVE, S.A. pactándose en régimen retributivo. En dicho contrato se denomina a la actora REDACTOR TV y se pacta que ésta cederá a TVE todos los derechos de propiedad intelectual y de imagen que resulten del trabajo efectuado sin reserva de ningún género ni limitación de tiempo alguno.- 2º) "T.E., S.A." condicionó la continuidad en el arrendamiento de servicios a la constitución de una sociedad limitada., razón por la cual la actora constituyó el 17.01.96 la mercantil unipersonal "L.F., S.L." cuyo objeto social es la elaboración de reportajes periodísticos. El objeto del nuevo contrato era sustancialmente similar al anterior si bien con la vigencia anual, prorrogable tácitamente por sucesivas anualidades.- 3º) En fecha 23 de noviembre de 2000, el Director Económico-financiero de TVE S.A. remite comunicación a "L.F., S.L." del tenor literal siguiente: "Estando próximo el concurso de servicio de información gráfica y literaria en los CC.TT. de TVE S.A. y existiendo un contrato suscrito por TVE S.A. y Vds con nº 1996/0274, de fecha 31.01.96, correspondiente a la adjudicación del servicio de CORRESPONSALIA LITERARIA EN PONTEVEDRA Y SU ZONA DE INFLUENCIA para los Informativos del CT de Galicia y los Informativos Nacionales de TVE S.A. cuya eficacia termina el 09.02.2001, les notificamos que quedará resuelto al término de su vigencia".- 4º) Mediante carta de 25 de enero de

2001 se le comunica lo siguiente. El "C.C.R.T.E.", en sesión celebrada el día 17 de enero de 2001, ha resuelto seleccionar a esa Firma para la Partida 8Item 2 (Pontevedra y Provincia), del expediente referenciado, relativo a: CONTRATACION SERVICIOS DE CORRESPONSALIAS LITERARIAS PARA LOS CENTROS TERRITORIALES DE TVE, S.A. EN ANDALUCIA, ARAGON, BALEARES, CANTABRIA, CASTILLA-LA MANCHA, CASTILLA-LEON, EXTREMADURA, GALICIA, MURCIA Y NAVARRA por un precio cierto de 7.000 ptas/Noticia (siete mil pesetas/noticia). Este importe entrará en vigor a partir del día 1 de febrero de 2001".- 5º) El nuevo contrato establecía unas condiciones que variaban sustancialmente las de contratos anteriores y así, entre otras modificaciones se establecía la de disposición absoluta de la empresa de 8 a 24 horas de lunes a domingo, así como la obligación de la prestataria de servicios de aportar organización propia en cuanto al personal y material, condiciones éstas que resultaban inaceptables para la actora y así lo hizo constar en Acta Notarial de fecha 14.12.00. No obstante, suscribió el referido contrato haciendo constar también por Acta Notarial, de fecha 26 de marzo de 2001, que lo hacía por imperativo laboral y para preservar su puesto de trabajo.- 6º) A pesar de lo anterior, el trabajo siguió realizándose en las mismas condiciones que se venía haciendo anteriormente, organizándose el trabajo de la siguiente manera: La actora realizaba las previsiones de las noticias que se iban a producir al día siguiente, ruedas de prensa, visitas, acontecimientos varios, actos políticos etc. Estas previsiones eran remitidas al Centro Territorial de Santiago, en donde eran seleccionadas las noticias y distribuidas entre los redactores, a quienes se les asignaba un reportero gráfico para acudir al lugar de la noticia y una vez allí, era la actora (redactora) quien efectuaba las preguntas o redactaba el texto de la misma, mientras el cámara efectuaba a la grabación. Posteriormente acudían a la unidad informativa de Pontevedra para montar la noticia (imagen con la voz en off) previa redacción del texto por la actora, para después remitirla a Santiago a través del servicio informático cuya clave de acceso tenía la demandante. Estas mismas funciones son las que realizan los reporteros de plantilla. La actora y el cámara con el que trabajaba, don M.Y.C. (trabajador fijo de plantilla), eran los únicos trabajadores de la Delegación de TVE en Pontevedra, sita en la C/..., local éste del que poseía las llaves doña M.L.F.H., y en el que se encontraba todo el material (teléfono, máquina de

escribir, fax, enlace, ordenadores) que la actora utilizaba para realizar su cometido.- 7º) La demandante presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo que emitió informe, en fecha 31 de mayo de 2001 por el que se constató que la actora trabajaba en las siguientes condiciones: a) Trabaja en exclusiva para "T.E., S.A." desde el comienzo de la prestación de servicios en 1991.- b) El resultado y fruto de su trabajo revierte exclusivamente en "T.E., S.A." y que "todos los derechos de explotación sobre imágenes de los reportajes o noticias aceptadas por Televisión Española S.A. corresponden a ésta en exclusiva".- c) Está sometida a horario fijo todos los días de lunes a viernes, de 9,15 a 14,30 y de 17 a 18 horas. El horario de tarde se prolonga si hay trabajo a realizar. Si a mediodía hay algún suceso también acude a cubrirlo, con independencia de la hora en que se produce.- d) Actúa dentro del ámbito de organización y dirección de "T.E., S.A." ya que "la llaman al centro territorial de Santiago de Compostela todos los días para decirles a ella y al trabajador fijo de plantilla de trabajos tienen que realizar. Los operarios envían provisiones el día anterior. Para hacer el trabajo deben consultar con el centro de Santiago el tratamiento del mismo. Entre ambos redactan y montan la noticia y la envían a Santiago.- e) Ambos operarios realizan el trabajo juntos y en equipo, dependientes el uno del otro.- f) Doña L., utiliza el centro de trabajo y el instrumental del mismo (ordenadores, teléfonos, fibra óptica...).- g) Cuando por alguna circunstancia no está presente el operario fijo, Loreto envía a Santiago las noticias por fibra óptica. Asimismo le envían un cámara cuando está ausente el cámara trabajador fijo, pues necesita un cámara adscrito.- h) Tiene las llaves del local de Pontevedra y del de Vigo.- i) Viene tomando anualmente 2-3 semanas de vacaciones de verano sin que sea sustituida.- j) Se aprecia polivalencia de funciones pues en ausencia de cámara, Loreto envía a través de fibra óptica la imagen y el sonido.- k) A mayor abundamiento en las guías oficiales de comunicación de la Secretaría General para las relaciones con los medios informativos de la Xunta de Galicia, doña L., aparece como corresponsal".- 8º) La actora presentó demanda ante el SMAC el 11 de junio de 2001 para reconocimiento de derecho y salarios, celebrándose el mismo sin efecto por lo que se interpuso la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social, recayendo sentencia estimatoria de la pretensión de la actora en fecha 14 de enero de 2002.- 9º) Las demandas de reconocimiento de derecho y reclamación de

salarios similares a la presentada por la actora, han sido interpuestas también por los correspondientes doña E.P.D. (Ferrol), Doña M.V.R. (Coruña) y doña M.I.G.C. (Vigo), a quienes posteriormente TVE ha rescindido sus contratos siendo declarada la extinción de la relación laboral de todos ellos como despido nulo.- 10º) En el mes de julio de 2001, estando el cámara de vacaciones, la actora recibió la orden de que debían realizar su trabajo fuera de las dependencias de TVE en Pontevedra, no pudiendo utilizar material alguno de dichas dependencias. No obstante, una vez que el cámara regresó de las vacaciones volvieron a realizar su trabajo en la sede de TVE en Pontevedra.- El día 29 de noviembre de 2001, el Jefe de Informativos le comunica que vaya a cubrir la noticia del alijo de tres toneladas de hachís en Villagarcía, acudiendo la demandante y el cámara, no obstante, una vez allí reciben una llamada para que la redactora no hiciese una entradilla (aparición del redactor en cámara) a la noticia.- El día 30 se le ordena al cámara que vaya dos semanas a hacer un reportaje sobre puertos deportivos, y ese mismo día la actora recibe un telegrama comunicándole la resolución del contrato en fecha 31 de diciembre de 2001.- 11º) En fecha 26 de diciembre de 2001 se celebró sin avenencia el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.L.F.H. contra “T.E., S.A.” debo declarar y declaro la nulidad del despido efectuado por la empresa demandada, por violación de la garantía de indemnidad, condenando a ésta a que, de forma inmediata, proceda a la readmisión de la actora en las mismas condiciones existentes con anterioridad, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde el momento del despido, debiendo abonar además a la demandante la cantidad de 500.000 pesetas en concepto de indemnización por daño moral.”

CUARTO.- Que por Auto de fecha 1 de abril de 2002, fue aclarado el hecho probado octavo de la sentencia de instancia del tenor literal siguiente: “DISPONGO: Procede aclarar el hecho probado octavo de la sentencia de fecha 9 de febrero de 2002, el cual quedará como sigue: “La actora presentó demanda ante el SMAC el 11 de junio de 2001 para reconocimiento de derecho y salarios, celebrándose el mismo sin efecto por lo que se interpuso la

correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social, recayendo sentencia estimatoria de la pretensión de la actora en fecha 14 de enero de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad, en la que se reconocía que la categoría profesional de la actora era la de Redactora Nivel I, por lo que el salario que, según convenio, le correspondía es el de 101,26 euros (16.849 ptas.) diarios.”

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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte demandada la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico al objeto de que los ordinales 6º y 9º reciba la siguiente redacción que propone: “SEXTO: Desde el inicio del contrato, se dio la instrucción de que no se realizase el trabajo en las instalaciones de la empresa, ni se emplease su material, constando por dos veces y en distintas fechas este dato, en concreto el 15.02.2001 y el 15.03.2001. La actora no recibía encargos diarios, pues de los datos aportados no se deduce la existencia de un encargo diario. Además, ha trabajado para otras productoras – en concreto “P., S.L.” -, facturando a la demandada, en función de los trabajos que se realizaban, satisfaciendo sus propios impuestos, y pagos de cuotas a la seguridad social”; cita en apoyo de tal propuesta los documentos obrantes en autos a los folios 325.a 326, 339 y 340 y 164 a 201.

No se admite la modificación que se propone por cuanto: a) en relación con la instrucción sobre uso de instalaciones, no resulta de los documentos que se citan en apoyo de dicha propuesta, pues una cosa son las comunicaciones internas de la asesoría de la demandada (f. 294) dirigido a sus mandos, y otra distinta es el cumplimiento de dichas directrices en la realidad, cumplimiento que no se acredita por la mera comunicación de la forma de contratar y de cumplir el contrato a la demandante (f. 300), sobre todo cuando la demandada es la que dispone de los mecanismos precisos para imponer el cumplimiento literal de los pactos, bastándole con no entregar las lla-

ves de los locales o retirárselas a quien las posea contra su voluntad, dar las instrucciones oportunas a los servicios de seguridad de las instalaciones etc., omitir dar órdenes directas, limitándose a recepcionar los trabajos etc. todo ello no aparece en la documentación que se señala; b) en cuanto a que haya prestado servicios para otra productora lo cierto es que el último servicio prestado para "P. S.L.", que conste fue en 1998 (f. 339 y 340), con lo que la exclusividad afirmada por el Juzgador de instancia, cuatro años después, no resulta desvirtuada; c) en cuanto a la inexistencia de encargos diarios, tampoco resulta de dicha documental (f. 325 al 336) constituida por un listado carente de toda firma que se responsabilice del mismo y elaborado por la demandada y por tanto exento de la fiabilidad precisa a efectos revisorios, por tanto no se acredita el error del juzgador en la valoración de la prueba debiendo mantenerse la versión judicial de tal ordinal.

