

SENTENZAS E AUTOS

DERI
SOC
REVISTA
GAI FGA

3530 **Recurso nº 4.859/99**

S.S. SERVIZO GALEGO DE SAÚDE. CONTRATO INDEFINIDO, NON FIXO DE CA-DRO DE PERSOAL. DEREITO AO COMPLEMENTO DE ANTIGÜIDADE.

Ponente: Ilma. Sr^a. Doña María Antónia Rey Eibe

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.859/99 interpuesto por SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. DOS de SANTIAGO DE COMPOSTELA.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 852/98 se presentó demanda por doña A.F.L. en reclamación de PERSONAL SEGURIDAD SOCIAL siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de septiembre de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La demandante, mayor de edad, presta sus servicios por cuenta del SERGAS, desarrollando las funciones propias de la categoría profesional de A.T.S. en el Hospital Médico Quirúrgico Provincial sito en Santiago, con una antigüedad que data del 14 de marzo de 1988, de acuerdo con las siguientes circunstancias significativas sobre la relación contractual de las partes: 1ª) La demandante comenzó a prestar sus servicios, desarrollando las mencionadas funciones, mediante la celebración entre las partes, en fecha 10 de julio de 1987, de un contrato de trabajo de duración determinada cuyo objeto era la sustitución

ción de tres compañeras de trabajo que disfrutarían de las vacaciones durante los meses de julio, agosto y septiembre de dicho año. La demandante causó baja ante la T.G.S.S. en fecha 30 de septiembre de 1987. 2ª) Las partes suscribieron, en fecha 19 de octubre de 1987, contrato de trabajo de duración determinada para el desempeño de las tareas propias de la categoría de Ayudante Técnico Sanitario en sustitución de una trabajadora de baja laboral por vacaciones y hasta su reincorporación. La actora fue dada de baja ante la T.G.S.S. el 12 de noviembre de 1987. 3ª) Las partes suscribieron, en fecha 14 de marzo de 1988, contrato de trabajo de duración determinada para el desempeño de las tareas propias de la categoría de Ayudante Técnico Sanitario en sustitución de una trabajadora de baja laboral por enfermedad y hasta su reincorporación. La actora fue dada de baja ante la T.G.S.S. el 23 de mayo de 1988. 4ª) Las partes suscribieron, en fecha 26 de mayo de 1988, contrato de duración determinada como medida para el fomento del empleo, al amparo del Real Decreto 1.989/1.984, con la misma categoría que la reseñada con anterioridad, por término de seis meses, contrato que expiró el 25 de noviembre de 1988, fecha en que fue dada de baja ante la T.G.S.S. 5ª) En fecha 26 de noviembre de 1988, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada, al amparo del Real Decreto 2.104/1984, de 21 de noviembre, por acumulación de tareas, cuyo objeto era ocupar la plaza vacante dejada por un trabajador en el Servicio de Enfermería. El contrato finalizó el 20 de diciembre de 1988, data en que fue dada de baja ante la T.G.S.S. 6ª) Las partes suscribieron, en fecha 30 de enero de 1989, contrato de trabajo de duración determinada para el desempeño de las tareas propias de la categoría de Ayudante Técnico Sanitario en sustitución de un trabajador de baja por enfermedad y hasta su reincorporación. Fue dada de baja ante la T.G.S.S. el 31 de marzo de 1989. 7ª) En fecha 4 de abril de 1989, las partes celebraron contrato de duración determinada, al amparo del Real Decreto 2.104/1984, de 21 de noviembre, por acumulación de tareas, cuyo objeto era ocupar la plaza vacante dejada por un trabajador en el Servicio de Pediatría. El contrato fue prorrogado por término de tres meses y finalizó el 3 de octubre de 1989, data en que fue dada de baja ante la T.G.S.S. 8ª) En fecha 9 de octubre de 1989, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada, al amparo del Real Decreto 2.104/1984, de 21 de noviembre, por acumulación de tareas, cuyo

objeto era la reapertura de la planta asistencial. El contrato fue prorrogado por término de tres meses y finalizó el 7 de abril de 1990, data en que fue dada de baja ante la T.G.S.S. 9ª) Las partes suscribieron, en fecha 12 de abril de 1990, contrato de duración determinada como medida para el fomento del empleo, al amparo del Real Decreto 1.989/1984, con la misma categoría que la reseñada con anterioridad, por término de seis meses, contrato que fue prorrogado por seis meses más y la actora no causó baja hasta el 11 de octubre de 1991 en que fue dada de baja ante la T.G.S.S. 10ª) En fecha 14 de octubre de 1991, las partes celebraron contrato de trabajo de duración determinada, al amparo del Real Decreto 2.104/1984, de 21 de noviembre, por acumulación de tareas. El contrato fue prorrogado por término de tres meses y finalizó el 13 de abril de 1992, data en que fue dada de baja ante la T.G.S.S. 11ª) Las partes suscribieron, en fecha 15 de abril de 1992, contrato de duración determinada como medida para el fomento del empleo, al amparo del Real Decreto 1.989/1984, con la misma categoría que la reseñada con anterioridad, que se extinguiría una vez cubierta la plaza a través del procedimiento reglamentario establecido o se produjera su amortización, contrato que duró hasta el 14 de abril de 1993 en que fue dada de baja ante la T.G.S.S. 12ª) La demandante fue nombrada, en fecha 17 de abril de 1993, personal sanitario no facultativo fuera de plantilla por término de seis meses cuyo objeto era la acumulación de tareas en el Servicio de Pediatría. Causó baja ante la T.G.S.S. el 16 de octubre de 1993. 13ª) Las partes suscribieron, en fecha 23 de octubre de 1993, contrato de duración determinada como medida para el fomento del empleo, al amparo del Real Decreto 1.989/1984, con la misma categoría que la reseñada con anterioridad, por término de un año, que se extinguiría una vez cubierta la plaza a través del procedimiento reglamentariamente establecido o se produjera su amortización, contrato que fue prorrogado por seis meses más hasta el 22 de abril de 1995. 14ª) Por último, las partes suscribieron en fecha 15 de febrero de 1995 contrato laboral de interinidad de personal sanitario no facultativo –interinidad por vacante– al amparo del Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, que se extinguiría una vez cubierta la plaza a través del procedimiento reglamentariamente establecido o se produjera su amortización. La actora continúa desarrollando sus funciones bajo la cobertura de este contrato. 2.- La demandante, a partir del 14 de marzo de 1988,

prestó sus servicios sin solución de continuidad, y en todos aquellos períodos de tiempo en que permaneció prestando sus servicios sin contrato formalmente establecido, desarrolló las mismas funciones que hasta entonces. 3.- El T.S.J. de Galicia declaró, mediante sus Sentencias de fechas 4 de julio y 28 de agosto de 1995, que los Convenios Colectivos existentes para el personal de los Hospitales Médico Quirúrgico y Psiquiátrico de Conxo, respectivamente, se aplican a todo el personal sanitario no facultativo y no sanitario contratado laboral eventualmente –bajo cualquier modalidad de contratación eventual– con anterioridad a su integración en el SERGAS. 4.- Mediante Decreto 373/1992, de 17 de diciembre, se produjo la transferencia a la CC.AA. de Galicia del Hospital Médico Quirúrgico Provincial y el Sanatorio Psiquiátrico de Conxo, adscribiéndose al SERGAS con efectos desde el 1 de enero de 1993, y a través del Decreto 447/1996, de 26 de diciembre, se procedió a establecer las bases para la homologación e integración funcional del personal transferido a la Xunta de Galicia de los centros sanitarios de las corporaciones locales, del personal perteneciente al SERGAS con vínculo jurídico funcionarial, de los cuerpos y escalas de la Administración especial sanitaria y cuerpos generales, y de otro personal con vínculo laboral fijo; en su desarrollo, se publicó la Orden de 23 de julio de 1997 en cuya virtud se reguló el proceso de integración en el régimen estatutario de determinado personal del Hospital Médico Quirúrgico Provincial y Sanatorio Psiquiátrico de Conxo, con efectos desde el 1º de enero de 1998. 5.- Presentada reclamación previa, fue desestimada mediante Resolución de 9 de diciembre de 1998.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando como estimo la demanda interpuesta por doña A.F.L. contra el SERVIZO GALEGO DE SAÚDE, debo declarar y declaro que la actora se encuentra unida con dicho Servicio mediante una relación laboral de carácter indefinido y una antigüedad que data del 14 de marzo de 1998, condenando al mismo a estar y pasar por dicha declaración a los efectos legales pertinentes, incluidos los económicos sobre tal antigüedad.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor y declara que dicha demandante se encuentra vinculada con la entidad demandada con una relación laboral de carácter indefinido con una antigüedad que data desde el día 14 de marzo de 1988, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración a los efectos legales pertinentes incluidos los económicos sobre tal antigüedad. Y frente a dicha resolución recurre en Suplicación el SERGAS, articulando un único motivo, al amparo del art 191© LPL, denuncia infracción de lo dispuesto en los artículos 25.1 del ET y art 53 del Convenio Colectivo del Hospital Médico-quirúrgico Provincial y de la jurisprudencia que cita, sosteniendo en síntesis que los trabajadores vinculados mediante “relaciones laborales indefinidas” no tienen derecho a percibir el complemento de antigüedad.

SEGUNDO.- La denuncia que se invoca no puede prosperar, pues los antecedentes fácticos de la cuestión a debatir, teniendo en cuenta que la relación laboral existente entre las partes es de carácter indefinido, extremo éste que no se discute de contrario, es si el derecho a la promoción económica que se cuestiona a través del presente recurso corresponde al personal laboral fijo, o también se hace extensible a quien mantiene una relación laboral indefinida.

En este sentido, el art 53.1 del convenio Colectivo aplicable, determina que “la antigüedad es el incremento de retribución que el trabajador fijo de plantilla experimentará en su sueldo por cada tres años de servicio”, y añade en su párrafo tercero que “asimismo se reconocerán a efectos de antigüedad los servicios prestados a las contrataciones temporales siempre que se adquiera la condición de personal laboral fijo”, lo que podría entenderse a través de una simple lectura del contenido del citado precepto convencional que sería posible distinguir, a efectos de percepción del complemento de antigüedad las relaciones laborales que tienen naturaleza de “fijeza de plantilla” y las que tienen “duración indefinida”. No obstante lo anterior, la aplicación de dicho precepto al amparo del art 3,1 del código civil, y, se aproxima a ella de la aplicación al mismo de la analogía, La Sala llega a la conclusión de que los trabajadores contratados con carácter indefinido deben de ser equiparados a los fijos de plantilla, a los efectos de reconocer también a aque-

llos el complemento de antigüedad, a que se refiere, dado que: a) la categoría de trabajadores con contrato laboral de carácter indefinido, tiene en las empresas, una mayor continuidad, en cuanto a su duración ya que depende de que la plaza que ocupan se cubra reglamentariamente o se amortice, que la de los contratados de forma temporal, en los que dicha duración depende del tiempo señalado en el contrato, de la realización de la obra o servicio determinado etc, y aunque no cabe equipararla totalmente, por el extremo referente a la forma de cubrir sus plazas a la de los contratados con una relación laboral de naturaleza fija, se aproxima a ella.

En este sentido es de destacar la reciente sentencia del TS de 07.10.02, al analizar las consecuencias de la ley 12/01, de 9 de julio, que incorporó al ordenamiento jurídico español la directiva 1999/79 CEE, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que aunque no refiera a un supuesto igual al aquí analizado, distingue con olvido de cualquier referencia a la fijeza de la relación laboral entre trabajadores temporales y trabajadores con contratos de duración indefinida; por lo que procede, previa desestimación del recurso confirmar la resolución recurrida,

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el SERGAS contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número 2 de Santiago de Compostela de fecha 20.09.99, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3531 Recurso nº 3.072-00

S.S. EN PROCESOS SOBRE RECARGO DE PRESTACIONES POR INFRACCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDADE, EXISTE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO ENTRE A EMPRESA INFRACTORA E O INSS, SE ESTE ÚLTIMO DESESTIMA POR SILENCIO A RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA DO TRABALLADOR ACCIDENTADO.

Ponente: Ilma. Sr^{ta}. Doña María Antonia Rey Eibe

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.072-00 interpuesto por "C.O., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. TRES de OURENSE.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 826/99 se presentó demanda por don J.G.G. en reclamación de INFRACCIÓN MEDIDAS DE SEGURIDAD siendo demandado "C.O., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 29 de marzo de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El demandante nacido el día 20.07.48 figura afiliado a la Seguridad Social, número 48/495.401, profesión habitual oficial 1ª encofrador. 2.- El actor don J.G.G. cuando prestaba servicios para la empresa "C.O., S.L." con la categoría de encofrador, en fecha 2 de junio de 1997 sufrió un accidente cuando se encontraba subido en un andamio de dos cuerpos a unos 3,5 metros de altura, al soltar una correa del encofrado, ésta golpeó en el andamio desequilibrándolo, lo que provocó su caída al suelo. El andamio estaba asentado sobre talones, y sin arriostrar, tenía un apoyo deficiente. Por otra parte el actor, si bien en el momento del accidente usaba casco y funda, no llevaba cinturón de seguridad. El actor estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 2 de junio de 1997 hasta el 28 de agosto de 1998. 3.- A consecuencia del accidente al actor le quedaron las siguientes secuelas: "osteoporosis en los huesos del tarso, metatarso, deformidad de la articulación, tibioperoneoestrágala. Deformidad del retropié." 4.- Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 19 de enero de 1999, fue declarado afecto de una incapacidad permanente parcial para su profesión, percibiendo una indemnización de 3.168.000 pesetas. 5.- La Inspección Provin-

cial de Trabajo y Seguridad Social impuso a la demandada una sanción de 250.001 pesetas por falta de medidas de seguridad motivadoras del accidente sufrido por el actor, denunciando, en concreto, incumplimiento de lo establecido en el artículo 197 de la Ordenanza Laboral de la Construcción, artículo 151 de la Orden ministerial de 09.03.71 y de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 31/95; contra dicha resolución la demandada formuló recurso que fue desestimado por la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais por resolución de 11.09.98. 6.- Solicitado del INSS en fechas 25.01.99 y 12.07.99 declaración de la responsabilidad empresarial con el consiguiente incremento de prestaciones derivadas del accidente sufrido el día 02.06.97, el INSS no dictó resolución alguna a la petición del actor.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda presentada por don J.G.G. contra “C.O., S.L.”, debo declarar y declaro que el accidente de trabajo sufrido por el actor se produjo fundamentalmente por la falta de adopción de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo por parte de la demandada y en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que abone al actor las prestaciones derivadas del accidente en un 50% con cargo exclusivo a la misma.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta por el actor y declara que el accidente de trabajo sufrido por dicho demandante se produjo por la falta de adopción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, condenando a la empresa demandada a que abone al trabajador las prestaciones derivadas del accidente con recargo de 50% con cargo a la empresa, recurre en suplicación la empresa demandada, solicitando en primer término. Al amparo del art 191.1 LPL la nulidad de actuaciones, por infracción de los arts 63, 64 y 69 de la LPL. Alega en síntesis el recurrente que en la contestación a la demanda invocó la falta de intento de conciliación ante el SMAC, la cual

no fue resuelta en la sentencia, y que ahora en este trámite reitera, poniéndola en relación con la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, por ser ambas cuestiones relativas al orden público procesal.

SEGUNDO.- En efecto, de una lectura del contenido de la resolución impugnada se observa que se omite cualquier pronunciamiento, al respecto acerca de excepción invocada, más dicha omisión por si sola no implica necesariamente la nulidad solicitada, pues el carácter excepcional de la nulidad de actuaciones requiere la vulneración de preceptos o de garantías procesales que hubieran determinado efectiva indefensión, pues de acuerdo con unánime doctrina de suplicación y en línea con el uniforme criterio del TC “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 vulneración de las normas procesales, sino 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, de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquella resulte imputable a su propia conducta, por lo que en el caso que nos ocupa la falta de pronunciamiento en cuanto al requisito denunciado no conlleva la nulidad solicitada, máxime como así se entiende por las partes y tal extremo se deduce de la redacción de hechos probados, en el sentido de entender que se ha agotado la vía administrativa previa contra el INSS.

TERCERO.- Lo anteriormente expuesto, lleva a la conclusión, al constatarse expresamente en la sentencia de instancia que en fecha 21.01.99 y 12.07.99 el actor solicitó del INSS el correspondiente pronunciamiento de responsabilidad empresarial en aras a solicitar el recargo de la prestación, sin que hasta el momento recayese resolución alguna y que la propia demandante considera agotada la vía administrativa previa, contra dicho organismo, que nos encontramos ante un supuesto de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues si bien se deja a la parte demandante la posibilidad de dirigir su demanda contra quien considere conveniente, en los supuestos en los que no figura como demandada una parte que

tenga interés en el derecho sometido a controversia, la relación jurídico procesal queda irregularmente constituida, impidiendo cualquier pronunciamiento sobre el fondo, defecto que como excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario puede ser apreciable de oficio por el Tribunal que advierta la anomalía.

Nos encontramos pues, en el supuesto de autos con una solicitud de recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad en las que si bien no es una modalidad de prestación de la seguridad social, sino una sanción para la empresa por incumplimiento de una norma de seguridad e higiene y se excluye la responsabilidad del INSS por insolvencia de la empresa, hay que tener en cuenta que dicho organismo es el obligado a tramitar y dictar la correspondiente resolución sobre infracción de medidas de seguridad, y en consecuencia parte interesada en la resolución que pudiera recaer, lo que implica además que le corresponde actuar de manera directa en la protección y tutela de los derechos del trabajador, y aún cuando el abono de la misma corresponda en exclusiva a la empresa, se hace necesaria su presencia en la presente litis.

CUARTO.- En definitiva, la relación jurídico procesal no se constituyó debidamente, al haber sido demandada la empresa con carácter exclusivo, y sin que conste resolución del INSS, contra quien se interpuso reclamación previa, pero no se dirigió la demanda y para lo cual la Sala estima que procede declarar la nulidad de oficio, retrotrayendo las actuaciones para constituir adecuadamente dicha relación, inclusive la providencia en la que se acordó admitir a trámite la demanda, ordenando reponer los autos al momento procesal a fin de que con observancia de lo dispuesto en el art 81.1 LPL se conceda al aparte actora el plazo legal para que subsane la demanda y la dirija contra el INSS y en su caso se celebre el oportuno juicio.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "C.O., S.L.", declaramos de oficio la nulidad de las actuaciones, retrotrayéndolas al momento en que se dictó la providencia de admisión a trámite de la demanda de fecha 10.11.99, a fin de que se le conceda al actor el plazo legal para subsanar la demanda y ampliarla en los términos expuestos.

3532 Recurso nº 5.384-02

S.S. INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DE SUPOSTO DESPEDIMENTO, DADA A EXISTENCIA DE MERA RELACIÓN DE COLABORACIÓN OU VOLUNTARIADO, PERO NON DE VERDADEIRO CONTRATO DE TRABALLO.

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

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.384/02 interpuesto por doña B.T.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 24/02 se presentó demanda por doña B.T.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandada "O.I.D." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiséis de abril 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.- La actora, doña B.T.G., estuvo realizando una actividad de agente de ventas de boletos emitidos por la "O.I.D.". No existe contrato de trabajo. SEGUNDO.- La demandante tiene interpuesta contra la demandada una reclamación de cantidad. La demandada ha sido denunciada por estafa por don H.B.C., quien manifestó en su denuncia trabajar para la empresa ahora demandada y por don D.M.V.. TERCERO.- La demandada firmó un reconocimiento de deuda a favor de la Organización demandada. CUARTO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año anterior al cese de su actividad la condición de delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o delegado sindical. QUINTO.- Presentada

papeleta de conciliación el día 17 de diciembre de 2001, se celebró el acto el siguiente día cuatro de enero de 2002 con el resultado de “Intentada sen efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por doña B.T.G. contra “O.I.D.” debo absolver y absuelvo a la demandada de las peticiones contra elle dirigidas 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- En las presentes actuaciones, seguidas por despido, la decisión de instancia declara expresamente probados en el correspondiente apartado fáctico –y con el mismo valor de HDP, en la fundamentación jurídica: SSTs 17.10.89 Ar. 7.284, 09.12.89 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 13.06.02 R. 2.658/02, 29.06.02 R. 2.324/99, 11.07.02 R. 3.204/02, 12.09.02 R. 3.594/02, 25.10.02 R. 3.512/99, 26.10.02 R. 5.889/91, 26.10.02 R. 4.838/99, 31.10.02 R. 4.663/02, 13.11.02 R. 1.272/02 y 30.11.02 R. 3.934/99– los siguientes extremos: (a) que la demandante «estuvo realizando una actividad de agente de ventas de boletos emitidos por la “O.I.D.”», que «de la prueba practicada únicamente se desprende que la demandante colaboraba con la organización demandada»; (b) que «no existe contrato de trabajo» escrito o verbal, que tampoco constan salarios ni prestación de servicios bajo las órdenes de la demandada e incluso ni siquiera que los beneficios de la actividad de la actora fuesen a parar a la demandada; y (c) se declara igualmente probado que la actora firmó reconocimiento de deuda en favor de la demandada (1.109.365 pts: folio 10) y que ha sido denunciada por estafa, presentada por un tercero que dice prestar servicios para la demandada.

2.- Sobre esta base se desestima la demanda, aunque sin expresa declaración de incompetencia jurisdiccional, siguiendo el criterio que en su preceptivo informe mani-

fiesta el Ministerio Fiscal. Y frente a tal decisión se formula recurso de Suplicación, en cuyo primer motivo se pide revisión de los HDP, pero en base en base a razonamientos y conjeturas que se apoyan en la diversidad probatoria de autos, pero sin proponer texto alternativo alguno. Y se denuncian como infringidos los arts. 1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores, así como el principio «pro operario».

SEGUNDO.- 1.- Ha de reiterarse una vez más –SSTSJ Galicia 23.12.02 R. 1.744/02, 15.06.02 R. 938/99, 16.05.02 R. 1.171/99, 03.05.02 R. 944/02, 07.02.02 R. 6.499/01, 25.10.01 R. 1.458/98, 05.07.01 R. 2.775/01, 20.04.01 R. 2.851/95, 05.03.01 R. 277/01, 08.02.01 R. 5.959/00, 19.01.01 R. 5.470/00, 10.01.01 R. 2.952/98...– que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser –SSTC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos.

Naturaleza que se plasma en el art. 191 LPL (STC 294/1993, de 18 de octubre), cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: SSTCT 04.04.75 Ar. 1.660, 05.10.77 Ar. 4.607; y STS 12.06.75 Ar. 2.709–, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica (STC 17.10.94 Ar. 272), la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316, 326, 348 y 376 LEC, así como el art. 97.2 LPL. Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho, precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

2.- La naturaleza extraordinaria que se ha referido del recurso de Suplicación se traduce en:

a.- Que carezcan de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical (SSTSJ Galicia 10.01.01 R. 2.952/98, 29.03.01 R. 4.594/00, 04.04.01 R. 1.464/00, 30.05.01 R. 2.265/01, 29.11.01 R. 5.426/01, 07.02.02 R. 6.499/01, 22.02.02 R. 3.164/98, 23.12.02 R. 1.744/02 ...).

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 24.02.92 Ar. 1.144; SSTSJ Galicia 27.02.99 AS 5.261, 12.05.00 R. 1.748/00, 07.02.02 R. 6.499/01, 23.12.02 R. 1.744/02...).

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 (SSTS de 17.10.90 Ar. 7.929 y 13.12.90 Ar. 9.784), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03.03.00 R. 499/00, 14.04.00 R. 1.077/00, 15.04.00 R. 1.015/97, 22.06.00 R. 2.756/00, 13.07.00 R. 1.340/97, 13.10.00 R. 2.500/97, 26.10.00 R. 4.397/00, 20.09.01 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 10.01.01 R. 1.791/98, 26.01.02 R. 578/01 y). 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 04.06.76 Ar. 3.434 y 05.07.90 Ar. 6.059; y SSTSJ Galicia 15.12.01 R. 5.948/00, 25.01.02 R. 971/01, 07.02.02 R. 6.499/01, 23.02.02 R. 2.956/98, 20.06.02 R. 1.400/99, 09.12.02 R. 5.325, 23.12.02 R. 1.744/02...).

3.- Todo lo anteriormente indicado nos lleva a rechazar el motivo revisorio, porque se basa en conjeturas y argumentaciones, a la par que no se propone concreta modificación de HDP alguno ni se propone texto alternativo de cualquier género, sino que simplemente se hacen meras disquisiciones respecto de la laboralidad del vínculo existente entre partes.

TERCERO.- 1.- Pero ha de tenerse en cuenta que aunque la decisión recurrida haya desestimado la incompetencia de jurisdicción que se alegaba, de todas formas ha desestimado la demanda por entender que en autos no concurría relación laboral, sino otro tipo de vínculo que califica –acertadamente, según veremos– de «colaboración» en la actividad de la demandada. Y esta circunstancia, la que se admita prestación de servicios, siquiera desprovistos de las notas características de la relación de trabajo, por fuerza supone situarnos en el marco de la incompetencia de jurisdicción, sin que sea procedente la aceptación de la competencia y la desestimación en cuanto al fondo, posibilidad ésta que únicamente es actuable cuando no se cuestiona la naturaleza jurídica de la relación, sino tan sólo la existencia del vínculo inter partes.

2.- De esta forma, pese a lo que en instancia –siguiendo criterio del Ministerio Fiscal– se haya resuelto, lo que en las presentes actuaciones se suscita es la relativa a competencia para conocer la cuestión de fondo, y como se trata de materia que afecta al orden público procesal, por lo mismo se halla sustraída al poder dispositivo de las partes y el Tribunal debe examinarla de oficio en su imperativa observancia de la normativa procesal (art. 9.1 y 6 LOPJ), a la vista de todas las actuaciones y sin vinculación alguna a los hechos

declarados probados en la instancia ni a los concretos motivos del recurso, pudiendo examinar libremente la totalidad de la prueba obrante en autos para así formar su propia convicción fáctica y razonar jurídicamente en la manera que considere más acertada para la resolución del supuesto planteado (SSTS de 30.10.82 Ar. 6.283, 19.12.84 Ar. 6.416, 20.03.85 Ar. 1.351, 18.12.87 Ar. 8.975, 17.05.88 Ar. 4.239, 13.04.89 Ar. 2.967, 08.06.89 Ar. 4.554, 23.10.89 Ar. 7.310, 23.01.90 Ar. 197, 24.01.90 Ar. 204, 06.02.90 Ar. 826, 05.03.90 Ar. 1.755, 17.05.90 Ar. 4.350, 11.06.90 Ar. 5.048, 29.01.91 Ar. 190, 22.02.91 Ar. 863, 02.11.95 Ar. 8.670 y 16.02.98 Ar. 1.809, entre tantas otras; SSTSJ Galicia –entre tantas otras– de 27.04.95 R. 1.081/95, 14.02.96 R. 402/96, 26.03.96 R. 3.912/93, 22.06.96 R. 2.645/96, 29.10.96 AS 3.614, 16.01.97 AS 7, 04.07.97 R. 2.466/97, 23.09.97 R. 3.394/97, 15.03.01 AS 371, 31.01.02 R. 6.357/01, 11.10.02 R. 2.426/99 y 30.11.02 R. 3.699/99)

3.- Y de la escasísima prueba que obra en autos –reconocimiento de deuda, denuncias penales y confesión de la actora– no puede llegarse a otra conclusión que a la que se llegó en la instancia, la existencia de una cierta «colaboración» –quizás la captación de clientes, como se manifiesta en confesión; acaso ayuda en la recaudación, como parece deducirse de la restante documental–, pero nunca a un tipo de vínculo que ofrezca y acredite las características de la relación laboral (sobre ello volveremos luego), y por tal circunstancia mantenemos en su integridad el relato efectuado por la Magistrada «a quo».

CUARTO.- Y esta circunstancia, la de que mantengamos tales datos fácticos y más concretamente la conclusión –que hacemos nuestra– de que la accionante mantenía con la organización demandada relación de «colaboración» –de simple «voluntariado» se le calificó en el acto de juicio–, carente de las notas propias de la relación laboral, por necesidad determina que la censura jurídica por fuerza fracase, haciendo incluso innecesaria toda consideración sobre las concretas infracciones denunciadas, aunque el deseo de proporcionar la más completa tutela judicial –en el aspecto de motivación– nos lleva a proporcionar a las partes ciertas explicaciones complementarias.

2.- En primer lugar ha de destacarse que el recurso afirma que se ha conculcado el principio pro operario, refiriéndolo a los

hechos y sin especificar doctrina jurisprudencial expresiva del mismo.

Este último defecto ya es de por sí suficiente para justificar su rechazo, pues si bien los principios generales del derecho son informadores del ordenamiento jurídico en general (art. 1-4 CC) y constituyen fuente de aplicación en el campo de esta jurisdicción especializada, no cabe olvidar que su posible argumentación no es susceptible de prosperar si no va acompañada de oportuna cita de la Ley o jurisprudencia de la que se deducen o en las que encarnan, por imponerlo así el art. 190-c LPL, que se refiere exclusivamente –como motivo del recurso de Suplicación– al examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia (así, SSTSJ Galicia 25.09.98 R. 2.832/95, 25.01.99 R. 47/96 y 14.12.00 R. 4.192/99).

Y de otra parte, como reiteradamente tiene manifestado esta Sala (a modo de ejemplo, las SSTSJ Galicia de 20.04.92 R. 1.250/92, 20.05.92 AS 2.768, 28.01.93 R. 2.991/91, 24.02.94 AS 714, 20.02.97 R. 312/97, 13.06.97 R. 1.195/95, 30.04.98 R. 755/98, 13.05.99 R. 1.784/96, 24.09.99 R. 541/99, 27.11.00 R. 487/97, 14.12.00 R. 4.192/99, 11.05.01 R. 2.010/07 y 23.03.02 R. 4.297/98), resulta ser de pacífica doctrina juris-prudencial la afirmación de que el referido apotegma –pro operario o pro beneficiario– sólo puede ser invocado para la interpretación del derecho y únicamente cuando surja duda racional en cuanto a los efectos jurídicos de una determinada situación fáctica, pero no cuando el sentido de la misma sea inequívoco, como tampoco es argumentable para la apreciación de la prueba y para fijar los hechos, que el Juzgador ha de captar como emanación de la realidad objetiva tras una valoración que le viene atribuida con carácter exclusivo (SSTS 13.07.90 Ar. 6.116 y 12.02.91 Ar. 829), siendo por lo tanto el principio inaplicable para a su amparo alterar las reglas sobre carga de la prueba o para inclinar en favor del trabajador la apreciación misma de aquella (así, STS 14.03.90 Ar. 2.080)

3.- De otra parte, tal como tenemos indicado en precedentes ocasiones (así, sentencias de 31.01.02 R. 6.357/01, 30.05.01 R. 2.265/01, 29.03.01 R. 4.594/00, 15.03.01 AS 371, 03.11.00 R. 1.832/97, 14.04.00 R. 1.077/00, 20.03.00 R. 5.321/96, 18.02.00 R. 5.596/99, 30.04.99 R. 1.311/99, 16.04.99 R. 1.589/96, 05.02.99 R. 5.375/98, 27.01.99 R. 481/96, 25.01.99 R. 47/96 ...), es ciertamente

a quien alega la existencia de contrato de trabajo al que incumbe demostrar la existencia del mismo, de acuerdo con el art. 1.214 CC (SSTS 23.01.90 Ar. 196 y 05.03.90 Ar. 1.757); y que esta carga probatoria no llega a ser atenuada por el art. 8.1 ET, dado que el precepto ni siquiera contiene propiamente una presunción iuris tantum de laboralidad (al modo de la que contenía el art. 3 LCT), sino más bien una definición de la relación laboral (doctrinalmente se la califica como una «redefinición» del contrato de trabajo), de manera que para que actúe la indicada «presunción» del art. 8.1 ET es preciso que la actividad se preste «dentro del ámbito de organización y dirección 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, 05.03.90 Ar. 1.756, 23.04.90 Ar. 3.480 y 21.09.90 Ar. 7.926), o lo que es igual, la operatividad de la presunción impone el acreditamiento de la prestación de servicios bajo las notas de ajeneidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla (SSTS 23.10.89 Ar. 7.310 y 25.03.91 Ar. 1.894), que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el art. 1 ET (SSTS 07.06.89 Ar. 4.546, 13.11.89 Ar. 8.041, 05.03.90 Ar. 1.755, 04.06.90 Ar. 5.006, 06.06.90 Ar. 5.027, 30.11.90 Ar. 8.618, 27.05.92 Ar. 3.678, 25.05.93 Ar. 4.121, 29.09.93 Ar. 7.090, 04.11.93 Ar. 8.543, 26.01.94 Ar. 380, 27.01.94 Ar. 383, 14.02.94 Ar. 1.035, 07.03.94 Ar. 2.210, 10.04.95 Ar. 6.784, 12.04.96 Ar. 3.075; SSTSJ Galicia R. 636/02 y 13.03.02 R. 1.106/02, y 19.04.02 R. 793/99)

4.- Por todo lo indicado hemos de mantener que en autos no concurre relación laboral alguna que sirva de amparo a la acción por despido, por lo que debemos rechazar el recurso formulado, si bien se ha de rectificar la parte dispositiva de la decisión de instancia, añadiendo pronunciamiento relativo a la competencia jurisdiccional. Y en razón a ello,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña A.M.V.V., revocamos la sentencia que con fecha 26.04.02 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Lugo, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la «O.I.D.», apreciando incompetencia de jurisdicción para resolver las reclamaciones entre partes, cuyo conocimiento corresponde al orden jurisdiccional civil.

3533 Recurso nº 5.391/02

S.S. APLICACIÓN DA TEORÍA GRADUALISTA, Ó EFECTO DO ENXUIZAMENTO DA CAUSA XUSTA DE DESPEDIMENTO POR INDISCIPLINA OU DESOBEDIENCIA.

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

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.391/02 interpuesto por «I.M.E.S., S.A.» contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 498 y 550/02 acumulados se presentó demanda por don L.D.C.G., don G.R.F. y don S.A.B. en reclamación de DESPIDO siendo demandado «I.M.E.S., S.A.» en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha trece de septiembre 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.- para la empresa «I.M.E.S., S.A.», vienen prestando servicios los actores con las siguientes antigüedades, categorías y salarios mensuales prorrateados: don L.D.C. como coger y un salario de 1.106,72 euros; don G.R. como especialista y un salario de 1.035,15 euros, desde el 26.08.99; don S.A. como oficial 2 y un salario de 1.162,09 euros con prorrata. Segundo.- Por medio de cartas de fecha 31.05.02 se comunicó a don L.D.C. y don G.R.F. que se les despedía con efectos desde el 31.05.02 en base a los siguientes hechos: 1.- Don L.D.C.: no realizar los trabajos encomendados el día 20 de mayo, así como los encomendados el día 21, encontrarse en un bar el día 27 de mayo lejos de la zona en donde debía realizar su trabajo. 2.- Don G.R.F.: no realizar los

trabajos encomendados el día 11 y encontrarse en un bar el día 27 de mayo lejos de la zona en donde debía realizar su trabajo. Damos aquí por reproducido el contenido de dichas cartas. Tercero.- A medio de carta de 31.05.02 se acuerda iniciar expediente disciplinario contra don S.A.B., el cual ostenta el cargo de Delegado de Personal, en orden a los siguientes hechos: no realizar los trabajos encomendados los días 11, 20 y 21 de mayo, encontrarse durante la jornada laboral en bares y cafeterías sin motivo justificado, en concreto los días, 8, 9, 22 y 27 mayo. Tras el nombramiento del instructor, se tomó manifestación a distintas personas, realizando alegaciones el trabajador, proponiéndose como sanción el despido disciplinario, que se hizo efectivo, en base a los hechos antes indicados a medio de carta de 17.06.02. Damos aquí por reproducido el contenido de dicha carta. Cuarto.- Presentadas las papeletas de conciliación ante el SMAC el día 11 y 28.06.02, las mismas tuvieron lugar en fecha 25.06.02 y 11.07.02 y con el resultado de sin avenencia, presentando demanda los actores los días 02.07.02 y 19.07.02. Quinto.- El día 11 de mayo se encargó la reposición de todos los puntos de luz apagados en el Camiño de Chumba, cambiándose un fusible en el nº 14, así como la reposición de todos los puntos de luz del Camiño Cacharela, haciéndose constar en el parte de trabajo que se revisaron todos y lucían. A la altura del nº 68 del Camiño de Chumba existían cuatro puntos de luz con las lámparas rotas. Sexto.- El día 20 de mayo se ordena reparar puntos de luz apagados en Camiño Chumba y Cacharela, reponiendo una lámpara en el nº 17 de C. Chumba. Asimismo se repuso un fusible en Toural de adentro frente, en el nº 20. El día 21.05.02 se ordenó revisar y reparar los puntos de luz apagados, haciéndose constar que se revisaron y lucían. El 22 de mayo se ordena la reposición de puntos de luz apagados en el Camiño de Chumba, haciéndose constar por los trabajadores en el parte de trabajo que estaban luciendo. Asimismo se ordena reposición de los puntos de luz apagados en Camiño de Cachafeira, colocándose 3 lámparas rotas. Séptimo.- El día 27.05 los actores junto con dos empleados más se encontraban pintando unas farolas, y toda vez que se había acabado la pintura, decidieron regresar al taller, que se encontraba cerrado hasta las cuatro de la tarde, y como uno de los compañeros quería ir al servicio, pararon en un bar, y de paso decidieron tomar algo. Es práctica habitual

en la empresa que los trabajadores tomen algo en alguna cafetería en el tiempo del bocadillo, no siendo nunca nadie amonestado pro eso, siendo asimismo flexible la franja horaria del tiempo de descanso”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don L.D.C.G. y don G.R.F., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fueron objeto los mismos con fecha 31.05.02 por parte de la empresa “I.M.E.S., 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 los trabajadores o abonarles las siguientes indemnizaciones: don L.D.C.G. 4.595 euros y a don G.R.F. 4.296 euros, advirtiéndolo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión. Asimismo estimando la demanda de don S.A.B., se declara improcedente el despido de que fue objeto con fecha de efectos 17.06.02, debiendo el trabajador optar en el plazo arriba indicado entre la readmisión o la indemnización de 4.384 euros”.

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.- 1.- La sentencia de instancia estimó la demanda y declaró la improcedencia de los despidos por los que se accionaba, con pronunciamiento que la Empresa cuestiona en este trámite denunciando –motivo único– la infracción del art. 54. 2.b y d) ET, arts. 10 –apartados c) y k)– y 11.c) del Código de Conducta Laboral para la Industria del Metal, así como arts. 68 y 69 del convenio Colectivo para las Industrias del Metal sin Convenio Propio (provincia de Pontevedra).

2.- El aquietamiento a los HDP determina que el examen de la denuncia haya de hacerse sobre la base inmodificada de aquéllos, tanto los que expresamente constan en la parte histórica, como las referencias fácticas complementarias que se hacen en la fundamentación jurídica y a las que ha de darse el mismo tratamiento de hecho probado (SSTS 17.10.89 Ar. 7.284, 09.12.89 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 13.06.02 R. 2.658/02, 29.06.02 R. 2.324/99, 11.07.02 R. 3.204/02, 12.09.02 R. 3.594/02, 13.09.02 R. 3.365/02, 25.10.02 R. 3.512/99, 26.10.02 R. 5.889/91, 26.10.02 R. 4.838/99, 31.10.02 R. 4.663/02, 13.11.02 R. 1.272/02 y 30.11.02 R. 3.934/99). En concreto, respecto de imputaciones de las cartas de despido –no llevar a cabo los trabajos encomendados de reposición de puntos de luz los días 11.05 (a uno de ellos), 20 y 21.05 (a los otros dos), así como hallarse el 27 en un bar y lejos de la zona donde debían realizar su trabajo (a los tres)– la decisión recurrida contiene las siguientes afirmaciones: (a) «que los actores no se negaron a cumplir las órdenes dadas y contenidas en los correspondientes partes de trabajo, sino que en todo caso no encontraron los puntos de luz que debían reparar»; (b) «que las órdenes dadas no fueron del todo concretas, pues no se especificaba en qué lugar exacto se encontraban las farolas que debían arreglar por no lucir»; (c) «que no podemos saber si los puntos de luz reparados que se hacen constar en los distintos partes de trabajo se corresponden o no con los que la empresa especifica en las cartas de despido»; (d) «que no existe por parte de los actores una negativa clara y rotunda a obedecer [...] procedían a reparar lo que observaban estaba dañado, pero en modo alguno la omisión de la reparación de otros daños puede calificarse como una omisión dolosa»; (e) que el día 27 «se encontraban pintando unas farolas, y toda vez que se había acabado la pintura decidieron regresar al taller, que se encontraba cerrado hasta las cuatro de la tarde y como uno de los compañeros quería ir al servicio, pararon en un bar y de paso decidieron tomar algo»; (f) es práctica habitual acudir a las cafeterías para el tiempo de bocadillo, sin que nadie fuese amonestado por ello y que la franja horaria para el bocadillo es flexible; y (g) otros dos compañeros «se encontraban con ellos en el bar el día 27 y no fueron ni siquiera apercibidos».

SEGUNDO.- 1.- Respetando en su integridad –como no podía ser menos– estas indicaciones que constan en la sentencia, también la Sala hace suya la conclusión de la Magistrada respecto de que no ha mediado desobediencia dolosa alguna, siquiera se nos presenten más que fundadas dudas respecto de la diligencia y buen hacer de los demandantes, pues nuestra convicción íntima es que resultaba inexistente la dificultad para identifi-

car el trabajo encomendado que la Magistrada aprecia, pues creemos perfectamente identificables los puntos de luz averiados o dañados, tanto de día como de noche, ni entendemos que ofrezca decisiva imprecisión la orden de reponer puntos de luz en el camino de la «Chumba» o de la «Cacharela».

2.- Pero de todas formas, se nos impone la misma conclusión de que tal conducta no se hace acreedora de despido, teniendo en cuenta la doctrina gradualista tantas veces aplicada por esta Sala (así, entre las recientes, SSTSJ Galicia 21.01.00 AS 103 y R. 5.385/99, 15.04.00 R. 1.248/00, 19.01.01 R. 5.470/00, 05.07.01 R. 2.775/01, 13.09.01 R. 3.334/01, 03.10.01 R. 4.202/01, 19.01.02 R. 6.063/01, 13.09.02 R. 3.365/02 y 07.11.02 R. 4.652/02) y conforme a la cual la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (SSTS 04.03.91 Ar. 1.822 y 28.06.88 Ar. 5.486), partiendo –como planteamiento básico– de la consideración de que los «más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano» (STS de 21.03.88 Ar. 2.333), de tal forma que en la valoración de esta conducta no cabe emplear meros criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos), aplicando un planteamiento que no sólo sea individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de manera gradualista y buscando la necesaria proporción ante la infracción y sanción.

Y ello en el bien entendido de que tal criterio gradualista ha de partir de la idea cardinal de que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio básico de la buena fe, que es elemento normativo delimitador del contenido obligacional derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta arreglada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro, conforme eviden-

cian los arts. 5.a y 20.2 ET (SSTS 31.10.84 Ar. 5.360, 18.12.84 Ar. 6.408, 27.02.87 Ar. 1.133, 02.07.87 Ar. 5.060, 16.03.88 Ar. 1.950, 21.03.88 Ar. 2.333, 18.07.88 Ar. 6.171, 31.10.88 Ar. 8.189, 16.01.90 Ar. 128, 28.02.90 Ar. 1.248, 06.04.90 Ar. 3.121, 24.09.90 Ar. 7.040, 21.02.91 Ar. 854, 04.03.91 Ar. 1.822, 16.05.91 Ar. 4.171, 02.04.92 Ar. 2.590, 10.12.92 Ar. 10.074...)

3.- Planteamiento general que se refuerza en la específica consideración de la desobediencia o indisciplina como causas legítimas para el despido, y cuyos requisitos de gravedad y culpabilidad han de ser examinados –como señala la STSJ Madrid 23.02.99 AS 5.653, tal acertadamente citada por la decisión recurrida– a la luz de los diversos factores a tener en cuenta: «de una parte, los que guardan relación con la orden dada, para lo que habrá de valorarse tanto la mayor o menor claridad de la misma, como de manera muy especial la materia a la que afecta y consecuencias que pueda acarrear en la vida de la empresa; de otra, los que atañen directamente a la respuesta del trabajador, para lo que deben considerarse aspectos como la mayor o menor rotundidad de su negativa y el modo en que la expresa (airadamente en público, etc.), así como las razones que le mueven a ello y de forma muy particular, el carácter reactivo o reflexivo de la decisión y la contumacia con que la mantenga; por último, no puede dejar de valorarse la vida laboral previa del trabajador en la empresa». Factores todos ellos que en el supuesto de autos –conforme a la versión judicial de los hechos– no ostentan gravedad y/o culpabilidad que sirvan de razonable base a la decisión extintiva acordada por la Empresa.

Por todo lo anteriormente indicado y porque la segunda imputación (estar en una cafetería el día 27.05) se evidencia en el relato de hechos como absolutamente infundada y no requiere de mayores explicaciones,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por “I.M.E.S., S.A.”, confirmamos la sentencia que con fecha 13.09.02 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Vigo, a instancia de don L.D.C.G., don G.R.F. y don S.A.B., y por la que se acogió la demanda formulada.

3534

Recurso núm. 5.500/02

S.S. POSIBILIDADE DE APRECIACIÓN DE OFICIO DA CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.500/02 interpuesto por don J.L.O.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.O.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado I, S.L. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 551/02 sentencia con fecha seis de septiembre 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).- Don J.L.O.R., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, vino prestando servicios por cuenta y orden de la patronal “I, S.L.” con domicilio social y centro de trabajo en ... (Lugo), CIF ..., dedicada a la actividad económica del comercio de chatarra y recogida selectiva de papel, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo Provincial del Comercio del metal de la Provincia de Lugo, haciéndolo desde el 14.04.00, sin ostentar ni haber ostentado cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores, correspondiéndole percibir un salario bruto mensual de 821,30 euros, incluida la prorrata de 2 pagas extraordinarias y una paga de beneficios, ostentando la categoría profesional de peón. 2º).- La relación laboral se inició a medio de contrato de trabajo de duración determinada, eventual por

circunstancias de la producción, consistentes en “atender acumulación de tareas”, siendo registrado en la Oficina de Empleo de Burela el 09.05.00, con duración pactada de un mes, hasta 13.05.00. Fue objeto de una primera prórroga hasta el 31.08.00; con fecha 04.09.00 subscriben las partes nuevo contrato de trabajo temporal, modalidad obra o servicio determinado, consistente en “la recogida selectiva del papel APRA su reciclaje en el Ayuntamiento de ... y la duración del mismo será hasta la finalización del contrato de prestación del citado servicio de recogida”; fue registrado en la Oficina de Empleo de Burela el día 05.09.00. 3º).- La empresa dio de baja en la T.G.S.S. al trabajador como personal a su cargo con fecha 31.05.02. El trabajador cesó en la prestación de servicios el 31.05.02, no trabajando en junio de 2002. Cobró puntualmente sus retribuciones, entre el día 1 y el 10 del mes siguiente, teniendo pendiente de cobro sólo la mensualidad de mayo de 2002 y la liquidación correspondiente. La empresa intentó preavisarle de su decisión de extinguir el contrato de trabajo de fecha 04.09.00 por finalización de su objeto, extinción acordada con efectos de 31.05.02, y que el trabajador conoció verbalmente, negándose reiteradamente a recoger y firmar citada comunicación escrita de extinción contractual, exigiendo en su lugar una comunicación o carta de despido. 4º).- Se da aquí por reproducido informe de 26.07.02 de la Subinspectora de Empleo doña G.A., que obra en el ramo de prueba de la parte demandada, y que fue asimismo solicitado como documental anticipada por este Juzgado a instancia de la parte demandante. 5º).- Desde principios de agosto de 2002 el demandante trabaja para otra empresa. 6º).- Presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC de Lugo sobre Despido el 08.07.02, celebrándose el preceptivo acto de conciliación previa a la vía judicial laboral el día 22.07.02, concluyendo “intentado sin efecto” por incomparecencia de la empresa demandada. 7º).- Se dedujo demanda el día 23.07.02, siendo repartida por turno a este Juzgado de lo Social con fecha de entrada de 30.07.02”.

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

“FALLO: Que en la demanda deducida sobre despido por don J.L.O.R. frente a la patronal “I., S.L.”, declarando caducada la acción, debo absolver y absuelvo a la deman-

dada de los pedimentos de la demanda rectora de la litis”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte actora, se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que apreciando de oficio la excepción de caducidad de la reclamación contra el despido, absolvió a la empresa demandada, sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto, pretendiendo, como primer motivo de recurso, con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos probados de la sentencia y en concreto el ordinal tercero a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “*A empresa deu de baixa na T.G.S.S. ao traballador como persoal ao seu cargo con data 31.05.02. O traballador continuou na súa prestación de servizos até o 26 de xuño de 2002. Nesa data tiña pendente de cobrar os meses de maio e xuño de 2002 e a correspondente liquidación. Con anterioridade ó 26 de xuño non lle foi entregada ningunha comunicación de despido nin de extinción contractual, tendo coñecemento o 13 de xuño do 2002 da súa situación de baixa na TGSS, presentando denuncia ante a Inspección de Traballo o 14 de xuño de 2002*”. Modificación que se rechaza, pues, la modificación que se contiene en el primer párrafo ya consta en el ordinal que se trata de modificar, y en cuanto al segundo, no se aporta documento que de forma evidente y manifiesta ponga de relieve la equivocación que se atribuye al juzgador, tratando de hacer una nueva valoración de la prueba, ya valorada y practicada en la instancia, bajo los principios de oralidad, intermediación y contradicción (art. 97.2 de la LPL y 632 LC) habiendo llegado a la conclusión de que el trabajador cesó en la prestación de servicios para la empresa el 31.05.02 no trabajando en la fecha que se pretende por el recurrente.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, - sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción por interpretación errónea del art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, interesando se desestime la excepción de caducidad, alegando sustancial-

mente que, la trabajadora había sido despedida verbalmente el día 26 de junio, con posterioridad a la presencia de la Inspección de Trabajo en la empresa, presentando demanda de conciliación el día 04.07.02, celebrándose ésta con fecha 22 de julio, en tanto que la presentación de la demanda tuvo lugar el 30 de julio, no habiendo transcurrido el plazo de 20 días legalmente establecido.

Censura jurídica que no puede prosperar, ya que habiendo quedado inalterado el relato fáctico de hechos probados, del que se desprende, así como de la fundamentación jurídica (con valor de hecho probado): a) que el actor celebró con la empresa demandada, contrato de duración determinada *“eventual por circunstancias de la producción”*, consistente en atender *“acumulación de tareas”*, con la categoría profesional de peón con una duración de un mes, desde el 14 de abril al 13 de mayo del 2000, siendo registrado en la Oficina de Empleo de Burela el 9 de mayo de ese año, que se prorrogó hasta el 31 de agosto, y que con fecha 4 de septiembre suscribió con la misma empresa contrato de trabajo temporal, bajo la modalidad para *“obra o servicio determinado”*, consistente en: *“la recogida selectiva de papel para su reciclaje en el Ayuntamiento de ...”*, y *la duración del mismo será hasta la finalización del contrato de prestación del citado servicio de recogida”*, que fue registrado en la Oficina de Empleo de Burela el día 05.09.00; b) que el trabajador cesó en la prestación de servicios el 31.05.02, habiendo causado baja en la TGSS con igual fecha, no trabajando en junio de ese año, habiendo cobrado puntualmente sus retribuciones entre el día 1 y el 10 del mes siguiente, teniendo pendiente de cobro solo la mensualidad de mayo de 2002 y la liquidación correspondiente, c) que la empresa intentó preavisarle de su decisión de extinguir el contrato de trabajo de fecha 04.09.00 por finalización de su objeto, extinción acordada con efecto de 31.05.02, y que el trabajador conoció verbalmente, negándose reiteradamente a recoger y firmar la citada comunicación -escrita de extinción contractual-, exigiendo en su lugar una comunicación o carta de despido, d) que desde primeros de agosto de 2002 trabaja para otra empresa; e) que presentó papeleta de conciliación ante el SMAC de Lugo, sobre despido, el 08.07.02, que fue intentada sin efecto el 22 de julio del mismo año, presentando demanda con fecha 23 de julio; esta Sala entiende que, dado que el trabajador cesó en la prestación de servi-

cios el 31.05.02, decisión empresarial que el trabajador conocía perfectamente, no importando que la comunicación fuera solo verbal, pues fue él quien reiteradas veces se negó, no sólo a firmarla, sino a recoger tal comunicación escrita, pretextando que debía serle entregada carta de despido y no comunicación de finalización de la relación contractual por fin de su objeto (fundamentación jurídica con valor de hecho probado), es claro que su acción estaba caducada al haber presentado papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. 08.07.02, cuando ya habían transcurrido más de 20 días hábiles para accionar por despido, computado desde el 01.06.02 por lo que se estima correcta la decisión adoptada por la Magistrado de Instancia, al haber apreciado de oficio la caducidad de la acción, aún cuando no hubiera sido expresamente alegada por la recurrente. 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 debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don J.L.O.R., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Lugo, de fecha seis de septiembre de dos mil dos, dictada en autos núm. 551/02, seguidos a instancia del recurrente, contra “I., S.L.”, sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3535 Recurso núm. 5.266/02

S.S. EXISTENCIA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO FRAUDULENTO, ENCUBRIDOR DUN VERDADEIRO CONTRATO DE TRABALLO ESTIPULADO CON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LOCAL.

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

A Coruña, a veinte de enero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nome do Rey
ha dictado a seguinte

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.266/02 interpuesto por CONCELLO DE OURENSE contra la sentenza del Juzgado de lo Social núm. DOS Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.P.R.A. en reclamación de DESPIDO sendo demandado CONCELLO DE OURENSE; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 668/02 sentenza con fecha veintiséis de setembro de dos mil dos por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentenza se declaran como hechos probados los seguintes:

“PRIMERO.- La actora doña M.P.R.A., ha venido prestando servizos para el Organismo demandado “CONCELLO DE OURENSE” sin solución de continuidade, desde el 13 de enero de 1997, como ludotecaria y percibiendo una retribución mensual, de 545,48 €, a efectos indemnizatorios. SEGUNDO.- Desde la fecha indicada 13.01.97, la actora suscribió con el Concello demandado, los seguintes contratos: En fecha 13 de enero de 1997, suscribió, contrato de traballo a tempo parcial, por lanzamiento de nueva activiad, el cual fue sucesivamente prorrogado hasta el 12.01.00. Sin solución de continuidade, en fecha 01.02.00, 03.07.00, y 02.10.00, suscribió contrato administrativo, bajo la modalidade de asistencia técnica, para la dinamización de las ludotecas Municipales, con una duración de dichos contratos, hasta el 30.06.00, 30.09.00 y 30.06.01, respectivamente. Durante dichos periodos realizó las mismas funciones que venía realizando y en los mismos centros de traballo. En fecha 01.07.01, suscribe contrato de traballo de duración determinada para obra o servizos determinado para prestar servizos como ludotecaria, en los meses de xullo, agosto y setembro del 2001, siendo la obra obxecto del contrato, ludotecas municipales. En fecha 01.10.01, suscribe nuevos contratos de traballo, de duración determinada, para obra o servizos determinado, para prestar servizos como ludotecaria, en la obra “ludotecas municipales”; estableciendo la cláusula tercera de dicho contrato que la duración del mismo es

desde el 01.10.01, hasta el 20.06.02. Dichos contratos figuran todos ellos incorporados a autos, teniendo aquí su integro contenido por reproducido. TERCERO.- La actora, acudió a su centro de traballo, prestando sus servizos durante los días 1, 2, 3, y 4 de xullo; el día 4 de xullo acudió igualmente al centro, encontrándose el mismo cerrado, y con un cartel en el se indicaba que permanecería cerrado hasta el mes de setembro. CUARTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado las condiciones de representante legal de los traballadores. QUINTO.- Interpuesta reclamación previa, no consta haya sido contestada”.

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.P.R.A. contra CONCELLO DE OURENSE, debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora y en consecuencia condeno al citado Organismo a que a opción de la misma la readmita en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le indemnice la cantidad de 4.470,59 €, en concepto de indemnización así como los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido a la de la presente resolución, en el caso de que opten por la readmisión, advirtiéndose que la antedicha opción deberá efectuarse por las actoras ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución”.

CUARTO.- Contra dicha sentenza 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 sentenza de instancia estima la demanda interpuesta por la actora, declara improcedente su despido y condena al CONCELLO DE OURENSE, a que a opción de la traballadora, la readmita en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le indemnice en la cantidad de 4.470,59 €, así como le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la de la presente resolución, en el que caso de que opte por la readmisión. Frente a dicha resolución, interpone recurso la representación procesal del Ayuntamiento condenado, al obxecto de que se revoque la sentenza de instancia, se desestime la demanda y, en definiti-

va, para que se absuelva a la citada Entidad Municipal, articulando a tal objeto dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de hechos probados y el segundo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicita el Organismo recurrente, en primer lugar, la supresión íntegra del hecho probado primero, en el que se señala: *"La actora doña M.P.R.A. ha venido prestando servicios para el Organismo demandado "Concello de Ourense" sin solución de continuidad, desde el 13 de enero de 1997, como ludotecaria y percibiendo una retribución mensual de 545,48 €, a efectos indemnizatorios"*. Supresión que no se acoge por la Sala, por cuanto de la prueba documental que se cita en este motivo, no se desprende que la actora no haya prestado servicios para el Concello demandado desde la fecha que se indica en el citado hecho probado, 13 de enero de 1997, y ello con independencia de la naturaleza de la relación (laboral o administrativa), cuestión que más adelante será objeto de examen.

En segundo lugar, se interesa la modificación del hecho probado segundo, para que se suprima del párrafo tercero del mismo la expresión *"sin solución de continuidad"*, y ello sobre la base de que en el período comprendido entre el 13.01.00 al 31.01.00 la actora no tuvo relación alguna con el Ayuntamiento de Ourense, además porque la relación posterior a partir del 1 de febrero de 2000 al ser administrativa y no laboral supone una evidente ruptura en la relación laboral. Igualmente se propone la supresión de la expresión contenida en el mismo párrafo: *"Durante dichos períodos realizaron las mismas funciones que venían realizando y en los mismos centros trabajo"*. Tampoco resultan acogibles estas supresiones ya que en dicho hecho probado se recoge precisamente la relación de fechas y respecto a "sin solución de continuidad" se refiere a los contratos celebrados a continuación del 01.02.00 y los sucesivos, constando además en los mismos que venían realizando las mismas funciones y en los mismos lugares.

Con el mismo amparo procesal pretende el Organismo recurrente la supresión del hecho probado tercero. Pero no se accede a tal modificación ya que respecto a la finalización de los contratos el 30.06.02 ya aparece recogido en el hecho probado segundo y lo

recogido en dicho hecho probado tercero no aparece contradicho por la prueba documental que cita el recurrente.

TERCERO.- Al amparo del artículo 191.c) de la LPL se denuncia por el Ayuntamiento recurrente inaplicación del art. 1.3 a. y g. del ET por entender que lo que ha existido son contratos administrativos y que el citado artículo excluye del ámbito de aplicación del ET todo trabajo que se efectúe en desarrollo de una relación distinta de la laboral, citando en apoyo de su tesis las sentencias del TS la de 09.10.97, 15.12.97 y 20.04.92 en cuanto a falta de competencia de la jurisdicción laboral para enjuiciar pretensiones derivadas de contratos administrativos, no existiendo realización de funciones sino objeto de contrato, ni centro de trabajo ni retribución mensual sino precio del contrato, que igualmente la presunción del art. 8.1 del ET favorable a la existencia de una relación laboral queda desvirtuada si se demuestra la sujeción al régimen administrativo en virtud de las cláusulas expresamente incorporadas al contrato.

Respecto de las primeras infracciones citadas, y tal como se declaró por este mismo Tribunal en su sentencia de fecha 16 de diciembre de 2002 (Rec. 5.107/02) resolviendo supuesto similar al ahora enjuiciado referido a otras trabajadoras contratadas por el mismo Ayuntamiento y en las mismas circunstancias que la actora, la calificación jurídica que merezca la relación mantenida entre las partes, no viene condicionada por la denominación que se le atribuya o por la opinión que al respecto puedan manifestar los propios interesados, pues como reiteradamente declara la doctrina jurisprudencial, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligatorio, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes (STS 21.06.90 Ar. 5.048); debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el "nomen iuris" empleado por los contratantes (STS 23.10.89; Ar. 7.310); siendo así que la determinación del carácter laboral de la realización que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una libre calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (SSTS de 21.07.88 y 05.07.90; Ar. 6.059). De todo ello se deriva que lo esencial

a tal efecto, será la valoración que merezcan las circunstancias concretas en que efectivamente se venía desarrollando la relación entre los litigantes.

De las condiciones laborales en que la actora venía realizando su trabajo se desprende que el mismo desde su inicio reunía todos los requisitos exigidos por el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores para que proceda su inclusión en el ámbito laboral. La existencia de una relación de trabajo, según constante y reiterada jurisprudencia, exige la concurrencia de las notas de ajeneidad y dependencia a las que se refiere el art. 1.1º del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la prestación de servicios 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 1.990/109); así pues, la 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 esta circunstancia que el trabajador se halle comprendido en el círculo organizativo rector y disciplinario del empleado, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (SSTS 7 de noviembre de 1985, 9 de febrero de 1990, RJ 1.990/886). Por lo que, para que sea efectiva la presunción favorable a la existencia del contrato de trabajo, que establece el art. 8.1º del Estatuto de los Trabajadores, es preciso que concurran los requisitos antes apuntados (STS 5 de marzo de 1990; RJ 1990/1.756), no bastando la mera realización de una determinada actividad a favor, o por cuenta de la persona que la retribuye; bien entendido que la dependencia no se configura en la actualidad como una subordinación rigurosa e intensa, habiendo sido estructurada, primero por la jurisprudencia y luego por las propias normas legales, en un sentido flexible y laxo, bastando con que el interesado se encuentre, «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona» (STS 21 de mayo de 1990), si bien la concurrencia de esta circunstancia debe exigirse en todo caso, en mayor o menor grado, pero estando siempre presente en la relación entre las partes, pues en caso contrario se corre el peligro de desnaturalizar absolutamente el contrato de trabajo trayendo a este ámbito del derecho relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que lo caracterizan. Es por tanto fundamental analizar la casuística que puede presentarse en cada supuesto concreto para determinar cuál es la verdadera

naturaleza jurídica del vínculo, sin que quepa establecer normas o principios generales para una determinada profesión o actividad, pues el modo y manera de realización de la misma puede diferir enormemente de unos casos a otros y no cabe aplicar en todos ellos una misma calificación.

En el supuesto que ahora se examina, existe un período temporal comprendido entre el 1 de febrero de 2000 hasta el 30 de junio de 2001, en el que las partes contratantes, después de agotarse el período de duración máximo del contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad inicialmente pactado, suscribieron sendos contratos administrativos, pero durante la vigencia de los mismos, se siguieron prestando servicios en las mismas condiciones laborales que regían cuando el vínculo era de naturaleza laboral, siendo de apreciar la concurrencia de todos los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues se trata de una realización en la que existe dependencia en la ejecución de los trabajos convenidos, pertenencia al ámbito de organización y dirección del empresario (el Ayuntamiento de Ourense) las funciones que venía desempeñando la actora, las hacía con total sujeción a un régimen marcado por el Concello y bajo su organización, estando sometido a un horario y percibiendo una retribución, sin que ninguna influencia tenga a estos efectos que el abono se efectuase previa factura presentada por la actora.

En resumen, resulta evidente de conformidad con el art. 1.1 del ET que la prestación de servicios contratada tenía naturaleza laboral, por cuanto se realizó en el ámbito de organización y dirección de la empresa (El Ayuntamiento) concurriendo las notas de remuneración, ajeneidad y dependencia, existiendo la presunción favorable a la relación laboral según el art. 8.1 del ET.

A mayor abundamiento, para que la relación laboral tenga una duración determinada es necesario que concurra alguna de las causas de temporalidad establecidas en el ordenamiento laboral, fundamentalmente en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, y que además se cumplan los requisitos que la Ley impone a tal fin. Pero en el presente caso no concurren estos requisitos, lo que impide considerar que nos encontramos ante una relación laboral por tiempo determinado. Esto se pone de manifiesto en el último contrato temporal suscrito entre las partes, en el que no consta la causa de la temporalidad del contrato, teniendo declarado el Tribunal Supremo,

entre outras, en la reciente sentencia de 20 de marzo de 2002, que "la causa de la temporalidad del contrato no solo tiene que existir sino que además tiene que ser recogida y expresada en el documento que refleja dicho contrato; pues si tal documento no dice nada sobre la causa determinante del contrato, y en consecuencia sobre la modalidad de contratación temporal utilizada, en principio se ha de tener por inexistente, debiéndose presumir que nos encontramos ante un nexo contractual de naturaleza definitiva".

Y esto es lo que acontece en el supuesto que nos ocupa, en el que los últimos contratos suscritos no precisan ni concretan en parte alguna del mismo cual es la causa que justifica la duración determinada, por ello mismo la relación laboral de autos ya sería de carácter indefinido. Pero como bien se afirma en la sentencia recurrida, con anterioridad a la suscripción de estos contratos de duración determinada últimamente celebrados, la relación ya sería indefinida, por cuanto al finalizar la primera contratación laboral, se continuó prestando servicios sin que se hubiese suscrito contrato laboral alguno hasta el 1 de julio de 2001, por lo que los últimos contratos de duración determinada ya lo fueron en fraude de ley.

Conviene resaltar también que según tiene declarado el TS en sentencias, entre otras, de 04.07.88, 13.09.88 y 18.03.91 "no cabe exonerar al Estado y a las demás entidades públicas cuando actúan como empresarios, de la obligación de ajustarse, cuando celebra contratos temporales a las normas generales o coyunturales que, en cada caso, regulan el tipo concreto que se proponen concertar, sino que al contrario dichas obligaciones vienen impuestas por el principio de vinculación de la Administración a la legalidad y al Derecho", así por ello resulta que la regla general es concertar los contratos por tiempo indefinido, siendo, en consecuencia los contratos de duración determinada los previstos en la ley y con el cumplimiento de los requisitos exigidos en la misma (art. 15) considerándose, de conformidad con el art. 15.3 del ET la presunción de contratos indefinidos los contratos temporales celebrados en fraude de ley. Por ello el contrato inicialmente suscrito 13.01.97 por lanzamiento de nueva actividad, que fue prorrogado sucesivamente hasta 12.01.00, y mediando menos de veinte días se realizaron sucesivos contratos "administrativos", realizando siempre las mismas funciones, posteriormente cambiando la calificación el 01.07.01

que de nuevo se suscriben otros contratos de duración determinada hasta el 04.07.02, en consecuencia, dada las irregularidades en la contratación efectuada por la demandada desde el inicio de la relación laboral era la misma indefinida con independencia de los contratos suscritos sucesivamente y de la calificación que se le de a los mismos han de entenderse realizados en fraude de ley al faltarle los requisitos causales que determinan la temporalidad de los contratos.

Por todo ello, se rechaza la censura jurídica a que el motivo del recurso se contrae, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. Y en función de todo ello,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el CONCELLO DE OURENSE, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Ourense, de fecha 26 de septiembre de 2002, recaída en los presentes autos 613/02 seguidos por despido a instancia de la trabajadora doña M.P.R.A., frente al Organismo recurrente, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3536 Recurso núm. 5.409/02

S.S. NULIDADE DE ACTUACIÓNS, POR VULNERACIÓN DO DEREITO DO TRABALLADOR DEMANDANTE A INTERPOÑER QUERELLA POR FALSEDADE DOCUMENTAL, EN RELACIÓN CON FINIQUITO ADUCIDO POLO EMPRESARIO DEMANDADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a vinte de enero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.409/02 interpuesto por "P.V., S.L." contra la

sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D. J. R. S. R. en reclamación de DESPIDO siendo demandados don A.F.V. y "B., C.B."; don R.F.V.; doña R.Y.L.; doña M.A.M.P., don J.F.V., doña M.M.G.R., don J.R.G.P.; doña D.F.V. y "P.V., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 601/02 sentencia con fecha trece de septiembre 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:

"1º) El demandante en autos don J.R.S.R., cuyas circunstancias personales constan en autos, vino prestando servicios para la empresa "P.V., S.L.", con domicilio social en ..., dedicada a la actividad económica pesquera, con CIF ..., en el barco ... que tiene su puerto base en ... (Lugo), con antigüedad de 27.07.00, categoría profesional de cocinero, y correspondiéndole percibir un salario bruto mensual de 2.322 incluida Parte Proporcional de Pagas Extras, sin ostentar ni haber ostentado cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores, haciéndolo en virtud de relación laboral concertada por tiempo indefinido. 2º) La empresa "P.V., S.L.", subrogó en su plantilla al demandante como sucesora de la empresa "B., C.B.", con efectos de 01.05.01 y respetándole todos los derechos adquiridos en la última. 3º) Al trabajador le fue abonado el líquido correspondiente a su recibo de salarios de mayo de 2002 el día 06.06.02 -1.298,92 €. 4º) Al no abonársele la nómina de junio de 2002 contactó con la empresa el 08.07.02, que le dio largas, comprobando el actor el 11.07.02 que con efectos de 31.05.02 le había dado de baja la patronal en la T.G.S.S. como personal a su cargo. 5º) Presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC de Lugo el día 19.07.02, celebrándose con data 05.08.02 el preceptivo acto conciliatorio previo a la vía judicial laboral, concluyendo "sen avinza". Se dedujo demanda el día 08.08.02, siendo repartida por turno a este Juzgado de lo Social con fecha de entrada de 19.08.02. 6º) Al demandante no se le han liquidado las vacaciones del periodo 07.02.02 a 26.05.02, fecha la última en la que dice la empresa causó baja voluntaria".

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

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don J.R.S.R., sobre despido, contra la Empresa "P.V., S.L." debo declarar y declaro la improcedencia del mismo y en su consecuencia, debo condenar y condeno a dicha empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión del trabajador demandante o el abono de una indemnización de SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y UN EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (6.791,85 €), entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión o por la indemnización procede la primera; y, además, de ser readmitido al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (08.07.02) hasta la de notificación de la Sentencia, a razón de 77,40 diarios de sueldo, y que hasta la fecha de la presente resolución ascienden a la suma de CINCO MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS DE EURO (5.185,80 €). Se absuelve a la empresa "B., C.B.", y a sus comuneros don A.F.V.; don R.F.V.; doña R.Y.L.; doña M.A.M.P., don J.F.V., doña M.M.G.R., don J.R.G.P.; doña D.F.V., por no alcanzarles responsabilidad en esta litis".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada "P.V., S.L." 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 de la empresa demandada, se interpone recurso de suplicación, contra la sentencia que estimando la demanda, declaró improcedente el despido del actor, condenándola a que en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, opte entre la readmisión, o el abono de una indemnización de 6.791,85 €, así como al pago de los salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, absolviendo al resto de los demandados; que articula en tres motivos diferentes, en el primero, se denuncia, con adecuado amparo procesal, quebrantamiento de forma, a fin de que se repongan los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento que han producido indefensión, y en

concreto, infracción de los arts. 86.2 de la LPL 225.3 de la LEC, 238.3º, y 240 de la LOPJ, 6.3 del CC. y art. 24 de la C.E., alegando en síntesis, que al no reconocer el trabajador, la firma en los documentos de finiquito y ser estos trascendentales para resolver la litis, debía suspenderse el procedimiento y conceder a actor un plazo de 8 días para que acreditase haber interpuesto querrela por falsedad; en el segundo interesa la revisión de los hechos declarados probados, y en el tercero, denuncia, con carácter subsidiario, para el caso de no ser estimado el primer motivo de suplicación, infracción por inaplicación del art. 49.1 d) del E.T. en relación con el art. 1.214 del CC., alegándose sustancialmente que solicitó libremente y con pleno conocimiento su baja voluntaria en la empresa, desembarcando el 26.05.02, y también con carácter subsidiario y para el caso de no ser estimados los anteriores motivos, denuncia infracción, por interpretación errónea del art. 59.3 del E.T., al entender que la acción de despido estaba caducada.

Como trámite previo, por ser materia de orden público, -apreciable incluso de oficio-, procede analizar si se han infringido normas o garantías del procedimiento generadoras de indefensión, por cuanto la estimación de dicho motivo haría innecesario entrar en el análisis del resto de los motivos denunciados; así se denuncia infracción del art. 86.2 de la LPL. en relación con el 238.3 y 240 de la LOPJ, por entender se daba una cuestión prejudicial de carácter penal, pues habiendo sido citadas las partes a la celebración del preceptivo juicio oral y requerido el actor a los efectos de reconocer las firmas obrantes en los documentos 1 y 2, (folios 72 y 73) no las reconoce como suyas y dado que aquellos tienen influencia decisiva en el pleito (de su autenticidad o falsedad depende la existencia de un cese voluntario o en su caso de despido); es evidente que por el Magistrado de instancia no se dio debido cumplimiento a lo que al efecto dispone el art. 86.2 de la LPL, en el que se establece: "en 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, continuará el acto del juicio hasta el final, y con suspensión de las actuaciones posteriores, el órgano judicial concederá un plazo de 8 días al interesado, para que aporte documento que acredite haber presentado la querrela, la suspensión durará hasta que se dicte

sentencia o auto de sobreseimiento en la causa criminal, hecho que deberá ser puesto en conocimiento del Juez o Tribunal por cualquiera de las partes"; por lo que al no haberlo hecho así, y ante la eventual indefensión ocasionada, procede, de conformidad con los arts. 238.3º y 240 de la LOPJ, declarar la nulidad de las actuaciones a partir del momento de la finalización del acto del juicio oral, a fin de que por la Magistrado de instancia, con suspensión del plazo para dictar sentencia, se confiera a la parte actora el plazo de ocho días para que acredite la interposición de querrela por falsedad.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando la petición principal del recurso interpuesto por "P.V., S.L." contra la sentencia de fecha trece de septiembre de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número UNO de Lugo, en proceso promovido por don J.R.S.R. frente a don A.F.V. y "B., C.B."; don R.F.V.; doña R.Y.L.; doña M.A.M.P., don J.F.V., doña M.M.G.R., don J.R.G.P.; doña D.F.V., y con revocación de la misma debemos declarar y declaramos la nulidad de las actuaciones con reposición de los autos al momento inmediatamente posterior al acto del juicio oral, a fin de que por la Magistrado de instancia, con suspensión del plazo para dictar sentencia, conceda a la parte actora el plazo legal de ocho días para que acredite la interposición de querrela por falsedad.

3537 Recurso núm. 5.279/02

S.S. GRAVIDADE E CULPABILIDADE DA CONDUCTA IMPUTADA POA EMPRESA Á TRABALLADORA DESPEDIDA, QUE XUSTIFICAN O SEU DESPEDIAMENTO DISCIPLINARIO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRATUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintiuno de enero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.279/02 interpuesto por doña A.G.G. 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 A.G.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “V., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 221/00 sentencia con fecha veintiuno de agosto 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.- Que la actora comenzó a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada “V., S.L.”, dedicada a la actividad de elaboración de pizzas y productos cocinados para su venta a domicilio y con domicilio en Vigo, Rúa ..., en el centro de trabajo sito en la c/ ..., con antigüedad desde el veintiuno de julio de mil novecientos noventa y siete, categoría profesional de encargada y percibiendo un salario mensual de ciento cuarenta y ocho mil ochocientos veintisiete pesetas (148.827 pesetas), ochocientos noventa y cuatro cuarenta y siete céntimos (894,47 €), con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- Que desde junio de mil novecientos noventa y nueve la actora era Jefa de Tienda, siendo ésta denominada dentro de la empresa como Local doce. TERCERO.- Que el local en el que la actora prestaba sus servicios, tuvo desde enero de mil novecientos noventa y nueve a treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y nueve unos beneficios de siete millones quinientas setenta y nueve mil cuatrocientas cuarenta y una pesetas (7.579.441 pesetas), cuarenta y cinco mil quinientos cincuenta y tres euros treinta y seis céntimos (45.553,36 €), presentando desde el uno de junio de mil novecientos noventa y nueve hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve unas pérdidas de dos millones cuatrocientas trece mil quinientas doce pesetas (2.413.512 pesetas), catorce mil quinientos cinco euros cincuenta

céntimos (14.505,50 €). CUARTO.- Que el lunes catorce de febrero del dos mil el local tuvo unas ventas de cincuenta y tres pizzas, mientras que la media de los lunes desde enero del dos mil era de ciento cuarenta y cuatro pizzas, presentando un total de ciento treinta y siete masas de pizzas tiradas, mientras que la media del local era de veinte masas diarias. QUINTO.- Que ante estos datos, la actora fue invitada por el Director de Operaciones Sr. A. a presentarse en la Central de la empresa en Vigo, solicitándose al local el Control de existencias del día catorce de febrero de dos mil, manifestándose desde éste que ha desaparecido, sin que la actora pueda dar cuenta de él. Igualmente en dicha fecha desaparecieron los cuadros horarios del personal del local de un año, que se llevó la actora, por entender que como los confeccionaba ella, eran de su propiedad. SEXTO.- Que como consecuencia de estos hechos se procede a realizar una investigación y a abrir expediente contradictorio a la actora el diecisiete de febrero de dos mil, con suspensión cautelar de empleo y sueldo a la actora, notificándosele carta de la misma fecha, mediante burofax con certificación de contenido y acuse de recibo, emitido el veintiuno de febrero de dos mil, por negarse a firmar la actora, en la que se imputaban la existencia de un posible fraude ala empresa en el ejercicio de sus funciones, alteración de documentos de tráfico empresarial e incumplimiento de los manuales internos de funcionamiento, dando a la actora cinco días APRA realizar alegaciones. SÉPTIMO.- Que como consecuencia de la investigación realizada se detectaron los siguientes hechos: 1º Que la diferencia entre las masas vendidas y facturadas en el local y las servidas, en el periodo comprendido entre el uno de junio de mil novecientos noventa y el treinta y uno de enero de dos mil fue de cinco mil. 2º Que el número de tarjetas de descuento del 50% expedidas por el Departamento de atención al Cliente, en el mismo periodo, fue de ciento noventa y dos, habiéndose aplicado el descuento en un total de quinientas veintinueve ocasiones. 3º Que el número de pizzas sin cargo expedidas en dicho local y en el mismo periodo, ascendió a mil ciento veintiséis. 4º Que existía un descuadre, en el mismo periodo, de casi ocho veces, en la oferta dos por uno, entre las realmente vendidas y las registradas, con duplicación de tiket. 5º Que se había aplicado en el indicado periodo descuento por tarjeta joven en dos mil quinientas sesenta y ocho ocasiones. OCTAVO.- Que la

actora presentó alegaciones, el veintiuno de febrerote dos mil, formulándose por el Instructor del expediente propuesta de sanción de despido por la comisión de falta muy grave, con base en los anteriores hechos, en fecha veinticinco de febrero de dos mil y en fecha veintinueve de febrero de dos mil la actora formuló alegaciones. NOVENO.- Que mediante carta de fecha tres de marzo de dos mil y con base en los hechos antes reseñados, recibida por la actora el seis de marzo de dos mil, se procedió a su despido desde la fecha de la carta. DÉCIMO.- Que la media de masas tiradas era, en el periodo contemplado de diecinueve con setenta y cinco unidades diarias, frente a cuatro con cincuenta y unas unidades del periodo anterior y cinco con cuarenta y dos unidades de media de la cadena. UNDÉCIMO.- Que las masas de pizza facturadas al local, en el periodo en el que la actora fue Jefa de Tienda, ascendió a sesenta mil noventa y seis y el de ventas a cincuenta y cinco mil trescientas cuarenta y una y desde el uno de enero de mil novecientos noventa y nueve al treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y nueve las facturadas fueron treinta y cinco mil setecientas cuarenta y cuatro y las ventas treinta y cuatro mil seiscientos cincuenta y ocho. DUODÉCIMO.- Que los encargados tienen facultades para realizar descuentos o entregar pizzas gratis como consecuencia de quejas justificadas de los clientes, debiendo de dar cuenta al Departamento de Atención al Cliente. DÉCIMO TERCERO.- Que la demandada abrió en Santiago, en el periodo comprendido entre el uno de junio de mil novecientos noventa y nueve y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve otro local, en las proximidades del primero y situado en ... DÉCIMO CUARTO.- Que la caducidad de las masas de pizza es de siete días, siendo competencia del encargado realizar los pedidos de masas y otros ingredientes y estos y aquellas que guardaban en una cámara, con las adecuadas condiciones higiénicas y de temperatura, un poco pequeña para el volumen de facturación. Los pedidos se servían dos veces por semana. DÉCIMO QUINTO.- Que cualquier empleado del local puede realizar anulaciones de pedidos, modificaciones de pedidos o emitir tickets dobles. DÉCIMO SEXTO.- Que la actora no ha ostentando la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del despido. DÉCIMO SÉPTIMO.- Que en fecha veintiuno de marzo de dos mil tuvo lugar el preceptivo 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 desestimando la demanda formulada por doña A.G.G. contra “V., S.L.”, debía de declarar y declaraba la procedencia del despido efectuado, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la demandada 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.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión de despido deducida en la demanda, interpone recurso la trabajadora demandante al objeto de obtener su revocación y que se estime la demanda, articulando a tal objeto dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de hechos probados y el segundo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicita la recurrente la revisión de los hechos probados tercero, cuarto, quinto, séptimo y décimo, a fin de que se sustituyan por otros en el sentido que expresa el primer motivo de recurso, en la forma siguiente:

* Respecto al ordinal tercero, se propone la siguiente redacción alternativa: *“Que en el local en el que la actora prestaba sus servicios, desde enero de mil novecientos noventa y nueve y treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y nueve tuvo unos beneficios de siete millones quinientas setenta y nueve mil cuatrocientas cuarenta y una pesetas 7.579.441 ptas/45.553,36 €, que desde 01.06.99 hasta el 01.12.99, tuvo unas pérdidas de 2.413.512 ptas/14.505,50 € debidas a un aumento de vengas que implicaba un aumento de pedidos, que muchas veces se estropeaban y fermentaban por la insuficiente capacidad de la cámara de conservación”.*

*En cuanto al hecho cuarto, para que se sustituya por esta redacción: *“Que el lunes*

14 de febrero del 2000 el local tuvo una venta de 53 pizzas, mientras que la media de los lunes de enero del 2000 era de 144 pizzas, se puede comprobar en la documental apartada por la empresa, pero en el mes de febrero la propia empresa, pero en el mes de febrero la propia empresa abre otro local L38, en la misma zona lo que implicó la disminución de ventas, causa ajena a la voluntad de la actora, siendo única responsable la propia empresa, pues debería de haber previsto que al abrir otro local en la misma zona disminuiría las ventas del local ya existente, y a pesar de ello no avisó a la actora, ni limitó sus pedidos, pudiendo comprobarse que desde que se abrió ese segundo local las ventas a la mitad.*

* Respecto al hecho quinto, se interesa su supresión y se sustituya por la siguiente redacción: *“La empresa era conocedora de las existencias iniciales de la semana anterior, sabía los pedidos por los albaranes, si bien no presenta los últimos albaranes de las dos semanas de febrero, que obran en su poder, conoce las ventas por el ordenador, y sabes pues las existencias finales. No se ha acreditado que la actora hubiera extraviado la documental requerida. En cuanto a los horarios realizados por la actora, se modificaban continuamente y nunca la empresa le pidió el archivo de los mismos, de hechos no existen copias de empresa. Y no se ha manifestado qué perjuicio causó a la empresa la existencia o no existencia de dichos horarios”.*

*En cuanto al hecho séptimo, se propone el siguiente texto alternativo: *“Que los hechos que manifiesta la empresa fueron detectados en su propia investigación y no han sido debidamente acreditados”.*

*Finalmente, respecto al hecho décimo, se interesa que se suprima y se sustituya por otro con el siguiente contenido: *“Que teniendo conocimiento la empresa de la situación de la cámara y del hecho de que se tenían que tirar muchas masas fermentadas no adoptó ninguna medida al respecto, responsabilidad que no era de la actora pues como manifestó la representante legal de la empresa doña M.Z.A.A. a la pregunta de si sabía que la cámara era pequeña, declara “que no le consta y el todo caso no sería problema de la confesante”. De la documental aportada, unida a la declaración de su representante legal se ha constatado que no existe control por la empresa, una falta de organización y desinterés ante los datos que obraban en su poder”.*

Las modificaciones que se proponen no pueden tener favorable acogida. La primera, relativa al hecho tercero, porque pretende sustentarse, por un lado, en prueba testifical (en base a las declaraciones del Director de Operaciones, Don A. A.), la cual no resulta procesalmente hábil para la revisión del relato fáctico (artículo 191.b de la LPL) y, por otro, los documentos que cita (folios 174-178) se refieren a la cuenta de explotación del negocio, y ninguno coincide con el texto alternativo, dándose además la circunstancia de que se acepta por la recurrente la existencia de ganancias durante los cinco primeros meses del año 1999 y de pérdidas a partir del mes de junio, coincidiendo con el período en que ostentó el cargo de jefa de tienda.

La segunda, referente al hecho cuarto, porque carece de todo sustento documental o pericial que pudiera permitir la revisión, citando el documento obrante al folio 80 de los autos, referido a una gráfica elaborada por la empresa sobre la evolución de las ventas los lunes desde el 3 de enero de 2000 hasta el 16 de abril siguiente. Además, en el hecho probado décimo tercero de la sentencia de instancia se declara que el nuevo local se abre a partir del mes de junio de 1999.

Respecto a la supresión del hecho quinto y su sustitución por la redacción anteriormente señalada, tampoco resulta acogible, por cuanto el juzgador “a quo” alcanzó el contenido del mencionado hecho probado, valorando prueba testifical y de confesión judicial, y no existe documental alguna incorporada a los autos que evidencie error en la valoración de la prueba por parte del Magistrado de instancia, sin que la Sala pueda volver a valorar aquellas pruebas en un recurso de naturaleza extraordinaria como el de Suplicación.

La cuarta modificación que se postula, relativa a la modificación del hecho séptimo, ha de ser igualmente rechazada, por su evidente contenido valorativo de naturaleza jurídica, incompatible con su inclusión en el relato fáctico.

Finalmente, en cuanto a la modificación del hecho probado décimo, tampoco resulta acogible, en cuanto no se cita documento o pericia del que pueda desprenderse el error del Juzgador “a quo”.

TERCERO.- En el motivo destinado a censura jurídica, y por el cauce del art. 191, apartado c), de la Ley de Procedimiento Laboral, se articula el segundo, y último, de los

motivos del recurso, en el que se denuncia infracción del artículo 1.214 del Código Civil, en relación con la teoría del “onus probandi”, así como del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, y de la jurisprudencia que lo desarrolla, y del artículo 24 de la Constitución en relación con el principio “pro operario”. Se argumenta por la parte recurrente, en esencia, que las deficiencias detectadas en la organización de su sistema de trabajo no pueden ser imputadas a la trabajadora, que tan solo ostenta la categoría de jefe de local, y que aun admitiendo que fuese responsable de parte de las pérdidas, es desproporcionada la sanción impuesta, citando las Sentencias del Tribunal Supremo de 28.01.84, 23.10.86, 13.11.89 y 15.10.90 sobre la exigencias de los principios de justicia y equidad que exigen una proporcionalidad y un análisis de circunstancias.

CUARTO.- A la vista del inalterado relato histórico de la sentencia recurrida, la cuestión litigiosa radica en determinar si la conducta de la trabajadora es de suficiente gravedad y culpabilidad para ser merecedora de la sanción impuesta por la empresa, entendiendo el Magistrado de instancia que los hechos son graves y culpables y constitutivos de despido procedente; o si, por el contrario, el alcance ha de ser el propugnado por la trabajadora recurrente, de declaración de improcedencia del despido, por no haber incurrido 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, que el trabajador incurra en un incumplimiento contractual, que debe ser grave y culpable, siendo necesario que concurren 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 de la actora, el Tribunal alcanza la conclusión de que existe la causa de despido invocada por el empleador; estimándose que los incumplimientos laborales imputados a aquella revisten la suficiente gravedad para ser merecedores de la sanción de despido, por cuanto tras la investigación realizada por la empresa se han detectado diversas y graves irregularidades en el negocio del que la demandante era la jefa de tienda, y máxima responsable de la actividad que en el local se desarrollaba, así, consta en el hecho probado séptimo: 1º Que la diferencia entre las masas vendidas y facturadas en el local y las servidas, en el periodo comprendido entre el uno de junio de mil novecientos noventa y el treinta y uno de enero de dos mil fue de cinco mil. 2º Que el número de tarjetas de descuento del 50% expedidas por el Departamento de atención al Cliente, en el mismo periodo, fue de ciento noventa y dos, habiéndose aplicado el descuento en un total de quinientas veintinueve ocasiones. 3º Que el número de pizzas sin cargo expedidas en dicho local y en el mismo periodo, ascendió a mil ciento veintiséis. 4º Que existía un descuadre, en el mismo periodo, de casi ocho veces, en la oferta dos por uno, entre las realmente vendidas y las registradas, con duplicación de ticket. 5º Que se había aplicado en el indicado periodo descuento por tarjeta joven en dos mil quinientas sesenta y ocho ocasiones. También consta igualmente en el relato probatorio, que a partir de la fecha en que la demandante pasó a desempeñar el cargo de “jefa de tienda”, en el mes de junio de 1999, el local comenzó a soportar pérdidas económicas importantes, mientras que en los cinco primeros meses del año, se habían obtenido unos beneficios de 7.579.441 pesetas, en los últimos siete meses las pérdidas ascendieron a 2.413.512 pesetas. Mientras que el número de masas tiradas en los primeros meses del año era del 4,5, a partir del mes de junio de 1999,

se produce un incremento espectacular pasando a una media de 19.75 masas tiradas, con un elevado volumen de desperdicios y las consiguientes pérdidas para la empresa. Se demostró igualmente, y así se declara probado, importantes desviaciones en la aplicación de ofertas y promociones de la cadena “P.M.” en el local en que la actora era “jefa de tienda”, apareciendo registradas un elevado número de pizzas de venta gratuita, comprobándose la duplicidad de tickets, de modo que de una misma primera pizza con regalo, se hacían varios tickets, que posteriormente era utilizados para justificar una segunda pizza gratis.

De dicho comportamiento se desprende la existencia de base fáctica suficiente para apreciar un despido procedente por transgresión de la buena fe contractual, pues los hechos que se imputan a la trabajadora en la carta de despido han quedado debidamente acreditados, por cuanto su certeza así resulta del inalterado relato probatorio de la sentencia recurrida y de lo razonado por el Magistrado de instancia en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada, ya que en la misma se evidencia un incumplimiento contractual grave y culpable, conclusión que el Magistrado alcanza contrastando y apreciando razonadamente el resultado de las distintas pruebas practicadas bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción (artículo 97.2 de la LPL); en concreto, la testifical propuesta por la propia trabajadora y su propia confesión, la confesión del empresario y la documental acompañada por ambas partes, de las que ha extraído unos elementos de convicción que vienen a confirmar y avalar los resultados de la investigación practicada por la empresa a raíz de las irregularidades observadas en la tienda de la que era “jefa”.

En consecuencia se llega a la conclusión de que la recurrente cometió una conducta muy grave prevista en el artículo 54.2, d) ET, en relación con el artículo 67 apartados 5 y 14 del Convenio Colectivo de aplicación que califican de falta muy grave el fraude a la empresa, así como todo incumplimiento de los manuales internos de procedimiento. Por todo ello, y a tenor de lo dispuesto en el art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, debe declararse procedente el despido y extinguida la relación laboral sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, tal como acertadamente declaró la sentencia recurrida, que debe ser confirmada y desestimado el recurso contra la misma interpuesto. Y en función de todo ello,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora demandante doña A.G.G., contra la Sentencia de fecha veintiuno de agosto de dos mil dos, del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago de Compostela, en autos 221/00 seguidos sobre despido a instancia del citado recurrente, frente a la empresa “V., S.L.”, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3538 Recurso núm. 5.291/02

S.S. IMPROCEDENCIA DE DESCONTAR NA CONDENA Ó PAGAMENTO DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN EN CASO DE DESPIDO IMPROCEDENTE AS CANTIDADES PERCIBIDAS POLO TRABALLADOR EN CONCEPTO DE PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.291/02 interpuesto por don J.P.O. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.P.O. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la Empresa “M.I., S.A.”. INTERVENCION LEGAL DE SUSPENSIÓN DE PAGOS DE LA EMPRESA “M.I., S.A.” en las personas de los interventores designados don J.R.F.M., doña M.P.S.A. y don J.R.P.B., y FOGASA, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 144/02 sentencia con fecha tres de mayo 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.P.O. prestó servicios para la Empresa “M.I., S.A.” con una antigüedad 07.03.94, ocupando la categoría profesional de Jefe de Equipo de Oficial de 1ª y percibiendo un salario bruto mensual de 1.238,60 € ó 206.086 Pts. incluida la prorratea de pagas extras.- SEGUNDO.- El actor lleva trabajando de forma ininterrumpida para Empresa “M.I., S.A.” desde 01.03.94, de forma sucesiva y sin dejar de trabajar el demandante suscribió los siguientes contratos de trabajo de duración determinada:

Nombre	Tipo contrato	Duración
P.O., J.	Obra o servicio detrmndº.	07.03.94 a 24.02.97
		25.02.97 a 31.08.98
		01.09.98 a 05.10.98
		06.10.98 a 15.12.98
		22.12.98 a 31.05.99
		01.06.99 a 31.10.00
		03.11.00 a 31.05.01
		01.06.01 a 12.02.02

TERCERO.- En fecha 12.02.02 el actor acudió a su puesto de trabajo al inicio de su jornada laboral, siendo despedido de forma verbal, sin expresión de causa alguna. En fecha 13.02.02 pasó al desempleo cobrando prestaciones del INEM hasta 20.03.02. En fecha 21.03.02 causó alta en la Empresa “I.C.M., S.A.” percibiendo un salario superior. CUARTO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores. QUINTO.- La empresa demandada se dedica a realizar montajes auxiliares del Sector Naval, cuenta con más de 50 trabajadores y se rige por el Convenio de Siderometalúrgica de la provincia de A Coruña. SEXTO.- En fecha 14.03.02, se celebró ante el SMAC el acta de 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: Que estimando la demanda deducida por don J.P.O. contra la EMPRESA “M.I., S.A.” e INTERVENCION LEGAL DE LA SUSPENSION DE PAGOS DE LA EMPRESA

“M.I., S.A.” y el FOGASA” en reclamación sobre DESPIDO, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 12.02.02, constituye un despido que debe ser calificado como improcedente, condenando a la Empresa “M.I., S.A.” a que opte en el plazo de CINCO DIAS, entre la readmisión de la actora en su puesto de trabajo, o el abono de la indemnización por importe 14.585 ó 2.426.740 Ptas., con abono cualquiera que sea el sentido de la opción de los salarios de tramitación causados desde la fecha del despido 12.02.02, hasta 20.02.02, por importe de 329,60

ó 54.841 Ptas., cantidad a la que habrá que deducir la prestación por desempleo percibida por el actor entre 12.02.02 hasta 20.02.02, haciendo saber a la demandada que de no ejercitarse la opción en el plazo de CINCO DIAS, contados desde la notificación de la Sentencia, y de forma expresa, se entenderá que opta por la readmisión. Condenando a la Intervención de la Suspensión de Pagos de la Empresa “M.I., S.A.” a estar y pasar por la anterior declaración. Absolviendo asimismo al codemandado FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria, de conformidad con el art. 33 ET”.

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.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara improcedente el despido del demandante, condenando a la empresa a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración, si bien señala que de los salarios de tramitación habrá de deducirse la cantidad percibida por el actor, en concepto de prestación por desempleo desde el 12 de febrero de 2002 hasta el día 20 del mismo mes; condenando, a la intervención de la suspensión de pagos de la empresa a estar y pasar por la anterior declaración y absolviendo al codemandado FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación procesal del demandante, articulando un solo motivo de Suplicación, en el que, al amparo del art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, denuncia infracción, por interpretación errónea, del art. 111 de la citada Ley, así como del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores y del art. 4.1 del Código Civil; por esti-

mar, esencialmente, con cita de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla León y Cataluña de 11 de febrero de 1997 y 7 de enero de 2001, respectivamente, - con reproducción fragmentaria de la argumentación de esta última-, que es improcedente la deducción de los salarios de tramitación del importe de la prestación por desempleo que ha percibido durante el periodo que la sentencia señala.

Así pues, la cuestión litigiosa radica en determinar si se acomoda o no a derecho el pronunciamiento que se hace en la sentencia recurrida acerca de la deducción de los salarios de tramitación de las prestaciones por desempleo percibidas por el actor durante el corto período de tiempo que media entre el 12 al 20 de febrero de 2002. Esta cuestión ha sido resuelta por la Sala, en su sentencia de fecha 18 de diciembre de 2002 (Rec. 5.135/02), en un supuesto correspondiente a otro trabajador de la misma empresa aquí demandada, por tanto, los argumentos utilizados en aquella resolución, han de ser los mismos que aquí se empleen para estimar el recurso del actor. En dicha sentencia se decía que "...los salarios de tramitación tienen naturaleza indemnizatoria y si el trabajador ha prestado servicios para otra empresa durante el tiempo de que se trate, está previsto normativamente -art. 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores- su descuento; pero tratándose de prestaciones por desempleo, la solución no puede ser otra que la de considerar no admisible efectuar deducción en los salarios de tramitación por tal concepto. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 11 de marzo y 14 y 18 de octubre del corriente año, al proclamar: "...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 comprende 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 remun-

neratorios, por lo que propiamente 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 el INEM -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". Idéntico criterio ha mantenido el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 28 de octubre de 1997 y 7 de enero de 2000".

Por todo lo que queda expuesto procede acoger la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con estimación de éste, dictar un pronunciamiento parcialmente revocatorio del suplicado, en el sentido y con el alcance que queda señalado. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de don J.P.O., contra la sentencia de fecha tres de mayo de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso por despido promovido por el recurrente frente a la empresa "M.I., S.A.", la intervención legal de la suspensión de pagos de ésta y el Fondo de Garantía Salarial, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto proclama la deducción de la prestación por desempleo percibida por el actor, desde el 12 de febrero al 20 del mismo mes de 2002 de los salarios de tramitación; pronunciamiento que se deja sin efecto; manteniéndose todos los demás. Se acuerda remitir testimonio de la presente resolución, a los oportunos efectos, al Instituto Nacional de Empleo.

3539 Recurso núm. 5.641/02

S.S. PRESCRIPCIÓN DAS FALTAS DO TRABALLADOR ADUCIDAS POLA EMPRESA PARA DESPEDIR, Ó NON TRATARSE DE FALTAS DE CARÁCTER CONTINUADO.

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

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.641/02 interpuesto por “A.D.I., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. UNO de Santiago de Compostela.

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.S.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “A.D.I., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 428/02 sentencia con fecha treinta y uno de agosto 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 actor prestó servicios en la empresa “A.D.I., S.A.”, con domicilio social en Madrid, Avda. ..., con la categoría profesional de Coordinador de Ventas del área Noroeste, con una antigüedad de uno de mayo de mil novecientos noventa y ocho, percibiendo un salario mensual de tres mil ciento sesenta y un euros ochenta y tres céntimos (3.161,83 €), con inclusión de pagas extras. SEGUNDO.- Que la empresa en fecha treinta y uno de mayo de dos mil dos notificó al actor carta de despido con el siguiente tenor literal: Muy Sr. Mío: Mediante la presente le comunico la decisión de la empresa que represento de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por DESPIDO DISCIPLINARIO a partir del día de hoy, treinta y uno de mayo de dos mil dos. Los motivos de la decisión que esta empresa considera son el progresivo abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual en el desempeño de su trabajo, así como la disminución continuada en su rendimiento en comparación con rendimientos suyos precedentes y el de otros compañeros (artículo 54.2.d y e del Estatuto de los Trabajadores). Así, en el mes de junio de dos mil fue advertido por primera vez de las que hay constancia sobre la nula rentabilidad de la operación comercial acordada por Vd. con la Casa del Mar de V. y el desfase inaceptable entre los productos libres de cargo y los que se facturaban a dicho Centro. En el año dos mil los gastos de representación (invitaciones

a clientes, hoteles, etc.) fueron un 132% superior al resto de los vendedores de esta empresa, lo que motivó una primera advertencia del Director General el veintinueve de septiembre del citado año. El dieciocho de mayo de dos mil uno fue Vd. advertido del retraso en el envío de información a la empresa sobre los clientes. El seis de septiembre de dos mil uno fue advertido de nuevo sobre el exceso de gastos, esta vez en relación a la duplicidad de gastos de comida en un mismo día. El veintinueve de octubre del mismo año es advertido sobre la falta de envío del “rapport semanal de ventas” de la semana del quince de octubre. El veintinueve de noviembre de dos mil uno la empresa decidió efectuarle una Amonestación por escrito ante el retraso en el envío a las oficinas de la relación de visitas a clientes en la semana del doce al dieciséis de noviembre, cuando Vd. estaba obligado a remitirla antes del día veintinueve. Igualmente, el presupuesto máximo de gastos de representación que a Vd. le fue asignado para el año dos mil uno fue rebasado en un 12% y en un 89% respecto a la media del resto de los vendedores. El día veintinueve de enero de dos mil dos fue amonestado por escrito, de nuevo, ante otro retraso en el envío de la reclamación de visitas a clientes de la primera semana de enero, cuando Vd. estaba obligado a remitirla antes del día nueve. El día veinticuatro de enero se le requiere información de llamadas telefónicas a números desconocidos por importe de tres mil pesetas (3.000 pesetas). El día veintitrés de marzo se le recuerda que no ha enviado los “rapports de ventas” de la semana del once del mismo mes. El día veinticuatro de abril se le advierte de la falta de actualización de precios que ofrece a los clientes, cuando han transcurrido casi cuatro meses desde los nuevos precios del año dos mil dos. A pesar de las repetidas advertencias para que Vd. retirara el material extra del Hospital Naval de F., su falta de atención al respecto y el retraso en dicha actuación provocó el consumo por el Hospital del citado material extra, provocando un perjuicio económico a la empresa; el veinticuatro de mayo se le comunica que, una vez más, no ha remitido el rapport semanal, en esta ocasión, de la semana del veintinueve de abril que venía el ocho de mayo. Todo lo manifestado, además, teniendo en consideración que Vd. fue el primer trabajador contratado en esta empresa desde su creación en el mes de marzo de mil novecientos noventa y ocho, por la anterior relación profesional que Vd. mantenía con el Director General, lo que añade mayor gravedad al abuso de confianza y transgresión de la buena

fe contractual que han sido relatadas. En relación al segundo de los motivos que justifican la decisión empresarial de despido (disminución de rendimiento), éste se ha producido en comparación con el rendimiento medio y el del resto de compañeros de ventas e, igualmente, en relación a los objetivos previstos para Vd. por la empresa, cuando esos objetivos previstos individualmente han sido alcanzados o rebasados por otros trabajadores que, además, no han sobrepasado como Vd. los gastos de representación que tenían presupuestados. Así la desviación a la baja en cuanto a los objetivos de ventas fue de un 18% en el año mil novecientos noventa y nueve, de un 55% en el año dos mil, de un 41% en el año dos mil uno, y está siendo de un 39% hasta el mes de abril del presente año; anualidad presente en el que Vd. mantiene el elevado nivel de gastos de representación que no se corresponde con el mínimo nivel exigible de ventas. Y todo ello, además, teniendo en consideración que los objetivos fijados para Vd. fueron reducidos un 23% en el año dos mil uno respecto del año anterior y un 2% en el año dos mil dos respecto al anterior. Finalmente pongo en su conocimiento que a partir de la mencionada fecha y previo inventario, avalúo y liquidación, en su caso, de todos los materiales o bienes de esta empresa de los que Vd. dispone, se encontrarán a su disposición los documentos y cantidades correspondientes a su liquidación. TERCERO.- Que el actor en fecha veintinueve de noviembre de dos mil uno recibió de la empresa demandada carta de amonestación, y a su vez en fecha veintuno de enero de dos mil dos “por desobediencia a la dirección de la empresa o a quienes se encuentren con facultades de dirección u organización en el ejercicio regular de sus funciones o en cualquier materia de trabajo. Los hechos que motivan esta infracción son los siguientes: el día nueve de enero venció el plazo que Vd. tenía, según consta en la normativa cooperativa que se le envió, para enviar a las oficinas centrales de “A.D.I., S.A.” la relación de visitas realizadas por Vd. a clientes durante la semana uno al cuatro de enero... Sin embargo hasta el día veintuno de enero de enero Vd. ha desoído las citadas instrucciones, puesto que no envió el citado informe hasta la fecha de hoy día veintuno de enero. Este incumplimiento de sus obligaciones constituye una infracción leve...”. CUARTO.- Que el contrato celebrado por el actor y la empresa demandada, tenía un anexo, por la cual pacta una cláusula adicional “La empresa pondrá a disposición del trabajador un vehículo

lo de la compañía para uso exclusivo de su actividad profesional, de conformidad con el contrato marco de Arrendamiento de vehículos, Gestión y Servicios que en cada momento tenga suscrito la empresa con una empresa con una compañía del sector. El trabajador podrá decidir libremente solicitar un modelo de vehículo superior al establecido por “A.D.I., S.A.” para sus trabajadores. En este supuesto, tras la aceptación por parte de la compañía de dicha solicitud, el empleado asumirá el coste adicional que ello supone efectuándose un descuento mensual en la nómina por utilización de vehículo de superior categoría... El coste adicional será descontado de la oportuna liquidación en el momento de la baja y consistirá en la cifra exacta que la compañía arrendadora del vehículo notifique a “A.D.I., S.A.” como indemnización por la repetida resolución anticipada”. El actor contrató un vehículo de marca Audi A 4, al cual añadió personalmente accesorios. QUINTO.- En fecha veinticuatro de abril de dos mil dos la empresa demandada recordó al actor la necesidad de actualizar los precios. Que en el Hospital Naval de F., previamente se había realizado una entrega de material extra al Hospital, cuando el actor siguiendo las indicaciones de la empresa demandada exigió que se lo devolviera, el personal del Hospital se negó a devolverlo. El actor no pudo actualizar los precios por la propia dinámica de contratación con la Administración. SEXTO.- Que el actor buscó un programa informático a un cliente. Que la empresa “L.S.” emite factura número 546 de fecha uno de julio de dos mil dos a la atención del Sr. I., siendo su objeto software instalado por petición del Sr. R.S.L. en centro Regional de Salud pública de S. en el mes de mayo. SÉPTIMO.- Que en fecha quince de julio de dos mil dos, doña A.D.V., demandada, reclamando la factura de doscientos treinta y dos euros ochenta y cuatro céntimos (232,84), al serle concedida la financiación por el actor para acudir a un curso de Técnicos de laboratorios de Valencia. El actor no tenía pensado pagar el viaje con dinero de la empresa demandada. OCTAVO.- Que en relación al cumplimiento de objetivos de los ejercicios mil novecientos noventa y nueve a abril de dos mil dos, la evolución ha sido la siguientes: si bien existe una importante caída en cumplimiento de objetivos de ventas en los ejercicios mil novecientos noventa y nueve a dos mil, pasando de un 82% a un 44% de cumplimiento, no es menos cierto que la tendencia de los años dos mil uno a dos mil dos se invierte mejorando el nivel de cumplimiento de objeti-

vos respecto al año dos mil, con un cumplimiento del 59% en el año dos mil uno y del 61% en abril de dos mil dos. En lo que hace referencia en el supuesto de gastos generales, no se han aportados datos para observar una evolución en los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil, pero si es posible la comparación entre las desviaciones presupuestarias y los gastos efectivos en los años dos mil uno y abril de dos mil dos. En año el dos mil uno hubo una desviación presupuestaria de 12% de mayores gastos realizados que presupuestados, sin embargo en abril de dos mil dos los gastos reales fueron un 4% menos que los gastos presupuestados. El actor tiene a su cargo distribuidores de zona, por lo que los gastos de invitación son superiores a los otros. NOVENO.- Que el actor no ostentaba el año inmediatamente anterior al despido la condición de delegado de personal ni ha sido miembro del comité de Empresa. DÉCIMO.- Que en fecha veintiuno de junio de dos mil dos tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitrajes y Conciliación, con el resultado de intentado sin efecto, por incomparecencia de la empresa”.

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

“FALLO: Que estimando la demanda formulada por don R.S.L., contra la empresa “A.D.I., S.A.” debía declarar y declaraba la improcedencia del despido efectuado y condenando a la empresa a readmitir al trabajador en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con abono de la cantidad de nueve mil cuatrocientos ochenta y cinco euros cuarenta y nueve céntimos (9.485,49 €) en concepto de salarios dejados de percibir hasta la fecha de la sentencia, más los que se devenguen hasta la notificación de la sentencia a razón de un haber diario de ciento cinco euros treinta y ocho céntimos (105,38 €), o bien a que extinga la relación laboral con el trabajador con el abono de la cantidad de catorce mil doscientos veintisiete euros sesenta y cinco céntimos (14.227,65 €) en concepto de indemnización. Siendo desestimada la pretensión de abono de honorarios del letrado del actor por su incomparecencia ante el S.M.A.C. y la sanción pecuniaria por la misma causa, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o la extinción del

contrato con el abono de la indemnización. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, siendo desestimada la pretensión de abono de honorarios del letrado del actor por su incomparecencia ante el S.M.A.C., y la sanción pecuniaria por la misma causa”.

El anterior fallo ha sido aclarado por auto de fecha de veintiuno de octubre de dos mil dos cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Rectificar de oficio la sentencia de fecha 14 de agosto de 2002, señalando que el haber diario, debe de quedar fijado en la cantidad de ciento cinco mil trescientas noventa y tres con treinta y tres euros (105.394,33 €); los salarios dejados de percibir hasta la fecha de la sentencia se deben de fijar en siete mil setecientos noventa y nueve con dieciocho euros (7.799,18 €), y la indemnización en concepto de despido en trescientas ochenta y nueve mil ochocientos catorce con tres euros (389.814,53 €). En lo demás se mantiene la literalidad de la sentencia mencionada”.

Con fecha cuatro de noviembre de dos mil dos, si dicta auto de aclaración del anterior cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Se acuerda la rectificación del Auto de Aclaración de fecha 21 de octubre de 2002, en los siguientes términos: haber diario se debe de fijar en ciento cinco euros con treinta y nueve céntimos (105,39 €); salarios de tramitación se debe de fijar en nueve mil cuatrocientos ochenta y cinco euros con cuarenta y nueve céntimos (9.485,49 €); En cuanto a la indemnización por despido se debe de fijar en diecinueve mil trescientas sesenta y seis euros con veinte céntimos (19.366,20 €), manteniendo en lo demás la literalidad de la sentencia”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia - aclarada por error aritmético en el segundo auto de 4 de noviembre de 2002- estima la demanda en lo substancial, declara improcedente el despido litigioso y condena a la empresa demandada “A.D.I., S.A.”, a que readmita al trabajador en las mismas condiciones

que tenia antes de producirse el despido, con abono de la cantidad de 9.485,49 € en concepto de salarios de tramitación dejados de percibir hasta la fecha de la sentencia, más los que se devenguen hasta la notificación de la misma a razón de un haber diario de 105,39 €, o bien a que extinga la relación laboral con el trabajador con el abono de la cantidad de 19.366,20 € en concepto de indemnización. Siendo desestimada la pretensión de abono de honorarios del letrado del actor por su incompetencia ante el S.M.A.C. y la sanción pecuniaria por la misma causa.

Contra este pronunciamiento recurre la empresa demandada "A.D.I., S.A.", articulando los cuatro primeros motivos de suplicación al amparo del art. 191. b) de la LPL, en los que interesa, respectivamente, la adición de nuevos hechos y la modificación de los ordinales octavo y cuarto del relato fáctico con los contenidos siguientes:

* En el primer motivo, interesa la adición -después del hecho tercero- de otros hechos con los contenidos que a continuación se expresan: *"El 24 de mayo de 2002 se le comunica que va fuera de plazo en la comunicación de seguimiento de cesiones y que se producen retrasos en la información."*

"El 24 de mayo de 2002 se le comunica que, una vez más, no ha remitido el rapport semanal, en esta ocasión, de la semana del 29 de abril que vencía el 8 de mayo."

"El 24 de mayo de 2002 se le comunica, en relación al Hospital Naval de F., su falta de atención y el retraso en recoger material extra de este cliente, ocasionando el consumo por el Hospital del citado material extra, provocando un perjuicio económico a la empresa."

* En el motivo segundo, propone una nueva redacción del hecho octavo haciendo constar que: *"La disminución en el rendimiento medio y el del resto de compañeros de ventas e, igualmente, en relación a los objetivos previstos para el trabajador por la empresa, cuando esos objetivos previstos individualmente han sido alcanzados o rebasados por otros trabajadores que, además, no han sobrepasado como el actor los gastos de representación que tenían presupuestados."*

Así la desviación a la baja en cuanto a los objetivos de ventas fue de un 18 % en el año 1999, de un 55 % en el año 2000, de un 41 % en el año 2001, y está siendo de un 39 %

hasta el mes de abril del presente año; anualidad presente en el que el actor mantiene el elevado nivel de gastos de representación que no se corresponde con el mínimo nivel exigible de ventas."

* En el motivo tercero propone la adición de un último hecho probado en el que se haga constar que: *"Y todo lo manifestado, además, teniendo en consideración que el actor fue el primer trabajador contratado en esta empresa desde su creación en el mes de marzo de 1998"*

* Y en el motivo cuarto propone la adición al hecho probado cuarto de lo siguiente: *"La mencionada cifra consiste en la cantidad notificada de 7.310,40 €, según señala el documento 11 aportado por la empresa"*

La modificación interesada en primer término no resulta admisible, por cuanto los hechos probados que la recurrente pretende adicionar se sustentan en copias de correos electrónicos dirigidos no sólo al actor sino a otros trabajadores (folios 79 a 82), que no constan si fueron realmente enviados y que no aparecen firmados por nadie. Tal como han sido aportados a las actuaciones por la empresa demandada se trata de documentos que no pueden reputarse como hábiles a los efectos revisorios previstos en el art. 191. b) de la LPL.

Respecto al motivo segundo, relativo a la nueva redacción del hecho octavo, tampoco resulta acogible por una doble consideración: la primera, porque los documentos que se citan (18 y 19 de la demandada obrantes a los folios 96 y 97) no son hábiles a efectos revisorios, ya que se trata de simples hojas -sin firma de nadie- confeccionadas por la recurrente. Y la segunda, porque de su contenido en absoluto resulta la pretendida disminución en el rendimiento en comparación con el rendimiento medio y el del resto de compañeros de ventas ni tampoco que los objetivos previstos individualmente hayan sido alcanzados o rebasados por otros trabajadores.

Finalmente, en cuanto a los motivos tercero y cuarto, no resultan acogibles. El primero, porque la adición que se interesa es copia de un párrafo de la carta de despido del que la recurrente pretende extraer una supuesta mayor gravedad de los hechos imputados, lo que constituye en realidad una cuestión de valoración jurídica que no resulta del documento que se cita, en concreto, el Libro de Matrícula de la empresa. Y el segundo, porque se refiere a un hecho -el cuarto- no imputado

en la carta de despido sobre el que no cabe pronunciamiento alguno en virtud de lo dispuesto en art. 105. 2 LPL.

SEGUNDO.- En sede jurídica sustantiva, y al amparo del art. 191. c) de la LPL, denuncia la recurrente infracción del art. 24 de la CE (motivación de la sentencia), en relación con el art. 97 de la Ley Procesal Laboral, alegando que sirva el presente motivo como complementario del anterior, al considerar que lo ocurrido en este punto se estima como infracción de las normas citadas, en relación a la obligada motivación de las sentencias, la estructura de las mismas que previene la LPL, y la debida correlación que debiera existir entre la declaración de la CLÁUSULA ADICIONAL al contrato como hecho probado y su consideración en el fallo.

El motivo no resulta admisible por las dos siguientes razones: la primera, porque aparece defectuosamente formulado desde el punto de vista procesal, ya que su cauce sería el apartado a) del art. 191. de la LPL, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia que aquí no se aprecia al estar suficientemente motivada. Y, la segunda, porque la cláusula adicional del contrato a que se refiere el hecho cuarto de la sentencia recurrida, es una cuestión ajena a los hechos imputados en la carta de despido, únicos motivos de oposición que pueden admitirse en juicio al demandado en virtud de lo dispuesto en el art. 105. 2 LPL.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal articula la recurrente el sexto y último motivo de suplicación, en el que denuncia infracción de la jurisprudencia relativa al art. 60 del ET, (STSJ Cataluña 1999/1.038, núm 2.811/1999, de 14 de abril, con cita de otras del TS.), que señala, en síntesis, la correcta interpretación del referido artículo 60 cuando aprecia la existencia, como en este caso, de hechos directamente vinculados entre ellos y concernientes al mismo bien jurídico protegido, aunque se encuentren lejanos unos de otros pero en los que se observa directa conexión y continuidad. Por tanto, habrán de considerarse para la resolución de fondo del asunto todos los hechos declarados probados por la sentencia, aquellos otros que se pretenden adicionar mediante el presente escrito, y tenerlos en consideración aunque sean lejanos en el tiempo, porque están directamente relacionados con el progresivo y continuado abuso de confianza y transgresión de la buena fe

contractual del trabajador con más antigüedad en la empresa.

El motivo es claro que no puede prosperar, pues la sentencia de instancia, que sólo declara prescritos los hechos a que se refiere el párrafo tercero de la carta de despido, aplica de forma correcta y ajustada a derecho el art. 60. 2 del ET, ya que en los supuestos citados no se está en presencia de una conducta continuada y persistente, teñida de cierta clandestinidad u ocultación, y constituida por una pluralidad de acciones prolongadas en el tiempo, que obedecen a una unidad de propósito y que vulneran bienes jurídicos de la misma o análoga naturaleza, lo que, de ser así, determinaría efectivamente que el inicio del cómputo del plazo prescriptivo se produciría en el momento en que la empresa hubiera obtenido un conocimiento pleno y cabal de los hechos, que normalmente vendrá dado por el resultado de la investigación practicada (STS de 15.06.90. Ar. 5.465). Sino que en el presente caso las imputaciones realizadas en el párrafo tercero de carta de despido se refieren a hechos puntuales y concretos, perfectamente delimitados en el tiempo y referidos -también- a fechas concretas y determinadas de las que ha de partirse para el inicio del cómputo del plazo de prescripción de cada uno de ellos, de tal modo que todos esos hechos -tal como se desprende del relato fáctico- se encuentran claramente prescritos al haber transcurrido con creces no sólo el plazo de aplicable de sesenta días sino, incluso, el de seis meses.

En todo caso, aún en el supuesto hipotético de que no se estimase la prescripción de las faltas acogida por la sentencia de instancia, la calificación como improcedente del despido del actor debe mantenerse (art. 55. 4 y 56. 1 ET), pues el recurso no contiene ningún otro motivo de infracción jurídica relativo a la impugnación de su calificación como improcedente, lo que comporta que no cumple con todos los requisitos de la suplicación que impone el art. 194 LPL, ya que en el mismo no se expresa el motivo o motivos relativos a la cita de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideran infringidas, a fin de desvirtuar o dejar sin efecto tal calificación de improcedencia en relación con la totalidad de los hechos imputados en la carta de despido, sin que -además- resulte posible la aceptación de una impugnación abierta y libre que obligue a la Sala a colaborar en la construcción de dicho recurso, ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y

situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión.

CUARTO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 300 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante (art. 233 LPL).

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada "A.D.I., S.A.", contra la sentencia de fecha 31 de agosto de 2002 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia del actor don R.S.L. frente a la empresa recurrente, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

3540 Recurso nº 4.842/99

S.S. PROCEDENCIA DA DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA, Ó TERSE ESTIPULADO EN FRAUDE DE LEI SUCEIVOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.842/99, interpuesto por CONCELLO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA contra la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 294/99 se presentó demanda por doña A.M.G.B. en reclamación sobre OTROS EXTREMOS (FIJEZA LABORAL) siendo demandado el CONCELLO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que la actora comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, en virtud de contrato de trabajo de interinidad suscrito en fecha uno de julio de mil novecientos noventa y tres por prestar servicios como Médico del Departamento de la UMAC, para sustituir a don E.F.V., durante el disfrute de las vacaciones por el mismo. SEGUNDO.- Que en fecha uno de julio de mil novecientos noventa y cuatro las partes suscribieron nuevo contrato las partes suscribieron nuevo contrato de interinidad con idéntico motivo. TERCERO.- Que en fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro las partes suscribieron, como contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial, para la prestación de servicios como Médico en jornada de 17,5 horas semanales, mitad de la jornada ordinaria de 35 horas, de lunes a viernes y de 9 a 12,30 horas y por término de un año. CUARTO.- Que en fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, sin que la parte actora hubiere cesado de prestar servicios, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Médico en jornada de 35 horas semanales, de lunes a viernes, y por término de un mes y 29 días, teniendo por objeto el contrato la continuidad de los programas de tratamiento de drogodependientes que se incluyen dentro de la subvención concedida por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia. QUINTO.- Que en fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, sin que la actora hubiera cesado de prestar servicios, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Médico en jornada de 35 horas semanales, de lunes a viernes, y por término de un año, teniendo por objeto el contrato la continuidad de los programas de tratamiento de drogodependientes que se incluyen dentro de la subvención concedida por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia. SEXTO.- Que en fecha veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y seis, sin que la actora hubiera cesado de prestar servicios, las partes suscri-

bieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Médico en jornada de 35 horas semanales, de lunes a viernes, y por término de seis meses, teniendo por objeto el contrato la continuación de los programas de tratamiento de drogodependientes que se incluyen dentro de la subvención concedida por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia. SÉPTIMO.- Que en fecha uno de julio de mil novecientos noventa y siete, sin que la actora hubiere cesado de prestar servicios, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Médico en jornada de 35 horas semanales, de lunes a viernes, por término de un mes, teniendo por objeto el contrato la continuidad de los programas de tratamiento de drogodependientes que se incluyen dentro de la subvención concedida por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia. OCTAVO.- Que en fecha uno de agosto de mil novecientos noventa y siete, sin que la actora hubiere cesado de prestar servicios, las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Médico en jornada de 35 horas semanales, de lunes a viernes, por término de 28 días, teniendo por objeto el contrato la continuidad de los programas de tratamiento de drogodependientes que se incluyen dentro de la subvención concedida por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia. NOVENO.- Que sin que la actora cesara de prestar servicios en ningún momento, el uno de septiembre de mil novecientos noventa y siete, tras el Acuerdo de la comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Santiago de 9 de junio de 1997, en cuya virtud se decidió adjudicar el contrato para la realización de trabajos que se desenvuelven como servicios sociales de atención primaria, las partes pactaron dicho contrato por precio de cuatro millones noventa y cinco mil seiscientos cuarenta y ocho pesetas (4.095.648 pts) anuales y duración de un año, sometido a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho contrato fue renovado en fecha uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho, con un importe de adjudicación de cinco millones cuatrocientas treinta y seis mil doscientas dieciséis pesetas (5.436.216 pts) anuales y por término de un año. DÉCIMO.- Que la actora en todo momento continuó en el desarrollo de su cometido como habitualmente lo había venido realizando en la UMAD, percibiendo sus retri-

buciones mensuales mediante la emisión de una factura en la que se incluía el IVA. DÉCIMO PRIMERO.- Que desde el uno de julio de mil novecientos noventa y siete la actora está dada de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y paga sus cuotas. DÉCIMO SEGUNDO.- Que la actora disfruta de vacaciones anuales, tiene que pedir permiso por asuntos propios al Ayuntamiento o ser autorizada para acudir a los diferentes Congresos o Jornadas celebrados sobre la materia. Cumple jornada de 8 a 15 horas, está sometida a las órdenes de la Directora del Centro. DÉCIMO TERCERO.- Que la actora siempre prestó servicios en jornada completa. DÉCIMO CUARTO.- Que la actora formuló la correspondiente reclamación previa, fue desestimada por Decreto de la Alcaldía de Santiago de veintiséis de abril de mil novecientos noventa y nueve."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, formulada por la representación del Ayuntamiento de Santiago, y estimando la demanda formulada por doña A.M.G.B., contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, debo declarar y declaro que la actora se encuentra vinculada con la entidad demandada por relación laboral de carácter indefinido desde el día dos de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, formulada por el Ayuntamiento demandado y estimando la demanda formulada por la actora declara que la misma se encuentra vinculada por la Entidad demandada por una relación laboral de carácter indefinido, desde el día 2 de noviembre de 1994. Frente a dicha resolución interpone recurso de suplicación el ayuntamiento demandado que, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. propone la revisión de los hechos probados primero al octavo, para que se modifiquen, adiciónen o completen en el sentido siguiente: 1º) Que en la plantilla del

servicio municipal de la UMAD existe un solo puesto de médico (Hecho probado Primero en relación con el contenido de la declaración del citado médico don E.F.V. contenida al folio nº 28 vuelto de autos) y 2º) Que al término de los contratos temporales laborales fue comunicado a la actora el cese, sin que presentara en tiempo y forma reclamación por despido.

Con idéntico amparo procesal solicita que los hechos declarados probados noveno a decimotercero sean modificados y adicionados en los aspectos siguientes: 1º) Que el contrato de Asistencia Técnica ha sido formalizado bajo la forma de contrato administrativo, previo concurso público (folio 61), con sometimiento a los Pliegos de Condiciones económico-administrativas (folios 66 y siguientes) y a las Cláusulas del Contrato (folios 57 ss.); 2º) La actora ha cumplido todos y cada uno de los requisitos del contrato administrativo de asistencia técnica, dándose de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, contratando los servicios a tanto alzado anual, si bien con fraccionamiento de fracturas a cuenta de la citada cantidad. (incluían el IVA) Así consta reconocido al folio 28 vuelto (declaración de la actora); 3º) Que la actora no venía firmando parte de entrada y salida (confesión judicial, folio 28 vto.-); 4º) Que la actora prestaba servicio de asistencia, como Médico de la UMAD, dirigida por persona titulada en Psicología, existiendo ya, en dicha unidad, un titular de la única plaza de plantilla (declaración de don E.F.V., al folio 28 vuelto y Hecho probado primero de la propia sentencia). Y que en consecuencia, tanto por razón de la distinta profesión de la actora (médico) respecto a la directora de la UMAD, (psicóloga), como por existir un titular médico en plantilla, la función de la actora se desarrollaba fundamentalmente en el ámbito de la asistencia profesional dentro de los programas establecidos y subvencionados por la Xunta de Galicia (Consellería de Sanidade); y 5º) Que el hecho probado duodécimo sea modificado en el sentido de eliminar la expresión “tiene que pedir permiso...”, sustituyéndola por la de que ha de comunicar al Ayuntamiento, las ausencias de la actividad contratada, etc.

No deja de sorprender tan peculiar forma de pedir la revisión fáctica, sin concretar cual de los hechos sería el que habría que modificar, limitándose a solicitar la adición y complemento de la relación histórica en los términos expuestos pero sin pedir la supresión de texto alguno, lo que da lugar a evidentes contradicciones, pues no se concibe que se trate de

incorporar como hecho probado una serie de circunstancias encaminadas a dar la apariencia de una modalidad contractual de carácter administrativo y no se combata o se pida la supresión de hechos como que la actora en todo momento continuó en el desarrollo de su cometido como habitualmente lo había venido realizando desde el inicio de su relación laboral, percibiendo mensualmente sus retribuciones, o que la actora disfrutaba de vacaciones mensuales. Bien es cierto que se pide la supresión de la expresión contenida en el ordinal duodécimo, en el sentido de eliminar “tiene que pedir permiso...” sustituyéndola por la de que ha de comunicar al Ayuntamiento, las ausencias de la actividad contratada; pero con nulos efectos prácticos ya que ni siquiera se apoya en documento pericial, siendo doctrina reiterada por la Sala que el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, solo impugnables cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial obrante en autos.

Añadir, por otro lado, que buena parte de las adiciones pretendidas señalan como apoyo documental el folio 28 de las actuaciones, que corresponde al acta de juicio y al respecto cabe significar que doctrina y jurisprudencia han venido señalando de forma unánime que el acta del juicio es sólo documento auténtico, para acreditar la realidad de su celebración, fecha y lugar en que ocurre, identidad y calidad de cuantos en él intervienen y observancia de los trámites que documenta, pero en modo alguno da fe de la veracidad de cuantas declaraciones testificales o en vía de confesión consigna como vertidas en el acto, cuya valoración, por un lado, se confía al arbitrio absoluto que en conciencia confiere el art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral a quien ha conocido y juzgado en instancia única, es decir, con la exclusividad que ello supone, cuya convicción es así incontrolable a través de la referida credencial, la cual, por otra parte, al no ser documento en sentido técnico, respecto del contenido de testimonios o confesión, sino reflejo de pruebas de esta naturaleza, queda en tales extremos expulsada del ámbito de la suplicación por las normas procesales antes citadas. En consecuencia, debe rechazarse la solicitud revisoria examinada.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, denuncia la parte recurrente, al amparo del párrafo c) del citado artículo 191 de la L.P.L. la infracción por interpretación errónea del artículo 3.a) del

R.D. Legislativo 2/1995 que aprueba el Texto Refundido de la L.P.L., en relación con los artículos 1.1, 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores y la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas y Decreto 1.005/1974 de 4 de abril, alegando, en esencia, que el contrato que ligaba a las partes era de carácter administrativo y al no haber apreciado la sentencia de instancia la excepción de incompetencia de jurisdicción, infringe la precitada legalidad. Alega, con carácter subsidiario, que la sentencia recurrida, en línea de la del T. Supremo de fechas 20 y 21 de enero de 1998 que diferencia entre trabajador “por tiempo indefinido” y “fijo de plantilla”, no reconociendo a aquellos la condición de fijos de plantilla cuando su situación no sea compatible con las normas sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas.

La demandante, a partir del 2 de noviembre de 1994, prestó servicios para el ayuntamiento demandado en virtud de contratos suscritos, todos ellos de duración determinada, en los que como pone de relieve la sentencia de instancia se dan una serie de irregularidades relevantes, como no precisar el primero de los suscritos su objeto y en los demás – todos ellos de obra o servicio determinado – teniendo como objeto la continuidad de los programas de tratamiento de drogodependientes que se incluyen dentro de la subvención concedida por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, es decir, la propia razón de ser de la existencia del centro, como señala con acierto la resolución recurrida. Sin que la actora dejara de prestar servicios en momento alguno, el 1 de septiembre de 1997, tras acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Santiago de 9 de junio de 1997, en cuya virtud se decidió adjudicar el contrato para la realización de trabajos que se desenvuelven como servicios sociales de atención primaria, las partes pactaron dicho contrato por precio de cuatro millones noventa y cinco mil seiscientos cuarenta y ocho pesetas (4.095.648 pts) anuales y duración de un año, sometido a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho contrato fue renovado en fecha uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho, con un importe de adjudicación de cinco millones cuatrocientos treinta y seis mil doscientas dieciséis pesetas (5.436.216 pts) anuales y por término de un año. La actora en todo momento ha continuado desarrollando su cometido como habitualmente lo había venido realizando, percibiendo sus retribuciones mensualmente.

En primer lugar conviene señalar que los contratos tienen la naturaleza jurídica que deriva de su contenido obligacional con independencia de la denominación que se le dé al mismo; y el invocado artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, en su apartado primero, considera laboral la prestación de servicios contratados que se realice en el ámbito de organización y dirección de la empresa, siendo sus características la remuneración, ajeneidad y dependencia, existiendo la presunción favorable a la relación laboral, según el artículo 8 del precitado texto legal, cuando concurran los anteriores requisitos.

A la vista de los sucesivos contratos y de las circunstancias concurrentes, es evidente la existencia de fraude en la contratación por lo que el recurso del Ayuntamiento no puede prosperar, ya que es criterio jurisprudencial reiterado que son por tiempo indefinido aquellos contratos que, en su concertación, desarrollo y duración no cumplen los requisitos que configuran la modalidad contractual empleada, y que se celebren con evidente fraude de ley. Y esta doctrina jurisprudencial es plenamente aplicable al presente supuesto, porque según resulta del inalterado relato fáctico, la trabajadora demandante vino desarrollando, durante todo el tiempo que duró aquella relación laboral, las mismas funciones para el Ayuntamiento demandado, y la circunstancia de que con posterioridad a la finalización del último aparente contrato temporal, se le haya dado forma administrativa, no desvirtúa la naturaleza laboral de dicha relación, sino que es una prueba más de la utilización de un sistema totalmente irregular.

En consecuencia, al haberlo entendido así el Magistrado de instancia es procedente la desestimación del recurso de suplicación formulado por el Ayuntamiento demandado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que con desestimación del recurso de Suplicación interpuesto por CONCELLO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA contra la sentencia de fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Santiago, en autos seguidos a instancia de doña A.M.G.B. frente al recurrente, sobre OTROS EXTREMOS (FIJEZA LABORAL), debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3541 Recurso Nº 5.792/02

S.S. COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DE DEMANDA POR DESPEDIMENTO, Ó NON MEDIAR RELACIÓN SOCIETARIA ENTRE AS PARTES, SENÓN VERDADEIRA RELACIÓN LABORAL DE NATUREZA COMÚN.

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

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.792/02, interpuesto por la Letrada doña E.M.A., en nombre y representación de don J.G.B., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 452/02 se presentó demanda por don J.G.B., sobre DESPIDO IMPROCEDENTE, frente a la empresa "C.B., S.L.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 de agosto de 2.002 por el Juzgado de referencia, que, estimando excepción de falta de competencia de jurisdicción, se abstuvo de entrar a conocer del fondo de la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La Sociedad "C.B., S.L." fue constituida mediante escritura pública de fecha 02.04.84, la cual se tiene por reproducida en su integridad, por los padres del actor y por los cónyuges don J.G.N. y doña M.A.S., atribuyéndose las participaciones sociales entre los dos matrimonios a razón del 50%, nombrándose administradores solidarios al padre del actor y a don J.G.N. y cuyos estatutos sociales igualmente se dan por reproducidos en su totalidad. SEGUNDO.- Por escritura pública de 07.06.95, que se da por reproducida, se acuerda cesar a los administradores sociales y se acuerda nombrar consejo de

administración a las siguientes personas: Presidente, don M.G.V., con domicilio en Avda. ... de A Coruña; Secretario, don J.G.N., Avda. ... de A Coruña; Vocales, don A.G.B., Avda. ... de A Coruña; doña M.A.S., Avda. ... de A Coruña; doña C.B.D., Avda. de Monelos, ... de A Coruña. TERCERO.- Por escritura pública de 26.01.00, la cual se da por reproducida en su totalidad, se acuerda nombrar al siguiente consejo de Administración: Presidente, don A.G.B.; Secretario, doña M.A.S.; Vocales, don J.G.N., doña C.B.D. y D. don J.G.B., se revocan igualmente los poderes otorgados a las personas mencionadas en la escritura pública de 07.06.95 y se confiere poder mancomunado a las siguientes personas: don J.G.B., don J.G.N., doña M.A.S. y don A.G.B., para que en nombre y representación de la Sociedad ejerciten mancomunadamente en la forma que más adelante se dirá, las facultades que se relacionan bajo los epígrafes 1º, 2º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 16º, 17º y 18º del artículo 17º de los Estatutos Sociales. CUARTO.- Por escritura pública de 26.01.00 los padres del actor realizan la siguiente transmisión de participaciones: "Don M.G.V. y su esposa doña C.B.D. venden a: 13 participaciones sociales de la Sociedad "C.B., S.L.", números 14 al 25, con todos los derechos que les pertenezcan, a don J.G.B., que las compra por precio de 130.000 pts., en euros: 781'32; 12 participaciones sociales de la Sociedad "C.B., S.L.", números 38 al 50, con todos los derechos que les pertenezcan, a Don A.G.B., que las compra por precio de 120.000 pts., en euros: 721'21". QUINTO.- El actor tuvo su domicilio en Avda. ... A Coruña en el año 2000. SEXTO.- El actor forma parte de la Comunidad de bienes integrada por el mismo y don J.G.N., comunidad que se dedica a la construcción de edificaciones. SÉPTIMO.- La finca donde se encuentra el domicilio social de la empresa demandada pertenece al actor y a su hermano. OCTAVO.- Se presentó papeleta de Conciliación el 03.05.02, celebrándose ante el S.M.A.C. el 21.05.02. Se presentó demanda el 12.06.02".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la falta de competencia de este Orden Jurisdiccional Social, debo abstenerme y me abstengo de entrar en el fondo de la demanda planteada por el actor don J.G.B. contra la empresa "C.B., S.L.", siendo competente, en su caso, el Orden Jurisdiccional Civil. Notifíquese... etc.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia acoge la excepción opuesta en el acto del juicio por la empresa demandada "C.B., S.L.", y coincidiendo con el informe del Ministerio Fiscal, declara la incompetencia de este orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda de despido por entender que la relación jurídica existente entre las partes está excluida del ámbito laboral, declarando la competencia del orden jurisdiccional civil. Frente a esta decisión interpone recurso el actor al objeto de que se revoque la sentencia recurrida y se afirme la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de la demanda, formulando dos motivos de suplicación: El primero con amparo en el apartado b) de la Ley de Procedimiento Laboral, dedicado a la revisión de hechos probados, y el segundo por el cauce del apartado a) del artículo 191 del citado texto legal.

SEGUNDO.- Por obvias razones de índole procesal, debe ser examinado preferentemente este segundo motivo del recurso, pues de estimarse el mismo, se hace innecesario el examen del primero. Y en este motivo, la parte recurrente denuncia infracción del artículo 1.1 y 2 del ET en relación con artículo 8.1 del mismo texto y del artículo 2 de la LPL y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aduciendo, en síntesis, que la participación del actor en el capital social es mínima (un 13%), que no ha realizado funciones de dirección, sino que ha prestado servicios retribuidos desde el año 1991, que el trabajo realizado no constituye una aportación a la sociedad, dado que la relación laboral empezó cuando no formaba parte de los órganos societarios, que es un socio minoritario, sin facultad decisoria alguna en el Consejo de Administración, donde además las facultades se ejercitan de manera mancomunada y que no convive ni con sus padres ni con su hermano, concluye con la transcripción parcial de Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991 y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 8 de enero de 2001.

Del relato fáctico que figura en los antecedentes de la presente resolución ha quedado acreditado lo siguiente: A).- Que la

Entidad "C.B., S.L." se constituyó mediante escritura pública en fecha 2 de abril de 1984, por don M.G.V., su esposa doña C.B.D. (padres del actor) y por don J.G.N. y su esposa doña M.A.S., con un capital que se dividió en 100 participaciones, suscribiendo los padres del actor el 50% de las participaciones y el otro matrimonio fundador el otro 50%, nombrándose administradores solidarios al padre del actor y a don J.G.N. B).- Posteriormente, por escritura pública de fecha 7 de junio de 1995 (por un error material consta 1985 en el hecho aprobado 2º), se acuerda cesar a los Administradores Sociales y nombrar un Consejo de Administración, confiriéndose el cargo de Presidente a don M.G.V. (padre del actor), el de Secretario a don J.G.N., designándose vocales a don A.G.B. (hermano del actor), a doña C.B.D. (madre del demandante) y a doña M.A.S. C).- Por escritura pública de 26.01.00, la cual se da por reproducida en su totalidad, se acuerda nombrar al siguiente consejo de Administración: Presidente, Don A.G.B.; Secretario, doña M.A.S.; Vocales, Don J.G.N., doña C.B.D. y don J.G.B., se revocan igualmente los poderes otorgados a las personas mencionadas en la escritura pública de 07.06.95 y se confiere poder mancomunado a las siguientes personas: don J.G.B., Don J.G.N., doña M.A.S. y Don A.G.B., para que en nombre y representación de la Sociedad ejerciten mancomunadamente en la forma que más adelante se dirá, las facultades que se relacionan bajo los epígrafes 1º, 2º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 16º, 17º y 18º del artículo 17º de los Estatutos Sociales. Por escritura pública de 26.01.00 los padres del actor realizan la siguiente transmisión de participaciones: "Don M.G.V. y su esposa doña C.B.D. venden a: 13 participaciones sociales de la Sociedad "C.B., S.L.", números 14 al 25, con todos los derechos que les pertenezcan, a don J.G.B., que las compra por precio de 130.000 pts., en euros: 781'32; 12 participaciones sociales de la Sociedad "C.B., S.L.", números 38 al 50, con todos los derechos que les pertenezcan, a Don A.G.B., que las compra por precio de 120.000 pts., en euros: 721'21". D).- El actor forma parte de la Comunidad de Bienes que gira con la denominación de "G.B.J. y otro, C.B." integrada por el mismo y don J.G.N., Comunidad que tiene por objeto la construcción de edificaciones. E).- A lo anterior debe añadirse, que el actor con fecha 16 de mayo de 1991, suscribió contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, al amparo del R.D. 1.989/84, con la Entidad demanda "C.B., S.L.", para desempeñar trabajos de auxiliar adminis-

trativo, y que en autos obran recibos de salarios de las mensualidades de enero, febrero, marzo y abril de 2002, en los que consta como antigüedad la de la fecha de suscripción de dicho contrato (16 de mayo de 1991).

El íntegro examen de los autos, que esta Sala ha abordado para resolver la cuestión de competencia suscitada, pone de manifiesto que la sentencia de instancia hace un completo y exhaustivo relato de la vida de la Sociedad y de los distintos cargos societarios asumidos por los padres del actor, su hermano y por el mismo recurrente y de las facultades a ellos inherentes, pero omite, sin embargo, una serie de hechos importantes reveladores de que su actividad en la empresa, no se ha limitado al mero desempeño de un cargo societario, sino que, con independencia del mismo ha desarrollado un trabajo remunerado por cuenta de la Entidad demandada y dentro de su ámbito de organización y dirección. Además, conviene significar que esa relación laboral se inicia en mayo del año 1991 y el actor no se convierta en socio hasta el año 2000, socio minoritario con una participación del 13%, formando parte del Consejo de Administración en el que las facultades se ejercitan de manera mancomunada. Y tras su nombramiento como miembro de los órganos del Consejo de Administración ha continuado siendo retribuido como trabajador de la empresa demandada, como auxiliar administrativo categoría con la que fue contratado el 16 de mayo de 1991 obrando nóminas salariales en las actuaciones (folios 15 al 18).

Y versando la cuestión planteada en el recurso en si el actor-recurrente ostenta o no el carácter de trabajador por cuenta ajena, ha de señalarse que del relato fáctico, tal como ha quedado completado, entre el demandante y la Empresa “C.B., S.L.”, existió relación laboral y que el actor, si bien es socio de la entidad, lo es desde el mes de enero de 2000, siendo titular tan solo de un 13% de las acciones, figurando en la Administración de la Sociedad mancomunadamente con otros socios y de tales circunstancias ha de concluirse que el actor era trabajador por cuenta ajena, pues de esos datos fácticos no puede considerarse que el actor ostentara el control efectivo directo o indirecto de la Sociedad. Es cierto que conforme a lo dispuesto en la disposición adicional Vigésima Séptima de la Ley General de Seguridad Social se determina que “se presumirá salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las

siguientes circunstancias: 1ª) Que, al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuida entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco, por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado”; y aunque entre el actor, sus padres y su hermano tienen el 50% de las participaciones sociales, como quiera que en el caso que nos ocupa no ha quedado acreditado que el actor conviva con dichos familiares, de todo ello ha de concluirse que el actor no posee el control efectivo de la sociedad.

A mayor abundamiento, debe tomarse en consideración la doctrina contenida en sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 1997 (RJ 1997/640) en la que se declara, en relación a los administradores sociales ejecutivos de una sociedad en la que su participación social no alcanza la mayoría de las acciones, que su trabajo debe calificarse como por cuenta ajena. El mismo Tribunal ha admitido con reiteración –entre otras sentencias, en las de 3 de junio de 1991 (RJ 1991/5.123), 27 de enero de 1992 (RJ 1992/76), 22 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10.221) y 14 de octubre de 1998 (RJ 1998/7.812)– la coexistencia o ejercicio simultáneo del cargo societario con la actividad derivada de una relación laboral ordinaria señalando que la inclusión o exclusión del trabajador-socio-gestor de una sociedad, dotada de personalidad jurídica, de la esfera laboral, depende de la verdadera naturaleza del vínculo y de la posición y actividad que, concretamente, realice la persona en el seno de la sociedad.

La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso, teniendo en cuenta todos los hechos referidos, evidencian la existencia de una relación laboral común, sometida en su contenido y vicisitudes a la legislación de trabajo, afirmación con la también muestra conformidad el Magistrado de instancia, como se demuestra con lo que declara en el primer párrafo del Fundamento de Derecho Tercero de su Sentencia, si bien al existir una Comunidad de Bienes entre el actor y don J.G.N., entiende que se da una identidad entre ambas sociedades, que no existe relación laboral y acoge la excepción de incompetencia de jurisdicción. Pero ciertamente el hecho de que el actor tenga constituida una Comunidad de Bienes con un socio de “C.B., S.L.” es un hecho ajeno a la cuestión que se ventila en este pleito, en el que ha de enjuiciarse si el actor ostenta o no la condición de trabajador por cuenta ajena de la indicada Entidad, sin

que, por outra parte, existan elementos suficientes en los autos para atribuir la identidad o confusión de empresas en los términos declarados por la resolución impugnada.

En resumen, no ha quedado desvirtuada la existencia de relación laboral entre el actor y la entidad "C.B., S.L.", por el hecho de que el recurrente ostente la condición de accionista, pues su participación es minoritaria (13% del capital social) y por su participación en el Consejo de Administración donde las facultades se ejercitan de manera mancomunada, por lo que procede declarar la competencia de este orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda de despido interpuesta (artículo 2 a) de la Ley de Procedimiento Laboral) y anular la sentencia de instancia que aplicó indebidamente la exclusión contenida en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores, reponiendo las actuaciones al trámite anterior a su pronunciamiento para que el Magistrado de Instancia dicte una nueva sentencia, con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción, en la que resuelva el fondo del asunto. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada del actor don J.G.B., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de esta Capital, de fecha 19 de agosto de 2002. Declaramos la competencia de este orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda formulada por el citado recurrente frente a la empresa "C.B., S.L." y, en consecuencia, anulamos la sentencia dictada por el mencionado Juzgado de lo Social, con reposición de las actuaciones al trámite anterior a su pronunciamiento para que el Magistrado de Instancia dicte una nueva en la que resuelva el fondo del asunto.

3542 Recurso núm. 5.802/02

S.S. DESPEDIMIENTO PROCEDENTE POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, Ó TER REALIZADO A TRABALLADORA DESPEDIDA TRABALLOS INCOMPATIBLES COA SÚA SITUACIÓN DE BAIXA POR INCAPACIDADE TEMPORAL.

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

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.802/02 interpuesto por "C.A., 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 doña M.A.P.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandadas "C.A., S.L." y doña M.C.A.P. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 456/02 sentencia con fecha 20 de septiembre de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1º.- La demandante, doña M.A.P.P., D.N.I. número ..., viene prestando servicios para la empresa "C.A., S.L.", dedicada a la actividad de peluquería, desde el 2 de septiembre de 1998, con categoría profesional de ayudante de peluquera y salario mensual de 436,01 euros. 2º.- En fecha 15 de enero del presenta año fue despedida por la empresa demandada, despido cuya improcedencia fue reconocida en acto de conciliación celebrado el día 16 de abril de 2002 en el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad, en el que se acordaba la readmisión y se establecía como jornada de trabajo la siguiente: - De lunes a jueves De 9 h a 13 h. - Viernes De 9 h a 15,30 h y de 17. h a 19 h. - Sábados De 8,30 h a 14 h. 3º.- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social giró visita a la empresa demandada en fecha 4 de junio de 2002, y comprobó que doña M.A.P.P. no se encontraba dada de alta en la Seguridad Social. Con fecha 26.06.02 la empresa comunicó el alta en la Seguridad Social de dicha trabajadora con efectos de 16.01.02. 4º.- Con fecha 10 de julio de 2002 la empresa remitió a la trabajadora carta de despido, carta que obra en autos y cuyo contenido se da pro reproducido. La empresa imputa a la demandante deslealtad y transgresión de la buena fe

contractual al realizar trabajos estando en situación de incapacidad temporal. Los efectos del despido son de 10 de julio de 2002. 5º.- La demandante se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el 14 de enero de 2002, aquejada de una dolencia de rodilla que le impide permanecer de pie o caminar durante períodos prolongados de tiempo. 6º.- A partir del 21 de junio de 2002, fecha en la que se abrió el “furancho” familiar, la demandante colaboró con su familia en las actividades propias del mismo (servir vino y tapas a los clientes, colaborar en labores de limpieza etc.). 7º.- La demandante no ostenta ni ha ostentado la cualidad de Delegada de Personal, miembro de Comité de Empresa o Representante sindical. 8º.- En fecha 1 de agosto de 2002 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.A.P.P. contra “C.A., S.L.” y doña M.C.A.P. debo declarar y declaro la improcedencia del despido de la trabajadora demandante, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días opte entre: 1.- Abonar a la demandante una indemnización de 2.557,93 euros (por 176 días de salario, a razón de 14,53 euros diarios). 2.- Readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes del despido. La opción deberá hacerse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de 5 días sin esperar su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entenderá que procede la primera”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- “C.A., S.L.” recurre la sentencia de instancia, que declaró improcedente el despido de la trabajadora demandante, y solicita con amparo procesal adecuado revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, propone sustituir el apartado 5º de la senten-

cia (“La demandante se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el 14 de enero de 2002, aquejada de una dolencia de rodilla que le impide permanecer de pie o caminar durante períodos prolongados de tiempo”), por los siguientes términos: “La trabajadora está en situación de IT desde el 14.01.02 por dolor en la rodilla derecha. Se le recomendó evitar sobrecargas mecánicas sobre la rodilla derecha, tales como permanecer de pie o caminando períodos prolongados de tiempo”; se basa en los folios 22 y 50.

El motivo se admite, en cuanto consejo médico específico, a partir del 19.07.02 en que fue realizado (folio 22), porque el parte de confirmación de la incapacidad temporal (IT, folio 50) se limita a consignar el padecimiento que determinó la baja laboral.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia infringe:

A) El artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con los artículos 5.a) y 20 del mismo código, pues la actora quebrantó los deberes de lealtad y fidelidad laboral, al estar suspendida su prestación de servicios por incapacidad temporal y, al tiempo, realizar actividades incompatibles con sus dolencias.

B) Los artículos 55.4 ET y 108.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues la conducta de la demandante integra un despido procedente.

CUARTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar se resumen en los siguientes:

D) La trabajadora es ayudante de peluquería de la empresa recurrente.

II) El 14.01.02 comenzó incapacidad temporal (IT), aquejada de una dolencia en rodilla que le impide permanecer de pie o caminar durante períodos prolongados de tiempo; desde el 19.07.02 se le recomendó evitar sobrecargas mecánicas sobre la rodilla derecha, tales como permanecer de pie o caminando períodos prolongados de tiempo.

III) Desde el 21.06.02, día en que se abrió el “furancho” familiar, colaboró con su familia en las actividades propias del mismo (servir vino y tapas a los clientes, labores de limpieza).

IV) El 10.07.02 recibió carta de despido, que le imputa deslealtad y transgre-

sión de la buena fe contractual al realizar trabajos en situación de IT.

QUINTO.- La jurisprudencia (ss. 22.03.83, 30.05.88) reitera que realizar trabajos en situación de IT es una clara transgresión de la buena fe contractual, en cuanto produce un fraude a la empresa, pues sigue cotizando por el trabajador que se encuentra de baja, y a la Seguridad Social, pues ha de abonarle indebidamente las respectivas prestaciones.

Las excepciones a dicho principio general, que como puntuales sanciona el Tribunal Supremo (ss. 21.03.84, 23.04.86, 24.09.90), admiten únicamente la ejecución de actos no inadecuados ni contraproducentes a la enfermedad padecida.

Aplicar esta doctrina al presente caso lleva a estimar las infracciones normativas que la empresa recurrente denuncia porque, frente a lo consignado en la sentencia impugnada, la naturaleza, frecuencia y prolongación temporal de las tareas que la actora desarrolló en el negocio familiar permaneciendo en IT, al requerir disponibilidad física, movimiento y bipedestación adecuadas, devienen razonablemente incompatibles y contraindicadas con la índole del padecimiento en su rodilla derecha que determinó la baja laboral, opuesto al ejercicio de actividades exigentes de aquella funcionalidad y médicamente desaconsejadas.

En definitiva, se evidencia o la aptitud de la demandante para la prestación de servicios en la empresa como ayudante de peluquería, en cuanto precisa de las mismas cualidades que desplegó en el otro ámbito referido, o la perturbación de su proceso curativo, de ahí que, conforme a la jurisprudencia (ss. 22.03.83, 21.02.84, 29.01.87), la conducta enjuiciada es merecedora de la sanción por despedido al vulnerar los principios de lealtad y fidelidad que informan el contrato de trabajo.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de "C.A., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, de 20 de septiembre de 2002 en autos nº 456/2002, que revocamos, desestimamos la demanda de despido de doña M.A.P.P. contra la empresa demandada, que declaramos procedente y convalidamos la extinción del contrato que produjo sin derecho a indemnización

3543

Recurso núm. 517/00

S.S. CONSIDERACIÓN DA MALARIA COMO ENFERMIDADE PROFESIONAL, A PROPÓSITO DE FALECIMENTO DE TRABALLADOR DO MAR QUE PRESTABA SERVICIOS EN BUQUE QUE FAENABA EN ZONAS ONDE DITA AFECCIÓN É ENDÉMICA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a treinta de enero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 517/00, interpuesto por INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.P.V.G. en reclamación de ACCIDENTE LABORAL, siendo demandado INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, "P., S.L.", 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. 190/99 sentencia con fecha 19 de noviembre de 1999, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) Que la actora, doña M.P.V.G., nacida el 12 de octubre de 1953, contrajo matrimonio con don J.M.G.C. el 20 de abril de 1974, de cuya unión nacieron sus hijas E. y M.P.G.V.- 2º) Que el marido de la demandante con ocasión de prestar sus servicios como Capitán de Pesca del Buque "L.", sufrió un accidente laboral debido a la malaria contraída durante la prestación de servicios a bordo del citado buque que le ocasionó un derrame cerebral, y que motivó su fallecimiento por "paludismo cerebral" el 18 de junio de 1998.- 3º) Que el causante había suscrito un contrato de trabajo con la empresa

demandada “P., S.L.” por obra o servicio determinado, pactándose como duración del mismo desde dicha fecha hasta “fin de campaña”.- Que el salario percibido por el Sr. G.C. ascendía a la suma de 171.785 pesetas con prorrateo de pagas extraordinarias.- 4º) Que la actora solicitó pensión de viudedad, la cual le fue reconocida como derivada de enfermedad común a tenor de una base reguladora de 108.871 pesetas, cuyo 45% asciende a 48.992 pesetas y con efectos de 20 de junio de 1998.- 5º) Que disconforme con la anterior resolución, por considerar la actora que el fallecimiento de su esposo derivada de un accidente laboral, así como con la base reguladora reconocida, interpuso reclamación previa, la cual fue desestimada.- 6º) Que la actora además de la cuantía de la prestación de viudedad en los términos solicitados solicita el abono de seis mensualidades del salario del causante en su favor, y dos mensualidades del mismo a favor de sus hijas.- 5º) Que el M/P L. fue dado de baja en la empresa “P., S.L.” por pasar a enarbolar la embarcación bandera de Ghana, con fecha de efectos 31 de marzo de 1998”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.P.V.G. contra el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, la empresa “P., S.L.”, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho de la actora a que la pensión de viudedad que venía percibiendo sea reconocida como derivada de accidente laboral, con derecho a una pensión vitalicia del 45% de su base reguladora de 171.000 pesetas, así como a una indemnización a tanto alzado de seis mensualidades y de una mensualidad para cada una de las hijas, condenando a dichas demandados a estar y pasar por tal declaración y al Instituto Social de la Marina al abono de las prestaciones correspondientes”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandada -ISM-, 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 declara el derecho de la actora a que la pensión de viudedad, que venía perci-

biendo, sea reconocida como derivada de accidente laboral, con derecho a una pensión vitalicia del 45% de su base reguladora de 171.000 pesetas (1027’73 €), así como a una indemnización a tanto alzado de seis mensualidades y una mensualidad para cada una de las hijas-, formula recurso de suplicación el Instituto Social de la Marina, en primer lugar, por la vía del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que el apartado del hecho probado segundo de aquella –que dice “sufrió un accidente laboral debido a la malaria contraída durante la prestación de servicios a bordo del citado buque...”-, se sustituya por otro, que afirme “contrajo malaria...”; y en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por interpretación errónea, de los artículos 7 del TRLGSS, 28 de la Orden de 13 de febrero de 1967 y 9 del Real Decreto 1.647/1997, de 31 de octubre.

SEGUNDO.- Pretendiéndose, en definitiva, y tal como se deduce de su planteamiento, con el primer motivo del recurso, que se suprima, en el hecho probado segundo de la resolución impugnada, la referencia a que el cónyuge de la demandante “sufrió un accidente laboral debido a la malaria contraída durante la prestación de servicios en el buque “L.”, porque la misma tiene un matiz valorativo, al que no cabe llegar por el cauce de un motivo (apartado b) del artículo 191 del TRLPL), que tiene como único objeto revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; procede aceptarlo, porque es evidente el carácter valorativo de dicho apartado, pues es cierto que el concepto accidente de trabajo, es jurídico, dado que no en vano está previsto en el artículo 115 del TRLGSS, al determinar en su punto 1 que se entiende por tal toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena; en el 2, los casos que tienen dicha consideración; en el 3, que se presume, salvo prueba en contrario, que son constitutivas del mismo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo; en el 4, los casos, que no tienen dicha consideración; y, en el 5, las circunstancias que no impiden la calificación de un accidente como de trabajo.