Se pretende la modificación del ordinal NOVENO, desde "...C., (Vigo)." hasta el final, sustituyendo la existente por la siguiente: "dictándose por los Juzgados de lo Social correspondientes resoluciones por las que se estimaban la nulidad de los despidos, no constando la firmeza de estas sentencias, y en uno de los casos doña M.I.G.C., las Sala de lo Social, ha revocado la dictada por el Juzgado de lo Social Nº 4 de Vigo, declarando la improcedencia del despido por medio de sentencia de 26.02.2002"; cita en apoyo de la propuesta los documentos obrantes en los autos a los folios 232 a 264.

No se admite la modificación que se propone por cuanto no consta la revocación de las sentencias que se señalan en los documentos citados, resoluciones que declararon nulos los despidos de los trabajadores afectados por las mismas, siendo intrascendente la firmeza o no de las citadas resoluciones para este pleito.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, realiza la recurrente varias denuncias: A) Sin cita de precepto infringido, señala la concurrencia de la excepción de litispendencia argumentando que consta en autos la existencia de otro litigio entre las partes, relativo a la determinación sobre la existencia de relación laboral entre las mismas, sin que conste la firmeza de dicha resolución, señalando como infringida la doctrina de STS 13.10.2000. B) Señalando como infringido el art.59.3 LET, argumentan-

do, en esencia, que la acción de despido se halla caducada desde que, teniendo la actora conocimiento de que la empresa le niega la condición de trabajadora, independientemente de que continúe en la relación mercantil, existe un despido tácito por lo que debió accionar frente al mismo en tiempo y forma lo que no hizo. C) Infracción de los arts. 1 y 2 LPL, por entender que tratándose de una relación mercantil la que une a las partes, esta jurisdicción no es competente para el conocimiento del presente litigio, citando, además, la doctrina contenida en las STS de 30.07.86, 14.05.90, 15.02.91 y la de la Sala de 30.08.96 y 10.02.00. D) Por vulneración de los dispuesto en el art. 55.5 LET, argumentando que no existe vinculación alguna entre la prohibición de acceso a los locales de la empresa a la actora y la rescisión del contrato mercantil con el despido litigioso que aquí se plantea. E) Infracción de la doctrina contenida en la STS de 23.07.01 sobre la incongruencia omisiva y art. 359 LEC, argumentando que se alegó en juicio sobre la polivalencia, la disponibilidad y jornada, sin que se haya hecho referencia alguna a dichas cuestiones en la resolución recurrida, lo cual le produce indefensión, pues no fija el salario de la actora a efectos de establecer la indemnización, así como se otorga una indemnización por causa distinta de la postulada en demanda.

TERCERO.- En primer lugar se han de resolver las cuestiones de tipo procesal cuyo acogimiento pueda obstar al del fondo del asunto, y así, en primer lugar, se ha de resolver la relativa a la competencia de este orden jurisdiccional para conocer del presente litigio, por razón de la materia, pues alegada en la instancia la excepción de incompetencia fue desestimada por el juzgador, no obstante se reproduce en esta alzada, aunque por un cauce procesal erróneo, pues se debió plantear al amparo del apartado a) del artículo 191 de la LPL y no al amparo del apartado c) del citado precepto, así como, en el suplico del escrito del recurso también se debió solicitar las consecuencias derivadas de la admisión de esta excepción procesal, esto es, la anulación de la resolución de instancia y remisión a la parte actora a la jurisdicción civil, que se propone como competente. Por lo que respecta al examen de dicha excepción, esta Sala goza de plena libertad, sin someterse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, para el examen de toda la prueba practicada, para decidir, sobre dicha cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al

poder dispositivo de las partes (SS. TS, entre otras, 16.febrero.1990; Ar. 1.099, 4.julio.1997 Ar. 2.466).

El motivo se articula partiendo de la distinta calificación que la recurrente otorga a los contratos que vincularon a las partes, calificándolos de mercantiles y excluyendo la existencia del contrato de trabajo. La cuestión se ha de resolver siguiendo el criterio, para supuestos similares, sentado por esta misma Sala en sentencias (dos) de 14.05.02 (R. 1.002/02 y 2.017/02), en el sentido de entender que, la calificación jurídica, que merezca la relación mantenida entre las partes, no viene condicionada por la denominación que se le atribuya o por la opinión que al respecto puedan manifestar los propios interesados, pues, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes (STS 21.junio.1990); 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 23.octubre.1989); siendo ello así, la determinación del carácter laboral de la relación que une a las partes, debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas, de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (SSTS de 21.julio.1988 y 5.julio.1990), y de las circunstancias concretas en que efectivamente se venía desarrollando la relación entre los litigantes.

Conforme a lo razonado, valorando el conjunto del total material obrante en los autos, resulta que: 1.- La actora suscribió un contrato de arrendamiento de servicios, el 24.01.91 por cinco años, al finalizar el mismo en 1996, se le advierte que TVE S.A. deja de contratar a personas individuales y concierta con personas jurídicas, de ahí que la actora se constituye en sociedad limitada unipersonal en fecha 17.01.96, con un capital social de 500.000 Ptas., y en fecha 31.01.96 se firma un nuevo contrato de arrendamiento de servicios que se concierta con “L. F., S.L.”, con vigencia de un año, desde 31.01.96 hasta el 09.02.97, pudiendo prorrogarse por sucesivos períodos de un año; el último de dichos contratos se fechó el 20.02.01.; 2.- Que la actora figuraba de alta, desde enero de 1996, en el RETA y en el impuesto de actividades fiscales (IAE). 3.- Que con fecha 21 de abril de 2001, la trabajadora demandante interpuso denuncia contra la

empresa demandada ante la Inspección de Trabajo. A raíz de la anterior denuncia se produjo una visita de la Inspección de Trabajo el 7 de mayo del 2001 que levantó acta de liquidación de cuotas a la Tesorería General de la Seguridad Social así como produjo el alta de oficio a cargo de la demandada. 4.- La actora en la prestación de sus servicios mantenía las siguientes condiciones: trabajaba en exclusiva para TVE SA, tenía un horario fijo de lunes a viernes de 9,15 a 14,30 y de 17 a 18 horas, disfrutando de dos o tres semanas de vacaciones al año que solicitaba de la dirección de la demandada; cada día la llamaban por teléfono para encargarle las noticias, seleccionadas de aquellas que habían sido propuestas por la actora el día anterior. 5.- El trabajo se desarrollaba del modo siguiente: la demandante y el cámara, trabajando en equipo, acudían al lugar de la noticia, la gravan, la redactan, la montan y la remiten al Centro Territorial de Santiago a través de enlace, no conservando la actora la titularidad de sus trabajos, sino que TVE adquiriría sin reserva de ningún género, ni limitación de tiempo alguno, los derechos de propiedad intelectual e industrial con respecto a las crónicas, reportajes y entrevistas realizadas por la actora, y la comercialización o imagen que pudiera derivarse de los mismos; así mismo disponía la demandante de las llaves de los locales de Pontevedra y Vigo, y en el trabajo utilizaba los medios materiales que le proporcionaba la empresa (máquina de escribir, ordenadores, teléfonos, fax etc.), teniendo la clave del servicio automático; aparece en la guía oficial de comunicación como corresponsal; 6.- Si se producían eventos o noticias fuera de la jornada de trabajo la actora acudía para su cobertura y en ausencia del cámara, ella misma, enviaba el trabajo.

CUARTO.- A la vista de los anteriores datos, la relación habida entre la actora y Televisión Española, ha de ser calificada de laboral, coincidiendo con el razonado informe del Ministerio Fiscal, como ya tuvo ocasión de declarar esta misma Sala (Sentencia de 22 de diciembre de 2000 Rec. 3.894/00) en un supuesto muy similar al aquí enjuiciado, sin que constituya obstáculo para ello el hecho de que la actora figurase afiliada al RETA y de alta en licencia fiscal. Tampoco es determinante, para la calificación del contrato, que las partes lo califiquen como de naturaleza mercantil, porque la naturaleza jurídica de un contrato no depende de las manifestaciones o intenciones de las partes, o de las denominaciones que se empleen para describir una acti-

vidad determinada, sino que lo decisivo es la actividad en sí misma y la forma en que se desarrolla la prestación de servicios, habiendo establecido el Tribunal Supremo que la línea divisoria entre la relación de carácter civil –de arrendamiento de servicios- y la contractual laboral está, de una parte, en la llamada “integración en el círculo rector y disciplinario del empresario” (STS 8.octubre.1992), o lo que viene a ser lo mismo, que la prestación de los servicios se produzca dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, el empleador, (art. 1.1 LET), esto es, de forma “dependiente” sometiendo una de las partes, el trabajador, a las ordenes y dirección del empleador quien goza de poder disciplinario sobre aquel; de otra parte, en la concurrencia de la ajenidad (art. 1.1 LET), consistente en que los frutos, el resultado, del trabajo pasan de forma directa e inmediata al empleador que los hace suyos retribuyéndolos. De las condiciones laborales antes expuestas se desprende que, además del carácter personal de los servicios prestados por la demandante, existen signos, como el encuadramiento o inserción dentro del esquema jerárquico de la empresa, el acatamiento de órdenes, mandatos y directrices, la subordinación a la persona o personas que en aquella tengan facultades de dirección o mando (jefes de informativos, centro Territorial de Santiago), la realización del trabajo normalmente en los centros o dependencias de la empresa y la sujeción a una jornada y horario determinados, etc., (circunstancias que concurrían en la actora), que demuestran la dependencia de la actora en la prestación de servicios, sin que ella pudiera organizar su trabajo en ningún momento; igualmente la ajenidad, el fruto del trabajo que la actora realizaba, repercutía en quien lo percibía, es decir, en su empleador –Televisión Española -, sin que la demandante percibiese lucro alguno como beneficio propio derivado de su actividad, existiendo una cesión de derechos de propiedad intelectual y de imagen, a favor de la demandada que corrobora dicha ajenidad, sin que a ello sea óbice la forma de pago (por unidad), ni que sea la actora la obligada a emitir facturas, pues todo ello constituye la apariencia externa que pretende desvirtuar la realidad de la relación laboral, que el art. 8 LET presume existente entre quien presta un servicio por cuenta y bajo la dirección de otro, y quien lo recibe a cambio de un retribución a aquél, presunción no desvirtuada por la demandada.