TERCERO.- Sostiene la Entidad Gestora demandada, en el segundo motivo del recurso, que es correcto el reconocimiento de la pensión de viudedad a la actora por contingencias comunes, pues, por contingencias

profesionales, no tendría derecho, a causa del principio de territorialidad, que rige en la Seguridad Social Española, pues, cuando falleció el causante el 18 de junio de 1998, estaba fuera del mismo, al haber sido dado de baja en el Régimen Especial del Mar, con efectos de 31 de marzo de 1998; pero, por la Sala, no se comparte tal apreciación, ya que: a) el cónyuge de la actora, contrajo la malaria, que dio lugar a su fallecimiento, en una fecha no precisada, pero seguramente bastante anterior, no sólo al fallecimiento (18 de junio de 1998), sino a la de 31 de marzo del mismo año, con efectos de la que fue dado de baja el barco “L.”, en el que faenaba, por la empresa “P., S.L.” por pasar a enarbolar la bandera de Ghana, con ocasión de prestar sus servicios en él, y, ante ello, no acabe considerar el supuesto como “accidente de trabajo”, porque la malaria –o el paludismo–, es ajena, en principio, a la actividad laboral desplegada por el causante, dado que se trata de una enfermedad infecciosa, caracterizada por accesos de fiebre intermitentes, y provocada por la presencia en los hematíes de diversas variedades de plasmodios, cuya existencia depende de la presencia de mosquitos del género “Anopheles”, indispensable para transmitir los plasmodios, que se presenta, principalmente, en países tropicales y ecuatoriales; b) procede considerar, en cambio, el caso que se analiza, como de fallecimiento, por “enfermedad profesional”, pues el paludismo, o lo que es lo mismo, la malaria, está recogido entre las enfermedades profesionales infecciosas o parasitarias en la correspondiente Lista, que figura, como Anexo, al Real Decreto 1.995/1978, de 12 de mayo (apartado d), punto 2), en el caso de que –como, según parece, sucedía en el presente caso–, los trabajos se lleven a cabo “en zonas donde dicha afección es endémica”; c) la enfermedad profesional da lugar, como sucede con el accidente de trabajo, a que, si la muerte se produce a causa de ella, la viuda o el viudo que reúnan las condiciones necesarias para ser beneficiarios de las prestaciones por viudedad, tengan derecho, además, a una indemnización, especial, por una sola vez, según señala el artículo 28.1 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, que será igual al importe de seis mensualidades de la base reguladora calculada en la forma que se señala, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.1 de dicha Orden; d) no es obstáculo decisivo para denegar lo solicitado por la demandante, el hecho de que el fallecimiento de su cónyuge ocurriera (18 de junio de 1998), con

posterioridad al 31 de marzo del mismo año, fecha ésta en que el buque “L.”, en que faenaba, fue dado de baja en la empresa “P., S.L.”, por pasar a enarbolar la bandera Ghana, porque, por una parte, es previsible que el cónyuge de la demandante hubiere contraído la enfermedad, que desembocó en su fallecimiento, con anterioridad a esta fecha; y, por otra, porque, según consta en la comunicación, emitida por la Dirección Provincial de A Coruña del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 17 de septiembre de 1998 (folio 169), dicha Dirección resolvió modificar de oficio su baja, de fecha 18 de junio de 1998– que, precisamente, es la de su fallecimiento–, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, por el motivo de “haber sido dada de baja la empresa “P., S.L.”, embarcación “L.”, con fecha de efectos 31 de marzo de 1998, por pasar a enarbolar la embarcación bandera de Ghana desde dicha fecha, y no quedar incluida dentro del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social”.

CUARTO.- Lo anteriormente expuesto, lleva consigo la desestimación del recurso, en el extremo referente a confirmar el fallo de la resolución impugnada, en lo que se refiere a declarar el derecho de la actora a que la pensión de viudedad, que venía percibiendo, sea reconocida –como derivada, no de accidente de trabajo, como en ella se hace constar, sino de enfermedad profesional, por las razones expuestas–, con derecho a una pensión vitalicia del 45% de su base reguladora de 171.000 pesetas (1.027'73 €), así como a una indemnización a tanto alzado de seis mensualidades; y, a la estimación del mismo, respecto al apartado de reconocer una mensualidad para cada una de las hijas del causante, ya que nada consta acreditado acerca de que las mismas reúnan las condiciones necesarias para ser beneficiarias de la pensión de orfandad, con lo que no concurre el requisito, que exige para ello el artículo 28.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967– solo se afirma, respecto a ellas, en la resolución impugnada, que de la unión entre la actora y su fallecido cónyuge, “nacieron sus hijas E. y M.P.G.V.”, pero sin precisar las fechas de nacimiento.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación en parte del recurso de suplicación, planteado por el Insti-

tuto Social de la Marina, contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de A Coruña, en fecha 19 de noviembre de 1999; y con revocación en parte de su fallo, debemos declarar y declaramos el derecho de la actora a que la pensión de viudedad, que venía percibiendo, sea reconocida como derivada de enfermedad profesional, con derecho a una pensión vitalicia del 45% de su base reguladora de 1027'73 €(171.000 pesetas), así como a una indemnización a tanto alzado de seis mensualidades; condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al Instituto Social de la Marina al abono de las prestaciones correspondientes; y debemos absolver y absolvemos a los demandados, de las restantes peticiones de la demanda"

3544 Recurso núm. 3.726/00

S.S. CONCURRENCIA DOS REQUISITOS ESIXIBLES PARA A IMPOSICIÓN Á EMPRESA DO RECARGO DE PRESTACIÓNS DE SEGURIDADE SOCIAL POR INFRACCIÓN DO DEBER DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a treinta de enero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.726/00, interpuesto por don A.R.R. y "P.C.S., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.R.R. en reclamación de ACCIDENTE DE TRABAJO, siendo demandado "P.C.S., S.A.", 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. 3/00 sentencia con

fecha dos de marzo de dos mil, por el Juzgado de referencia, que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandante don A.R.R., nacido el ..., que figura afiliado y en alta en la Seguridad Social, Régimen General, con el número ..., vino trabajando desde el 21 de noviembre de 1978 para la empresa demandada "P.C.S., S.A.", dedicada a la actividad de servicios de seguridad, haciéndolo como vigilante jurado y desarrollando su trabajo como conductor de un furgón blindado.- SEGUNDO.- Con fecha 2 de julio de 1994 cuando el actor se encontraba en su puesto de trabajo realizando una de sus labores habituales consistente en conducir el furgón blindado de la empresa demandada, matrícula ..., sufrió un accidente laboral al ser atracadado el furgón, resultando el demandante herido e iniciando incapacidad temporal el día 3, en cuya situación permaneció hasta que fue dado de alta el 5 de agosto por la Mutua A., a la que se dio el oportuno parte de accidente laboral por ser la entidad con la que la empresa "P.C.S., S.A." tenía cubierto el riesgo de accidentes de trabajo del actor. Presentada por éste en fecha 3 de octubre de 1997 solicitud de invalidez permanente y, emitido dictamen por el Equipo de Valoración de Incapacidades el día 5 de noviembre, propuesta el día 28 de ese mes y tras serle denegada en vía administrativa, presentó demanda el día 15 de abril de 1998 que fue turnada al Juzgado de lo Social número 3 de esta ciudad que dictó sentencia en fecha 21 de mayo declarando al demandante en situación de gran invalidez con derecho a pensión vitalicia mensual del 150% de una base reguladora anual de 2.493.916 pesetas. Recurrida la sentencia por la Mutua, fue confirmada por el TSJ de Galicia mediante sentencia de fecha 16 de diciembre de 1999. la invalidez le fue reconocida por padecer: lesión crónica del nervio peroneo derecho que afecta predominantemente a su rama profunda, pérdida completa de la audición del oído derecho y 98% del izquierdo, neurosis postraumática grave, estrés postraumático y distimia grave, alteraciones de conducta con agresividad, aislamiento, desconexión del ambiente y síntomas dependientes del hecho traumático.- TERCERO.- El atraco al citado furgón se produjo cuando éste se dirigía desde el Hipermercado A. de C., llevando la recaudación de ese día, hasta la Central de "P.C.S., S.A." sita en ..., ambos lugares pertenecientes al término municipal de Vigo. Al llegar el furgón a la entrada del Camino de ... se

encontraba parado en la misma en medio de la calzada y en dirección a la Carretera Provincial, un camión E., matrícula ..., que tenía el parabrisas destrozado por diversos impactos de bala y en su interior un equipo de transmisión portátil. El conductor del furgón hizo señales con las luces para que el camión le dejase paso y en ese momento un ocupante del camión se apeó del mismo y abrió fuego contra el furgón con un arma que cogía con las dos manos, arrojándose el conductor del furgón al suelo del mismo quedando éste sin gobierno y deslizándose hasta chocar con el camión, escuchando que disparaban contra el furgón desde todos los lados. Pasados unos momentos, uno de los ocupantes oyó que personas de la zona comentaban que habían avisado a la policía y ambulancias y entonces abrió la puerta lateral del furgón y sacó a un compañero que estaba herido grave y que fue trasladado por los vecinos a un centro hospitalario, dirigiéndose él al conductor, que estaba herido en una pierna, y le pidió las llaves e inició el camino de retroceso para dirigirse a un centro hospitalario pero a unos 200 metros se le paró el furgón, procediendo los vecinos a trasladarlos a ambos a un centro hospitalario.- CUARTO.- Tras el ataque sufrido, el furgón presentaba 13 orificios de bala: 5 en el parabrisas, 2 a la altura del radiador, 4 a la altura del capot entre el parabrisas y el radiador y 3 en la parte posterior del furgón. Dicho furgón, que está dividido en 3 compartimentos: el del conductor, un intermedio en el que van los vigilantes y el posterior en el que se portan los fondos, presentaba en el interior en el compartimento del conductor machas de sangre en el salpicadero, asiento y suelo, así como fragmentos de proyectil en el suelo y en su parte posterior dos orificios de entrada ocasionados por sendos proyectiles que previamente cruzaron el parabrisas; en el compartimento de los vigilantes había dos orificios de salida que se correspondían con los dos de entrada antes mencionados y otro de salida en el tabique que separa este compartimento del correspondiente al tesoro, hallándose en el suelo manchas de sangre y fragmento de proyectil en el suelo; en el compartimento del tesoro había 3 orificios de salida de proyectiles que se correspondían con los orificios de entrada del portón trasero y un orificio de entrada en el tabique que separaba este compartimento del correspondiente a los vigilantes y que también atravesó el asiento de los vigilantes; en la puerta que comunica los compartimentos del tesoro y vigilantes y en el tabique lateral izquierdo había señales de abollamiento ocasionados por

el rebote de las balas y en el suelo y tabiques había machas de sangre y fragmentos de proyectiles.- QUINTO.- Las armas que dispararon las balas eran de características coincidentes con las de los fusiles de asalto marca C., H. y D. (G-3) y algunas de sus réplicas, armas consideradas usualmente como portátiles. Los casquillos de los proyectiles disparados pertenecían a la Fábrica Nacional de Municiones de Armas de Portugal y eran de calibre 762 por 51 NATO, de las utilizadas por las citadas armas. De los proyectiles disparados sólo tres, dos de ellos dudosamente, eran perforantes, siendo el resto balas no perforantes, esto es, balas ordinarias o de guerra.- SEXTO.- El furgón siniestrado, marca M., había pasado la inspección técnica de vehículos el día 21 de agosto de 1992 siendo homologado por la Dirección General de Industria y Energía de la Comunidad de Madrid y, tras el atraco, las pasó en fecha 12 de enero de 1995 y 15 de enero de 1997. Su chasis y refuerzo en las ballestas delanteras habían sido colocados por un Concesionario de la M. en Madrid en 1992 y el 80% del carrozado lo hizo ese mismo año la empresa V.B., S.A., también de Madrid, siendo visado el blindaje por ingeniero del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos de Madrid el día 21 de abril de 1992 y siendo sus características las que constan en el proyecto técnico aportado por la empresa y que aquí se tiene por reproducido en tal extremo. Dicho blindaje era inspeccionado por la empresa ADT "P.C.S., S.A." que estaba autorizada para ello por la Dirección General de Seguridad en fecha 18 de agosto de 1974.- SÉPTIMO.- Emitido informe por la Inspección de Trabajo, ésta no propuso recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad, solicitando el actor dicho recargo el día 20 de mayo de 1999 al Instituto Nacional de la Seguridad Social y éste, oída la empresa y tramitado el oportuno expediente, resolvió en fecha que no consta denegarle el recargo. Interpuesta por el actor reclamación previa el día 11 de noviembre, le fue desestimada mediante resolución de fecha 21 de diciembre".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la excepción de prescripción alegada por la empresa demandada y estimando en parte la demanda interpuesta por don A.R.R., debo declarar y declaro que en el accidente de trabajo sufrido por el mismo en fecha 2 de julio de 1994 hubo omisión de medidas de seguridad por parte de la empresa "P.C.S., S.A." y condeno a ésta a

que le abone al actor un recargo del 40% de la prestación por invalidez permanente en el grado de gran invalidez que tiene reconocida, lo que hará mediante la constitución ante la Tesorería General de la Seguridad Social del correspondiente capital coste, previo cálculo por dicha Tesorería, a fin de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social le abone el recargo al actor, desestimando las demás pretensiones deducidas en la demanda, de las que absuelvo a dicha empresa y desestimando la demanda del actor contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, a los que absuelvo.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por las partes 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 desestimando la excepción de prescripción y estimando en parte la demanda, declaró que en el accidente de trabajo sufrido por don A.R.R., en fecha 2 de julio de 1994, hubo omisión de medidas de seguridad por parte de la empresa “P.C.S., S.A.” y condenó a ésta a que le abone un recargo del 40% de la prestación por incapacidad permanente en el grado de gran invalidez que tiene reconocida, lo que hará mediante la constitución ante la Tesorería General de la Seguridad Social del correspondiente capital coste, previo cálculo por dicha Tesorería, a fin de que el Instituto Nacional de la Seguridad Social le abone el recargo al actor, desestimando las demás pretensiones deducidas en la demanda de las que absuelve a la empresa, desestimando igualmente la demanda contra el INSS y la TGSS, a los que absuelve. Decisión judicial que es recurrida por la parte actora y por “P.C.S., S.A.”, censurándose por la primera el derecho aplicado en la sentencia recurrida, en tanto que por la segunda se pretende la revisión de los hechos declarados probados, censurando igualmente el derecho aplicado.

SEGUNDO.- Por la representación letrada de la empresa “P.C.S., S.A.”, se interesa en primer lugar, la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se sustituya en el hecho probado quinto: “las armas que dispararon las balas eran de características coincidentes con los de fusiles de asalto marca C., H. y K. (G.3) y algunas de sus réplicas,

armas consideradas usualmente como portátiles”, por el siguiente texto: “Las armas que dispararon las balas eran de características coincidentes con la de los fusiles de asalto C., H. y K. y algunas de sus réplicas, armas consideradas por don M.F.L., comandante-jefe acctal. de la Intervención de Armas de la Guardia Civil, como armas portátiles, aun cuando no exista texto legal donde se defina dicha arma portátil”. Modificación que se rechaza, al no aportarse documento que de modo directo y evidente demuestre el error del juzgador, tratando de hacer una nueva valoración de la prueba ya valorada y practicada en instancia. En todo caso, el juzgador de instancia no sólo ha tenido en cuenta el escrito obrante al folio 22, en que el Sr. F.L. de la Subdirección General de Operaciones e Intervención General de Armas y Explosivos de la Guardia Civil, informa de lo que son balas de tipo perforante, y que es un arma portátil, sino también, se apoya y así se recoge en el Fundamento Jurídico de la sentencia (con valor de hecho probado), en el atestado de la Guardia Civil, en el informe del Gabinete de la Policía Científica, en la comunicación remitida por la Guardia Civil a la UGT y en el informe pericial y en la declaración del perito en juicio, así en el informe pericial se señala: “que los disparos se efectuaron con fusil o fusiles de asalto tipo Cetme o similar, tal como el H.-K., que son armas portátiles”, y que “esta familia de fusiles portátiles de asalto era la más empleada en todos los países de la OTAN y afines”, matizando en su declaración, que se recoge en el acta del juicio que “armas portátiles son las que se pueden utilizar portándolas. El bazoka no es un arma portátil, la ametralladora no es un arma portátil porque su peso no permite su uso, el subfusil que ha sido utilizado es el arma que tienen todos los ejércitos, así como el proyectil. Es el arma más común del mercado occidental en un porcentaje del 80%”. Se pretende asimismo, la adición al hecho probado sexto, de un texto del tenor literal siguiente: “En el informe de 13.10.94 sobre medidas de seguridad de los furgones ya se denuncia que ha de promoverse las correcciones necesarias en la Ley para ajustarla a la realidad”. Adición que se rechaza, al implicar calificaciones o valoraciones, más propias de la fundamentación jurídica de la sentencia que del relato fáctico de hecho probado, sin perjuicio de lo que se dirá en la fundamentación jurídica de ésta.

TERCERO.- Como segundo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia

recurrida y con adecuado amparo procesal, que articula en tres apartados diferentes, denuncia infracción del art. 123.1 de la LGSS, en relación con el 9.3 de la C.E., así como de la jurisprudencia aplicable; alegando en síntesis que, la normativa invocada por el actor, no regulaba niveles de blindaje y no le era exigible una superior al que tenía el furgón y que este estaba homologado y que había pasado las revisiones legalmente establecidas tanto del blindaje como la inspección técnica de vehículos, añadiendo: “1) carencia de virtualidad práctica de la normativa en materia de blindaje en la fecha del accidente e imposibilidad de basar la condena en una nota informativa, así como falta de concreción del blindaje requerida por la sentencia; 2) vulneración de la jurisprudencia relativa al elemento de voluntariedad de recargo de prestaciones y en materia de causalidad necesaria.

En primer lugar se hace preciso determinar la legalidad vigente en la materia a la fecha en que ocurrió el accidente del actor (02.07.94), por cuanto: A) 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, 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 solo 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; 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. [...], l) 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.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa y así se desprende del inalterado relato fáctico de hechos probados deben destacarse los siguientes: “A) El demandante don A.R.R., nacido el ..., que figura afiliado y en alta en la Seguridad Social, Régimen General, con el número ..., vino trabajando desde el 21 de noviembre de 1978 para la empresa demandada “P.C.S., S.A.”, dedicada a la actividad de servicios de seguridad, haciéndolo como vigilante jurado y desarrollando su trabajo como conductor de un furgón blindado; B) Con fecha 2 de julio de 1994 cuando se encontraba en su puesto de trabajo realizando una de sus labores habituales consistente en conducir el furgón blindado de la empresa demandada, matrícula ..., sufrió un accidente laboral al ser atracadado el furgón, resultando el demandante herido e iniciando incapacidad temporal el día 3, en cuya situación permaneció hasta que fue dado de alta el 5 de agosto por la Mutua A., a la que se dio el oportuno parte de accidente laboral por ser la entidad con la que la empresa “P.C.S., S.A.” tenía cubierto el riesgo de

accidentes de trabajo. Presentada en fecha 3 de octubre de 1997 solicitud de invalidez permanente y, emitido dictamen por el Equipo de Valoración de Incapacidades el día 5 de noviembre, propuesta el día 28 de ese mes y tras serle denegada en vía administrativa, presentó demanda el día 15 de abril de 1998 que fue turnada al Juzgado de lo Social número 3 de esta ciudad que dictó sentencia en fecha 21 de mayo declarando al demandante en situación de gran invalidez con derecho a pensión vitalicia mensual del 150% de una base reguladora anual de 2.493.916 pesetas. Recurrida la sentencia por la Mutua, fue confirmada por el TSJ de Galicia mediante sentencia de fecha 16 de diciembre de 1999. la invalidez le fue reconocida por padecer: "lesión crónica del nervio peroneo derecho que afecta predominantemente a su rama profunda, pérdida completa de la audición del oído derecho y 98% del izquierdo, neurosis postraumática grave, estrés postraumático y distimia grave, alteraciones de conducta con agresividad, aislamiento, desconexión del ambiente y síntomas dependientes del hecho traumático"; C) El atraco al citado furgón se produjo cuando éste se dirigía desde el Hipermercado A. de C., llevando la recaudación de ese día, hasta la Central de "P.C.S., S.A." sita en ..., ambos lugares pertenecientes al término municipal de Vigo. Al llegar el furgón a la entrada del Camino de ... se encontraba parado en la misma en medio de la calzada y en dirección a la Carretera Provincial, un camión E., matrícula ..., que tenía el parabrisas destrozado por diversos impactos de bala y en su interior un equipo de transmisión portátil. El conductor del furgón hizo señales con las luces para que el camión le dejase paso y en ese momento un ocupante del camión se apeó del mismo y abrió fuego contra el furgón con un arma que cogía con las dos manos, arrojándose el conductor del furgón al suelo del mismo quedando éste sin gobierno y deslizándose hasta chocar con el camión, escuchando que disparaban contra el furgón desde todos los lados. Pasados unos momentos, uno de los ocupantes oyó que personas de la zona comentaban que habían avisado a la policía y ambulancias y entonces abrió la puerta lateral del furgón y sacó a un compañero que estaba herido grave y que fue trasladado por los vecinos a un centro hospitalario, dirigiéndose él al conductor, que estaba herido en una pierna, y le pidió las llaves e inició el camino de retroceso para dirigirse a un centro hospitalario pero a unos 200 metros se le paró el furgón, procediendo los vecinos a trasladarlos a ambos a un centro hospitalario.- D) Tras el

ataque sufrido, el furgón presentaba 13 orificios de bala: 5 en el parabrisas, 2 a la altura del radiador, 4 a la altura del capot entre el parabrisas y el radiador y 3 en la parte posterior del furgón. Dicho furgón, que está dividido en 3 compartimientos: el del conductor, un intermedio en el que van los vigilantes y el posterior en el que se portan los fondos, presentaba en el interior en el compartimento del conductor machas de sangre en el salpicadero, asiento y suelo, así como fragmentos de proyectil en el suelo y en su parte posterior dos orificios de entrada ocasionados por sendos proyectiles que previamente cruzaron el parabrisas; en el compartimento de los vigilantes había dos orificios de salida que se correspondían con los dos de entrada antes mencionados y otro de salida en el tabique que separa este compartimento del correspondiente al tesoro, hallándose en el suelo manchas de sangre y fragmento de proyectil en el suelo; en el compartimento del tesoro había 3 orificios de salida de proyectiles que se correspondían con los orificios de entrada del portón trasero y un orificio de entrada en el tabique que separaba este compartimento del correspondiente a los vigilantes y que también atravesó el asiento de los vigilantes; en la puerta que comunica los compartimentos del tesoro y vigilantes y en el tabique lateral izquierdo había señales de abollamiento ocasionados por el rebote de las balas y en el suelo y tabiques había machas de sangre y fragmentos de proyectiles. E) Las armas que dispararon las balas eran de características coincidentes con las de los fusiles de asalto marca C., H. y D. (G-3) y algunas de sus réplicas, armas consideradas usualmente como portátiles. Los casquillos de los proyectiles disparados pertenecían a la Fábrica Nacional de Municiones de Armas de Portugal y eran de calibre 7'62 por 51 NATO, de las utilizadas por las citadas armas. De los proyectiles disparados sólo tres, dos de ellos dudosamente, eran perforantes, siendo el resto balas no perforantes, esto es, balas ordinarias o de guerra; F) El furgón siniestrado, marca M., había pasado la inspección técnica de vehículos el día 21 de agosto de 1992 siendo homologado por la Dirección General de Industria y Energía de la Comunidad de Madrid y, tras el atraco, las pasó en fecha 12 de enero de 1995 y 15 de enero de 1997. Su chasis y refuerzo en las ballestas delanteras habían sido colocados por un Concesionario de la M. en Madrid en 1992 y el 80% del carrozado lo hizo ese mismo año la empresa V.B., S.A., también de Madrid, siendo visado el blindaje por ingeniero del Colegio Oficial de Inge-

nieros Técnicos Aeuronáuticos de Madrid el día 21 de abril de 1992 y siendo sus características las que constan en el proyecto técnico aportado por la empresa y que aquí se tiene por reproducido en tal extremo. Dicho blindaje era inspeccionado por la empresa ADT "P.C.S., S.A." que estaba autorizada para ello por la Dirección General de Seguridad en fecha 18 de agosto de 197; G) Emitido informe por la Inspección de Trabajo, ésta no propuso recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad, solicitando el actor dicho recargo el día 20 de mayo de 1999 al Instituto Nacional de la Seguridad Social y éste, oída la empresa y tramitado el oportuno expediente, resolvió en fecha que no consta denegarle el recargo. Interpuesta por el actor reclamación previa el día 11 de noviembre, le fue desestimada mediante resolución de fecha 21 de diciembre"

De lo expuesto fáctica y normativa-mente, se llega a igual conclusión a la alcanzada por el Magistrado de instancia, en base a las siguientes consideraciones (tal como declaró esta Sala en su sentencia de 23.04.02, Rec. 2.029/99): 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 positivación 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 empleado-

res, 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 13.03.86, especifica para los blindajes traslúcidos unos niveles de seguridad en función de los niveles de ataque factibles.

C) Esta Sala en SSTSJ de 15 de septiembre de 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 presume 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 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 H. y K. G.3, ha de calificarse de portátil pues no precisa para su uso, transporte, mantenimiento etc. mas que de una persona; igualmente la munición utilizada, cartuchos 7'62 por 51 mm., NATO, de fabricación portuguesa, ni siquiera todas eran de tipo perforante, pues de los proyectiles disparados en total 13, dos de ellos dudosamente y el resto eran balas ordinarias o de guerra, entran 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, por lo que la falta de diligencia patronal resulta patente, partiendo de que en este tipo de actividades es plenamente presumible y previsible que tales vehículos sufran atracos a manos de individuos particularmente cualificados o miembros de organizaciones que dispone 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 no es el primer atraco que sufren estos furgones, pues con posterioridad a éste se ha producido otro de similares características, con igual tipo de arma, sin que no obstante la frecuencia de los mismos y el riesgo que corren los ocupantes de dichos furgones, se hubiese adoptado ninguna medida tendente a reforzar dicho blindaje, en consecuencia, ha faltado su obligación de garantizar la seguridad del trabajador.

En cuanto a la responsabilidad de dicho recargo, la misma es exclusivamente de la empresa, por lo que ha de absolverse al INSS y a la TGSS, a los que no alcanza dicha responsabilidad en forma alguna, ni solidaria ni subsidiaria, según resulta de lo establecido por el T. Supremo, en sentencias, entre otras 16.11.93 (RJ. 9.069/93), 22.09.94 (RJ. 7.170/94) y 02.10.00, 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 del trabajo, no siendo susceptible de aseguramiento público o privado. En base a lo que, procede desestimar el recurso interpuesto por "P.C.S., S.A."

CUARTO.- Por lo que respecta a la censura jurídica que se formula por la parte actora, por la misma se denuncia con adecuado amparo procesal, infracción del art. 123.1 del la LGSS, en relación con los arts. 1 y 14 del R. Decreto de 8/1981, la Orden de 01.07.81, la Orden 13.03.86 y la Orden de 09.03.71 (Ordenanza General de Seguridad e Higiene), alegándose en síntesis 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 fuese perforado por 13 proyectiles, varios de los cuales perforaron las mamparas internas del vehículo, por lo que, 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, sin que pueda compensarse ni aquilatar esa responsabilidad por la acción u omisión del trabajador que es exclusivamente víctima con una gran invalidez del incumplimiento grave y culpable de las medidas de seguridad por parte del empresario, solicitando se revoque la sentencia de instancia, condenando a la empresa de seguridad a abonar al actor un recargo del 50% de la prestación de incapacidad permanente de gran invalidez y no del 40% como se entendió por el Magistrado de instancia.

Censura que debe merecer favorable acogida, pues de conformidad con el art. 123 de la LGSS, el recargo de las prestaciones económicas, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, que se fija de un 30 a un 50% se valorará teniendo en cuenta la gra-

vedad de la falta y las consecuencias del incumplimiento, gozando el Magistrado de un amplio margen de apreciación en la determinación de la citada cuantía, por lo que teniendo en cuenta el incumplimiento grave y culpable de las medidas de seguridad, pues, el blindaje del furgón fue perforado por 13 proyectiles, varios de los cuales incluso perforaron las mamparas internas y que las balas en su mayor parte ni siquiera eran perforantes (salvo una y otras dos como posibles), siendo las diez restantes ordinarias o de guerra (fundamentación jurídica con valor de hecho probado), así como sus consecuencias que determinaron que el actor fuera declarado en situación de gran invalidez, se estima como más correcta el recargo de prestaciones hasta el 50%, en lo que se revoca parcialmente la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por "P.C.S., S.A." y estimando el interpuesto por don A.R.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo, de fecha dos de marzo de dos mil y revocando parcialmente la misma, debemos condenar y condenamos a la empresa "P.C.S., S.A." a abonar al actor un recargo del 50% de la prestación de incapacidad permanente en el grado de gran invalidez, confirmando la sentencia de instancia en lo que se refiere a los demás extremos de aquella.

3545 Recurso núm. 5.819/2002

S.S. DESPEDIMIENTO PROCEDENTE DE TRABALLADOR CON RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN, POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, Ó NON PODER CONSIDERARSE PRESCRITAS AS FALTAS COMETIDAS, POR APLICACIÓN DO DISPOSTO NA NORMATIVA REGULADORA DE DITA RELACIÓN ESPECIAL.

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

A Coruña, a treinta de enero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.819/2002 interpuesto por doña M.D.F.V. 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.D.F.V. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "C.N., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 455/02 sentencia con fecha treinta de julio 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:

"I.- Doña M.D.F.V., mayor de edad, con D.N.I. número ..., vino prestando servicios por cuenta de "C.N., S.A." desde el 15.11.95, en las circunstancias que se recogen en el resto del relato fáctico. II.- "C.N., S.A.", se constituyó el 29.08.94; la actora adquirió 200 acciones el 15.06.98, fecha en la que don M.C. adquirió el resto de las acciones, siendo titular de 800 acciones, y desde tal fecha fueron únicos dos socios de la Sociedad. III.- Con fecha 14.11.95 el Consejero-Delegado de "C.N., S.A." confirió poder a favor de la actora para todas las facultades propias de la Administración, poder que por obrar en autos se da por reproducido. Al día siguiente, don M.C., en calidad de Gerente, firmó contrato laboral con la actora para la categoría de auxiliar administrativa. IV.- En Junta Universal de 27.12.97, se acordó cambiar el Órgano de Administración, nombrando un Administrador único, cargo que recayó en la actora. V.- Con fecha 21.01.02, se celebró Junta de la Sociedad, en la que don M.C. se comprometió a adquirir, por sí o por tercero, las acciones de la actora por la suma de 25 millones de pesetas, en 24 horas, con cese de la actora como administradora. Además, se acordaba que la demandante mantuviera "un contrato de trabajo con la empresa "C.N., S.A.", con un sueldo de 300.000 pesetas mensuales"; entre otras condiciones. En cumplimiento de tal Acuerdo, se adquirieron las acciones ante Notario el 24.01.02, pasando a ser socia única la Sra. B. (madre del Sr. don M.C.), dándose por produ-

cida tal acta notarial; la actora y don M.C., como Apoderado, reflejaron el resto de los acuerdos en documento privado de esa misma fecha, que por obrar en Autos se dan por reproducidos, interesando destacar que la remuneración fijada era de 300.000 pesetas en 12 pagas anuales, así como una indemnización adicional, en caso de rescisión improcedente de la relación laboral antes del 31.12.02. VI.- La actora venía conviviendo maritalmente con don M.C., en ...-Vigo; con ellos convivía F. (hijo menor de la actora) y la madre de don M.C.. Desde principios del año 2000, la relación sentimental finalizó y la actora se fue a vivir con su hijo a la c/... VII.- La actora pasó a la situación de I.T. el 25.01.02 siendo alta el día 22.04.02. El 23.04.02 la actora compareció en la empresa, con un delegado sindical, y al estar ausentes de Vigo don M.C. y la Administradora, se le entregó carta que decía: "Con fecha de hoy se persona con el parte de alta la empleada de esta empresa, doña M.D.F.V., cuyo parte se le acepta y se le confirma que por motivos de acoplamiento de plantilla, la empresa pasa a concederle cinco días de vacaciones, hasta el próximo lunes día 29 de abril de 2002, fecha de su incorporación y en el que se procederá a acoplarla al puesto de trabajo correspondiente. Se adjunta hoja de vacaciones al presente escrito, firmando el presente documento las partes interesadas en Vigo a veintitrés de abril de dos mil dos, con copia para la Sra. F.". VIII.- La actora presentó papeleta de conciliación el 26.04.01, y demanda por vacaciones el 23.05.02, que pende ante el Juzgado de lo Social nº Dos. IX.- El día 29 de abril se reincorporó la actora al trabajo. El domicilio social tiene una parte delantera con dos habitaciones dedicadas a oficinas, y en la parte posterior están las habitaciones donde vive el Gerente (y antes la actora); en tal zona se asignó a la actora un despacho, en una habitación sin ventana, con luz artificial, donde se había instalado una mesa y silla, y que con doble puerta corredera comunica con el salón de la casa, donde a veces se hacen reuniones con el personal, indicándosele que ordenara facturas, y que aclarara gastos anteriores a su cese como administradora. A principios de mayo se requirió a la demandante para que trajera un ordenador Pentium que tenía en su domicilio, lo que la actora no hizo. La actora presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo el 23.04.02, quien visitó la empresa en fecha 29.04.02, levantando Acta que, por estar unida a autos, se da por reproducida. X.- El día 20.05.02 se entregó a la demandante carta

que decía: "La Dirección de esta Empresa ha acordado proceder a su despido disciplinario con efectos de esta misma fecha, en base a los hechos que seguidamente se relatan: En la segunda quincena del pasado mes de noviembre, su hermano don R.A.F.V. presentó al cobro, primero por ventanilla y posteriormente por Cámara de Compensación, un cheque contra esta Entidad firmado por Vd. por pesetas 5.000.000, que resultó impagado gracias al buen hacer del personal de la Oficina de B. que observó lo irregular de tal operación. La extraña explicación y reacción habida por su parte ante este anómalo y grave hecho, hizo desconfiar de su persona y gestión, lo que conllevó en definitiva a la pérdida de su condición de Administradora Única de la Entidad el 24 de enero del año en curso. Desde esa fecha se han venido investigando en las cuentas de la Sociedad, encontrándose sorpresivamente con un importante agujero y que grosso modo, entre otras y sin perjuicio de mayor detalle, lo conforman, en cantidades y conceptos, las siguientes partidas: 163.759 pts.- Facturas del teléfono particular de su domicilio nº; 375.728 pts.- Facturas de agua y comunidad también de su domicilio, c/..., de la Federación Gallega de Golf a su nombre así como correspondientes a su hijo F.T.F., de quién también traen causa facturas de "S." y de "V."; 406.200 pts.- Cheques sin justificación Empresarial entregados, por ejemplo, para dentista, academias y cuenta particular de su hijo F.T.; 3.354.043 pts.- Diversas facturas, todas ellas correspondientes a su domicilio particular, de "S.", "E. de M.P.", "U.M.", "B."; 8.281.623 pts.- Pagos efectuados a cargo de las tarjetas de crédito de la Empresa de "B.G.", "C.E.", "B." y "A.E.", para asuntos tan ajenos a la Empresa como "E.C.I." - Ropas joven y señora-, peluquería, tiendas de zapatería etc.; 3.440.427pts.- Diversas retiradas en efectivo con las tarjetas de "C.E." y "B." sin justificación en la contabilidad empresarial. Lo expuesto constituye una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo, incumplimiento grave, culpable y suficiente justa causa del despido que se le notifica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, apartados 1. y 2. d), sin perjuicio de fundamentar igualmente el ejercicio de las pertinentes acciones penales por apropiación indebida. Con el ruego de que firme y feche el duplicado de la presente para debida constancia de su recepción. Atentamente". XI.- El día 25.01.01 la actora devolvió a los Bancos las tarjes de crédito con cargo a la

empresa. XII.- La actora venía abonando con cargo a la empresa los gastos corrientes de la vivienda de la Rua ... y de alimentación; cuando se mudó a la c/..., siguió haciendo los pagos de tales conceptos de su nueva vivienda (agua, teléfono, comunidad) hasta que cesó como Administradora. Tanto ella, como don M.C., compraban su ropa y calzado personal con tarjetas con cargo a la empresa, haciéndolo la actora al menos hasta finales de diciembre de 2001. XIII.- La demandante autorizó el cargo del pago de las cuotas de la Federación Gallega de Golf, correspondientes a ella y a su hijo, en la cuenta de la empresa hasta diciembre de 2001. Además, abonó con cargo a cuentas corrientes de la empresa, gastos de academia de su hijo hasta noviembre de 1998. XIV.- Desde marzo de 2000 hasta al menos agosto de 2001, adquirió la actora, mobiliario para su nuevo domicilio, cargando a las cuentas de la empresa al menos un total de 676.349 pesetas. XV.- El 24.01.02, entregó la actora, un talón con cargo a la empresa por importe de 3.365 euros en el comercio “B.” –sito en el bajo de su domicilio –, por el concepto de muebles y tapicería y papel pintado. XVI.- El 15 de noviembre de 2001, el hermano de la actora, don R.F., presentó al cobro en ventanilla un cheque firmado por la demandante, por importe de 5.000.000 de pesetas. Como el Banco no disponía de efectivo suficiente, llamaron a la empresa, diciendo la actora que el talón firmado en blanco se lo había cogido su hermano, por lo que no fue abonado. Aún cuando la actora indicó en aquella fecha que procedería a denunciar los hechos, no lo hizo así.”

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.D.F.V., declarando procedente el despido de que ha sido objeto, sin derecho a indemnización alguna, absolviendo a “C.N., S.A.” de las pretensiones de la demanda

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- En su recurso frente a la sentencia de instancia, que declaró proce-

dente el despido por el que se accionaba, en su primer motivo de Suplicación –vía art. 191.b LPL– la actora propone seis revisiones: 1ª.- Rectificar la antigüedad del ordinal primero, que se pretende concretar en 01.01.95.

2ª.- Modificar el tercero de los HDP, para cualificar el sustantivo «contrato» con el artículo «un» y el adjetivo «indefinido».

3ª.- En el quinto de los ordinales, sustituir el artículo «un» [contrato de trabajo] por la expresión «su actual» [contrato de trabajo] y añadir intercaladamente «y nueva administradora de la entidad doña R.C.M.».

4ª.- En el sexto de «probados», incorporar que el domicilio de la convivencia marital era también «el domicilio de la demandada desde el 27 de diciembre de 1997».

5ª.- Modificar el HDP nº XII, en el sentido de: (a) añadir «[...] domicilio de la actora y don M.C. hasta el año 2002 y domicilio social de la Sociedad demandada desde el 27 de diciembre de 1997»; (b) adicionar –tras la palabra «Administradora»– la expresión «pagos conocidos y admitidos por don M.C., socio mayoritario de la Sociedad hasta enero de 2002». Y

6ª.- En el ordinal XIII, sustituir la palabra «demandante» por la expresión «el Sr. C.»; «Federación Gallega de Golf», por «Club de Golf R.V.»; «ella», por «demandante»; y «abonó», por «autorizó y conocía el abono».

SEGUNDO.- 1.- Como tenemos resalado en muchas otras ocasiones –así, sentencias de 10.01.01 R. 3.424/98, 12.01.01 R. 4.678/99, 19.01.01 R. 5.470/00, 24.01.01 R. 3.204/97, 15.03.01 R. 444/00, 29.03.01 R. 1.202/01, 21.04.01 R. 218/99, 30.05.01 R.2.125/01, 26.06.01 R. 2.451/01 y 03.10.01 R. 4.202/01–, al no ser este trámite de Suplicación el último grado de jurisdicción y resultar siempre factible que contra la presente sentencia se interponga recurso de Casación, de manera que en unificación de doctrina el Tribunal Supremo bien pudiera apreciar en forma diversa la trascendencia de los hechos que el recurso pretende incorporar al relato fáctico, tales circunstancias determinan que la Sala deba ya dejar definitivamente configurada la visión que tiene de los hechos, sin que pueda excluir respuesta a los motivos revisorios por considerar que los aducidos son irrelevantes para el pronunciamiento que haga (SSTS 23.02.99 Ar. 2.018, 19.01.98 Ar. 997, 22.05.96 Ar. 4.610 ...). Pero este planteamiento no

puede ignorar el carácter instrumental de los HDP, por lo que han de rechazarse todas aquellas revisiones fácticas que el propio recurso no preordene a las infracciones denunciadas o –en su caso– a denunciar en posterior trámite, para el supuesto de pretender anularse la decisión recurrida.

2.- Con ello queremos significar que imputándose en autos determinadas faltas que se cuestionan (a) por tratarse de hechos expresa o tácitamente consentidos y (b) por estar prescritas las mismas, a la par que (c) se discute la fecha de inicio de la prestación de servicios, para la Sala es claro que únicamente tiene sentido tratar sobre rectificaciones fácticas finalísticamente orientadas a fijar tales extremos, rechazándose cualquier otra modificación que no tenga tal objetivo y que –por ello– sea expresiva de la personal redacción del autor del recurso y/o contenga precisiones –correctas o no– absolutamente superfluas. Lo que se traduce en que ni siquiera tratemos de las modificaciones segunda, tercera y sexta (B, C y F, en la terminología del recurso), porque ni en la propia tesis recurrente añaden algo relevante al relato de hechos, que en puridad debe limitarse a hacer constar –SSTSJ de Galicia 18.05.00 R. 4.857/98, 15.06.00 R. 1.117/97, 13.07.00 R. 3.217/00, 13.07.00 R. 253/97, 03.11.00 R. 4.435/00, 12.01.01 R. 3.357/97, 23.02.02 R. 2.956/98, 13.03.02 R. 18.05.02 R. 5.419/98 y 14.09.02 R. 4.295/01– los datos de hecho en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley (STS 22.01.98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de HDP exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente, de modo que –en todo caso– deje centrado el debate en forma tal que también el Tribunal que conozca el recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico; admitiéndose incluso –a los efectos de determinar los HDP– la forma irregular de remisión, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11.12.97 Ar. 9.313, 01.07.97 Ar. 6.568, etc.).

TERCERO.- Tratándose de revisiones «oportunas» en la economía y significado del recurso de Suplicación:

(a).- Se admite en parte la modificación primera, porque en el acto de juicio tanto la parte demandante como la demandada fijaron como fecha de inicio de la actividad laboral en 18.05.95 (vid. folio 406), con lo que tal fecha ha de ser calificada de «conforme», cualidad ésta que excusa de prueba avalatoria y es predicable de los alegatos fácticos que figuren en demanda o se efectúen en la contestación a ella y que la otra parte no cuestione (SSTS 29.03.58 Ar. 1.461, 29.03.84 Ar. 2.448 y 09.04.84 Ar. 2.055; SSTSJ Galicia –recientes– 04.02.00 R. 5.592/96, 13.07.00 R. 1.340/97, 18.07.00 R. 5.045/97, 30.11.00 R. 4.963/00, 25.01.01 R. 4.007/97, 20.04.01 R. 489/00 y 03.10.01 R. 2.765/98, 13.09.02 R. 3.365/02, 28.09.02 R. 1.383/99 y 15.11.02 R. 4.156/99). De esta forma, se rectifica el primero de los HDP en el sentido de precisar –rectificando– que la prestación de servicios principió en «18.05.95».

(b).- Se rechazan las referencias a la coincidencia de domicilio social y particular de las partes litigantes (revisión «D» y «E») hasta el año 2002, porque el informe de residencia y convivencia que al efecto se cita –folio 287– en forma alguna es decisivo al efecto, en primer lugar porque en trámite de Suplicación –recurso extraordinario– únicamente son hábiles para revisar los hechos declarados probados los documentos públicos, entendiéndose por tales los expedidos por funcionario público con referencia a libros, archivos o legajos que le estén encomendados por razón de su cargo (así, las SSTCT de 25.06.84 Ar. 5.632 y 27.09.84 Ar. 7.189; y SSTSJ Galicia 06.06.91 AS 4.044, 07.06.93 R. 3.829/91, 18.07.94 R. 4.510/92, 08.05.95 R. 1.700, 31.08.95 R. 3.845/95, 21.11.96 R. 4.888/96, 06.07.98 AS 2.021, 20.07.00 R. 4.762/97, 23.10.00 R. 1.245/97, 16.11.00 R. 3.643/97, 30.11.00 R. 3.804/97, 30.11.00 R. 4.288/97, 18.01.01 R. 4.861/97, 23.03.02 R. 4.297/98 y 28.12.02 R. 887/02), y los documentos privados que hubiese sido expresamente reconocidos en juicio por la parte a quien pudieran perjudicar (art. 1.225 CC; hoy art. 326 LEC), en tanto que la prueba invocada –informe de residencia– no es sino una testifical documentada («según averiguaciones practicadas por agentes de este Servicio», se afirma); y en segundo término, porque va fechado en 13.09.99 y –por ello– no puede

obviamente referir el momento de cese de la convivencia en C/ ...

Razón ésta última que igualmente ha de predicarse de la escritura notarial que en apoyo de la misma revisión se cita (folios 316 y siguientes), al ir datada en 15.06.98 y mal poder considerarse acreditativa de hecho posterior.

(c).- En la misma forma se rechaza –ordinal XII de los HDP – la frase «pagos conocidos y admitidos por don M.C., socio mayoritario de la Sociedad hasta enero de 2002», porque se basa en la conjetura –siempre rechazable a los efectos revisorios en este extraordinario trámite– de que don M.C. necesariamente conocía los gastos que la actora realizaba, por constar en los extractos mensuales de la tarjeta VISA Oro de la que aquélla disponía. La remisión de los extractos implica –obviamente– la más que probable posibilidad de que los cargos en cuenta hubiesen sido efectivamente conocidos, pero no determina ineluctablemente que así fuese, por lo que ha de imponerse la conclusión judicial contraria –recordemos nuevamente que se trata de recurso extraordinario–, sin que proceda modificar el relato de hechos declarados probados.

CUARTO.- 1.- En el apartado de examen del Derecho aplicado –por el cauce del art. 191.c LPL– el recurso denuncia la infracción de los arts. 1.2 y 13 del RD 1.382/85, de 1 de agosto, en relación con los arts. 1.1 y 60.2 ET. Con ello se acusa indebida aplicación del plazo prescriptorio previsto en el marco de la relación laboral de alta dirección a un vínculo que a la fecha del despido era relación laboral común.

2.- Expongamos sucintamente los hechos: (a) la actora presta servicios para la demandada desde el 18.05.95, pasando a ostentar todas las facultades de Administradora desde el 14.11.95, pese a suscribirse contrato como Auxiliar administrativa, y es nombrada Administradora única en 27.12.97; (b) desde el 15.06.98 se convierte el titular del 20 % de las acciones, perteneciendo las restantes al Gerente don M.C.; (c) la actora convivió maritalmente con don M.C. hasta principios del año 2000, haciéndolo en la parte posterior de misma sede social –C/ ... Vigo– y en compañía de otros familiares de una y otro; (d) en enero de 02 la actora fue cesada, se adquirieron sus acciones y se hizo contrato de trabajo con remuneración pactada de

300.000 pts/mes; (e) cuando vivía en C/..., la Sra. F. abonaba los gastos corrientes de la vivienda común y los personales –vestido, calzado y cuotas de club de golf– con cargo a la empresa, y tras la ruptura continuó haciéndolo hasta que cesó como Administradora; (f) desde marzo de 2000 a agosto de 2001 cargó en las cuentas de la empresa mobiliario para su nuevo domicilio por importe de 676.349 pts; (g) en 24.01.02 entregó en determinado comercio un talón de 3.365 euros, con cargo a la empresa por y por el concepto de mobiliario, tapicería y papel pintado; (h) en 15.11.01, el hermano de la Sra. F. pasó al cobro un cheque firmado por la demandante y por importe de 5.000.000, cuestión sobre la que la actora ofreció primero la versión de sustracción (sin denuncia) y de pago de deuda (sin recibo); y (g) por tales hechos y algunas otras imputaciones, la actora fue despedida en 20.05.02.

QUINTO.- 1.- Es bien sabido y de constante recuerdo por los Tribunales (así, SSTSJ Galicia 23.03.94 R. 889/94, 28.11.94 AS 4.493, 18.05.95 R. 1.871/95, 25.08.95 AS 3.154, 07.03.96 R. 502/96, 15.07.96 R. 3.086/96, 29.04.97 R.1.426/97, 23.05.97 R. 1.836/97, 05.03.99 R. 88/99, 30.09.99 R. 3.720/99, 13.07.00 R. 3.217/00 y 26.06.01 R. 2.451/01) que el art. 60.2 ET establece un plazo de prescripción llamada «corta» –de dos meses– cuyo cómputo se inicia, inexorablemente, desde que el empresario tiene conocimiento de la falta; y otro –de seis meses– llamado de prescripción «larga» y que –conforme al precepto– opera «en todo caso». La rotundidad de esta última norma ha sido, sin embargo, objeto de una interpretación correctora por parte de la Jurisprudencia, al objeto de evitar una hermenéutica del precepto que llevase a beneficiar al infractor y a premiar la clandestinidad de conductas continuadas, frente a hechos notorios y puntuales que pudieran resultar de inferior gravedad. Y en concreto se ha señalado que si bien el *dies a quo* de la citada prescripción «larga» –la de los seis meses– comienza a correr con carácter general desde la comisión de los hechos, esto es, desde que se cesa en la conducta sancionable (SSTS de 09.02.87 Ar. 801, 24.07.89 Ar. 5.909, 12.03.90 Ar. 2.057 y 16.03.90 Ar. 2.162), en el más concreto supuesto de pluralidad de hechos que corresponden al mismo tipo de infracción y en que media unidad de propósito, no procede aislar los hechos concretos en que se manifiesta –a los efectos de la prescripción– y el *dies a quo* para el cómputo del

referido prazo no comienza a correr sino desde o último incumplimento, en el que realmente se cesa en la indicada actitud, por voluntario apartamiento del trabajador (SSTS 15.09.88 Ar. 6.899, 06.10.88 Ar. 7.541, 11.07.89 Ar. 5.452, 21.11.89 Ar. 8.218, 15.06.90 Ar. 5.465 y 25.06.90 Ar. 5.513), porque la lesión jurídica no deja de producirse mientras permanece la situación ilegítima (SSTS 14.06.83 Ar. 3.019, 26.10.83 Ar. 5.154, 02.02.84 Ar. 823, 15.02.84 Ar. 879, 27.11.84 Ar. 5.905, 12.12.84 Ar. 6.366 y 21.07.86 Ar. 4.268), muy particularmente en los supuestos de ocultación.

2.- De otra parte tampoco ha de olvidarse –nos remitimos a las SSTSJ Galicia 15.07.96 R. 3.086/96, 03.06.99 R. 2.057/99, 30.09.99 R. 3.720/00 y 26.06.01 R. 2.451/01– que en ocasiones, por su propia naturaleza y circunstancias las faltas no emergen y acreditan en el momento de su comisión o realización, sino en fecha posterior, de manera que no pueda hacerse una imputación inmediata y simultánea con su conocimiento, sino que es precisa una investigación e inspección, para actuar con pleno y cabal conocimiento de causa, eludiendo así una actuación precipitada que se base en sospechas más o menos fundadas, por lo que –resolviendo genéricamente supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza– la doctrina jurisprudencial ha sentado el criterio de que la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el art. 60.2 ET no es aquella en que la empresa «tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos» (SSTS 28.09.82 Ar. 5.302, 09.06.83 Ar. 2.986, 16.06.83 Ar. 3.019, 25.10.83 Ar. 5.146, 26.10.83 Ar. 5.150, 04.11.83 Ar. 5.570, 18.12.84 Ar. 6.407, 21.07.86 Ar. 4.268, 29.09.86 Ar. 5.194, 20.06.88 Ar. 5.432, 24.11.89 Ar. 8.506, 12.02.92 Ar. 970, 26.12.95 Ar. 9.845, 25.01.96 Ar. 199, 12.06.96 Ar. 5.063 y 22.05.96 Ar. 4.607), de manera que se imponga la perentoria necesidad de un expediente disciplinario o de un proceso investigador para llegar –precisamente– al conocimiento de los hechos, casos en los cuales la necesidad aclaratoria de ese expediente determina que al mismo haya de atribuirle virtualidad interruptiva del plazo prescriptorio previsto en el citado art. 60.2 ET

3.- A la par, si hubiese mediado ocultación maliciosa de los hechos y eludiendo los posibles controles del empresario, esta actitud implica persistencia de la conducta y modifica el día inicial del cómputo de la tan referida prescripción, que ha de fijarse a partir del día en que cesó la ocultación, por cuanto que en tales supuestos la falta es una acción permanente que no adquiere carácter definitivo sino cuando cesa la posibilidad de tenerla encubierta por quien la está cometiendo (entre tantas otras, las SSTS 28.09.82 Ar. 5.302, 15.11.83 Ar. 5.602, 08.12.84 Ar. 5.251, 06.02.86, 22.09.86 Ar. 5.019, 25.09.86 Ar. 5.168, 21.09.87 Ar. 6.227, 27.01.90 Ar. 224, 29.10.90 Ar. 7.938, 28.01.91, 26.03.91 Ar. 1.901, 25.04.91 Ar. 5.230, 12.02.92 Ar. 970, 26.05.92 Ar. 3.608, 24.09.92 Ar. 6.809, 03.11.93 Ar. 8.536 y 29.09.95 Ar. 6.925). En concreto, esa ocultación no requiere ineludiblemente actos positivos, bastando para que no empiece a computarse la prescripción que el cargo que desempeñe el trabajador infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto el estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide, mientras perdura, que se inicie el cómputo de la prescripción (ATS 12.06.02 Ar. 7.803, con cita de alguna de las sentencias previamente citadas).

4.- Pero esta perspectiva doctrinal –que oportunamente se argumenta en la impugnación del recurso– creemos que pese a todo no lleva a mantener el derecho a sancionar por las faltas cometidas desde la perspectiva del denunciado art. 60 ET, pues aunque no tenemos duda de que todas las imputaciones acreditadas responden a unidad de propósito –mantener la atención de gastos personales con el patrimonio de la empresa– y la última de las actuaciones tiene lugar en 24.01.02 (entrega de talón con cargo a la demandada), ni consta maniobra alguna de ocultación (al margen de la que objetivamente significa el hecho de que la demandante fuese Administradora única), ni tampoco se acredita la necesidad de una investigación aclaratoria –no se trataba de artificio contable alguno–, ni su posible existencia tiene cobertura en el relato de hechos, sin que a tal efecto basten las consideraciones –de innegable razonabilidad– que la Empresa hace en el citado escrito.

SEXTO.- De todas formas la Sala considera que las faltas no habían prescrito, por cuanto que las mismas –en ello coincidimos plenamente con la decisión recurrida– han de regirse por la normativa de la relación laboral especial a cuyo amparo fueron cometidas, la del personal de alta dirección, previéndose al respecto en el art. 13 RD 1.382/1985, de 1 de agosto que «Tales faltas, cualquiera que sea su naturaleza, prescribirán a los doce meses desde su comisión, o desde que el empresario tuviere conocimiento de ellas».

Ninguna duda cabe que la relación entre la actora y la demandada –ya desde que le fue otorgado poder con facultades de Administración en 14.11.95 y con mayor motivo desde su nombramiento como Administradora única en 27.12.97– era incardinable en el art. 1 del precitado RD 1.382/1985, en tanto que aquella actuaba con autonomía y plena responsabilidad –véase al efecto el fundamento jurídico cuarto, con indudable valor fáctico en sus afirmaciones–. Y si las faltas se llevan a cabo en el marco de esa relación y precisamente su comisión –con falta de conocimiento empresarial– viene facilitada por la independencia en el actuar que caracteriza la prestación de servicios en la relación laboral especial de alta dirección, razonablemente no puede aplicarse otro término prescriptorio que el previsto en el RD 1.382/1985, no sólo por el principio general *tempus regit factum* (la infracción ha de ser sancionada conforme al marco jurídico es que es cometida), sino por la elemental consideración de que no debe favorecerse con plazos de decadencia previstos para el trabajador ordinario –de actuación controlada– a quien comete infracciones amparada en situación de especial autonomía; operando la indivisibilidad de la persona como respuesta al argumento –posible– de cambio en la naturaleza jurídica de la relación *inter partes*. Por ello y en consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña M.D.F.V., confirmamos la sentencia que con fecha 30.07.02 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Vigo, y por la que se rechazó la demanda formulada por despido y se absolvió a «C.N., S.A.».

3546 Recurso núm. 649/00

S.S. REINTEGRO DE GASTOS. NON PROCEDE. INEXISTENCIA DE URXENCIA VITAL. ERRO NO DIAGNÓSTICO: INCOMPETENCIA DE XURISDICCIÓN.

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

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 649/00, interpuesto por doña M.C.F.A. Y OTROS, 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.C.F.A., doña G.M.G.F. y doña S.G.F., actuando éstas en su propio derecho e interés y en el de la comunidad de herederos de don J.L.G.C. en reclamación de GASTOS MÉDICOS, siendo demandado EL SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 683/97 sentencia con fecha 30 de diciembre de 1999, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Que don J.L.G.C. ingresó en el Servicio de Cirugía Torácica del Hospital General de Galicia, el 3 de mayo de 1995, trasladado del Servicio de Neumología, con el diagnóstico de Carcinoma epidermoide pobremente diferenciado del lóbulo inferior izquierdo, practicándose una Lobectomía izquierda, siendo la evolución postoperatoria favorable, dándose de alta domiciliaria el 16 de mayo de 1995.- SEGUNDO.- Que tras su alta fue controlado periódicamente en consultas Externas del Servicio de Cirugía Torácica mediante visitas programadas, entre otras, en las fechas de 30 de mayo de 1995, 20 de junio de 1995, 27 de febrero de 1996, 9 de abril de 1996 y 29 de octubre de 1996, llamando la atención la persistencia de cifras elevadas de los marcadores tumorales,

pero manteniéndose asintomático y con buen estado general, considerándose no necesario prescribir tratamiento quimioterápico.- **TERCERO.-** Que en la revisión de 29 de octubre de 1996, don J.L.G.C. presentaba tos irritativa y pérdida de peso y analíticamente persistían las cifras elevadas de marcadores tumorales, siendo estudiado al mismo tiempo por el Servicio de Respiratorio, el cual no apreció en la exploración física nada descabale, detectándose en los estudios complementarios un aumento del CEA a 27 con TPS normal y ensanchamiento mediastínico derecho en la Rx. de tórax, decidiéndose efectuar una broncoscopia, el 22 de enero de 1997, observándose candidiasis a nivel de cuerdas vocales, parálisis cuerda vocal izquierda, traquea conservada, carina principal engrasada y ensanchada, datos de comprensión del BP derecho, presencia de engrosamiento mucoso en el árbol bronquial izquierdo compatible con recidiva de carcinoma bronquial, tomándose muestras de biopsia bronquial y aspirado general par Anatomía Patológica, diagnosticándose, el 28 de enero de 1997 un Ca. epidermoide, estadio IV, descartándose la solución quirúrgica y recomendándose acudir al Servicio de Oncología.- **CUARTO.-** Que don J.L.G.C. se desplazó con su esposa a la Clínica Universitaria de Pamplona, para tener una segunda opinión, siendo visto el veintinueve de enero de mil novecientos noventa y siete y decidiéndose el tratamiento con quimioterapia con carácter urgente y siendo asistido en dicho centro, de forma periódica y ambulatoria, recibiendo el último tratamiento el dos de julio de mil novecientos noventa y siete, siendo ingresado por Urgencias en el Hospital Xeral de Galicia el nueve de julio de mil novecientos noventa y siete, siendo tratado en el Servicio de Oncología, con un cuadro de vómitos, dolor orofaríngeo y odinofagia y fiebre, permaneciendo ingresado hasta el tres de agosto de mil novecientos noventa y siete, fecha de su fallecimiento.- **QUINTO.-** Que a consecuencia del desplazamiento a la Clínica Universitaria de Pamplona se generaron unos gastos por importe de dos millones doscientas setenta y ocho mil quinientas treinta y una pesetas (2.278.531 ptas) que han sido pagados.- **SEXTO.-** Que se solicitó del SERGAS, el reintegro de los gastos generados y satisfechos, siendo denegados por resoluciones de fechas veintuno de mayo de mil novecientos noventa y siete y diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y siete.- **SÉPTIMO.-** Que se formuló la preceptiva reclamación previa en fecha veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y siete, siendo desestimada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda formulada por el Letrado D. José Antonio Fernández González, en nombre representación de doña M.C.F.A., doña G.M. y doña S.G.F. actuando estas en su propio derecho e interés y en el de la Comunidad de Herederos de don J.L.G.C., contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo de absolver y absuelvo a la entidad demandada 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.

QUINTO.- El 11 de enero de 2003 se acordó remitir las actuaciones al Excmo. Sr. Fiscal del T.S.J. para que emitiese el oportuno informe sobre incompetencia de jurisdicción, dándose traslado, así mismo, a las partes para que formularan las alegaciones que estimasen oportunas, sin que lo hayan verificado. El 21 de enero de 2003 el fiscal emitió el informe solicitado.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Se recurre por la Comunidad Hereditaria reclamante la desestimación del reintegro de gastos por asistencia sanitaria, denunciando –en tres motivos– la infracción de los arts. 41 y 43 CE, art. 38.1 LGS, del art. 5.3 RD 63/95, de 20 de enero, del art. 11.3 LOPJ, en relación con el art. 24 CE y con el art. 18.3 Decreto 2.766/67, de 16 de noviembre), así como de diversa doctrina jurisprudencial interpretativa.

2.- Aunque no suscitada por la partes ni tratada en la sentencia objeto de recurso, en las presentes actuaciones subyace cuestión de competencia jurisdiccional para cuyo examen –a realizar de oficio, por ser materia de orden público procesal– la Sala ni siquiera está sujeta a los expresos HDP ni al planteamiento de las partes en instancia y en este trámite de Suplicación.

Los presupuestos de hecho –resumidos– consisten en los que siguen: (a) al beneficiario fallecido se le interviene de carcinoma epidermoide de lóbulo inferior izquierdo de pulmón en 03/05795, practicándosele lobectomía izquierda, con alta domiciliaria en 16.05.95; (b) se mantienen controles periódicos programados por el Servicio de Cirugía

Torácica –cuando menos en 30.05.95, 20.06.95, 27.02.96, 09.04.96 y 29.10.06–, apreciándose cifras elevadas de marcadores tumorales, pero con buen estado general y estado asintomático, hasta que tras diversas pruebas se le diagnostica en 28.01.97 recidiva del carcinoma, en estadio IV; (c) el 29.01.97 es reconocido en la Clínica Universitaria de Pamplona, con tratamiento quimioterápico urgente hasta el 02.07.97; (d) en 09.07.97 es ingresado en el Hospital Xeral de Galicia, en el que permanece hasta la fecha de su fallecimiento en 03.08.97; y (e) se presenta demanda el 16.10.97 y la resolución de instancia desestima, excluyendo la existencia de error de diagnóstico, defectuoso seguimiento de la enfermedad y urgencia vital.

SEGUNDO.- 1.- La Sala reitera criterio expuesto ya en diversas ocasiones, desestimando la petición específica de «reintegro» propiamente dicho de gastos médico-farmacéuticos, por no concurrencia de los presupuestos legales para su procedencia, a la par que manteniendo –contrariamente a lo que entendió el Ministerio Fiscal en su estudiado informe– la incompetencia de esta jurisdicción y la competencia del Orden contencioso-administrativo para conocer de posible indemnización –o reintegro, si se prefiere– por alegado error de la Administración en el diagnóstico o en el tratamiento (SSTSJ Galicia de 27.03.00 AS 509, 22.12.00 R. 3.259/97, 26.01.01 R. 3.812/97, 29.01.01 R. 489/98, 16.03.02 R. 116/99, 30.05.02 R. 444/02 y 23.11.02 R. 5.328/99).

2.- El art. 14 LGS (14/1986, de 25 de abril) dispone que «las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonará a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias». Determinación reglamentaria que a la fecha presente viene establecida en el RD 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, cuya Disposición Derogatoria única norma que «quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en este Real Decreto y, en particular» el art. 18 del Decreto 2.766/1967, de 16 de noviembre y el Decreto 2.575/1973, de 14 de septiembre, por el que se modifica el citado precepto.

Pues bien, el art. 5 del vigente RD 63/1995, dispone: «1. La utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad y demás disposiciones que resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso o desviación. 2. Las prestaciones recogidas en el anexo I solamente serán exigibles respecto del personal, instalaciones y servicios, propios o concertados, del sistema Nacional de Salud, salvo lo establecido en los convenios internacionales. 3. En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma una vez comprobado que no se pudieron utilizar adecuadamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción».

Por su parte, el art. 2 Orden de 7 de agosto de 1995 (Consellería de Sanidade), dictada en desarrollo del citado RD 63/1995, señala aún con mayor claridad que «se considera como única causa para la solicitud de reintegro de los gastos ocasionados por asistencia sanitaria con medios ajenos al Sergas, la derivada de una situación de urgencia, inmediata y de carácter vital».

3.- A luz de estos preceptos puede afirmarse que en la actualidad el único supuesto de posible reintegro por gastos médicos producidos en centro ajeno a la Seguridad Social para cuyo conocimiento resulta competente la jurisdicción social es la referida «asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital», habiendo dejado de serlo la denegación injustificada de asistencia o su equiparable error de diagnóstico, que lo eran al amparo del art. 18 RAS (Decreto 2.766/1967). Con ello no queremos decir que estos los beneficiarios se hallen indefensos frente a estos dos últimos defectos en la asistencia, sino que la acción a ejercitar no puede ser la del reintegro por atención médica privada, sino la que vaya orientada a imponer la obtención de la prestación en los centros oficiales o a una posible indemnización; supuesto este último cuya competencia escaparía al orden jurisdiccional social, incluso desde la reforma operada por la Disposición Adicional Primera del RD 429/1993, de 26 de enero –cuestión controvertida y que ha dado lugar a criterios dispares de las Salas Tercera y Cuarta del propio Tribunal

Supremo— pero que en todo caso se impoñe de forma incuestionable desde a entrada en vigor del art. 2-e Ley 29/1998 (13-Julio) y la modificación del art. 9-4 LOPJ, llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/1998 (13-Julio), al disponer —esta última— que «Los del orden contencioso-administrativo [...] Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive».

TERCERO.- A la vista de los HDP se ha de afirmar —como acertadamente entendió el Magistrado de instancia— que en el caso de autos no concurre la urgencia inmediata y de carácter vital legitimadora del reintegro.

Urgencia vital que jurisprudencialmente se ha caracterizado diciendo que implica perentoriedad y supone que la medida terapéutica es inaplazable, hasta el punto de que cualquier demora determine grave peligro para la integridad del paciente (STS de 16.02.88 Ar. 632), pudiendo así definirse la urgencia como situación objetiva de riesgo que se traduce en la imposibilidad de utilizar los servicios de la Seguridad Social (STS de 21.12.88 Ar. 9888); o como la existencia de un «riesgo inminente de vida o de pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir» (SSTS 04.06.86 Ar. 3.466, 15.01.87 Ar. 286, 10.10.87 Ar. 7.016, 22.10.87 Ar. 7.186, 21.12.88 Ar. 9.888 y 31.05.95 Ar. 4.013). Y a la par requiere —insistimos— que no sea posible, o resulte extremadamente dificultoso o médicamente desaconsejable el acudir a los servicios sanitarios propios de la Seguridad Social (STS 06.03.85 Ar. 1.285). Requisitos absolutamente inexistentes en el caso de autos, que nada tiene que ver con objetivos compromisos vitales o necesidad perentoria de asistencia que imposibilita acudir a la Medicina oficial, por lo que para la Sala resulta claro que no estamos en presencia del supuesto que contempla el art. 5 del vigente RD 63/1995 como justificativo del reintegro («no se pudieron utilizar adecuadamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción»), sino —pura y simplemente— que se trata de una comprensible decisión de acudir a Clínica privada, buscando una solución médica que no se consideraba proporcionaba el SERGAS —por las razones que sean—, cuyas consecuencias económicas no corresponde imputar a esta Sala, sino —conforme queda indicado— al Orden contencioso-administrativo. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña M^a.C.F.A., doña G.M.G.F. y doña S.G.F., en su propio nombre y en el de la Comunidad de Herederos de don J.L.G.C., revocamos en parte la sentencia que con fecha 30 de diciembre de 1999 ha sido dictada en Autos tramitados por el Juzgado de lo Social n^o Uno de los de Santiago de Compostela, (1^o) confirmando la desestimación de la demanda en solicitud de reintegro por causa de urgencia, (2^o) a la par que dejando sin examinar la acción para conocer de la misma reclamación fundamentada en error de diagnóstico o defectuosa prestación de los servicios sanitarios, cuestión que en su caso corresponderá decidir la jurisdicción contencioso-administrativa.

3547 Recurso n^o 8.275/1998

S.CA. FALLA DE ALTA DE PROFESIONAIS DA MEDICINA QUE SUSCRIBIRON UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONAIS MÉDICOS DE CARÁCTER CIVIL. VALOR PROBATORIO DAS ACTAS DE INSPECCIÓN DE TRABAJO. RELACIÓN LABORAL: INDICIOS.

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

A Coruña, a treinta e uno 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 8.275/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por POVISA, representado por don L.F.A.M. y dirigido por el Letrado don R.H.V.P., contra Resolución de 13.03.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Pontevedra sobre acta de infracción num. 1987/95; expte. Num. 2.876/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, 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 28 de enero de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.-La entidad demandante, POVISA, impugna a través del presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Directora General de Ordenación de la Seguridad Social, desestimatoria del recurso ordinario que formulara la demandante contra resolución del Director Provincial en funciones de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra (Vigo), confirmatoria de acta de infracción, en la que se le imputaba a la demandante la comisión de la infracción tipificada en el art. 14.1.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, en razón de no haber sido dados de alta en la Seguridad Social los profesionales de la Medicina que se relacionan en la citada acta.

La entidad sanitaria demandante realiza el siguiente alegato impugnatorio:

Que en el presente caso, había de partirse de los hechos constatados directamente por el Inspector actuante o acreditados mediante prueba referida en el propio acta, puesto que ese dato será esencial para determinar la existencia de suficientes elementos probatorios de los hechos referidos en la misma.

Que en ese sentido, el Inspector actuante, dice que los datos obtenidos provenían del examen de los contratos, así como de las conversaciones mantenidas con el Sr. R.D.

que afirma es miembro del Comité de Empresa y de dos personas más.

Que por lo que se refería al examen de los contratos, resultaba que éstos no obraban en el expediente administrativo, por lo que no se les podía reconocer fuerza probatoria, máxime tratándose de una prueba que obró en poder del Inspector actuante, no resultando extraño que tales contratos no hubieran sido aportados al expediente por la Administración, ya que con ellos quedaba perfectamente acreditado justo lo contrario de lo afirmado en el Acta, es decir, la naturaleza mercantil de la relación que unía a los médicos allí reseñados con la entidad demandante.

Que en cuanto a las conversaciones mantenidas por el Inspector actuante, se cometiera un grave error, esencial para que carezca de presunción de veracidad el acta impugnada, de confundir al Sr. R.D. con un miembro del Comité de Empresa, cuando en la fecha de la visita dicha persona ostentaba el cargo de Director de Recursos Humanos, por lo que igualmente, cualquier afirmación del acta que tenga su apoyo en la conversación mantenida, carece de presunción de veracidad, por la ausencia de valor probatorio al existir tan grave error de identidad de la persona con la que se habló.

Que el Inspector actuante, confundiendo los hechos que dice haber constatado con las apreciaciones, juicios de valor y calificaciones jurídicas que vierte en aquel documento, se limitara a efectuar vagas afirmaciones que han de considerarse como meras calificaciones jurídicas, sobre horario, dependencia, salario, en definitiva alegando lo que a su parcial interés en defensa de la sanción correspondía, pero sin hacer mención a ningún elemento probatorio, salvo el genérico de conversaciones mantenidas con personas a las que confunde en los cargos que ostentan en la Empresa, así como del examen de contratos que dice haber realizado, pero que no constan en el expediente.

En lo referente ya al fondo, realiza la demandante una serie de consideraciones sobre el horario, retribución y forma de organización de la prestación de servicios de dichos facultativos, las cuales extrae del propio tenor del clausulado de los contratos, y que opone a las apreciaciones y juicios jurídicos que contiene el acta, para concluir que se estaba en presencia de una prestación de servicios de carácter "mercantil".

II.-Dado el tenor del alegato impugnatorio de la demandante, conviene traer aquí los términos del acta.

“Que en virtud de visita realizada el 19 y 27 de julio y el 22 de agosto, se ha podido comprobar la existencia de unos profesionales médicos que han suscrito un contrato de prestación de servicios profesionales médicos, de carácter civil, de un año de duración prorrogable, con el abono de una cantidad (2.951.353 Ptas/anuales) en concepto de honorarios, sin sujeción a horario, siendo la actividad prestada por los facultativos en el momento que sean requeridos para ello y a los pacientes que se le indiquen. Con este contrato formalizado la empresa quiere sustraerlos del carácter laboral y no los considera como trabajadores por cuenta ajena. Del examen de los contratos, así como de las conversaciones mantenida con el Sr. R.D., miembro del comité de empresa (C.M.G. y H.C.G.), se ha podido comprobar que el contrato suscrito no se adecua ni se ajusta a la realidad de los hechos. Los afectados son: 1) A.G.L., médico, presta servicios en Cirugía Vascular, dentro de un equipo, de manera fija, que dirige el Dr. C.V. Está sujeto al mismo horario que los restantes médicos del equipo con contrato laboral. Percibe una cantidad fija mensual (245.946 Ptas.) además de un complemento salarial variable de carácter mensual, igual que los restantes médicos con contrato laboral, denominado productividad, realizando distintos tipos de guardias (con presencia física o sin ella, días laborables, sábados y domingos), percibiendo la contraprestación económica establecida para cualquier médico con contrato laboral. 2) L.E.S.G., médico, presta sus servicios en el departamento de Energía Nuclear, formando parte del equipo que dirige el Dr. R.G., realizando las mismas actividades que los demás médicos existentes, con la jornada laboral normal, con dependencia del jefe del departamento, percibe una cantidad fija al mes (245.946 Ptas.) así como un complemento salarial, de carácter mensual denominado productividad, de carácter variable, de la misma manera que los restantes médicos laborales, con el mismo horario, con la misma dependencia y atendiendo a los pacientes que hay en el departamento. 3) M^a.T.G.C., médico, presta sus servicios en el departamento de Oncología a las órdenes del Dr. D., que es el jefe del departamento, consulta a los enfermos y sigue su tratamiento. Del mismo modo que cualquier otro médico con contrato de trabajo, sujeto a horario, cumpliendo las ordenes y directrices del jefe del departamento. Percibe en los últimos meses una cantidad fija en concepto de retribución por su

trabajo, un complemento salarial variable, en función del rendimiento, denominado productividad, con la misma naturaleza que los restantes médicos laborales, así como una cantidad establecida en concepto de las guardias realizadas (con o sin presencia física, días laborables, sábados y domingos) del mismo carácter que otros médicos con contrato de trabajo. 4) J.J.G.P., médico, presta sus actividades en el departamento de urgencias. Realiza guardias igual que los restantes médicos existentes en el servicio. Realiza el trabajo con el mismo horario laboral que los demás médicos con contrato de trabajo, depende en su actividad de los superiores jerárquicos, percibe una cantidad fija (245.946 Ptas.), un complemento salarial variable en función del rendimiento denominado productividad y percibe las cantidades establecidas en función de las guardias realizadas (con o sin presencia, días laborables, sábados o domingos). 5) J.J.G.B., médico, presta actividades en Cirugía General. Es ayudante en operaciones con cualquiera de los nueve especialistas que hay en el servicio. Percibe una cantidad fija mensual (245.946 Ptas.), con complemento salarial variable, en función del rendimiento, denominado productividad”.

Finaliza el acta expresando que ninguno de estos médicos percibe cantidad alguna de los pacientes, ya sean asegurados de la Seguridad Social o clientes privados de POVI-SA, atendiendo aquellos que les son enviados por los distintos servicios del centro, “no dándose en ninguno de ellos libertad de acción o independencia funcional distinta del vínculo de supeditación que entraña la relación entre trabajadores y empleador”, concluyendo que se le daban las notas del contrato de trabajo, voluntariedad, ajeneidad, retribución y dependencia.

III.-Sobre el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo, ha de recordarse, conforme a un criterio jurisprudencial muy consolidado, que la presunción de certeza o veracidad reconocida a las actas de la Inspección de Trabajo (art. 38 del Decreto 1.860/75 y art. 52 de la Ley 8/1988) 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, valora-

ciones, conjeturas o calificaciones o predeterminaciones jurídicas que aquellos funcionarios puedan reflejar en las actas. Como corolario de lo dicho, ha de concluirse que la eficacia de aquella presunción queda condicionada a la efectiva realización por parte del funcionario de una auténtica y real actividad de comprobación que debe quedar reflejada, mediante la identificación de los medios de comprobación o constatación manejados por el funcionario actuante, no solo para impedir cualquier efecto indeseable de indefensión, sino también porque tal exigencia formal, aunque no establecida específicamente en los arts. 9 y 22 del Decreto 1.860/75 y art. 52.1 de la Ley 8/1988, debe considerarse como implícitamente ineludible, por cuanto el párrafo 2º del precitado art. 52 extiende la eficacia de aquella presunción a los hechos reflejados en el acta “que hayan sido constatados por el Inspector actuante”.

En el presente caso, del tenor del acta, se desprende que existió actividad de comprobación, y ello, a través de dos instrumentos probatorios, la testifical, y la documental.

Por lo que se refiere a la testifical, no podemos compartir los reproches de invalidez que le atribuye la demandante, pues con independencia de que un defecto de error en la redacción del acta se vislumbre como causa determinante de que se le atribuya la condición de miembro del Comité de Empresa a quien no lo es, tal discordancia no resulta relevante, pues si dicho testigo, como afirma la demandante, es el responsable de recursos humanos, con mayor razón habrá que predicar su mayor idoneidad, objetividad, así como su mayor y mejor conocimiento de los entresijos de la política de personal y su funcionamiento, ello, al margen de que la propia textura del acta, parece atribuir dicha condición a los otros dos testigos examinados por el Inspector actuante, quedando así disipada las dudas invalidantes que denuncia la demandante. Estamos, en consecuencia, ante una prueba válida.

Por lo que a la documental se refiere, esto es, los ejemplares de los contratos, debe significarse que la circunstancia de su no aportación o adjunción al expediente sancionador, una vez que el Inspector actuante la examinara, debe analizarse desde la perspectiva de que se tratase de documental que estuviese o no en poder de la demandante. Supuesto que no lo estuviese, la carga de su aportación, sin duda, que pesaba sobre la Administración, y de no hacerlo, difícilmente podría merecer el calificativo de prueba válida dado su carácter oculto, en

cuanto no permitiría su fiscalización judicial en el orden de su valoración. Supuesto que lo esté, como es el caso, su no unión al expediente, no le quita validez, ni conculca los derechos de defensa, dada la posibilidad de su aportación por el interesado, como aquí ocurrió, al haberla aportado la demandante con el escrito de demanda. Por tanto, también la prueba documental examinada por el Inspector actuante, merece la calificación de válida.

De lo anterior se concluye que los datos fácticos que sirvieron de soporte para la imputación y calificación de la referida infracción, gozan de la presunción de veracidad o certeza, en cuanto obtenidos de una prueba válida.

Ahora bien, como quiera que la infracción imputada precisa también de la tarea de valoración o traducción jurídicas, y ello con referencia al elemento normativo que inspira o subyace como elemento del tipo infraccional imputado, aspecto que también recoge el acta, y que lejos de merecer reproche, como hace la demandante, merece una crítica positiva, lo que procede es analizar si acertaron o no tanto el acta como la resolución impugnada en dicha tarea de calificación, o lo que es lo mismo, si aquellos datos que recoge el acta, permiten concluir que la relación jurídica que unía a dichos facultativos con la demandante era laboral o, por el contrario, como sostiene la demandante, se trataba de una relación o prestación de servicios de carácter mercantil.

Pues bien, en el presente caso, mas allá del nomen iuris con el que las partes calificaron los contratos, concurren una serie de indicios que permiten obtener la conclusión de que estamos en presencia de auténticos contratos laborales. Estos indicios son:

- Dichos facultativos prestan sus servicios integrados en los equipos médicos de las distintas especialidades existentes en el centro médico.
- Dichos servicios son prestados sin autonomía, por cuanto dichos facultativos reciben las directrices de los jefes de departamento.
- Observan igual jornada de trabajo que los restantes médicos, realizando como ellos, las mismas guardias y horas extraordinarias.
- Atienden solo a los pacientes que les remite la propia dirección.
- No cobran directamente de los pacientes, percibiendo cantidades fijas al mes, así como pluses en forma de complemento de productividad al igual que los restantes médicos.