En consecuencia, la relación que unía a la actora con TVE es una relación laboral, por reunir todas las notas definitorias de la misma, por lo que el orden social de la jurisdicción es el competente para conocer la pretensión deducida en la demanda rectora de los autos, con arreglo a lo prevenido en el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral en concordancia con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

QUINTO.- En cuanto a la excepción de litispendencia, en relación con los Autos N°392/01 del JS N° 3 de Pontevedra seguidos entre las mismas partes, sobre reconocimiento de derecho y salarios, en los que recayó sentencia el 14.01.02, no puede ser acogida por cuanto, de una parte, siguiéndose la doctrina sentada en STS de 20.10.93, 20.12.95 y 29.03.96, según la cual “la finalidad de la excepción de litispendencia no es otra que la de tratar de evitar la posibilidad de fallos contradictorios, en aquellos casos en que, sobre el mismo asunto, se encuentre pendiente otro proceso, de manera que la sentencia que recaiga en el primero pueda producir en el segundo la excepción de cosa juzgada, si se trata de sus efectos negativos o preclusivos, o determinar el nuevo fallo, si se trata de los positivos o perjudiciales” por lo que se han de exigir, para que esos efectos puedan producirse, que concurren las identidades a las que alude el art. 1.252 del Código civil, doctrina plasmada en STSJ de GALICIA 30.04.98, al exigir para la apreciación de dicha excepción “que el segundo proceso recaiga sobre el mismo objeto que el primero y se formulen en ellos pretensiones idénticas respecto de los mismos elementos individualizados, sujeto, objeto y causa, que es lo que exige el art. 1.252 CC al invocar la identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron”, triple identidad que no se produce, ya que si bien las partes son las mismas en ambos procedimientos, sin embargo, las acciones ejercitadas son distintas, aquí la de despido y en aquellos reconocimiento de derechos y cantidades, por lo que no produciría aquel pleito en este la excepción de cosa juzgada (efecto negativo o preclusivo); de otra parte, y en cuanto al efecto prejudicial, determinante del signo del fallo en estos autos, tal efecto se produciría en el sentido de vincular las cuestiones allí resueltas y que sean necesarias en este litigio, quedando el juzgador de instancia vinculado, en estos autos, a lo allí establecido, en el sentido de no poder apartarse de lo juzgado en firme,

y estos extremos serían muy limitados dada la índole de este procedimiento especial de despido, donde, por otra parte no se señala por el recurrente cuales serían las decisiones vinculantes entre ambos litigios, con lo que también en este aspecto decae el motivo. Por último, añadir que del examen complementario de actuaciones, se observa a los folios 217 y 218 de las actuaciones, una resolución del Juzgado Social Nº3 de Pontevedra recaída en los autos 392/01 que tiene por no anunciado el recurso de duplicación interpuesto contra la sentencia recaída en dichos autos, recurso anunciado precisamente por la ahora recurrente e invocante de la mencionada excepción, resolución que por tanto habría devenido firme, afirmando el impugnante del recurso que esta Sala desestimó el recurso de queja planteado por la recurrente contra tal resolución, sin que la parte excepcionante haya desvirtuado tal extremo, lo que conlleva el decaimiento del motivo por inexistencia de pendencia alguna.

SEXTO.- En cuanto a la excepción de caducidad de la acción de despido, la misma no concurre pues, si bien anteriormente (julio 2001), se le indicó que no utilizase los medios de la demandada y que no acudiese a las instalaciones, lo cierto es que la actora, siguió realizando las mismas funciones y en el mismo lugar que hasta la fecha, siguió recibiendo las instrucciones de la empresa, etc., en estas circunstancias, realmente cuando se produce la extinción contractual es el 30.12.01 para cuya fecha se le comunica la extinción del contrato que vinculaba a las partes, a medio de telegrama de 30.11.01, por lo que presentada la papeleta de conciliación el 17.12.01, celebrándose el acto de conciliación el 26.12.01, es obvio que la acción de despido no está caducada sino que ha sido planteada dentro del plazo que establece el artículo 103.1 de la L.P.L y art. 59.3 LPL, pues el dies a quo, no comenzaría a contar hasta el cese en la actividad (31/12), con lo que se presentó con antelación al mismo, sin que quepa distinguir entre vinculación mercantil y vinculación laboral, pues la relación que unió a las partes es única y objeto de una única calificación jurídica. A mayor abundamiento, la doctrina es unánime en el sentido de exigir en el despido tácito la concurrencia de un acto inequívoco de ruptura del vínculo contractual, de modo que no son aceptables formas encubiertas de despido; así mismo, quien pretende hacer valer la excepción de caducidad debe acreditar de modo fehaciente el día de inicio del computo

de la misma, prueba que la parte recurrente no ha aportado, lo que conlleva la desestimación del motivo.

SÉPTIMO.- En cuanto a la incongruencia omisiva que se denuncia, se argumenta en base a dos alegatos, el primero relativo a la falta de pronunciamiento sobre la polivalencia y la retribución de la actora; el segundo, en relación con la indemnización fijada en la resolución recurrida. Es reiterada la doctrina, entre otras STSJ de Galicia de 08.06.2001 (R. 2.236/2001) y 22.01.99 (R. 5.004/98), que establece que: 1.- la congruencia ha de analizarse en función de la parte dispositiva de la resolución recurrida en relación con las pretensiones de las partes hechas valer en juicio, nunca entre los razonamientos jurídicos de una y otra (TS 4ª, S 08.05.95, R. 1.319/94), tal como se vino interpretando el antiguo art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, actual art. 218 LEC 1/00, al establecer que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstos exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate; 2.- que el principio de congruencia, del art. 218 LEC 1/00, actúa como requisito esencial de la sentencia, asegurando la coherencia entre la parte dispositiva de ésta y los términos en que ha quedado delimitada la cuestión objeto de litigio a través de la pretensión deducida en la demanda o en su ampliación, la oposición a la misma por parte del demandado y la fijación definitiva de las posiciones de las partes en conclusiones, para obtener de esta manera una resolución fundada en derecho y que dé respuesta a lo que la acción plantea, de ahí que la respuesta judicial debe ser adecuada con la pretensión deducida, requisito que no se cumple si la parte dispositiva de la sentencia niega o concede lo que nadie ha pedido (incongruencia positiva), omite la declaración sobre algunas de las pretensiones deducidas (incongruencia negativa) o bien substituye alguna de las pretensiones formuladas por las partes por otra que no haya sido solicitada (incongruencia mixta). Aplicada la anterior doctrina al presente supuesto, la denuncia que se efectúa no puede ser atendida por cuanto: a) de una parte, la resolución recurrida no carece de los datos que se dice por el recurrente, así, se observa como en el refero fáctico en el ordinal séptimo se hace referen-

cia a la jornada de la actora y a la polivalencia, discutida; de otra parte resulta que existe un auto de aclaración de sentencia que incluye el salario de la actora y los conceptos que lo vienen a integrar, por lo que si la parte recurrente no se hallaba de acuerdo con dicho concepto, debió instar su modificación al amparo del apartado b) del art. 191 LPL, por lo que al no atacar tal hecho, viene a aceptar las partidas que lo integran con lo que la presente discusión carece de contenido; b) en cuanto a la indemnización complementaria, esta ha sido solicitada en demanda con fundamento en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y por tal concepto se reconoce, si bien, en cuantía inferior a la postulada, mas conceder menos de lo pedido en ningún caso constituye incongruencia alguna. Por todo lo razonado parece el motivo impugnatorio.

OCTAVO.- Por último, se ataca el fondo de la cuestión al impugnar la declaración de nulidad del despido, denunciando como infringido el art. 55.5 LET, argumentando, en esencia, que la decisión empresarial de rescindir el contrato mercantil carece de vinculación alguna con las reclamaciones de la actora en vía judicial, así como con las denuncias efectuadas por ésta.

La nulidad del despido ha sido solicitada por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24), en particular por vulneración de la garantía de indemnidad, que significa que el ejercicio de acciones no puede suponer consecuencia perjudiciales para el trabajador que las ejercita. Y al respecto, se ha de seguir el criterio mantenido por la Sala en la S. de 14.05.2002 para un supuesto similar en el que es parte esta misma recurrente, donde se ha establecido que: a) cuando se invoca por el trabajador la existencia de vulneración de derechos fundamentales, a él corresponde en primer lugar acreditar la existencia de indicios racionales sobre la existencia de tal vulneración (SSTC 266/1993 y 21/1992), tal como expresamente disponen los arts. 96 y 179.2 de la vigente LPL; b) que acreditados los indicios, corresponde al empleador acreditar de forma cumplida que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión (SSTC 266/1993, 21/1992, 135/1990 y 114/1989), y que los hechos imputados tienen entidad, que existen causas reales, verdaderas y suficientes para calificar de razonable la decisión,

no bastando el mero intento de prueba (STC 95/1993); c) en supuestos “ pluricausales” (SS 21/1992 y 135/1990), se ha admitido por el mismo Tribunal Constitucional la improcedencia del despido –y no su nulidad - cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase al fin antijurídica, 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 “ el despido habría tenido lugar verosímilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario” (STC 21/1992 de 14.febrero).

Son datos esenciales para la resolución del pleito los siguientes: 1.- la decisión de despido de la empleadora, no es disciplinaria sino que se niega la existencia de relación laboral con la demandante y se pretende, desde tal óptica la rescisión de un presunto contrato mercantil; 2.- Se ha constatado en el proceso que en abril del 2001, la actora presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo, a consecuencia de la cual, la Inspección de trabajo efectuó visita el 31.05.2001 a la demandada y como consecuencia de la misma acuerda: a) dar de alta de oficio en Régimen General a la denunciante a cargo de la empresa; b) levantar acta de liquidación de cuotas a la seguridad social; 3.- Que la actora presentó papeleta de conciliación al SMAC el 11.06.01 para reconocimiento de derecho y salarios, seguida de demanda judicial el 26.06.01 le fue estimada por sentencia de 14.01.02; 4.- Se le comunica a la actora, la orden de prohibición de entrada en las dependencias de la empresa y de utilizar los medios de la misma en el mes de julio de 2001, cumpliéndose la misma, no obstante con posterioridad volvió a acceder a las instalaciones y a utilizar los medios allí existentes; 5.- El 30.11.01 se le remite telegrama rescindiendo el presunto contrato mercantil con efectos del 31.12.01.

De los anteriores hechos, aplicada la doctrina expuesta, se concluye la existencia de una causa cierta y constatada para decretar la nulidad del despido de la actora al amparo del art. 55. 5 y 17 ET y 24 CE. En efecto: a).- No existe un motivo razonable que justifique la actuación de la empresa en orden a la decisión de extinguir el contrato de la actora.- b) La decisión de TVE de tal extinción, solo se

entiende, como medida para evitar la integración de la actora en su plantilla y en represalia frente a la actuación de esta denunciando su situación ante la Inspección de trabajo, formulando demanda de reconocimiento de derechos, es mas, la prohibición de acceso a las dependencias de la demandada, se halla directamente vinculada a las reclamaciones de la actora, como se deduce de la conexión temporal con la reclamación sobre reconocimiento de la relación laboral que aquella había planteado. La conducta de la empresa había sido otra, antes de las citadas denuncias ante la Inspección de Trabajo y la reclamación judicial. c).- La realidad probada, revela motivaciones claramente atentatorias a derechos fundamentales, dándose una conducta de represalia evidente.