Como puede observarse, las condiciones en que dichos médicos prestan sus servicios, son incompatibles con una prestación de servicios efectuada en situación de autonomía con organización profesional propia y al servicio de una clientela, asemejándose o asimilándose a la relación laboral por cuenta ajena.

En este sentido, resulta ilustrativa la argumentación jurídica contenida en la STS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1986, plenamente aplicable al caso, cuando expresa: "Porque no obstante las expresiones de arrendador y arrendatario que se utilizan en el contrato al que anteriormente, se ha hecho referencia, dado que la relación laboral ha sufrido la expansión adecuada para recoger dentro de ella y su concepto legal y doctrinal, muchos de los servicios prestados por Titulados Superiores, se han de comparar los del demandante conforme anteriormente se han expuesto, con las notas delimitadoras de aquélla: la prestación de servicios voluntaria y personalmente, no se debate, apareciendo la retribución en la documental ya citada, y recogida en el contrato, tanto en forma de sueldo como en el complemento variable, apareciendo la ajeneidad en cuanto se realizan para la Sociedad demandada en la Clínica para quien redunde el fruto o resultado de aquellos servicios, que se realizan dentro del círculo rector empresarial ya que se encuentra sometido jurídicamente a la organización en cuanto no puede contradecir las normas internas de la Institución, si bien técnica y científicamente actúan con la responsabilidad exigible al profesional y la libertad que se requiere para ello, lo que no excluye la subordinación, ya que se les prohíbe la concurrencia e incluso el cobro directo puesto que han de facilitar los datos para que la facturación se realice en la empresa, además de estar sometidos a las reglas internas; aun cuando facultados para designar personal auxiliar, ello no excluye la calificación propugnada puesto que la figura la autoriza y regula el artículo 10 del Estatuto de los Trabajadores; la existencia de un horario está admitida por ambas partes aun cuando se discrepe del servicio prestado durante el mismo; y sin que contradiga dicha subordinación las propuestas hechas por el actor, por lo que han sido como tales, no con carácter imperativo o de decisión por él adoptada. Se pacta sobre una relación preexistente sin que ninguna prohibición afecte al acuerdo siempre que respete las disposiciones legales y convenios colectivos (artículo 3.1 c) del Estatuto citado); la relación existente es única, pero laboral encontrando su admisión en el artículo 10.1 del cuerpo legal citado, ya que no desnaturaliza la relación que se atiendan dos servicios en una clínica privada

puesto que aquélla es una y la misma, al haber conformidad entre las partes en que así se realice, puesto que las denominaciones de arrendador y arrendatario, son meras palabras cuando resultan contradichas por la esencia del vínculo creado atendiendo a la concurrencia de los elementos exigidos en el artículo 1 del citado Estatuto de los Trabajadores".

Por su parte, en la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 31 de mayo de 1990, se razona: "Es cierto, que la separación entre el contrato de trabajo y el de arrendamiento de servicios, es muchas veces borrosa y difícil, pero también lo es, que este Tribunal Supremo -Sentencias de 26 de febrero y 26 de junio de 1986 de la Sala de lo Social, entre otras muchas- viene ensanchando el ámbito de lo laboral, integrando en él, supuestos antes excluidos, por lo que debe atenderse para señalar las diferencias entre uno y otro contrato a las circunstancias del caso concreto, partiendo de que el de trabajo requiere la integración libre y voluntaria en una empresa en que se trabaje recibiendo de ésta el salario; integrándose dentro de la esfera organizativa, rectora y disciplinaria de aquélla por cuya cuenta se realiza una específica labor, lo que se manifiesta en determinados datos, cual es el cumplimiento de órdenes mandatos y directrices que impongan subordinación a la persona que en la empresa tenga facultad de mando o dirección; circunstancias concurrentes en el caso debatido, tanto porque como se indica en la Sentencia ya citada de 2 de noviembre de 1989, la efectiva prestación de servicios en el Hospital Clínico de la Universidad de Zaragoza, en jornada completa, no constituye óbice para que se presten otros servicios, máxime cuando el propio Inspector en el informe que emitió el 25 de junio de 1985 -que no se ha tratado de desmentir- hace expresamente notar que «en la reunión celebrada con el Director, Administrador, Jefe de Personal y Presidente del Comité de Empresa, como consecuencia de denuncia de éste, reconocieron la realidad de los hechos que dieron lugar al acta», cuanto que de lo actuado se deduce cual se señala en la resolución apelada que los trabajadores afectados por las actas percibían las retribuciones, no por minutos profesionales expedidas por acto médico u operaciones quirúrgicas en que intervenían, sino que eran remuneradas por la recurrente mensualmente por lo que se señala como honorarios, fijos en su cuantía y periódicos en su vencimiento, por lo que se da la concurrencia de los requisitos de retribución por salario o sueldo y dependencia de la empresa de quien recibían la retribución correspondiente".

Por todo lo razonado, procede la desestimación del recurso.

IV.- No se aprecian méritos para un especial pronunciamiento en costas procesales, por aplicación del art. 131 de la Ley Jurisdiccional.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo formulado por POVISA contra Resolución de 13.03.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Pontevedra sobre acta de infracción num. 1987/95; expte. Num. 2.876/97, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin especial pronunciamiento en costas procesales.

3548 Recurso nº 8.361/1998

S.CA. DEVOLUCIÓN DE COTAS DE DESEMPREGO E FORMACIÓN PROFESIONAL. ENCADRAMENTO EN DISTINTOS RÉXIMES DA SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ignacio Aranguren Pérez

A Coruña, a treinta y uno 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 8.361/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.P.T. y R.B.M., con D.N.I. número ... y ... respectivamente, representados y dirigidos por el Letrado don P.P.S., contra Resolución de 24.03.98 desestimatoria de recursos contra otras de la Dirección Provincial del INEM en A Coruña sobre denegación de devolución de cuotas solicitadas por los recurrentes; expte. VA-5.196/96. Es parte la administración demandada INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 11.771 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 enero de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El objeto del recurso contencioso administrativo interpuesto ante esta sede jurisdiccional se centra en determinar la conformidad o no al ordenamiento jurídico de la resolución dictada el 24 de marzo de 1998 por el Director General del Instituto Nacional de Empleo por la que se desestimó el recurso interpuesto frente a la resolución dictada por la Dirección provincial de A Coruña denegando la devolución de cuotas de desempleo y formación profesional solicitadas en el periodo correspondiente a los años 1992 a 1994, pretendiendo los recurrentes se declare por medio de sentencia la devolución de las mismas en base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en su escrito de demanda, reiterados en su escrito de conclusiones, oponiéndose a dichas pretensiones la Administración demandada.

SEGUNDO.- Como viene siendo habitual procede prima facie, advertir la competencia de este Tribunal contencioso-administrativo para conocer de la impugnación de las resoluciones del Instituto Nacional de Empleo sobre la denegación de devolución de cuotas de recursos que se consideren indebidamente ingresadas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, al interesar a un acto administrativo imputable a una Administración Pública -Instituto Nacional de Empleo-, de conformidad con el artículo 1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

va, que, aun afectando propiamente a una norma perteneciente a la rama social del Derecho -Ley General de la Seguridad Social-, y no al Derecho administrativo, queda excluida expresamente del conocimiento de los Juzgados del orden social, de acuerdo con el artículo 3.b) de la Ley de procedimiento laboral, al afectar a la materia gestión recaudatoria de la Seguridad Social, según observa la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de julio de 1996. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, tras establecer en su artículo 9.1 que los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra ley, señala que los Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se promuevan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias, mientras que los Juzgados y Tribunales del orden social conocerán entre otros asuntos, de las reclamaciones en materia de Seguridad Social. La Ley de procedimiento laboral, aprobado su texto articulado por Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, vigente en razón de la fecha en que se interpone este recurso contencioso-administrativo, declara la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo -art. 2.b) LPL-, excluyendo, sin embargo, de su conocimiento las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria; o en su caso por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta. La reserva del control de los actos dictados por la Administración Pública en materia de Derecho de la Seguridad Social en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, solo puede partir de la consideración del Juez contencioso-administrativo como Juez ordinario de la Administración, que se establece en el artículo 106 de la Constitución y que acoge la impugnación de los actos de la Administración Pública sujetos a Derecho administrativo en materia laboral en perjuicio de las competencias del orden jurisdiccional social, como observa el Tribunal Supremo en sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 5 de octubre de 1995; y de la afirmación de que la Administración se posiciona sobre las relaciones de trabajo y de seguridad social actuando funciones de imperium, ejerciendo las potestades administrativas que le corresponden como poder público, en vocación de servicio de los intereses generales, como subraya el artículo 103 de la Constitución. La expresión gestión recaudatoria tiene su

significado preciso en la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción dada por el Real Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, en la sección tercera del capítulo 111 del título primero de la Ley, que dicta las normas generales del sistema de la Seguridad Social, y que comprende tanto el control de la recaudación, con la emisión de certificaciones de descubierto y actas de liquidación, como la recaudación ejecutiva, incorporando aquellas actividades de la Tesorería General de la Seguridad Social y las Entidades Gestoras, de cobranza de créditos; y además en sentido negativo los procedimientos de devolución de ingresos indebidos de cuotas, que determinan si la cobranza fue indebida, como se señala en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1996. Y procede señalar que el artículo 18 de la Ley General de la Seguridad Social aprobado su texto refundido por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 26 de junio, establece en su artículo 18, en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social la competencia exclusiva de la gestión recaudatoria del sistema de la Seguridad Social, de modo que gestiona de modo indelegable los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones, como afirma el artículo 63.1 de la citada Ley, lo que deslegitima la intervención en esta materia de las Entidades Gestoras, sin previa y expresa habilitación legal. No se puede obviar, ni la consideración de que las cuotas de desempleo participan del régimen jurídico recaudatorio común a las cuotas de la Seguridad Social, como subraya el artículo 225 de la Ley General de la Seguridad Social; ni, desconocer la reserva de Ley exigida para establecer las competencias administrativas en esta materia de organización administrativa, al ser determinante asimismo de la atribución jurisdiccional, lo que invalida la existencia de Reglamentos u órdenes ministeriales independientes. Y debe observarse, que conforme este criterio jurídico expresado, el artículo 227 de la citada Ley General de la Seguridad Social, establece en favor del Instituto Nacional de Empleo, la competencia para acordar el reintegro de pagos indebidos de prestaciones, sin declarar afirmativamente la atribución sobre devolución de pagos indebidos de cuotas.

TERCERO.- El artículo 59 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción dada por el Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, aplicable por razones de temporalidad, establece que las personas obligadas a cotizar tendrán derecho a la devolución total o parcial de las cuotas que por error se hubiesen ingresado, prohibiendo la devolución de las cuotas ingresadas maliciosamente.

Cabe observar la cotización en el Régimen General de la Seguridad Social de los hoy demandantes, M.P.T. y R.B.M., administrador y director y únicos socios titulares de las participaciones sociales que representan todo el capital social de la entidad mercantil "M.P.T., S.L.", cotización que tuvo lugar hasta el año 1994, no planteando pues ninguna duda la indiscutida relación que ligaba a los hoy demandantes con la empresa.

La cuestión suscitada en la precedente litis se centra en determinar si debe considerarse como ingreso indebido, y por tanto si procede la devolución de las cuotas pretendidas al haber cotizado la entidad antes referida al Régimen General de la Seguridad Social por los hoy demandantes, hasta que se produjo un cambio de encuadramiento por resoluciones de 23 de junio de 1992 y 14 de Diciembre de 1993 dictadas por la Dirección General de la Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social que declararon su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y en tal sentido es cierto que el encuadramiento en los distintos regímenes de la Seguridad Social de cargos societarios como el que nos ocupa, tuvo diversos avatares, y que la resolución de 23 de junio de 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social supuso un cambio de criterio, pero la integración en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, no supone que adquieran la condición de indebidas las cotizaciones realizadas al Régimen General, pues aunque algunas prestaciones del Régimen General no se causen en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, no cabe duda que mientras se estuvo afiliado a aquel Régimen fueron susceptibles de causarse, por lo que de conformidad con el criterio jurisprudencial seguido de modo unánime no pueden calificarse de ingresos indebidos en la interpretación y alcance de la normativa en la que se apoya la Administración (artículo 23 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y 44 del Real Decreto 1.637/95, de 6 de octubre), cuando además aquella resolución y la de 14 de diciembre de 1993 declaran la irretroactividad del cambio de encuadramiento, considerando debidamente ingresadas las cuotas satisfechas en el régimen en que el trabajador estuviera incluido con anterioridad, así como el cómputo de las cotizaciones en el nuevo régimen a efectos de la causación de las prestaciones del mismo, lo que lleva de modo ineludible a desestimar la pretensión de devolución ejercida en este pleito por los hoy demandantes.

Se alega por último por los demandantes que el cambio de régimen originó una actuación arbitraria de la Administración, que en un principio empezó a devolver prestaciones por desempleo y posteriormente dejó de hacerlo mientras el fondo de garantía social sigue haciéndolo, lo que debe resolverse señalando al respecto de una lado la vigencia del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la norma que proclama el art. 14 de la C.E., por cuanto que, como es sabido, tal principio sólo opera dentro de la legalidad, cesando cuando tal igualdad conduzca al mantenimiento o constitución de situaciones ilegales o disconformes a Derecho (STC 1/1990, de 5 de enero y STS 29.05.96 y 01.07.96), de manera que "el hecho de que con fundamentación legal precisa, y prima facie aceptable, la Administración haya alterado su criterio precedente, para ajustarse a la legalidad invocada en el nuevo acto, no supone vulneración del principio constitucional de igualdad", tal como señala la sentencia de 13 de febrero de 1996 de la aludida Sala y de otro lado no puede olvidarse como ya ha quedado anteriormente expuesto que la resolución del INEM por la que se deniega a la parte actora la devolución de las cuotas reclamadas por la misma, resulta ajustada al ordenamiento jurídico en cuanto que rechaza el carácter de indebidas de aquellas, lo que hace inviable la alegada vulneración por la misma del art. 14 de la CE la que tampoco cabe reconocer por el simple hecho de que el Fondo de garantía salarial haya procedido a devolver las cuotas satisfechas para la cobertura de dicha contingencia, máxime si se tiene en cuenta además, que la vulneración se invoca respecto de actos dictados órganos administrativos distintos, debiéndose por último recordar que el ingreso de dichas cuotas se hace atendiendo al principio de solidaridad, que domina el Sistema Público de la Seguridad Social, generando recursos para satisfacer prestaciones de personas distintas del cotizante.

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto al resultar conforme con el ordenamiento jurídico la actuación administrativa impugnada.

TERCERO.-En cuanto a las costas, no procede su imposición a ninguna de las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la LJ.

Vistos los preceptos y principios citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo num. 8.361/1998 interpuesto por M.P.T. y R.B.M., contra Resolución de 24.03.98 desestimatoria de recursos contra otras de la Dirección Provincial del INEM en A Coruña sobre denegación de devolución de cuotas solicitadas por los recurrentes; expte. VA-5.196/96, dictado por INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO. Sin imposición de costas.

3549 Recurso nº 8.396/1998

S.CA. PRESTACIÓN POR DESEMPREGO: CONNIVENCIA DA TRABALLADORA COA EMPRESA. EXTINCIÓN E DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES. VALOR DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO. FRAUDE DE LEI. PROBA INDIRECTA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ignacio Aranguren Pérez

A Coruña, a treinta y uno 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 8.396/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por doña E.G.M., con D.N.I. número ..., domiciliada en Ferrol, representado y dirigido por el Letrado don M.M.V., contra Silencio Administrativo a recurso ordinario de 29.12.97 contra resolución de 24.11.97 sobre extinción del derecho a percibo de prestaciones por desempleo con devolución de cantidades indebidamente percibidas, expte. Num. 420/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, 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 28 de enero de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El objeto del recurso contencioso administrativo interpuesto se contrae a determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la desestimación por silencio administrativo del recurso ordinario interpuesto ante la Dirección General de Trabajo perteneciente al Ministerio de Trabajo contra la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, seguridad social y asuntos sociales por la que en el expediente sancionador 420/97 derivada del acta 107T/97 en cuya virtud se impuso a la trabajadora doña E.G.M. la sanción consistente en extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas, al considerar que quedó debidamente constatado que la hoy demandante incurrió en connivencia con la empresa "C.I., S.L." para la obtención indebida de las prestaciones por desempleo.

Frente a dicha resolución se alza en esta instancia la demandante pretendiendo se anule la sanción impuesta fundando su demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho contenidos en su escrito de demanda y que en esencia se reducen a alegar que no existió simulación de contrato y si trabajo efectivo estando la demandante encuadrada en el régimen de la Seguridad Social como trabajadora por cuenta ajena y con derecho por tanto a prestaciones por desempleo, considerando que no concurre la presunción legal de certeza de las actas de infracción en cuanto no se están discutiendo hechos sino argumentos jurídicos, considerando que el acta del controlador laboral no goza de la presunción de certeza de las

actas levantadas por la inspección de trabajo lo que afecta a la carga de la prueba, no acreditándose la connivencia que se afirma entre la Administración y la demandante, entendiéndose que nada impide que un socio sea trabajador de la empresa y al mismo tiempo accionista o participe o incluso administrador, habiéndose tramitado el despido ante el SMAC.

SEGUNDO.- El examen de las alegaciones esgrimidas por las partes en la defensa de las pretensiones ejercidas muestra que las discrepancias entre ambas surgidas han de ser analizadas de modo diferenciado cabiendo en esencia reconducir las mismas a las siguientes cuestiones:

1) En relación a las alegaciones realizadas por la actora en torno a la carga de la prueba en el presente proceso, resulta ilustrativa por lo que respecta al discutido valor que se ha de dar a las actas de inspección realizadas por los Inspectores de las Administraciones Públicas la STS de 25 de noviembre de 1997 en que se afirma “La doctrina de este Tribunal, al interpretar el artículo 38 del Decreto 1.860/1975, de 10 de julio, viene señalando una serie de criterios, que pueden concretarse:

A) Que la presunción de veracidad atribuida a las Actas de Inspección se encuentra en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante (Sentencias de 18 de enero y 18 de marzo de 1991).

B) Que la presunción de certeza es perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), ya que el citado artículo 38 se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba de contrario.

C) Que reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha limitado el valor atribuible a las Actas de la Inspección, limitando la presunción de certeza a sólo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (Sentencia de 24 de junio de 1991).

D) Que en cualquier caso, esta presunción de certeza desplaza, como se acaba de señalar la carga de la prueba al administrado, de suerte que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad

los hechos descritos por la Inspección (Sentencia de 9 de julio de 1991). La Sentencia de 30 de noviembre de 1998 ha sentado que la expresada presunción juega respecto a los hechos consignados en el acta, no respecto a los juicios de valor que pueda expresar el inspector.”

No obsta a la aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior al caso debatido, y por tanto no se altera la carga de la prueba que recae sobre la actora en orden a desvirtuar la presunción de veracidad que el artículo 52 de la citada Ley 8/1988 atribuye a las Actas levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social respecto de los hechos consignados en las mismas por el Inspector actuante, el hecho de que en vez de haber sido apreciados directamente por éste, dicha apreciación tenga lugar a través de medios reflejados en el Acta, y que en el presente caso recoge las conclusiones del Controlador Laboral que promovió el acta de infracción y que se encuentra obrante al folio 2 del expediente. A lo anterior parece que se une que en realidad la actora no parece discutir su condición de socia fundadora de la empresa “C.I., S.L.” disponiendo de treinta participaciones (hecho primero de la demanda), ni ninguna de las demás circunstancias recogidas por el controlador laboral en su informe, ni menos aún ha acreditado inexactitud alguna del mismo, no debiéndose por último dejar de señalar que los datos, circunstancias y hechos reflejados por el controlador en su informe resultan directamente de la documentación aportada por la empresa así como del sistema informático de la tesorería general de la seguridad social.

2) Por lo que respecta a la cuestión de fondo, dice la STS de 10 de octubre de 1988, es normal en los casos de confabulación para obtener un resultado fraudulento, en los que se reviste la conducta de una apariencia de legalidad, el que no sea posible obtener una prueba directa y plena de la infracción; de manera que, si no se quiere dejar impune la conducta, ha de reputarse como suficiente la prueba mediante indicios o presunción construidas de conformidad con el Art. 1.253 del Cc. En supuestos parecidos al que nos ocupa ha acudido el TS en muchas ocasiones a esta prueba por indicios, como es el caso de la sentencia 03/05/91, pudiendo citarse también las de 28 de marzo y 27 de septiembre de 1988. El acto en fraude de ley es aquel que, amparándose en el texto de una norma, persigue un resultado contrario al ordenamiento jurídico o prohibido en él (Art. 6 del CC), de manera que lo característico en el mismo es la apariencia de legalidad, pese a lo

cual, el acto viola el contenido ético de la norma (S.T.S., Sala de lo Civil de fecha 06.02.57 y 01.04.65). La excusa de que el acto tiene cobertura legal no es válida en estos casos, dado que si aquella cobertura no existiera lo que tendríamos es un acto que infringe directamente la Ley. La jurisprudencia constitucional y la de la Sala II del TS han perfilado los requisitos necesarios para que la prueba indirecta pueda ser apreciada como tal y que pueden resumirse en los siguientes extremos:

1º.- Que el hecho base no sea único, pues uno solo podría inducir a error S.T.C. núm. 111/90 de 18 de junio.

2º.- Que estos hechos estén directamente acreditados SSTs de 18 y 24 de enero de 1991.

3º.- Que la inferencia no quebrante las reglas de la lógica, de otra disciplina o de la experiencia general SSTC 107/89 de 8 de junio y 510/89 de 10 de marzo y SSTs de 19 de enero, 10 de marzo y 3 de abril de 1989 y 6 de febrero de 1990. Pudiendo afirmarse que tal conexión lógica existe con la seguridad exigible para las pruebas de cargo cuando los hechos base están dotados de afin y grave potencialidad significativa STS de 3 de marzo de 1993, 7 de abril de 1989, y 5 de febrero de 1991, el enlace entre los elementos de partida y el inferido es preciso y directo S.T.C. de 1 de octubre de 1988 y STS de 2 de octubre de 1989 y, globalmente, el proceso de ilación no sea arbitrario o absurdo sino que se ajuste a las normas del criterio humano S.T.C. de 8 de junio de 1989 y SSTs de 2 de octubre de 1989; pudiendo decirse que tal conexión lógica existe con la seguridad exigible para las pruebas de cargo cuando realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonable, compatible con esos indicios STS de 18 de febrero de 1991.

Sentado lo anterior, en las infracciones como la denunciada y sancionada regulada en el artículo 30.3.3 y 46 de la Ley 8/1988 de 7 de abril, sólo se puede llegar a su constatación mediante la prueba de presunciones, dado que la conducta tipificada consiste en una determinación volitiva de su autor que sólo aflora al exterior por hechos realizados al amparo de normas legales, pero que persiguen un fin no querido por el ordenamiento jurídico, requiriéndose para su demostración que los hechos base de la deducción estén firmemente acreditados, y que entre ellos y lo que se quiere demostrar (la connivencia en

este caso entre la demandante y la empresa "C.I., S.L.") exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; es decir, que los hechos demostrados constituyan una prueba indiciaria suficiente para llevar a la convicción al juzgador de que se ha cometido la infracción denunciada, como así admite el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 3 de mayo de 1991.

Pues bien la connivencia o confabulación (términos equivalentes según el diccionario de la lengua) supone un acuerdo de voluntades entre dos o más personas que por su finalidad (generalmente, la de perjudicar a otro, según dicho diccionario) ni se incorpora a documento alguno ni se explicita de forma que puede ser probado directamente. Ello supone que, dada la apariencia de legalidad de los hechos mediante los cuales se llega al fin predeterminado por los confabulados, solo mediante la prueba de presunciones puede llegarse a la constatación de su existencia, siendo precisamente esa la finalidad del acta de inspección impugnada y los acuerdos subsiguientes para sancionar: a partir de unos hechos, (los recogidos por el controlador laboral en su informe, puntos 1, 2, y 3 al promover el acta de infracción y que son apreciados asimismo por el inspector de trabajo al levantar dicha acta) después de obtener una conclusión(la existencia de connivencia entre la demandante y el empresario preordenada a la obtención indebida de prestaciones por desempleo) enlazada con aquellos precisa y directamente según las reglas del criterio humano (Art. 1.253 CC y 386.1 nueva lec).

No podemos dejar de traer aquí el consolidado criterio jurisprudencial que rige en esta materia y que aparece precisamente expresado en la STS de 05.02.98 dictada para unificación de doctrina (criterio que ha sido recogido por el legislador en la Ley 50/1998 al dar nueva redacción a la Disposición Adicional Vigésimo Séptima del Texto Refundido de la LGSS pero que no cabe traer aquí, por no ser disposición vigente al momento de los hechos) que en lo que aquí nos interesa dice: "Cuarto.- Como la tesis de la Sentencia de 29 de enero 1997, está sustentada en que de hecho los administradores realizan una actividad, que aunque no laboral y sí mercantil, es por cuenta ajena, no puede por menos de hacer una última puntualización en sintonía con la realizada por la Sentencia de 4 junio 1996, cuando considera la presunción del artículo 2.3 del Decreto 2.530/1970 en los siguientes términos:

“La calificación de su trabajo como por cuenta ajena por cuenta de la persona jurídica cuyo gobierno le está encomendado. deriva precisamente de que su participación en la propiedad de la misma no alcanza la mayoría de las acciones. En el caso de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de la ajeneidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia. Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS 27.06.89 y 05.10.95, entre otras).

La asignación de un valor determinante a efectos de calificación jurídica a la propiedad de las acciones de la empresa -sigue diciendo la Sentencia de 29 enero 1997 - viene aconsejada por dos consideraciones. Una es la necesidad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de declarar una línea divisoria nítida entre los campos de aplicación respectivos de los regímenes de trabajadores por cuenta propia. La otra es que, en las sociedades por acciones, tal línea divisoria está determinada inevitablemente por la participación en la propiedad de las mismas. Si el administrador societario no alcanza el 50% de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajeneidad. En cambio, si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio.”

Quinto.- Como se desprende de lo expuesto y dado que el actor, administrador único de una empresa constituida bajo la forma jurídica de sociedad limitada, era titular del 50% del capital social, hay que entender que ha sido ajustada a derecho su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”.

Aplicando la doctrina expuesta en el Fundamento de Derecho Segundo al caso de autos en relación a la infracción relativa a la obtención fraudulenta de prestación indebida-convivencia empresa-trabajador para la obtención indebida por parte de estos de las prestaciones por desempleo debe señalarse que se ha de apreciar la existencia de la infracción denunciada, con base en los siguientes hechos probados ya en vía administrativa y no desvirtuados oportunamente en esta sede jurisdiccional:

1- La demandante, E.G.M. además de trabajadora de la empresa “C.I., S.L.” disponiendo de 30 de las 100 participaciones del capital de la mencionada sociedad.

2- El esposo de la demandante, casado con esta en régimen de gananciales, A.G.C.G. era propietario de 20 participaciones del capital de la sociedad en la que trabajaba la actora.

3.- Tanto la hoy demandante como su marido, según resulta de la escritura de constitución tenían atribuido la condición de administradores de la empresa teniendo entre sus facultades la de nombrar y separar el personal, tanto técnico como administrativo como obrero.

4.- La hoy demandante fue contratada por la empresa “C.I., S.L.” para trabajar en el centro de trabajo que esta tenía en la calle ... de Ferrol en fecha 17.05.88 siendo despedida el día 21.07.92 y percibiendo prestaciones por desempleo desde el 18.07.92 hasta el 17.06.96, habiendo reconocido la empresa según resulta del acta de conciliación tenida lugar en el expediente 1.164/92 la improcedencia del despido.

De los hechos anteriores se concluye indubitadamente la obtención fraudulenta de prestación-convivencia objeto de sanción administrativa, no pudiendo desconocerse ni los vínculos familiares existentes entre la demandante y al menos uno de los otros socios, su condición de administradora con funciones entre otras de nombrar y separar personal juntamente con su marido con quien se hallaba sujeta a régimen de gananciales así como la propia condición de socio de la empresa alcanzando su propiedad en la misma a casi del 30 % del capital social, a lo que no se puede también dejar de añadir a mayor claridad y abundamiento la celebración del acto de conciliación con reconocimiento expreso del carácter improcedente del despido, todo lo cual permite afirmar a esta Sala la existencia de la citada convivencia sancionada, y por tanto los hechos apuntados son constitutivos de la infracción prevista en el artículo 30.03.01, 30.03.02, 30.03.03, 46 de la Ley 8/1988 de 7 de abril de Infracciones y Sanciones de Orden Social, habiéndose castigado conforme a Derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 de la mencionada Ley, de donde resulta obligado como mas ajustado a derecho estimar conforme al ordenamiento jurídico el acto dictado y en consecuencia desestimar íntegramente el recurso interpuesto.

TERCERO.-En cuanto a las costas, no son de apreciar circunstancias que conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la LJ obliguen a su imposición a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos y principios citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimando como desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de doña E.G.M. contra la desestimación por silencio administrativo del recurso ordinario interpuesto en fecha 29 de diciembre de 1997 contra la Resolución del Director Provincial de Trabajo Seguridad Social y Asuntos Sociales de fecha 24 de noviembre de 1997 dictada en el expediente 420/97 por la que se impone sanción de extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la demandante, debemos declarar y declaramos la mencionada resolución ajustada a Derecho, y todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas.

3550 Autos núm. 10/02

S.S. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. EXCLUSIÓN DE GARDAS MÉDICAS DO CONCEITO DE HORAS EXTRAORDINARIAS: DESESTIMACIÓN DA DEMANDA, Á VISTA DA NORMATIVA E DA XURISPRUDENCIA COMUNITARIAS.

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En demanda nº 10/02 sobre impugnación de convenio colectivo a instancia de Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA-CESM GALICIA) contra el Servicio Galego de Saúde, la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, la Fundación Pública Hospital do Salnés, la Fundación Pública Hospital da Barbanza, la

Fundación Pública Hospital de Verín, la Fundación Pública Hospital Virxe da Xunqueira, la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061, la Fundación Pública Escola Galega de Administración Sanitaria, la Fundación Instituto Galego de Oftalmoloxía, el I.G.M.T., S.A., Comisiones Obreras (CCOO), Confederación Intersindical Galega (CIG), Unión General de Trabajadores (UGT), Unión Sindical Obrera (USO), Confederación de Sindicatos Independientes-Confederación de Sindicatos Independientes de Funcionarios (CSI-CSIF) y SATSE,

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El 09.12.02 SIMEGA-CESM GALICIA presentó la demanda referida con el fin de obtener sentencia que declare: "1º.- La ilegalidad del artículo 24.1.1 del Convenio Colectivo para el personal laboral del sector sanitario de Galicia gestionado por fundaciones públicas sanitarias o empresas públicas, en cuanto no contempla que las guardias médicas (de presencia física o mixta -presencia física y localización en su parte de presencia-, o las localizadas -en cuanto supongan presencia del médico en el centro sanitario-, al superar la jornada ordinaria de 37'5 horas semanales o la jornada anual de 1.655 h. en el 2002, deben considerarse como horas extraordinarias. 2º.- Que la jornada de guardia (de presencia física o mixta, o las localizadas en cuanto supongan presencia del médico en el centro sanitario), al constituir horas extraordinarias, debe ser abonadas independientemente de conformidad con lo que establece el art. 35 E.T. con arreglo al valor de la hora ordinaria. 3º.- Subsidiaria y alternativamente de la petición formulada en el número anterior, para el caso de que no fuera estimada, tendiendo en cuenta que tales guardias se realizan por encima de la jornada ordinaria y por tanto constituyen horas extraordinarias, que -a mayores del complemento de guardias- se fije un valor de la hora de guardia (de presencia física, mixta o de localización que supongan presencia física), constituido por la diferencia existente entre el valor de la hora ordinaria y el establecido para el complemento de guardias (que obviamente en la actualidad es inferior al valor de la hora ordinaria)".

SEGUNDO.- La providencia de 10.12.02 admitió a trámite la demanda y señaló el 14.01.02 para celebrar juicio que, tras suspenderse por haberse omitido la citación al Ministerio Fiscal, se celebró el 28.01.03 con ausencia de CCOO, CIG, UGT, USO, CSI-CSIF y SATSE a pesar de estar citados en forma.

TERCERO.- Se admitió la prueba documental interesada por el sindicato actor, que reiteró su pretensión, y por las codemandadas personadas, que, como el Ministerio Fiscal, solicitaron la desestimación de la demanda; es Ponente el Magistrado Sr. García Amor.

Hechos probados

PRIMERO.- El Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Sector Sanitario de Galicia gestionado por Fundaciones Públicas Sanitarias o Empresas Públicas, aprobado por resolución de 06.05.02 (Diario Oficial de Galicia de 16.05.02), regula las relaciones entre el personal médico con contrato de trabajo y las Fundaciones Públicas Hospital do Salnés, Hospital da Barbanza, Hospital de Verín, Hospital Virxe da Xunqueira, Urgencias Sanitarias de Galicia-061, Escola Galega de Administración Sanitaria e Instituto Galego de Oftalmoloxía y el I.G.M.T., S.A.

SEGUNDO.- En esas entidades, donde también presta servicios personal médico estatutario de la Seguridad Social, la jornada de trabajo fue de 1.655 horas en 2002.

Además, en ese año y hasta el mes de noviembre, el personal médico laboral de la práctica totalidad de las instituciones señaladas realizó guardias que implicaron su permanencia en las mismas durante todo el tiempo de guardia, o durante una actuación concreta y determinada previo requerimiento, o durante un tiempo mínimo dentro del normal de guardia.

TERCERO.- Las guardias se retribuyen mediante las cuantías que fija el anexo II del Convenio citado.

Las guardias que exigen permanencia durante todo el tiempo de guardia, así como las que la limitan a una actuación concreta y determinada previo requerimiento cuando se realizan en fin de semana o en horario nocturno que interrumpe el descanso, producen libranza al día siguiente; si se hubieran efectuado en sábado, la libranza tiene lugar el lunes siguiente.

CUARTO.- El artículo 24.1.1 del Convenio dispone: "Las horas extraordinarias que superen en cómputo anual la jornada máxima efectiva establecida, con exclusión de las correspondientes a guardias, tendrán la consideración de extraordinarias. Para su determinación se tomará como período de referencia el trimestre natural".

Las horas extraordinarias se compensan con tiempo libre retribuido equivalente al 150% de su duración, a disfrutar en los tres meses siguientes a su realización; de no ser posible, se compensan económicamente con el 150% del valor de la hora ordinaria y con el 175% si se hubieran efectuado en domingo o en día festivo.

QUINTO.- El Convenio regula la jornada, las guardias y el salario en sus artículos 19, 25 y 28.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La pretensión principal de demanda es que se declare la ilegalidad del transcrito artículo 24.1.1 del Convenio citado porque, en opinión del sindicato actor, no contempla como horas extraordinarias las guardias médicas que superen la jornada normal de 37'5 horas semanales o de 1.655 horas anuales en 2002.

La ilegalidad de los convenios colectivos prevista en los artículos 90 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 161 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral implica que aquellos hayan conculcado normas legales de derecho necesario que, ahora, el demandante concreta especialmente en los artículos 17 y 35 ET.

La idea de horas extraordinarias surge por contraposición al concepto de trabajo o de hora ordinaria o normal, siendo más lógico y racional, como dice la jurisprudencia (s. 18.09.00), referir éstas en concreto a las practicadas en los distintos sectores de actividad que al módulo legal abstracto establecido con carácter general.

Este principio impide declarar la incompatibilidad entre la normativa legal y la pactada que se denuncia, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- La cuestión litigiosa se proyecta al ámbito de la sanidad pública. En efecto, el Real Decreto Ley 10/96, de 17 de junio, en versión de la Ley 15/97, de 25 de abril, permitió constituir cualquier entidad de naturaleza o titularidad pública de las admitidas en derecho como forma de gestión y administración de los hospitales, con la finalidad de alcanzar una mayor flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria como medio de mejorar la eficacia de los centros y establecimientos sanitarios, sin desvirtuar el carácter público de la prestación sanitaria ni sus garantías, que están referidas al servicio como relación jurídica

entre la Administración titular y el usuario. Estas reglas también inspiran las Leyes 7/83, de 22 de junio y 11/91, de 8 de noviembre de la Comunidad Autónoma de Galicia, que regulan las fundaciones de interés gallego, así como su desarrollo posterior (p.ej., Decretos 229/94, de 14 de julio, 229/97, 172 y 340/99, de 26 de diciembre con relación al I.G.M.T., S.A., Hospitales Virxe da Xunqueira y da Barbanza, Urgencias Sanitarias de Galicia 061, Hospital do Salnés respectivamente).

En este sector sanitario, como otros servicios de igual naturaleza pública, es consustancial la realización de guardias, que la jurisprudencia rechaza como tiempo de trabajo extraordinario en orden al personal médico estatutario de la Seguridad Social, que también presta servicios en las fundaciones y empresas públicas codemandadas: Genéricamente, por entender que deben efectuarse de modo obligatorio, periódico y permanente (ss. 11.05.82, 27.03.83, 18.11.97, 22.09.98, 02.11.99). De forma concreta, tipifica numerosos servicios ajenos a las horas extraordinarias, tales como los prestados desde las 17 horas para atender asistencia domiciliaria y en ambulatorio de 18 a 20'30 horas (ss. 19.10, 15.12.93), los prestados en equipo de atención primaria en centro de salud que supere las 425 horas/año en atención a determinadas circunstancias (ss. 21.02, 16.05.94, 14.03.95), o las horas realizadas al enlazar la jornada de atención continuada con la jornada ordinaria siguiente (ss. 11.03, 16.05.94).

2ª.- Es cierto que el régimen del personal médico de las fundaciones y empresas públicas gallegas es el previsto en el ET, y así lo sanciona de forma expresa la normativa de creación de algunas de aquéllas (arts. 20 D. 229/97, 19 D. 172/99), e igualmente se colige de la naturaleza del pacto que regula sus condiciones de trabajo; además, la jurisprudencia (s. 22.12.92) señala que la no homologación de ese colectivo con el personal médico de la Seguridad Social también deriva de no ostentar la cualidad de estatutario.

Sin embargo, esto no impide afirmar la semejanza de ciertos aspectos del régimen de trabajo de unos y otros, ni implica declarar que el artículo 24.1.1 de Convenio infringe el artículo 35 ET, toda vez que: a) El sindicato actor manifiesta que la jornada semanal pactada es de 37'5 horas, mientras que el artículo 34 ET autoriza un máximo de 40 horas en igual período. b) Desde esta perspectiva y según el artículo 35 ET, ya no sería trabajo extraordinario,

como sugiere el demandante, la actividad superior a las 37'5 horas sino la realizada a partir de las 40 horas; de igual modo, tampoco el concepto de hora extraordinaria correspondería a todas las modalidades de guardia previstas en convenio, sino únicamente a las de presencia física o de permanencia durante todo el tiempo normal de guardia, porque sólo estas implican trabajo efectivo. c) La Directiva 93/104, de 23 de noviembre, del Consejo de la CEE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, aplicable a la cuestión litigiosa y al colectivo afectado según sus artículos 1.2.a) y 1.3 respectivamente, define en su artículo 2 el tiempo de trabajo como "todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales", y en su artículo 6.2 establece que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección, de seguridad y de salud de los trabajadores...la duración media del trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada período de siete días". La jurisprudencia (ss. 04.10.01 01.04.02), proyectada al personal médico estatutario de la Seguridad Social pero aplicable a los médicos de las fundaciones y empresas públicas gallegas, porque ambos casos versan sobre la efectividad de la garantía prevista en la última norma comunitaria transcrita, rechaza expresamente su ampliación a la jornada de trabajo semanal alegada por el sindicato actor (37'5 horas); además, no aparece debidamente acreditado que el personal médico afectado hubiera realizado más de 48 horas de trabajo en el período de referencia pactado. d) En definitiva, la ausencia de concepto legal de la hora de trabajo es suplida mediante la oportuna negociación colectiva, que autorizan y promueven los artículos 34 y 35 del ET, a resultas de la que, los firmantes del pacto convinieron la jornada normal de trabajo, las horas extraordinarias y las guardias, que concibieron como un tipo intermedio o un tercer género entre aquéllas, cual ratifica la extensa y detallada regulación de cada uno de esos tiempos de trabajo en los artículos 19 a 27 de Convenio.

3ª.- Cabe recordar la necesidad de la observancia global de todo convenio, en cuanto expresivo de un todo orgánico e indivisible y, en consecuencia, su interpretación sistémica, global o de conjunto porque, como declara la jurisprudencia (s. 15.07.85), cada cláusula sólo encuentra la plenitud de su comprensión cuan-

do es contemplada, no de forma aislada y separada del conjunto, sino inserta en la relación jurídica general de la que forma parte, no siendo lícito aceptar la aplicación aislada de algunos de los preceptos del mismo y rechazar otros.

En este contexto, el tiempo de trabajo (normal, extraordinario, guardias) está en conexión directa, inmediata y recíproca con otros aspectos de la relación laboral también regulados por Convenio, en particular la retribución y los complementos salariales, hasta el punto de depender y condicionarse mutuamente, de ahí que la impugnación de uno sólo de ellos y no de los demás suponga una lectura parcial y sesgada de la norma pactada con el fin exclusivo de conseguir determinados intereses, en el caso económicos.

Las consecuencias de nuestro criterio que, en definitiva, sugiere una demanda impugnatoria más amplia que la actual con el fin de lograr la adecuada resolución del conflicto que aquélla plantea, no contradice el artículo 2.4 del Convenio de referencia que, acorde con la jurisprudencia (s. 22.09.98) denegatoria de la posibilidad de anular todo el convenio por la sola razón de la nulidad de alguno o algunos de sus preceptos, dispone: "En el supuesto de que la jurisdicción social declare la nulidad de parte de su articulado, las partes procederán a su renegociación, bajo el principio de que dicha nulidad no supone la de la totalidad del convenio".

SEGUNDO.- Las demás pretensiones de demanda, relativas al abono de las guardias como horas extraordinarias o a la fijación de un determinado valor de la hora de guardia, son inadecuadas y exceden los límites del actual cauce procesal porque su fin único es enjuiciar la ilegalidad de una norma de convenio colectivo; así lo admiten los litigantes.

Aún en el caso de estimarse la pretensión principal de litis, aquellas otras habrían de remitirse a la negociación colectiva, cual resulta: a) Del transcrito artículo 2.4 del Convenio. b) De la jurisprudencia (s. 30.11.94) que admite el importe de las horas extraordinarias en cuantía inferior a la que resulta de una interpretación rigurosa del ET en materia salarial adoptada en convenio colectivo, cuando consideradas globalmente las condiciones salariales pactadas fueran superadoras de los mínimos fijados por disposición legal. c) De la suplicación (TSJ Galicia s. 17.07.00) que acepta la retribución de las horas extraordinarias por módulos inferiores a los que derivarían de una interpretación riguro-

sa de la legislación aplicable fijados en la negociación colectiva.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos la demanda de Sindicato de Médicos de Galicia contra el Servicio Galego de Saúde, la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, la Fundación Pública Hospital do Salnés, la Fundación Pública Hospital da Barbanza, la Fundación Pública Hospital de Verín, la Fundación Pública Hospital Virxe da Xunqueira, la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061, la Fundación Pública Escola Galega de Administración Sanitaria, la Fundación Instituto Galego de Oftalmoloxía, el I.G.M.T., S.A., Comisiones Obreras, Confederación Intersindical Galega, Unión General de Trabajadores, Unión Sindical Obrera, Confederación de Sindicatos Independientes-Confederación de Sindicatos Independientes de Funcionarios y SATSE, a los que absolvemos.

3551 Recurso núm. 1.402/02

S.S. POSIBILIDADE DE DISFRUTE FRACCIONADO DA EXCEDENCIA VOLUNTARIA PARA O COIDADO DE FILLOS, POR PARTE DO PERSOAL ESTATUTARIO Ó SERVIZO DO SERGAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey
ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.402/02 interpuesto por SERVICIO GALEGO DE SAÚDE 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 doña I.N.P. en reclamación de EXCEDENCIA siendo demandado SERVICIO GALEGO DE SAÚDE ; en su día se

celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 724/01 sentencia con fecha quince 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:

“PRIMERO.- La actora, doña I.N.P., viene prestando servicios para el SERGAS como Ayudante Técnico Sanitario en el Hospital da Costa de Burela (Lugo). SEGUNDO.- La demandante disfrutó de un período de excedencia desde el 1 de agosto de 2000 hasta el 1 de octubre del mismo año por cuidado de su hijo E. Á. C. N., nacido el día 27 de enero de 2000. El día 21 de agosto de 2001 solicitó nuevamente que se le concediera excedencia para el cuidado de su hijo para comenzar a disfrutarse el día 26 de septiembre de 2001. Esta petición le fue denegada en virtud de resolución de fecha 7 de septiembre de 2001 con base, en síntesis, a haber disfrutado la excedencia solicitada de cuidado de hijos en un período anterior. TERCERO.- Frente a esta decisión la actora inicialmente interpuso reclamación previa el 14 de septiembre de 2001, que ha sido expresamente desestimada por resolución de fecha 24 de septiembre último. En vía judicial, a través de demanda, reitera aquella petición de excedencia”.

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña I.N.P. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo declarar y declaro el derecho de la actora a situarse en situación de excedencia voluntaria para el cuidado de su hijo en períodos fraccionados hasta el día veintisiete de enero de dos mil tres, condenando a la Entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a conceder la excedencia en estos términos a la demandante”.

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.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara el derecho de la actora a disfrutar de excedencia voluntaria para el cuidado de su hijo en períodos fraccionados

hasta el día 27 de enero de 2003, condenando al SERGAS a estar y pasar por dicha declaración y a conceder la excedencia en los términos indicados. Dicho pronunciamiento es impugnado por la representación procesal del Servicio demandado, al objeto de obtener su revocación y de que se desestime la demanda, y sin cuestionar la declaración de hechos probados, 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 del artículo 55.4 de la Ley de Función Pública de Galicia, del artículo 7 del Código Civil y del 11.2 de la LOPJ, argumentando, en esencia, que ante la ausencia de norma expresa en el Estatuto del Personal Sanitario No Facultativo, resulta de aplicación la normativa de la Función Pública autonómica, por mor del carácter “cuasi funcionarial” de este tipo de personal, y que de la interpretación literal de la norma citada, artículo 55.4, se desprende un período único de excedencia por cada hijo, sin que pueda fraccionarse tal como entendió la juzgadora de instancia, y que los disfrutes de períodos sucesivos, con interrupción según la voluntad de la demandante, vendría a constituir un supuesto de manifiesto abuso de derecho.

SEGUNDO.- Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido constan en el relato histórico de la sentencia recurrida, y a los fines discutidos en la presente litis, pueden resumirse así: A).- La actora viene prestando servicios como ATS para el SERGAS en el Hospital da Costa -Burela-, habiendo disfrutado de excedencia para el cuidado de su hijo E.A.C.N., nacido el día 27 de enero de 2000, en el período comprendido entre el 1º de agosto de 2000 hasta el 1º de octubre siguiente. B).- En fecha 21 de agosto de 2001 solicitó nuevamente que se le concediese excedencia para el cuidado de su hijo, que comenzaría a disfrutar el 26 de septiembre de 2.001, petición que le fue denegada por haber disfrutado la excedencia solicitada de cuidado de hijos en un período anterior.

A la vista de las anteriores circunstancias fácticas, la cuestión litigiosa radica en determinar si el período previsto para excedencia voluntaria para el cuidado de un hijo se puede disfrutar de forma fraccionada, tal como entendió la juzgadora de instancia; o si, por el contrario, habiendo disfrutado un período de tiempo (en este caso dos meses) del total legalmente establecido, ya no se puede disfrutar un período posterior, que es la tesis sostenida por el SERGAS en su recurso.

La Sala no acoge la censura jurídica, compartiendo la interpretación normativa efectuada por la juzgadora de instancia. Para la resolución del recurso debemos necesariamente partir de lo establecido en el art. 55.4 de la Ley de la Función Pública Gallega que según los artículos 1.1 y 3.1 de dicha Ley, resulta de aplicación a todo el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y de sus Organismos Autónomos. En dicho artículo se establece que “los funcionarios tendrán derecho a un periodo de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha de nacimiento del mismo... Durante la duración de cada período de excedencia para el cuidado de hijos naturales y hasta tres años dependiendo de la edad del adoptado, los funcionarios en esta situación tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo y su cómputo a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos”. Dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 114.2 del Estatuto de Personal Sanitario No Facultativo, que aún no denunciado como infringido, ciertamente constituye el precepto básico para el reconocimiento del derecho de excedencia para el cuidado de hijos en el caso del Personal Estatutario no Facultativo (ATS) -caso de la actora-, en este artículo se dispone: “El alumbramiento da derecho a excedencia voluntaria sin remuneración por un periodo de un año y máximo de tres, a contar desde la terminación del descanso obligatorio por maternidad...” Y la interpretación de estos preceptos se convierte sin duda en la cuestión esencial en esta litis.

De la citada normativa se desprende que el tiempo máximo de duración de esta excedencia puede llegar hasta los tres años desde la fecha de nacimiento del hijo, o bien desde la terminación del descanso obligatorio por maternidad. En el presente caso, se toma como fecha inicial de cómputo del período de los tres años, la del nacimiento del hijo de la actora, ocurrido el 27 de enero de 2000, y hasta el 27 de enero de 2003 se reconoce el derecho de la demandante a disfrutar la excedencia por períodos fraccionados. La trabajadora solicita inicialmente la excedencia para el cuidado de su hijo, que le es concedida con efecto de 1 de agosto de 2000, pero no consta si la concesión fue para el plazo máximo de duración o tan solo hasta el 30 de septiembre siguiente; lo cierto es que la actora el día 1 de octubre de 2000 se reincorpora al trabajo, y con fecha 21 de agosto de 2001, solicita nuevo disfrute de un

periodo de excedencia para el cuidado del hijo, que le es denegada, argumentando el SERGAS haberla disfrutado en otro período anterior. Pero esta argumentación no es compartida por la Sala, porque la normativa anteriormente expuesta, se limita a fijar el plazo máximo de duración que puede tener esta situación y los efectos que de la misma se derivan en orden a la reserva del puesto de trabajo, pero no impone la obligación de fijar desde su inicio el período por el que se quiere disfrutar, ni mucho menos prohíbe la solicitud de periodos posteriores para que se entienda vigente y se mantenga esta situación, incluso una interpretación según el sentido propio de los términos empleados por el legislador en la redacción del artículo 55.4 de la Ley de la Función Pública Galega, singularmente cuando utiliza la expresión “Durante la duración de cada periodo...” lleva a determinar que dentro de esa límite temporal de los tres años de duración de la excedencia, parece reconocerse expresamente la posibilidad de que la facultad que reconoce dicho precepto se ejercite o disfrute en distintos tramos temporales.

Conviene significar, por otra parte, que para alcanzar dicha conclusión, la propia finalidad de la norma justifica esta flexibilidad en el régimen jurídico aplicable a tan especial excedencia, dejando en manos de los interesados la posibilidad de acomodar su duración hasta el máximo legal en función de las exigencias o conveniencia personal que el cuidado del hijo menor de tres años le imponga, a efectos de que sean los propios padres los que decidan el momento oportuno para reincorporarse al trabajo en razón de la valoración de las circunstancias que en cada momento consideren más beneficiosas para el interés familiar. Goza por tanto el trabajador del derecho a prolongar hasta tres años la situación de excedencia, y también el de poner fin a la misma durante ese período en el momento que estime más oportuno, en igual sentido se pronuncia la Sentencia del TSJ Cataluña de 19 de noviembre de 1999.

En resumen, teniendo en cuenta el interés del menor, se impone una interpretación flexible y no restrictiva de la normativa reguladora de la pretensión actora, por lo que se rechaza el recurso del SERGAS, y se comparte la interpretación efectuada por la sentencia recurrida, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio de la misma. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por

la representación procesal del SERVICIO GALEGO DE SAUDE (SERGAS), contra la Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Lugo, en los presentes autos número 724/2001, seguidos en virtud de demanda sobre excedencia para cuidado de hijo, formulada por la actora doña I.N.P., frente al Servicio recurrente y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución.

3552 Recurso núm. 5.306/99

S.S. ULIDADE DE ACTUACIÓNS POR INDEBIDA APRECIACIÓN DA EXCEPCIÓN DE CADUCIDADE DA INSTANCIA, A PROPÓSITO DE RECLAMACIÓN POR COMPLEMENTO DE PENSIÓN FRONTE A ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.306/99 interpuesto por don J.V.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.V.P. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado SERVICIO GALEGO DE SAUDE, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el MINISTERIO DE DEFENSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 359/99 sentencia con fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la excepción de "CADUCIDAD" sin entrar en el fondo del asunto de la demanda.

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

"1.- Que el actor, don J.V.P., afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, prestó servicios, como personal laboral, para el Ministerio de Defensa, sujeto al Convenio Colectivo para el Personal Laboral de dicho Ministerio, ingresando, en fecha 1 de agosto de 1986 en la plantilla del codemandado SERGAS, en el centro de trabajo del Complejo Hospitalario Juan Canalejo, en La Coruña, con la categoría profesional de Celador, número de plantilla ..., y con una base reguladora en cuantía de 141.042 pesetas/mensuales. Dicho ingreso en plantilla se realizó en función de los pactos de integración de la plantilla del antiguo Hospital Militar de La Coruña, que dependía del Ministerio de Defensa, en la del SERGAS, pactos suscritos con motivo del cierre del Hospital Militar en esta ciudad. 2.- Que en fecha 13 de noviembre de 1997 el actor solicitó, de acuerdo con el art. 57 del Convenio Colectivo del Personal laboral del Ministerio de Defensa, la jubilación anticipada, con efectos del 30.01.98, al cumplir la edad de 64 años, con derecho al percibo del cien por cien de la prestación correspondiente 3.- Que en fecha 17 de febrero de 1998 se le notifica resolución del codemandado INSS, en la que se accede a conceder al actor la prestación de jubilación, reconociéndosele una base reguladora en cuantía de 141.052 pesetas mensuales, un total de 46 años cotizados y un porcentaje sobre la base reguladora del 92%, al serle de aplicación el porcentaje reductor del 8% en función de tener 64 años de edad, en lugar del 100% reconocido en el Convenio Colectivo de aplicación. 4.- Que el actor interpuso reclamación previa ante el INSS, la cual fue desestimada en fecha 5 de mayo de 1998. 5.- Que en fecha 19 de noviembre de 1998 el actor formalizó solicitud ante el SERGAS, la cual no fue contestada, formulando reclamación previa el 12 de marzo de 1999, la cual fue desestimada por resolución del SERGAS de fecha 16 de septiembre de 1999, con posterioridad a la presentación de la demanda. 6.- Que en fecha 13 de enero de 1998 el actor formalizó un nombramiento provisional de personal no sanitario para cubrir la plaza de celador en el Hospital Juan Canalejo de esta ciudad, en sustitución del actor a jornada completa con don M.T.M.. 7.- Que al actor se le adeuda el complemento del 8% hasta alcanzar el 100% de su base reguladora de 141.052 pesetas, esto es, 11.284 pesetas/mes, que por quince mensualidades de febrero a abril/99, suponen un total de 169.260 pesetas.

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

“FALLO: Que estimando la excepción de “caducidad” en la instancia alegada por el INSS y, sin entrar en el fondo del asunto, debo absolver y absuelvo a los codemandados, INSS, SERGAS y el Ministerio de Defensa, de los pedimentos contenidos en la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte don J.V.P. 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 actora se interpone recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que acogiendo la excepción de “caducidad en la instancia”, absolvió a los demandados INSS, SERGAS Y Ministerio de Defensa, y sin cuestionar la declaración de hechos probados formula un único motivo de suplicación por el cauce del apartado a) del artículo 191 de la ley de Procedimiento Laboral, con el objeto de que se revoque la Sentencia recurrida, y se repongan los autos al momento anterior a dictarse Sentencia para que se dicte nueva resolución sobre el fondo del asunto planteado, denunciando infracción, por inaplicación, del artículo 2, apartado c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 71 y 139 y ss del mismo texto procesal. Se alega por el recurrente, en esencia, que el presente pleito no ha de someterse al trámite procesal de los artículos 139 y ss de la LPL, por cuanto lo que se reclama es el abono por el SERGAS de un complemento económico, como consecuencia de la aplicación del Convenio Colectivo del Personal laboral del Ministerio de Defensa.

SEGUNDO.- En el Suplico de la demanda rectora del presente proceso, únicamente se insta la condena del SERGAS al abono de un complemento de la pensión jubilación que le fue reconocida al actor por resolución del INSS de 17.02.98, aunque la demanda se dirige también contra el Ministerio de Defensa y contra el INSS. Ciertamente si se tratase de un proceso de Seguridad Social, cabría apreciar la “caducidad de la instancia” frente al INSS, dado que el actor formuló reclamación previa frente a la Entidad Gestora el 18.03.98 que fue desestimada por resolución de 5 de mayo de 1998, habiéndose presentado la demanda el 4 de

mayo de 1999, en cuyo caso serían acertados los argumentos de la Sentencia recurrida.

Ocurre, sin embargo, que el actor con fecha 19 de noviembre de 1998, dirigió solicitud al SERGAS, reclamando el abono del complemento de pensión litigioso, solicitud que quedó incontestada. Y con fecha 12 de marzo de 1999, el actor dirigió escrito de reclamación previa a la vía jurisdiccional al SERGAS, contra la denegación tácita anteriormente referida, presentando demanda ante el Decanato para su reparto el 12 de marzo de 1999, y, posteriormente, con fecha 16 de septiembre de 1999 el SERGAS dictó resolución desestimatoria de la reclamación previa. Y partiendo de estos datos fácticos, e insistiendo –un vez más– que la acción que ejercita el actor es la reclamación de un complemento de pensión frente al SERGAS, evidentemente no concurre la “caducidad de la instancia” frente a dicho Organismo, debiendo acogerse la censura jurídica que se dirige frente al fallo recurrido, por cuanto según el artículo 69.2 de la LPL, denegada la reclamación o transcurrido un mes sin haber sido notificada la resolución, el interesado podrá formalizar la demanda ante el Juzgado o la Sala competente, añadiendo el núm. 3 del mencionado precepto legal, que “No surtirá efecto la reclamación si la resolución fuese denegatoria y el interesado no presentare demanda ante el Juzgado en el plazo de dos meses a contar desde la notificación o desde el transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada.....” –plazo que es el de un mes por aplicación del artículo 125.2 de la LRJAP y del PAC-. Aplicando lo dispuesto en el citado precepto al presente supuesto resulta que el actor formuló reclamación previa frente al SERGAS el 12 de marzo de 1999, Organismo que no contestó la citada reclamación hasta el 16.09.99, pero el actor dejó transcurrir el plazo legalmente establecido para entender denegada la solicitud por silencio administrativo, plazo que finalizó el 12 de abril de 1999, y el 4 de mayo siguiente, es decir, dentro de los dos meses que marca el artículo 69.3 de la LPL, interpuso la demanda origen de las presentes actuaciones, y en el momento de presentarse aquella, la acción procesal mantenía toda su vigencia; mucho más teniendo en cuenta que, en defensa del derecho a la tutela jurídica efectiva, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 355/1993, de 29 noviembre (RTC 1993\355), entiende que la última petición, una vez denegada expresamente o por silencio administrativo, tiene el valor de reclamación previa y deja expedito el acceso a la jurisdicción. Al no haberlo entendido así la sentencia de instancia incurrió en el vicio denuncia-

do, por lo que procede anular la sentencia de instancia que apreció indebidamente la excepción de caducidad de la instancia, reponiendo las actuaciones al trámite anterior a su pronunciamiento para que por la Magistrada de instancia se dicte una nueva sentencia, con libertad de criterio y plenitud de jurisdicción, en la que resuelva el fondo del asunto. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada del actor don S.G.A., contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de esta Capital, de fecha 19 de octubre de 1999, declaramos que no concurre la excepción apreciada y, en consecuencia, anulamos la sentencia dictada por el mencionado Juzgado de lo Social, con reposición de las actuaciones al trámite anterior a su pronunciamiento para que el Magistrado de Instancia dicte una nueva en la que resuelva el fondo del asunto.

3553 Recurso nº 8.246/1998

S.CA. OBSTRUCCIÓN Á LABOR INSPECTORA. ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO: PRESUNCIÓN DE VERACIDADE NON ABSOLUTA NIN INDISCUTIBLE. FALLA DE VALOR PROBATORIO SUFICIENTE. NON EXTENSIÓN A CONCEPTOS OU CALIFICACIÓNS XURÍDICAS. NULIDADE DE PLENO DEREITO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luís Costa Pillado

A Coruña, a diez 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 8.246/98, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "G., S.L.", domiciliada en ... (Ourense), representada y dirigida por el letrado don

D.P.C., contra resolución de 20.03.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra-Vigo, sobre acta de infracción número 1.090/96. Expediente número 3.360/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es MIL DOSCIENTOS DOS EUROS (1.202 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 veintinueve de enero de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución de 20 de marzo de 1998, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de 23 de diciembre de 1996 de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra, de imposición de sanción por importe de 200.000 pesetas, propuesta en acta de infracción número 1.090/96, incoada a la empresa "G., S.L." por infracción del artículo 49.1 de la Ley 8/88, que tipifica como constitutiva de obstrucción y califica como falta grave las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Ins-

pectores de Trabajo y Seguridad Social y los Controladores Laborales.

SEGUNDO.- Las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aparecen dotadas, en cuanto a su descripción fáctica, de una presunción de veracidad que deriva del artículo 52.2 de la Ley 8/1988 de 7 de abril (aplicable al tiempo de producirse la supuesta infracción y levantarse el acta), cuyo precedente se halla en el art. 38 del Decreto 1.860/1975 de 10 de julio; pero no se trata de una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, ni siquiera de una presunción propiamente dicha (dado un hecho se presume otro) sino que se trata de un medio de prueba al que la Ley otorga capacidad para destruir la presunción de inocencia y fundar por sí sola una resolución administrativa sancionadora. Como tal medio de prueba, su valor probatorio puede ser enervado por otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ya que nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos, lo cual no supone estrictamente invertir la carga de la prueba sino actuar contra el acto de prueba aportado por la parte contraria, debiendo ceder y decaer la presunción de que se trata cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos.

TERCERO.- En el caso, y en base al análisis de los datos que se desprenden del expediente administrativo y de lo actuado en el presente proceso, no cabe otorgar al acta valor probatorio suficiente para destruir la presunción de inocencia.

En efecto, por más que en el acta se consigna que la empresa "...incurrió en obstrucción a la labor inspectora", no goza esa afirmación de la presunción probatoria de los actos de la inspección, que sólo alcanza a circunstancias de carácter fáctico descriptivas de observaciones del inspector pero que no se extiende a conceptos o calificaciones jurídicas, siendo así que operación de calificación jurídica es atribuir a una conducta el carácter de obstruccionista.

Consigna también el acta que aquella obstrucción se produciría por haber comparecido la empresa en las oficinas de la Inspección "sin aportar la documentación requerida por el Inspector actuante la de un trabajador que en el momento de la visita del Inspector

se escapó de la empresa para no ser reconocido", pero en cuanto nada se dice en tal acta sobre cuál fuere la concreta documentación a cuya aportación fuere requerida la empresa, ni se proporcionan en ella los mínimos datos sobre ese supuesta persona que "se escapó", como serían el lugar en que se encontraba, que actividad desarrollaba u otros de los que pudiera deducirse su condición de trabajador de la empresa recurrente, del solo hecho de que en la fecha de extensión del acta no hubiere proporcionado la empresa la documentación de una persona que en el momento de la visita del Inspector se escapó de la empresa no es inmediatamente deducible que ésta hubiere obstruido la labor inspectora, siendo así que nada permite afirmar que dicha persona realizase cualquier actividad en la empresa y que no se precisa en el acta en qué sentido se ha visto perturbado, retrasado o impedido el ejercicio de las funciones que tenía encomendadas el Inspectores de Trabajo actuante, elementos de los que se deriva, en su caso, una conducta obstruccionista, que es el comportamiento ilícito que se imputa en el acta a la entidad recurrente.

CUARTO.- Por lo anterior no cabe sino concluir que, en cuanto la sanción se ha impuesto sin la existencia de una previa actividad probatoria de la que razonablemente pueda deducirse la existencia de la conducta ilícita reprochada y la responsabilidad del sujeto pasivo, la correspondiente resolución adolece indefectiblemente de una tacha de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1.a) LRJPAC), lo que determina la procedencia de estimar el recurso.

QUINTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el letrado don D.P.C., en representación de la entidad "G., S.L.", contra resolución de 20 de marzo de 1998, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de 23 de diciembre de 1996 de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra, de imposición de sanción por importe de 200.000 pesetas, propuesta en acta de infracción número 1090/96, resolución que anulamos, por no ser conforme a Derecho; sin hacer especial condena en costas.

3554 Recurso núm. 6.216/02

S.S. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR TER DEVIDO O CONTRATO INDEFINIDO. CALIFICACIÓN INCORRECTA DA TEMPORALIDADE DO CONTRATO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a once de febreiro de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 6216/02, interpuesto por EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE A CORUÑA contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 581-02 se presentó demanda por doña M.V.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE A CORUÑA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de septiembre de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La actora prestó servicios laborales para la Empresa demandada desde el 1 de noviembre de 1998 con la categoría profesional de Técnico de Apoyo social y salario mensual de 1.718,40 euros con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras, realizando en el momento del cese las labores propias de su categoría profesional de técnico de apoyo social en el Centro Cívico de E. atendiendo todo tipo de problemática social y desarrollando las mismas funciones durante toda la relación laboral. 2.- Con fecha 15 de mayo de 2002 se le comunica la finalización del contrato de trabajo el día 1 de junio de 2002. 3.- Por Providencia de la alcaldía-Presidencia de fecha 1 de junio de 1998 se aprobaron los Programas de Realización de actividades culturales, deportivas y sociales del municipio a efectos de su

inclusión dentro de los programas de cooperación para el fomento del empleo al amparo de la Orden de la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude resolvió conceder subvención para la contratación, durante 5 meses, de un total de 60 trabajadores desempleados. La actora inició su relación laboral con el Ayuntamiento demandado en fecha 01.11.98 en virtud de contrato de trabajo de duración determinada de obra o servicio con duración hasta el 31.03.99 y cuyo contenido se da aquí por reproducido por obrar unido a los autos. 4.- Por Providencia de la Alcaldía-Presidencia de fecha 23 de marzo de 1999 se autorizó la continuidad de 41 trabajadores hasta el 31 de julio con el objeto de finalizar las tareas realizadas en el marco de los programas mencionados hallándose la actora entre dichos trabajadores. Así en fecha 30 de marzo de 1999 se suscribe un Anexo al anterior contrato por el que se hace constar que en la cláusula sexta del referido contrato se produjo un error en la previsión de la duración de la obra objeto de este contrato, siendo la fecha prevista para su finalización la del próximo 31 de julio de 1999. 5.- Por Providencia de la Alcaldía de fecha 27 de julio de 1999 se autorizó la continuidad de los 40 trabajadores relacionados en el Anexo (entre los que se encuentra la actora) hasta el 31 de octubre de 1999 con el objeto de finalizar las tareas realizadas en el marco de los programas mencionados. Así en fecha 30 de julio de 1999 se suscribe un Anexo al anterior contrato por el que se hace constar que en la cláusula sexta del referido contrato se produjo un error en la previsión de la duración de la obra objeto de este contrato, siendo la fecha prevista para su finalización la del próximo 31 de octubre de 1999. 6.- En fecha 29 de octubre de 1999 la actora y Excmo. Ayuntamiento de A Coruña suscriben un contrato de obra o servicio determinado con la categoría de Técnico de apoyo social y cuyo objeto era el de desarrollo de los programas complementarios de los servicios sociales (programa de apoyo a la exclusión social, programa a la atención a las personas dependientes, programa de apoyo a la cooperación al desarrollo y programa de dinamización de planes comunitarios) a desarrollar en el período de noviembre de 1999 a mayo de 2000 y con duración desde el 01.11.99 hasta fin de obra. 7.- Por Providencia de la Alcaldía-Presidencia de fecha 12 de mayo de 2000 se autorizó la continuidad de los contratos de trabajo por un período de 6 meses desde el 01.06.00 a 30.11.00 dado que los trabajos propios de la ejecución de los programas todavía no ha finalizado. En fecha 13.11.00 y por Provi-

dencia de la alcaldía-Presidencia de esa fecha su autorizó la continuidad de los contratos de trabajo por un período de seis meses desde el 01.12.00 hasta el 31.05.01. Por Providencia de la Alcaldía-Presidencia de fecha 22 de mayo de 2001 se autorizó la continuidad de los contratos de trabajo por un período de seis meses desde el 01.06.01 hasta el 31.12.01 y lo mismo por Providencia de la Alcaldía-Presidencia de fecha 2 de enero de 2002 se autorizó la continuidad de los contratos de trabajo por un período de seis meses desde el 01.01.02 hasta el 30.06.02 y en todo caso hasta la toma de posesión de las plazas de funcionarios una vez finalicen los procesos selectivos correspondientes a las convocatorias específicas 20/1999, 21/1999 y 22/1999. 8.- En fecha 28 de junio de 2001 se publicó en el BOP de A Coruña la convocatoria específica 20/99 de 11 plazas de técnicos de apoyo social. En fecha 24.11.01 se publica en el BOP la lista provisional de aspirantes admitidos y excluidos constando la actora como admitida. En fecha 21.02.02 se realiza el primer ejercicio concurriendo la actora. En fecha 1 de abril de 2002 se levanta Acta de los aspirantes declarados aptos del primer ejercicio no resultando apta la actora. En fecha 4 de abril de 2002 se realiza el segundo ejercicio y en fecha 9 de abril de 2002 se levanta Acta de los aspirantes que superaron el segundo ejercicio. En fecha 15.04.02 se realiza el tercer ejercicio práctico y cuya corrección se concluye a medio de Acta de fecha 17 de abril de 2002. En fecha 22 de abril de 2002 se realiza la que han obtenido mayor puntuación para su nombramiento como Técnicos de Apoyo social del Excmo. Ayuntamiento de A Coruña. En fecha 30 de mayo de 2002 se acuerda su nombramiento que toman posesión el 3 de junio de 2002 con efectos económicos y administrativos de 1 de junio de 2002.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, debo estimar y estimo las pretensiones subsidiarias de la demanda, y califico como improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa EXCMO. AYUNTAMIENTO DE A CORUÑA a que readmita inmediatamente a doña M.V.F. en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a la extinción de la relación laboral con abono a la parte actora de una indemnización de 10.043,22 euros.”

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

demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la petición subsidiaria, declarando la improcedencia del despido objeto de este proceso y condena al Ayuntamiento demandado a que readmita a la demandante en las mismas condiciones que regían antes de producirse aquel o bien, a elección del empresario, a la extinción de la relación laboral con abono a la parte actora de una indemnización de 10.043,22 euros. Frente a dicha resolución interpone recurso de suplicación el letrado de los servicios jurídicos del Ayuntamiento demandado denunciando la infracción del artículo 49. 1 c) del Estatuto de los Trabajadores alegando, en esencia, de que debe rechazarse la consideración de que el contrato de trabajo devino indefinida por fraude de ley, ya que en el presente caso existieron dos contratos de trabajo, el primero en virtud del convenio de cooperación con la Xunta de Galicia denominado “realización de actividades culturales, deportivas y sociales” y el segundo para obra o servicio determinado, por lo que el primero se extinguió válidamente y el segundo, de naturaleza distinta a aquel, se extingue al finalizar la obra que lo justifica. También alega que el segundo contrato era para obra concreta, mas el demandado había acordado la creación de nuevas plazas en plantilla por lo que evidentemente debía haber acudido al contrato de interinaje, en la forma que previene el artículo 4 del Real Decreto 2.720/1998 de 15 de diciembre, no obstante estima que tal irregularidad solo implica que haya de mantenerse la contratación mientras no se cubra reglamentariamente la plaza ocupada por el trabajador temporalmente contratado, y con cita de la STS de 27-5-2002 estima que la extinción contractual por la cobertura de la vacante, deviene ajustada a derecho sin que pueda calificarse la misma de despido. Por último, con cita de la Ley 65/1997 de Presupuestos del Estado para 1998, denuncia la infracción de los artículos 18 y 33, al considerar que las Corporaciones locales, con cargo a los respectivos créditos de inversiones, podrán formalizar contrataciones de personal de carácter temporal para la realización de obras y servicios, en supuestos de que las obras y servicios no pudiesen ser realizados con personal fijo de plantilla, sujetando los contratos a las prescripciones de los artículos 15 y 17 del E.T.

Según el incombato relato histórico de la resolución recurrida existen dos contratos de trabajo suscritos entre las partes, ambos bajo la modalidad de obra o servicio determinado, el primero identificado para la “realización de actividades culturales, deportivas y sociales del municipio...en el programa de cooperación de la Xunta y las Entidades locales, con inicio el 01.11.98 y con duración hasta el 31.03.99, y que fue prorrogado dos veces por decretos de la Alcaldía en base a que se produjo “un error en la previsión de la duración de la obra objeto de este contrato”, siendo la fecha prevista para su finalización, en la primera el 31.07.99 y en la segunda prórroga el 31.10.99; el segundo suscrito el 29.10.99, también para obra o servicio determinado consistente en “desarrollo de los programas complementarios de los servicios sociales a desarrollar en el período de noviembre de 1999 a mayo de 2000” y con duración de 01.11.99 hasta fin de obra, dicho contrato fue preavisado de extinción para el 31.05.00, no obstante lo cual se continuó con la prestación de servicios hasta el 01.06.02. Es también un hecho probado incombato que la actora durante toda la relación laboral ha venido desarrollando las mismas funciones y en la fundamentación jurídica, con valor de hecho probado, se hace constar que no se ha identificado la plaza ocupada por la actora en ninguno de los contratos celebrados.

El mismo supuesto de hecho pero referido a otra trabajadora ha sido recientemente resuelto por la Sala en la sentencia de 24 de enero de 2003 (Rec. 5.793/02), desestimando el recurso de suplicación que había sido formulado por el Ayuntamiento basándose en las mismas alegaciones que las arriba expuestas. Los argumentos de la Sala eran los siguientes: “...no es dable a la parte recurrente modificar el tipo de contrato realizado a su conveniencia, primero para obra o servicio determinado que se ampara en convenio de colaboración y por tanto justificada su temporalidad en base al presupuesto de la Xunta que lo subvenciona, sin embargo no aparece acreditada la indicada subvención de la Comunidad autónoma y en todo caso, aún aceptada la inicial subvención por aquella, la prórroga del contrato realizada no se acredita que goce de la susodicha subvención...que en todo caso la actora siempre ha realizado las mismas funciones, tareas que además son servicios que debe prestar ordinariamente el demandado, por ello el primer argumento del recurso para distinguir entre ambos contratos para darle una justificación a la temporalidad del primero no es aceptable, lo que

unido a la continuidad de ambos contratos, a la misma causa de temporalidad en los dos y a la misma actividad desempeñada en ambas contrataciones, implica que estimemos que se trata de una única contratación calificable conjuntamente. Establecido lo anterior, el primer contrato se celebra bajo la vigencia del RD 2.546/94, de 29 de diciembre cuyo art. 2.2 a) exige que “deberá especificar con precisión y claridad el carácter de la contratación e identificar suficientemente la obra o servicio que constituya su objeto”, tal exigencia tiene como finalidad justificar la causalidad del mismo que deriva del nº 1 de dicho precepto, de modo que el trabajador pueda constatar “la autonomía y sustantividad de la obra” que justifica la temporalidad del contrato, y de los hechos probados lo que resulta es que tal contratación inicial carecía de tal sustantividad propia, por lo que la cláusula de temporalidad es fraudulenta y por tanto inadmisibile. El segundo contrato, se concertó bajo la vigencia del RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, cuyo art. 2 reitera lo dicho precedentemente, al tiempo que tal contrato incurre en los mismos defectos que los señalados para el precedente, lo que aparte de que eliminada aquella temporalidad en el primero, la consecuencia que deriva del art. 15.3 LET era la de considerar indefinida la relación laboral de las partes y por tanto este segundo contrato como nulo.... si acudiéramos a la vieja tesis de que los contratos son lo que son independientemente del nombre que las partes le otorguen, al objeto de poder debatir la cuestión relativa a la modalidad contractual que vinculó a las partes, resulta que bajo ningún concepto cabe la calificación de contrato de interinaje, ni en el primero ni en el segundo de los celebrados por las partes, pues no se acredita en ningún momento la existencia de la vacante a que corresponderían tales coberturas contractuales, es más la parte recurrente admite que se han creado puestos de trabajo con posterioridad a dichas contrataciones, por ello no obedecen los contratos de la actora a tal modalidad contractual, por lo que no se infringe por la resolución recurrida los preceptos que se señalan...”.

En consecuencia, por todo lo expuesto procede la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada del EXCELENTISIMO AYUNTAMIENTO DE

A CORUÑA, contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de A CORUÑA, en proceso sobre DESPIDO, promovido por doña M.V.F. frente EXCMO. AYUNTAMIENTO DE A CORUÑA, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

3555 Recurso núm. 6.260/02

S.S. DESPEDIMIENTO PROCEDENTE POR DESOBEDIENCIA GRAVE E CULPABLE, NON PODENDO APRECIARSE A CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS DE DESOBEDIENCIA LEXÍTIMA.

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

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 6.260/02 interpuesto por don E.M.G.S. y don A.P.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 630/02 se presentó demanda por don E.M.G.S. y don A.P.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa "P.P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de octubre de 2002 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Don E.M.G.S., con D.N.I. número ..., presta servicios para la empresa "P.P., S.A.", desde el 09.01.98, con la categoría profesional de engrasador, y un salario mensual de 1.672,85 Euros mensuales, y don A.P.R., con D.N.I. número ..., para la misma empresa desde el 22.09.01, con la categoría de Primero de Máquinas y un salario mensual de 3.500 Euros. 2.- Los actores realizaban sus labores en el buque congelador, propiedad de dicha empresa, denomi-

nado "L.", que faena habitualmente en el Atlántico Sur. Dicho buque había salido del puerto de Vigo con fecha 22.09.01, hacia las Malvinas. El 26 de diciembre de 2001 el barco arriba a Montevideo, donde descarga unas 530 Tm de pescado. Los hoy demandantes, salieron en avión, desde Montevideo el día 28.12.01, llegando a sus respectivas casas el 29 y permaneciendo en España hasta el 09.01.02, que toman un avión hacia Montevideo, embarcando el 10 de enero de 2002, saliendo a faenar. 3.- El 24 de febrero, se hace una segunda descarga de pescado en Port Stanley, Islas Malvinas, siguiendo nuevamente a la pesca. El 25 de junio de 2002, los actores, individualmente, presentan al Capitán escrito solicitando el disfrute de vacaciones y descanso correspondiente, en el plazo más breve posible y la repatriación al país de origen (Pontevedra-España). Se envía dichos escritos por Fax a la empresa, que comunica que las vacaciones y descanso correspondiente se disfrutarán al finalizar la marea, cuando el buque llegue a puerto español. Lo contrario sería crear situaciones desiguales y discriminatorias entre los tripulantes. Lamentamos no estar de acuerdo con lo solicitado de inmediato disfrute y como consecuencia tampoco procede la repatriación. 4.- El día 1 de julio de 2002, a las 6,30 h, en rumbo para largar artes de pesca, la tripulación abandona cubierta dejando sus puestos de trabajo, no pudiendo largar las artes. Se persona en Puente el contramaestre de cubierta y comunica que la tripulación se niega a seguir en las faenas de pesca. Se convoca reunión de la tripulación en el comedor de la marinería donde el Patrón habla con ellos para seguir en faenas de pesca dos días más que es lo previsto por la empresa armadora para dar por finalizada la marea, ya que el barco no dispone de combustible para continuar por más tiempo. La tripulación aún así se niega a seguir con las faenas de pesca. Se comunica a la empresa armadora y esta da órdenes de avance hacia puerto. 5.- El día siguiente, dos de julio, los demandantes presentan escrito, solicitando del capitán las vacaciones correspondientes y su desembarco inmediato en Montevideo y su repatriación. Los trabajadores peruanos son trasladados a bordo de otro barco y el buque continúa hacia España. Los actores se negaron a seguir trabajando. 6.- El 27 de julio el buque "L." llega a Puerto en Marín. El 29 de julio la empresa expide carta de despido a los trabajadores demandantes, que es comunicada al día siguiente por Telegrama con acuse de recibo. En dicha carta se dice: "El pasado día 26 del mes en curso, arribó a puerto el Buque "L.", en el cual Vd. prestaba servicios. En dicha fecha se nos ha trasladado informa-

ción relativa a los acaecimientos surgidos en el transcurso de la marea, a tenor de los cuales se determinar que Vd. ha cometido faltas susceptibles de sanción que se detallan: El día 25.6.02, presentó Vd. escrito al Capitán solicitando el disfrute de vacaciones y descansos reglamentarios “en el plazo más breve posible”, puesto que el buque estaba en faenas de pesca y estaba previsto finalizar la marea en breve y poner rumbo a Marín, se le indicó tal circunstancia. El día 30.06.02, el buque da por finalizadas las faenas de pesca poniendo rumbo a Marín. El día 02.07.02, Vd. y don E.M.G.S., presentan al Capitán un nuevo escrito solicitando su desembarco en Montevideo, como quiera que se les comunicó que el buque estaba en ruta a Marín, Vd. tomó la determinación de abandonar su trabajo, desoyendo las órdenes de sus superiores y negándose a realizar trabajo alguna a partir de dicha fecha, pese a que en reiteradas ocasiones se le indicó que debía cumplir las funciones a bordo para las que fue contratado. Estos hechos implican comisión de falta muy grave tipificada en la Ordenanza de trabajo en buques congeladores (O.M. 19.12.74), así como el Capítulo V del Laudo Arbitral de 27.11.01 (BOE 22.01.02), al mismo tiempo implican incumplimiento contractual tipificado en el Art. 54 del RDL 1/1995 (E.T.). Por todo ello la Dirección de la empresa ha decidido imponerle sanción de despido con efectos de hoy, lo que se les comunica a los efectos legales oportunos.”.7.- El Laudo Arbitral, de 27 de noviembre de 2001, publicado por Orden de 8 de enero de 2002, BOE de 22 de enero, que sustituye a la derogada Ordenanza Laboral de Buques Congeladores, recae sobre las siguientes materias: Clasificación Profesional, promoción profesional de los trabajadores en su vertiente puramente profesional (ascensos) y económica (retribución de la antigüedad). Estructura salarial y régimen disciplinario (faltas y sanciones). 8.- La Ordenanza de Pesca Marítima en Buques Congeladores de 1974, fue modificada en su artículo 92, por la OM de 11 de enero de 1979, que permite la ampliación a siete meses la permanencia ininterrumpida en el mar, por causas justificadas de la explotación pesquera. 9.- El Real Decreto 1.561/95, de 21 de septiembre sobre Jornadas Especiales de Trabajo, en la Subsección 5ª Trabajos en el Mar, artículo 18.b) dice: Si al finalizar cada período de embarque no se hubiera disfrutado de la totalidad de los descansos que correspondan, se acumularán para ser disfrutados cuando el buque tenga que efectuar una permanencia prolongada en puerto, por reparación o por otras causas, o para su disfrute unido al período de vacaciones, de acuerdo con lo que se pacte en conve-

nio colectivo. 10.- Se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación, que resultó sin avenencia.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don E.M.G.S. y don A.P.R., contra la empresa “P.P., S.A.”, debo absolver y absuelvo a dicha empresa de las pretensiones de la demanda, declarando el despido realizado por ella a los trabajadores, como procedente.”.

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.- Recurren los demandantes la sentencia dictada en la instancia que declara procedentes sus despidos en solicitud de su revocación y de la estimación de la demanda, declarando nulos o improcedentes los despidos, a cuyo efecto formulan, bajo la denominación de “alegaciones”, dos motivos. El primero (alegación 1ª) al amparo del art. 191.A.LPL “respecto a revisar los HDP a la vista de las pruebas practicadas”, que desarrolla con el contenido que luego se dirá a través de las “alegaciones” primera a quinta. El segundo (alegación 6ª) al amparo del art. 191.C LPL “respecto a la infracción de normas sustantivas y de la Jurisprudencia”, denunciando infracción del art. 21.1, 20.3, 5.3 y 20.2 del ET y de la Jurisprudencia, con cita de la SS de 06.12.63, 23.02.76, 06.12.76, STC de 01.07.72, 26.03.82, 16.03.82 y 06.02.86, y SSTs de 28.10.66, 08.04.80, 04.03.80, 05.07.83 y 22.12.82.

SEGUNDO.- Si bien la alegación “primera” dice que el “primer motivo del presente recurso es el previsto en el art. 191.A”, lo ciñe la parte a la revisión de los HDP, que se contempla en el art. 191.B LPL. En todo caso, el motivo articulado en principio con tal objeto se desarrolla en las “alegaciones” 1ª a 5ª; que presentan el siguiente fundamental contenido:

A) En la alegación primera se anuncian los temas a tratar en las “alegaciones siguientes”. B) En la alegación segunda la parte se refiere al tema “de la duración de la marea”, a cuyo efecto efectúa toda una serie de consideraciones en torno a su duración, a que el art. 92 Ordenanza de aplicación no autoriza la ampliación de la marea a 7 meses, a que como expu-

sieron los testigos la licencia para faenar expiró el 30.06.02 a partir de cuya fecha el barco faenaba ilegalmente, a que ante todo ello la marinería se negó a seguir trabajando y exigió volver a casa, a que sin comunicación del regreso hubo reunión el 01.07.02 en que se comunicó al patrón la negativa a trabajar y la exigencia del regreso, a que “también consta acreditado” que los actores siguieron trabajando y no secundaron la negativa a seguir trabajando, a que la empresa desembarcó a los trabajadores peruanos en otro barco en alta mar.... Y a que, en fin, se ponen de relieve “infinidad de incumplimientos empresariales... de sus obligaciones contractuales que, sin embargo, la sentencia recurrida no estima probados”. C) En su alegación tercera el recurso alude a las “circunstancias de producción”, mencionando la capacidad de carga del buque, las descargas de la marea... y que “tampoco existen razones productivas o de explotación que pudiesen justificar la actuación empresarial”, reiterando acto seguido alegaciones sobre el trabajo en el mar y que no es aceptable la manifestación de la empresa en torno a que sólo tenía gasoil para dos días y que se quedaba sin él si iba a Montevideo, trayendo a colación el testimonio de don F.R. y demás testigos, incluido el del capitán. D) En la alegación cuarta se reiteran argumentaciones en torno a la actitud de la empresa y sus acusaciones a los actores y se dice que estos actuaron en todo momento de buena fe “intentando en varias ocasiones que la empresa aceptase sus justas y legítimas reivindicaciones, y acudiendo tan sólo a la medida drástica una vez que no se obtuviera respuesta a tres requerimientos previos...” E) En la alegación quinta se alude a la Ordenanza y al RD 1.561/95 en torno al derecho a vacaciones y descansos, haciéndose diversas preguntas al respecto y afirmando que los actores no disfrutaron de vacaciones y descansos generados en el período entre el 22.09.01 y el 28.12.01..., y se termina diciendo que “el argumento cumple y después reclama” se convierte “en una falacia, pues que sentido tiene reclamar después de ser humillado y vejado durante 7 meses sin tocar tierra...”.

TERCERO.- Se ha de indicar una vez más (por citar algunas recientes las SSTSJ Galicia 12.01.01 R. 4.679/99, 22.02.01 R. 73/00, 16.03.01 R. 612/00, 23.03.01 R. 935/00, 30.03.00 R. 877/98, 20.04.01 R. 969/99, 18.05.01 R. 1.616/00, 25.05.01 R. 2.419/00, 16.06.01 R. 987/98, 23.06.01 R. 2.331/00, 26.06.01 R. 2.855/00, 12.07.01 R. 1.680/01...) que el recurso de Suplicación no se halla exento de un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como

se desprende de su regulación en los arts. 188 y sigs. LPL y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el art. 194 LPL (“en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare ... En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos”; y “También habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión de los H.P. que se aduzca”). Y este precepto –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– obliga no sólo a indicar los concretos medios revisorios que evidencien el error judicial en la valoración de la prueba y a expresar la nueva redacción que se propone como modificación o añadido del texto de instancia, sino también a justificar adecuadamente toda pretensión modificativa de la parte fáctica de la sentencia.

En suma, una revisión en forma de los HDP exige, en función de los arts. 191.b) y 194 LPL: Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse; precisar los términos en que deben quedar redactados, con texto de sustitución en su caso, y su influencia en el signo del pronunciamiento; citar e identificar correctamente la prueba documental o pericial que por sí sola y de manera manifiesta demuestre la equivocación del Juzgador. Por otro lado y a estos últimos efectos, se recuerda que el recurso de Suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo, y a tales efectos son invocables documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas –documentos y pericias– evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de manera que –por ello– a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (SSTS de 17.10.90 Ar. 7.929 y 13.12.90 Ar. 9.784), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia, entre otras, de 03.03.00, 14.04.00, 15.04.00...).

En los términos en que se ha formulado la revisión de los HDP en el recurso de autos, y que en lo esencial han quedado explicado con el Fto. Jurídico 2º precedente, no puede admitirse la pretensión. De un lado, porque la variación fáctica no se interesa en la forma obligada dicha y cumpliendo las previsiones de los artículos 191.b) y 194 LPL: no se hace expresa identificación del HP a revisar, en que forma, texto de sustitución...; se confunden argumentación jurídica y cuestiones fácticas; no se invoca prueba documental de forma mínimamente admisible y se trae a colación prueba testifical que ni es de las que permiten la revisión en suplicación conforme al art. 191.b) y 194 LPL ni la parte puede valorar tal prueba sustituyendo el imparcial criterio judicial de instancia fruto de la inmediación por el suyo interesado de parte.

De otro lado, los HP que contiene la sentencia recurrida son fruto de una valoración de la prueba practicada por parte del Juzgador de instancia en razón de sus facultades al efecto (art. 97.2 LPL); y así lo explicita en el Fto. Jurídico 1º de la sentencia por él dictada, en que hace expresa referencia a la prueba documental y testifical, a la practicada anticipadamente y en el acto del juicio. En este contexto, cobra especial relevancia a la hora de mantener in integrum los HDP y el criterio judicial de instancia la prueba testifical practicada a petición de la empresa (folios 15 y siguientes), que al tratarse de testimonios de un tripulante, del tercer oficial y del capitán del barco “L.” al tiempo de autos, constituyen prueba directa y oportuna para que el Juzgador de instancia, en función de la inmediación, forme convicción acerca de todos los hechos con trascendencia en el caso presente acaecidos tras el embarque de los actores en aquél buque el 10.01.02 y hasta su llegada a puerto y desembarque en Marín el 27 de julio siguiente; que es lo que, a la postre, ha hecho, reflejando los HDP de la sentencia dictada lo que en esencia ha puesto de relieve aquella testifical. Si el marinero manifestó que el día 2 de julio, cuando fueron a hablar con el capitán y le pidieron por escrito vacaciones, éste “le dijo que ya venían para España. A partir de ese día se negaron a trabajar... Todos sabían que el día 30 de junio se acababa la licencia de pesca y que se iban todos a casa. Ellos se negaron a trabajar. Al día siguiente trabajaron los marineros”, el tercer oficial dio que “el cupo de licencia de pesca donde faenaban finalizó el 30 de junio. Cuando cumplen el cupo el barco podía seguir hasta acabar el gasoil, quedaba gasoil para dos días... Estaba presente con la tripula-

ción cuando se les dijo que volvían a España, esto fue el día 1 de julio. A partir del día 2 se negaron dos tripulantes a trabajar, fueron don E.M.G.S. y don A.P.R., el resto trabajó...”; y el capitán manifestó que “tenían licencia hasta el 30 de junio, esto lo sabía la tribulación... Los actores le comunicaron que querían sus vacaciones, les dijo que volvían a España. Dejaron de trabajar. El resto siguió trabajando...”.

En definitiva, los HDP en la instancia, tienen fundamento cierto sin que en ningún caso el recurso interpuesto propicie causa legal atendible para revisarlos vía art. 191.B y 194 LPL, recogiendo los referidos HP todo lo oportuno en torno a la cuestión debatida en el proceso, embarque, duración de la marea, conductas de los actores y empresa..., y también haciéndose eco del Laudo Arbitral de 27.11.01, Ordenanza correspondiente y del RD 1.561/95, en todo caso a tomar en consideración en sus propios e integrales términos. De esta manera, cuestiones como las aludidas en el recurso referentes a duración de la marea, vacaciones... quedan debidamente planteadas desde el punto de vista fáctico y su resolución a los efectos del despido ha de hacerse ya en términos del art. 191.c) LPL. y a partir de ello.

CUARTO.- Al amparo del art. 191.c) LPL denuncian los demandantes en la alegación 6ª y última del recurso la infracción de los arts. 21.1, 20.3, 5.3 y 20.2 del ET y de la jurisprudencia sobre la legitimidad de la desobediencia frente a las órdenes empresariales ilegales, citando las sentencias que se dejaron anteriormente dichas. Afirma la parte al hilo de ello y en síntesis, que “la conducta llevada a cabo por la empresa es claramente atentatoria contra los derechos fundamentales de los trabajadores... y desoyendo sus quejas y solicitudes de que terminase tal situación. Por ello el despido debe declararse nulo”.

La infracción normativa y jurisprudencial denunciada, que sin embargo no abarca ningún precepto del ET y LPL relativo al despido disciplinario, sus causas, calificación y consecuencias, no resulta acogible, procediendo el rechazo del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO.- De conformidad con los HDP, los actores, cuyas circunstancias laborales se consignan en el HP.1º, realizaban sus labores en el buque congelador propiedad de la demandada “Lr”, que habitualmente faenaba en el Atlántico Sur. El buque había salido de Vigo el 22.09.01 hacia Malvinas y el 26.12.01 arribó a

Montevideo donde descargó pesca, saliendo los actores en avión para sus casas el día 28 siguiente, regresando de España a Montevideo el 09.01.02 y embarcando, para faenar, el día siguiente. El 24.02.02 descarga el buque pescado en Malvinas y sigue a la pesca con normalidad hasta que, el 25.06.02, los actores solicitan del capitán vacaciones y descanso correspondiente en el plazo más breve posible, lo que transmitido a la empresa ésta comunica que las disfrutarán al finalizar la marea, cuando llegue el buque a puerto español y según se dice en el HP.3º. El día 01.07.02 la tripulación abandona sus puestos de trabajo, se convoca reunión en el comedor donde el patrón habla con ellos para seguir faenando dos días más, que era lo previsto por la armadora para dar por finalizada la marea, dado que el barco no disponía de combustible para continuar por más tiempo, manteniendo la negativa y la armadora da órdenes de avance hacia puerto. Al día siguiente los demandantes presentan escrito solicitando del capitán las vacaciones y su desembarco inmediato en Montevideo y repatriación; el barco continúa hacia España tras dejar a bordo de otro buque a trabajadores peruanos, negándose los actores a seguir trabajando, y así continuaron hasta la llegada del buque a Marín-España el 27 de julio (lo reafirma la sentencia de instancia en su Fto. Jurídico 2º). El día siguiente la empresa los despide conforme se dice en el HP.6º.

La desobediencia a las órdenes empresariales por parte de los actores resulta cierta, teniendo en principio la oportuna dimensión de voluntariedad y gravedad en orden a constituir la causa de despido prevista en el artículo 54.2 b) ET, con el presupuesto que al efecto constituyen los arts. 1.5.c) y 20 ET. Y es que ambos actores, a pesar de las órdenes dadas por el oportuno cargo empresarial y de la naturaleza laboral de las mismas, se negaron a seguir trabajando en el buque desde el 2 de julio y cuando ya regresaban a España, adonde llegaron nada menos que 25 días después, adoptando una conducta propia y personalizada que a los efectos de una posible desigualdad en el ejercicio del poder disciplinario por parte de la empresa se diferencia oportunamente de otras de los restantes miembros de la tripulación del buque, como ya razona la sentencia recurrida en su Fto. Jurídico 2º, en que asimismo y con su correspondiente valor fáctico se significa que los compañeros siguieron trabajando, máxime cuando los trabajadores peruanos dejaron el buque el 2 de julio.

SEXTO.- A partir de lo precedente, las alegaciones de recurso en torno a la legitimidad de la desobediencia no son acogibles.

El deber de obediencia laboral nace del ejercicio regular del poder empresarial (art. 5 ET), y la inobservancia de órdenes e instrucciones en este marco puede llegar a sancionarse con despido (art. 54.2 B. ET), de tal manera que salvo que irregularidad grave y manifiesta del ejercicio del poder directivo empresarial justifique en el caso concreto la desobediencia o el *ius resistendae* del trabajador, resulta obligado el cumplimiento de lo mandado. Al respecto, la sentencia de este TSJ de 10.02.01 decía lo siguiente : “Sobre el concepto jurídico de la indisciplina y desobediencia en el trabajo ha declarado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 junio 1987 (RJ 1987/5.125) que: a) para que se erija en justa causa de despido debe manifestarse como resistencia decidida, persistente y reiterada al cumplimiento de órdenes precisas, emanadas del empresario en el ejercicio normal y regular de sus facultades de dirección, que el trabajador está obligado a obedecer, y presentar la suficiente gravedad y trascendencia; b) que concebida la empresa como un todo unitario y coherente, en la que inciden fuerzas de distinto signo, resulta absolutamente indispensable un comportamiento leal de cuantos en la relación de trabajo intervienen - empresario y trabajadores- y se quebranta dicha exigencia cuando se desobedecen las órdenes recibidas; c) que basta que el trabajador, con intención dolosa o culpable y con plena conciencia, quebrante los deberes de disciplina y obediencia, implícitos en toda prestación de servicios y que no son sino reflejo del deber de fidelidad que ha de observar para no defraudar los intereses de la empresa, siendo indiferente a estos efectos el mayor o menor daño que haya sufrido la empleadora, y d) que, en principio, el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien, en la empresa, tiene el poder para cursarlas en razón de la facultad de dirección que le incumbe, recogida en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, sino que debe ante todo acatarlas, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar a los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos. Señala también el Alto Tribunal, en Sentencia de 21 septiembre 1987 (RJ 1987/6.225) que sólo se exceptúan del deber de obediencia las órdenes del empresario que afectan a derechos irrenunciables del trabajador, afecten a su dignidad, sean ilegales, o concurran circunstancias de peligrosidad u otras

análogas que, por su exceso, razonablemente justifiquen la negativa a obedecer.”

En todo caso, resulta sustancial considerar las órdenes dadas a los actores y las circunstancias concurrentes en razón a valorar si las causas por ellos alegadas para su conducta de negativa a seguir trabajando desde el 2 de julio y hasta la arribada a puerto español fueron reales y suficientemente razonables o graves como para justificar su desobediencia o desvirtuarla como tal a efectos disciplinarios.

A partir de un trabajo en el buque “L.” efectuado en condiciones laborales oportunas y habituales al medio, lo relativo a la duración del embarque y reclamación de vacaciones y descansos no resulta justificación al efecto. Si bien los actores embarcaron el 10.01.02 para faenar en la zona del Atlántico Sur y no regresaron a España hasta el 27 de julio, del 29.12.01 al 09.01.02 habían permanecido en España, solicitando por primera vez el disfrute vacacional el 25.06.02, es decir cuando ya la marea estaba a punto de finalizar e iban a emprender el regreso a España, como de hecho hizo el buque en los primeros días de julio, denegando la empresa motivadamente la petición con indicación de que disfrutarían vacaciones y descansos al finalizar la marea y llegar a puerto español, interpretando asimismo la empresa de aplicación la regulación general de vacaciones anuales aduciendo la derogación de la O. y que el laudo de 27.11.01 no regulaba la materia. Por encima, cuando los actores vuelven a reclamar las vacaciones y su desembarco inmediato ya era 2 de julio, a pesar de que el día anterior quedaron informados de que quedaban dos días de pesca para dar por finalizada la marea y que el barco no tenía más combustible al efecto, regresando a España, de tal manera que, sin perjuicio de reclamar sus derechos, en aquel momento carecía de justificación oportuna la negativa a seguir trabajando por tal causa, y menos mantenerla hasta que tocaran puerto en España y cuando sus compañeros siguieron trabajando. Por otro lado, la duración total de la permanencia en el mar del buque “L.” tampoco lleva a otra conclusión, pues aparte de que la primera reclamación de los actores fue en 25.06.02 y según testifical “todos sabían que el 30 de junio se acababa la licencia y que se iban todos a casa”, la posibilidad de ampliación de permanencia en el mar hasta 7 meses estaba contemplada en la O., y aunque se previese para determinados caladeros y por razones de explotación es lo cierto que la empresa alega que no se preveía la situación de falta de cala-

deros y que la actividad está condicionada por la licencia de pesca, que en el caso expiraba el 30 de junio, lo que en conjunto genera una situación que los actores no podían desconocer y menos para negarse a trabajar ya en 02.07.01 y prácticamente encaminándose el buque hacia España; en lo que tampoco influye la expiración de la licencia el día 30 anterior por el tipo de irregularidad de que se trataba y porque a los actores ya les había indicado el día anterior que las faenas de pesca podían seguir dos días más como máximo y regresaban a España.

Por las razones expuestas, y en lo oportuno por las contenidas en la resolución de Instancia, las íntegras argumentaciones del recurso no justifican la pretendida censura de la sentencia dictada en la instancia, que desestima la demanda declarando procedentes los despidos de los demandantes sin incurrir en las infracciones denunciadas en Suplicación. Por lo tanto, se rechaza el recurso y se confirma la resolución impugnada.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don E.M.G.S. y don A.P.R. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo de fecha 23.10.02 en Autos nº 630/02, seguidos a instancia de los recurrentes frente a la empresa “P.P., S.A.”, confirmamos la sentencia recurrida.

3556 Recurso núm. 3.064/02

S.S. PERSOAL MÉDICO FUNCIONARIO AO SERVIZO DAS CORPORACIÓNS LOCAIS. SITUACIÓN ADMINISTRATIVA. INCOMPETENZA DA XURISDICCIÓN SOCIAL.

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

A Coruña, a doce de febreiro de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey
ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.064/2002 interpuesto por don M.B.M. contra

la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.B.M. en reclamación de INCOMPETENCIA siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 55/02 sentencia con fecha 29 de abril de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción.

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

“1º.- Don M.B.M., mayor de edad, DNI ..., funcionario del cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia, escala de atención primaria, clase de médicos titulares, en virtud de la Resolución de la Consellería de Sanidade de fecha 22.05.91, tomó posesión con fecha 01.07.91, en destino provisional, en el distrito 1º del Ayuntamiento de ... (Pontevedra). 2º.- El demandante ostentó el cargo de concejal, sin dedicación exclusiva, en el Ayuntamiento de ... (Pontevedra) en las legislaturas correspondientes a las elecciones locales de los años 1991 y 1995, tomando posesión de su cargo, respectivamente, en fechas 26.05.91 y 28.05.95. 3º.- En fecha 15.04.94 el actor optó por hacer uso del derecho a no ser obligado a concursar que le otorga el artículo 74.3 de la Ley 7/85, de 2 de abril reguladora de las bases de régimen local. En consecuencia no participó en el concurso de traslados convocado por Resolución de 16.12.94 del Servicio Galego de Saúde (DOG 19.12.94), ni fue ofertada la plaza que ocupaba manera provisional en el distrito 1º de ... 4º.- La plaza del Distrito nº 1 de ..., ocupada por don M.B.M. en destino provisional, no fue ofertada en concurso de traslados desde el año 1991 hasta la actualidad. 5º.- En fecha 31.10.96 el demandante presentó ante la XAP de Pontevedra-Area Norte, previa oferta formulada verbalmente por la dirección de Atención Primaria de Pontevedra, solicitud individual para ejercer el derecho a integrarse en el nuevo sistema de Atención Primaria diseñado por el Decreto 200/1993, de 29 de junio, modificado por el Decreto 226/1996, de 25 de abril. 6º.- No consta la notificación ni la existencia mismo del acuerdo definitivo de la dirección general de Recursos Humanos y de atención Primaria del Servicio Galego de Saúde resolviendo la petición de Integración en el nuevo sistema de atención

Primaria efectuada por el demandante en fecha 31.10.96. 7º.- A partir de la mensualidad de noviembre de 1996 el actor pasó a ser retribuido por el nuevo sistema sanitario de atención Primaria, prestando servicios en la misma plaza en destino provisional del Distrito 1º de ..., en horario diario de 8:00 horas a 15:00 horas. 9º.- El demandante, a raíz de la “integración” percibe el denominado Complemento de Productividad Factor Variable a Cuenta (CPV) que, conforme al Decreto 226/1996 por el que se regula el régimen retributivo del personal de las unidades y servicios de atención primaria, se abona en función del cumplimiento de los objetivos prefijados por el servicio Galego de Saúde, Complemento pagadero mes a mes en todas las nóminas en importe de 102,27 euros (17.017 pesetas) mensuales y otro pagadero en el mes de marzo del año siguiente a lo pactado mediante una nómina aparte de 1247,10 euros (207.500 pesetas). 10º.- El Consejo consultivo de la Xunta de Galicia en dictamen emitido en fecha 14.07.97 a preguntas formuladas por la dirección General de Recursos Humanos del Servicio Galego de Saúde sobre “Consulta sobre la posibilidad de que el personal funcionario sanitario perteneciente a las clases de médicos y practicantes titulares, con destino provisional, pueda ejercer el derecho de opción a integrarse o no en el nuevo sistema de atención primaria, diseñado por el Decreto 200/93, de 29 de julio”, concluye dictaminando que tal personal “... por serles de aplicación a situación definida en el artículo 74 de la Ley 7/85 de Bases de Régimen Local, no ostenta ni puede, en tal situación, ejercer la opción de integrarse o no en el nuevo sistema organizativo de asistencia sanitaria primaria...”. 11º.- En fecha 26.11.01 don M.B.M. interpuso Reclamación Administrativa Previa, ante el Servicio Galego de Saúde solicitando “se reconozca su situación administrativa de Funcionario de Carrera de la clase de Médicos Titulares en Propiedad en destino provisional (APD), desde el año 1991 y a percibir sus emolumentos, incluidos el Premio de Antigüedad y trienios, con arreglo al antiguo sistema retributivo, y se le reconozca una diferencia económica en las pagas extraordinarias de los últimos 5 años cifrados en 2.070.000 pesetas”, desestimada por Resolución de fecha 02.04.02 del referido organismo, cuyo contenido se da íntegramente por reproducido”.

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

“FALLO: Estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción del orden social alegada por el Servicio Galego de Saúde, desestimo la demanda interpuesta por don M.B.M., contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, absolviendo a este demandado de todas las peticiones de la demanda, sin entrar en el fondo del asunto”.

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 demanda contra el Servicio Galego de Saúde (SERGAS) tiene por objeto: “.....se dicte sentencia en su día por la que se declare el derecho de don M.B.M. a permanecer en situación administrativa de Funcionario de Carrera de la clase de Médicos Titulares en propiedad en destino provisional (APD) como Médico del SERGAS en ... y a percibir sus emolumentos, incluidos el Premio Antigüedad y trienios, con arreglo al antiguo sistema retributivo, y se le reconozcan unas diferencias económicas en las pagas extraordinarias de los últimos cinco años cifrada en 12.470 (2.070.000 Ptas.) y se condene a la demandada al abono de la citada cantidad y se le continúe abonando así en lo sucesivo”.

La sentencia de instancia decidió: “Estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción del orden social alegada por el Servicio Galego de Saúde, rechazo la demanda interpuesta por don M.B.M., contra el Servicio Galego de Saúde, absolviendo a este demandado de todas las peticiones de demanda, sin entrar en el fondo del asunto”.

El actor recurre la sentencia por entender que infringe los artículos 1 y 2.a) y p) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) en relación con los artículos 64 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social (EJPMSS) y 115.1 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) de 1.974, el artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 3.1.a) LPL, así como las sentencias que cita, pues su petición principal no es la permanencia en la situación administrativa de funcionario de carrera de la clase de médicos titulares en propiedad en destino provisional (APD) como médico del SERGAS, sino la reclamación de cantidades efectuada junto a aquélla, que implica entrar en su integración o no en el

nuevo sistema sanitario y en las consecuencias derivadas de la prestación de asistencia a los beneficiarios de la Seguridad Social y en sus relaciones con el SERGAS como empresario.

SEGUNDO.- En base a los invocados artículos 64 EJPMSS y 115 LGSS, la jurisprudencia (s. 23.03.94) afirma con carácter general la competencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo para los litigios planteados por los médicos APD, dado su carácter funcional en cuanto personal sanitario de las Corporaciones Locales, y, al tiempo como excepción, admite la competencia del orden jurisdiccional social para las cuestiones suscitadas por aquéllos con motivo de su colaboración con la Seguridad Social, es decir, derivadas de la prestación de asistencia sanitaria a los beneficiarios del sistema.

En el caso, la acción ejercitada no se corresponde con los supuestos que amparan la competencia residual de este orden de la jurisdicción: Frente a lo argumentado, la esencia de la demanda, como recoge expresamente el suplico, atiende a una cualidad subjetiva y personal del actor, cual es el mantenimiento o permanencia de su condición como médico APD, hasta el punto que sólo de su reconocimiento derivaría el aspecto retributivo inherente a tal cualidad y que la demanda también persigue, como consecuencia o efecto de aquélla que constituye su presupuesto.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de don M.B.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, de 29 de abril de 2002 en autos nº 55/2002, que confirmamos.

3557 Recurso núm. 5.414/99

S.S. REPRESENTANTE DE COMERCIO. VARIACIÓN UNILATERAL DE ZONA ASIGNADA Ó TRABALLADOR. DESESTIMACIÓN DA DEMANDA. OPTIMIZACIÓN DE RECURSOS POLA EMPRESA.

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

A Coruña, a trece de febrero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.414/99, interpuesto por don J.M.F.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.F.C. en reclamación de OTROS EXTREMOS, siendo demandado ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS DE ESPAÑA (ONCE), en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 155/99 sentencia con fecha 4 de septiembre de 1999, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor don J.M.F.C., mayor de edad, con D.N.I. nº ..., trabajó para la empresa Organización Nacional de Ciegos (ONCE) desde el día 18 de enero de 1988 fecha en que se celebró el contrato de trabajo especial de representantes de comercio para minusválidos vendedores del cupón de la ONCE, en este contrato al actor se le otorgó como zona de venta del cupón F. (Lugo), posteriormente en el año 91 se le extendió la zona de L.- SEGUNDO.- En fecha 20.12.94 fallece el vendedor don F.C.P. que llevaba la zona de M. (Lugo) y se le otorga provisionalmente esta zona al actor.- TERCERO.- En fecha 5 de febrero de 1999 la empresa hace entrega al actor de un escrito de fecha de salida 04.02.99 registro nº 143 que dice lo siguiente: "Don M.E.A., con D.N.I. nº ..., en su calidad de director Provincial en representación de la Organización Nacional de Ciegos Españoles (en adelante O.N.C.E.) en virtud de las atribuciones que le han sido conferidas por el cargo que ostenta, pone en conocimiento de don J.M.F.C. con D.N.I. nº ..., trabajador adscrito a la agencia Provincial de Lugo con categoría de agente vendedor, la siguiente comunicación: 1.- Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 del vigente Convenio colectivo, con motivo de reorganización y optimización de las ventas se procede al reparto de la zona en la que Ud. ejerce su actividad. Que el mencionado reparto de las zonas, a partir de la recepción del presente

escrito desde esta agencia Provincial quedará como sigue: Se le asigna las zonas de: -F.; - A.; - L. 4.- El presente acuerdo será provisional y a la espera de observar los resultados apetecidos, pudiendo ser revocados o modificado si la O.N.C.E. lo estima oportuno.- 5.- Firma el "recibí" con la expresión de la fecha en el duplicado del presente escrito. Lugo, a 4 de febrero de 1999.- EL DIRECTOR PROVINCIAL".- CUARTO.- El actor no está de acuerdo con dicho acuerdo de la ONCE por haber sido adoptado unilateralmente, y sin respetar la normativa en vigor y el Convenio colectivo.- QUINTO.- Las ventas del actor desde el año 1995 se han ido reduciendo.- SEXTO.- El actor fue nombrado delegado sindical el día 22.12.98.- SÉPTIMO.- La ONCE asigna como vendedor de M. a don J.P.P.- OCTAVO.- En fecha 03.03.99 se celebró el acto de conciliación resultando sin avenencia, iniciándose la vía judicial".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimo la demanda interpuesta por don J.M.F.C. contra la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS ESPAÑOLES (ONCE) sobre reconocimiento del derecho a mantener una zona de venta, absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos en la demanda".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor, vendedor de cupones de la ONCE, sobre reconocimiento del derecho a mantener una zona de venta, y contra dicha resolución interpone el actor recurso de suplicación para pedir la revisión de los hechos declarados probados y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

La revisión solicitada, al amparo del artículo 191 b) de la L.P.L., tiene por objeto la modificación del ordinal segundo de la resolución recurrida para el que propone el siguiente texto alternativo: "Al actor se le otorga de manera inicial las zonas de venta de F., A., y L. y posteriormente M.. En todos ellos el demandante es titular de los mismos".

Para dicha revisión se apoya el actor en los folios 24 y 25 de los autos, que corres-

ponden al acta de juicio y 28, que es la contestación a la demanda. Doctrina y jurisprudencia han venido señalando de forma unánime que el acta del juicio es sólo documento auténtico, para acreditar la realidad de su celebración, fecha y lugar en que ocurre, identidad y calidad de cuantos en él intervienen y observancia de los trámites que documenta, pero en modo alguno da fe de la veracidad de cuantas declaraciones testificales o en vía de confesión con-signa como vertidas en el acto, cuya valoración, por un lado, se confía al arbitrio absoluto que en conciencia confiere el art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral a quien ha conocido y juzgado en instancia única, es decir, con la exclusividad que ello supone, cuya convicción es así incontrolable a través de la referida credencial, la cual, por otra parte, al no ser documento en sentido técnico, respecto del contenido de testimonios o confesión, sino reflejo de pruebas de esta naturaleza, queda en tales extremos expulsada del ámbito de la suplicación por las normas procesales antes citadas. Lo mismo ocurre con el escrito de contestación a la demanda, por lo que debe rechazarse de plano la solicitud revisoria examinada.

Con el mismo amparo procesal del artículo 191 b) de la L.P.L. solicita también la modificación del hecho probado cuarto de la sentencia de instancia para que quede redactado como sigue: "El actor no está de acuerdo con dicho Acuerdo de la ONCE por haber sido adoptado unilateralmente y sin respetar la normativa en vigor y el Convenio Colectivo. La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional nº 7/99 de fecha 26.01.99, procedimiento 00188/98 declara nulos las disposiciones 7.1.a) aptdo. 5 y 4.3 aptdo. 6 de la circular 2/98 de la Dirección General de la ONCE".

La pretensión de incluir en la resultancia fáctica la expresión de que el acuerdo de la ONCE ha sido adoptado unilateralmente y sin respetar la normativa en vigor, así como las disposiciones que mencionan, ha de venir rechazada de plano ya que el contenido de tal expresión es claramente valorativo y predeterminante del fallo y como tal no puede tener acceso al relato histórico de la resolución recurrida, al igual que la cita de preceptos o disposiciones.

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado denuncia el recurrente la infracción por aplicación indebida del Decreto 1.438/85 de representantes de comercio y en concreto, el artículo 5.4 que establece que ninguna de las partes podrá variar unilateralmente la zona o demarcación territorial ni la relación laboral de

clientes asegurados en el contrato y del artículo 5.5 que señala que la asignación por parte del empresario de una zona ya atribuida a un trabajador a otro u otros en perjuicio del primero, llevará aparejada la adecuada compensación económica. Asimismo se denuncia la infracción de la circular 2/98 de la ONCE sobre la normativa reguladora de la adjudicación de puntos de venta, en su apartado núm. 7.1 a).

Para una mejor comprensión de la cuestión debatida es preciso partir de los siguientes datos, recogidos en la inalterada relación histórica de la resolución recurrida: a) El actor don J.M.F.C., mayor de edad, con D.N.I. nº ..., trabajó para la empresa Organización Nacional de Ciegos (ONCE) desde el día 18 de enero de 1988 fecha en que se celebró el contrato de trabajo especial de representantes de comercio para minusválidos vendedores del cupón de la ONCE, en este contrato al actor se le otorgó como zona de venta del cupón F. (Lugo), posteriormente en el año 91 se le extendió la zona de L.; b) En fecha 20.12.94 fallece el vendedor don F.C.P., que llevaba la zona de M. (Lugo) y se le otorga provisionalmente esta zona al actor y c) En fecha 5 de febrero de 1999 la empresa hace entrega al actor de un escrito de fecha de salida 04.02.99 registro nº 143 que dice lo siguiente: "Don M.E.A., con D.N.I. nº. ..., en su calidad de director Provincial en representación de la Organización Nacional de ciegos Españoles (en adelante O.N.C.E.) en virtud de las atribuciones que le han sido conferidas por el cargo que ostenta, pone en conocimiento de don J.M.F.C. con D.N.I. nº. ..., trabajador adscrito a la agencia Provincial de Lugo con categoría de agente vendedor, la siguiente comunicación: 1.- Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 del vigente Convenio colectivo, con motivo de reorganización y optimización de las ventas se procede al reparto de la zona en la que Ud. ejerce su actividad. Que el mencionado reparto de las zonas, a partir de la recepción del presente escrito desde esta agencia Provincial quedará como sigue: Se le asigna las zonas de: -F.; - A.; -L.; y c) La ONCE asigna como vendedor de M. a don J.P.P.

La sentencia de instancia al rechazar la pretensión actora de que se le reconozca el derecho a mantener su zona de venta inicial comprendiendo F., A., L. y M., no infringe ni vulnera las disposiciones citadas porque: a) no ha habido variación unilateral de la zona establecida en el contrato de 18 de enero de 1998, ya que en el momento de suscribirlo se le otorgó la zona de F. y posteriormente en el año 91 se le extendió a la zona de L.; y b) en

el contrato inicial no se le había asignado la zona de M., que se le otorgó, provisionalmente, a la muerte del vendedor titular que la llevaba, por lo que no resulta de aplicación la mencionada circular 2/98 que, únicamente se refiere al de vendedor titular, condición que no ostentaba el actor respecto a la zona de M.

Solo cabe resaltar, por otro lado, que los hechos han venido a demostrar que aquel cambio organizativo adoptado por la Dirección provincial de la ONCE ha permitido una mejor optimización de las ventas, si tenemos en cuenta, como se hace constar en el fundamento jurídico segundo de la resolución recurrida, con valor de hecho probado, que las ventas del actor han ido disminuyendo, pues en el año 1994 su media de venta en la zona inicialmente asignada, es decir en F., A. y L., ascendía a 558.000 Pts, y al ser ampliada a las otras dos localidades su media experimentó la siguiente evolución (1.066.000 Pts en el año 1995, 1.026.000 Pts en el año 1996, 747.000 Pts en el año 1997 y 521.000 Pts en el año 1998), lo que pone de manifiesto que en éste último año llegó a vender menos que cuando sólo tenía la zona originaria. Con la incorporación del nuevo vendedor las ventas han aumentado en la zona de M., lo que viene a demostrar el acierto de la decisión adoptada por la Dirección de la Organización demandada.

En consecuencia, por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don J.M.F.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo, de fecha 4 de septiembre de 1999, seguidos instancia del recurrente contra la ONCE, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3558 Recurso núm. 141/03

S.S. INEXISTENCIA DE DESPEDIMIENTO NULO IDEOLÓGICO, EN EXTINCIÓN DE CONTRATO POR PARTE DE SINDICATO EMPREGADOR A TRABAJADOR AFILIADO Ó MESMO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a catorce de febrero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 141/03 interpuesto por la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don H.P.D. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la CIG en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 412/02 sentencia con fecha veintidós de noviembre 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 actor trabajó para la demandada desde 01.06.00 con la categoría profesional de AGENTE SINDICAL (folio 764) y salario de 966,76 euros mensuales, incluida la prorrata de pagas extraordinarias (folios 764 a 768). Sus funciones eran las de agente sindical con funciones de apoyo en la campaña de Pontevedra (contestación a la demanda). El actor trabajaba tanto en los locales comarcales de CIG (sin que tuviera adscrita una mesa o un despacho en concreto), como en el exterior por cuanto, por sus funciones de agente electoral (o de agente sindical), también debía realizar con frecuencia y habitualidad gestiones en las empresas, en otros locales donde se ubicaban sindicatos de ramo de CIG u otros organismos vinculados a dicho sindicato, siendo controlado su trabajo por el Secretario Comarcal (hechos no controvertidos y testifical de don R.I.G., de doña P.C.F., don C.S.B., don J.M.R. y de doña M.V.P.M.) / SEGUNDO.- La cláusula 7ª del contrato de trabajo del actor (folio 761, vto) establece: *o contrato de duración determinada a tempo completo realiza-se para a realización dunha obra ou servizo é apra desenvolver a campaña de afiliación na unión comarcal de pontevedra, tendo dita obra autonomía e substantividade*

propia dentro da actividade da empresa./ TERCERO.- El día 07.05.02 tuvo lugar una reunión de la Dirección Comarcal de Pontevedra de CIG de la cual se levantó un acta de la que se recoge, por su relación en el presente pleito los siguientes extremos (folios 60 y 61): *antes de comenzar coa orde do día, o compañeiro don H.P.D., entra na sala de reunións e entrégalle un escrito o secretario comarcal para que lle asine o recibi e que sexa tratado o tema na dirección comarcal. Prodúcense varias intervencións de compañeiros e compañeiras do organismo e acordase tratar o tema no punto de persoal... tal e como se manifestou o principio, trátase neste punto o escrito entregado por lo compañeiro don b.p.d., dando lectura ao mesmo o secretario comarcal. Aberto o turno de intervencións exponen-se e analízan-se as circunstancias laborais nas que se atopa o compañeiro. A maioría dos compañeiros e compañeiras entenden que non está nas condicións idóneas para desenrolar o traballo que ten encomendado e o que nos temos que enfrontar dentro de pouco tempo como son as eleccións sindicais. Dada esta situación e cegados a este punto do debate conclúense que hai que tomar unha decisión ao respecto que sometida a votación apróbase por 13 votos a favor, 6 en contra e 2 abstencións no que insta a beladío a que reconsidere a súa situación tal e como se le ten manifestado, ou de non ser así o 31 de maio darase por finalizada a relación laboral. Dito acordo seralle notificado pola executiva comarcal e facultase a esta para levar a cabo cantas accións sexan necesarias para o cumprimento do mesmo.* CUARTO.- En el escrito referido en el hecho probado anterior, el actor ponía en conocimiento de la Dirección comarcal sus quejas y su preocupación respecto la tramitación jurídica de los pleitos penales en los que se hallaba imputado (folio 195) y que son los siguientes (folio 168 y 169): a) Diligencias Previas nº 329/01 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Pontevedra. B) Diligencias Previas nº 401/01 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Pontevedra. C) Diligencias Previas nº 646/01 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Pontevedra. D) Diligencias Previas nº 230/01 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Pontevedra. E) Diligencias Previas nº 298/01 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Pontevedra./ QUINTO.- Por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Pontevedra, recaída en el Rollo nº 13/02 (Procedimiento Abreviado nº 38/01, Diligencias Previas nº 646/01), de fecha 11.03.02, el actor fue condenado por un delito continuado de daños, sentencia que fue confirmada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra por sentencia de fecha 07.10.02 (folios 172 a 185)./ SEXTO.- Por sen-

tencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra, recaída en el Procedimiento Penal Abreviado nº 200/2002 (Procedimiento Abreviado nº 329/01 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Pontevedra), de fecha 23 de julio de 2002, el actor fue absuelto de un delito de coacciones y de una falta de daños, resultando condenado por una falta de coacciones sin que conste la firmeza de tal resolución (folios 186 a 191). SÉPTIMO.- El actor fue convocado por el Secretario Comarcal, Sr. I., para que asistiera a una reunión de la Ejecutiva Comarcal del sindicato cuya celebración estaba prevista para el día 13.05.02 a las 10:30 horas a los efectos de comunicarle la decisión acordada por la Dirección comarcal de CIG en reunión de 07.05.02 (folio 781). OCTAVO.- El día 30.05.02, el actor entregó personalmente a don R.I.G., Secretario Comarcal de CIG en Pontevedra un escrito dirigido a la Ejecutiva Comarcal da Confederación Sindical Galega en la que, entre otros extremos manifiesta (folio 197): *...segundo directrices do secretario comarcal tiven unha participación activa na folga da unión (non é preciso comentar as actividades levadas a cabo). Como consecuencia da participación na folga (sempre seguindo as directrices do secretario) vexome envolto en distintos procedementos xudiciais de carácter penal...* NOVENO.- El mismo día 30.05.02, fue entregada una carta al actor firmada por don R.I.G. cuyo contenido era el siguiente (folio 757): *por decisión da dirección comarcal da cig en Pontevedra do pasado día 7 de maio de 2002, que se che comunicou personalmente no transcurso da reunión da executiva comarcal de 13 de maio de 2002, procedemos a rescindirte o contrato de traballo que che unía a esta central sindical, con data 31 de maio de 2002. Os motivos da rescisión do contrato son: non facer os traballos encomendados pola dirección do sindicato e para os cales fostes contratados e deixadez no cumprimento disposición adicional tuas funcións, agravado pola non comparecencia no posto de traballo dende o pasado 13 de maio de 2002 sen causa justificada.* DÉCIMO.- Las NORMAS ESTATUTARIAS DA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA depositadas en Santiago de Compostela ante la Dirección Xeral de Relacións Laborais regula en su artículo 67 (folio 830, vto): *son competencias da dirección comarcal: ... g) decidir a contratación de pesonal. En su art. 70 (folio 830): a executiva comarcal ten as seguintes competencias. ... d) executar os acordos da dirección comarcal.* Y en su art. 71 (folio 830): *o secretario ou secretaria comarcal é o cargo unipersonal de representación pública da unión comarcal elegido pola asamblea comarcal de entre os membros da executiva, e que coordina a*

actividade de executiva e a dirección comarcal. UNDÉCIMO.- En el acto de conciliación, celebrado ante el Servicio Provincial de Mediación Arbitraje e Conciliación el día 01-07-02, fue ampliado el contenido de la carta de despido en el sentido siguiente (folio 5): *aclárase o contido do escrito do pasado día 30 de maio de 2002. No relativo o parágrafo segundo de non facer os traballos encomendados son os seguintes: négase con data 11 de xaneiro de 2002 a cubrir as tarxetas da assemblea comarcal do 19 de xaneiro cando non estaba facendo nada, negase con data 22.01.02 a repartir os trípticos dos cursos de formación continua do metal, non compareceu o día 8 de abril as 9:30 horas da mañá a asinar as candidaturas das eleccións sindicais, nin a constitución das mesas, o día 9 de abril de 2002 no caso de "m.m., s.l.", o 10 de abril de 2002 de "a.g., s.l." non compareceu ó traballo varios días pero concretamente os días 25, 26 e 27 de marzo de 2002, sen previo aviso nin causa xustificada, nin antes nin despois das datas sinaladas. Desacreditar públicamente ós organismos da dirección de CIG, caso da executiva comarcal, coma persoais, secretaia comarcal, secretaria de organización, secretaria xeral, etc.* DUODÉCIMO.- El actor tuvo una destacada intervención como agente sindical de CIG en el ámbito de la huelga de "T.L.U., S.A." (testifical de doña M.V.P.M. y don A.G.P.). DECIMOTERCERO.- La demandada ha asumido a sus costas la defensa jurídica de los imputados por acciones relacionadas con la huelga de "T.L.U., S.A." y procedió al pago de las fianzas exigidas judicialmente mediante recaudaciones (testifical de don X.E.G.O. y de don X.X.B.A.). DECIMOCUARTO.- El Secretario Comarcal de Pontevedra, don R.I.G. instruyó a sus colaboradores para que le mantuvieran informado de cuanto aconteciera en el ámbito del sindicato, que se vigilara la actuación de algunos compañeros y que no se mantuvieran relaciones con los mismos (testifical de doña P.C.F.). DECIMOQUINTO.- El día 10.06.02 varios Secretarios solicitaron una reunión a la Ejecutiva confederal para tratar del despido del Sr. P. Durante la reunión que se celebró al respecto se habló, con división de opiniones, de una actuación pretendidamente abusiva del Secretario Comarcal, Sr. I. DECIMOSEXTO.- La situación conflictiva con el actor "llevaba ya varios meses" (interrogatorio judicial de la demandada), habiéndose iniciado con sus detenciones con motivo de actuaciones durante la huelga de "T.L.U., S.A.", y, especialmente, desde primeros del año 2002, habiendo manifestado el actor a personas relacionadas con el sindicato (Sra. C. y Sr. S.) que las actuaciones que habían dado lugar a su imputación en pro-

cesos penales se llevaron a cabo siguiendo instrucciones del Secretario Comarcal, extremo éste que también era objeto de comentarios en el ámbito del sindicato por lo cual tuvieron lugar reuniones en las que se trataron estas y otras cuestiones relacionadas con el actor (testificales de don X.E.G.O., doña P.C., don C.S.B., don J.M.R. y don A.G.P.). DECIMOSÉPTIMO.- Del 13 al 31 de mayo el actor asistió a los locales del sindicato y trabajó, con conocimiento del Secretario Comarcal, Sr. I., para la Federación de Sanidad (o de Salud) de CIG (testificales de don C.S.B., don J.M.R. y don R.I.G.). DECIMOCTAVO.- El Secretario Comarcal de CIG (Sr. I) manifestó a varias personas que "el actor estaba loco" (testificales de doña P.C., don C.S.B., don J.M.R., don A.G.P. y don P.M.C.G.). DECIMONOVENO.- Las candidaturas del sector del metal vienen firmadas por don R.I.G. (testifical de don R.I.G.). VIGÉSIMO.- El periódico "EL FARO DE VIGO" en su edición del día 28.06.01 refiere la detención de "cuatro destacados militantes de CIG (entre ellos el Secretario Comarcal, Sr. I.) por su presunta implicación en los daños en autobuses de T.L.U...." y recoge una declaración del Secretario General de CIG, Sr. S., en el sentido de que *la organización no asumía los hechos... tampoco criminaliza cierto tipo de acciones...* (folio 167). De tales hechos conoce el Juzgado de Instrucción nº 3 de Cambados (folio 208). VIGÉSIMO PRIMERO.- Por sentencia de fecha 18 de abril de 2002 (en la resolución se indica, erróneamente, "diciembre") del Juzgado de Instrucción nº 5 de Pontevedra, don R.I.G. y don J.A.P. fueron condenados por una falta de coacciones (folios 846 y 847). VIGÉSIMO SEGUNDO.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº UNO de Pontevedra (autos nº 152/02) de fecha 15 de julio de 2002, fue desestimada la demanda interpuesta por "T.L.U., S.A." contra CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA y los miembros del Comité de Huelga en reclamación de varias indemnizaciones por daños causados a los autobuses de dicha empresa y otros pronunciamientos (folios 203 a 221)".

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

"FALLO: Que estimo la demanda de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales interpuesta por don H.P.D. contra CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, declaro la nulidad del despido del actor y condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que readmita inmediatamente al actor en las mismas condi-

ciones que regían antes de procederse al despido y le pague los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación letrada de la CIG se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que, estimando la demanda, declaró la nulidad del despido del actor por vulneración de derechos fundamentales, condenándola estar y pasar por tal declaración y a que le readmitiera inmediatamente en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, abonándole los salarios dejados de percibir desde la fecha de éste, pretendiendo como primer motivo y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados y en concreto la modificación del ordinal primero, decimoquinto, decimosexto, decimoséptimo, y se adicionen dos nuevos ordinales bajo los números vigésimo tercero y vigésimo cuarto, en los términos que se recogen en el escrito de recurso (los que se tienen por reproducidos). Modificación que se rechaza, por cuanto es consolidada doctrina que la suplicación, no es una mera apelación que permita valorar toda la prueba aportada a los autos (a modo de segunda instancia), sino un recurso extraordinario en el que únicamente cabe revisar los hechos, fundamentados en documental y pericial que evidencien de forma clara y patente la equivocación del juzgador, sin necesidad de suposiciones o argumentaciones mas o menos lógicas, por no ser admisible que la parte sustituya por su personal e interesado juicio valorativo, el que en forma objetiva llevó a cabo el Magistrado de instancia en legítimo ejercicio de la facultad que le confiere el art. 97.2 de la L.P.L.; máxime en el supuesto de autos en que por el recurrente se trata de amparar la revisión en prueba testifical, de confesión, acta de juicio, medios no hábiles a efectos revisorios, de conformidad con los arts. 191.b) y 194.3 de la L.P.L.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, con adecuado amparo procesal -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- denuncia infracción por aplicación indebida del art. 17.1, 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la L.P.L. en relación con los arts. 14 y 20.1 ap. a) y d) de la Constitución Española,

la, alegando fundamentalmente que el despido era procedente al haber incurrido en causas disciplinarias de las previstas en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores o en su defecto se revoque la sentencia recurrida declarando la improcedencia del despido y no la nulidad del mismo, por entender no se daba discriminación y menos se había atentado a un derecho fundamental, como se alegaba por el actor: al no tener espacio físico en el sindicato, no conocer la situación de sus expediente penales, no ingresar en tiempo sus fianzas, cambio de abogado en uno de los juicios ocasionándole indefensión, ingerencia en su vida privada, porque ninguna de estas circunstancias han quedado acreditadas y menos que haya sido debido a una represalia por parte de la empresa, (como se sostuvo por el Magistrado de instancia en la fundamentación jurídica), al considerar que el despido fue una reacción o represalia del sindicato al haber hecho entrega el actor al secretario comarcal el escrito de fecha 30.05.02 en el que efectuaba diversas críticas al propio secretario comarcal, lo que evidenciaba la existencia de indicios de represalia atentatoria al derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas, opiniones y de comunicar y recibir libremente información, entendiendo vulnerado el derecho a la libertad de expresión, incidiendo la CIG en que el despido era procedente porque no hacía los trabajos encomendados por la dirección del sindicato, dejadez en el cumplimiento de sus funciones, agravado por la no comparecencia en el puesto de trabajo desde el 13.05.02.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa deben destacarse los siguientes: A) El actor trabajó para la demandada desde 01.06.00 con la categoría profesional de AGENTE SINDICAL y salario de 966,76 euros mensuales, incluida la prorrate de pagas extraordinarias. Sus funciones eran las de agente sindical con funciones de apoyo en la campaña de Pontevedra, trabajaba tanto en los locales comarcales de la CIG (sin que tuviera adscrita una mesa o un despacho en concreto), como en el exterior, por cuanto, por sus funciones de agente electoral (o de agente sindical), también debía realizar con frecuencia y habitualidad gestiones en las empresas, en otros locales donde se ubicaban sindicatos del ramo de la CIG u otros organismos vinculados a dicho sindicato, siendo controlado su trabajo por el Secretario Comarcal. B) La cláusula 7ª del contrato de trabajo del actor establece: *o contrato de duración determinada a tempo completo realiza-se para a realización dunha obra ou servizo é para desenvolver a campaña de afiliación na unión comarcal de pontevedra, tendo dita*

obra autonomía e substantividade propia dentro da actividade da empresa. C) El día 07.05.02 tuvo lugar una reunión de la Dirección Comarcal de Pontevedra de la CIG de la cual se levantó un acta haciendo constar: *antes de començar coa orde do día, o compañeiro don H.P.D., entra na sala de reunións e entrégalle un escrito o secretario comarcal para que lle asine o recibi e que sexa tratado o tema na dirección comarcal. Prodúcense varias intervencións de compañeiros e compañeiras do organismo e acordase tratar o tema no punto de persoal... tal e como se manifestou o principio, trátase neste punto o escrito entregado por lo compañeiro don H.P.D., dando lectura ao mesmo o secretario comarcal. Aberto o turno de intervencións exponen-se e analízanse as circunstancias laborais nas que se atopa o compañeiro. A maioría dos compañeiros e compañeiras entenden que non está nas condicións idóneas para desenrolar o traballo que ten encomendado e o que nos temos que enfrontar dentro de pouco tempo como son as eleccións sindicais. Dada esta situación e chegados a este punto do debate conclúense que hai que tomar unha decisión ao respecto que sometida a votación apróbase por 13 votos a favor, 6 en contra e 2 abstencións no que insta a H.P.D. a que reconsidere a súa situación tal e como se le ten manifestado, ou de non ser así o 31 de maio darase por finalizada a relación laboral. Dito acordo seralle notificado pola executiva comarcal e facultase a esta para levar a cabo tantas accións sexan secasarias para o cumprimento do mesmo.* D) En el escrito referido en el hecho probado anterior, el actor ponía en conocimiento de la Dirección comarcal sus quejas y su preocupación respecto a la tramitación jurídica de los pleitos penales en los que se hallaba imputado y que son los siguientes: a) Diligencias Previas nº 329/01 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Pontevedra. b) Diligencias Previas nº 401/01 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Pontevedra. c) Diligencias Previas nº 646/01 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Pontevedra. d) Diligencias Previas nº 230/01 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Pontevedra. e) Diligencias Previas nº 298/01 del Juzgado de Instrucción nº 6 de Pontevedra. E) Por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Pontevedra, recaída en el Rollo nº 13/02 (Procedimiento Abreviado nº 38/01, Diligencias Previas nº 646/01), de fecha 11.03.02, el actor fue condenado por un delito continuado de daños, sentencia que fue confirmada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra por sentencia de fecha 07.10.02. F) Por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra, recaída en el Procedimiento Penal Abreviado nº 200/2002 (Procedimiento Abrevia-

do nº 329/01 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Pontevedra), de fecha 23 de julio de 2002, el actor fue absuelto de un delito de coacciones y de una falta de daños, resultando condenado por una falta de coacciones sin que conste la firmeza de tal resolución. G) El actor fue convocado por el Secretario Comarcal, Sr. I., para que asistiera a una reunión de la Ejecutiva Comarcal del sindicato cuya celebración estaba prevista para el día 13.05.02 a las 10:30 horas a los efectos de comunicarle la decisión acordada por la Dirección comarcal de CIG en reunión de 07.05.02. H) El día 30.05.02, entregó personalmente a don R.I.G., Secretario Comarcal de CIG en Pontevedra un escrito dirigido a la Ejecutiva Comarcal da Confederación Sindical Galega en la que, entre otros extremos manifiesta: *...segundo directices do secretario comarcal tue unha participación activa na folga da unión (non é preciso comentar as actividades levadas a cabo). Como consecuencia da participación na folga (sempre seguindo as directrices do secretario) vexome envolto en distintos procedementos xudiciais de carácter penal....* D) El mismo día 30.05.02, fue entregada una carta al actor firmada por don R.I.G. cuyo contenido era el siguiente: *por decisión da dirección comarcal da cig en pontevedra do pasado día 7 de maio de 2002, que se che comunicó personalmente no transcurso da reunión da executiva comarcal de 13 de maio de 2002, procedemos a rescindirte o contrato de dtraballo que che unía a esta central sindical, con data 31 de maio de 2002. Os motivos da rescisión do contrato son: non facer os traballos encomendados pola dirección do sindicato e para os cales fostes contratados e deixadez no cumprimento tuas funcións, agravado pola non comparecencia no posto de traballo dende o pasado 13 de maio de 2002 sen causa justificada.* J) En el acto de conciliación, celebrado ante el Servicio Provincial de Mediación Arbitraje e Conciliación el día 01.07.02, fue ampliado el contenido de la carta de despido en el sentido siguiente: *aclárase o contido do escrito do pasado día 30 de maio de 2002. No relativo o parágrafo segundo de non facer os traballos encomendados son os seguintes: négase con data 11 de xaneiro de 2002 a cubrir as tarxetas da asemblea comarcal do 19 de xaneiro cando non estaba facendo nada, negase con data 22.01.02 a repartir os trípticos dos cursos de formación continua do metal, non compareceu o día 8 de abril as 9:30 horas da mañá a asinar as candidaturas das eleccións sindicais, nin a constitución das mesas, o día 9 de abril de 2002 no caso de "m.m., s.l.", o 10 de abril de 2002 de "a.g., s.l." non compareceu ó traballo varios días pero concretamente os días 25, 26 e 27 de marzo de*

2002, *sen previo aviso nin causa xustificada, nin antes nin despois das datas sinaladas. Desacreditar publicamente ós organismos da dirección de cig, caso da executiva comarcal, coma persoais, secretaia comarcal, secretaria de organización, secretaria xeral, etc.* K) El actor tuvo una destacada intervención como agente sindical dela CIG en el ámbito de la huelga de “T.L.U., S.A.” L) La demandada ha asumido a su costa la defensa jurídica de los imputados por acciones relacionadas con la huelga de “T.L.U., S.A.” y procedió al pago de las fianzas exigidas judicialmente mediante recaudaciones. M) El Secretario Comarcal de Pontevedra, don R.I.G. instruyó a sus colaboradores para que le mantuvieran informado de cuanto aconteciera en el ámbito del sindicato, que se vigilara la actuación de algunos compañeros y que no se mantuvieran relaciones con los mismos. N) El día 10.06.02 varios Secretarios solicitaron una reunión a la Ejecutiva confederal para tratar del despido del Sr. P.. Durante la reunión que se celebró al respecto se habló, con división de opiniones, de una actuación pretendidamente abusiva del Secretario Comarcal, Sr. I.. La situación conflictiva con el actor *“llevaba ya varios meses”*, habiéndose iniciado con sus detenciones con motivo de actuaciones durante la huelga de “T.L.U., S.A.”, y, especialmente, desde primeros del año 2002, habiendo manifestado el actor a personas relacionadas con el sindicato que las actuaciones que habían dado lugar a su imputación en procesos penales se llevaron a cabo siguiendo instrucciones del Secretario Comarcal, extremo éste que también era objeto de comentarios en el ámbito del sindicato por lo cual tuvieron lugar reuniones en las que se trataron estas y otras cuestiones relacionadas con el actor. Ñ) Del 13 al 31 de mayo asistió a los locales del sindicato y trabajó, con conocimiento del Secretario Comarcal, Sr. I., para la Federación de Sanidad (o de Salud) de CIG. O) El Secretario Comarcal de CIG (Sr. I.) manifestó a varias personas que “el actor estaba loco”. P) Las candidaturas del sector del metal vienen firmadas por don R.I.G.. Q) El periódico “EL FARO DE VIGO” en su edición del día 28.06.01 refiere la detención de *“cuatro destacados militantes de CIG (entre ellos el Secretario Comarcal, Sr. I.) por su presunta implicación en los daños en autobuses de “T.L.U., S.A.”...*” y recoge una declaración del Secretario General de CIG, Sr. S., en el sentido de que *la organización no asumía los hechos... tampoco criminaliza cierto tipo de acciones...*”. De tales hechos conoce el Juzgado de Instrucción nº 3 de Cambados. R) Por sentencia de fecha 18 de abril de 2002 (en la resolución se indica, erróneamente, “diciembre”)

del Juzgado de Instrucción nº 5 de Pontevedra, don R.I.G. y don J.A.P. fueron condenados por una falta de coacciones. S) Por sentencia del Juzgado de lo Social nº UNO de Pontevedra (autos nº 152/02) de fecha 15 de julio de 2002, fue desestimada la demanda interpuesta por “T.L.U., S.A.” contra CONFEDERACIÓN INTER-SINDICAL GALEGA y los miembros del Comité de Huelga en reclamación de varias indemnizaciones por daños causados a los autobuses de dicha empresa y otros pronunciamientos”.

Por lo que respecta a si el despido del actor debe ser declarado nulo con nulidad radical, (como se interpreto por el Magistrado de instancia), o sí por el contrario, procedente o improcedente, (como se pretende por la inter-sindical recurrente). La sentencia de instancia fundamenta la nulidad de la relación extintiva empresarial en la discriminación o represalia que sufre el trabajador como consecuencia de la crítica del mismo a la actuación del sindicato y en especial al Secretario Comarcal con relación a hechos acecidos durante la huelga del transporte de la empresa “T.L.U., S.A.” que dio lugar a que se abrieran distintos procedimientos penales, habiendo sido condenado por dos de ellos, manifestado su desacuerdo con la actuación del sindicato y distintos cargos del mismo, sin embargo tal argumentación no resulta admisible en función de las siguientes consideraciones: 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), “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 pro-

bar 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 serías 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 objetivos 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.

En el presente caso la decisión de despido aparece adoptada obedeciendo a motivaciones propiamente disciplinarias, negligencia y falta de asistencia al trabajo, así de la fundamentación jurídica de la sentencia (con valor de hecho probado) se desprende que se está ante un despido disciplinario basado en unos hechos (no probados), insuficientes para ser causa de despido, tardíamente alegados y defectuosamente formulados; en todo caso, la decisión disciplinaria adoptada se fundamentó en una imputación de conductas, en un ilícito laboral sin ningún matiz discriminatorio: “*de no hacer los trabajos encomendados... dejadez en el cumplimiento de sus funciones*”, (que se refieren a supuestos incumplimientos de carácter general -unos-) que incumplen los requisitos que se viene exigiendo por la jurisprudencia, pues, las imputaciones deben ser claras, precisas y concretas, recogiendo los hechos a que se refieren y los días en que se cometieron, o como dice el art. 55.1 del ET: “*el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y las fechas en que tendrá efectos*”, y aun cuando se imputó un hecho concreto: “*faltar al trabajo desde el 13 al 30 de mayo*”, hecho éste último sobre el que se practicó prueba testifical en el acto del juicio oral, el Juzgador de instancia, en ejercicio de la libre facultad de valoración de la prueba (art. 97.2 L.P.L.), no lo consideró suficientemente acreditado; sin que puedan entrarse a valorar las otras imputaciones que se hicieron en el acto de conciliación ante el SMAC: “*de no hacer los trabajos encomendados: negándose a cubrir las tarjetas de la asamblea comarcal del 19 de enero... a repartir los trípticos de los cursos de formación continua del metal...; incomparecencias al trabajo los días 25, 26 y 27.03.02 sin previo aviso ni causa justificada... desacreditar públicamente los organismos de la dirección de la CIGA caso de la Ejecutiva Comarcal, como personas, secretaria comarcal, secretaria de organización, secretaria general, etc*”, pues, no se trata propiamente de aclaración o subsanación de la carta de despido, sino de una ampliación, (que se produce a los 20 días hábiles desde la notificación del despido), introduciendo hechos nuevos, que ha de ser considerada ineficaz, so pena

de indefensión, debiendo ceñirse el juzgador a la valoración de los presuntos incumplimientos que se reprochan al actor a la carta de despido de 30.05.02; por lo que dada la inconcreción de las referidas faltas y al no estar suficientemente acreditadas, llevan a la conclusión de esta Sala que el despido del actor debe ser declarado improcedente y no nulo y ello por cuanto: 1º).- en la reunión de 7 de mayo, ya se le advirtió que no estaba haciendo correctamente las cosas "que no estaba en condiciones idóneas para desarrollar el trabajo que tenía encomendado y en concreto para afrontar las elecciones sindicales, por lo que se le instó a que reconsiderase su postura y de no ser así se daría por finalizada la relación laboral el 31 de mayo, lo que tendría que justificar porque tenía cinco procesos penales abiertos y había sido condenado en dos de ellos, 2º).- en todo caso, no hay constatación clara que la carta entregada por el actor al Secretario Comarcal de la CIGA de Pontevedra, lo fuera en un momento anterior a la carta de despido (ambas llevan la misma fecha), por lo que no puede sostenerse, como se afirma por el Juez "a quo" que la inmediata reacción fue su despido fulminante, 3º).- la conclusión por tanto no puede ser la existencia de una represalia por su actuación, ya que las advertencias anteriores y las imputaciones de la carta de despido revelaban una actuación ajena a toda motivación lesiva de un derecho fundamental. En consecuencia el despido ha de ser declarado improcedente, y todo ello en aplicación de los arts. 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 CIG a que en el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia opte entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que antes de producirse su despido, (con abono en su caso de los salarios de tramitación) o bien a que le indemnice en las cantidades que se concretan en la parte dispositiva de esta resolución sin que haya lugar al abono de salarios de tramitación, en el caso de optarse por la extinción al estar vigente al tiempo de su despido el 30-05-02, el Real Decreto Ley 5/02 de 24 de mayo, en vigor desde el 26 de dicho mes, que suprime los salarios de trámite en los casos de despido improcedente en los que se extinga la relación laboral.

Por lo expuesto

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación interpuesto por la CONFEDERA-

CIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra la sentencia de fecha veintidós de noviembre de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Pontevedra, en proceso promovido por don H.P.D. frente a la CIG, y con revocación parcial de la resolución recurrida, debemos declarar y declaramos la improcedencia y no la nulidad del despido, condenando a la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) a que opte en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de esta sentencia a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo o la indemnización de DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE EUROS (2.897 €) sin que haya lugar al abono de los salarios de tramitación, en el caso de que la empresa no opte por la readmisión.

3559 Recurso núm. 2.844/02

S.S. IMPUGNACIÓN DE BASES DE CONVOCATORIA. AXEITAMENTO Á LEGALIDADE DAS MESMAS. CRITERIOS QUE NON VULNERAN O PRINCIPIO DE IGUALDADE. FASES DO PROCEDIMENTO SELECTIVO.

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

A Coruña, a catorce de febrero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.844/02, interpuesto por "Sociedad Anónima para o desenvolvemento comarcal de Galicia", "Fundación para o desenvolvemento da comarca de Valdeorras" y don M.L.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 1 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 411/98 se presentó demanda por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, en reclamación de Impugnación de bases de convocatoria, siendo demandados la "Sociedad Anónima para o desenvolvemento comarcal

de Galicia, “Fundación para o desenvolvemento da comarca de Valdeorras” y don M.L.F.; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de noviembre de 2001 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Que en el Diario Oficial de Galicia de dieciséis de enero de mil novecientos noventa y ocho, se publicaron las bases de la convocatoria para la cobertura, con carácter definitivo, mediante contrato laboral por tiempo indefinido, de la plaza de Gerente de la Fundación para el Desarrollo de la Comarca de Valedoras, en virtud de acuerdo adoptado por el Patronato de la Fundación en reunión celebrada el trece de enero de mil novecientos noventa y ocho. SEGUNDO.- Que la citada convocatoria es gestionada por la Sociedad para el Desarrollo Local. TERCERO.- Que en reunión del Patronato de la Fundación para el Desarrollo de la Comarca de Valedoras, celebrada en fecha trece de enero de mil novecientos noventa y ocho, se acordó facultar al Presidente para convocar las pruebas de selección de Gerente, con arreglo al Convenio de colaboración firmado con la Sociedad Anónima para el Desarrollo Comarcal de Galicia y de conformidad con lo establecido en la Ley de Galicia 10/96 de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación, a designar la composición del Tribunal y establecer las bases de convocatoria. CUARTO.- que por Resolución del Presidente del Patronato, de fecha catorce de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, se designaron los miembros de la Comisión Selectiva encargada de realizar las pruebas de selección, quedando formada por las siguientes personas: Presidente: Don A.P.L.; Secretario: Don A.D.A.; Vocales: Don J.M.S.V., don J.F.D. y don M.C.M. QUINTO.- Que en las bases de convocatoria se fijaron como requisitos generales para acceder a la plaza, los siguientes: Tener nacionalidad de un país miembro de la Unión Europea; ser mayor de 18 años; no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las funciones correspondientes; acreditar titulación superior o experiencia demostrable de por lo menos dos años en un puesto semejante, indistintamente y las pruebas de selección se fijaron de la siguiente forma: a) Valoración del currículo vital; b) Prueba tipo test de conocimientos específicos y con los cinco candidatos que obtuvieran mayor puntuación, entrevista perso-

nal. SEXTO.- Que a la realización de las correspondientes pruebas se admitieron 18 personas y se rechazaron 2. SÉPTIMO.- Que en fecha cuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho, el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia formuló reclamación previa, en impugnación de las bases de convocatoria, ante la Sociedad Anónima para el Desarrollo Local de Galicia y al día siguiente ante la Fundación para el Desarrollo de la Comarca de Valedoras, sin que conste que haya recaído resolución expresa alguna.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario formulada por la representación de la Fundación para o Desenvolvemento da Comarca de Valdeorras y estimando la demanda formulada por el SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA contra la “SOCIEDAD ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO COMARCAL DE GALICIA”; la “FUNDACIÓN PARA O DESENVOLVEMENTO DA COMARCA DE VALDEORRAS”, y don M.L.F., debo de declarar declaro que las bases de la Convocatoria para la plaza de Gerente de la Fundación Para Desenvolvemento Da Comarca de Valedoras no son conformes a derecho, anulándolas y dejándolas sin efecto y condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por las partes demandadas: la “Sociedad Anónima para o desenvolvemento comarcal de Galicia, “Fundación para o desenvolvemento da comarca de Valdeorras” y don M.L.F., siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia, declarando que las bases de la convocatoria para la plaza de gerente de la Fundación para el desarrollo de la comarca de Valdeorras no son conformes a derecho, anulándolas y dejándolas sin efecto, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración. Dicha resolución es recurrida en suplicación por el Letrado de la Xunta de Galicia en nombre y representación de la Sociedad Anónima para el desarrollo comarcal de Galicia,

por el representante legal de dicha Fundación y por don M.L.F.

Con la única salvedad de la excepción de caducidad formulada por el representante legal de la Fundación y de don M.L.F., el resto de la argumentación contenida en los escritos de los recursos de suplicación es prácticamente el mismo, incluida la revisión fáctica de la resolución recurrida.

Por lo que a la excepción formulada se refiere hemos de significar que se trata de una cuestión nueva pues tal alegación no se ha hecho en la contestación a la demanda, de ahí que no haya sido examinada por el Magistrado “a quo” y este nuevo planteamiento determina la inviabilidad del motivo, ya que según jurisprudencia consolidada, la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación lleva consigo que el planteamiento que se haga ha de corresponder con el que se hizo en el acto de juicio, y ello impide examinar alegaciones nuevas que no hayan sido formuladas en la instancia, pues, de hacerlo, el Tribunal Superior se convertiría en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, vulnerando los principios de contradicción y de igualdad de partes en el proceso, ambos pilares fundamentales de nuestro sistema constitucional y procesal. En resumen, se está planteando una alegación nueva que no ha sido suscitada ni controvertida por las partes durante la tramitación del proceso y cuya admisión supondría una vulneración del principio dispositivo y de rogación que rige el proceso lo que impediría a este Tribunal, en consonancia con la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, resolver otras cuestiones que no han sido formuladas ni debatidas en la instancia de manera que las infracciones que se denuncian sean armónicas con las que fueron acusadas en los autos, sin que sean admisibles otras distintas, ya que así resulta de lo dispuesto en el artículo 231.1 de la L.P.L. y en el artículo 1.710.2 de la supletoria L.E.Civil. Ello conlleva la desestimación de este primer motivo.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. los recurrentes solicitan la revisión del hecho probado quinto de la resolución recurrida para adicionar un nuevo párrafo del siguiente tenor literal: “Las bases de la convocatoria, dentro de las condiciones y aptitudes para el puesto que serían objeto de valoración, especifican las siguientes aptitudes: -Naturaleza sociable. -Carácter dinámico. -Capacidad de trabajo. -Capacidad de liderazgo.- Disponibilidad para movilidad geográfica”.

Pretensión que ha de encontrar favorable acogida al encontrar apoyo en los folios 193 y 194 de los autos, donde constan las bases de la convocatoria impugnada, publicadas en el Diario Oficial de Galicia, en donde literalmente se recogen las mencionadas actitudes que serían objeto de valoración para el puesto de trabajo en cuestión.

TERCERO.- En el examen del derecho aplicado denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española; artículos 2 de la Ley 10/1996, de 05.11.96 que regula la actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta, en materia de personal y contratación; artículo 3 de la Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia; artículo 1 de la Ley 30/1984 de medidas urgentes para la reforma de la Función Pública; artículo 4 del Código Civil, en relación con el 14 de la CE; e infracción por aplicación indebida del R.D. 364/1995 que aprueba el Reglamento de Ingreso para funcionarios estatales y el Decreto 95/91 que aprueba el Reglamento de Ingreso para funcionarios autonómicos, así como de la jurisprudencia citada por los recurrentes en sus respectivos escritos.

La sentencia de instancia considera que si bien la normativa en materia de selección de personal para la Función Pública, contenida en el Real Decreto 364/1995, Ley de Función Pública de Galicia y el Decreto Autonómico 95/1991, invocados por el Sindicato accionante, no son aplicables directamente, si lo son por analogía, al apreciarse entre los supuestos identidad de razón, por lo que a juicio del Juzgador “a quo” si bien nada se puede imputar a las bases de la convocatoria en materia de omisión del Tribunal calificador, por existir normativa específica, existe en cambio un incumplimiento sustancial al desconocerse la titulación de los miembros de la Comisión Selectiva, que debe ser superior o igual a la de las personas a seleccionar, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 30 del Real Decreto 364/95 de 10 de marzo, Decreto 95/91 de la Comunidad Autónoma y artículo 32.2 de la Ley de la Función Pública de Galicia. El mismo incumplimiento atribuye a los otros dos aspectos combatidos por el Sindicato accionante, por un lado, a la equiparación otorgada en las bases de la convocatoria que se impugnan a la exigencia de titulación superior o de experiencia en puesto similar durante dos años que, a juicio de juzgador de instancia, vulnera al principio de igualdad contenido en

el artículo 14 de la CE, y por otro lado a la existencia de la entrevista personal que considera subjetiva y que puede conducir directamente “no a una discrecionalidad en la selección de personal, sino a una pura y dura arbitrariedad contraria a los principios constitucionales básicos...”.

En primer lugar cumple significar que la aplicación analógica de las normas solo procede cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. La STS Sala Social de 15.02.82 (RJ 1982\902) interpretando este precepto estima que: “... la investigación analógica como medio integrador de las normas jurídicas, reconocido como procedente por el artículo 4.1 del Código Civil cuando aquéllas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante, entre los que se aprecie identidad de razón... condicionándose así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal por falta expresa de regulación específica aplicable a un supuesto concreto, de un lado, y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya normado...”

En el supuesto enjuiciado existe una normativa específica aplicable a las bases objeto de impugnación que es la que se contiene en la Ley 10/1996, de 5 de noviembre de 1996, de actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia, en materia de personal y de contratación. En consecuencia no resulta aplicable el RD 364/1995 de 10 de marzo que aprueba el Reglamento General para el ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, ni la Ley de la Función Pública de Galicia ni el Decreto Autonómico 95/1991, dado que no existe laguna legal toda vez que la expresada Ley 10/1996 ordena la aplicación a los procedimientos selectivos de las sociedades y fundaciones públicas de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; y tampoco se da identidad de razón habida cuenta que los procesos selectivos a que se refieren aquellas normas regulan la selección de personal funcionario y en el ámbito de las administraciones públicas.