Siendo ello así y habiendo establecido la STC 54/1995 que “del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al procedimiento, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales para las personas que los protagonizan y en concreto en el ámbito de las relaciones laborales, se traduce en la imposibilidad de adoptar represalias derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos” (garantía de indemnidad), la resolución recurrida, que así lo estima, no vulnera lo dispuesto en el art. 55.5 LET, sino que efectúa correcta interpretación del mismo y por tanto se ha de confirmar la misma desestimando el recurso planteado.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 202 LPL, confirmada la resolución recurrida procede decretar la pérdida del depósito y consignación efectuados para recurrir a los que, una vez firme esta resolución, se les dará el destino legal. Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 233 LPL, se acuerda imponer las costas del recurso a la parte recurrente condenándola al abono de la suma de 300 Euros en concepto de honorarios del letrado de la parte actora impugnante del recurso.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de Suplicación formulado por “T.V.E., S.A.” contra la sentencia dictada el 09.02.00 por el Juzgado de lo Social N° 2 de PONTEVEDRA en autos N 793/2001 sobre DESPIDO seguidos a instancias de M.L.F.H. contra la recurrente, resolución que se mantiene en su integridad.

3412 Recurso nº 2.882/2002

S.S. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. NON CONCURRE DEPENDENCIA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros.

A Coruña, a veintidós de junio de dos mil dos.

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 2.882/2002 interpuesto por Empresa “F.V., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 117/02 se presentó demanda por doña M.O.D. en reclamación de Despido siendo demandado el Empresa “F.V., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1 de abril de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- La actora doña M.O.D. vino prestando servicios para la empresa “F.V., S.A.”, atendiendo ella sola la comarca y zona geográfica del Ribeiro desde el 5 de junio de 1991, percibiendo una retribución media de 500 Euros mensuales, más gastos de locomoción, además de 90 Euros por teléfono y fax.- SEGUNDO.- La actora diariamente por la mañana hablaba con la empresa demandada, comunicándole las previsiones de noticias, dándole instrucciones esta, sobre cuales debía seguir. Tenía asignada en el periódico una página dedicada a la citada comarca que se rellenaba con las crónicas que ella remitía, eligiendo el periódico las noticias a publicar, así como su enmaquetación y titulación.- Para realizar su trabajo la empresa demandada le proporcionó primero un fax y luego un ordenador equipado con módem.- En el año 1997 y en relación con determinadas noticias de la

comarca, fue enviada a Bilbao, Madrid y Oviedo. La actora estaba siempre localizada, pues si surgían imprevistos podía recibir órdenes del periódico, para cubrir una determinada noticia.- Disfrutaba 15 días de vacaciones que la empresa no le abonaba, siendo sustituida en su trabajo por el delegado de ... La empresa le abonaba una cantidad por crónica publicada. Además también recogía publicidad para la página que tenía asignada.- TERCERO.- En fecha 10 de enero de 2002 la empresa demandada rescindió de forma unilateral el contrato que tenía con la actora.- CUARTO.- La actora en fecha 15 de abril de 2001 suscribió un contrato con la "C.C.", cuyo contenido por constar en autos de da por reproducido, mediante el cual tenía asignado 1,30 minutos en el Noticiero y Magazine, percibiendo una retribución de 35.000 pts., y el 20% de comisión por su actividad comercial en la zona del Ribeiro, las noticias que remite al periódico también las utilizaba para cubrir su intervención en la Radio.- QUINTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo representativo de los trabajadores.- SEXTO.- En fecha 31 de enero de 2002 se celebró Acto de Conciliación ante el S.M.A.C., con resultado "Sin Efecto", presentando demanda la actora ante el Juzgado de lo Social Decano el 8 de febrero de 2002."

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.O.D. contra "F.V., S.A.", debo declarar y declaro el despido de la actora IMPROCEDENTE, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de CINCO DÍAS opte entre readmitirla en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido o le abone una Indemnización de 21.735,77 Euros, con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente Sentencia."

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha uno de abril del dos mil dos del Juzgado de lo Social Nº Uno de Ourense, seguido a instancia

de doña. M.O.D. contra la empresa "F.V., SA", por parte de la empresa demandada.

Se plantea como uno de los motivos del recurso la incompetencia de la jurisdicción social en consecuencia procede examinar y resolver con carácter previo y preferente a cualquier otra cuestión la competencia o no de la jurisdicción laboral sin quedar sujeto a los concretos motivos del recurso articulado ni a los hechos probados de la resolución impugnada. Poniéndose de manifiesto a través de la prueba aportada en las actuaciones que la actora viene prestando servicios de "colaboración" para la empresa "F.V., SA" desde 1991 hasta enero del 2002 cuando se rescindió el contrato que tenía con la actora por parte de la empresa de manera unilateral. La retribución se llevaba a cabo en función de la colaboración realizada, extendiéndose mensualmente factura donde se detallaba uno a uno dicha colaboración escrita o noticias remitidas así como los gastos de desplazamiento efectuado y los gastos de emisión de noticias. La cantidad no era fija mensual sino que estaba en función de la colaboración realizada. La actora llevaba la zona geográfica de Ribeiro desplazándose, en consecuencia, al lugar de la noticia para posteriormente redactar la misma. No estaba sometida a horario ni jornada. No tenía que asistir a un centro de trabajo determinado. La empresa le suministró el fax y ordenador con módem para facilitar su trabajo. La actora se encontraba dada de alta en el IAE. El periódico elegía la noticia que esta remitía a efectos de publicación. Los quince días de vacaciones de verano no estaban retribuidas siendo sustituida en el trabajo por el delegado de ... Desde el año 1999 suscribió contrato de arrendamiento de servicios con la "C.C." como comercial y corresponsal para dicha zona geográfica teniendo asignado un minuto y medio en el noticiario para dar noticias sobre la comarca con lo cual las noticias que tenía las utilizaba indistintamente tanto para el periódico como para su intervención en Radio.

En consecuencia poniéndolo en relación con las características de la relación laboral como son la dependencia, ajeneidad y remuneración, acreditado lo siguiente: a.- En cuanto a la dependencia, la actora no estaba sometida a horario ni jornada, respecto de las noticias que remitía la empresa elegía la que le convenía pero no le impone un determinado número de noticias o que debiera seguir algunas en concreto, como lo acreditaba también el hecho de que durante determinados años

estuvo utilizando las mismas noticias para dos empresas, no se encontraba, en consecuencia, sometida a la organización y dirección del empresario; por la empresa se le dio fax y ordenador era precisamente para facilitar su labor de emisión y remisión de noticias. b.- En cuanto a la ajeneidad efectivamente la empresa elegía la noticia a publicar pero incluso la misma noticia podía emitirla por radio la actora como consecuencia del contrato suscrito con la otra empresa. c.- La retribución estaba en función no de una jornada de trabajo sino de la colaboración efectuada, con lo cual hay días al mes que por no emitir noticia alguna no aparece facturado colaboración alguna, no es cantidad constante mensual sino en función de la colaboración; así cuando se iba de vacaciones era sustituida en su trabajo por el delegado de otra zona geográfica y estas no eran retribuidas. En consecuencia de lo dicho la relación que unía a las partes no era de carácter laboral ya que la misma carecía de las características que configuran a dicho tipo de relación, no dándose por ello los requisitos señalados en el art. 1 del ET y de la presunción contenida en el art. 8 del mismo texto.

Efectivamente pueden existir determinados datos como son el hecho de que el empresario escoja la noticia, que se encuentre en comunicación con la actora sobre el detalle de la misma, y le suministre instrumentos para facilitar el trabajo que pudieran hacer pensar la existencia de la relación laboral, sin embargo dichas notas aparecen como la necesidad de organización empresarial incluso con personas que como colaboradoras prestan servicios para la misma pero no con un carácter laboral sino de arrendamiento de servicios de carácter civil. La interpretación flexible en los requisitos configuradores de la relación laboral no puede llevar hasta el extremo de suprimirlos sobre todo cuando no existe ni jornada, ni horario, ni lugar de trabajo, ni salario fijo y determinado entrando así en un arrendamiento de servicios en el que la actora decide donde, como y cuando emitir la noticia y la facultad del empresario de elegir la más conveniente al momento, para eso existían los "contactos constantes" entre ambas partes según consta en las actuaciones.

En consecuencia de lo expuesto se considera que nos encontramos ante arrendamientos de servicios civil y por ello la jurisdicción laboral es incompetente, de conformidad con el art. 1 de la LPL y 9.5 de la LOPJ, estimándose así la excepción planteada por la

empresa. De conformidad con el art. 201 procede la devolución del depósito al recurrente.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Empresa "F.V., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de Ourense de fecha 1 de abril de 2002, con revocación de la misma, se declara la incompetencia de la jurisdicción laboral para el conocimiento de la demanda formulada por doña M.O.D.

3413 Recurso número: 10.474/1997

S.CA. INFRACCIÓNS E SANCIÓNS. DE SEGURIDADE E SAÚDE. INCUMPRIMENTO DA NORMATIVA RELATIVA Á INSTALACIÓN E MANTEMENTO DE GUINDASTRE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López.

En la Ciudad de A Coruña, veinticuatro de junio de dos mil dos.

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 10.474/97, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "C.J.L., S.L." y "C.X., S.L.", domiciliado en (A Coruña) c/..., representado y dirigido por el letrado don M.R.G., contra resolución de 14.10.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en A Coruña de la Consellería de Xustiza, sobre acta de infracción número 389/97. Expediente 354/97. Es parte la administración demandada CONSELLERÍA DE XUSTIZA, INTERIOR E RELACIÓNS LABORAIS, representada por LETRADO DA XUNTA DE GALICIA. La cuantía del asunto es 1.503 euros.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practi-

caron 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 doce de junio de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna en este recurso la resolución de 14.10.97 de la Dirección General de Relaciones Laborales por la que se confirmó otra anterior de la autoridad periférica en A Coruña a través de la cual se les impuso, en régimen de solidaridad, a las empresas "P.X., S.L." y "C.J.L., S.L.", ambas dedicadas a la construcción, una sanción por la comisión de una infracción grave a la normativa sobre prevención de riesgos laborales; la resolución de primer grado dio como probados los hechos consignados en el acta levantada por una inspectora de Trabajo y Seguridad Social a raíz de una visita girada el 28.02.97 a la obra que aquella ejecutaba en régimen de subcontratación, al apreciar que la grúa-torre que se utilizaba tenía la puesta a tierra enterrada en terreno húmedo y sin conectar, con el consiguiente riesgo de que la instalación quedara accidentalmente en tensión; tanto en el escrito de alegaciones, como en el recurso ordinario, adujeron ambas empresas que la grúa-torre estaba en el momento de la inspección fuera de servicio y pendiente de que finalizase su instalación y revisión por la empresa contratada al efecto, de modo que entró en funcionamiento tres días después de haberse realizado la inspección; en el informe ampliatorio de la inspectora interviniente se reafirma en que la grúa estaba en funcionamiento, según se ratificaba en el propio documento presentado con los escritos de alegaciones, donde constaba que la grúa se había instalado ya siete meses antes, conclusión que también deduce de tres hechos direc-

tamente observados, en primer lugar, porque la grúa no exhibía ningún cartel que prohibiera su uso por estar fuera de servicio, en segundo lugar, porque la obra carecía de otros medios mecánicos para subir el material que ya se encontraba instalado en plantas superiores y, en tercer lugar, porque la botonera estaba en la primera planta.

En el escrito de demanda se pretende la declaración de nulidad de la resolución impugnada y de la sancionadora de que trae causa, con base en los mismos razonamientos ya alegados en la vía administrativa; a esa pretensión se opone el letrado de la Xunta de Galicia.