En este sentido la invocación de los artículos 11 y 30 del Real Decreto 364/95 de 10 de marzo, del Decreto 95/91 de la Comunidad Autónoma y del artículo 32.2 de la Ley de Función Pública de Galicia, que hace la sentencia de instancia para sostener que ha habido un incumplimiento al desconocerse la titu-

lación de los miembros de la comisión selectiva, ha de venir rechazada de plano, cuando el artículo 4 de la mencionada Ley 10/1996 solo contempla la exigencia de la publicación del anuncio de la convocatoria, que se efectuará en el Diario Oficial de Galicia y, al menos, en un diario de difusión general con una antelación respecto de las pruebas de, como mínimo, un mes.

CUARTO.- En lo que atañe a la posibilidad de sustituir la titulación superior universitaria por la experiencia demostrable de por lo menos dos años en un puesto semejante, considera al Juzgador “a quo” que, tal previsión, vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE.

El Tribunal Constitucional en sentencia 67/1989 señala que “...el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el art. 23.2 de la Constitución, que ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del art. 103.3 de la Constitución (STC 193/1987, de 9 de diciembre (RTC 1987\193), se refiere a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración. Esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad...”. En la sentencia de 22.02.86 declara que “...dicho principio, que plasma el artículo 14 de la Constitución, no puede interpretarse en el sentido, tan incondicional como absurdo, de que toda persona, por el hecho de serlo, esté en condiciones de acceder al desempeño de cualquier cargo, profesión, función u oficio, porque para esto es indispensable estar en posesión de una titulación específica, de unos conocimientos que no son patrimonio de todos, de una determinada edad, del cumplimiento de determinadas pruebas, etc., siendo, por ende, aplicable, en casos como el presente, el 103.3 de la propia Constitución regulador del acceso a la función pública «de acuerdo con los principios de mérito y de capacidad», no aquel otro de igualdad invocado, aunque, evidentemente, éste deba tenerse en cuenta presupuestos esos peculiares requisitos o condiciones, por parte de quienes aspiren al desempeño de la función, con la consecuencia de que no pueda estimarse que existe discriminación cuando, en

consideración a aquellas cualidades, se está en presencia de situaciones fácticas diferentes, según explica el Tribunal Constitucional en sentencias de 22 de diciembre de 1981 (RTC 1981\42) y 27 de agosto de 1982, entre otras, y este Supremo en las de 31 de octubre de 1983 (RJ 1983\5294), 17 de mayo y 5 de julio de 1984 y 25 de marzo y 22 de abril de 1985, por lo que no se puede apreciar discriminación alguna cuando la diferencia de trato viene impuesta por una necesaria capacitación y la inevitable exigencia de condiciones o requisitos de carácter profesional, con tal de que, en una clara relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezcan con carácter general, teleología aquélla que no era otra en este caso que la de poder así designar para el cargo al aspirante más capacitado”.

Por su parte la STC 42/1981 (RTC 1981\42) declaró que la exigencia de una capacidad técnica para desempeñar una función no es contraria al principio de igualdad siempre que la diferencia impuesta en razón de la capacidad técnica sea adecuada a la naturaleza de las tareas propias a realizar y se establezca con carácter general. Y la STC 27/1991 (RTC 1991\27) resolvió que la convocatoria de «pruebas específicas» de acceso a la función pública de las Comunidades Autónomas andaluza y canaria, sólo aptas para quienes estuvieran prestando servicios en esas Administraciones, y en las que se consideraba mérito el tiempo efectivo de servicios prestados como personal contratado e interino no era inconstitucional, siempre y cuando que ese carácter «específico» no supusiera una restricción a las exigencias de mérito y capacidad, es decir, que no fuera un «título de legitimación exclusivo».

Cabe concluir señalando que la experiencia demostrable en puesto semejante, ni es discriminatoria ni supone una referencia individualizada, pues como señala la STC de 28.02.94 “...los servicios prestados a una Administración sólo muy excepcionalmente pueden justificar oposiciones no abiertas a todos los ciudadanos, nada impide en cambio que aquéllos sean tomados en cuenta y valorados como mérito, por la propia experiencia que supone en la función en quienes han desempeñado anteriormente puestos iguales o afines a los que se ofrecen en la convocatoria. Y añade que la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios

puede poner de manifiesto la aptitud o capacidad para desarrollar una determinada función pública, y puede suponer unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados”.

QUINTO.- En cuanto a la existencia de una entrevista personal en el proceso selectivo, la sentencia de instancia considera que también vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE al entender, el Juzgador “a quo”, que “es esencialmente subjetiva y que puede conducir...directamente a una pura y dura arbitrariedad... sobre todo cuando no existe una previa determinación del objeto de las materias a tratar en dicha entrevista personal”.

La Sala no comparte, en absoluto, dicho criterio pues dicha entrevista personal, como sistema de selección, no es contraria a la finalidad de éste ni vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad, siendo muy frecuente la inclusión de una prueba de esta naturaleza en varios campos de acceso a la función pública, como por ejemplo el acceso a la carrera judicial a través del turno reservado a juristas de reconocido prestigio. Así contrariamente a lo sostenido por el Magistrado de instancia, entendemos que constituye un razonable método para la valoración de los méritos y capacidad de los candidatos que opten al desempeño de un puesto de trabajo como el de Gerente en la Fundación para el desarrollo de la Comarca de Valdeorras. Por otro lado no existe norma alguna que estableciese la obligatoriedad de publicar el contenido de la entrevista, pues como alegan ambos recurrentes, con evidente acierto, las decisiones de la Comisión de Selección sobre la fijación del contenido objetivo de la entrevista, resultan revisables a través del correspondiente procedimiento, bien ante la propia Comisión, bien en sede Jurisdiccional.

En consecuencia, por todo lo expuesto, procede acoger los recursos de suplicación formulados y revocar la resolución recurrida, desestimando la demanda entablada.

Fallamos

Que estimando los recursos de suplicación formulados por la “Sociedad Anónima para o desenvolvemento comarcal de Galicia”, la “Fundación para o desenvolvemento da comarca de Valdeorras” y don M.L.F. debemos revocar la expresada resolución, desestimando la demanda rectora y absolviendo a los demandados de la petición deducida en el escrito rector.

3560 Recurso nº 8.557/1998

S.CA. PRESTACIÓN POR DESEMPREGO E TRABALLO POR CONTA ALLEA: SANCIÓN. NON NECESIDADE DO TRÁMITE DE AUDIENCIA CANDO NON SE TRATA DE FEITOS DISTINTOS ÓS CONSIGNADOS NA ACTA DE INFRACCIÓN. NON APRECIACIÓN DA FALLA DE CUANTIFICACIÓN DA SANCIÓN NIN DA AUSENCIA DE CULPABILIDADE.

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

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

En nome 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 8.557/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por C.A.S., con D.N.I. número ..., domiciliado en ..., representado y dirigido por el Letrado don C.J.M., contra Resolución de 29.04.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción num. 39/97, expte. Num. 16.272/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, 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 fun-

damentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 11 de Febrero de 2003, 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 Directora General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, desestimatoria del recurso ordinario formulado por el aquí demandante contra otra resolución del Director Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales en A Coruña, confirmatoria de acta de infracción en la que se imputaba al demandante la comisión de la infracción muy grave tipificada en el art. 30.03.01 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, en razón de haber compatibilizado el percibo de las prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, imponiendo la sanción de extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas y accesoria de que se que le excluya del derecho al percibo de cualquier prestación económica durante un año.

En sede de demanda se articulan los siguientes motivos de impugnación: a) omisión de un trámite esencial del procedimiento (art. 62.1.a) de la Ley 30/1992), pues no se diera traslado al interesado de la propuesta de resolución, ni se le pusiera de manifiesto el expediente, ello al margen de que la resolución sancionadora carecía de los requisitos exigidos por el art. 33 del R. D. 396/1996, de 1 de marzo (Reglamento de procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social), pues no contenía el importe a ingresar, plazo, lugar y forma de ingreso en periodo voluntario, así como la prevención de su exigencia por vía de apremio; b) la resolución sancionadora no contenía la necesaria modulación o graduación de las sanciones impuestas, obviando el criterio de proporcionalidad en función de las circunstancias concurrentes; c) ausencia de culpabilidad, pues el demandante actuara de buena fe y no con intención fraudulenta.

II.- Por lo que se refiere al primero de los motivos, la misma demandante reconoce la

especificidad del procedimiento sancionador en el orden social, que se regula por su normativa específica, de acuerdo con lo prevenido en la Disposición Adicional 7ª de la Ley 30/1992, sin perjuicio de que esta Ley rija con carácter subsidiario, normativa que en aquel momento la constituía, en esencia, la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y sanciones de orden social y el referido R. D. 396/1996, que en su art. 32 contempla el trámite de propuesta de resolución y elevación de todas las actuaciones al órgano competente para resolver, trámite que aquí se dio, al figurar en el expediente el ejemplar de propuesta de resolución de fecha 30 de julio de 1997, sin que fuera necesario aquí el trámite de audiencia o puesta de manifiesto del expediente que reclama la demandante, ya que ello sólo es exigible cuando de la práctica de diligencias se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en el presente caso, ni se practicaron diligencias complementarias, ni la resolución sancionadora ni la propuesta de resolución tuvieron en cuenta hechos distintos de los consignados en el acta, y sabido es que el principio de acusación y el derecho de defensa, quedan previamente preservados en este procedimiento con el dictado del acta de infracción, que ha de contener, de acuerdo con el art. 21 de dicho Reglamento, una auténtica propuesta de resolución sancionadora, la cual será notificada al presunto sujeto responsable, advirtiéndole que podrá formular escrito de alegaciones, acompañado de la prueba que estime pertinente (art. 29), trámites que aquí se dieron y observaron, por lo que procede rechazar el motivo.

Por lo que se refiere a la denunciada omisión en la resolución sancionadora de los datos a que se refiere el art. 33 del referido Reglamento, baste con advertir que la resolución sancionadora no impuso sanciones pecuniarias, todo ello sin perjuicio de que llegada la hora de ejecutar las sanciones aplicadas, deba liquidarse el importe de la prestación percibida y que debe devolverse, pero este extremo es consecuencia de la ejecución y no se exige, por tanto, su determinación en el momento de la imposición, por lo que el motivo debe decaer.

III.-Por lo que se refiere a la denunciada falta de cuantificación de la sanción impuesta y a la denunciada conculcación de los principios de graduación y proporcionalidad, advertir que las sanciones impuestas fueron las de extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de las cantida-

des indebidamente percibidas y exclusión del derecho a percibir prestaciones durante un año, con lo que ya se concluye que no es de apreciar la falta de cuantificación de la sanción, pues la resolución sancionadora se limitó a aplicar, tratándose como se trataba de una infracción muy grave, las sanciones previstas para la infracción imputada en el art. 46.1.3 de la Ley 8/1988, esto es la extinción de la propia prestación por desempleo, que por su naturaleza no admite cuantificación ni graduación, así como la de exclusión del derecho a percibir tales prestaciones durante un año, sanción ésta que es de máximo y que tampoco admite graduación.

IV.-Por lo que se refiere a la ausencia de culpabilidad, debe destacarse que por mucho que afirme el demandante que entregara la documentación a la empresa a fin de facilitar la contratación, en la creencia de que la empresa cumpliría con las exigencias que conllevaba su situación de perceptor de prestaciones por desempleo, con afirmar que este extremo no quedó acreditado, resulta que ni la empresa ni el demandante comunicaron con carácter previo a la Oficina de Empleo el hecho de la colocación, comunicación a la que también venía obligado el trabajador demandante, por cuanto dicha obligación a cargo del solicitante y perceptor de las prestaciones por desempleo de comunicar al Instituto Nacional de Empleo la obtención de una nueva colocación, así como la de solicitar la baja en las prestaciones por desempleo, con carácter previo a la incorporación a su nuevo puesto de trabajo, ya venía establecido por el art. 47 del R. D. 920/1981, de 24 de abril (Reglamento de prestaciones por desempleo), ello la margen de no figurar en el Libro de Matricula ni en los documentos de cotización, extremos que podía haber exigido, y en esas condiciones fue sorprendido el demandante el día de la visita al centro de trabajo realizando las tareas propias de la albañilería, con lo que ya se advierte en el demandante un comportamiento despreocupado y renuente en el cumplimiento de las obligaciones exigibles en quien, como él, era perceptor de prestaciones por desempleo y en disposición de iniciar una relación laboral, presupuestos suficientes para sustentar sobre ellos el elemento de la culpabilidad.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

V.-No procede hacer mención especial de las costas procesales, por aplicación del art.- 131 de la Ley Jurisdiccional.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo formulado por C.A.S. contra Resolución de 29.04.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción num. 39/97, expte. Num. 16.272/97, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin especial pronunciamiento en costas procesales.

3561 Recurso núm. 5.085/99

S.S. NULIDADE DE ACTUACIÓN POR FALLA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO, Ó NON FIGURAR DEMANDADA A EMPRESA USUARIA, EN PREITO SOBRE CONSECUENCIAS DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO FRONTE A EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL.

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

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.085/99, interpuesto por don R.C.L., 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 don R.C.L. en reclamación de OTROS EXTREMOS, siendo demandado MUTUA FREMAP, LA EMPRESA "L.B.B., E.T.T." Y LA EMPRESA "E., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 1.077/97 sentencia con fecha 17 de septiembre de 1999, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

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

tes: "PRIMERO.- El actor don R.C.L. afiliado a la Seguridad Social con el número ..., venía prestando sus servicios para la empresa "L.B.B.E.T.T., S.L." desde el 02.09.96 con la categoría de albañil – peón y en virtud de contrato de trabajo de 02.09.96, el cual se reproduce. La empresa usuaria es "R.O., S.L." con la que "L.B.B.E.T.T., S.L." efectuó contrato de puesta a disposición el 02.09.96, que se reproduce. SEGUNDO.- El día 23.10.96 sufrió un accidente cuando se encontraba en el centro de trabajo de la empresa sita en Carballo, siendo asistido de urgencia en el Hospital Juan Canalejo causando baja el 23.10.96 por "Fracturas múltiples costales derecha. Hemitórax izquierdo". La Mutua Fremap, la cual tenía cubiertas estas contingencias, prestó servicios médicos al actor. Finalmente, fue dado de alta el 13.01.98 una vez agotadas las posibilidades terapéuticas y reparadoras con las siguientes secuelas: Callo exuberante por fractura de clavícula derecha. Pérdida de volumen de caja torácica en hemitórax izquierdo. Fibrotórax bilateral post-traumático de predominio izquierdo. Insuficiencia ventilatoria restrictiva secundaria. Decorticación pleural izquierda. Cicatriz quirúrgica, según expediente administrativo que se da por íntegramente reproducido. TERCERO.- La Mutua Fremap acordó tramitar la invalidez permanente del actor derivada de accidente de trabajo proponiendo la incapacidad permanente total con una base reguladora de 2.288.174 pesetas aprobándose la misma por Resolución de 16.03.98, a propuesta de la C.E.I. de 04.03.98 constando en el dictamen médico de la UVMI lo siguiente: el 23.10.96 A.T. con fractura escápula derecha clavícula derecha, costillas derechas y hemitórax izquierdo. En 04.97 le realizan decor-ticación encontrándole un nódulo pulmonar en LSI que se confirmó como TBC, realizando tratamiento específico con TAC torácico posterior que encontró engrosamiento pleural bilateral. Alta el 13.01.98. Secuelas: callo exuberante en clavícula derecha. Restricción pulmonar con disnea grado II. CUARTO.- Se describe el accidente de trabajo en el parte extendido por Fremap como "derrumbamiento de tierra cayendo sobre el trabajador" no constando póliza de responsabilidad civil contratada entre Fremap y la empresa "L.B.B.E.T.T., S.L.". QUINTO.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña no levantó acta de inspección ni de infracción en virtud del accidente por tratarse de accidente leve, según oficio de 11.03.98, el cual se reproduce. SEXTO.- La empresa "L.B.B.E.T.T., S.L." entregó al actor 02.09.96, la documentación referente a los riesgos de su puesto de trabajo, documentación que se reproduce. SÉPTIMO.- El actor reclama indemniza-

ción por lesiones permanentes e invalidantes en cuantía de 80 millones de pesetas. OCTAVO.- Se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de celebrado sin avenencia el día 26.12.97 con el resultado de “sin efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por don R.C.L. contra la MUTUA FREMAP, la Empresa “L.B.B.E.T.T., S.L.”, y la Empresa “E., S.L.”, absolviendo 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.- El trabajador accidentado, don R.C.L., interpuso demanda solicitando una indemnización cuantificada en atención a sus secuelas permanentes –no concreta ahí adecuadamente el título jurídico de imputación de responsabilidad, si bien, a la vista del devenir posterior, se concretó en una acción de responsabilidad civil-. La demanda se dirigió contra su empleadora, resultando ser una empresa de trabajo temporal, “L.B.B.E.T.T., S.L.”, y contra su aseguradora de riesgos profesionales, la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social número 61 Fremap. También dirigió la demanda –aparte de contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, de quienes desistió antes de la celebración del juicio oral- contra otra empresa, la Entidad Mercantil Estructuras del Norte Sociedad Limitada, aunque no concreta, ni en la demanda ni en ninguna actuación posterior, cuál es la implicación de esta empresa en el accidente de trabajo. Celebrado el acto del juicio oral, la empleadora –además de adherirse a la excepción de incompetencia alegada por su aseguradora de riesgos profesionales- sostiene la existencia de un defecto litisconsorcial, alegando la ausencia en el presente litigio de la empresa usuaria, la Entidad Mercantil Reposiciones y Obras Sociedad Limitada. Dictada sentencia absolutoria al estimar el juzgador de instancia la excepción de incompetencia, es recurrida en suplicación y anulada por esta Sala, devolviéndosela al juzgador de instancia para la resolución de los restantes extremos objetos de

litigio. Nueva sentencia absolutoria, esta vez en el fondo, del juzgador de instancia, rechazando, en los fundamentos de su sentencia, el defecto litisconsorcial.

SEGUNDO.- Vencida en instancia, la parte demandante 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, aunque, utilizando una técnica más propia de un recurso ordinario –como una apelación-, después de invocar con un simple enunciado, en los dos primeros motivos del recurso, la revisión fáctica y la denuncia jurídica, entremezcla, en el motivo tercero, apreciaciones fácticas y jurídicas –algo impropio de un recurso extraordinario como una suplicación-, sin que, en cuanto a la revisión fáctica, especifique, en los términos exigidos en el artículo 194 de la Ley de Procedimiento Laboral, (1) los hechos declarados probados afectados por la revisión fáctica y su redacción alternativa y/o la redacción de los hechos cuyo añadido se pretenda, (2) el señalamiento suficiente e identificativo –lo idóneo es a través de la concreción del folio de autos- de los documentos o pericias sustento de la revisión fáctica, y (3) la pertinencia y la fundamentación de la revisión fáctica. Frente a la formalización del recurso de suplicación, los tres codemandados la impugnan, en escritos separados, donde, además de incidir todos en los defectos formales de ese escrito de formalización, solicitan, a la vista de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia –que consideran inalterable-, su íntegra confirmación.

TERCERO.- A pesar de la amplia denuncia jurídica –se citan diversas normas de la Constitución, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley General de la Seguridad Social, de la Ley de Procedimiento Laboral, del Código Civil y del Convenio Colectivo de la Construcción de A Coruña-, la concreta cita de la norma jurídica aplicable al caso de autos se realiza genéricamente como “Ley y Reglamento General Vigente sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo”, denuncia la cual se debe entender hecha a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y, más específicamente, al tratarse de una puesta a disposición de una empresa usuaria a través de una empresa de trabajo temporal, debemos acudir al artículo 28 de dicha Ley, transposición interna de lo regulado en la Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio, por

la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. Tal norma se completa con lo dispuesto en materia de salud laboral –en su artículo 16 y otros concordantes– en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. No son aplicables, atendiendo a la fecha del accidente de trabajo, las previsiones establecidas en el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, aunque esas previsiones puedan ofrecer algún criterio interpretativo de interés.

Si algo caracteriza a esas normas sobre salud laboral en las empresas de trabajo temporal es la complejidad de las obligaciones de esas empresas y de las empresas usuarias y su íntima interconexión, al punto de que, sin verificarse el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de una de las empresas, difícilmente se puede verificar el cumplimiento o incumplimiento de otra de las empresas. Por lo tanto, aunque no se haya discutido en el recurso de suplicación, la Sala debe de oficio apreciar la existencia de un defecto litisconsorcial, al no estar demandada la empresa usuaria. No se trata de un litisconsorcio fundado en el carácter solidario de una eventual responsabilidad conjunta, sino en que, por razones de derecho material, la triangularidad de la relación existente entre la empresa de trabajo temporal, la empresa usuaria y el trabajador aconsejan solventar con audiencia de todas las partes implicadas la depuración judicial de sus eventuales responsabilidades solidarias. Lo anterior llevará a la nulidad de actuaciones desde el momento de admisión a trámite de la demanda con la finalidad de que, en los términos establecidos en el artículo 81 de la Ley de Procedimiento Laboral, se amplíe la demanda contra la empresa usuaria, con apercibimiento de archivo si no se subsanare en el plazo de cuatro días, ya que, si no se subsanare, estaríamos ante un defecto impeditivo, por los motivos expuestos, de un análisis separado de las eventuales responsabilidades.

CUARTO.- Conviene precisar, en todo caso, que, en el juicio laboral, el principio de búsqueda de la verdad aconseja, en especial en los litigios sobre siniestros laborales debido a la máxima consideración de los derechos de la víctima y del notorio interés público en su prevención, remover los obstáculos, dentro de los márgenes establecidos en las leyes procesales,

impeditivos del esclarecimiento de las circunstancias del litigio, más aún cuando, en el caso de autos, la situación de desamparo probatorio del trabajador demandante en cuanto a las circunstancias del accidente y a la vinculación de las demandadas aparenta obedecer en gran medida –lo cual se dice *prima facie* sin perjuicio de lo que, a la vista de la oportuna celebración de juicio y, en su caso, intervención del juzgador de instancia, se deba concluir de modo definitivo– a la actuación de las propias demandadas, en primer lugar, porque la inactividad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y del Gabinete Provincial de Seguridad e Higiene, se debe a que, en la copia del parte de accidente de trabajo entregada a la Autoridad Laboral, se hace constar a mano que el accidente es “menos grave” –folios 22 y 23–, como ocurre con la copia en poder de la Mutua –folio 224–, cuando, en la copia en poder del trabajador, no está escrita esa especificación, ni se aclara cuál es la gravedad de accidente –folio 161–, y, en segundo lugar, porque la Entidad Mercantil Estructuras del Norte Sociedad Limitada –absuelta por falta de legitimación pasiva– no aclara, como resulta exigible de la buena fe procesal, su vinculación con la Entidad Mercantil Reposiciones y Obras Sociedad Limitada, empresa usuaria cuya ausencia del proceso ha determinado la apreciación del defecto litisconsorcial, a pesar de que aquella tiene su domicilio social –folio 104, vuelto– en el mismo lugar declarado como domicilio de esta empresa usuaria en el contrato de puesta a disposición –folio 268–.

Fallamos

Apreciando de oficio la situación de litisconsorcio pasivo necesario con relación a la Entidad Mercantil Reposiciones y Obras Sociedad Limitada, declaramos la nulidad de lo actuado desde la providencia de admisión a trámite de la demanda y concedemos al demandante un plazo de cuatro días a los efectos de subsanar el defecto litisconsorcial, con apercibimiento de archivo.

3562 Recurso núm. 5.299/99

S.CA. PERSOAL ESTATUTARIO AO SERVIZO DE INSTITUCIÓNS SANITARIAS. COBERTURA INTERNA DE PRAZAS. COMPETENZA DA XURISDICCIÓN SOCIAL. FALTA DE LEXITIMACIÓN DE ASOCIACIÓN PROFESIONAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a quince de febreiro de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.299/99, interpuesto por el Letrado don Antonio Moretón Brasa, en nombre y representación de don J.J.V.R., doña M.L.T.D., don J.L.B.S. y doña S.V.P., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de los de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 406/99 se presentó demanda por la "A.E.T.R.", sobre NULIDAD RADICAL DE DESTINO, frente a don J.J.V.R., doña M.L.T.D., don J.L.B.S. y doña S.V.P. y al "SERVICIO GALEGO DE SAÚDE". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de julio de 1999 por el Juzgado de referencia, que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Probado que los demandados don J.J.V.R., doña M.L.T.D., don J.L.B.S. y doña S.V.P. prestan servicios como A.T.S./D.U.E. en el Servicio de Radiología del Complejo Hospitalario "C." y además de sus propias funciones de A.T.S./D.U.E. realizaron las siguientes: a) T.A.C. (tomografía axial computerizada): Inyección de medios de contrastes. Manejo de equipo. Instrumentación y manejo de equipos de enfermos que precisen anestesia. Colaboración con el Radiólogo en pruebas especiales (drenajes, biopsias, etc.). Coordinar la movilización de enfermos críticos, politraumatizados... B) Telemandos, urografías y especialidades: manejo del propio equipo. Inyección de medios de contrastes. Sondajes uretrales y vesicales. Inyección de contrastes en estudios vasculares. Colaboración con el Radiólogo en estudios (drenajes, punciones, biopsias, etc.). SEGUNDO.- Por Orden Ministerial de 14 de junio de 1984, B.O.E. de 18 de junio, se regularon las competencias y funciones de los Técnicos Especialistas de Formación Profesional de Segundo Grado de la Rama Sanitaria de Laboratorio, Radiodiagnóstico, Ana-

tomía patológica, Medicina nuclear y Radioterapia. En sus artículos 3 y 4 se enumeran una serie de funciones que después de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1988 (por la que se anuló la Disposición Adicional de la citada Orden), sólo pueden ser desempeñadas por Técnicos especialistas o por A.T.S./D.U.E. con la correspondiente especialidad, a saber: En su artículo 3º la función de los Técnico especialistas es: contribuir a utilizar y aplicar las técnicas de diagnóstico y de tratamiento en el caso de los técnicos de radioterapia, de tal forma que garanticen la máxima fiabilidad, idoneidad y calidad de las mismas, en virtud de su formación profesional. "Para el óptimo desarrollo de la función descrita en el artículo anterior, añade el artículo 4, los Técnicos Especialistas de Formación Profesional de Segundo Grado, Rama sanitaria, relacionadas en el artículo primero serán habilitados para realizar, bajo la dirección y supervisión facultativa, las siguientes actividades: 1.- inventario, manejo y control, comprobación del funcionamiento y calibración, limpieza y conservación, mantenimiento preventivo y control de las reparaciones del equipo y materia a su cargo. 2.- Inventario y control de los suministros de piezas de repuesto y material necesario para el correcto funcionamiento y realización de las técnicas. 3.- Colaboración de la obtención de muestras, manipulación de las mismas, realización de los procedimientos técnicos y su control de calidad para los que estén capacitados en virtud de formación y especialidad (competencias atribuidas específicamente a los Técnicos Especialistas de Laboratorio, o bien, a los A.T.S./D.U.E. con especialidad concreta. 4.- Colaboración en la información y preparación de los pacientes para la correcta realización de los procedimientos técnicos. 5.- Almacenamiento, control y archivo de las muestras y preparaciones, resultados y registros. 6.- Colaboración en el montaje de nuevas técnicas. 7.- Colaboración y participación en los programas de formación en los que esté implicado el servicio o unidad asistenciales o en los de la institución de la que forma parte. 8.- Participar en las actividades de investigación relativas a la especialidad técnica a la que pertenezcan, colaborando con otros profesionales de la salud en las investigaciones que se realicen. TERCERO.- la Orden Ministerial de 11 de diciembre de 1984 (B.O.E. de 9 de enero de 1985) se ocupa de modificar el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario titulado y Auxiliar de clínica, incluyendo a los Técnicos Especialistas de laboratorio, Radiodiagnóstico, Anatomía patológica, Medicina nuclear y Radioterapia, de Formación profesional de Segundo Grado, rama

sanitaria; concretamente el artículo 73 bis del mismo estatuto establece las funciones de los Técnicos Especialistas en términos idénticos a los del artículo 4º de la Orden de 11 de junio de 1984. Ambas órdenes Ministeriales fueron dictadas antes del ingreso de España en la Comunidad Europea (C.E.E. actualmente denominada Unión Europea). CUARTO.- Los demandados A.T.S./D.U.E. tienen además las siguientes titulaciones: “haber superado Curso de Radiodiagnóstico General”. QUINTO.- La demandante agotó la vía administrativa previa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO. Que estimando en parte la demanda presentada por “A.E.T.R.” contra don J.J.V.R., doña M.L.T.D., don J.L.B.S. y doña S.V.P. y “SERGAS.”, debo declarar y declaro que los demandados no están legitimados para realizar funciones que impliquen la emisión de radiaciones ionizantes; en consecuencia de tal declaración, debo condenar y condeno a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al “SERGAS.” que releve a estos demandados de la realización de dichas funciones en tanto en cuanto no estén en posesión de título habilitante para ello. 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, remitiéndose las actuaciones al Ministerio Fiscal para oportuno informe sobre posible incompetencia de jurisdicción, que emitió, quedando lo actuado nuevamente a disposición del Ilmo., Sr. Magistrado-Ponente para dictado de la presente resolución.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte demandada (Servicio Galego de Saúde y los ATS/DUE personalmente demandados) la sentencia de instancia, que acogió en parte 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, en sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncian como infringidos los arts. 17.2 y 3.a.) LPL así como doctrina contenida en STS de que cita, argumentando, en esencia, que: A) Por parte de las personas físicas demandadas, que la asociación actora carece de legitimación activa para plantear la cuestión litigiosa, por cuanto no ostenta la condición de asociación patronal ni de sindicato, por lo que no puede acudir a la

jurisdicción social en defensa de intereses colectivos, cuya defensa encomienda la ley a aquellos entes. B) Por el Servicio Galego de Saúde, se invoca la falta de competencia, por razón de la materia, de los órganos de la jurisdicción social, para conocer del presente litigio y ello con fundamento en que la cobertura de vacantes de personal de instituciones sanitarias de la Seguridad Social, los litigios que se produzcan dentro de dicho ámbito deben ser resueltos por la Jurisdicción contencioso administrativa. En cuanto al fondo de la cuestión litigiosa, con igual amparo procesal ambos codemandados recurrentes, invocan: A) Por los ATS/DUE la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el art. 14 del RD 1.891/91 de 30 de Diciembre, argumentando que los recurrentes ostentan titulación suficiente, expedida por el Consejo de Seguridad Nuclear, que les habilita para actuar como operadores de equipos de Rayos X por lo que su destino en los puestos de trabajo es conforme con la legalidad vigente. B) En cuanto al Servicio Galego de Saúde, se adhiere a los motivos alegados por los codemandados y se invoca la infracción del RDL 3/87 de 11 de septiembre art. 2.3.a) en relación con la O. de 17/1/97 y los arts. 59 y 73 bis del EPSNF en la redacción dada por la O. de 14/6/84, argumentando que las funciones de los ATS/DUE y sus conocimientos son superiores a los de los TER, gozando de capacidad y titulación suficiente para ocupar las plazas que fueron destinados.

Ambos recursos han sido impugnados por la asociación demandante.

SEGUNDO.- Analizando, en primer lugar, la cuestión de “competencia por razón de la materia”, la invocación de dicha excepción - desestimada en la instancia - obliga a la Sala a conocer de la misma sin someterse a los estrictos límites formales del recurso de Suplicación no quedando vinculada a las alegaciones de las partes, sino que permite el análisis del total material probatorio existente en autos, tal como tiene sentado de forma reiterada la doctrina de nuestro mas Alto Tribunal, (SSTs 23.01.90 y 01.03.90 entre otras), en consecuencia y entrando en el análisis de los elementos probatorios obrantes en el pleito se ha de partir, en esencia, de los siguientes datos: 1.- La parte actora es la “A.E.T.R.”, cuya representatividad no consta; 2.- Que el litigio tiene como objeto la declaración de nulidad del destino de los codemandados con categoría de ATS/DUE, para el ejercicio de funciones técnicas que impliquen la emisión de radiaciones ionizantes; así como para que dichos codemandados sean preteridos de reali-

zar procedimientos técnicos que impliquen la emisión de radiaciones ionizantes; partiendo de tales datos, la acción ejercitada se refiere a la cobertura interna de plazas, y determinación de funciones entre los colectivos en pugna, por lo que siguiendo la doctrina contenida en STS de 27 octubre 2000, 09.12.98, 20.11.98 (RJ 1998\10.014), 11.05.98 (RJ 1998\4.323), 06.03.97 y 29.04.96, el motivo debe ser desestimado ya que: A) La disposición derogatoria única a) 1 del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio (RCL 1994\1.825), mantiene la vigencia de la norma singular y excepcional de atribución competencial al orden jurisdiccional social que estaba contenida en el art. 45.2 LGSS/1974 –en el que se declara que “sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la Jurisdicción de Trabajo será competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades gestoras y su personal”; B) La anterior norma se entroniza a través del art. 2 p) LPL dentro del marco competencial de esta jurisdicción; C) El contenido del art. 45.2 LGSS/1974 justifica la declaración de competencia del orden social al afectar, esencialmente, la cuestión debatida a la procedencia o no de asignar determinadas funciones a un concreto personal estatutario en atención a su especialización con las consecuencias que de ello deriven y en la determinación de las funciones o cometidos que la Entidad Gestora pudiera asignar a determinado personal en atención a su capacitación específica, lo que es claramente encuadrable entre las materias que como objeto de conocimiento del orden social le son asignadas por dicho precepto; consecuentemente corresponde a esta jurisdicción, tal y como informa el Ministerio Fiscal conocer de la cuestión debatida, por lo que se desestima el motivo planteado.

TERCERO.- En cuanto a la excepción de falta de legitimación activa de la Asociación demandante, invocada por las personas físicas codemandadas, esta Sala en S., de 30/12/2002 recaída al resolver el recurso 4.426/1999, acogió dicha excepción con fundamento en que, si bien de conformidad con las con las sentencias del TC 34/94 de 31 de enero y 192/1997 de 11 de noviembre y por entender que la actora es una Asociación profesional que promueve este pleito en defensa de un interés que le es propio, es decir, un interés profesional, negarle la capacidad de accionar sería como negarle el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque en este caso los efectos inmediatos pudieran recaer en los intereses de otras personas máxime cuando el art. 17.1 LPL dispone que, “los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo

podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos por las leyes”, la Sala considera que el hecho de ejercitar una acción en defensa de los intereses en abstracto de un colectivo, es una función que se encuentra dentro del párrafo 2º de dicho precepto legal, y a cuyo tenor “Los sindicatos de los trabajadores y las Asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios” cuyo ejercicio debe ser encauzado por el procedimiento especial de conflicto colectivo regulado en el art. 151 y siguientes de LPL, por lo que la asociación recurrente, constituida al amparo de la Ley 1.917/1964 de Asociaciones no encaja en ninguno de los órganos o entidades dotadas de legitimación activa, conforme al citado precepto legal, pues no se trata ni de un empresario, ni de un sindicato ni de asociación empresarial por lo que carece de legitimación para promover conflictos colectivos. En el ejercicio de acciones individuales, a favor de sus posibles asociados, resulta que tal posibilidad regulada en el art. 20 LPL también se halla limitada a los sindicatos y con unos requisitos concretos y determinados, como son, la advertencia al afiliado, falta de oposición de este y acreditando en la demanda tales extremos, acción que aquí tampoco se ejercita por dicha asociación pues no indica quien sea el asociado beneficiado por tal acción. Por tanto, la acción ejercitada, sería distinta a las expuestas (no individual directa, no individual en representación, no colectiva), de carácter genérico y en beneficio de unos asociados no identificados y en perjuicio de personas concretas y determinadas, por ello entendemos que dicha Asociación carece de la legitimación precisa para el ejercicio de esta especial acción procesal que ni defiende derechos individuales - pues no hay constancia de afiliado en concreto - ni unos derechos colectivos mediante una acción que debería interponer por la modalidad procesal correspondiente; nos encontramos ante una pretensión no apoyada en un derecho jurídico-material ni en un derecho jurídico-procesal ya que la actora no es titular de un interés individual protegible, ni de un interés social propio tutelable, introduciéndose en la relación contractual de otros sujetos, que son los demandados, lo que no constituye un interés legítimo tutelable, por ello existe una falta de acción que se enlaza con la falta de legitimación activa de la Asociación demandante.

CUARTO.- A mayor abundamiento, siguiendo el criterio contenido en la STSJ de Castilla-León de 05.05.98, para el ejercicio, por

parte de la Asociación, de acciones en defensa de sus asociados, tiene que ser acordado por la Asamblea General. Acuerdo, que por otra parte se exige en el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativo (STS 14.11.90), y que con relación a la "A.E.T.R.", en un supuesto similar al que ahora nos ocupa, resuelve en el mismo sentido la sentencia dictada por el TSJ Canarias, de fecha 27.03.01, acuerdo que aquí no consta por lo que carece de legitimación para plantear la acción que ejercita, todo lo cual implica que, acogiendo el recurso planteado, sin entrar en el fondo de la cuestión litigiosa, se desestima la demanda rectora de los autos.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que, acogiendo la excepción de falta de legitimación de la parte actora, estimamos el recurso de suplicación formulado por don J.J.V.R., doña M.L.T.D., don J.L.B.S. y doña S.V.P., junto con el SERGAS contra la sentencia dictada el 23.07.99 por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Ourense en autos Nº 406-1999, sobre NULIDAD DE DESTINO, seguidos a instancias de la "A.E.T.R." contra los recurrentes, y con revocación de dicha resolución sin entrar en el fondo de la cuestión debatida, desestimamos la demanda rectora de los autos.

3563 Recurso núm. 396/2000

S.S. PROCEDENCIA DO RECOÑECEMENTO DO DEREITO A PENSIÓN DE VIUVEDADE DE VIUVA DE PENSIONISTA DE XUBILACIÓN, DE ACORDO CO CONVENIO HISPANO-SUIZO DE SEGURIDADE SOCIAL.

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

A Coruña, a diecisiete de febrero de dos mil tres.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 396/2000 interpuesto por INSTITUTO NACIO-

NAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 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 doña J.V.D. en reclamación de VIUVEDADE siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 554/99 sentencia con fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- La actora doña J.V.D., el 5 de noviembre de 1975, contrajo matrimonio con don J.A.A.M., el cual falleció en mayo del año 1991. 2.- En fecha 13 de marzo de 1998, la actora solicitó pensión de viudedad, siendo desestimada por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 24 de abril de 1999 por no acreditar el causante un período mínimo de cotización de 500 días dentro de los cinco anteriores al fallecimiento. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 18.06.99, por no acreditar el período mínimo de cotización de 500 días dentro de los 5 años anteriores, y por no hallarse en alta o situación asimilada, no cumplimentado el período de cotización de 15 años. 3.- El causante don J.A.A.M., acredita 788 días de cotización efectiva al Régimen General de la Seguridad Social española, en diversos periodos comprendidos entre el 24.10.68 al 05.05.77. Asimismo acredita cotizaciones a la Seguridad Social Suiza (septiembre) un total de 121 meses durante el siguiente periodo:

MESES	AÑOS
1972	5
1973	11
1974	11
1975	-
1976	-
1977	8
1978	9
1979	10
1980	11
1981	8
1982	9
1983	10

1984	10
1985	10
1986	9

4.- En fecha 4 de septiembre de 1987 se dicta Resolución por la Dirección Provincial del INSS. Por la que se declara al causante don J.A.A.M. afecto de incapacidad permanente en grado de absoluta para toda clase de trabajo y se deniegan las prestaciones derivadas por ser Suiza el responsable del abono de las mismas, en base al Convenio Bilateral señalando como fecha de iniciación de la pensión en su caso el 09.02.87. El causante estuvo percibiendo la prestación de I.P.A., abonada por la Seguridad Social Suiza, hasta mayo del 91 en que falleció.

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña J.V.D. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad solicitada y, en consecuencia condeno a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la actora la prestación indicada en cuantía mensual equivalente al 45% de la base reguladora que correspondía al causante, con aplicación del factor prorata temporis que corresponda y aplicación de las mejoras y revalorizaciones que procedan y efectos reglamentarios.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por doña J.V.D. contra el INSS y la TGSS y declaró el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad solicitada y en consecuencia condenó a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a abonar a la actora la prestación indicada en la cuantía mensual equivalente al 45% de la base reguladora que correspondía al causante, con aplicación del factor prorata temporis que corresponda y aplicación de las mejoras y revalorizaciones que procedan y efectos reglamentarios.

Se alza en suplicación la representación procesal del INSS y la TGSS, interponiendo recurso, correctamente amparado en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia infracciones jurídicas.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia en el primer motivo de recurso, infracción por aplicación indebida del artículo 137.1 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 1del RD 1.300/95 de 21 de julio e inaplicación de la jurisprudencia del TS, contenida entre otras en las sentencias de 14.10.91, 22.10.91 etc; alegando en esencia que en el caso de autos, si bien las lesiones del marido de la actora fueron calificadas como constitutivas de incapacidad permanente absoluta, al no cobrar en España las prestaciones inherentes a dicha situación, no puede merecer el calificativo de pensionista de incapacidad permanente ante la seguridad social española sino ante la suiza, al amparo de cuya legislación cobraba el causante la pensión de invalidez, por lo que debe aplicarse la doctrina contenida en las sentencias del TS indicadas en las que se niega la posibilidad de declarar situaciones de incapacidad permanente sin derecho a prestaciones económicas.

Los hechos probados que se recogen en la sentencia no son cuestionados y a ella estaremos. De los mismos y aquellos que son confirmes por las partes resulta lo siguiente:

El fallecido don J.A.A.M. falleció en mayo de 1991, acreditado 788 días de cotización efectiva al régimen general de la seguridad social española en diversos periodos comprendidos entre el 24.10.68 al 05.05.77, asimismo acredita cotizaciones a la seguridad social suiza (septiembre) un total de 121 meses entre el 1972 y 1986. Por resolución de la dirección provincial del INSS de 4 de septiembre de 1987 se declara al causante afecto de invalidez permanente absoluta para toda clase de trabajo y se deniegan las prestaciones solicitadas por ser Suiza el responsable del abono de las mismas, en base al convenio bilateral señalando como fecha de iniciación de la pensión el 09.02.87. El causante estuvo percibiendo la prestación de IPA abonada por la seguridad social suiza, hasta mayo de 1981 en que falleció.

Así las cosas se nos plantea si cabe considerar si don J.A.A.M., a su muerte, se encontraba en alta o en situación asimilada a

ella, y por tanto podía causar las prestaciones de supervivencia que aquí se reclaman.

Ahora bien, su situación ¿cabe considerarla como de alta o asimilada a ella? Formalmente el legislador sólo ha considerado como situaciones asimiladas al alta (a los efectos de las prestaciones aquí debatidos) las siguientes: la percepción de auxilios económicos de asistencia social de carácter periódico (art. 9 OM 31.07.72 [RCL 1972\1.537, 1.714, 1.211 y NDL 27.324]); ayudas previas a la jubilación ordinaria (art. 23.01.3 Ley 27/1984, 26 julio [RCL 1984\1.935 y ApNDL 7.419], RD 825/1993, 28 mayo [RCL 1993\1.871] y 2.1 OM 05.10.94 [RCL 1994\2.978 y 3.235]); la situación de contrato celebrado al amparo del art. 21 del Reglamento General del Mutualismo Laboral (RCL 1954\1.416 y NDL 22.086); Convenio Especial [art. 29.2 RGP (RCL 1966\2.394 y NDL 27.247), art. 2.4.c) O. 13.02.67 (RCL 1967\360 y NDL 27.257) y O. 18.07.91 (RCL 1991\1.915), reguladora del Convenio Especial]; la derivada de los Convenios Especiales a favor de Diputados y Senadores de las Cortes Generales, Diputados del Parlamento Europeo, miembros de Gobierno y Parlamento de Comunidades Autónomas, emigrantes e hijos de emigrantes, de trabajadores de temporada comprendidos en los Sistemas Especiales de Frutas y Hortalizas y Conservas Vegetales; desempleo total y Subsidio [art. 2.4.d) O. 13.02.67]; excedencia forzosa [art. 2.4.a) O. 13.02.67]; excedencia laboral para el cuidado de hijo con reserva de puesto de trabajo (art. 17.2 RD 356/1991 [RCL 1991\748 y 872]); huelga y cierra patronal (art. 20 30.04.77 [RCL 1977\1.036 y ApNDL 3.624]); paro involuntario no subsidiado [art. 2.4.e) O. 13.02.67]; períodos de inactividad entre trabajos de temporada (OM 23.03.71 [RCL 1971\692 y NDL 27.303]); servicio militar o prestación social substitutiva [art. 2.4. f) O. 13.02.67]; situaciones derivadas de la Ley 46/1977 (RCL 1977\2.204 y ApNDL 479), de Amnistía; y traslado del trabajador, por su empresa, fuera del territorio nacional [art. 2.4. b) O. 13.02.67].

Junto a las enumeradas, siempre cabe la posibilidad de que el MTAS [art. 2.4.s) de la O. 13.02.67] decida reconocer a otras.

Como se puede apreciar, en el supuesto de autos ha de afirmarse que el causante en la fecha de su fallecimiento se encontraba percibiendo pensión de incapacidad permanente absoluta con cargo a la seguridad social Suiza (pues según consta en la fundamentación jurídica aunque con valor de HDP incombato) por haber contraído la enfermedad invalidante

en suiza con arreglo al convenio bilateral, pero la declaración de incapacidad permanente absoluta fue efectuada por la seguridad social española, por lo que cabe admitir que ostentaba en el momento de su fallecimiento la condición de pensionista de incapacidad permanente absoluta ante la seguridad social española, aunque el pago por las normas del convenio lo efectuase la seguridad social suiza, ostentando el causante por ello la condición de pensionista con arreglo a convenio, por lo que en aplicación del artículo 172.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social podía causar derecho a la pensión de viudedad reclamada. Por lo que no puede apreciarse que la sentencia recurrida haya incurrido en las infracciones denunciadas en el motivo; y no estimándose de aplicación al supuesto de autos la doctrina jurisprudencial invocada, procede por ello la desestimación de este primer motivo del recurso.

Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia que la sentencia recurrida ha incurrido en infracción por inaplicación del artículo 158.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social, precepto vigente en el momento de sobrevenir el hecho causante, aplicación indebida del artículo 7.1.b) de la orden de 13.02.67, en relación con la jurisprudencia relativa a la doctrina del paréntesis contenida, entre otras, en las sentencias de 01.04.93, 01.07.93 etc, alegando en esencia que en primer lugar, esta parte niega que la condición de pensionista de invalidez la ostente el actor ante la seguridad social española, por lo que no puede ser comprendido el causante dentro del artículo 158.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social y respecto del acceso de la situación peticionada desde la situación de alta o asimilada en la que la sentencia de instancia deduce que esta el causante, se exigen 500 días de cotización, que no reúne el causante, considerando no aplicable al supuesto de autos la denominada teoría del paréntesis, por lo que la carencia de 500 días debe computarse desde que se produjo el hecho causante (mayo de 1991 lo que lleva a que el causante no acredite 500 días de cotización dentro de los 5 años anteriores al hecho causante.

En lo que concierne a los requisitos de cotización de las distintas prestaciones contributivas, la Sala de lo social del Tribunal Supremo ha aplicado los períodos de carencia impuestos en las normas legales y reglamentarias (TS, IV, 15.10.97 [RJ 1997\7.352]), pero, cuando la normativa exige que las cotizaciones acumuladas

se acrediten en un período próximo al acaecimiento de la contingencia protegida, ha recurrido a reglas de cómputo que descartan el tiempo en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo involuntario. Esta doctrina jurisprudencial de exclusión de la situación de desempleo involuntario como «paréntesis no computable», se ha aplicado por la jurisprudencia al requisito de «carencia específica» de la pensión de jubilación, extendiéndose últimamente su utilización al cálculo de la base reguladora de la pensión de invalidez permanente (TS, IV, 07.02.00 [RJ 2000\1.610], y otras muchas posteriores) y al requisito de encontrarse en situación de incapacidad temporal para ser declarado inválido permanente con derecho a prestaciones (TS, IV, 10.07.00 [RJ 2000\1.610])

La aplicación en el presente caso de la doctrina del «paréntesis no computable» retrotrae la fecha de cómputo del período de cotización (quinientos días en los cinco años anteriores al hecho causante) de la pensión de viudedad solicitada a los cinco años anteriores a la declaración de invalidez, por cuanto que el período en que el causante fue preceptor de la prestación de incapacidad permanente absoluta esto es el 04.09.87 hasta su fallecimiento en mayo de 1991, ha de considerarse como un paréntesis y retrotraer a los cinco años anteriores a la declaración de invalidez la carencia de 500 días que exige el artículo 7.1.b) de la orden de 13.02.67, que si acredita el causante en base a las cotizaciones suizas y que cumplen sobradamente el requisito de cotización de la pensión de viudedad solicitada. Todo lo cual conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia de instancia.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 Ourense, de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada en autos núm. 554/99 seguidos a instancia de doña J.V.D. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre VIUEDAD, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3564

Recurso nº 8.119/1998

S.CA. PRESTACIÓN POR DESEMPREGO: CONNIVENCIA DA TRABALLADORA COA EMPRESA. ACTA DE INFRACCIÓN: FALLA DE VALOR PROBATORIO SUFICIENTE PARA DESTRUI-LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Ó NON EXTENDERSE A CONCEPTOS OU CALIFICACIÓNS XURÍDICAS. NULIDADE DE PLENO DEREITO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a diecisiete de febreiro 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 8.119/98, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "C.E.V., S.L.", representada por el procurador don A.R.P. y dirigida por la letrada doña C.M.N., contra acuerdo de 20.03.98 desestimatorio de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 1.764/96. Expediente número 12.950/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es TRES MIL ONCE EUROS (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 fun-

damentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día cinco de febrero de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución de la Dirección General de Trabajo de 20 de marzo de 1998, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña de 15 de abril de 1997, derivada de acta de infracción nº 1.764/96, que imponía a la recurrente la sanción de 501.000 pesetas por comisión de la infracción calificada como muy grave en el artículo 29.03.02 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

SEGUNDO.- En la resolución sancionadora se imputa a la entidad recurrente, de acuerdo con lo reseñado en el acta de infracción, haber incurrido en connivencia con la trabajadora doña M.C.T.S. para la obtención indebida de prestaciones por desempleo. Como dicha resolución explicita que se dicta visto el expediente sancionador incoado por acta de infracción nº I/96001764, se hace preciso indagar si de tal acta pudiera haber inferido racionalmente la autoridad decisora la existencia del hecho infractor y la responsabilidad de la aquí recurrente, toda vez ningún otro elemento probatorio previo a la resolución sancionadora obra en dicho expediente.

TERCERO.- Pues bien, en base al análisis de los datos que se desprenden del expediente administrativo y de lo actuado en el presente proceso, no cabe otorgar al acta de infracción valor probatorio suficiente para destruir la presunción de inocencia.

Así, por más que en el acta se consigna que “de los anteriores hechos y de las actuaciones practicadas por la Controladora Laboral actuante, se deduce la connivencia entre trabajadora y empresa para la obtención indebida de prestaciones por desempleo...”, no goza esa afirmación de la presunción probatoria de los actos de la inspección, que sólo alcanza a circunstancias de carácter fáctico

descriptivas de observaciones del inspector pero que no se extiende a conceptos o calificaciones jurídicas, siendo así que operación de calificación jurídica es considerar una conducta como de connivencia para la obtención indebida de prestaciones por desempleo.

Parte el acta y, por ende, la resolución sancionadora, para llegar a la conclusión de existencia de connivencia para la obtención indebida por la trabajadora de la prestación por desempleo, del hecho no cuestionado de que doña M.C.T.S. estuvo trabajando en la empresa “E.P.A., S.L.” y cesó allí voluntariamente el 05.01.96, situación en la que suscribió contrato, también por tiempo indefinido, con la empresa recurrente el 11.04.96.

Sin embargo, de ese solo dato de haber cesado la citada trabajadora voluntariamente en una empresa y haber pasado a otro puesto de trabajo en empresa distinta no es dable inferir la existencia de la connivencia imputada, máxime cuando nada se dice en tal acta sobre cuál fuere el tiempo durante el cual aquella persona había sido trabajadora de la anterior empresa o sobre si ambas empresas tenían el centro de trabajo radicado en la misma ciudad, y cuando, además, el paso a otro puesto de trabajo en empresa distinta no lo fue, ciertamente, de forma inmediata y mediante contratación eventual sino dos meses después y bajo la modalidad de contratación indefinida.

Tampoco precisa el acta, ni a ello se alude en la contestación a la demanda, el por qué habría de suponer indicio de connivencia el hecho de haberse contratado a la citada trabajadora como promotora comercial pese a no tener experiencia profesional en tal actividad, sobre todo tratándose de actividad que, como afirma la parte recurrente, quizás no requiera de mucha ciencia y sí de don de gentes. En todo caso ni en el acta, ni en la resolución impugnada, ni en la contestación a la demanda se hace afirmación alguna sobre lo indispensable de estar dotado de una experiencia determinada para prestar aquel servicio, como tampoco se exterioriza cuál sea el enlace causal y lógico existente entre aquel hecho y la supuesta connivencia.

Refiere el acta de infracción, por último, que el Administrador de la empresa manifestó, en el transcurso de la visita inspectora, desconocer a la trabajadora mencionada, a pesar de habersele mostrado el DNI de la trabajadora y el contrato de trabajo. Como quiera que la propia Dirección Provincial, órgano del que emanó la resolución sancionadora, hace ver en su informe

al recurso administrativo ordinario que el acta se basa en las declaraciones del administrador de la empresa recurrente y que, a la vista de las alegaciones que formula dicha empresa, “se plantean dudas racionales en la descripción de los hechos que se reflejan en el anexo del Acta de Infracción”, es obvio que esos hechos sobre los que existen “dudas razonables” no pueden ser tomados en consideración para construir la prueba de indicios, la cual ha de partir de unos hechos plenamente probados, ya que no cabe construir certezas sobre la base de simples sospechas o probabilidades.

CUARTO.- No existiendo, por ello, en el expediente, elementos probatorios que puedan ser considerados suficientes para fundamentar un juicio razonable sobre la comisión por parte de la aquí recurrente de los concretos hechos que se le atribuyen y no resultando ajustada a los cánones de la lógica la valoración que el órgano resolutor hace de las diligencias practicadas en el mismo, no cabe sino concluir que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia que ostentaba tal recurrente, lo que comporta la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida (artículo 62.1.a) LRJPAC), lo que determina la procedencia de estimar el recurso

QUINTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador don A.R.P., en representación de la entidad “C.E.V., S.L.”, contra resolución de la Dirección General de Trabajo de 20 de marzo de 1998, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña de 15 de abril de 1997, derivada de acta de infracción nº 1.764/96, la que anulamos, por ser contraria a Derecho; sin expresa imposición de costas.

3565 Recurso núm. 11/03

S.S. EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO POR DENUNCIA DO TÉRMINO RESOLUTORIO LÍCITAMENTE PACTADO, NON PODENDO APRECIARSE A EXISTENCIA NIN DE DESPEDIMENTO NIN DE SUCESIÓN DE EMPRESAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 11/03 interpuesto por doña M.C.V.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.V.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado las empresas TRAGSA y TRAGSEGA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 677/02 sentencia con fecha diecisiete de octubre 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:

“1.- La demandante, doña M.C.V.G., mayor de edad, con D.N.I. núm. ... prestó servicios para la empresa TRAGSA desde el día 18 de junio de 2001 hasta el 22 de julio de 2002, con la categoría profesional de Titulado Superior Veterinario en el Centro de Trabajo de Lugo y salario de 1.593,97 euros, incluida la prorrata de pagas extras. 2.- En fecha 7 de julio de 2002 la empresa TRAGSA le comunica a la actora la extinción de su relación laboral: *“Muy Sra. Mía: próxima la fecha de finalización de la relación laboral que actualmente mantiene con nosotros, y de acuerdo con lo establecido en el artículo: 8 Apartado: 1 del RD 2720/98 de 18 de diciembre de 1998. Conforme al cual se formalizó en su día su contrato de trabajo, le comunico que el próximo día 22 de julio de 2002 causará baja en esta empresa por finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro de la obra para la que fue contratado. A partir de la fecha antes indicada tendrá a su disposición en estas oficinas la correspondiente liquidación y finiquito. Lo que le participamos para su conocimiento y efecto rogándole se sirva firmar el duplicado. Deseo expresarle mi mayor conside-*

ración por los servicios prestados". 3.- La actora no está de acuerdo con dicho cese en fecha 01.08.02 presentó papeleta de conciliación ante el SMAC de Lugo frente las empresas TRAGSA Y TRAGSEGA, celebrándose el acto de conciliación el día 19.08.02, resultando sin efecto respecto a TRAGSEGA y sin avenencia respecto a TRAGSA. 4.- En fecha 02.09.02 la actora interpone demanda frente a las empresas TRAGSA y TRAGSEGA, solicitando se declare la existencia de un despido nulo o subsidiariamente improcedente y se condene a las demandadas a que la readmitan en su mismo puesto de trabajo o a que le indemnicen de acuerdo con la ley, con todo lo demás que proceda. 5.- El contrato de trabajo de la actora era de duración determinada para obra o servicio determinado y el objeto del contrato de 01.01.02 era: la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la ora A.T. de acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002. 6.- La actora estuvo de baja del 08.01.92 al 03.03.02 por I.T. 7.- En fecha 03.03.02 la actora es baja por maternidad. 8.- De acuerdo con lo previsto en el art. 6.3 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.091/1998 de 23 de septiembre, se autoriza la creación de una Sociedad Estatal de las previstas en su art. 6.1 a) que, revistiendo la forma de Sociedad Anónima, se denominará TRAGSEGA, siendo el objeto social de esta sociedad los siguientes objetivos: 1.- La realización de todo tipo de actuaciones, trabajos y prestaciones de servicios ganaderos. La prestación de servicios especializados de formación, documentación, asesoramiento, consultoría, cartografía, informes, etc (consta en la escritura de constitución de la sociedad Mercantil Anónima denominada Sociedad Animal y Servicios Ganaderos, S.A.), y los damos aquí por reproducidos. 9.- En fecha 20.12.01 se constituyó la Sociedad Mercantil Anónima de carácter unipersonal denominada TRAGSEGA que es filial de Tragsa y participada plenamente por ella. 10.- En fecha 03.01.02 la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvemento Rural ordena a la empresa de TRAGSA, representada por don J.A.D.C., la prestación de servicios de investigaciones sanitarias de trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002, por un importe de 3.918.598 euros, este servicio será considerado como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA. Las condiciones a las que deberá ajustarse la realización del servicio serán las siguientes: 1.- El trabajo se realizará conforme al pliego de cláusulas técnico facultativas. 2.- El plazo de ejecución del servicio se fija hasta el 31.12.02. 11.- En el docu-

mento nº 2 de la prueba de la parte demandada consta el certificado de la encomienda. 12.- En fecha 19.08.02 el Subdirector General de Gandeiría de la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvemento Rural, certifica: *"Que con data 3 de Xaneiro de 2002, por orde do Secretario Xeral da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, actuando por delegación do Conselleiro, encomendóuselle ó Grupo TRAGSA a prestación do Servicio de Investigacións Sanitarias e Traballos de Campo do Programa de Sanidade Animal do ano 2002, de conformidade co disposto na Lei 66/1997, de 30 de decembro de medidas fiscais, administrativas e da orde social, así como do previsto no Real Decreto 371/1999, d9o 5 de marzo, disposicións estas que recollen a posibilidade de que a Administración Autonómica encomende a realización dos servizos necesarios para a consecución dos seus obxectivos, podándose realizar ben por TRAGSA ou a través das súas filiais.- Que a prestación do citado servizo polo grupo TRAGSA realizouse con plena conformidade, acorde co prego de condicións técnico-facultativas que regían a citada prestación, alcanzándose con plena satisfacción o obxecto do contrato, polo que o día 15 de xullo de 2002 xa se tiñan decepcionado en conformidade os traballos previstos.- E para que así conste e, por petición do grupo TRAGSA e para os efectos que sexan do seu interese, expídese o presente certificado en Santiago de Compostela, a 19 de agosto de 2002".* 13.- En la prueba de la parte demandada constan los trabajadores de TRAGSEGA que finalizaron su contrato en julio de 2002 y damos aquí por reproducido. 14.- En julio de 2002 TRAGSEGA contrató nuevos veterinarios, alguno de los cuales ya había prestado servicios anteriormente (doc. Nº 15 de la prueba del demandado, que igualmente damos por reproducido). 15.- Don J.A.D. recibió asimismo comunicación empresarial escrita de extinción de su relación laboral de fecha 22.07.02; con posterioridad (sin práctica de solución de continuidad) fue objeto de nueva contratación escrita para realizar las mismas funciones de certificación y otras a mayores, lo mismo que otros veterinarios, en función de nueva orden encomendada por la Administración Autonómica a la parte accionada. 16.- "GRUPO TRAGSA" y sus filiales según sus normativas reguladoras están obligadas a realizar los cometidos que se le encomienden por la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas o Organismos Públicos dependientes, cometidos que deben estar definidos en proyectos, memorias y otros documentos técnicos y valorados en su correspondiente presupuesto; antes de formular el encargo se deben aprobar

por la Administración todos los documentos y especialmente los presupuestarios y de control y aprobación del gasto”.

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

“FALLO: Se desestima la demanda formulada por doña M.C.V.G. contra las empresas TRAGSEGA y TRAGSA, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el 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 1º), 5º), 7º),10º), 11º), 12º) y 15º) para que reciba la siguiente redacción: A) En el primero se propone la introducción después de la expresión <..julio 2002...> del siguiente contenido “...”, en virtud de contratos de fecha 18.06.01 hasta el 31.12.01 y de 01.01.02 hasta 22.07.02, habiéndose producido una sucesión de empresas al entrar TRAGSEGA en la relación laboral existente, sin que exista un documento fehaciente de subrogación contractual.”; B) Para el ordinal QUINTO, se propone adicionarle a continuación de <..anualidad del 2002..> lo siguiente “...”, sin que se haga constar en é la existencia de una orden concreta recibida ni la partida presupuestaria a las que se correspondía ni la autorización del gasto correspondiente”; C) Para el ordinal SÉPTIMO, la adición final de “.. durante la cual otros trabajadores dela empresa firman un documento de subrogación y novación de sus contratos con la Empresa TRAGSEGA”; D) Para el ordinal DÉCIMO, se propone la siguiente inserción, después de <..enero de 2002..>: “.. dos días mas tarde de haberse concertado un contrato de trabajo entre la actora y TRAGSA, la Consellería..”; así como, mas adelante en..<2. El plazo..> se adicione al final de la línea “.. y por tanto hasta que legara la indicada fecha”. E) Para el ordinal UNDÉCIMO la adición final de: “..cuyo ámbito objetivo no coincide con el objeto del contrato de trabajo suscrito entre la actora y la empresa TRAG-

SA”. F) Para el ordinal DUODÉCIMO, se propone la adición de un párrafo final del siguiente tenor: “..la fecha de recepción de los trabajos previstos en la O. 03.01.02, a saber el 15.07.00, es por tanto anterior en siete días a la fecha en que TRAGSA da por finalizado el contrato de trabajo, el 22 de julio, mediante comunicación del 7 del mismo mes y año que no aparece firmada por la actora”; G) Para el ordinal DECIMOQUINTO, se propone adicionar al final del mismo, lo siguiente: “ Siendo las mismas funcione, que hay habían sido objeto de contrataciones anteriores, las realizadas por los veterinarios contratados con posterioridad al cese de la actora, no puede afirmarse que los trabajo de la categoría y especialidad dentro de la obra para la que fue contratada aquella hayan finalizado.”

No se admiten las revisiones postuladas por las siguientes razones: A) la primera por cuanto la propuesta que se efectúa ya aparece referenciada en el ordinal quinto y fundamento de derecho tercero, donde se hace referencia expresa a los dos contratos celebrados por la demandante; B) Las modificaciones de los ordinales quinto y undécimo son negativas, siendo así que al relato fáctico solo pueden acceder hechos positivos y ciertos, no la ausencia de un hecho u ocurrencia, al tiempo que son una valoración personal que la parte realiza de la prueba aportada a los autos de la que extrae las conclusiones negativas que propone; C) La modificación del ordinal séptimo es intrascendente para el fallo al tiempo que, del hecho decimotercero y en la fundamentación jurídica, en el tercero de los fundamentos la resolución recurrida, se da cumplida cuenta de tal extremo. D) Las adiciones propuestas para los ordinales décimo, duodécimo y decimoquinto son meras conclusiones que no deben obrar en el relato fáctico, por cuanto se extraen de la valoración y comparación entre diversos documentos, por lo que es en sede jurídica donde se pueden efectuar las conclusiones oportunas. En consecuencia con lo razonado se mantiene incólume la versión judicial del relato fáctico.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación de art. 44 LET, aplicación indebida del art. 49.1 c) LET, y no aplicación del art. 55 de LET, argumentando que el contrato de la actora era con TRAGSA no obstante continuó la ejecución de la contrata TRAGSEGA sin que la actora fuera subrogada por esta empresa, lo que implica la vulneración del art. 44 LET, mas no señala cual deba ser la consecuencia jurídica de tal inaplicación; en

cuanto a la aplicación indebida del art. 49 LET se argumenta que no ha existido extinción del contrato sino despido por inexistencia de causa que justifique la decisión empresarial, ya que la obra continúa y por tanto la decisión adoptada ha de ser calificada como despido, señalando que existe fraude en la contratación sin mayor argumentación.

El recurso no puede prosperar, pues en cuanto a la sucesión empresarial que se señala se ha de indicar que: 1.- La empresa sucesora para la prestación de servicios, TRAGSEGA, es filial de la que contrató a la actora siendo TRAGSA la contratante el socio único de esta (HP 8º y 9º); 2.- Que la actora estuvo de baja, primero por enfermedad y después por maternidad, siendo la duración de la prestación de servicios efectivos escasa, siete días en junio y veintidós días en julio del 2002; 3.- Que la falta de comunicación de la subrogación producida, ningún perjuicio le ha ocasionado a la demandante, pues: a) la contrata con la Xunta de Galicia celebrada por su empleadora TRAGSA, fue transferida a TRAGSEGA que como ya se indicó es filial de la anterior y participada por aquella al 100% de su capital social; b) la finalidad del precepto señalado es la de conservar los derechos de los trabajadores sometidos a la subrogación, sin que la transmisión patronal sirva de justificación para la extinción del contrato; c) que a la actora no se le extingue el contrato por causa de la sucesión patronal, sino por la finalización de la contrata que había originado, a su vez, su propia contratación; d) que no se produce minoración alguna de derechos de la demandante, ni de tipo económico ni social – realmente, ni siquiera se invoca tal circunstancia o posibilidad por el recurrente –, en consecuencia al falta de comunicación de la subrogación no le produce perjuicio alguno; e) que la sucesión alegada solamente permitiría a la actora acudir a la doctrina del empresario aparente, para el supuesto de que ignorara la existencia de dicha subrogación y esta le fuera perjudicial, en consecuencia no se admite la vulneración del art. 44 LET que se invoca, estimándose, que realmente no existe una verdadera sucesión empresarial en los términos del citado precepto, sino que lo realmente existente es una unidad empresarial que a tenor de lo dispuesto en el art. 1 LET constituye a ambas patronales en el mismo y único empleador.

En cuanto a la valoración de la finalización del contrato de la actora, como extinción por causa válidamente pactada (art. 49.1.c LET) o bien como despido (art. 55 LET), se ha de par-

tir de los siguientes extremos: 1.- La actora fue contratada bajo la modalidad de contrato temporal para obra o servicio determinado, al amparo del RD 2.720/98 que desarrolla el art. 15 LET, identificándose la obra o servicio determinado como “acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002”; 2.- Que la empleadora TRAGSA, y posteriormente TRAGSEGA, son empresas públicas constituidas con la finalidad de atender y prestar los servicios que les encomiende las Administraciones públicas, cometidos definidos en proyectos, memorias y otros documentos técnicos valorados y presupuestados oportunamente; 3.- que a la empleadora TRAGSA le fue encomendada por la Xunta de Galicia, Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvemento Rural, la prestación de servicios de investigación sanitaria de trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002 por un importe de 3.918.598 €, estableciéndose un pliego de cláusulas técnico facultativas y fijándose como fecha límite para la ejecución el 31.12.02; 4.- Que la comitente, Xunta de Galicia, dio por ejecutado y cumplida la encomienda con efectos del 15.07.02; 5.- Que a la actora se le extinguió su contrato con efectos del 22.07.02 por finalización de la obra adjudicada por la Xunta de Galicia.

Centrado así el debate, el motivo del recurso se centran en determinar si este tipo de contratas (Xunta comitente), las empresas contratistas, pueden contratar trabajadores temporales bajo la cobertura de “obra o servicio determinado”, y la cuestión ha sido resuelta por la doctrina de STS de 15.01.97 seguida por las 18 y 28 de diciembre de 1998 y 08.06.99 – que vienen a superar la doctrina contenida en STS de 04.05.95 – en el sentido de que si bien tal tipo de contratas no se trata de obtener un resultado concreto y determinado ni de realizar una actividad limitada en el tiempo, sin embargo existe una individualización en la duración del trabajo a realizar que permite la contratación de productores bajo dicha modalidad contractual, sin que a ello obste el hecho de que se trate de la actividad normal y ordinaria de la empleadora ni que tal actividad sea necesaria cotidianamente en la empresa principal, consecuentemente no puede apreciarse fraude alguno en tal tipo de contratación, lo cual conlleva que extinguida la contrata el contrato del trabajador se extingue por mor de dicha temporalidad, conforme al art. 49.1-c) en relación con el art. 15 de LET, doctrina aplicada por esta Sala en S. de 12.05.00 y en resolución recaída al R. 4.829/2000, por lo que se desestima el motivo y se confirma la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por doña M.C.V.G. contra la sentencia dictada el 17.10.02 por el Juzgado de lo Social N° 3 de Lugo en autos N° 677-2002 sobre DESPIDO, seguidos a su instancia contra TRAGSEGA, resolución que se mantiene en su integridad.

3566 Recurso núm. 3.017/2002

S.S. IMPUGNACIÓN DE BASES DE CONVOCATORIA. AXEITAMENTO Á LEGALIDADE DAS MESMAS. CRITERIOS QUE NON VULNERAN O PRINCIPIO DE IGUALDADE. FASES DO PROCEDIMENTO SELECTIVO.

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

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

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.017/2002 interpuesto por SOCIEDAD ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO COMARCAL DE GALICIA, FUNDACIÓN PARA DESENVOLVEMENTOS DA COMARCA DA TERRA CHA y don J.A.F.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por SINDICATO NACIONAL CC.OO. DE GALICIA en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado don J.A.F.G. y otros en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 614/99 sentencia con fecha veintidós 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 en el Diario Oficial de Galicia de dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, se publicaron las bases de la convocatoria para la cobertura, con carácter definitivo, mediante contrato laboral por tiempo indefinido, de la plaza de Gerente de la Fundación para el Desarrollo de la Comarca da Terra Cha, en virtud de acuerdo adoptado por el Patronato de la Fundación en reunión celebrada el dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho. Segundo.- Que la citada convocatoria es gestionada por la Sociedad para el desarrollo local. Tercero.- Que en reunión del Patronato de la Fundación para el Desarrollo de la Comarca de Terra Cha, celebrada en fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, se acordó facultar al Presidente para establecer las bases que erigirían la convocatoria y a designar a los miembros de la Comisión de Selección. Cuarto.- Que por Resolución del Presidente del Patronato, de fecha catorce de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, se designaron los miembros de la Comisión Selectiva encargada de realizar las pruebas de selección, quedando formada por las siguientes personas: Presidente: don A.P.L.; Secretario: don A.P.V.; Vocales: don J.M.S.V., don J.F.D. y don A.D.A. Quinto.- Que en las bases de convocatoria se fijaron como requisitos generales para acceder a la plaza, los siguientes: Tener nacionalidad de un país miembro de la Unión Europea; ser mayor de 18 años; acreditar titulación superior o equivalente y a las pruebas de selección se fijaron de la siguiente forma: a) Prueba tipo test de conocimientos específicos y b) Valoración del currículo vital a los candidatos que superaran al anterior prueba. Se fijaban las materias a superar, de forma genérica, la eliminación de los candidatos que no superaran los cinco puntos en la prueba test y la valoración del currículo y puntuación máximo por reste extremo. Sexto.- Que a la realización de las correspondientes pruebas se admitieron 4 personas, no siendo rechazada ninguna. Séptimo.- Que en fecha treinta de julio de mil novecientos noventa y nueve, el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia formuló reclamación previa, en impugnación de las bases de convocatoria, ante la Sociedad Anónima para el Desarrollo Local de Galicia y la Fundación para el Desarrollo de la Comarca da Terra Cha, sin que conste que haya recaído resolución expresa alguna.”

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

“FALLO: Que desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario formulada por la representación de la fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Terra Cha y estimando la demanda formulada por el SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA contra la SOCIEDAD ANÓNIMA PARA O DESENVOLVEMENTO DA COMARCA DA TERRA CHA” y don J.A.F.G., debo declarar declaro que las bases de la Convocatoria para la plaza de Gerente de la Fundación Para Desenvolvemento Da Comarca Da Terra Cha no son conformes a derecho, anulándolas y dejándolas sin efecto.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que, desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario formulada por la representación de la Fundación para o desenvolvemento da Comarca da Terra Cha y estimando la demanda formulada por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia frente a la Sociedad Anónima para o desenvolvemento comarcal de Galicia, la Fundación para o desenvolvemento da Comarca da Terra Cha y don J.A.F.G., declaró que las bases de la convocatoria para la plaza de gerente de la Fundación para desenvolvemento da comarca da Terra Cha no son conformes a derecho, anulándolas y dejándolas sin efecto y condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, se alzan en suplicación la Sociedad Anónima para o desenvolvemento comarcal de Galicia, la Fundación para o desenvolvemento da comarca da Terra Cha y don J.A.F.G., Gerente de la citada Fundación.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, los recurrentes solicitan la revisión del hecho probado quinto de la resolución recurrida para adicionar un nuevo párrafo del siguiente tenor literal, solicitando la representación de la Sociedad para o desenvolvemento comarcal de Galicia, que se añada el texto siguiente: “Las bases de la convocatoria, preveían como primer ejercicio del procedimiento selectivo la realización de un examen tipo test que versará sobre los siguientes extremos: Las regulaciones y normativas legales que afectan al modelo del desarrollo comarcal. Metodologías y planificación estratégica del

desarrollo comarcal. Gestión y conocimiento de programas para el desarrollo local y creación de empleo. Gestión y administración de fundaciones de interés gallego y de instituciones sin finalidad de lucro. Estructura social y económica de la comarca da Terra Cha. Asimismo, como segunda prueba del procedimiento selectivo, se prevé la valoración del “currículum vitae” del candidato. Como criterios de valoración del “currículum vitae” los siguientes: Por responsabilidad en la gestión de fundaciones o empresas, cooperativas, asociaciones y otras instituciones (grupos de cotización a la Seguridad Social 1 o 2). Por este concepto se valoraba la experiencia previa en 0,2 puntos por mes, con una puntuación máxima de 4 puntos. Por promoción y gestión de programas comunitarios. Se valoraba la experiencia por este concepto en 0,1 puntos por mes con un máximo de 1 punto. Por promoción y gestión de iniciativas de desarrollo. Se valoraba la experiencia en este apartado con 0,1 puntos por mes, con un máximo de 1 punto. Por conocimientos de la lengua gallega (cursos de iniciación y perfeccionamiento). Se valoraba este apartado con un máximo de 0,5 puntos. Por conocimientos de informática. Se valoraba este apartado con un máximo de 0,5 puntos”, invocando, como base de la pretensión de revisión, la documental de los folios 73 y 74, relativa a las bases de la convocatoria de plaza de gerente de la Fundación antedicha, publicadas en el DOG de 18.12.98, que, constituyendo prueba hábil al respecto determina la procedencia de la incorporación al relato fáctico, en concreto al ordinal quinto de la Sentencia “a quo”, del texto ofrecido por la antes citada recurrente, lo que conlleva el acogimiento de la revisión auspicada por don J.A.F.G., cuasi literalmente coincidente con aquella, en tanto que no es procedente acoger la revisión instada por la Fundación para o desenvolvemento da comarca da Terra Cha, pues solicitando que se añada al ordinal en cuestión el texto siguiente: “Dentro de las condiciones y aptitudes para el puesto que serían objeto de valoración, se especificarán las siguientes: Naturaleza sociable. Carácter dinámico. Capacidad de trabajo. Capacidad de liderazgo. Disponibilidad para movilidad geográfica”, pues, invocando en pro de sus intereses de revisión el folio 131 de autos, cabe señalar que, en dicho folio, se contiene un escrito dirigido al Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago por el Letrado de la Fundación que no se refiere, en absoluto, a las circunstancias antes reseñadas. En consecuencia, el ordinal quinto de la resolución de instancia ha de quedar redactado como sigue: “Que en las bases de convocatoria se fijaron como requisitos generales para acceder a la

plaza los siguientes: Tener nacionalidad de un país miembro de la Unión Europea; ser mayor de 18 años; acreditar titulación superior o equivalente y las pruebas de selección se fijaron de la siguiente forma: a) prueba tipo test de conocimientos específicos y b) valoración del “currículum vitae” a los candidatos que superasen la anterior prueba. Se fijaban las materias a superar, de forma genérica, la eliminación de los candidatos que no superaran los cinco puntos en la prueba test y la valoración del currículum y puntuación máxima por este extremo. Las bases de la convocatoria, prevenían como primer ejercicio del procedimiento selectivo la realización de un examen tipo test que versará sobre los siguientes extremos: Las regulaciones y normativas legales que afectan al modelo del desarrollo comarcal. Metodologías y planificación estratégica del desarrollo comarcal. Gestión y conocimiento de programas para el desarrollo local y creación de empleo. Gestión y administración de fundaciones de interés gallego y de instituciones sin finalidad de lucro. Estructura social y económica de la comarca da Terra Cha. Asimismo, como segunda prueba del procedimiento selectivo, se prevé la valoración del “currículum vitae” del candidato. Como criterios de valoración del “currículum vitae” los siguientes: Por responsabilidad en la gestión de fundaciones o empresas, cooperativas, asociaciones y otras instituciones (grupos de cotización a la Seguridad Social 1 o 2). Por este concepto se valoraba la experiencia previa en 0,2 puntos por mes, con una puntuación máxima de 4 puntos. Por promoción y gestión de programas comunitarios. Se valoraba la experiencia por este concepto en 0,1 puntos por mes con un máximo de 1 punto. Por promoción y gestión de iniciativas de desarrollo. Se valoraba la experiencia en este apartado con 0,1 puntos por mes, con un máximo de 1 punto. Por conocimientos de la lengua gallega (cursos de iniciación y perfeccionamiento). Se valoraba este apartado con un máximo de 0,5 puntos. Por conocimientos de informática. Se valoraba este apartado con un máximo de 0,5 puntos”.

TERCERO.- En sede jurídica, los recurrentes, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncian la infracción de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española; artículos 2 de la Ley 10/1996, de 05.11.96 que regula la actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta, en materia de personal y contratación; artículo 3 de la Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia; artículo 1 de la Ley 30/1984 de medidas urgentes para

la reforma de la Función Pública; artículo 4 del Código Civil, en relación con el 14 de la CE; e infracción por aplicación indebida del Real Decreto 364/1995 que aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado y el Decreto 95/91 que aprueba el Reglamento de Ingreso para funcionarios autonómicos, así como de la jurisprudencia a la que se refirieron, invocando, asimismo, la Fundación para o desenvolvemento da comarca da Terra Cha, la excepción de caducidad, por infracción de los artículos 69.1 y 3 de la Ley 30/92 y artículo 125 de dicha Ley.