II.- No se discute en la demanda la aplicación al caso de la normativa contenida en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, cuyo artículo 14 consagra el derecho de los trabajadores a una protección eficaz y la correlativa obligación del empresario de proporcionarla, según el alcance que se concreta en la normativa reglamentaria que disciplina cada tipo de actividad laboral, en este caso, la Ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo, aprobada por Orden ministerial de 09.03.71 y la Ordenanza laboral de la construcción, vidrio y cerámica, aprobada por Orden ministerial de 28.08.70, vigentes en lo que aquí interesa según lo dispuesto en los artículos 16 del Convenio interprovincial de la construcción y obras públicas (publicado en el BOE de 20.05.92 por resolución de 04.05.92) y 15 del posterior Convenio general de la construcción (publicado en el BOE de 04.06.98 por resolución de 30.04.98). Pero tampoco se discute que los hechos imputados constituyen una infracción a lo dispuesto en el artículo 47.16.b), sancionado conforme dispone el artículo 49, ambos de aquella ley arriba citada, y es que lo que se niega es la comisión misma de la infracción.

Así, se afirma en la demanda que la grúa no estaba funcionando por estar pendiente de que finalizara su instalación y revisión, pese a aceptarse que se montó en la obra el 16.07.96, por lo que ni existía riesgo alguno, ni tenía valor probatorio lo manifestado por la inspectora interviniente.

Pues bien, debe advertirse que resulta un hecho de ninguna manera discutido que la grúa no estaba en funcionamiento en el momento de la inspección, pues así lo afirmó la acturia tanto en el acta de infracción, como en el posterior informe ampliatorio, de modo

que era forzoso denegar el recibimiento de esa prueba que se interesaba en el otrosí de la demanda (como así se ha hecho en el auto de 14.07.98), pero esa circunstancia no podía evitar la existencia de riesgo, pues no puede olvidarse que la conducta imputada fue el tener en la obra una grúa con la puesta a tierra desconectada y enterrada en terreno húmedo que, aunque en ese momento no funcionaba, podía suponer un riesgo cierto de que se pudiera producir una tensión, deducción que se impone como consecuencia lógica y razonable de la existencia de hechos directamente constatados por la inspectora interviniente y nunca discutidos, tales como la ausencia de cartel indicativo de que la grúa no podía utilizarse, o el hecho de que fuera ese instrumento el único medio de que disponía la obra como elevador de materiales, unido al hecho de que ya se hubiera construido al menos la primera planta y sobre ella ya se hubieran dispuesto materiales, todo lo cual hace que no resultara creíble que la grúa no se hubiera utilizado poco antes, y sobre este extremo nada se ha probado de adverso, por todo lo cual debe prevalecer la veracidad de los extremos consignados en el acta de la inspección, que goza ya de valor probatorio en lo que se refiere a los hechos directamente apreciados o comprobados documentalmente o mediante testimonios allí recogidos, pero no respecto de los juicios de valor al inspector, lo que tiene el alcance de una mera presunción "iuris tantum" que, si bien en un principio supone una mengua del equilibrio probatorio, no está exenta de prueba contradictoria (SsTS de 25.05.90, 20.04.92, 16.02.94, 20.06.95, 23.04.96, 30.11.96, 24.06.97 o 19.06.98). Así pues, debe desestimarse el recurso y, con ello, debe confirmarse la adecuación a derecho de la resolución impugnada, que se ha impuesto en su cuantía mínima al no haberse apreciado circunstancia agravatoria alguna.

III.- La desestimación del recurso no comparte la condena en costas, al no haberse actuado de forma temeraria o maliciosa (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de "C.J.L., S.L." y "C.X., S.L.", contra

resolución de 14.10.97 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial en A Coruña de la Consellería de Xustiza, sobre acta de infracción número 389/97. Expediente 354/97, dictada por la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais.

3414 Recurso número: 10.504/1997

S.CA. INFRACCIÓN MOI GRAVE: CONNIVENCIA COS TRABALLADORES PARA A OBTENCIÓN INDEBIDA DE PRESUNCIÓN POR DESEMPREGO. PRESUNCIÓN DE CERTEZA DAS ACTAS DOS CONTROLADORES. PROBA DE PRESUNCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López.

En la Ciudad de A Coruña, veinticuatro de junio de dos mil dos.

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 10.504/97, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don G.F.F., con D.N.I..., domiciliado en ... (Ourense) representado y dirigido por el letrado don J.B.G.C., contra resolución de 17.10.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Ourense sobre acta de infracción número 72/97. Expediente 8.352/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 3.005 euros.

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 sentenza 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 doce de junio de dos mil dos, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna en este recurso la resolución de 17.10.97 de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales por la que se confirmó otra anterior de la autoridad periférica en Ourense, a través de la cual se le impuso a la empresa "G.F.F.", dedicada a la enseñanza, una sanción por la comisión de una infracción muy grave en materia de prestaciones por desempleo, por haber contribuido a que tres trabajadoras obtuvieran indebidamente aquellas prestaciones; la resolución de primer grado dio como probados los hechos consignados en el acta levantada por dos controladores laborales a la vista de la documentación obrante en el expediente administrativo, de la que concluyeron que se había producido esa connivencia, pues las tres trabajadoras habían sido despedidas por faltas de asistencia al trabajo y, tras haber admitido el empresario la improcedencia del despido, se les reconocieron las prestaciones por desempleo, después capitalizadas por haber constituido con el mismo empresario que las despidió una cooperativa también dedicada a la enseñanza; en el trámite de alegaciones corrigió el empresario la causa del despido, que fue realmente la falta de trabajo y alegó en su defensa que después apoyó a las trabajadoras despedidas a completar la cooperativa que deseaban formar y que no tenía intención alguna de infringir las normas, al tiempo que en ningún momento se lucró de ese comportamiento. Después de la propuesta de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social se dictó la resolución sancionadora, luego confirmada en vía de recurso por la directora general de Trabajo en la resolución de 17.10.97 que aquí se impugna.

En el escrito de demanda se pretende la declaración de nulidad de la resolución impugnada y de la sancionadora de que trae causa, con base en los mismos razonamientos ya alegados en la vía administrativa; a esa pretensión se opone el Abogado del Estado.

II.- No se discute en la demanda la aplicación al caso del artículo 29.3.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, que tipifica como infracción muy grave de los empresarios en materia de prestaciones por desempleo la connivencia con los trabajadores para la obtención indebida de aquéllas, de modo que, si esa conducta estuviera probada, el empresario merecería la sanción establecida en el artículo 37.4, graduada conforme a los criterios del artículo 36.1, ambos de la misma LISOS. Así, lo que discute la representación de la parte actora es la conducta irregular imputada, así como la carencia de valor probatorio de los hechos y conclusiones recogidos en el acta, a cuyo efecto consigna la demanda la mera cita impresa de algunas sentencias del Tribunal Supremo.

Presentaba ya mal aspecto el hecho que originó la conducta después imputada, pues en el escrito de alegaciones comenzaba ya por reconocer el empresario que no había despedido a sus trabajadoras por una causa a ellas imputable (como así figuraba), sino por la falta de trabajo en su academia, extremo que se reitera con cierta vehemencia en los hechos de la demanda cuando se afirma que se vio forzado el empresario recurrente a despedir a sus trabajadoras, "debido a la grave crisis de trabajo en que se encontraba y que no es otra que la escasez de alumnos", lo que, si fuera cierto, no se compadece con el hecho de que poco después se concertara con esas mismas trabajadoras para formar una cooperativa dedicada a la misma actividad que anteriormente le venía produciendo a empresario recurrente unos resultados tan adversos.

Sobre la prueba que el órgano sancionador tuvo en cuenta debe advertirse que las actas de los controladores son instrumentos válidos y adecuados para completar y facilitar la labor inspectora y alcanzan valor probatorio por el hecho de su aceptación por el inspector (SsTS de 19.07.99, 16.03.99 o 23.04.01), sin olvidar que los extremos consignados en el acta de la inspección gozan ya de valor probatorio en lo que se refiere a los hechos directamente apreciados o comprobados documentalmente o mediante testimonios allí recogidos, pero no respecto de los juicios de valor del

inspector, lo que tiene el alcance de una mera presunción "iuris tantum" que, si bien en un principio supone una mengua del equilibrio probatorio, no está exenta de prueba contradictoria (SsTS de 25.05.90, 20.04.92, 16.02.94, 20.06.95, 23.04.96, 30.11.96, 24.06.97 o 19.06.98) y aquí nada ha probado, ni intentado siquiera, el empresario sancionado.

Si bien esta circunstancia podría merecer ya la conformidad a derecho de la resolución sancionadora impuesta, cabe recordar que, como afirma la STS de 23.04.01, las infracciones pueden también deducirse del artículo 1.253 del Código civil (a la sazón vigente) cuando entre un hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, que es lo que aquí sucede, donde se ha deducido de una serie de hechos ciertos y nunca negados (el despido y la posterior formación de una sociedad cooperativa para realizar la misma actividad con las personas despedidas) el deseo de constituir la forma empresarial que mejor conviniera a los intereses de sus fundadores, lo que pasaba por simular la extinción de unas relaciones laborales para obtener después de forma fraudulenta unas prestaciones que, después de capitalizadas, servirían para sufragar las aportaciones iniciales de los socios fundadores o para constituir un caudal inicial suficiente para el desarrollo de una actividad educativa que antes se había llegado a calificar de forma interesada como precaria o ruinosa.

Ya que de otro modo no se alcanza a comprender la extraña actitud del empresario recurrente y el resultado finalmente conseguido, debe desestimarse el recurso y, con ello, debe confirmarse la adecuación a derecho de la resolución impugnada, que se ha impuesto en su cuantía mínima al no haberse apreciado circunstancia agravatoria alguna.

III.- La desestimación del recurso no comporta la condena en costas, al no haberse actuado de forma temeraria o maliciosa (artículo 131.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la repre-

sentación de don G.F.F. contra resolución de 17.10.97 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Ourense sobre acta de infracción número 72/97. Expediente 8.352/97, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES.

3415 Recurso nº 2.856/02

S.S. DESPEDIMIENTO DISCIPLINARIO. IMPROCEDENTE E NON NULO. INEXISTENCIA DE INDICIOS DE VULNERACIÓN DOS DEREITOS FUNDAMENTAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel.

A Coruña, a veintinueve de junio de dos mil dos.