CUARTO.- Así las cosas, por lo que a la excepción formulada, cabe expresar se está planteando una alegación nueva que no ha sido suscitada ni controvertida por las partes durante la tramitación del proceso y cuya admisión supondría una vulneración del principio dispositivo y de rogación que rige el proceso lo que impediría a este Tribunal, en consonancia con la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, resolver otras cuestiones que no han sido formuladas ni debatidas en la instancia de manera que las infracciones que se denuncian sean armónicas con las que fueron acusadas en los autos, sin que sean admisibles otras distintas, ya que así resulta de lo dispuesto en el artículo 231.1 de la Ley Procedimiento Laboral y en el artículo 1.710.2 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que determina el rechazo del referido óbice la desestimación de este primer motivo.

QUINTO.- Sentado lo anterior, cabe expresar, en atención, mutatis mutandis, a lo resuelto con anterioridad por esta propia Sala, al sustanciar procedimientos relativos a cuestiones similares a la presente, a la sazón recursos 2.206/02 y 2.844/02, que si bien la sentencia de instancia considera que la normativa en materia de selección de personal para la Función Pública, contenida en el Real Decreto 364/1995, Ley de Función Pública de Galicia y el Decreto Autonómico 95/1991, invocados por el Sindicato accionante, no es aplicable directamente, pero si lo es por analogía, al apreciarse entre los supuestos identidad de razón, por lo que a juicio del Juzgador “a quo”, existe un incumplimiento sustancial al desconocerse la titulación de los miembros de la Comisión Selectiva, que debe ser superior o igual a la de las personas a seleccionar, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 30 del Real Decreto 364/95 de 10 de marzo, Decreto 95/91 de la Comunidad Autónoma y artículo 32.2 de la Ley de la Función Pública de Galicia, atribuyendo el mismo grado de

incumplimiento a la equiparación otorgada en las bases de la convocatoria que se impugnan a la exigencia de titulación superior o equivalente que, a juicio de juzgador de instancia, vulnera al principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la CE, por no saberse que titulaciones pueden ser homologables, manifestando, la Sentencia de instancia, que lo mismo ocurre con “la existencia en las bases de una baremación objetiva de las pruebas a realizar por encaminarse tanto en la fase previa del test como en la de valoración del “currículum vitae” a conocimientos que solo se pueden adquirir mediante la realización de funciones específicas de las Fundaciones para el desarrollo comarcal, generando discriminación indirecta respecto de candidatos que no hayan tenido la oportunidad de prestar servicio en las mismas”, no comparte la Sala tales consideraciones y ello por cuanto, la aplicación analógica de las normas solo procede cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. La Sentencia de la Sala Social de 15.02.82, interpretando este precepto estima que: “la investigación analógica como medio integrador de las normas jurídicas, reconocido como procedente por el artículo 4.1 del Código Civil cuando aquéllas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante, entre los que se aprecie identidad de razón... condicionándose así la aplicación del método analógico a la existencia de una verdadera laguna legal por falta expresa de regulación específica aplicable a un supuesto concreto, de un lado, y a la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya normado”, siendo así que, en el presente caso, existe una normativa específica aplicable a las bases objeto de impugnación que es la que se contiene en la Ley 10/1996, de 5 de noviembre de 1996, de actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia, en materia de personal y de contratación. En consecuencia no resulta aplicable el RD 364/1995 de 10 de marzo que aprueba el Reglamento General para el ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, ni la Ley de la Función Pública de Galicia ni el Decreto Autonómico 95/1991, dado que no existe laguna legal toda vez que la expresada Ley 10/1996 ordena la aplicación a los procedimientos selectivos de las sociedades y fundaciones públicas de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad; y tampoco se da identidad de razón habida cuenta que los procesos selectivos a que se refieren aquellas normas regulan la selección de personal funcionario y en el ámbito de las administraciones públicas, sin soslayar que la

invocación de los artículos 11 y 30 del Real Decreto 364/95 de 10 de marzo, del Decreto 95/91 de la Comunidad Autónoma y del artículo 32.2 de la Ley de Función Pública de Galicia, que hace la sentencia de instancia para sostener que ha habido un incumplimiento al desconocerse la titulación de los miembros de la comisión selectiva, ha de venir rechazada de plano, cuando el artículo 4 de la mencionada Ley 10/1996 solo contempla la exigencia de la publicación del anuncio de la convocatoria, que se efectuará en el Diario Oficial de Galicia y, al menos, en un diario de difusión general con una antelación respecto de las pruebas de, como mínimo, un mes.

Sexto. En lo que atañe a la posibilidad de sustituir la titulación superior universitaria por otra equivalente, considera al Juzgador “a quo” que, tal previsión, vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, siendo así que el Tribunal Constitucional en sentencia 67/1989 señala que “..el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, que ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución - Sentencia del Tribunal Constitucional 193/1987 - se refiere a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración. Esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad...”, mientras que la sentencia de 22.02.86 declara que “..dicho principio, que plasma el artículo 14 de la Constitución, no puede interpretarse en el sentido, tan incondicional como absurdo, de que toda persona, por el hecho de serlo, esté en condiciones de acceder al desempeño de cualquier cargo, profesión, función u oficio, porque para esto es indispensable estar en posesión de una titulación específica, de unos conocimientos que no son patrimonio de todos, de una determinada edad, del cumplimiento de determinadas pruebas, etc., siendo, por ende, aplicable, en casos como el presente, el 103.3 de la propia Constitución regulador del acceso a la función pública «de acuerdo con los principios de mérito y de capacidad», no aquel otro de igualdad invocado, aunque, evidentemente,

éste deba tenerse en cuenta presupuestos esos peculiares requisitos o condiciones, por parte de quienes aspiren al desempeño de la función, con la consecuencia de que no pueda estimarse que existe discriminación cuando, en consideración a aquellas cualidades, se está en presencia de situaciones fácticas diferentes, según explica el Tribunal Constitucional en sentencias de 22 de diciembre de 1981 y 27 de agosto de 1982, entre otras, y este Supremo en las de 31 de octubre de 1983, 17 de mayo y 5 de julio de 1984 y 25 de marzo y 22 de abril de 1985, por lo que no se puede apreciar discriminación alguna cuando la diferencia de trato viene impuesta por una necesaria capacitación y la inevitable exigencia de condiciones o requisitos de carácter profesional, con tal de que, en una clara relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezcan con carácter general, teleología aquélla que no era otra en este caso que la de poder así designar para el cargo al aspirante más capacitado", de manera que, es dado establecer que no se evidencia, en el caso que nos ocupa, una situación que conculcase lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, pues lo establecido en las bases no supone mas que la remisión a las normas que determinan cuales sean, en su caso, las titulaciones equivalentes a la de titulado superior, y, por último, en lo que se refiere a la discriminación indirecta que, se dice en la resolución impugnada, deriva del hecho de que el test y el currículo no constituyen baremación objetivable por encaminarse a conocimientos que solo pueden adquirir quienes ya hubiesen desempeñado funciones específicas en las fundaciones, tampoco es compartido el referido argumento por esta Sala y ello en atención a que tales pruebas no son contrarias a la finalidad del sistema de selección ni vulneran los principios de igualdad, mérito y capacidad, constituyendo un método más, entre otros, para la valoración de los méritos y capacidad de los candidatos que opten al desempeño de un puesto de trabajo como el del presente supuesto, por lo que, en atención a lo expuesto, deviene procedente acoger los recursos de suplicación formulados y revocar la resolución recurrida, con desestimación de la demanda interpuesta por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia frente a la Sociedad Anónima para o desenvolvemento comarcal de Galicia, la Fundación para o desenvolvemento da Comarca da Terra Cha y don J.A.F.G.

Fallamos

Estimando los recursos de suplicación formulados por la Sociedad Anónima para o desenvolvemento comarcal de Galicia, la Fundación para o desenvolvemento da Comarca da Terra Cha y don J.A.F.G., frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, en autos nº 614/99, sobre Impugnación de Bases de Convocatoria, revocamos la resolución de instancia y desestimando la demanda rectora del procedimiento, absolvemos a los demandados de las pretensiones allí contenidas.

3567 Recurso núm. 6.341/2002

S.S. FALLA DE ACREDITACIÓN DE INDICIOS DE REPRESALIA POR PARTE DO TRABALLADOR DESPEDIDO, QUE XUSTIFICAN A CONDEA Ó EMPRESARIO POR DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE PERO NON NULO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antónia Rey Eibe

A Coruña, a dieciocho de febrero de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 6.341/2002, interpuesto por don F.C.F. y ENTIDAD "CORREOS Y TELÉGRAFOS" contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 409-02 se presentó demanda por don F.C.F. en reclamación de Despido siendo demandado la entidad "CORREOS Y TELÉGRAFOS" en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 de agosto de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor prestó servicios por cuenta de la Entidad Publica Empresarial

CORREOS Y TELEGRAFOS, dedica a la actividad de correo Postal, con domicilio en Rúa ..., A Coruña, como contratado laboral fijo con una antigüedad de siete de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, con la categoría profesional de titular del enlace Rural Tipo B, en la localidad de L., percibiendo un salario mensual de mil doscientas cincuenta y nueve euros cuarenta y dos céntimos (1.259,42 euros) con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras.- Es de aplicación el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Entidad Publica Empresarial Correos y Telégrafos, aprobado por Resolución de 27 de Octubre de 1999, de la Dirección General de Trabajo. SEGUNDO.- Que el actor, según escrito del organismo demandado de fecha veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, el actor debe de proceder del modo siguiente: "presentación en el C.T.P. a las siete cuarenta y cinco horas. Clasificación, conjuntamente con los demás ACR de la correspondencia de los municipios de P. y T., y posterior Embarrado de la totalidad de la correspondencia de su Cartería. Una vez terminado el embarrado, inmediato comienzo del reparto por el punto de su zona más cercano al C.T.P. apertura de la Oficina de trece a catorce horas. Entrega en el C.T.P. antes de las catorce veintisiete horas, en cuyo momento finaliza su jornada de trabajo". TERCERO.- El actor disfrutó de las vacaciones del año dos mil uno en el mes de octubre y se incorporó de sus vacaciones el dos de noviembre de dos mil uno y permaneció en su puesto de trabajo hasta el día ocho de noviembre de dos mil uno, fecha en que comenzó disfrutar días asuntos particulares entre nueve y el quince, ambos inclusive, del mes de noviembre. CUARTO.- Que por Resolución de veintidós de abril de dos mil dos, notificada al actor en fecha veintinueve de abril de dos mil dos, se acuerda declarar al actor autos de una falta disciplinaria continuada de carácter muy grave, anteriormente definida a sancionar con despido, por los siguientes hechos: Por los documentos aportados e investigaciones realizadas, durante los días dos al ocho de noviembre ambos inclusive, don F.C.F. ha incumplido sistemáticamente las obligaciones concretas de su puesto de trabajo al no distribuir la correspondencia, dejando unos tres mil seiscientos objetos pendientes de reparto durante esas fechas que es la practica totalidad de todos los envíos entrados en esos días, no ha realizado el recorrido establecido en su contrato de trabajo firmando de conformidad entre la empresa y el trabajador y ha causado daño al servicio y a los usuarios que de forma generalizada han remitido un escrito de protesta a Correos y Telégrafos

denunciando la situación. Durante esos cinco días hábiles en que estuvo trabajando don F.C.F. recibió para su reparto unos dos mil cuatrocientas objetos incrementados en los mil doscientos que le habían quedado pendientes de reparto a la Sra. M.C., de conformidad con los seguimientos realizados y el promedio de correspondencia entrada, y según acta levantada en la Cartería el día nueve de noviembre de dos mil uno tenía pendientes de distribución tres mil seiscientos objetos, o sea, la totalidad de los envíos, no habiendo entregado nada según las declaraciones efectuadas por varias firmas comerciales y certificados del ayuntamiento. En su hoja de servicios consta que le fue abierto expediente disciplinario siendo sancionado con una falta muy grave y dos meses de suspensión de empleo y sueldo por Acuerdo de fecha diecinueve de octubre de dos mil uno por hechos similares a los anteriormente reseñados en este procedimiento. Los hechos descritos en el epígrafe anterior que se declaran probados, imputables a don F.C.F., constituyen la comisión de una falta disciplinaria continuada de carácter muy grave prevista en el Ar. 42 incisos a) y c) del Convenio Colectivo en Vigo toda vez que como trabajador de Correos y Telégrafos y de conformidad con el contrato existente entre 'el y la empresa, esta incumpliendo el mismo de forma consciente, reteniendo la correspondencia y no realizando el recorrido de kilómetros por el cual le es abonada una cantidad suplementaria mensual y no es explicable el fundamente que no le da tiempo a distribuir toda la correspondencia, puesto que en todo caso aun cuando de los informes y seguimientos efectuados se puede realizar todo el recorrido y entregar todos los objetos que lleguen, podría si recibiera una cantidad anómala de los mismos es decir por encima de los cuatrocientos de promedio, que se suele dar pocas veces al año y no se ha producido en esas fechas, es decir mayor de lo normal, dejar una parte para repartir al día siguiente, pero lo que ha hecho en esos cinco días hábiles mas el sábado que aunque existe entrada de ordinaria no hay distribución, es no distribuir ningún objeto, falta que procede corregir de conformidad con lo establecido en el artículo 43.c del referido Convenio colectivo en vigor con despido. En su consecuencia la sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. ACUERDA: Declarar al contratado Laboral fijo don F.C.F. con DNI ... titular del enlace rural tipo L. (A Coruña) autor de una falta disciplinaria de carácter muy grave, anteriormente definida a sancionar con despido. QUINTO.- Que el expediente administrativo se incoó en fecha veintinueve de noviembre de dos mil uno con el numero 556/01, siendo

designado como instructor del mismo don M.T.S., del Grupo C, Instructor del Área de Sanciones Adscrito a esta subdirección, con residencia en León. En fecha veinticinco de enero de dos mil dos se recibe declaración al actor, en los términos que consta en el doc. 58 en la rama de prueba de la parte demandada. En fecha diecinueve de febrero de dos mil dos el actor presenta pliego de descargos en los términos que consta en doc. 123, que no se reproduce en aras de brevedad. En fecha dieciocho de febrero de dos mil dos se formuló pliego de cargos en la forma que consta en autos. En fecha cinco de marzo de dos mil dos el actor formuló alegaciones contra el expediente administrativo en los términos que consta en do. 149 en la rama de prueba de la demandada, que no se reproduce en aras de brevedad. En fecha doce de abril de dos mil dos el instructor del expediente dicha Propuesta de Resolución-Expediente SGP-556/001, en los términos que consta en los doc. N° 154 a 156 en la rama de prueba de la empresa demandada. En fecha veintidós de abril de dos mil dos, la entidad demanda declara al actor autos de una falta disciplinaria continuada de carácter muy grave, anteriormente definida a sancionar con despido. SEXTO.- Doña S.M., dejó sin repartir mil doscientas cartas durante el mes de octubre. SÉPTIMO.- La entidad demandada recibió cartas de denuncia de los vecinos recogidas por el Ayuntamiento de P. sobre el mal desempeño de las funciones del actor, resultando algunas de ellas falsas, siendo firmadas por menores, otras no tienen fecha ni encabezamiento por las que se acredite que los firmantes realmente querían denunciar el mal funcionamiento de correos en esa zona. Del análisis del resto de las cartas de denuncias se concluye que la denuncia de "T.A., S.L." (doc. 63) es del año dos mil y que fue objeto de sanción anterior, los doc. 60 a 69 que se corresponde con el periodo objeto de debate en la carta de despido de un total de nueve declaraciones, cuatro recibieron un grupo de cartas juntas, tres no recibieron nada, de los cuales uno no tiene queja contra correos, uno dice que no recibió correspondencia durante quince días y tercero dice que no apareció el cartero, los dos restantes uno no se acuerda y otro dueño de un bar (doc. 69) no especifica nada de ese periodo y dice que se devolvió mucha correspondencia con señas insuficientes. OCTAVO.- El actor el día tres de noviembre el actor le dijo a don R.S. que llamase al Director de Administración de Santiago para pedir refuerzo, el cual hizo la llamada, respondiéndole el mismo "bien vale y nada más". Doc. 140, rama de prueba de la parte demandada. NOVENO.- Que el actor no

ostentaba en el año inmediatamente anterior al despido la condición de delegado de personal ni ha sido miembro del Comité de Empresa, pero es miembro del sindicato de la CIGA, y concejal en el Ayuntamiento del Pino. DÉCI-MO.- Que en fecha dieciséis de mayo de dos mil dos el actor presento reclamación previa, siendo desestimada por resolución de fecha diez de junio de dos mil dos."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por don F.C.F., contra la entidad CORREOS Y TELÉGRAFOS debía declarar y declaraba la improcedencia del despido efectuado, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte, en termino de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenían antes del despido, o abonarles las siguientes cantidades, en concepto de indemnización por despido veinticuatro mil cuatrocientas noventa y seis euros con diecinueve céntimos (24.496,19 euros) y que le abone, en cualquier caso, en concepto de salarios de tramitación, la siguiente cantidad cuatro mil novecientos noventa y cinco euros con sesenta y dos céntimos (4.995,62 euros), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, mas el haber diario de cuarenta y un euros con noventa y ocho céntimos (41,98 euros) desde esta fecha hasta el día de notificación de la sentencia, siendo absuelta la entidad demandada de la pretensión por parte actora de la declaración de nulidad del despido."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima en parte la demanda, interpuesta por el actor y declara la improcedencia del despido, recurren en suplicación ambas partes, demandante y demandada, solicitando dicho demandante en primer término, y al amparo del art 191.b) LPL, revisión de hechos probados, a fin de que se suprima parte del ordinal séptimo y se añadan cuatro hechos nuevos con la redacción que propone en su escrito de recurso.

La revisión no se admite, puesto 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, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias que evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de tal manera que, a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas interpretativas más o menos lógicas del recurrente (S.TS de 17.10 y 13.12 de 1990), hasta el punto de que precisamente se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro del juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (S.TSJ Galicia de 03.03.00, 14.04.00, 15.04.00, entre otras), y sin que los documentos en que la demandante- recurrente fundamenta su revisión sean hábiles por cuanto que la documental en la que se basa la revisión solicitada, y que consisten en: carta firmada por doña M.F.A. (folio 641), fotocopias de hojas de estadísticas que, a excepción de dos, aparecen sin firmar (Doc 679 a 695) y los documentos obrantes a los folios 706 y 704, solicitud firmada por el propio demandante instando refuerzo, no constituyen documentos hábiles, al constituir, la primera, una simple declaración, que de ser ratificada en el acto del juicio y sometida a contradicción, únicamente tendría valor de prueba testifical, y de confesión la segunda, inhábiles a los efector revisorios, y lo mismo en cuanto a los restantes documentos los cuales, como ya ha quedado expuesto, a excepción de los obrantes a, los folios, 679, 680 y 681 no aparecen firmados ni consta referencia alguna acerca de quien los confeccionó.

A la misma conclusión se llega en cuanto a la revisión de hechos solicitada por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la demandada “Correos y Telégrafos”, quien solicita con idéntico amparo procesal, en el art 191.b) de la LPL, la revisión del hecho probado sexto y octavo de la sentencia de instancia, basándose en la fundamentación jurídica de la propia sentencia, y que se rechaza por carecer la misma de efectos revisorios, así como el documento obrante en la causa al

folio 140, de los autos por consistir en una mera declaración, que se refleja en la propia fundamentación jurídica de la resolución impugnada.

SEGUNDO-. En sede jurídica denuncia el recurrente al amparo del art. 191.c) LPL, infracción del art 55.5 del ET, a cuyo tenor “Será nulo el despido cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y las leyes, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” y el art. 24 de la CE, así como la doctrina del TC seguida en sentencias entre otras de 18.01.93, al entender conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que el motivo del despido que ahora se discute no es otro que las continuas quejas presentadas por el actor ante la jurisdicción laboral y ante el propio organismo demandado que ponían de relieve la necesidad de contratar a más personal para cubrir el servicio, solicitando controles en la Cartería a fin de determinar el exceso de trabajo del que el demandante no podía hacerse responsable.

El derecho fundamental que se estima infringido por el recurrente, no es otro que el art 24.2 de la CE dada la garantía de indemnidad que en el se tutela; garantía que en el ámbito laboral se traduce en la imposibilidad adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos. Siendo constante, la doctrina del TC (S. 199/200, 101/00) que reiterando la expuesta en la 140/99, de 22 de julio, expone el criterio que la “tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de la indemnidad, que significa que a través del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios previas a esta no pueden seguirse consecuencias prejudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de la indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos.”

Ahora bien, la anterior doctrina no puede implicar que todo despido producido después de una reclamación o actuación judicial del trabajador pueda ser considerado como represalia vulneradora de la garantía de

indemnidad, si se destruye el indicio de que tal secuencia pudiera desprenderse y se constata que la adopción de la decisión de despedir tiene su fundamento en hechos de la conducta laboral del trabajador que precisan ser valorados judicialmente para determinar si son susceptibles de la declaración de improcedencia o procedencia, como en el presente caso acontece.

TERCERO.- En el supuesto de litis el recurrente alega sufrir una clara persecución por parte de correos, no sólo por el hecho de ser concejal del BNG, y afiliado a la CIG, sino porque claramente desde hace varios años viene denunciando, tanto en público como dentro de la empresa la situación en la que se encuentra la cartería en la que presta servicios, sin que por parte de la empresa se tomasen medidas excepto la personal contra el mismo, por lo que considera la decisión extintiva de la empresa como, nula por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la doctrina constitucional referida a la carga de la prueba sobre las partes procesales en los casos sobre los que se dirime la vulneración de un derecho fundamental, hay que acudir entre otras a las sentencias del TC 180/94, 85/95, 186/96, 82/97, y a la vista de las misma concluir que, corresponde al demandante la acreditación de la existencia de signos indicativos de una conducta empresarial contraria al derecho fundamental cuya tutela reclama, y una vez conseguido por parte del trabajador ese paso previo acreditativo de la existencia de indicios efectivos contrarios a los derechos fundamentales de los que es titular, al empresario corresponde probar que su conducta se encuentra totalmente desligada del móvil atentatorio contra el derecho fundamental invocado por aquél.

En el presente supuesto, la magistrada de instancia concluye que el actor no ha aportado indicios suficientes que acredite una apariencia o presunción de que su despido constituye un acto de represalia empresarial, no lesionándose la garantía de indemnidad, por lo que rechaza la declaración de nulidad del despido, y a la vista de la prueba practicada, y en aplicación de la teoría gradualista declara la "improcedencia" del despido del actor, por entender que el correo dejado de repartir por dicho demandante, estaba en cierta medida justificado, al haber solicitado refuerzo, y en atención a que la persona que lo substituyó cuando estuvo de permiso dejó correo pendiente sin repartir.

CUARTO.- A la vista de lo expuesto y a tenor de la prueba practicada en las presentes actuaciones la Sala considera, que en efecto la decisión empresarial de despedir al actor no puede considerarse que obedezca a un móvil discriminatorio, pues es evidente que existe una justificación razonable para proceder al despido de dicho demandante, puesto que con independencia de que, por una parte las denuncias sobre el mal funcionamiento del servicio que como cartero desempeñaba el actor, no quedaran acreditadas en virtud de la prueba practicada en el acto del juicio, por las razones que se exponen en la resolución impugnada, tales denuncias no se refieren a la demandada "Correos y Telégrafos", ni nada tienen que ver con ella, sino que las firmas que se acompañaron al expediente no fueron recogidas por la demandada, sino por el Concello de P., no constando además que la empresa demandada hubiese tenido en cuenta esas supuestas quejas para despedir al actor, sino como así se acredita del tenor de la carta de despido, el demandante-recurrente incumplió sistemáticamente las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, al no distribuir la correspondencia dejando tres mil seiscientos objetos pendientes de reparto, durante los días a los que se refiere la carta de despido, ni haber realizado el recorrido establecido en su contrato firmado de conformidad entre la empresa y el trabajador; no resultando en consecuencia que el despido tuviese como causa un móvil discriminatorio, ni por las denuncias sobre el mal funcionamiento del servicio de correos dado el trabajo que pesa sobre el demandante, ni mucho menos debido a su condición de concejal del BNG, y su afiliación a la CIG.

QUINTO.- Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la pretensión de nulidad del despido ha de ser desestimada y, por otra parte, teniendo en cuenta que a tenor de los hechos probados de la sentencia de instancia, se han producido ciertos hechos en la conducta laboral del trabajador, sobre los que es necesario efectuar el correspondiente juicio de valor, a tenor del recurso interpuesto contra la sentencia por la empresa demandada, quien insta a través del presente recurso que se declare la procedencia del despido, la solución a la cuestión planteada ha de ser la misma que la llevada a cabo por la magistrada de instancia, esto es, la desestimación de tal pretensión y la consiguiente declaración de improcedencia del despido, dando por reproducido los razonamientos que en

relación con este extremo solicitado se recogen en la sentencia de instancia, con la única diferencia que no se puede declarar probado, extremo que si bien no consta de la relación fáctica lo refleja en la fundamentación jurídica, de que el demandante dejase sin repartir 3.600 objetos, sino que partiendo del número de entrada de los mismos, más los pendientes a la fecha que se refiere la carta de despido, que si se declara probado que ascendieron a 1.200 objetos, resulta imposible de determinar qué cantidad concreta y exacta pendiente de repartir le correspondía al actor, aunque si resulta acreditado fehacientemente que el actor dejó pendientes objetos de reparto de la cantidad que le había sido asignada, y que incluso se reconoce por el propio demandante recurrente en el escrito de recurso, lo que lleva a desestimar la infracción denunciada por la demandada también recurrente, del art 42.a) del Convenio Colectivo de la entidad demandada, que considera como falta muy grave “la retención arbitraria de correspondencia” y que denuncia como infringido, puesto que a tenor de las circunstancias del caso, que recoge la sentencia de instancia en la fundamentación jurídica, en cuanto a la solicitud de refuerzos por parte del actor sin que fuese atendido, procede ratificar la declaración de improcedencia del despido.

SEXTO.- Como ultimo motivo del recurso denuncia el demandante infracción del art 3.1 y 82 y siguientes del ET, en relación con el art. 49 del Convenio Colectivo de la entidad empresarial Correos y Telégrafos, y ello en base a que la sentencia recurrida concede la opción a la empresa entre readmitir al trabajador en su puesto de trabajo o el abono de la indemnización que en ella se reclama, obviando el contenido del art. 49 del convenio colectivo, que fija la garantía que tiene el trabajador que es despedido como consecuencia de la comisión de una falta disciplinaria en el caso de que se declare su despido improcedente, a reincorporarse a su puesto de trabajo; sosteniendo el recurrente que cumple los requisitos en la norma alegada, declaración que le corresponde al juzgador, y que determinaría su no pronunciamiento la nulidad de la sentencia con retroacción de las actuaciones a fin de que la juzgadora de instancia dicte nueva sentencia en la que se le conceda la opción al demandante.

La denuncia no se admite, puesto que lo que alega el recurrente en el escrito del recurso constituye un hecho nuevo no venti-

lado en la instancia, así mientras que el propio demandante –recurrente al interponer la demanda solicita en el suplico que se declare la nulidad de la sentencia o subsidiariamente la improcedencia condenando a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y a que opte por la readmisión o la indemnización que le corresponda, sin que en ningún momento dicha demanda fuese objeto de aclaración con posterioridad a su presentación, ni siquiera en el acto del juicio oral solicita el demandante la aclaración que ahora pretende, afirmándose y ratificándose sin más, en el contenido de la demanda, y una vez finalizado el acto del juicio en trámite de conclusiones tras quedar los autos conclusos para sentencia, nada alegó dicho demandante con relación a la infracción que ahora denuncia, sosteniendo, ahora, por primera vez, en trámite del recurso que tal hecho fue aclarado en el acto del juicio, sin que fuese tenido en cuenta por la juzgadora de instancia, cuando del contenido del acta de juicio levantada por el Sr. Secretario, obrante en las actuaciones no constan las alegaciones que ahora en este trámite pretende hacer valer, ni consta protesta alguna en cuanto a la omisión de tal extremo solicitado. Y a mayor abundamiento, resulta que cuando el demandado optó por la indemnización, tras serle notificada la sentencia se dictó Auto por el Juzgado declarando extinguida la relación laboral en virtud de la opción por este realizada, el recurrente no interpuso recurso alguno.

En definitiva, nos encontramos pues con que el tema planteado por el recurrente en vía del recurso se trata de una cuestión nueva, que no ha sido objeto de alegación y debate por las partes, y que a tenor del precepto convencional cuya infracción invoca, está sometido a unos requisitos de obligado cumplimiento que no han sido objeto de discusión en el correspondiente juicio, por lo que procede desestimar este último motivo de recurso.

Por lo expuesto

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por don F.C.F. y por la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número 1 de Santiago de Compostela de fecha 19.08.02, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3568 **Recurso núm. 713/2002**

S.S. ARRENDAMIENTO DE VIVENDA POR MOR DE RELACIÓN LABORAL. EXTINCIÓN DO ANTERIOR CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. INEXISTENCIA DE CONDICIÓN MÁIS BENEFICIOSA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a vinte de febreiro de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 713-02, interpuesto por don J.L.D.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 2 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 441-01 se presentó demanda por RED NACIONAL DE FERROCARRILES ESPAÑOLES en reclamación de EXTINCIÓN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO siendo demandado don J.L.D.G. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de diciembre 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 demandado don J.L.D.G., viene prestando servicios para la demandante RENFE ostentando desde enero de 1999, la categoría de Mando Intermedio o Cuadro (Supervisor de Circulación, Regulación y Gestión). SEGUNDO.- El demandado, con anterioridad al 01.01.99, ostentaba la categoría de Jefe de Estación, con una antigüedad en la misma de 16.03.82. El 21.12.98, solicitó su adscripción al grupo de Mando Intermedio o cuadro; adscripción que fue aceptada por la RENFE, con efectividad del 01.01.99. TERCERO.- El demandado viene disfrutando de una vivienda propiedad de RENFE mediante Contrato de Arrendamiento de Vivienda Gratuita de fecha 2 de enero de 1984, suscrito entre ambas, en razón al cargo de Jefe de Estación,

que ostentaba en la indicada fecha. Dicho contrato con su cláusula y condiciones anexas al mismo, figura incorporado a autos teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido. CUARTO.- La entidad demandante RENFE, en fecha 31.12.98, puso a la firma del demandado, un nuevo contrato de arrendamiento, sobre la vivienda que viene disfrutando, en razón a la nueva categoría que ostenta; negándose a firmarlo; modelo de contrato que figura incorporado a autos teniendo aquí su contenido por reproducido. QUINTO.- Se celebró sin avenencia la conciliación ante el S.M.A.C."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por la RED NACIONAL DE FERROCARRILES ESPAÑOLES, contra don J.L.D.G., debo declarar y declaro la extinción del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes el 2 de enero de 1984 y ajustado al tenor del XII Convenio Colectivo de RENFE el nuevo contrato que el demandado se ha negado a suscribir, condenado al citado trabajador demandado a estar y pasar por dicha declaración."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme el demandado con que, en la sentencia de instancia, se declare la extinción del contrato de arrendamiento, suscrito entre las partes el 2 de enero de 1984, y ajustado al tenor del XII Convenio Colectivo de RENFE, el nuevo contrato que aquél se ha negado a suscribir; formula recurso de suplicación, en primer lugar, por la vía del apartado c) del artículo 191 del T.R.L.P.L., denunciando infracción, por aplicación indebida de la cláusula IV del XII Convenio Colectivo de RENFE (BOE de 14 de octubre de 1998), en relación con el contrato de arrendamiento, suscrito entre las partes, en fecha 2 de enero de 1984; y, en segundo, por la misma vía que la anterior, denunciando violación, por interpretación errónea, de la condición 3ª del contrato privado, suscrito entre las partes, en fecha 2 de enero de 1984.

SEGUNDO.- Sostiene el demandado, en el primer motivo del recurso, por una parte, que mantuvo siempre su oposición a la firma del nuevo contrato, porque entendía que la

vivienda, que disfrutaba, tenía la consideración de “vivienda de protección oficial”, y que, por lo tanto, dicho contrato debía seguir las normas establecidas para éstas, dado que RENFE no puede aplicar los preceptos estipulados para las viviendas gratuitas, que no tienen la consideración de viviendas de protección oficial, cuya regulación viene establecida en los artículos 275 y concordantes del Convenio Colectivo de RENFE; y, por otra, que el XII Convenio Colectivo de RENFE no podía ser aplicado, porque su validez se extinguió en fecha 31 de diciembre de 1998, tal como se deduce del apartado 2, que regula su ámbito temporal; pero, por la Sala no se acepta ninguna de las infracciones denunciadas, ya que, con relación a la primera, aparte de que el recurrente no acreditó su alegación, en el extremo referente a que la vivienda arrendada, de protección oficial en origen, siga ostentando esta consideración; lo cierto es, en todo caso, que la fundamenta en un tema, que, en principio, es totalmente ajeno a la cuestión litigiosa –que se centra en determinar si es o no correcta la actuación de RENFE, de poner a la firma del demandado un nuevo contrato de arrendamiento, sobre una vivienda, que éste había alquilado, mediante contrato de arrendamiento de vivienda gratuita, de 2 de enero de 1984, en razón al cargo de Jefe de Estación, que tenía en dicha fecha, por haber pasado a ostentar la categoría de Mando Intermedio o Cuadro, con efectividad de 1 de enero de 1999, voluntariamente, después de solicitar la adscripción, el 21 de diciembre de 1998; y, respecto a la segunda, no existe problema alguno, relacionado con la aplicación del XII Convenio Colectivo de RENFE al caso, que se analiza, porque, como se afirma por la Juzgadora de instancia, la normativa convencional, en él contenida, es de obligado cumplimiento para ambas partes, y se impone a la voluntad de las mismas.

TERCERO.- Fundamenta el demandado, el segundo motivo de recurso, en que tiene derecho a seguir disfrutando de la vivienda, en las mismas condiciones que fueron objeto de negociación, porque se está ante una condición más beneficiosa, o bien, un derecho adquirido, y, ante ello, no se le puede obligar, de forma unilateral por el empresario, a firmar un nuevo contrato; pero, tampoco en este caso, cabe compartir lo que expone el recurrente, porque, siendo doctrina jurisprudencial reiterada la referente a que habrá un derecho adquirido o condición más beneficiosa, cuando se pruebe la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o

beneficio social, que supere a lo establecido en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero y 31 de mayo de 1995, 8 de julio de 1996, etc.), resulta que, en el caso que se analiza –de existencia previa al contrato de arrendamiento de vivienda, que se negó a firmar el demandado, cuando quedó adscrito, voluntariamente, al grupo de Mando Intermedio o Cuadro, de otro suscrito en fecha 2 de enero de 1984, en razón al cargo de Jefe de Estación, que ostentaba en aquella fecha-, no existe base para entender que el demandado consiguió que la empresa le facilitare el uso de vivienda gratuita, en fecha 2 de enero de 1984, como una ventaja o beneficio social, que superaba a lo establecido en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual existente entre las partes, cuando, en la condición 3ª del contrato, de 2 de enero de 1984, se hizo constar –no que se concedía una ventaja o beneficio social al trabajador en tal sentido –sino que la situación se mantendría en tanto el agente conservare su categoría –de Jefe de Estación-, que le concedía el derecho a vivienda gratuita de la Red, toda vez que, en el momento de dejar de ostentar la misma, le serían de aplicación, automáticamente, en su totalidad, las normas que regían para los demás inquilinos en el pago de alquiler y gastos generales de la vivienda- está, por otra parte, en la línea de lo expuesto, el hecho de que, en el apartado 6.3 de la cláusula IV del Marco Regulador del Mando Intermedio o Cuadro del XII Convenio Colectivo de RENFE, se señale, al referirse a los trabajadores, con asignación de vivienda por razón de la categoría profesional, y teniendo a cuenta que el Mando Intermedio no contempla la asignación de viviendas por razón del cargo, un régimen transitorio, entre otros, para el personal de tal tipo, que ocupa, con carácter gratuito, viviendas de servicio.

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

Por lo expuesto.

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por don J.L.D.G., contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de Ourense, en fecha 14 de diciembre de 2001; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3569 Recurso núm. 9/03

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. PLUS DE PERIGOSIDADE, PENOSIDADE OU TOXICIDADE. INEXISTENCIA DE RISCOS ESPECÍFICOS. NON PROCEDE O RECOÑECIMENTO DO COMPLEMENTO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña M^a Antonia Rey Eibe

A Coruña, a veintiuno de febrero de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 9/2003 interpuesto por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "I., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 543/02 sentencia con fecha dos de agosto 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.- En fecha 02.07.02 don X.F.F. en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG) interpuso demanda contra la empresa "I., S.A.", solicitando se dicte en su día sentencia por la que estimando la demanda se declare el derecho de los trabajadores que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa "I., S.A.", encuadrados en las categorías de peón ordinario, peón especialista, ayudante, encargado, oficial de 1^a, oficial de 2^a, capataz y otras equivalentes en las citadas, sito el centro en G. (Lugo), a que se les abone el incremento del 20% sobre su sueldo base, en aplicación de lo dispuesto en el art. 30.1 del Convenio

Colectivo para Edificación y obras Públicas en Lugo, como consecuencia de realizar labores que resulten penosas tóxicas y peligrosas. Segundo.- El art. 30.1 del Convenio Colectivo de Edificación y Obras Públicas establece: "A los trabajadores que tengan que realizar labores que resulten excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas, deberán abonárseles un incremento del 20% sobre su salario base. Si estas funciones se efectuaran durante la mitad de la jornada o en menos tiempo el plus será del 10%. 2.- La empresa "I., S.A." se dedica a la transformación de Granito y Mármol, con domicilio y centro de trabajo en G. (Lugo). En dicha empresa trabajan más de 200 trabajadores. En dichas instalaciones se distinguen las siguientes secciones: -Sección de sienas.- Sección de patio de bloques.- Sección de tubo.- Sección de patio de tableros.- Sección de Abujardado.- Sección de Carl Meyer.- Sección de cortabloques y línea.- Sección de depuradora.- Sección de taller.- Sección de varios.- Sección de tuberos.- Sección de camiones.- Sección de dirección.- Sección de administración. Tercero.- En el informe del Centro de Seguridad e Higiene en el trabajo sobre solicitud de coeficientes reductores de la edad mínima de jubilación para los trabajadores de la empresa "I., S.A." sita en G., de fecha 08.05.01 establece después de referirse a las distintas secciones existentes que "los riesgos laborales genéricos a todos los trabajadores son los de ruido y polvo de granito, con un contenido en SiO₂ libre superior al 25%. Cuarto.- Se asignaron coeficientes reductores por la Dirección General de Ordenación Económica de la Seguridad Social de los puestos de trabajo de exterior de la empresa, pero no al centro de la carretera del Campamento Militar de P. Quinto.- La empresa I. ha adoptado cuantas actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales resultan exigibles, llevando a cabo las labores de prevención a través de la Mutua de Accidentes de Trabajo A., como servicio ajeno de prevención. Sexto.- La Muta A. elabora informes de evaluación de riesgos que constan en autos (doc. 15 a 19 y 4 a 7) que damos por reproducidos, de la prueba de la parte demandada. Séptimo.- En el documento nº 34 de la prueba de la parte demandada consta un informe pericial técnico que fue ratificado en juicio, que establece como conclusiones: "En función de los datos obtenidos de la documentación analizada, en la visita a las instalaciones de la información aportada por las personas con las que se ha entrevistado en el curso de la misma, y de las referencias por comparación con otras instalaciones similares, obtenemos

cuatro conclusiones fundamentales. 1.- Que la empresa encargó un Servicio de Prevención Ajeno, como entidad especializada la realización de una Evaluación de Riesgos, que se realizó inicialmente en 1988, en la que se contemplan todos los puestos de trabajo de la empresa, y en la que se identifican cuales son los riesgos para cada uno de los puestos. 2.- La empresa "I., S.A." en función de los resultados de la Evaluación de Riesgos, desarrolló una planificación de la Acción Preventiva con el apoyo del Servicio de Prevención de A., que incluye la realización de mediciones higiénicas de polvo con sílice libre y de ruido, en los puestos de trabajo afectados, así como otras acciones preventivas, encaminadas a la mejora de las condiciones de trabajo. 3.- Se han realizado las mediciones higiénicas pertinentes, en los puestos de trabajo correspondientes con la periodicidad establecida, y los resultados de las mismas constan en los informes emitidos por el Servicio de Prevención de A. 4.- La empresa "I., S.A." ha seguido las recomendaciones fundamentales contenidas en los informes emitidos, y entre otros avances en materia de Prevención, como resultado de ello se ha mantenido anual la periodicidad de las mediciones higiénicas de polvo con sílice libre."

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

"FALLO: Se desestima la demanda formulada por CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALECA (CIG) contra la empresa "I., S.A.", absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la representación de la Central Intersindical Galega (CIG), contra la empresa "I., SA" en solicitud del abono de un incremento de 20% de su sueldo base, en aplicación de lo dispuesto en el art 30,1 del Convenio Colectivo, para la edificación de obras públicas en Lugo, como consecuencia de realizar labores que resultan penosas tóxicas y peligrosas, recurre la parte demandante en suplicación articulando dos

motivos; en primer lugar y al amparo del art 191.b) LPL, solicita la revisión de hechos probados, en concreto del ordinal primero a fin de que se le adicionen dos párrafos del tenor literal que propone en su escrito de recurso.

La revisión no se admite pues el recurso de suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor probatoria llevada a cabo por el magistrado a quo, y que a tales efectos sólo son invocables documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas documentos y pericias evidencien por si mismo el error sufrido en la instancia, de manera que, por ello, a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente, hasta el punto de que se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un medio hábil revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del juzgador, estaremos en presencia del interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la otra parte (S TSJ Galicia, entre otras de 03.03.00, 14.04.00, 15.04.00 entre otras).

En el presente supuesto el recurrente se fundamenta para la revisión solicitada en la documental obrante en la causa a los folios 51, (informe del Instituto Nacional de Silicosis), folios 23 y 24 (informe de la Xunta de Galicia sobre coeficientes reductores para determinados puestos de trabajo pertenecientes a la empresa demandada) y folios 19 a 21 (resolución de la dirección general de ordenación económica de la seguridad social), los cuales, además de no acreditar error en la valoración de la prueba realizada por la magistrada de instancia, los documentos que se invocan son aplicables a los trabajadores, a quienes se les asignaron coeficientes reductores de la edad de jubilación para determinados puestos de trabajo de exterior de la empresa, sin que en nada afecte a la resolución del presente conflicto colectivo, en los que ninguno de los puestos son de trabajo exterior, sino que los ahora reclamantes desempeñan su actividad en el interior de la fábrica ubicada en el centro de trabajo de la carretera del campamento militar de P., y a lo que ya se hizo referencia en el ordinal cuarto de la sentencia de instancia.

Y lo mismo en cuanto al documento obrante al folio 55 de las actuaciones, consistente en la declaración del perito deponente en el acto del juicio, con relación al cual el recurrente quiere añadir un segundo párrafo al hecho de prueba tercero, puesto que las actas de juicio no constituyen un documento eficaz para revisar los hechos probados de una sentencia, porque su virtualidad probatoria ha de estar referida a los distintos elementos de prueba que en ella se hagan constar, en el presente supuesto a la prueba pericial unidad a las actuaciones, y sin del documento que invoca, resulte por otra parte, la literalidad que expone en el escrito de recurso.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con correcto amparo procesal en el art 191.c) LPL, denuncia el recurrente infracción del art 30.1 del Convenio Colectivo de Edificación y Obras Públicas de la Provincia de Lugo, por considerar que la comparación en lo que se refiere al plus de penosidad, peligrosidad y toxicidad debe realizarse con referencia al ámbito funcional del Convenio, y este es de aplicación a las 28 actividades recogidas en el mismo.

La denuncia no se admite pues la cuestión debatida en el presente procedimiento se centra en determinar la existencia o no de una especial peligrosidad, toxicidad o penosidad de las tareas que realizan los actores en cada una de las categorías profesionales a las que se extiende el conflicto existentes en el centro de trabajo de G. (Lugo) sito en la carretera del campamento militar de P., de conformidad con lo dispuesto en el art 30.1 del Convenio a cuyo tenor "Los trabajadores que tengan que realizar labores que resulten excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas, se les deberá abonar un incremento del 20% sobre su salario base. Si estas funciones se realizaran durante la mitad de la jornada o en menos tiempo el plus será el del 10%.

TERCERO.- Así las cosas, el primer planteamiento a considerar es que el complemento reclamado en la demanda es un complemento de puesto de trabajo, de los definidos en el art. 26.3 del ET, que resarcen al trabajador de las especiales condiciones de prestación recogidas en la correspondiente normativa para la determinación de la actividad laboral. Los mismos atienden al carácter especialmente peligroso, penoso o tóxico del puesto de trabajo y al hecho de que no puedan considerarse riesgos inherentes a la categoría profesional desempeñada. Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, (sentencia por

todas, 23-3-99) La declaración de peligrosidad, penosidad y toxicidad, de un puesto de trabajo a efectos de obtener el correspondiente plus, requiere una serie de condiciones específicas en su desempeño, siempre excepcionales y previsiblemente transitorias, que se realizan sobre lo que constituyen el ejercicio normal del mismo puesto, condiciones particularizadas y de riesgo añadido.

En definitiva, la peligrosidad, ha de derivar de la existencia de un riesgo adicional debido ante la inseguridad en su desempeño ante un eventual ataque o daño, la penosidad, a la realización del trabajo en circunstancias excepcionales por cuanto conlleva actividades que supongan un importante esfuerzo, por ejemplo ruidos y la toxicidad, ha de relacionarse con la manipulación de sustancias que puedan suponer un riesgo excepcional para la salud del trabajador; lo que significa que su devengo va unido a la acreditación de las circunstancias excepcionales del puesto de trabajo y sin que influya para acreditar la procedencia la comparación en relación con el ámbito funcional del Convenio Colectivo, esto es, con otras actividades incluidas dentro de su art. 1, como sostiene el recurrente en el escrito de recurso, dentro de las 28 actividades que abarca el Convenio, pues el controvertido plus no va unido a la realización genérica de cada una de las actividades, que en dicho precepto legal se enumeran, por lo que el problema central radica en determinar si en los puestos de trabajo para los que se reclama el complemento concurren una serie de notas excepcionales sobre el ordinario que permitan determinar, si son acreedores del referido complemento, para lo cual es necesario acudir al umbral fijado por la ley o en su caso, por la norma reglamentaria, y sino se iguala o no se supera, no se devenga el derecho a percibir el citado complemento. Y a la vista de la prueba practicada, en concreto a tenor de los informes emitidos por el servicio de Prevención de A., y de la pericial practicada, a los que se refieren los hechos sexto y séptimo de prueba, que no han sido objeto de impugnación por la parte recurrente, y, que como razona la magistrada de instancia valorando dicha prueba, al amparo de lo dispuesto en el art 97.b) LPL, a la vez que resalta que la parte actora no ha aportado ninguna prueba que acredite la excepcionalidad del riesgo por el ruido y el polvo de sílice, se llega a la conclusión de que no existe ese riesgo excepcional que de lugar al complemento del art. 30 del Convenio Colectivo aplicable, puesto que no se superan los

umbrales de tanto en lo que se refiere al polvo de sílice, que está por debajo del 50% del umbral máximo, como con relación al ruido, poniendo la empresa todos los medios necesarios recomendados por A. para reducir los niveles de exposición y se han sustituido por ejemplo determinadas sierras por unas nuevas que hacen menos ruido y producen menos polvo, como se constata por la juzgadora de instancia en el fundamento de derecho tercero de la resolución recurrida; por lo que cabe concluir que no concurren en el presente supuesto las notas de "excepcionalidad", tal y como aparece recogido en el convenio colectivo aplicable fruto de lo pactado por la negociación colectiva para el devengo del complemento salarial aquí discutido, y en consecuencia, previa desestimación del recurso confirmar la resolución recurrida.

Por lo expuesto

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación de la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social número Tres de Lugo, de fecha 02.08.02, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3570 Recurso núm. 5.642/99

S.S. CÁLCULO DE PRESTACIÓN COMPLEMENTARIA POR APLICACIÓN DA LEXISLACIÓN SOBRE PLANS E FONDOS DE PENSIÓNS, EN CASO DE PLURIEMPREGO DO BENEFICIARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a veintiuno de febrero de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.642/99 interpuesto por don M.F.C.A. 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 M.F.C.A. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandado BBV PENSIONES, ENTIDAD GESTORA DE FONDOS DE PENSIONES; COMISIÓN DE CONTROL DEL PLAN Y DEL FONDO DE PENSIONES DE LA EMPRESA "I."; EMPRESA "I.M., S.A."; COMISIÓN PROMOTORA DEL PLAN DE PENSIONES A.I., y M. SEGUROS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 753/98 sentencia con fecha quince de octubre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"PRIMERO.- El actor don M.F.C.A. vino prestando sus servicios como médico en los siguientes puestos de trabajo: Para "I.M., S.A." desde el 01.11.61, como Jefe del Servicio Médico de la Delegación de A Coruña. Para la Administración Sanitaria desde el año 1977 con plaza en propiedad en el Hospital Juan Canalejo como especialista de aparato respiratorio. SEGUNDO.- El actor tiene reconocida pensión de jubilación por resolución del in de 27.02.98 sobre una base reguladora de 262.665 pesetas, porcentaje del 100% por 51 años cotizados. Previa reclamación administrativa, el in dicta resolución el 04.05.98 estimándose una base reguladora de 263.215 pesetas. Interpuesta demanda, se dictó sentencia de 26.11.98 por el Juzgado de lo Social número 1 de A Coruña, resoluciones que se dan por reproducidas. TERCERO.- Al reunir el actor las condiciones requeridas en el Reglamento del Plan de Pensiones de la empresa "I.M., S.A.", que consta en autos y se reproduce, solicitó el pago de las correspondientes prestaciones por jubilación en la cuantía máxima calculándose según la siguiente fórmula: el 91,5% del salario pensionable anual menos el 85% de las bases de cotización a la Seguridad Social correspondientes al momento de la jubilación. CUARTO.- La entidad "I.M., S.A." consideró un salario pensionable de 6.515.958 pesetas y una base de cotización de 4.712.400 pesetas, lo que dio lugar a una prestación de capital de 19.892.990 pesetas que fue abonado por BBV Pensiones, entidad gestora de Fondos de Pensiones, según consta en el ramo de prueba de

BBV Pensiones e "I.M., S.A.", que se reproduce. QUINTO.- El salario real del actor en 1998 fue de 6.515.958 pesetas y en 1997 de 6.248.983 pesetas. SEXTO.- La base de cotización anual por la empresa "I.M., S.A." fue en 1998, de 2.356.200 pesetas y en 1997, de 2.307.780 pesetas. SÉPTIMO.- Las bases de cotización estaban prorrateadas al 50% entre "I.M., S.A." y la Administración Sanitaria. OCTAVO.- Se celebraron actos de conciliación ante el SMAC los días 28.07.98, 07.08.98 y 25.03.99 con los resultados de "sin avenencia" y "sin efectos".

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

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por don M.F.C.A. contra BBV PENSIONES, ENTIDAD GESTORA DE FONDOS DE PENSIONES, COMISIÓN DE CONTROL DEL PLAN Y DEL FONDO DE PENSIONES DE LA EMPRESA "I.", EMPRESA "I.M., S.A.", COMISIÓN PROMOTORA DEL PLAN DE PENSIONES A.I. Y M. SEGUROS, absolviendo 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.- La parte demandante, veneda 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 pretende, en primer lugar, añadir, en el Hecho Probado Primero, que la prestación de servicios del actor para la Entidad Mercantil "I.M., S.A." fue a tiempo parcial, lo cual es acogible, al ser hecho indiscutido, aparte de encontrar abundante apoyo documental –folios 115, 117, 118 y 119-, y se pretende, en segundo lugar, añadir, en el Hecho Probado Cuarto, el cálculo de la reclamación pretendida en demanda, lo cual es inacogible, ya que, estando probados los datos fácticos necesarios para la realización de ese cálculo, sea cuál sea ese cálculo es cuestión jurídica. Concluyendo,

sólo se admite la revisión fáctica en cuanto a ser el actor un trabajador a tiempo parcial de la Entidad Mercantil "I.M., S.A.".

SEGUNDO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia la infracción de los artículos 24, 30 y 34 del Reglamento del Plan de Pensiones de la Entidad Mercantil "I.M., S.A.", en relación con el artículo 1 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones. Conviene, ante todo, recordar estas normas.

Los artículos 24, 30 y 34 del Reglamento del Plan de Pensiones de la Entidad Mercantil "I.M., S.A." establecen lo siguiente:

"Artículo 24. Prestación por jubilación. Los partícipes que alcancen la edad de 65 años y soliciten la jubilación tendrán derecho a la percepción de una prestación igual a la que se obtenga de desarrollar la fórmula siguiente: El 91,5% del salario pensionable anual, menos el 85% de las bases de cotización a la Seguridad Social correspondientes al momento de la jubilación. La prestación así definida podrá ser percibida por todo trabajador con 35 ó más años de servicio en la empresa..."

"Artículo 30. Mejora de prestaciones. Los excedentes generados por las desviaciones positivas, derivadas de rentabilidades adicionales, a que se refiere el artículo 20, se utilizarán ... en primer lugar a incrementar el porcentaje del salario anual pensionable, del momento de la contingencia, para las prestaciones de jubilación y viudedad y orfandad de pasivos, recogidas en los artículos 24 y 27, hasta alcanzar el límite del 100% ..."

"Artículo 34. Capitalización. En el momento el hecho causante el beneficiario o beneficiarios podrán optar por percibir el complemento anual, previsto en los artículos anteriores las distintas prestaciones, o percibir, en metálico, el 90% del valor actuarial equivalente. En el supuesto de que el beneficiario opte por la capitalización, quedará desvinculado del Plan, no generando, por tanto, nuevas prestaciones..."

El artículo 1 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones, denuncia relacional, establece, en su apartado primero, que "los Planes de Pensiones definen el derecho a las personas a cuyo favor se constituyen, a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad o invalidez, las

obligaciones de contribución a los mismos, y en la medida permitida por la presente Ley, como las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse”, y, en su apartado segundo, que “constituidos voluntariamente sus prestaciones no serán en ningún caso sustitutivas de las preceptivas en el Régimen correspondientes de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquéllas”.

TERCERO.- Partiendo de los hechos declarados probados y a la vista de las denuncias jurídicas formalizadas, la cuestión litigiosa se reconduce a determinar si, a los efectos del cálculo de la prestación complementaria, se debe tomar -es la tesis del recurrente- la base de cotización a la Seguridad Social de la Entidad Mercantil “I.M., S.A.” -de 2.356.200 pesetas en el año 1996 y de 2.307.780 pesetas en el año 1997, Hecho Probado Sexto-, o, como esa base, debido a la condición del actor de trabajador a tiempo parcial, se calculó en prorrata del 50% -Hecho Probado Séptimo-, se debe tomar el total de las cotizaciones sociales -es la tesis acogida en la sentencia de instancia-.

CUARTO.- A juicio de la Sala, la tesis correcta, analizando la literalidad de las normas denunciadas y su finalidad de garantía del salario en activo, es la del recurrente, lo cual lleva a la revocación íntegra de la sentencia de instancia.

(1) El artículo 24 del Reglamento del Plan de Pensiones de la Entidad Mercantil “I.M., S.A.” atende, como base de cálculo de la pensión complementaria, a *“el 91,5% del salario pensionable anual, menos el 85% de las bases de cotización a la Seguridad Social correspondientes al momento de la jubilación”*, debiendo entenderse que, cuando la norma se refiere al salario pensionable anual y a las bases de cotización, se está refiriendo al salario pensionable anual realmente abonado por la empresa y a las bases de cotización relativas a ese salario realmente abonadas por la empresa, de modo que, al realizar el cálculo de la pensión complementaria, se deben considerar ese salario y esas cotizaciones en términos reales, y no, rompiendo el paralelismo, el salario en términos reales mientras las cotizaciones en los términos hipotéticos de las que hubiera tenido de no haberse tratado de un trabajador pluriempleado y de haber trabajado sólo en una empresa.

(2) Tal interpretación literal se ve ratificada si atendemos a la garantía del salario en activo que, con ciertas correcciones -las derivadas de la aplicación de un porcentaje reductor al salario pensionable anual-, se pretende conseguir en el artículo 24 del Reglamento del Plan de Pensiones de la Entidad Mercantil “I.M., S.A.”, garantía cuya medida se encuentra en la diferencia entre lo percibido por el trabajador y lo cotizado por la empresa, de modo que, si atendemos a las cotizaciones en términos hipotéticos se frustraría esa garantía, con la consiguiente ratificación de un beneficio empresarial de muy dudosa justificación, ya que, si atendiésemos a las cotizaciones en términos hipotéticos, la empresa, beneficiada de la reducción de las cotizaciones sociales por el pluriempleo del trabajador, no tendría obligación -como sí creemos que la tiene- de correlativo incremento de la aportación en el fondo de pensiones.

QUINTO.- Si analizamos la cuestión en términos de un juicio de igualdad comparativa, el módulo de comparación -a la vista de la letra y de la finalidad del convenio colectivo- no es un trabajador no pluriempleado con el mismo salario del demandante -si este fuere el módulo, sería correcta la tesis acogida en la sentencia de instancia- porque a este trabajador -a diferencia del demandante- sí se le calcula la pensión complementaria en términos salariales y cotizatorios reales y sí se le garantiza el mantenimiento del salario en activo, si tomamos como medida de la garantía la diferencia entre salarios y cotizaciones.

Tal módulo de comparación -a la vista de la letra y de la finalidad del convenio colectivo- es un trabajador -sea o no pluriempleado: la irrelevancia de esta circunstancia en la argumentación es el camino correcto para realizar el juicio de igualdad- que, entre su salario y sus cotizaciones, acredita una diferencia semejante a la existente entre el salario y las cotizaciones del demandante, de modo que, como a aquél se le garantiza esa diferencia a través de un cálculo de la pensión complementaria tomando salarios y cotizaciones reales, a éste se le debe garantizar haciendo el cálculo en términos idénticos.

SEXTO.- Conviene recordar que, en relación a un compromiso de pensiones donde se aludía en el convenio colectivo, como elemento de cálculo de la prestación complementaria, a las prestaciones de la Seguridad Social a favor del beneficiario y no a las cotizaciones de la Seguridad Social a cargo de

la empresa, la Sentencia de 10.03.01, Recurso 3.666/1997, de esta Sala ha declarado la imposibilidad de considerar, en el supuesto de pluriempleados, aquellas prestaciones de la Seguridad Social a favor del beneficiario en los términos hipotéticos correspondientes a estas cotizaciones de la Seguridad Social a cargo de la empresa, debiendo estarse -siguiendo un criterio de realidad de las cosas- a dichas prestaciones de la Seguridad Social a favor del beneficiario en sus términos reales.

En el supuesto de autos, el convenio colectivo alude a las cotizaciones de la Seguridad Social a cargo de la empresa y no a las prestaciones de la Seguridad Social a favor del beneficiario, de ahí la imposibilidad, si lo unimos a las expuestas interpretaciones literal y teleológica, de considerar las cotizaciones de la Seguridad a cargo de las dos empleadoras determinantes de las prestaciones de la Seguridad Social a favor del beneficiario, como si hipotéticamente fuese una sola la empleadora, debiendo estarse -siguiendo idéntico criterio de realidad de las cosas de nuestra anterior sentencia- a las cotizaciones de la Seguridad Social a cargo de la empresa en sus términos reales.

SÉPTIMO.- Estimado el recurso de suplicación y revocada la sentencia de instancia, con la consiguiente estimación de la demanda rectora de actuaciones, inclusive la reclamación de intereses legales -en los términos establecidos en los artículos 1.100, 1.108 y 1.109 del Código Civil-, deberá examinarse quien, de entre los codemandados, debe ser condenado, y, al tratarse de un derecho económico a las prestaciones a favor de un beneficiario, el responsable es la gestora del fondo, que, a la vista de la declaración de hechos probados, es la Entidad Gestora de Fondos de Pensiones BBV Pensiones -la cual, además, se ha hecho cargo de la parte no discutida de la capitalización de la pensión complementaria del demandante, Hecho Probado Cuarto-, aunque asimismo se debe condenar a estar a lo declarado, en atención a sus funciones de supervisión del cumplimiento de las cláusulas del plan de pensiones en lo relativo a los derechos de los partícipes, a la Comisión de Control del Plan y del Fondo de Pensiones de la empresa I., debiendo absolver a los demás codemandados, y, en concreto, a la Entidad Mercantil "I.M., S.A.", porque, al haber formalizado su compromiso de pensiones con la Entidad Gestora de Fondos de Pensiones BBV Pensiones, ésta realizó los cálculos actuariales pertinentes en función del alcance del com-

promiso de pensiones, cuantificando las primas, las cuales no consta no fuesen abonadas, de donde, abonadas éstas, ninguna responsabilidad le puede alcanzar -salvo si se acredita-, y no es el caso, una negligente información del alcance de compromiso de pensiones a la entidad gestora del fondo- a la Entidad Mercantil "I.M., S.A.".

Fallamos

Estimando totalmente el recurso de suplicación interpuesto por don M.F.C.A. contra la Sentencia de 15 de octubre de 1999 del Juzgado de lo Social número 2 de A Coruña, dictada en juicio seguido a instancia del recurrente contra la Entidad Gestora de Fondos de Pensiones BBV Pensiones, la Comisión de Control del Plan y del Fondo de Pensiones de la empresa I., la Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros M.V., la Comisión Promotora del Plan de Pensiones A.I., y la Entidad Mercantil "I.M., S.A.", la Sala la revoca íntegramente, y, estimando la demanda rectora de actuaciones, condenamos a la Entidad Gestora de Fondos de Pensiones BBV Pensiones a abonar a don M.F.C.A. la cantidad en euros correspondiente a 14.632.898 pesetas más el interés legal del dinero desde la fecha de la interposición de la papeleta de conciliación administrativa previa -el 14.07.98-, debiéndose condenar a estar a lo declarado a la Comisión de Control del Plan y del Fondo de Pensiones de la empresa I. Quedan absueltos la Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros M.V., la Comisión Promotora del Plan de Pensiones A.I., y la Entidad Mercantil "I.M., S.A.".

3571 Recurso nº 8.303/1998

S.CA. OCUPACIÓN DA TRABALLADORA SOLICITANTE DE PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO SEN DALA DE ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL CON CARÁCTER PREVIO Ó INICIO DA RELACIÓN LABORAL. SANCIÓN. EFICACIA PROBATORIA DAS ACTAS DE INSPECCIÓN: NON EXTENSIBLE Á AFIRMACIÓN DE EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. NULIDADE DE PLENO DEREITO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a veinticuatro 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 8.303/98, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don R.P.A., con D.N.I. número ..., domiciliado en ... (Ourense), representado por el procurador don C.G.G. y dirigido por el letrado don F.Q.G., contra resolución de 12.03.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Ourense sobre acta de infracción número 331/97. Expediente número 14.317/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es TRES MIL SEIS EUROS (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 doce de febrero de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo

resolución de la Dirección General de Trabajo de 12 de marzo de 1998, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Ourense de 19 de septiembre de 1997, derivada de acta de infracción nº 331/97, que imponía al recurrente la sanción de multa de 500.100 pesetas por comisión de la infracción calificada como muy grave en el artículo 30.03.02 de la Ley 8/88 de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, sobre la base de considerar que el recurrente ha dado ocupación a una trabajadora solicitante de prestaciones por desempleo sin darla de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral.

SEGUNDO.- Las alegaciones sobre supuesta vulneración del trámite de audiencia y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa deben rechazarse. La primera, por no predicarse la supuesta vulneración como referida al recurrente sino a tercera persona a la que ningún hecho ilícito se imputaba en el expediente y contra la cual no se dirigía el mismo. La segunda, por no merecer el propuesto en vía administrativa la consideración de medio de prueba admisible en derecho, pues no está previsto en nuestro sistema jurídico como acto de prueba eficaz el interrogatorio del denunciado a solicitud y a tenor de las preguntas formuladas por el propio denunciado.

TERCERO.- La eficacia probatoria de las actas de la Inspección de Trabajo tiene su base en una presunción de certeza en relación con los hechos que, por su objetividad, son susceptibles de percepción directa por el funcionario actuante o inmediatamente deducible de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta, como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma, sin que esa presunción de certeza alcance a las simples apreciaciones propias, deducciones lógicas, juicios de valor o calificaciones jurídicas del Inspector (en tal sentido, entre muchas, SSTs de 2 de junio de 1989, 1 de diciembre de 1990, 24 de junio de 1991, 11 de marzo de 1992 y 18 de diciembre de 1995).

CUARTO.- En el presente caso, lo que se imputa en el acta al sancionado es haber dado ocupación a una trabajadora solicitante de prestaciones por desempleo sin darla de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral, consideración que trata de derivarse del hecho de que "En fecha 12.05.97, a las 16 horas, se efectúa

visita de inspección al centro de trabajo de la empresa titular del presente acta sito en ..., dedicada a la actividad de Hostelería (café-bar "..."). En el momento de la visita inspectora la única persona encargada de atender el negocio era doña M^a.I.A.B.... quien... manifiesta que había cesado en la prestación de servicios por cuenta de la empresa visitada el día 05.04.97, encontrándose allí sustituyendo a su hija, ..., actualmente trabajadora de la empresa, que se había ausentado".

Lo cierto, sin embargo es que aquella primera afirmación de existencia de relación laboral no constituye sino una simple apreciación propia, deducción o juicio de valor que, como tal, no es beneficiaria de la presunción "iuris tantum" de eficacia probatoria que normalmente ampara al acta, pues de aquel solo dato de que en el preciso momento de la visita "la única persona encargada de atender el negocio era doña M^a.I.A.B." no es inmediatamente deducible que ésta mantuviese una relación laboral con el sancionado y, como tal, percibiere por ello salario, que es premisa de hecho de la infracción, y más cuando dicha persona había manifestado durante la visita de inspección hallarse allí sustituyendo a su hija, cuando esa hija era en tal momento trabajadora de la empresa, cuando doña M^a.I.A.B. es madre del titular de la empresa y cuando no puede derivarse del hecho aislado de comprobar que la recurrente estaba colaborando con su hijo la nota de habitualidad en la colaboración. De ahí que, negada por la sancionado la veracidad de aquella afirmación, de cuya supuesta realidad se ha partido para fundamentar la resolución sancionadora, correspondía a la Administración demandada, como en todo procedimiento sancionador, la carga de probar la realidad de la misma y la responsabilidad de la sancionada. Pero la Administración no lo ha hecho así, por lo que no cabe sino concluir que, en cuanto la sanción se ha impuesto sin la existencia de una previa actividad probatoria incriminatoria de la conducta ilícita reprochada, la correspondiente resolución adolece indefectiblemente de una tacha de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1.a) LRJPAC), lo que determina la procedencia de estimar el recurso.

QUINTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procura-

dor don C.G.G., en representación de don R.P.A., contra resolución de la Dirección General de Trabajo, de 12 de marzo de 1998, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Ourense de 19 de septiembre de 1997, derivada de acta de infracción n^o 331/9.717, la que se anulamos por no ser conforme a Derecho; sin hacer especial condena en costas.

3572 Recurso n^o 8.438/1998

S.CA. OBSTRUCCIÓN Á LABOR INSPECTORA. FALLA DE EXPRESIÓN VERDADEIRA DA IDADE DUN TRABALLADOR E APORTACIÓN POLO REPRESENTANTE DA EMPRESA DE DNI DOUTRO TRABALLADOR. SANCIÓN. VALOR PROBATORIO DAS ACTAS DE INSPECCIÓN. AUSENCIA DE COLABORACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López

A Coruña, a veinticuatro 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 8.438/98, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "R.D.P., S.L.", domiciliada en ... (Pontevedra), representada por la procuradora doña A.M^a.T.N. y dirigida por la letrada doña A.M.V.M., contra resolución de 15.04.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra sobre acta de infracción número 1.196/96. Expediente 5.881/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es TRES MIL ONCE EUROS (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 doce de febrero de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se fiscaliza en este recurso la conformidad o disconformidad a derecho de la sanción impuesta a la empresa “R.D.P., S.L.” por el director provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra en Vigo, mediante resolución de 27.02.97, confirmada después en vía de recurso ordinario por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en resolución de 15.04.97, consistente en una multa pecuniaria de 501.000 pesetas, por obstrucción en la actuación inspectora. Los antecedentes de la resolución de primer grado se remontaron al 10.06.96, fecha en la que un controlador laboral realizó una actuación inspectora en la obra que aquella empresa ejecutaba con tres trabajadores, que expresaron y acreditaron sus identidades al actuario, salvo uno de ellos, que sólo expresó su identidad y fecha de nacimiento, dato este que –según el actuario- no se correspondía con la edad que aparentaba, por lo que fue requerido el representante de la empresa para aportar la justificación debida y a tal efecto acompañó el DNI de un trabajador que no se correspondía con el que se encontraba en la obra inspeccionada; en el trámite de alegaciones negó la empresa que hubiera obstruido la labor inspectora, pero ello no evitó que al final se le impusiera una sanción por la comisión de

una infracción muy grave, en su grado mínimo, tipificada en el artículo 49.3.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social.

En el escrito de demanda se interesa la nulidad de la resolución impugnada y de la sancionadora de que trae causa, con base en que los tres trabajadores se identificaron, aunque uno lo hizo de forma incorrecta (y por eso fue después amonestado), así como que después el representante de la empresa compareció en las oficinas de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, mostrando así una actitud colaboradora, de modo que no existió obstrucción, sino una conclusión subjetiva del actuario fundada en la errónea creencia de la edad del trabajador que no se identificó correctamente cuando fue requerido.

A la pretensión anulatoria muestra su oposición el Abogado del Estado.

SEGUNDO.- Reitera la demanda en esta vía jurisdiccional que la empresa no había incurrido en la infracción que se le imputaba, puesto que había mostrado una actitud colaboradora al identificar en las oficinas administrativas al trabajador cuya identidad fue cuestionada por el controlador laboral con ocasión de las manifestaciones y la ausencia de presentación del DNI por el trabajador requerido al efecto que, según las alegaciones ofrecidas ya en la vía administrativa, no se comportó en la debida forma. Con tales alegaciones no sólo se niega la comisión de la conducta obstruccionista imputada, sino que se censura la subjetividad del actuario, cuyo acta y conclusiones carecen del mínimo valor probatorio.

Sobre este último extremo es ya conocida la posición jurisprudencial unánime que confiere a los hechos recogidos en las actas de valor probatorio, presunción “iuris tantum” que puede ser contradicha de adverso (SsTS de 29.01.92, 11.03.92 o 08.05.00, entre otras muchas), de modo que ya tenían mal aspecto las alegaciones ofrecidas en la vía administrativa cuando la empresa se limitó a negar que hubiera mostrado una actitud obstruccionista, pero no ofreció la menor prueba para acreditar esa postura que subjetiva e interesadamente calificó como colaboradora, mostrando, sin embargo, un reproche al comportamiento del trabajador que motivó la apertura del procedimiento sancionador.

En efecto, no puede olvidarse que el acta no sólo mostraba su extrañeza por la falta de concordancia entre la edad que aparentaba

el controvertido trabajador y la que le manifestó "in situ" al controlador laboral, sino que también exponía que este se había identificado como J.C.A., nacido el 08.09.60, hijo de C. y J., domiciliado en ... y con una antigüedad en la empresa de un año, mientras que la identidad ofrecida por la empresa en su comparecencia se correspondía con la de una persona llamada J.A.C., nacido el 10.01.73, hijo de C. y J., domiciliado en la ..., así como que después fue citado el representante de la empresa para aclarar la controvertida identidad y la empresa no acudió.

Expuestos así esos hechos, no puede mostrarse esta Sala conforme con la demanda en el sentido de que la sanción se le impuso a la empresa con base en la apreciación subjetiva del controlador laboral de que la persona con la que se entrevistó no podía tener los 55 años que aparentaba, pues si bien esta sí es una apreciación subjetiva carente de valor probatorio, no lo es ni la falta de conformidad de la identidad ofrecida por la empresa en su comparecencia ante el actuario, ni la ausencia de presentación en las oficinas para el día 22.07.96, como fue requerido, circunstancias que silencia tanto en la vía administrativa como en esta jurisdiccional y que por no haber probado de adverso gozan de veracidad, sin que la testifical que se propone en la demanda sirva para negar la veracidad de esos hechos, que se muestran todavía con más certeza a la vista de la documental aportada en la demanda, relativa al trabajador que identificó la empresa en su comparecencia y que llevaba contratado siete meses cuando se realizó la actuación inspectora, y no un año como manifestó el trabajador controvertido, siendo este un hecho que sería de fácil recuerdo por el propio trabajador si fuera el que en verdad se había contratado.

En definitiva, la colaboración que la norma social requiere no sólo es la meramente formal consistente en comparecer y mostrar unos determinados documentos, sino hacerlo en la forma y manera que despeje la duda ofrecida, por lo que no puede sostenerse que la empresa se había mostrado colaboradora, sino evasiva y abundando en la falta de credibilidad reprochada, ello sin olvidar que no compareció cuando se le requirió para una segunda asistencia, extremo que silencia tanto en la vía administrativa como en esta jurisdiccional, por lo que la infracción imputada se considera probada y de ello resulta la confirmación de la sanción impuesta a la empresa

demandante al amparo de lo establecido en el artículo 49.3.1 de la LISOS.

TERCERO.- 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 procesal de la entidad "R.D.P., S.L.", contra resolución de 15.04.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra sobre acta de infracción número 1.196/96, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin imposición de costas.

3573 Recurso núm. 5.130/02

S.S. CONDUCTA CULPABLE DE TRABAJADOR LUDÓPATA, QUE DETERMINA A PROCEDENCIA DO SEU DESPELAMENTO POR FALLAS DE ASISTENCIA Ó TRABALLO E TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL.

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

A Coruña, a veintiocho de febrero de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.130/02 interpuesto por don L.F.G. 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 don L.F.G. en recla-

mación de DESPIDO siendo demandado la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS (ONCE) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 371/02 sentencia con fecha veintinueve de agosto 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 demandante, don L.F.G., D.N.I. núm. ..., ha venido prestando servicios para la Organización Nacional de ciegos (ONCE), con una antigüedad de 19.09.92, categoría profesional de agente-vendedor y salario mensual de 1.447 euros incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. 2º.- En fecha 3 de junio de 2002 la empresa entregó al demandante carta de despido cuyo tenor literal obra en autos y se da aquí por reproducido. 3º.- El trabajador demandante incumplió la obligación de ingresar en el primer día hábil siguiente a la celebración del sorteo, las liquidaciones correspondientes a los días 8, 10 y 11 de marzo de 2002, liquidaciones que en total ascendían a 680 euros, y de los cuales únicamente ingresó el día 12 de marzo la suma de 227 euros. Los restantes 453 euros los hizo efectivos el día 18 de marzo siguiente. 4º.- El demandante no acudió a trabajar los días 12, 13 y 14 de marzo, fechas éstas en las que carecía de cupones para vender, pues al no haber efectuado las liquidaciones no se le habían entregado los cupones de los sorteos posteriores. 5º.- En fecha 3 de diciembre de 2001 el demandante fue sancionado con suspensión de empleo y sueldo por treinta días al haber incurrido en faltas muy graves por retraso en la liquidación de los cupones correspondientes a la venta de los días 21 y 23 de septiembre de 2001, 19, 21 y 22 de octubre de 2001. Asimismo, abandonó la venta del 2 de agosto al 2 de septiembre de 2001, del 25 de septiembre al 4 de octubre de 2001 y del 23 de octubre al 1 de noviembre del mismo año. 6º.- El demandante fue sancionado con suspensión de empleo y sueldo por impago de los cupones vendidos en las fecha sy por los periodos que a continuación se exponen:

06.01.98	21 días
28.02.98	21 días
29.07.98	35 días
21.11.98	45 días
04.08.99	50 días
28.09.99	60 días
06.05.00	40 días.

7º.- El actor no ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores ni desempeña cargo sindical alguno. 8º.- En fecha 24 de junio de 2002 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 desestimando la demanda interpuesta por don L.F.G. contra ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS (ONCE) debo declarar y declaro procedente el despido del trabajador demandante, y en consecuencia absuelvo a la empresa demandada de todas las pretensiones de la demanda”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda del actor don L.F.G. contra la Organización Nacional de Ciegos (ONCE) y declara procedente el despido del trabajador demandante, absolviendo a la empresa de las pretensiones de la demanda.

Contra la citada sentencia reacciona el actor en recurso de suplicación, en los dos primeros motivos al amparo del apartado b) del Art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral propone la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicione un nuevo párrafo en el HDP 6 y que se adicione un HDP nuevo, con la pretensión en primer lugar de añadir un nuevo párrafo al HDP6 con el siguiente texto: “Institut Pere Mata. Centre salut mental. Psiquiatra del CSM Reus: el paciente fue diagnosticado de conductas ludopáticas. Las diferentes pruebas efectuadas mostraron un coeficiente intelectual total de 73, verbal de 76 y manipulado 79”.

“Centro Medico de Tarragona: servicio de Psiquiatría: derivado por el Psicólogo que lo estaba tratando por ludopatía. El paciente presentaba una sintomatología ansiosa con estado de animo deprimido. Se estuvo tratando con antidepresivos y ansiolíticos”; y en segundo lugar pretende que se adicione un nuevo HDP con el siguiente texto: “La entidad demandada rige sus relaciones con sus empleados de conformidad con el undécimo colecti-

vo de la Once y su personal. El citado convenio en su capítulo XIII lleva por título “de la seguridad y salud en el trabajo”. Adiciones que tiene su apoyatura procesal, la primera en la documental obrante a los folios 32 y 33 de los autos, y la segunda en la documental obrante a los folios 60 a 92 y 77 y 78 de los autos, estimado la sala que las mismas no pueden prosperar, la primera por cuanto que los documentos 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 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 la segunda, por cuanto que, al basarse, exclusivamente, en convenio colectivo, que como tal no constituye medio idóneo a los fines perseguidos al revertir un indudable carácter de norma jurídica, bien que paccionada, y como es sabido, los únicos medios aptos son documentos y/o testifical, en consecuencia el motivo decae y por su contenido normativo no puede formar parte del relato fáctico.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado c) del Art. 191 de la Ley de procedimiento Laboral articula en un tercer motivo la censura jurídica en la que viene a denunciar como infringido en primer lugar sentencia de Tribunales superiores de justicia, que cita; alegando en definitiva que en el recurrente concurría la capacidad intelectual límite con la ludopatía, por ello no era consciente de su actuar y por ello y en aplicación de las sentencia de los TSJ que señalan que para que concurra causa justa de despido es exigible la culpabilidad, que no se da cuando no concurren la capacidad de entendimiento y la libertad de acción; alegando asimismo infracción por inaplicación de lo previsto en la Ley 31/95 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, la directiva 89/391 y del capítulo XIII del propio convenio de empresa, en concreto los artículos 15, 25 y 78 del convenio alegándose en definitiva, que constándole a la Once la capacidad intelectual límite y su ludopatía, se estima que la empresa no actuó de manera adecuada y no puede alegar desconocimiento de sus conductas adictivas.