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 nº2.856/02, interpuesto por doña M.M.A.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm.1 de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 48-02 se presentó demanda por doña M.M.A.R. en reclamación de Despido siendo demandado el Empresa "G., S.L." y la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veinticinco de marzo de dos mil dos por el Juzgado de referencia que estimó la excepción de falta de legitimación, desestimación de la pretensión principal y estimación de la subsidiaria en la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La demandante doña. M.M.A.R. ha venido prestando servicios como personal laboral por cuenta y orden de la Empresa "G., S.L.", con una antigüedad de 20

de novembro de 1997, ocupando a categoría de Gericultora y percibiendo un salario mensual de 121.911 ptas. ó 732,70 euros, incluída prorrata de pagas extras./ SEGUNDO.- En fecha 1 de setembro de 1997, la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia, suscribió un contrato de Gestión de Servizos del Centro Sanitario Residencia, asistida para maiores de ... en cuya cláusula Primeira y Tercera dicen: "Primera.- El contratista "G., S.L.", se compromete a la ejecución del presente contrato de gestión de servizos públicos, con estricta sujeción a los pliegos de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas así como al de explotación y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación le dicte la Administración. Los pliegos citados forman parte integrante del contrato y son aceptados plenamente por el contratista, de lo que deja constancia en este acto firmando los ejemplares de los mismos. Tercera.- El plazo de ejecución del contrato es de cinco (5) años, a partir de la firma del presente contrato. Este contrato podrá prorrogarse por períodos anuales hasta un máximo de tres"./ TERCEIRO.- En fecha 2 de xullo de 1999, La Consellería de Sanidade e Servizos Sociais y "G., S.L." acordaron modificar el contrato existente: 1) "Modificar el primer párrafo de la cláusula 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares, quedando este como sigue: "La administración para la explotación del servizo de que se trata y durante el plazo del contrato aportará a los edificios, instalaciones y espacios exteriores correspondientes a la residencia asistida de personas maiores de ... con una capacidade para 160 residentes, distribuidas del siguiente modo: 153 plazas residenciales de tipología asistida, de las cuales 3 se reservan preferentemente en concepto de Estancias Temporales para maiores dependientes con retorno familiar que podrán ser ocupadas en el caso de vacantes por residentes fijos. 7 plazas de tipología válidas, reservadas a cónyuges y/o acompañantes de residentes asistidos. 3) Un aumento en la capacidade del centro, que deberá ir acompañada de un incremento de la plantilla del personal en los términos recogidos en los pliegos que rigen el contrato y en particular en el "Punto III. Criterios de personal del pliego de prescripciones técnicas para la organización, obra, equipamiento y gestión de la Residencia asistida de maiores de ...; esta modificación supone que, "G., S.L.", debe comprometerse a incrementar la plantilla, en 1 ATS/DUE y 4 gerocultores, sin perjuicio del contenido en el Punto III antes mencionado, en relación con la Orden del 18 de abril de

1996 (DOG Nº 88, de 6 de mayo de 1996)./CUARTO.- Las relaciones Jurídicas existentes entre la actora y la empresa demandada "G., S.L." se formalizaron del siguiente modo: A) Contrato de Trabajo de duración determinada Eventual Ley 8/1997, de dos meses de duración suscrito en fecha 20.11.1997, por acumulación de tareas, prorrogado por 6 meses más en fecha 20 de enero de 1998, prorrogado por 2ª vez por otros 6 meses en fecha 20 de xullo de 1998. B) Contrato de Trabajo de duración determinada modalidad obra servizos determinado Ley 63/1997 de 26 de diciembre, en fecha 20 de diciembre de 1998 hasta fin de obra. En el que se insertó la siguiente cláusula adicional: "El objeto del presente contrato de trabajo es mientras esté en vigor el documento administrativo de formalización de contrato de gestión de servizos del centro socio sanitario residencia asistida para maiores de ... La expiración del contrato de adjudicación originará simultáneamente la extinción automática del presente contrato de trabajo.". C) El contrato anterior, se convirtió en contrato indefinido al amparo de la ley 50/98 en 30 de diciembre, mediante comunicación de fecha 14 de setembro de 1999, notificada a la Consellería y al I.N.E.M./ QUINTO.- En fecha 12 de xullo de 2001, la Inspección de Trabajo cursó visita a la empresa "G., S.L.", emitiéndose informe del tenor literal siguiente: En relación con el escrito de denuncia presentado en este Inspección Provincial contra la empresa "G., S.L." se informa que con fecha 10 de mayo de 2001 se giró visita de inspección al centro de trabajo sito en ... En el curso de la visita se mantuvo entrevista con la recepcionista del centro con la vocal del Comité de Empresa doña E.MªC.F. y con el Director del centro. Asimismo, se examinó la documentación laboral y de seguridad social requerida. De las actuaciones practicadas se pudo concluir que la empresa tiene elaborado el cuadro horario complementado con los cuadrantes de turnos y el cuadro de vacaciones sin que se compruebe la realización de excesos de jornada ni infracción en materia de descansos. Respecto a la situación en materia de prevención de riesgos está construido el Comité de Seguridad y Salud existen trabajadores designados para labores de prevención y se ha concertado el Servicio de Prevención. Respecto a la elaboración de la Evaluación de Riesgos Laborales, se deja requerimiento en el libro de visitas para que la empresa la efectúe justificando su relación mediante remisión de copia a esta Inspección./ SEXTO.- La demandante solicitó, al igual que otros compañeros del Centro en

fecha 29 de noviembre del 2001 5 días de libre disfrute para el mes de diciembre del 2001 siendo denegados todos por la Dirección del Centro por la masiva acumulación de peticiones el mes de diciembre que dejarían sin personal al Centro que es asistencial para ancianos de la tercera edad por comunicación escrita del tenor literal siguiente: "En base a la solicitud recibida por esa empresa en relación al disfrute de los días de libre disposición, recogidos en el art. 28 del Convenio, y ante la imposibilidad operativa de proceder a tal concesión, LA EMPRESA PROPONE: El disfrute por cada trabajador de dicho centro, de un día de descanso en el mes en curso a la vista de que el número de días restantes hace imposible otra medida para el correcto funcionamiento del centro de trabajo. Así las cosas, en atención a la plantilla actual, el disfrute de días libres deberá limitarse a un máximo de tres trabajadores por día en el resto de los días del mes de diciembre. Las solicitudes deberán hacerse efectivas en las oficinas antes del día 10.12.01.". En cumplimiento de tal resolución la actora solicitó y disfrutó el día 5 de diciembre del 2001, como día de libranza por asuntos propios./ SEPTIMO.- En 29.11.01, los miembros de la Federación de Servicios Públicos de UGT, don A.G.D. y doña M.A.C.F., presentaron denuncia en la Comandancia de la Guardia Civil de Fene, del tenor literal siguiente: Los cuales son representantes sindicales de la U.G.T., de la Federación de Servicios Públicos, habiendo solicitado autorización los Delegados de UGT del Comité de Empresa para realizar una asamblea informativa el día 28 de noviembre de 14,30 a 15,30 horas en el salón de actos del "C.G.C." de ..., habiendo sido concedida por la dirección. Cuando llegaron al citado Centro para la asamblea, salió la recepcionista negándoles el paso, diciendo que tenía orden de no dejar entrar a los sindicatos en el centro, por lo que le solicitaron si podía bajar algún miembro de dirección para hablar con él, llamando por teléfono a don J.M.P., director médico, diciendo éste que no tenía nada que hablar que no quería sindicatos por lo que se vieron obligados a realizar la asamblea fuera del centro, en el aparcamiento del mismo. Quiere hacer constar que el horario que habían elegido para realizar la citada asamblea no perturbaba el funcionamiento del centro, puesto que es una hora en la que hay cambio de turno. Quieren hacer constar también que doña M.A.C. es miembro electo a nivel provincial de la FSP Y UGT, y que por petición expresa de los trabajadores y a tenor del artículo 9.1 C de la Ley Orgánica de Liber-

tad Sindical, pretendía acceder al centro de trabajo como le faculta la ley./ OCTAVO.- En fecha 3 de enero del 2002 la empresa entregó a la demandante carta de despido del tenor literal siguiente: Muy Sra. Nuestra: Por la presente le comunicamos la decisión de la Dirección de esta empresa de proceder a su DESPIDO DISCIPLINARIO con efecto del día de hoy. Encuentra el mismo su fundamento en los hechos que pasamos a enumerar, los cuales constituyen incumplimientos muy graves y culpables, únicamente merecedores de la sanción de despido. 1. Su rendimiento de trabajo normal ha disminuido voluntariamente en los últimos meses. Dicha conducta se encuentra dentro de lo dispuesto en el Art. 54.2 e) del Estatuto de los Trabajadores ("La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado"). 2. Ha desatendido Ud. las instrucciones recibidas por la compañía en el sentido de llevar a cabo correctamente sus obligaciones labores de acuerdo con las funciones que desempeña en una empresa como la nuestra, donde nuestra actitud es trascendental cara a la satisfacción del cliente para el que prestamos servicios. Dicha conducta es incardinable por tanto dentro de lo dispuesto en el Art. 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores ("La indisciplina o desobediencia en el trabajo"). Por lo expuesto, incumplimientos reiterados, graves y culpables, queda usted DESPEDIDA de esta empresa con efectos a fecha de hoy, rogándole recoja sus objetos personales y abandone las instalaciones donde prestaba sus servicios. A partir del próximo día laborable, tendrá a su disposición la liquidación que pudiera corresponder."/ NOVENO.- En fecha 12 de febrero del 2002 la Jefa del Servicio de Inspección de la Consellería de Sanidade emitió Informe del tenor literal siguiente: "Con fecha 5 de junio del 2001 se llevó a cabo una inspección en el Centro indicado, en el que se mantuvieron entre otras, entrevistas con las dos trabajadoras arriba señaladas. De la entrevista mantenida con las trabajadoras no se desprenden circunstancias o carencias especiales desconocidas por esta Inspección. En el momento de mantener la entrevista con las interesadas, que se encontraban desarrollando su trabajo, se recibe llamada telefónica a la que responde doña. M.M.A.R. Concluida la misma y ante la actitud de nerviosismo percibida por la Inspectora que suscribe se decide terminar la entrevista con las dos trabajadoras."/ DÉCIMO.- La demandante no ostenta la condición de Representante Legal ni sindical de los trabajadores, pero es afiliada al sindicato U.G.T., sin comunicar este

hecho a la Dirección del Centro. UNDÉCIMO.- La empresa dio audiencia de la Carta de Despido al Comité de Empresa en fecha posterior al Despido según manifestó el Presidente del Comité de Empresa en Confesión Judicial. DUODÉCIMO.- En el Libro de visitas de la Inspección de Trabajo no consta levantada Acta de Infracción por normativa laboral de clase alguna en el período 2000 hasta 2001./ DECIMOTERCERO. La empresa tiene más de 25 trabajadores y su actividad es la atención integral de las personas mayores acogidas a dicho Centro./ DECIMOCUARTO.- En fecha 23 de enero del 2002 se celebró ante el S.M.A.C. acta de conciliación con el resultado de intentada sin efecto y en la que se señala: "Manifestándose por el representante de la empresa lo siguiente: Que se opone a los términos redactados en la papeleta de conciliación por no existir en ningún momento persecución sindical alguna ni vulnerar derechos fundamentales ni la tutela judicial efectiva. Asimismo hace constar que el vínculo laboral que une a las partes es mediante un contrato indefinido al amparo de la Ley 50/98 de 30 de diciembre (B.O.E. 31 de diciembre). También debemos mencionar que la indemnización por despido al amparo de dicha ley es de 33 días por año, según redacción de la Ley 63/97. En este acto se la ha ofrecido a la parte contraria la posibilidad de rescindir el contrato ofreciéndole una indemnización de 3.351,94 euros. En concepto de salarios de tramitación 61,74 euros por el concepto de parte proporcional de las pagas extraordinarias, cantidad de 185,27 euros. La solicitante no aceptó la propuesta empresarial por estimar que por las razones que dirá en el momento procesal oportuno, estamos ante un despido nulo".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: 1. Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS DE LA XUNTA DE GALICIA, ha de absolverse al citado Organismo por las razones expuestas en el hecho segundo de la presente resolución. 2. Que con desestimación de la pretensión principal y estimación de la subsidiaria en la demanda deducida por M.M.A.R. contra "G., S.L." en reclamación sobre DESPIDO, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 03.01.02, constituye un despido que debe ser calificado como improcedente, condenando a "G., S.L." a que opte en el plazo de cinco días, contados desde la notificación de la presente,

entre el abono de una indemnización por importe de 731.340 pesetas ó 4.395,44 euros, o la readmisión de la actora en su puesto de trabajo, con abono, cualquiera que sea el sentido de la opción de los salarios de tramitación causados entre la fecha del despido 03.01.02 y la fecha de la presente resolución, por importe de 333.166 pesetas ó 2.002,36 euros, y a seguir abonando un salario diario de 4.063 pesetas o 24,41 euros, hasta que se realice la opción, haciendo saber a la empresa demandada, que en caso de no realizar la opción de manera expresa en el plazo concedido se entenderá que opta por la readmisión."

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 estima la excepción de falta de legitimación pasiva respecto a la codemandada Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia, a la que absuelve, y con desestimación de la pretensión principal y estimación de la subsidiaria declara que la decisión extintiva empresarial de fecha 03.01.02 constituye un acto de despido que debe ser calificado como improcedente, condenando a la empresa también demandada "G., S.L." a soportar las consecuencias legales derivadas de tal declaración, señalando las cantidades correspondientes a salarios de tramitación e indemnización. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la demandante construyendo el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral solicitando la adición de dos ordinales, el decimoquinto y el decimosexto, a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida; proponiendo para el primero de ellos la siguiente redacción: "El Comité de Empresa, integrado inicialmente por cinco miembros, de la lista de U.G.T. y dos de la de CC.OO., ha quedado reducido a dos, por dimisión de los dos vocales de CC.OO., y uno de la U.G.T., además de los suplentes"; y para el segundo: "Con fecha 05.06.01 se llevó a cabo una Inspección en el (C.T.E.V.C.), siendo entrevistadas la actora y una compañera. Dicha entrevista concluye por decisión de la propia Inspección, dado el estado de nerviosismo de las citadas, debido a una llamada telefónica de la dirección a la que responde la actora". Las

revisiones no proceden. La primera, de un lado, porque la prueba de apoyatura, testifical, sería ineficaz a tal fin, al no acomodarse a las exigencias previstas en los arts. 191, letra b) y 194.3, de la Ley Adjetiva Laboral, y de otro, porque, en lo sustancial, viene recogida en el fundamento de derecho tercero (1), letra g), de la sentencia recurrida. La segunda, no solo porque el documento en que se pretende fundamentar -folio 25- aparece transcrito, a la letra, en el hecho probado noveno, sino también porque se aprecia alguna diferencia entre ambos textos, tal como que la llamada telefónica fuera de la dirección, lo que no se recoge en el documento de referencia. En todo caso, ambas revisiones serían irrelevantes a efectos de calificar en derecho y resolver la cuestión litigiosa. Debe, pues, mantenerse en su integro contenido el relato judicial.

SEGUNDO.- Con apoyo en el art. 191, apartado c), de la Ley Rituaria Laboral, en el segundo, y último, de los motivos se achaca a la resolución combatida infracción, por inaplicación, de los arts. 14 y 24.1 de la Constitución, 17 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la citada Ley Procesal; con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 90/97, 73, 74 y 87/98 y de esta Sala de 06.03.00; aduciendo, esencialmente, que cuando se alegue que una decisión a práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, y para la imposición de la carga probatoria no es suficiente con que el trabajador alegue simplemente la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales, poniendo de manifiesto el motivo oculto de aquél acto; añadiendo la recurrente que en el caso presente resulta absolutamente justificada la inversión de la carga de la prueba, a la vista de diversos datos, recogidos en parte en la sentencia, tales como: a) la solicitud del disfrute de días de libre disposición; b) entrevista con la inspección de asuntos sociales -folio 25-, c) no-acreditación de hechos imputados en carta de despido; d) no probada la disminución en el rendimiento en el trabajo; e) no acreditarse el incumplimiento de las instrucciones recibidas de sus superiores; f) haber reconocido la empresa ante el SMAC la improcedencia del despido, sin acreditar mínimamente las razones de su decisión de despedir.. Por ello,

entiende la recurrente, después de insistir en determinados hechos probados y razonamiento del juzgador de instancia, que el proceder de la empresa vulnera la denominada garantía de indemnidad, o derecho del trabajador a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica en la empresa, por la defensa de sus intereses, como expresión del principio a la tutela judicial efectiva.

La temática que en el recurso se plantea está centrada en determinar si el efecto jurídico que la situación sometida a debate habrá de producir, debe ser el de considerar el despido de la recurrente como improcedente, cual sostiene la sentencia combatida; o si, por el contrario, el acto extintivo merece ser calificado como despido nulo, como pretende la actora que recurre. La disyuntiva debe resolverse optando por la tesis que mantiene el juzgador "a quo", por las siguientes razones:

1ª. - Cuando la pretensión deducida en la demanda se fundamenta en la existencia de un trato discriminatorio, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Siendo criterio reiterado del Tribunal Constitucional -por todas, sentencias 38/1981, 135/1990 y 266/1993- que el indicio del trato discriminatorio que atente contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable la decisión extintiva, tanto por la primacía de aquéllos como por la dificultad que el trabajador habrá de encontrar para demostrar la existencia de despido discriminatorio o que lesione otros derechos fundamentales; y si bien no basta la alegación de existencia de vulneración, debiendo probar, al menos indiciariamente, la existencia de causa, una vez acreditados los indicios, los empresarios habrá de demostrar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a cualquier propósito contrario al derecho constitucionalmente reconocido.

2ª. - Las situaciones indiciarias que por la actora-recurrente se alegaron en el escrito inicial del proceso se referían: unas a la manifestación genérica de que "Realmente el despido de la actora, afiliada al Sindicato UGT, se produce por su decido apoyo en todo momento al Comité de Empresa, en las justas reivindicaciones que en beneficio de todos los trabajadores del centro efectúa ante la Dirección de la Empresa." y otras, "la comparecien-

te presentó ante la Empresa, por escrito y verbalmente, diversas reclamaciones, económicas, unas, y sociales, otras. Así: Reclamación verbal, solicitando el abono del plus de nocturnidad, con la advertencia de que si no se lo abonaban de inmediato, ejercitaría las oportunas acciones legales. Reclamación por escrito, solicitando el disfrute de los días de libre disposición, recogidos en el Convenio Colectivo.". Mas, tales situaciones indiciarias, no sólo han quedado huérfanas de prueba -carga procesal que recaía sobre la recurrente-, sino que se han constatado circunstancias que ponen de manifiesto la inveracidad de las mismas. Así, ha quedado acreditado que: a) La demandante está afiliada al sindicato UGT y que no comunicó dicha afiliación a la empresa, sin que en las nóminas aportadas conste deducción de la cuota sindical. b) La actora solicitó, al igual que otros compañeros del centro de trabajo, cinco días de libre disposición en noviembre de 2001, que fueron denegados por la empresa a todos los solicitantes, sobre la base de una razón justificada, cual era que al ser una petición masiva, el último mes del año podía quedar el centro sin personal para dar el servicio asistencia que imparte a los ancianos residentes en el mismo, siguiéndose un criterio igual para todos los solicitantes. c) La empresa denegó a la central sindical UGT el permiso para realizar una asamblea informativa el día 28 de noviembre sobre la base de personar personas externas al centro, por lo que la asamblea se celebró fuera del centro de trabajo, en el aparcamiento del mismo -no existe constancia alguna de la intervención que la actora pudo haber tenido en dicha asamblea. d) Del Comité de Empresa del centro de trabajo, integrado inicialmente por cinco miembros, han presentado la dimisión dos vocales de CC.OO, así como dos suplentes de la misma central sindical, quedando tres vocales de UGT, incluso el presidente, cuyas relaciones con la empresa distan mucho de ser fluidas, no existiendo comunicación entre la dirección de la empresa y el citado comité. e) La patronal codemandada- ha celebrado con el Comité sucesivas reuniones negociando todas las cuestiones susceptibles de discusión. f) La Inspección de Trabajo no levantó acta alguna de infracción a la empresa por vulneración del derecho a la libertad sindical ni por infracción de la normativa laboral durante el año 2000-2001. Y no ha quedado acreditada la reclamación verbal de la demandante solicitado el abono del plus de nocturnidad, ya que la actora trabaja a turnos, pero no en el de noche.

3ª. - Para la imposición al empresario de la carga probatoria de que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, no es suficiente la simple alegación por parte del trabajador de la vulneración de un derecho de esta naturaleza, sino que se requiere la aportación de, al menos, un indicio razonable de que el acto empresarial es constitutivo de tal infracción; sin embargo, en el caso que se resuelve, como queda dicho, no se ha justificado situación alguna determinante de vulneración de derecho fundamental.

4ª. - En el acto conciliatorio previo, celebrado sin efecto en el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 23 de enero de 2002, se recoge en su acta documentadora lo siguiente: "Manifestándose por el representante de la empresa lo siguiente: Que se opone a los términos redactados en la papeleta de conciliación por no existir en ningún momento persecución sindical alguna ni vulnerar derechos fundamentales ni la tutela judicial efectiva. Asimismo hace constar que el vínculo laboral que une a las partes es mediante un contrato indefinido al amparo de la Ley 50/98 de 30 de diciembre (B.O.E. 31 de diciembre). También debemos mencionar que la indemnización por despido al amparo de dicha ley es de 33 días por año, según redacción de la Ley 63/97. En este acto se la ha ofrecido a la parte contraria la posibilidad de rescindir el contrato ofreciéndole una indemnización de 3.351,94 euros. En concepto de salarios de tramitación 61,74 euros por el concepto de parte proporcional de las pagas extraordinarias, cantidad de 185,27 euros. La solicitante no acepto la propuesta empresarial por estimar que por las razones que dirá en el momento procesal oportuno, estamos ante un despido nulo". Estas manifestaciones y ofrecimiento de la empleadora codemandada, no son más que el ejercicio por su parte de la facultad que le venia conferida por el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, al corresponder la opción entre readmisión e indemnización. Por ello, el despido litigioso, no es merecedor del calificativo de nulo, como pretende la recurrente, al no encontrar apoyatura en la normativa contenida en los arts. 55.5 del citado Estatuto y 108.2 de la Ley Rituraria Laboral.

TERCERO.- Si el despido litigioso, por lo antes argumentado, no es calificable como nulo, su adjetivación no puede ser otra que la de improcedente, no sólo por imponerlo la simple exclusión antedicha, con la subsiguiente

te inmodificabilidad, por obvias razones jurídico-procesales, habida cuenta del comportamiento, en vía de recurso, de la empleadora cointerpelada; sino también por el propio contenido de la carta de despido entregada por aquélla a la trabajadora recurrente en fecha 3 de enero de 2002, con el siguiente contenido literal: "Muy Sra. Nuestra: Por la presente le comunicamos la decisión de la Dirección de esta empresa de proceder a su DESPIDO DISCIPLINARIO con efecto del día de hoy. Encuentra el mismo su fundamento en los hechos que pasamos a enumerar, los cuales constituyen incumplimientos muy graves y culpables, únicamente merecedores de la sanción de despido. 1. Su rendimiento de trabajo normal ha disminuido voluntariamente en los últimos meses. Dicha conducta se encuentra dentro de lo dispuesto en el Art. 54.2 e) del Estatuto de los Trabajadores ("La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado"). 2. Ha desatendido Ud. las instrucciones recibidas por la compañía en el sentido de llevar a cabo correctamente sus obligaciones labores de acuerdo con las funciones que desempeña en una empresa como la nuestra, donde nuestra actitud es trascendental para la satisfacción del cliente para el que prestamos servicios. Dicha conducta es incardinable por tanto dentro de lo dispuesto en el Art. 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores ("La indisciplina o desobediencia en el trabajo"). Por lo expuesto, incumplimientos reiterados, graves y culpables, queda usted DESPEDIDA de esta empresa con efectos a fecha de hoy, rogándole recoja sus objetos personales y abandone las instalaciones donde prestaba sus servicios. A partir del próximo día laborable, tendrá a su disposición la liquidación que pudiera corresponder". Siendo de resaltar, respecto a la transcrita misiva, como se afirma en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida: que no han quedado acreditados los hechos imputados en la carta de despido, ni la disminución voluntaria en el rendimiento del trabajo, entre otras razones, por la dificultad de medición del citado rendimiento, aunque si han aparecido indicios de que la actora un día se negó a dar la cena a los ancianos residentes en el centro de trabajo, por lo que fue llamada por la dirección del centro para explicar su conducta sin ser sancionada, y que tampoco se ha acreditado el incumplimiento de las instrucciones recibidas de la empresa en cuanto al modo de la prestación del trabajo y aunque no hubo instrucciones por escrito, no se hizo un seguimiento de las mismas y no se han probado los incum-

plimientos a las citadas instrucciones, si bien, y ligeramente, se ha producido alguna queja no concretada en el tiempo de alguno de los ancianos residentes. Sin olvidar, por otra parte, la postura de la empresa en el acto conciliatorio a que se refiere la razón 4ª de las recogidas en el fundamento derecho inmediato anterior. En definitiva, y por imperio de lo normado en los arts. 56.4, inciso final, del Estatuto de los Trabajadores y 108.1, párrafo segundo, último inciso, de la Ley de Procedimiento Laboral, el despido cuestionado no merece otro calificativo que el de improcedente.

CUARTO.- Por todo lo que queda expuesto, procede rechazar la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento íntegramente confirmatorio del suplicado. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.M.A.R. contra la sentencia de fecha veinticinco de marzo de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso por despido promovido por la recurrente frente a la empresa "G., S.L." y la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3416 Recurso nº 948/01

S.S. CONSTITUCIÓN DE CAPITAL-CUSTE DE RENDA DE PRESTACIÓNS DE SEGURIDADE SOCIAL DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABALLO. EXECUCIÓN DE SENTENCIA FIRME DA XURISDICCIÓN SOCIAL. COMPETENCIA DE XURISDICCIÓN SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel.

A Coruña, a treinta de junio de dos mil dos.

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. 948/01 interpuesto por la Mutua "L.F.M." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, de fecha 26 de abril de 1995 se desestimó la demanda presentada por don F.E.C., en solicitud de declaración de Incapacidad Permanente Total o subsidiariamente parcial, derivada de accidente de trabajo, sentencia que fue recurrida por el trabajador, que interpuso contra la misma recurso de Suplicación ante esta Sala, recayendo sentencia de fecha 17 de abril de 1998, por la que se le declaró afecto de incapacidad permanente total para su trabajo habitual, derivada de accidente de trabajo, declarando responsable del abono de la pensión correspondiente a la Mutua Aseguradora "M.P., S.A." (actualmente asumida por "L.F.M."), con carácter directo y principal y por subrogación, a la empresa Construcciones "S., S.A.", al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social, cada uno en el ámbito de su respectiva responsabilidad.

SEGUNDO.- Iniciada la fase de ejecución, con fecha 5 de mayo de 2000 la Tesorería General de la Seguridad Social remitió a la Mutua liquidación del capital coste de pensión correspondiente a la Incapacidad Permanente Total, con objeto de que procediese a ingresar el importe correspondiente a dicho capital en la cuenta que a tal efecto tenía abierta la T.G.S.S., oponiéndose la Mutua por entender prescrito el derecho de la T.G.S.S., procediendo a devolver la liquidación al citado organismo, quien de nuevo lo remitió a la Mutua, por entender que el plazo de prescripción era de 5 años y no de un 1 año (como se mantenía por aquélla), presentado la Mutua con fecha 10 de octubre de 2000, escrito, en el que suplicaba la declaración de improcedencia de la ejecución que extrajudicialmente llevaba a cabo la Tesorería General de la Seguridad Social, en cuanto a la reclamación del importe del capital coste, interesando así mismo la declaración de prescripción de dicha petición.

TERCERO.- Con fecha 26 de octubre de 2000, se dictó providencia por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, por la que no se accede a lo solicitado por "L.F.M.", por estimar que la jurisdicción social no es competente

para pronunciarse sobre lo peticionado en el escrito citado, al considerar se trata de un asunto de gestión recaudatoria (art. 3.1 b de la L.P.L.), providencia contra la que se interpuso recurso de reposición, por la Mutua con fecha 4 de diciembre del mismo año suplicando se dicte resolución por la que se declare la competencia de este Organismo Jurisdiccional Social para conocer de la cuestión planteada y en consecuencia se entre a conocer del fondo de la pretensión ejecutoria, recayendo Auto, de fecha 22 de diciembre de 2000 por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto, confirmando la providencia del 26 de octubre de 2000 por entender que lo que trataba de impugnar "L.F.M." era un Auto de gestión recaudatoria y que por otro lado, la sentencia ya se había ejecutado, quedando pendiente solamente la parte referente a los intereses.

CUARTO.- Contra dicha auto se interpuso recurso de Suplicación por la Mutua. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

QUINTO.- Con fecha 13.06.01 se remiten las presentes actuaciones al Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, para que emita el oportuno informe sobre incompetencia de jurisdicción.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Por la representación letrada de la Mutua "L.F.M.", se interpone recurso de Suplicación contra el Auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra la providencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense de fecha 26 de octubre de 2000, que confirma la citada providencia, que había declarado que la jurisdicción social no es competente para pronunciarse sobre lo pedido en el escrito de 10 de octubre de 2000, por tratarse de un acto de gestión recaudatoria de la T.G.S.S.; y sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia en único motivo, con amparo procesal art. 191. c) L.P.L. infracción por no aplicación del art. 9.5 de la L.O.P.J. art. 2. b) de la L.P.L., e infracción por aplicación indebida del art. 3.1 b) del mismo Texto Procesal Laboral, alegando fundamentalmente, que la jurisdicción competente era la jurisdicción Social, debiendo declararse la nulidad de lo actuado remitiéndose las actuaciones al Juzgado de procedencia con reposición de los autos al estado en que se encontraban antes de dictarse la citada providencia, para que el juzgador "a quo" entre a conocer del asunto con total libertad de criterio, acudiendo -de

considerarlo necesario- a la práctica de las diligencias para mejor proveer, con intervención de las partes.

La cuestión que se plantea en la presente litis, consiste en determinar, si, -como se entendió por el Magistrado de instancia-, la cuestión objeto de litigio-reclamación en materia de constitución del capital coste de renta de prestaciones de la Seguridad Social, derivada de accidente de trabajo es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, o, por el contrario, -como se entiende por la Mutua recurrente- corresponde a esta jurisdicción social; cuestión de orden público procesal revisable, -incluso de oficio-, con posibilidad, o mejor aún con obligación legal de la Sala, de conocer la totalidad de cuantas actuaciones se han realizado en los autos, sin sujetarse en exclusiva, ni a la relación de hechos probados, ni a la decisión judicial dictada en la instancia, ni tampoco a las alegaciones y argumentaciones que figuren en los escritos de recurso e impugnación.

La solución no ha sido pacífica en la doctrina jurisprudencial, sin bien actualmente, la controversia ha quedado definitivamente zanjada por el Tribunal Supremo que en distintas sentencias dictadas en Unificación de Doctrina (entre otras en las de 3 y 05.11.99, 21.01.00 -Rec. n.ºs. 2.634/98, 2.506/98 y 1.204/1999-) vienen a declarar: "los órganos de la jurisdicción social serán los competentes para conocer de las reclamaciones concernientes a capitales costes de pensión o rentas sociales derivadas de la ejecución de una sentencia que haya declarado la responsabilidad prestacional de un empresario o de la Mutua"; en base a considerar que la iniciación de un nuevo procedimiento se manifiesta innecesario, pues, la cuestión está ya definitivamente resuelta por sentencia firme del orden de la jurisdicción competente, a tenor de cuanto disponen los arts. 9.5 de la L.O.P.J. y 1, 2 y 2. b) de la L.P.L. al tratarse de decidir controversia surgida en el ámbito de la rama social del derecho que afecta a materia de Seguridad Social, y ello por cuanto el art. 235 de la L.P.L. como el artículo 919 de la L.E.C., establecen de manera precisa que la ejecución de las sentencias se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiera conocido del asunto en instancia, y esta regla básica no cede en este caso, porque no está exceptuado de la

regla general y, además, el legislador ha previsto los medios necesarios para la efectividad de los fallos judiciales en los procesos seguidos por prestaciones de pago periódico de la Seguridad Social; y así, el artículo 286 de la L.P.L. dispone que una vez firme la sentencia condenatoria a la constitución de capital, remitirá el Juez copia certificada a la Entidad Gestora o servicio común competente para que, en el plazo máximo de diez días, comunique al Juzgado el importe del capital a ingresar, lo que se notificará a las partes, requiriendo a la condenada para que la ingrese en el plazo de diez días. Eso significa que, sin abandonar el ámbito de la jurisdicción laboral, en este tipo de litigios pueden ejecutarse las sentencias sin el auxilio de técnicas o de pronunciamientos incidentales de otros órganos de la jurisdicción.

Por lo que en aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos, tratándose de la constitución del capital coste derivada de la ejecución de una sentencia firme de la jurisdicción laboral; procede declarar la competencia de esta jurisdicción social para conocer del presente litigio, y en consecuencia, declarar la nulidad de las actuaciones al momento anterior a dictarse la providencia que declaró la incompetencia de esta jurisdicción social, remitiéndose las actuaciones al juzgado de procedencia, a fin de que por el juzgador "a quo" se dicte una nueva resolución, entrando a conocer del fondo de la pretensión. Por lo expuesto

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la Mutua "L.F.M.", contra el auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 26 de octubre del año 2000 y revocando el mismo, debemos declarar y declaramos la competencia de la jurisdicción social para conocer del asunto planteado, y en su consecuencia, se acuerda la nulidad de las actuaciones al momento anterior a dictarse la providencia de fecha 26 de octubre del año 2000, remitiéndose las actuaciones al juzgado de instancia, para que por el juzgador "a quo" se entre a conocer del fondo de la pretensión ejecutoria, dictando una nueva resolución con total libertad de criterio.