Por lo que se refiere al tercer motivo de denuncia jurídica, el recurrente denuncia infracción de la doctrina emanada de los tribu-

nales superiores de justicia en lo relativo a la concurrencia del requisito de culpabilidad; así pues acreditado los incumplimientos contractuales y la gravedad de los mismos, el recurrente alega en esencia que no concurre la culpabilidad en la conducta del actor, citando al respecto y considerando infringida la doctrina contenida en sentencias de los tribunales superiores de justicia. Pues bien respecto de ello decir en primer lugar que solo tiene valor de jurisprudencia, la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, sin que las sentencias de los tribunales superiores de justicia tengan el valor de jurisprudencia, por lo que su invocación deviene procesalmente inaceptable para basar en ello un motivo de suplicación. Y lo cierto es que aun teniendo en cuenta la doctrina emanada de los TSJ por su valor disuasorio derivado de sus propios razonamientos, lo cierto es que y no habiendo prosperado la revisión fáctica instada en el primer motivo de recurso, en ningún momento puede considerarse acreditada que el actor tuviese mermadas o anuladas sus facultades volitiva e intelectual, por lo que no hay base alguna para considerarlo inimputable, lo cual debe probarse y no se ha acreditado este extremo. Siendo por otra parte de señalar que las adiciones que pueda sufrir un trabajador (embriaguez habitual, toxicomanía etc), solo son importantes en sede laboral en la medida que repercutan negativamente en el trabajo, en cuyo caso facultan al empleador para proceder a la extinción del contrato de trabajo por si mismas como causa legal de despido disciplinario (artículo 54.2.f) del ETT). Razonamientos estos aplicables a la ludopatía, según ha sido reconocido por diversos tribunales entre otros el TSJ de Madrid en sentencia de 15 de julio de 1993.

Que por lo que respecta a la denunciada infracción de la ley de prevención de riesgos laborales, decir que la citada normativa esta dirigida a la protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de riesgos derivados de su trabajo, o sea, evitar que un determinado trabajador sufra daño para su salud derivado del trabajo, entendiendo por tal las enfermedades, patologías, o lesiones sufridas en el trabajo, resultando a esta sala sorprendente la denuncia de la citada normativa en le supuesto de litis, en el que no estamos en presencia de un proceso de prestaciones, en el que pudiera ser trascendente el cumplimiento por parte del empresario de las medi-

das a as que pudiera estar obrigado, sino que estamos ante un procedimientu de despido, o sea la máxima sanción disciplinaria impuesta a un traballador por un incumplimientu de su contrato de traballo.

Pues bien, del inalterado relato histórico de la sentencia combatida, comprendido en el apartado de hechos probados y en su fundamentación jurídica, se desprende que la conducta del demandante que incurrió en reiteradas faltas de liquidación, con retención temporal de la de la recaudación por períodos superiores a tres días por las que el actor ya había sido sancionado en reiteradas ocasiones así como las faltas de asistencia al traballo son incumplimientu s contractuales previstos en el artículo 54.2.a) y d) del ETT (faltas repetidas de asistencia y puntualidad al traballo, trasgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño del traballo) incumplimientu s que se encuentran calificados como faltas muy graves en el artículo 68.c) del convenio colectivo de la ONCE, por lo que no cabe sino concluir que su conducta implica la causa de despido tipificada en los preceptos citados merecedora de la máxima sanción disciplinaria; y habiéndolo entendido así el juzgador de instancia, procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don L.F.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Pontevedra, de fecha veintinueve de agosto de dos mil dos, dictada en autos núm. 371/02 seguidos a instancia del recurrente contra la ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS (ONCE) sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3574 Recurso núm. 176/2003

S.S. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE POR EXTINCIÓN DE CONTRATO PARA OBRA OU SERVICIO FRAUDULENTAMENTE CELEBRADO, CON IMPOSIBILIDADE DE CONDENA Ó PAGO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN SE OPTA O EMPRESARIO (DURANTE A VIXENCIA DO RD-LEY 5/2002) POLA EXTINCIÓN CON ABONO DA INDEMNIZACIÓN.

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

A Coruña, a veintiocho de febreru de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 176/03 interpuesto por doña M.E.B.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 696/02 se presentó demanda por doña M.E.B.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandadas la Empresa TRAGSA y la empresa TRAGSEGA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 17 de octubre de 2002 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El demandante, doña M.E.B.S., mayor de edad, con D.N.I. nº ..., prestó servicios por cuenta y orden de la Empresa TRAGSEGA, perteneciente al Grupo TRAGSA desde el 28.01.02; figurando en el objeto de este 2º contrato lo siguiente: *"la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002"*. El actor tenía la categoría profesional de Licenciado en Veterinaria y salario neto de 1.648,13 euros, brutas diarias unos 55 euros. 2.- En fecha 22.07.02 el actor recibió comunicación de la empresa en el siguiente sentido: *"Muy Sr.Mío: conforme a lo establecido en el art. 8.1 del Real Decreto 2.720/908 de 18 de diciembre, y en consecuencia con el contenido de la Cláusula Séptima de su contrato de traballo, le comunico que el próximo día 26 de julio de 2002 causará baja en esta empresa por la finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratado. A partir de la fecha indicada le será practicada la correspondiente liquidación y finiquito. Será indispensable que antes haya hecho entrega del material y equipo propiedad de la*

empresa que obra en su poder al coordinador provincial. Deseo expresarle mi mayor consideración por los servicios prestados". 3.- El actor no está de acuerdo con dicho cese al considerar que se ha producido un despido, interponiendo papeleta de conciliación el 13.08.02 ante el SMAC de Lugo, celebrándose dicho el acto de conciliación el 30.08.02, resultando sin avenencia respecto de la empresa TRAGSA e intentada sin efecto respecto a la empresa TRAGSEGA. 4.- En fecha 05.09.02 el actor interpone demanda contra la empresa TRAGSEGA y la empresa TRAGSA, solicitando se declare que el acuerdo empresarial de la extinción del contrato de trabajo del actor está realizado en fraude de ley, bien por calificarse de nulo y/o subsidiariamente improcedente y en consecuencia de ser lo primero se condene a las empresas demandadas a que readmitan al actor de forma inmediata en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta la readmisión y, subsidiariamente, de no considerarse lo anterior y sí la improcedencia se condene a las empresas demandadas a que igualmente readmitan al actor en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, hasta que la readmisión se produzca o le abonen la indemnización en la cuantía que fije el Juzgado, así como a que le abone una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta que se notifique la sentencia. 5.- El demandante no ostenta la condición de representante de los trabajadores. 6.- Por el Real Decreto nº 379/1977, de 21 de enero, publicado en el BOE nº 65, del día 17.03.77, se autorizó la Constitución de la Sociedad Estatal TRAGSA, constituyéndose la Sociedad por escritura pública de 24.05.97, donde constan los estatutos donde figura el objeto social (art.2º), que damos aquí por reproducidos (Doc.nº 5 de la prueba de la parte demandada). 7.- De acuerdo con lo previsto en el art. 6.3 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.091/1998 de 23 de Septiembre, se autoriza la creación de una Sociedad Estatal de las previstas en su art. 6.1 a) que, revisitando la forma de Sociedad Anónima, se denominará TRAGSEGA, siendo el objeto social de esta sociedad los siguientes objetivos: 1) La realización de todo tipo de actuaciones, trabajos y prestaciones, se servicios ganaderos. La prestación de servicios especializados de formación, documentación, aseso-

ramiento, consultoría, cartografía, informes, etc. (consta en la escritura de constitución de la Sociedad Mercantil Anónima denominada TRAGSEGA, y los damos aquí por reproducidos. 8.- En fecha 20.12.01 se constituyó la Sociedad Mercantil Anónima de carácter unipersonal denominada TRAGSEGA que es filial de TRAGSA y participada plenamente por ella. 9.- En fecha 3.01.02 la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvemento Rural ordena a la empresa TRAGSA, representada por don J.A.D.C., la prestación de servicios de investigaciones sanitarias de trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002, por un importe de 3.918.598 euros, este servicio será considerado como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA. Las condiciones a las que deberá ajustarse la realización del servicio serán las siguientes: 1.-El trabajo se realizará conforme al pliego de cláusulas técnico facultativas. 2.- El plazo de ejecución del servicio se fija hasta el 31.12.02. 10.- En el documento nº 2 de la prueba de la parte demandada consta el certificado de la encomienda. 11.- En fecha 19.08.02 el Subdirector Xeral de Gandeiría de la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, certifica: *"Que con data 3 de Xaneiro de 2002, por Orde do Secretario Xeral da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, actuando por delegación do Conselleiro, encomendóuselle ó Grupo TRAGSA a prestación do Servizo de Investigacións Sanitarias e Traballos de Campo do Programa de Sanidade Animal do ano 2002, de conformidade co disposto na Lei 66/1997, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, así como do previsto no Real Decreto 371/1999, do 5 de marzo, disposicións estas que recollen a posibilidade de que a Administración Autonómica encomende a realización dos servizos necesarios para a consecución dos seus obxectivos, podándose realizar ben por TRAGSA ou a través das súas filiais.- Que a prestación do citado servizo polo grupo TRAGSA realizouse con plena conformidade, acorde co prego de condicións técnico-facultativas que regían a citada prestación, alcanzándose con plena satisfacción o obxecto do contrato, polo que o día 15 de xullo de 2002 xa se tiñan decepcionado en conformidade os traballos previstos.- E para que así conste e, por petición do grupo TRAGSA e para os efectos que sexan do seu interese, expídese o presente certificado en Santiago de Compostela, a 19 de agosto de 2002."* 12.- El demandante en fecha 28.01.02 firma un con-

trato de trabajo de duración determinada para obra o servicio determinado con la empresa TRAGSEGA, para prestar servicios como titulado superior, siendo el objeto del contrato la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario y sacrificio. 13.- En el documento nº 14 de la prueba de la parte demandada constan los trabajadores de TRAGSEGA que finalizaron su contrato en julio de 2002 y damos aquí por reproducido.

14.- En xulio de 2002 TRAGSEGA contrató nuevos veterinarios, alguno de los cuales ya había prestado servicios anteriormente (doc. Nº 15 de la prueba del demandado, que igualmente damos por reproducido). 15.- Don J.A.D. recibió asimismo comunicación empresarial escrita de extinción de su relación laboral de fecha 22.07.02; con posterioridad (sin práctica de solución de continuidad) fue objeto de nueva contratación escrita para realizar las mismas funciones de certificación y otras a mayores, lo mismo que otros veterinarios, en función de nueva orden encomendada por la Administración Autonómica a la parte accionada. 16.- “GRUPO TRAGSA” y sus filiales según sus normativas reguladoras están obligadas a realizar los cometidos que se le encomiendan por la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Organismos Públicos dependientes, cometidos que deben estar definidos en proyectos, memorias y otros documentos técnicos y valorados en sus correspondiente presupuesto; antes de formular el encargo se deben aprobar por la Administración todos los documentos y especialmente los presupuestarios y de control y aprobación del gasto.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Se desestima la demanda formulada por doña M.E.B.S. contra las empresas TRAGSEGA y TRAGSA, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Frente a la desestimación de la demanda, que rechazó la existencia del despido por el que se accionaba, el traba-

jador formula recurso en el que –bajo la cobertura del art. 191.b) LPL– se interesa la modificación del noveno de los HDP, con la adición del texto que a continuación se indicará y que aceptamos en integridad, si bien con mínimas correcciones literarias que la Sala hace para una mayor claridad expositiva. Texto al que hemos añadido –entre corchetes y con letra cursiva– la prueba documental que respectivamente lo acredita, también al objeto de facilitar la justificación de que se acepten los párrafos propuestos.

2.- El añadido es el que sigue: «La Empresa TRAGSA vino ejecutando distintas contrataciones para la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, algunas de las cuales se llevaron a cabo por la Empresa TRAGSEGA. Así, en junio de 2001, la Consellería ordena a TRAGSA la realización de la asistencia técnica para acreditación de aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio” durante dicho año, por un importe de 549.781.062 pesetas [se documentan la orden y la conformidad de TRAGSA en el folio 80].

En fecha 03.01.02, la Consellería de Política Agroalimentaria ordena a la Empresa TRAGSA “la prestación del servicio de investigaciones sanitarias y trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002”, por un importe de 3.918.598 euros, considerándose este servicio “como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA. Las condiciones a las que habrá de ajustarse la realización del servicio serán las siguientes: 1.- El trabajo se realizará conforme al pliego de cláusulas técnico-facultativas. 2.- El plazo de ejecución del servicio se fija hasta el 31 de diciembre de 2002” [en tal sentido, la documentación de la orden y su recepción, en folio 81].

En la Memoria-propuesta para la contratación de este servicio se hace constar por la Consellería que la misma “tiene entre sus objetivos, la lucha, control y erradicación de las enfermedades en los animales. Dentro de éstas se encuentran aquellas enfermedades que son objeto de los programas oficiales de erradicación, como la tuberculosis y la brucelosis, y por otra parte se realizan investigaciones sanitarias necesarias para realizar actuaciones de prevención y control sanitario de otras patologías, con la finalidad de la mejora sanitaria de los animales, su producción y su entorno” [en este sentido, el folio 144].

En la memoria de abril de 2002, TRAGSEGA distingue –refiriéndose a Galicia y al año 2002– entre (a) la campaña de saneamiento ganadero, a realizar con 185 trabajadores y por 652.000.000 de pesetas (3.918.598 euros) y (b) la asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero, a llevar a cabo con 99 trabajadores y 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros) [Así, el documento n° 13 –folio 384– en su portada y páginas 4 y 18]

El 31.07.02, la Consellería de Política Agroalimentaria, ante la incidencia de determinadas enfermedades en algunas zonas, encomienda la realización de determinadas actividades a TRAGSA por un importe de 639.229,35 euros, para el control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia» [en este sentido, el folio 151, para la Memoria-propuesta, aunque sin indicación de fecha; y el folio 152, para el complementario pliego de prescripciones técnicas, en el que sí figura su datación temporal]. A lo que añadir –para el más adecuado reflejo de la realidad– que se fija su plazo de ejecución «hasta el 31 de diciembre de 2002» [mismo folio 152].

SEGUNDO.- En el apartado de examen del Derecho, por el cauce del art. 191.c) LPL, el recurso denuncia interpretación errónea del art. 49.1.c) ET e inaplicación de los arts. 55 y 56 del mismo ET, todo ello en relación con el RD 3.454/2000 y la OM 12.01.01, en la que se desarrolla el Anexo XI del RD citado, e Instrucciones publicadas en el DOG el 22.01.01 sobre acreditaciones sanitarias, certificaciones para el sacrificio, movimientos pecuarios, etc; y también en relación con el RD 2.611/1996, de 20 de diciembre y la Orden de 04.04.97 de la Consellería de Agricultura (sobre campañas de saneamiento ganadero) y asimismo sentencias del TSJ Galicia.

TERCERO.- 1.- Aunque los presupuestos de hecho de la presente litis ofrecen indudable complejidad –acrecentada por los alegatos de las partes, la sentencia de instancia, el recurso y su impugnación–, este Tribunal ha de intentar cierta simplificación que facilite exponer las razones por las que disintimos del parecer de instancia y aceptamos la censura jurídica que se hace:

Uno.- La actora –Licenciada en Veterinaria– fue contratada desde el 28.01.02 para «la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de

obra A.T. acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002». En exactas palabras del contrato de trabajo –folios 281 y 282–: «El objeto del presente contrato es la realización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro de Asistencia Técnica [.] Acreditación Aptitud Sanitaria Mov. Pecuario y Sacrificio (cláusula séptima)», pactándose que «la duración del contrato será servicio determinado y se extenderá desde el 28.01.02 hasta la finalización de los trabajos de su especialidad y categoría dentro del servicio objeto del presente contrato» (cláusula sexta)

Dos.- En 26.07.02 es cesado la demandante, «por la finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratado».

Tres.- TRAGSEGA no compareció al acto de conciliación ante el SMAC y en el mismo TRAGSA se opuso «por las razones que alegará en el momento procesal oportuno». Y en el acto de juicio, la representación de las Empresas demandadas se opone a la acción por despido ejercitada alegando que todos los trabajos encomendados por la Administración a las Empresas públicas TRAGSA y TRAGSEGA «están sometidos no sólo a la encomienda correspondiente, sino también a la previa aportación presupuestaria. De manera que las obras, aún contratándose por campañas anuales, concluyen cuando concluye el presupuesto y ello por imperativo legal, dado que [...] sólo pueden actuar cuando hay una partida presupuestaria de la Administración y [es] aprobada por la correspondiente Orden de ejecución. En este caso a los trabajadores se les comunica la extinción de su contrato de trabajo [...] porque la obra ha concluido y eso lo dice la propia Consellería [...] quien certifica que el trabajo realizado y encomendado al grupo TRAGSA se realizó con plena conformidad acorde al pliego de condiciones».

Cuatro.- La demandada TRAGSA vino ejecutando distintas contrataciones para la Consellería de Política Agroalimentaria, algunas de las cuales se llevaron a cabo por la Empresa TRAGSEGA. En concreto:

a).- En junio de 2001, la Consellería ordena a TRAGSA la realización de la asistencia técnica para acreditación de aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio” durante dicho año, por un importe de 549.781.062 pesetas.

b).- En 03.01.02 la Consellería de Política Agroalimentaria ordena a la Empresa

TRAGSA «la prestación del servicio de investigaciones sanitarias y trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002», por un importe de 3.918.598 euros, disponiéndose que el «plazo de ejecución del servicio se fija hasta el 31 de diciembre de 2002».

c).- Aunque en no constan en autos la orden de la Consellería a TRAGSA, la Memoria-propuesta y el Pliego de condiciones técnicas del trabajo por virtud de los cuales fue contratado la actora, en la Memoria de TRAGSEGA correspondiente a abril de 2002 (documento nº 13), se distingue «refiriéndose a Galicia y al año 2002» entre (a) la campaña de saneamiento ganadero, a realizar con 185 trabajadores y por 652.000.000 de pesetas (3.918.598 euros) y (b) la asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero, a llevar a cabo con 99 trabajadores y 100.000.000 de pesetas (601.012,10 euros)

d).- El 31.07.02, la Consellería de Política Agroalimentaria, ante la incidencia de determinadas enfermedades en algunas zonas, encomienda la realización de determinadas actividades a TRAGSA por un importe de 639.229, 35 euros, para el control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia».

Cinco.- En fecha 19.08.02 la citada Consellería certifica «que la prestación del citado servicio [investigaciones sanitarias y trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002] por el grupo TRAGSA se realizó con plena conformidad [...], alcanzándose con plena satisfacción el objeto del contrato, por lo que el día 15 de julio de 2002 ya se habían recepcionado en conformidad los trabajos previstos».

2.- Desde el momento en que la memoria de TRAGSEGA «abril de 2002» es muy anterior a la encomienda de 31.07.02, parece razonable conclusión la de que la actividad para la que la accionante fue contratada «Asistencia Técnica Acreditación Aptitud Sanitaria Mov. Pecuario y Sacrificio [...] hasta la finalización de los trabajos propios de su especialidad y categoría» sea precisamente la que en la citada memoria se denomina «asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero». Pero ello «todo hay que decirlo» es meramente conjetural, porque no obra en las actuaciones dato oficial

al respecto y porque el contrato tampoco hace referencia alguna a extremo identificativo, ni memoria-presupuesto, ni pliego de condiciones ni orden de la Consellería a TRAGSA o TRAGSESA.

CUARTO.- 1.- En orden a los requisitos del contrato temporal para obra o servicio determinado, regulado en los arts. 15.1 a) ET y 2 RD 2.720/1998 (18 de diciembre), la doctrina unificada «SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida» ha indicado que son los siguientes: «a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas» (recordando tal criterio jurisprudencial, las SSTSJ Galicia 12.03.99 R. 1.267, 08.10.99 R. 3.921/96, 12.11.99 R. 4.277/96, 15.02.00 R. 5.149/96, 24.02.00 R. 5.583/96, 20.10.00 R. 1.839/97, 07.12.00 R. 3.312/97, 20.09.01 R. 3.892/01, 12.09.02 R. 3.594/02 y 21.09.02 R. 1.305/99; con cita de las SSTS 10.12.96 Ar. 9.139, 30.12.96 Ar. 9.864, 11.11.98 Ar. 9.623, 28.12.98 Ar. 387, 03.02.99 Ar. 1.152, 08.06.99 Ar. 5.209, 19.07.99 Ar. 5.797, 21.09.99 Ar. 7.534, 26.10.99 Ar. 7.838 y 01.10.01 Ar. 8.490)

Y la misma doctrina insiste en la necesidad de que concurran conjuntamente todos los requisitos enumerados para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho (se citan las SSTS de 21.09.93 Ar. 6.892, 26.03.96 Ar. 2.494, 20.02.97 Ar. 1.457, 21.02.97 Ar. 1.572, 14.03.97 Ar. 2.467, 17.03.98 Ar. 2.682, 30.03.99 Ar. 4.414, 16.04.99 Ar. 4.424, 29.09.99 Ar. 7.540, 15.02.00 Ar. 2.040, 31.03.00 Ar. 5.138, 15.11.00 Ar. 10.291, 18.09.01 Ar. 8.446), destacando muy especialmente el que siempre se haya considerado decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, por lo que es trascendente que se cumpla la previsión del art.2.2 a) citado en orden la obligación de identificar en el contrato «con toda claridad y precisión» cuál sea la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican, pues «STS 26.03.96 Ar. 2.494» «si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al

que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuáles son, si los mismos no se han “determinado” previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado» (también SSTs 22.06.90 Ar. 5.507, 26.09.92 Ar. 6.816 y 21.09.93 Ar. 6.892). Y ello siquiera la forma escrita con inclusión de ese dato no constituya exigencia «ad solemnitatem», ni tampoco sea «iuris et de iure» la presunción que establece el art. 9.1 RD 2.720/1998 para los incumplimientos formales, de manera que es destruible por prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal; más si la prueba fracasa el contrato deviene indefinido.

2.- Tratándose de contratación por parte de la Administración Pública, si bien el Tribunal Supremo admite que se acoja a la modalidad contractual del art. 15.1.a) ET, sin embargo ha precisado que «no es posible a las Administraciones Públicas eludir el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y generadoras de derechos y obligaciones» (STS 05.07.99 Ar. 6.443). Y tal como expresa la STS 21.03.02 Ar. 5.990 –cuya doctrina reitera la sentencia de 10.04.02 Ar. 6.006– «no ha elevado pues esta Sala, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal, [...] aunque [...] haya puesto en ocasiones un mayor énfasis en dicho dato, porque así lo exigía el planteamiento del debate concreto. Las series de sentencias relativas tanto al INEM –de 07.10.92 [Ar. 7.621], 16.02.93 [Ar. 1.174], 24.09.93 [Ar. 8.045], 11.10.93 [Ar. 7.587], 25.01.94 [Ar. 375], 10.11.94 [Ar. 8.604], 18.12.95 [Ar. 3.068], 23.04.96 [Ar. 3.398], 07.05.98 [Ar. 4.585]– como a los servicios de ayuda a domicilio –de 11.11.98 [Ar. 9.623], 18.12.98 [Ar. 1999\307], 28.12.98 [Ar. 1999\387]– y de prevención de incendios –de 10.06.94 [Ar. 5.422], 03.11.94 [Ar. 8.590], 10.04.95 [Ar. 3.038] y 11.11.98 [Ar. 9.623]– o a los casos de campamentos infantiles de verano –S. de 23.09.97 [Ar. 7.296]– y de guarderías infantiles en la campaña de la acei-

tuna –SS. de 10.12.99 [Ar. 9.729], y 30.04.01 [Ar. 4.613]– evidencian que la Sala tuvo muy en cuenta, junto al dato de la existencia la subvención, la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal. Y, fundamentalmente, que la singularidad de la obra o servicio (ya fuera formación profesional, ayuda a domicilio, prevención de incendios, campamentos o guarderías infantiles, etc.) quedará suficientemente determinada y concreta. Sólo cuando ello ocurrió tuvo por configurada una situación plenamente incardinable en los preceptos antes citados. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, la Sala ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención. (cfr. entre otras, las sentencias de 07.10.98 [2.709/1997], 05.07.99 [Ar. 6.443] y 02.06.00 [Ar. 6.890]). Pues es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones.

En todo caso, de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal. Lo confirma así la Ley 12/2001 de 9 de junio [julio], que ha introducido un nuevo apartado, el e), en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores. Con él se autoriza la extinción por causas objetivas de los contratos indefinidos formalizados por la Administración para la «ejecución de planes o programas públicos determinados», cuando su financiación proviene de ingresos externos de carácter finalista y deviene insuficiente para el mantenimiento del contrato de trabajo suscrito.

3.- Las precedentes referencias doctrinales vienen justificadas –creemos– por el hecho de que las demandadas son Sociedades Estatales constituidas precisamente para dar cumplimiento –entre otros– a los fines públicos relativos a servicios ganaderos y veterinarios propios de las Administraciones Públicas –estatal y autonómica–, hasta el punto de que cada «servicio será considerado como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA», tal como aceptamos incluir en el relato de los HDP. Y esa circunstancia determina que los citados criterios jurisprudenciales en todo caso serían aplicables a autos, *mutatis mutandis*; aparte de que –luego se verá– la referencia jurisprudencial incluso resulta del todo ociosa, tras la modifi-

cación del art. 52 ET operada por la Ley 12/2001, de 09 de julio.

QUINTO.- 1.- Esquemmatizando lo más posible los datos de hecho a enjuiciarse ha de recordarse que la Consellería ha dado a las demandadas tres Órdenes –con respectivas memoria-propuesta, presupuesto y pliego de condiciones técnicas– para realizar las siguientes actividades: (a) en junio de 2001, para la acreditar la aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio durante dicho año; (b) en enero de 2002 para «la prestación del servicio de investigaciones sanitarias y trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002»; y (c) en julio de 2002, para el control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia». Aparte del que –sin constar en autos orden, memoria y pliego de condiciones– TRAGSEGA denomina de «asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero», y que necesariamente se inició antes de abril de 2002 (fecha del folleto que alude a él).

Por su parte, el contrato de la actora en enero de 2002 –se recuerda– señala como objeto «la realización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro de Asistencia Técnica [.] Acreditación Aptitud Sanitaria Mov. Pecuario y Sacrificio».

2.- Para justificar la válida extinción del vínculo laboral, las demandadas argumentan el agotamiento presupuestario y la finalización de la obra; para acreditar lo primero –de prueba específica inexistente– parecen remitirse a la segunda, basándose en la certificación de la Consellería –19.08.02– que tiene por cumplidos los objetivos del «Servicio de Investigaciones Sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal del año 2000». Pero este planteamiento –del acto de juicio y del recurso– vienen invalidado por los siguientes obstáculos:

a)- En primer lugar, que el contrato no se refiere para nada al agotamiento del presupuesto habilitante como causa extintiva, sino –pura y simplemente– a la «finalización de los trabajos de su especialidad y categoría», con lo que en autos se estaría aduciendo –de forma improcedente– motivo de extinción no previsto por las partes al contratar.

b)- En segundo término, que tal causa tampoco fue la invocada en la carta de cese –ordinal segundo de los HDP–, sino que la

misma refiere tan sólo la indicada «finalización» de los trabajos para los que había sido contratado, y no hay que olvidar que en sede judicial está vedado alegar cualquier otro motivo de oposición a la demanda que previamente no se haya indicado en la carta, conforme inequívocamente prescribe el art. 105.2 LPL, al objeto de evitar censurable indefensión para la parte demandante.

c)- El anterior resumen que se ha hecho de las actividades de las Empresas demandadas para la Consellería pone de manifiesto que para ésta y para la propia TRAGSEGA son perfectamente diferenciables el «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» (presupuesto de 3.918.598 euros) y los que se denominan «aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio» (presupuesto de 549.781.062 pesetas), «control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia» (por importe presupuestado de 639.229,35 euros) y «asistencia técnica en acreditación de aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio», pareciendo que aquella actividad que motivó la contratación de la actora bien pudiera ser lo que en su memoria de abril de 2000 TRAGSEGA denomina –diferenciándolo expresamente del Programa de Sanidad Animal– «asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero» (presupuesto de 601.012,10 euros). Y al tener cada una de ellas respectiva Orden de realización a TRAGSA, memoria-presupuesto y pliego de condiciones, es claro que el certificado de finalización relativo al «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» no puede trascender –hacerse extensivo– a lo que en el contrato se califica como «Asistencia Técnica [.] Acreditación Aptitud Sanitaria Mov. Pecuario y Sacrificio», y que parece corresponderse con «la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero», pero que en todo caso es diverso –lo evidencia la propia denominación oficial– al citado programa anual de Sanidad Animal.

d)- Asimismo quiere la Sala resaltar que a nuestro juicio las demandadas se encuentran en el dilema –en su sentido propio de alternativa de dos términos con idéntica consecuencia– de que si pretenden justificar el cese de la trabajadora por la finalización del programa genérico de sanidad anual, en este caso no aparece justificada la sustantividad de

su contratación y el vínculo así constituido sería indefinido, con resultado de estimar la demanda y calificar el cese como despido improcedente; y si admiten la causa «autónoma» que en el contrato se especifica, esa sustantividad –con Orden y presupuesto propio, como en todas las otras actividades específicas, según hemos visto– legitimaría ciertamente la contratación, pero obligaría a acreditar la finalización de la obra singular pactada, y para tal supuesto no sería ya argumentable el cumplimiento de los objetivos del genérico Plan de Sanidad Animal, de forma que habría de llegarse a la misma consecuencia de entender que concurre despido improcedente y que haya de estimarse la demanda. Y finalmente,

e)- Se ha de poner de manifiesto que aún para el supuesto de que se admitiese el agotamiento de una dotación presupuestaria de la que nada consta –dato irrelevante, según veremos–, en todo caso la extinción del contrato de la demandante en 26.07.02 sería de por sí injustificada con arreglo a la doctrina unificada que más arriba se ha citado, una vez que el objeto del contrato –control sanitario de bovinos en movimiento y con destino a matadero, según la hipótesis que nos parece más razonable– constituye una actividad permanente y ordinaria de la Administración, hasta el punto de que sin solución de continuidad tras la extinción del contrato de la accionante –junto con 102 Veterinarios más: documento nº 14– se presupuesta y ordena a TRAGSEGA la realización de idéntico cometido, dando lugar a la contratación de nuevos profesionales de la Veterinaria –46 exactamente: documento nº 15– y entre ellos muchos de los cesados junto con la accionante.

Y en tal contexto de actividad ordinaria de la Administración –actuando a través de sociedad estatal, pero asumiendo como propia la gestión– y con mayor motivo mediando contrataciones sin solución de continuidad, en todo caso sería de aplicación la jurisprudencia a que hemos hecho referencia; incluso aunque el contrato hubiese estado vinculado formalmente a un determinado presupuesto, ya agotado a la fecha del cese, sobre todo si se tiene en cuenta que los hechos tienen lugar tras la vigencia del nuevo art. 52.e) ET (Ley 12/2001, de 9 de julio), expresivo de que el contrato de trabajo podrá extinguirse por causas objetivas –en la forma y con los efectos previstos en el art. 53– «En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por *entidades sin*

ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate»; mandato normativo que entendemos –ligándolo a doctrina jurisprudencial que bien pudiera haber tenido en cuenta el legislador– en el sentido de que la posible vinculación del contrato al presupuesto no determina la temporalidad de aquél.

SEXTO.- Lo anteriormente indicado nos lleva a acoger el recurso y estimar parcialmente la demanda, al no poder accederse la solicitud de salarios de tramitación, una vez que el despido del actor ha tenido lugar en 26.07.02 y en tal fecha estaba en vigor la redacción dada al art. 56 del ET por el RD-Ley 5/2002, de 24 de mayo, que únicamente dispone el abono de aquellos salarios para el supuesto de que el empresario opte por la readmisión del trabajador cuyo despido sea declarado improcedente, no existiendo tal obligación si se opta por la indemnización; variación normativa que es aplicable desde el 26.05.02 (Disposición Transitoria Primera, en relación con la Disposición Final Segunda Dos, ambas del RD-Ley 5/2002) y hasta el 14.12.02 (Disposición Transitoria Primera, en relación con la Disposición Final Segunda Dos de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre).

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con estimación del recurso interpuesto por doña M.E.B.S., revocamos la sentencia que con fecha 17 de octubre de 2002 ha sido dictada en Autos 696/02 del Juzgado de lo Social nº Tres de los de Lugo, y acogiendo la demanda declaramos IMPROCEDENTE el despido de que la actora ha sido objeto en 26 de julio de 2002 y condenamos solidariamente a las codemandadas TRAGSA y TRAGSEGA a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia opten entre readmitir a la trabajadora o hacerle entrega de una indemnización por importe –s.e.u. o– de 1.347,5 euros, y en caso de readmitirle a que le satisfaga los salarios dejados de percibir desde aquella fecha y hasta la de la referida notificación, a razón de 55 euros diarios.

3575 Recurso núm. 179/03

S.S. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR EXTINCIÓN DE CONTRATO PARA OBRA OU SERVIZO FRAUDULENTAMENTE CELEBRADO, CON IMPOSIBILIDADE DE CONDENA Ó PAGAMENTO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN SE OPTA O EMPRESARIO (DURANTE A VIXENCIA DO RD-LEY 5/2002) POLA EXTINCIÓN CON ABONO DA INDEMNIZACIÓN.

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

A Coruña, a tres de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 179/03 interpuesto por don J.C.C.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 694/02 se presentó demanda por don J.C.C.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandadas la empresa TRAGSA y la empresa TRAGSEGA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 17 de octubre de 2002 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El demandante, don J.C.C.L., mayor de edad, con D.N.I. nº ..., prestó servicios por cuenta y orden de la Empresa Grupo TRAGSA desde el 18.06.01 hasta el 31.12.01 (primer contrato) y desde el 01.01.02 al 31.03.02 (segundo contrato); y con la empresa TRAGSEGA desde el 01.04.02, por subrogación, figurando en el objeto de este 2º contrato lo siguiente: *"la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuniario anualidad 2002"*. El actor tenía la categoría profesional de Licenciado en Veterinaria y

salario neto de 1.648,13 euros, brutas diarias unos 55 euros. 2.- En fecha 22.07.02 el actor recibió comunicación de la empresa en el siguiente sentido: "Muy Sr. Mío: conforme a lo establecido en el art. 8.1 del Real Decreto 2.720/908 de 18 de diciembre, y en consecuencia con el contenido de la Cláusula Séptima de su contrato de trabajo, le comunico que el próximo día 26 de julio de 2002 causará baja en esta empresa por la finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratado. A partir de la fecha indicada le será practicada la correspondiente liquidación y finiquito. Será indispensable que antes haya hecho entrega del materia y equipo propiedad de la empresa que obra en su poder al coordinador provincial. Deseo expresarle mi mayor consideración por los servicios prestados". 3.- El actor no está de acuerdo con dicho cese al considerar que se ha producido un despido, interponiendo papeleta de conciliación el 13.08.02 ante el SMAC de Lugo, celebrándose dicho el acto de conciliación el 30.08.02, resultando sin avenencia respecto de la empresa Grupo Tragsa e intentada sin efecto respecto a la empresa TRAGSEGA. 4.- En fecha 05.09.02 el actor interpone demanda contra la empresa TRAGSEGA y la empresa TRAGSA, solicitando se declare que el acuerdo empresarial de la extinción del contrato de trabajo del actor está realizado en fraude de ley, bien por calificarse de nulo y/o subsidiariamente improcedente y en consecuencia de ser lo primero se condene a las empresas demandadas a que readmitan al actor de forma inmediata en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta la readmisión y, subsidiariamente, de no considerarse lo anterior y sí la improcedencia se condene a las empresas demandadas a que igualmente readmitan al actor en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta que la readmisión se produzca o le abonen la indemnización en la cuantía que fije el Juzgado, así como a que le abone una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, hasta que se notifique la sentencia. 5.- El demandante no ostenta la condición de representante de los trabajadores. 6.- Por el Real Decreto nº 379/1977, de 21 de enero, publicado en el BOE nº 65, del día 17.03.77, se autorizó la Constitución de la Sociedad Estatal TRAGSA,

constituíndose la Sociedad por escritura pública de 24.05.97, donde constan los estatutos donde figura el objeto social (art.2º), que damos aquí por reproducidos (Doc.nº 5 de la prueba de la parte demandada). 7.- De acuerdo con lo previsto en el art. 6.3 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1.091/1998 de 23 de septiembre, se autoriza la creación de una Sociedad Estatal de las previstas en su art. 6.1 a) que, revistiendo la forma de Sociedad Anónima, se denominará TRAGSEGA, siendo el objeto social de esta sociedad los siguientes objetivos: 1) La realización de todo tipo de actuaciones, trabajos y prestaciones, se servicios ganaderos. La prestación de servicios especializados de formación, documentación, asesoramiento, consultoría, cartografía, informes, etc. (consta en la escritura de constitución de la Sociedad Mercantil Anónima denominada TRAGSEGA, y los damos aquí por reproducidos. 8.- En fecha 20.12.01 se constituyó la Sociedad Mercantil Anónima de carácter unipersonal denominada TRAGSEGA que es filial de TRAGSA y participada plenamente por ella. 9.- En fecha 03.01.02 la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvemento Rural ordena a la empresa TRAGSA, representada por don J.A.D.C., la prestación de servicios de investigaciones sanitarias de trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002, por un importe de 3.918.598 euros, este servicio será considerado como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA. Las condiciones a las que deberá ajustarse la realización del servicio serán las siguientes: 1.-El trabajo se realizará conforme al pliego de cláusulas técnico facultativas. 2.- El plazo de ejecución del servicio se fija hasta el 31.12.02. 10.- En el documento nº 2 de la prueba de la parte demandada consta el certificado de la encomienda. 11.- En fecha 19.08.02 el Subdirector Xeral de Gandeiría da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, certifica: *“Que con data 3 de Xaneiro de 2002, por Orde do Secretario Xeral da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, actuando por delegación do Conselleiro, encomendóuse-lle ó Grupo TRAGSA a prestación do Servicio de Investigacións Sanitarias e Traballos de Campo do Programa de Sanidade Animal do ano 2002, de conformidade co disposto na Lei 66/1997, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, así como do previsto no Real Decreto 371/1999, do 5 de marzo, disposicións estas que recollen a posibilidade de que a Administración Autonómica*

encomende a realización dos servizos necesarios para a consecución dos seus obxectivos, podándose realizar ben por TRAGSA ou a través das súas filiais.- Que a prestación do citado servizo polo grupo TRAGSA realizouse con plena conformidade, acorde co prego de condicións técnico-facultativas que regían a citada prestación, alcanzándose con plena satisfacción o obxecto do contrato, polo que o día 15 de xullo de 2002 xa se tiñan decepcionado en conformidade os traballos previstos.- E para que así conste e, por petición do grupo TRAGSA e para os efectos que sexan do seu interese, expídese o presente certificado en Santiago de Compostela, a 19 de agosto de 2002.”. 12.- El demandante en fecha 01.01.02 firma un contrato de trabajo de duración determinada para obra o servicio determinado con la sociedad de Transformación Agraria, S.A., para prestar servicios como titulado superior, siendo el objeto del contrato la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002, en fecha 01.04.02 se firma por la empresa y el trabajador un documento de subrogación y novación del contrato de trabajo de obra o servicio determinado, formalizado al amparo del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en fecha 01.01.02 estableciéndose que la empresa TRAGSEGA, con CIF ... se subroga en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo de fecha 01.01.02, sustituyendo desde el 01.04.02 la empresa TRAGSEGA a la empresa de TRAGASA. 13.- En el documento nº 14 de la prueba de la parte demandada constan los trabajadores de TRAGSEGA que finalizaron su contrato en julio de 2002 y damos aquí por reproducido. 14.- En julio de 2002 TRAGSEGA contrató nuevos veterinarios, alguno de los cuales ya había prestado servicios anteriormente (doc. Nº 15 de la prueba del demandado, que igualmente damos por reproducido). 15.- Don J.A.D. recibió asimismo comunicación empresarial escrita de extinción de su relación laboral de fecha 22.07.02; con posterioridad (sin práctica de solución de continuidad) fue objeto de nueva contratación escrita para realizar las mismas funciones de certificación y otras a mayores, lo mismo que otros veterinarios, en función de nueva orden encomendada por la Administración Autonómica a la parte accionada. 16.- “GRUPO TRAGSA” y sus filiales según sus normativas reguladoras están obligadas a realizar los cometidos que se le encomiendan por la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Organismos Públicos depen-

dientes, cometidos que deben estar definidos en proyectos, memorias y otros documentos técnicos y valorados en sus correspondiente presupuesto; antes de formular el encargo se deben aprobar por la Administración todos los documentos y especialmente los presupuestarios y de control y aprobación del gasto.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Se desestima la demanda formulada por don J.C.C.L. contra las empresas TRAGSEGA y TRAGSA, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el demandante en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se declare improcedente su despido, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la revisión de H.P. 9º y denuncia la infracción del art. 49.1.c) y 55 y 56 E.T. en relación con el R.D. 3.454/00 y Orden de 12.01.01 y en relación con el R.D. 2.611/96 y Orden de 04.04.97 de la Consellería de Agricultura y SS.TSJ Galicia de 2002 que cita.

SEGUNDO.- Invocando la documental de los folios 145, 99, 100, 153 a 155, 138 y 139, 399, 172 y 169 y 170, el recurrente interesa se adicione al H.P. 9º lo siguiente que figura en letra resaltada: “La empresa TRAGSA vino ejecutando distintas contrataciones para la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, algunas de las cuales se llevaron cabo por la empresa TRAGSEGA.

En fecha 03.01.02, la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural Ordena a la empresa TRAGSA, representada por don J.A.D.C., la prestación de servicios de investigaciones sanitarias de trabajos de campo del programa de sanidad animal por un importe de 3.918.598 Euros, este servicio será considerado como efectuado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA.

Las condiciones a las que deberá ajustarse la realización del servicio serán las siguientes:

el trabajo se realizará conforme al pliego de cláusulas técnico facultativas.

2) El plazo de ejecución del servicio se fija hasta el 31.12.02.

En la memoria propuesta para la contratación de este servicio se hace constar: “la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural tiene entre sus objetivos, la lucha, control y erradicación de las enfermedades en los animales. Dentro de éstas se encuentran aquellas enfermedades que son objeto de los programas oficiales de erradicación como la tuberculosis y la brucelosis, y por otra parte se realizan investigaciones sanitarias para realizar actuaciones de prevención y control sanitario de otras patologías con la finalidad de la mejora sanitaria de los animales”.

En la memoria de abril de 2002 de TRAGSEGA se distingue la campaña de saneamiento ganadero a realizar en Galicia con 185 trabajadores y por 652 millones de pesetas (3.918.598 Euros) y la asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero a realizar en Galicia en el año 2002 con 99 trabajadores y 100 millones de pesetas (601.012,10 Euros).

El 31 de julio de 2002 la Consellería de Política Agroalimentaria, ante la incidencia de determinadas enfermedades en algunas zonas, encomienda la realización de determinadas actividades a TRAGSA por un importe de 639.229,35 Euros”.

La revisión lleva a las siguientes consideraciones: A) Procede adicionar el primer párrafo del texto revisor que se propone, si bien vinculándose con los párrafos siguientes que le dan debida concreción, por así resultar del informe contenido en el folio 145. B) Respecto al segundo párrafo del texto revisor, es el contenido del H.P. declarado en la sentencia recurrida y que así procede mantener (explicitado a través de la documental del folio 99). A partir de ello, es documento apto probatoriamente el obrante al folio 138, que justifica el tercer párrafo del texto revisor, pues contiene la memoria de que se trata en relación con la orden de prestación de servicios a TRAGSA de 3/1/02, si bien teniendo por íntegramente reproducida referida memoria. C) Asimismo procede incorporar al H.P. 9º la distinción en la memoria de abril de 2002 de TRAGSEGA de lo que se dice en el párrafo 4º del texto revisor, al justificarlo la memoria de abril/02 de TRAGSEGA aportada a los folios

399 y siguientes, en concreto Folios 403 y 417. Y D) Finalmente, procede incorporar asimismo al H.P. el último párrafo de la revisión propuesta, si bien en los concretos términos que resultan de la documental que al efecto se invoca, folios 169 y 170, a que también se alude en el motivo del recurso. En este sentido, a aquellos folios obra, sin fecha, una “memoria propuesta para la contratación del servicio para control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia” de la Consellería de Política Agroalimentaria en la que el presupuesto de ejecución ascendía a 639.229,35 Euros, así como un pliego de prescripciones técnicas para la realización del servicio para control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia de fecha 31/7/02 de la Consellería antes dicha, encomendando a TRAGSA el desarrollo de diversos servicios con plazo de ejecución hasta el 31.12.02. Y esto es lo que procede incorporar al H.P. a partir de los términos de la revisión propuesta.

TERCERO.- De conformidad con los H.D.P.: A) El demandante prestó servicios como veterinario por cuenta y orden de la empresa grupo TRAGSA, con un primer contrato desde el 18.06.01 al 31.12.01, y mediante un segundo contrato de trabajo de duración determinada para obra o servicio determinado desde el 01.01.02, si bien desde el 01.04.02 se subrogó la empresa TRAGSEGA como dice el H.P. 12, siendo el objeto del segundo contrato “la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002”. B) En fecha 03.01.02 la Consellería de Política Agroalimentaria ordenó a TRAGSA la prestación de servicios de investigaciones sanitarias de trabajos de campo del programa de sanidad animal de 2002, como se dice al H.P. 9º y se dejó transcrito en Fundamento anterior. C) En fecha 22.07.02 al actor le fue comunicado que causaría baja en la empresa el día 26 siguiente de conformidad con el art. 8.1 R.D. 2.720/98 y cláusula 7ª de su contrato “por la finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratado”; constando al respecto que en 19.08.02 el Subdirector General de Ganadería de la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvemento Rural certifica: “Que con data 3 de xaneiro de 2002, por Orde do Secretario Xeral da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, actuando por delegación do Conselleiro, encomendóu-

selle ó Grupo TRAGSA a prestación do Servizo de Investigacións Sanitarias e Traballos de Campo do Programa de Sanidade Animal do ano 2002, de conformidade co disposto na Lei 66/1997, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, así como do previsto no Real Decreto 371/1999, do 5 de marzo, disposicións estas que recollen a posibilidade de que a Administración Autonómica encomende a realización dos servizos necesarios para a consecución dos seus obxectivos, podéndose realizar ben por TRAGSA ou a través das súas filiais.- Que a prestación do citado servizo polo grupo TRAGSA realizouse con plena conformidade, acorde co prego de condicións técnico-facultativas que regían a citada prestación, alcanzándose con plena satisfacción o obxecto do contrato, polo que o día 15 de xullo de 2002 xa se tiñan recepcionado en conformidade os traballos previstos. E para que así conste e, por petición do grupo TRAGSA e para os efectos que sexan do seu interese, expídese o presente certificado en Santiago de Compostela, a 19 de agosto de 2002.”. D) Por R.D. 379/77 se autorizó la constitución de TRAGSA y posteriormente la creación de TRAGSEGA, con el objeto social que se dice en el HP.7º, creándose en 20.12.01 como filial de TRAGSA y participada plenamente por ella. E) Aparte de lo incorporado a los HDP de conformidad con el Fto. Jurídico 2º precedente, consta que diversos trabajadores de TRAGSEGA vieron finalizado su contrato en julio de 2002, si bien TRAGSEGA contrató nuevos veterinarios en el propio mes de julio como se dice en los HDP 14 y 15.

Se deriva de lo anterior, a partir de la infracción denunciada en suplicación vía art. 191.c) LPL, la estimación del recurso.

CUARTO.- 1.- En orden a los requisitos del contrato temporal para obra o servicio determinado, regulado en los arts. 15.1 a) ET y 2 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, la doctrina unificada –SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida– ha indicado que son los siguientes: «a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en

la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas»

Y la misma doctrina insiste en la necesidad de que concurran conjuntamente todos los requisitos enumerados para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho (se citan las SSTs de 21.09.93 Ar. 6.892, 26.03.96 Ar. 2.494, 20.02.97 Ar. 1.457, 21.02.97 Ar. 1.572, 14.03.97 Ar. 2.467, 17.03.98 Ar. 2.682, 30.03.99 Ar. 4.414, 16.04.99 Ar. 4.424, 29.09.99 Ar. 7.540, 15.02.00 Ar. 2.040, 31.03.00 Ar. 5.138, 15.11.00 Ar. 10.291, 18.09.01 Ar. 8.446), destacando muy especialmente el que siempre se haya considerado decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, por lo que es trascendente que se cumpla la previsión del art. 2.2 a) citado en orden la obligación de identificar en el contrato –con toda claridad y precisión– cuál sea la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican, pues –STS 26.03.96 Ar. 2.494– «si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuáles son, si los mismos no se han “determinado” previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado» (también SSTs 22.06.90 Ar. 5.507, 26.09.92 Ar. 6.816 y 21.09.93 Ar. 6.892). Y ello siquiera la forma escrita con inclusión de ese dato no constituya exigencia «ad solemnitatem», ni tampoco sea «iuris et de iure» la presunción que establece el art. 9.1 RD 2.720/1998 para los incumplimientos formales, de manera que es destruible por prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal; más si la prueba fracasa el contrato deviene indefinido.

Tratándose de contratación por parte de la Administración Pública, si bien el Tribunal Supremo admite que se acoja a la modalidad contractual del art. 15.1.a) ET, sin embargo ha precisado que «no es posible a las Administraciones Públicas eludir el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y generadoras de derechos y obligaciones» (STS 05.07.99 Ar. 6.443). Y tal como

expresa la STS 21.03.02 Ar. 5.990 –cuya doctrina reitera la sentencia de 10.04.02 Ar. 6.006– «no ha elevado pues esta Sala, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal, [...] aunque [...] haya puesto en ocasiones un mayor énfasis en dicho dato, porque así lo exigía el planteamiento del debate concreto.

En el caso, las demandadas son Sociedades Estatales constituidas precisamente para dar cumplimiento –entre otros– a los fines públicos relativos a servicios ganaderos y veterinarios propios de las Administraciones Públicas –estatal y autonómica–, hasta el punto de que cada «servicio será considerado como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA». Y esa circunstancia determina que los citados criterios jurisprudenciales en todo caso serían aplicables a autos, mutatis mutandis; aparte de que –luego se verá– la referencia jurisprudencial incluso resulta del todo ociosa, tras la modificación del art. 52 ET operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio.

QUINTO.- Resulta de plena aplicación al caso lo que ha resuelto esta misma Sala en Sentencia dictada con fecha 28.02.03, Rec. 176/03, precisamente en supuesto con identidad esencial al presente tanto en presupuestos de hecho como en denuncia jurídica formulada. En dicha sentencia se considera la existencia de un despido improcedente en base a razones que se transcriben por resultar íntegramente aplicables al caso de autos y que justifican idéntica decisión.

Para justificar la válida extinción del vínculo laboral, las demandadas argumentan el agotamiento presupuestario y la finalización de la obra; para acreditar lo primero –de prueba específica inexistente– parecen remitirse a la segunda, basándose en la certificación de la Consellería –19.08.02– que tiene por cumplidos los objetivos del «Servicio de Investigaciones Sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal del año 2000». Pero este planteamiento –del acto de juicio y del recurso– vienen invalidado por los siguientes obstáculos:

a)- En primer lugar, que el contrato no se refiere para nada al agotamiento del presupuesto habilitante como causa extintiva, sino –pura y simplemente– a la «finalización de los trabajos de su especialidad y categoría», con lo que en autos se estaría aduciendo –de forma

improcedente— motivo de extinción no previsto por las partes al contratar.

b)- En segundo término, que tal causa tampoco fue la invocada en la carta de cese —ordinal segundo de los HDP—, sino que la misma refiere tan sólo la indicada «finalización» de los trabajos para los que había sido contratado, y no hay que olvidar que en sede judicial está vedado alegar cualquier otro motivo de oposición a la demanda que previamente no se haya indicado en la carta, conforme inequívocamente prescribe el art. 105.2 LPL, al objeto de evitar censurable indefensión para la parte demandante.

c)- El anterior resumen que se ha hecho de las actividades de las Empresas demandadas para la Consellería pone de manifiesto que para ésta y para la propia TRAGSEGA son perfectamente diferenciables el «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» (presupuesto de 3.918.598 euros) y los que se denominan «aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio» (presupuesto de 549.781.062 pesetas), «control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia» (por importe presupuestado de 639.229,35 euros) y «asistencia técnica en acreditación de aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio», pareciendo que aquella actividad que motivó la contratación de la actora bien pudiera ser lo que en su memoria de de abril de 2000 TRAGSEGA denomina —diferenciándolo expresamente del Programa de Sanidad Animal— «asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero» (presupuesto de 601.012,10 euros). Y al tener cada una de ellas respectiva Orden de realización a TRAGSA, memoria-presupuesto y pliego de condiciones, es claro que el certificado de finalización relativo al «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» no puede trascender —hacerse extensivo— a lo que en el contrato se califica como «Asistencia Técnica [.] Acreditación Aptitud Sanitaria Mov. Pecuario y Sacrificio», y que parece corresponderse con «la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero», pero que en todo caso es diverso —lo evidencia la propia denominación oficial— al citado programa anual de Sanidad Animal.

d)- Asimismo quiere la Sala resaltar que a nuestro juicio las demandadas se encuentran en el dilema —en su sentido propio de alternativa de dos términos con idéntica

consecuencia— de que si pretenden justificar el cese de la trabajadora por la finalización del programa genérico de sanidad anual, en este caso no aparece justificada la sustantividad de su contratación y el vínculo así constituido sería indefinido, con resultado de estimar la demanda y calificar el cese como despido improcedente; y si admiten la causa «autónoma» que en el contrato se especifica, esa sustantividad —con Orden y presupuesto propio, como en todas las otras actividades específicas, según hemos visto— legitimaría ciertamente la contratación, pero obligaría a acreditar la finalización de la obra singular pactada, y para tal supuesto no sería ya argumentable el cumplimiento de los objetivos del genérico Plan de Sanidad Animal, de forma que habría de llegarse a la misma consecuencia de entender que concurre despido improcedente y que haya de estimarse la demanda. Y finalmente,

e)- Se ha de poner de manifiesto que aún para el supuesto de que se admitiese el agotamiento de una dotación presupuestaria de la que nada consta —dato irrelevante, según veremos—, en todo caso la extinción del contrato de la demandante en 26.07.02 sería de por sí injustificada con arreglo a la doctrina unificada que más arriba se ha citado, una vez que el objeto del contrato —control sanitario de bovinos en movimiento y con destino a matadero, según la hipótesis que nos parece más razonable— constituye una actividad permanente y ordinaria de la Administración, hasta el punto de que sin solución de continuidad tras la extinción del contrato de la accionante —junto con 102 Veterinarios más: documento nº 14— se presupuesta y ordena a TRAGSEGA la realización de idéntico cometido, dando lugar a la contratación de nuevos profesionales de la Veterinaria —46 exactamente: documento nº 15— y entre ellos muchos de los cesados junto con la accionante.

Y en tal contexto de actividad ordinaria de la Administración —actuando a través de sociedad estatal, pero asumiendo como propia la gestión— y con mayor motivo mediando contrataciones sin solución de continuidad, en todo caso sería de aplicación la jurisprudencia a que hemos hecho referencia; incluso aunque el contrato hubiese estado vinculado formalmente a un determinado presupuesto, ya agotado a la fecha del cese...

SEXTO.- Estas consideraciones son traspolables al caso presente por subyacer idénticos sustanciales presupuestos fáctico-jurídicos, no apareciendo la extinción contractual

invocada por finalización de los trabajos objeto del contrato como resultado de las razones expuestas acerca del contrato y su naturaleza y la obra objeto del mismo puestas en relación con lo probado sobre el programa de sanidad animal de 2002 y lo certificado al efecto el 19.08.02 y demás actividades ordenadas por la Consellería a las demandadas, ya comentadas en la transcrita Sentencia de esta Sala.

Procede, pues, declarar la existencia de un improcedente en la extinción contractual operada el día 26.07.02; a la que le resulta de aplicación el art. 56 ET que se invoca en el recurso mismo, pero que a aquella fecha, por virtud de la redacción dada por el RD. Ley 5/02, de 24 de mayo, si bien derogado mediante Ley 45/02, de 12 de diciembre, disponía como efectos legales del despido improcedente los que, ya indicaba la Sentencia de este Tribunal antes citada: “que únicamente dispone el abono de aquellos salarios para el supuesto de que el empresario opte por la readmisión del trabajador cuyo despido sea declarado improcedente, no existiendo tal obligación si se opta por la indemnización; variación normativa que es aplicable desde el 26.05.02 (Disposición Transitoria Primera, en relación con la Disposición Final Segunda Dos, ambas del RD-Ley 5/2002) y hasta el 14.12.02 (Disposición Transitoria Primera, en relación con la Disposición Final Segunda Dos de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.”.

La indemnización se calcula considerando asimismo la relación habida en 2001, sin solución de continuidad con la que propició el último contrato y el cese constitutivo de despido improcedente y materializando así y a los presentes efectos una relación vinculada-unitaria. El salario se declara en el HDP.1º y la indemnización resultante –s.e.u. o– es de 2.736 euros.

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con estimación del recurso interpuesto por don J.C.C.L., revocamos la sentencia que con fecha 17 de octubre de 2002 ha sido dictada en Autos 694/02 del Juzgado de lo Social nº Tres de los de Lugo, y acogiendo la demanda declaramos IMPROCEDENTE el despido de que el actor ha sido objeto en 26 de julio de 2002 y condenamos solidariamente a las codemandadas TRAGSA y TRAGSEGA a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia opten entre

readmitir al trabajador o hacerle entrega de una indemnización por importe –s.e.u. o– de 2.736 euros, y en caso de readmitirle a que le satisfaga los salarios dejados de percibir desde aquella fecha y hasta la de la referida notificación, a razón de 55 euros diarios.

3576 Recurso núm. 342/03

S.S. RESOLUCIÓN LÍCITA DE CONTRATO DE OBRA OU SERVIZO VINCULADO Á EXECUCIÓN DO PLAN INFOGA, NON PODENDO APRECIARSE NA MESMA DISCRIMINACIÓN ALGUNHA POR RAZÓN DE SEXO.

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

A Coruña, a tres de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 342-03 interpuesto por XUNTA DE GALICIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 505/02 se presentó demanda por doña M.P.P.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandada XUNTA DE GALICIA (Consellería de Presidencia e Administración Pública y Consellería de Medio Ambiente, con intervención del Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veinticinco de noviembre 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 la actora presta sus servicios profesionales en el Centro de Trabajo Distrito Forestal de la comarca de ... en la provincia de Orense desde el día 27 de marzo de 2002 con la categoría profesional de Jefe de Cuadrilla, percibiendo un salario bruto mensual

de 1.508,03 euros (250.915 pesetas) incluída la parte proporcional de pagas extra. SEGUNDO.- Con fecha 30 de abril de 2.002 a la actora se le comunica mediante carta de despido la extinción de la relación laboral con efecto de la misma desde ese mismo día. TERCERO.- Que la actora tenía suscrito contrato de trabajo a tiempo completo celebrado al amparo del artículo 2 del R.D. 2.720/1998 siendo su modalidad la de obra o servicio determinado. El contrato de trabajo suscrito fija el objeto del mismo en la "... defensa de incendios forestales en temporada de peligro medio, de conformidad con dicho plan". En su Cláusula 4ª el contrato fija "A duración de este contrato estímase que será aproximadamente de un mes/días, en función das necesidades derivadas do risco de incendios forestais. En consecuencia, a desaparición desta concreta causa determinará a resolución do contrato por esta realizada a obra ou servicio". CUARTO.- Con fecha 27.03.02 la demandada contrato, mediante contratos temporales por un mes bajo la modalidad de obra o servicio determinado, y para prestar servicios en el Distrito Forestal ... a 5 jefes de cuadrilla, 7 conductores de autobomba, 4 peones conductores, 24 peones, 2 emisoras, 2 vigilantes fijos; los que causaron baja el día 30.04.02; salvo a la demandante, a los demás trabajadores arriba referidos fueron de nuevo contratados por la demanda como trabajadores fijos-discontinuos con efectos mayo 2002. QUINTO.- La demandante no ostenta cargo sindical de clase alguna. SEXTO.- La demandante agotó al vía previa administrativa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda presentada por doña M.P.P.R. debo declarar y declaro la nulidad del despido de la actora realizado el día 30.04.02; en consecuencia de tal declaración debo condenar y condeno a la demandada a que readmita de inmediato a la actora en las mismas condiciones laborales que tenía en la fecha de su despido y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de esta Sentencia a razón de 50,27 euros/día".

CUARTO.- Que con fecha 05.12.02 se dictó Auto de Aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Aclarar el contenido del fallo de la sentencia dictada en estos autos en el sentido de hacer constar que la demandada no está obligada a efectuar depósito para interponer Recurso de Suplicación".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por XUNTA DE GALICIA siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el letrado de la Xunta de Galicia la sentencia que declara nulo el despido de la demandante doña M.P.P.R. en solicitud de su revocación y desestimación íntegra de la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la revisión del H.P. 4º (motivo 1º), y denuncia la infracción del art. 17.1 E.T. (motivo 2º) y (motivo 3º) del art. 15.1.A E.T. en relación con el R.D. 2.720/98 y SSTs de 10.06.94 y 10.04.95 y STSJ Galicia de 20.11.00.

SEGUNDO.- Invocando la documental de los folios 131, 132 y 133, 137 y 138, 84 y 121 y siguientes, interesa el recurrente se adicione al H.D.P. 4º el párrafo siguiente: "En ejecución del Acuerdo de 23 de junio de 1999 sobre Consolidación de Empleo de la Consellería de Medio Ambiente (D.O.G. nº 106, de 04.06.02), y, en criterio de la comisión de Seguimiento de tal Acuerdo, se seleccionaron y contrataron, en la Comarca de ..., cuatro jefes de cuadrilla, de modo que entre 5, aspirantes de la Comarca de ..., y 4 de la de ..., (en total 9, procedentes del listado del 99, prorrogados hasta el 2000 del personal, de Infoga), se contrataron 4. La demandante, doña M.P.P.R., figura incluída en la lista de la Comarca de ... con una puntuación de 15,80 puntos, que es, la mínima de los 9, aspirantes a Jefes de Cuadrilla de la Comarca ...

La adición procede -si bien la prórroga del listado del 99 la era hasta el 2002- a la vista de la documental invocada. En concreto, aparte del Acuerdo de 23.06.99 y reunión de su Comisión de Seguimiento de 21.03.02 del F. 132 y 133, al folio 131 obran los datos de que se trata sucritos por el Secretario Provincial de la Consellería de Medio Ambiente. A mayor abundamiento, en la impugnación del recurso no se viene a cuestionar la adición, sino que se hacen valoraciones en torno a ella y a la documental que la justifica.

TERCERO.- La infracción que del art. 17.1 E.T. se denuncia en el 2º motivo del recurso va dirigido a impugnar la discriminación por razón de sexo que ha considerado la sentencia dictada en la instancia y en cuya vir-

tud declara al nulidad del despido de la demandante.

Infracción que la Sala acoge. Y ello a partir de que es doctrina del T. Constitucional la de 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, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1985, 47/1985, 94/1984 y 38/1981), tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. Cierto 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 Ley de Procedimiento Laboral; 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.

En el caso se constata que la actora prestó servicios desde el 27.03.02 como jefe de cuadrilla mediante contrato de obra o servicio determinado celebrado al amparo del art. 2 R.D. 2.720/98, cuyo objeto era la defensa de incendios forestales en temporada de peligro medio de conformidad con el plan Infoga y con una duración pactada de aproximadamente 1 mes “en función de las necesidades derivadas del riesgo de incendios forestales. En consecuencia, la desaparición de esta concreta causa determinará la resolución del contrato por estar realizada la obra o servicio”. Al propio tiempo

fueron contratadas otras personas bajo la misma modalidad, en concreto en el Distrito Forestal ... lo fueron 5 jefes de cuadrilla, 7 conductores ... (H.P. 4º), los que llegado el 30.04.02 causaron baja; al igual que la actora, a quien se comunicó con fecha 30.04.02 la extinción de su relación —aduciendo finalización del contrato— con efectos de este mismo día. Hasta referido momento no aparece discriminación alguna, constatándose exclusivamente contrataciones temporales en el contexto del Plan Infoga, contra incendios forestales. Discriminación que tampoco puede ser considerada si bien los otros trabajadores fueron contratados en mayo de 2002 como trabajadores fijos discontinuos sin que lo hubiera sido la demandante.

Consta que la selección y contratación en la comarca de ... procede de criterios de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de 23.06.99 sobre Consolidación de Empleo en la Consellería de Medio Ambiente, seleccionándose y contratándose en aquella comarca en razón de ello y del plan de fijos discontinuos 4 jefes de cuadrilla, categoría a la que aspiraba la demandante y que fue la por ella desempeñada en la contratación de 27.03.02; asimismo que los 4 jefes de cuadrilla nombrados en mayo de 2002 lo fueron entre 5 aspirantes de ... y 4 de ... y que la demandante ostentaba la peor puntuación de todos ellos. Se justifica, pues, una situación propia distinta en la demandante respecto de los restantes trabajadores contratados que, en unión del integral contexto acreditado, desvirtúa la discriminación pretendida; tanto más cuanto que la condición de la actora no había sido óbice en orden a su contratación hacia poco más de un mes, tratándose la habida en mayo de contratación distinta, de diferentes necesidades y puestos ..., siendo esta ya de carácter fijo-discontinuo y en el contexto de una planificación específica. Tampoco incide el que a uno de los contratados como jefe de cuadrilla se le hubiese contratado por 7 días en 30.04.02, pues este antecedente laboral no era lo sustancial y el criterio de la mejor puntuación lo avalaba frente a la actora.

En definitiva, al margen del posible mayor o menor acierto de los criterios de la Comisión de Seguimiento, lo cierto es que la puntuación obtenida por la demandante era la mínima de los incluidos en el listado correspondiente y que tal fue consideración efectiva al respecto de la conducta observada por la demandada en torno a las contrataciones y no contrataciones de fijos discontinuos decididas

en mayo de 2002, sin ninguna discriminación constatada o constatable.

CUARTO.- Desterrada la vulneración de derechos fundamentales que se afirmaba en demanda y que a la postre motivó la nulidad del despido que declara la sentencia recurrida, se plantea en el último motivo del recurso la cuestión de la finalización legítima del contrato laboral de la actora en 30.04.02.

Ya se dejó dicho anteriormente que la actora pasó a prestar servicios para la demandada mediante contrato de obra o servicio determinado celebrado el 27.03.02 al amparo del RD 2.720/98 y cuyo objeto era la defensa de incendios forestales en temporada de peligro medio de conformidad con al plan Infoga y con una duración pactada de aproximadamente 1 mes “en función de las necesidades derivadas del riesgo de incendios forestales. En consecuencia, la desaparición de esta concreta causa determinará la resolución del contrato por estar realizada la obra o servicio”. El cese le fue dado el 30.04.02 por extinción contractual (Fundamento Jurídico 1º sentencia de instancia; F. 103).

Acerca precisamente de contrataciones temporales en el contexto del plan Infoga y la impugnación de los ceses que propiciaron, se ha pronunciado este Tribunal, siguiendo asimismo doctrina concreta jurisprudencial.

La Sentencia de TSJ Galicia de 03.06.99 (Rec. 2.030/99) decía lo siguiente: “Procede acoger la denuncia, pues aún cuando la Sala ha mantenido en su día un criterio en parte coincidente con la tesis que sostiene la sentencia de instancia, dicha interpretación fue rechazada por el Tribunal Supremo que a partir de la sentencia de 10 de junio de 1994 viene sosteniendo de forma reiterada la validez de los contratos concertados pro la Xunta de Galicia para obra o servicio determinado cuando tienen por objeto el PLAN INFOGA de prevención y lucha contra incendios, fundándose en que se trata de una actividad con sustantividad y autonomía propia dentro de lo que constituye el actuar normal de la Administración Autonómica, por otro lado las campañas referidas son siempre de duración incierta, aún cuando puedan prolongarse a lo largo del año en función de factores climatológicos o de otra índole y en último término están sujetas a una concreta atención presupuestaria, de ahí que dichos contratos tanto pueden reiterarse anualmente como no concertarse, lo que da lugar a que el Tribunal Supremo entiende que la actividad de los tra-

bajadores en cuestión ni puede considerarse de fijos ni tampoco de fijos, discontinuos”.

La Sentencia del TSJ Galicia de 04.06.99 (Rec. 2.031/99) se pronunció asimismo en el siguiente sentido: “El recurso debe prosperar siguiéndose la doctrina unificada (señalada por el recurrente) de STS 10.06.94, 03.11.94, 26.05.97 y 23.09.97 recogida ya por esta Sala en S. 24.10.97 que vienen a establecer que no existe fraude en la contratación temporal, siendo suficiente la identificación de la obra, en los supuestos como el litigioso en que: a) el objeto de los contratos celebrados entre las partes, se halla plenamente identificado, “para el cumplimiento y desarrollo del plan INFOGA”, que cumple plenamente las previsiones del artículo 2.1 del RD 2.546/94 de 29 de diciembre, pues se trata de la realización de obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa (la prevención, detección y extinción de incendios constituye una parte de las competencias del DG de Montes y Medio Ambiente Natural según el art. 7 de D. 205/90 sobre estructura orgánica del Consellería.); b) cuando, además, su ejecución no es ilimitada en el tiempo, pero sí es de duración, en principio, incierta (la reiteración con que el hecho del incendio forestal se produce en la época estival de cada año) como resulta incluso de la Orden citada como infringida en que los llamamientos se harán según las necesidades (art.8.1); c) el hecho de la dependencia presupuestaria del demandado, de modo que sólo podrá proporcionar la cobertura necesaria para la vigilancia y extinción de los incendios en función de sus disponibilidades, que pueden diferir de un año a otro; d) pueden también variar las planificaciones anuales, con sus concretos y objetivos específicos, en atención a las características de cada temporada, (factores climáticos); en todo caso, por la propia naturaleza del trabajo a desarrollar, ha de entenderse que es para cada período concreto, y no con carácter permanente, por ello resulta inviable la consideración de indefinidos de los contratos de los actores, aun cuando bajo igual modalidad hubiesen sido contratados en anualidades anteriores... Establecido lo anterior, ha de concluirse con la estimación del recurso planteado, ya que la Consellería demandada al poner en conocimiento de los actores, mediante comunicación escrita, la finalización de sus respectivos contratos, una vez agotado el plazo aproximado de la duración de los mismos por la desaparición, según su estimación, de la concreta causa de riesgo de aparición de

incendios forestales, o lo que es lo mismo, cuando estimó cubierta la concreta campaña para la que fueron contratados, se ajustó a los criterios de interpretación y aplicación de la normativa vigente (art. 15.1-a) LET”).

Asimismo, la STSJ Galicia de fecha 26.02.98 (Rec. 5.248/97), tras recoger concreta jurisprudencia, decía: “La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto controvertido obliga a concluir que los contratos que celebraron las partes corresponden a la modalidad a la que formalmente se acogieron y que el cese impugnado encontró causa adecuada en el cumplimiento del término pactado (art. 49.3 ET), pues una vez agotado el plazo aproximado de duración de los mismos y sus prórrogas, al estimarse cubierta la concreta campaña para la que se concertaron, la comunicación de cese notificada por la Consellería a los actores, con efectos de 31 de mayo de 1997, se ajustó a los criterios de interpretación y aplicación marcados por la doctrina del TS, ya que con independencia de que siguiera existiendo o no el riesgo de incendios, por causas climáticas, no puede pasar desapercibido que cada campaña depende no sólo de este extremo, sino también de condicionantes presupuestarios y de los específicos y concretos objetivos propios de cada una. Por ello, admitida la causa de temporalidad y la autonomía y sustantividad de cada una de las campañas (arts. 15.1 a) del ET y 2 del RD 2.546/94, de 29 de diciembre, a la sazón vigente), no cabe apreciar que la obra no estuviese concluida ni tampoco que se tratase de una actividad de carácter estructural dentro de la Consellería, sino de una modalidad contractual temporal utilizada legalmente y al margen de la figura del fraude de ley (art. 6.4 C.c.) ...”.

Por otro lado, la STS de 11.11.98 señalaba en torno al contrato para obra o servicio determinado: “... la validez de esta modalidad contractual para atender las necesidades derivadas de la concertación de planes de actuación, viene avalada por la Jurisprudencia, así, Sentencias del Tribunal Supremo de 10 junio y 3 de noviembre 1994 (RJ 1994, 5.422 y 8.590) y 10 de abril 1995 (RJ 1995, 3.038), en relación con las campañas anuales para la extinción de incendios forestales y Sentencias de 7 de octubre 1992 (RJ 1992, 7.621), 24 de septiembre 1993 (RJ 1993, 8.045), 17 de mayo 1994 (RJ 1994, 4.212) y 21 de julio 1995 (RJ 1995, 6.324) ...”.

De conformidad con la doctrina expuesta, no cabe apreciar despido en el cese dado a la actora el 30.04.02, como asimismo le

fue dado a otro personal igualmente contratado en la misma fecha. Siendo legítimo el contrato temporal suscrito bajo la modalidad de obra o servicio determinado y fijándose en él como objeto la defensa frente a incendios forestales en temporada de peligro medio y dentro del plan Infoga, habiéndose concretado en el propio contrato la duración del mismo en, aproximadamente, un mes también en función de las necesidades derivadas del riesgo de incendios en esta referida concreta época, cumplido tal plazo se produjo la extinción de la causa prevista, la obra o servicio determinado y el contrato, al quedar cubierta la concreta temporada dentro de la campaña para la que fue contratada y desaparecida, dentro de la mismo, la causa del riesgo de incendios prevista contractualmente, no resultando ya determinante a estos efectos la ulterior contratación habida de fijos discontinuos. Se concluye, así, lo que afirma la recurrente en el sentido de que no ha habido despido sino cese por extinción contractual en aplicación de las normas que invoca en el 3º motivo de su recurso.

QUINTO.- Por lo expuesto, procede acoger el recurso y con revocación de la sentencia de instancia, dictar pronunciamiento desestimatorio de la demanda.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el letrado de la Xunta de Galicia, revocamos la sentencia que el día 25.11.02 dictó el Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense en autos nº 505/02; y en consecuencia, desestimando la demanda de despido interpuesta por doña M.P.P.R., absolvemos a la demandada Consellería de Presidencia y Consellería de Medio Ambiente-Xunta de Galicia, de sus pedimentos.

3577 Recurso núm. 5.119/99

S.S. RESCATE DE CAPITAL SEGURO DE VIDA. FUNCIONARIO XUBILADO QUE PERTENCERA Á MUNPAL. CONTÍA: ANOS DE AFILIACIÓN ACTIVA Á MUTUALIDADE E HABER REGULADOR A 31 DE DECEMBRO DO 1982.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a cinco de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.119/99 interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 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 don A.V.C.S. en reclamación de RESCATE CAPITAL siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 76/99 sentencia con fecha uno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“1.- El actor don A.V.C.S., nacido el ..., figuró afiliado a la Mutualidad Nacional de Previsión de la administración local con el nº ..., habiendo cesado en el servicio activo el 01.03.93 por jubilación. 2.- Por Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. de fecha 25 de mayo de 1993, le fue reconocido al actor pensión de jubilación, con efectos del 01.04.93. En cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de esta ciudad, de fecha 01.03.94 -autos 1.099/93- el I.N.S.S. procede a calcular la pensión de jubilación de la extinguida Mumpal, señalando como datos del cálculo los siguientes: Cálculo pensión básica: Haber regulador x 80% = 208835 x 80 % = 167.068 . Cálculo mejoras: Haber regulador x 37% = 208835 x 37 % = 44.496 fijando las diferencias resultantes desde el 01.04.93. 3.- Por Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. de 26 de agosto de 1998, se reconoció al actor el rescate del 50% del capital seguro de vida de la extinguida Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, en cuantía de 633.115 pesetas, resultante de multiplicar

el haber regulador que fija en 120.260 pesetas por 15 mensualidades (fijando 30 años de cotización) y el coeficiente de 350,97 (70 años). Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 16.12.98. 4.- El actor acredita los siguientes servicios prestados: Secretario habilitado, interino en el Ayuntamiento de A. del 2 de abril de 1957 al 29 de abril de 1963. Secretario del Ayuntamiento de A. del 30 de abril de 1963 al 31 de marzo de 1977. Secretario del Ayuntamiento de N. del 1 de abril de 1977 al 1 de marzo de 1993. Servicios militares reconocidos.

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don A.V.C.S. contra la Dirección Técnica del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo declarar y declaro que el actor tiene derecho al rescate del valor actuarial del 50% del C.S.V. en cuantía de un millón trescientas diecinueve mil trescientas seis pesetas, y en consecuencia, condeno a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a abonar al actor la cantidad de seiscientos ochenta y seis mil ciento noventa y una pesetas en concepto de diferencias de la prestación del cincuenta por ciento del valor actuarial del C.S.V. reconocida.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 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 en la que el actor reclama diferencias económicas en relación con el importe del rescate del Capital Seguro de Vida reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, condenando a dicha Entidad Gestora y a la Tesorería General de la Seguridad Social al abono de las diferencias reclamadas por importe de 686.191 pesetas. Y frente a este pronunciamiento se interpone recurso por la representación procesal de los Organismos demandados, al objeto de obtener su revocación y de que se desestime la demanda, articulando dos motivos de Suplicación, ambos formulados por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de procedimiento Laboral,

dedicados al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En el motivo inicial de censura jurídica, se denuncia infracción, por no aplicación, de la disposición adicional 2ª apartado c) de la Ley 9/1993 d 13 de julio, (quiere decir Ley 9/1983) de Presupuestos Generales del Estado para 1983, alegando que el importe del haber regulador que debe tenerse en cuenta para el cálculo del capital seguro de vida ha de ser el de 120.260 pesetas. Y en el segundo de los motivos los Organismos recurrentes denuncian infracción, por no aplicación, del artículo 69.2 de los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, aduciendo que la sentencia recurrida parte de un error al establecer que ha de partirse de un total de 36 años de afiliación en base a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Orense, cuando en realidad dicha Sentencia reconoce 36 años de “servicios prestados”, de los que 30 corresponden a afiliación a la MUNPAL, dato a tener en cuenta para el cálculo del capital seguro de vida.

Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido constan en el relato histórico de la sentencia recurrida –que no han sido cuestionados-, y a los fines discutidos en el presente litigio, pueden resumirse así: A).- El actor, nacido el ..., figuró afiliado a la MUNPAL, habiendo cesado en el servicio activo con motivo de su jubilación el día 1 de marzo de 1993. B).- Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 25 de mayo de 1993, le fue reconocida al actor pensión de jubilación, con efectos de 1 de abril de 1993, en cuantía de 186.281 pesetas (157.931 pesetas de pensión, más 28.350 pesetas en concepto de mejoras), con un haber regulador mensual a efectos de pensión de 197.413 pesetas y un haber regulador mensual a efectos de mejoras de 113.400 pesetas. C).- Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de Ourense de fecha 26 de agosto de 1998, se reconoció al actor el rescate del 50% del capital seguro de vida de la extinguida MUNPAL, en cuantía de 633.115 pesetas, resultando de multiplicar un haber regulador que el INSS fija en 120.260 pesetas por 15 mensualidades (en relación con 30 años de jubilación) y el coeficiente 350,97 (70 años). D).- Por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense de fecha 1 de marzo de 1994, se declaró que el actor acreditaba los servicios prestados siguientes: Secretario habi-

litado, interino en el Ayuntamiento de A del 2 de abril de 1957 al 29 de abril de 1963. Secretario del Ayuntamiento de A del 30 de abril de 1963 al 31 de marzo de 1977. Secretario del Ayuntamiento de N. del 1 de abril de 1977 al 1 de marzo de 1993. Servicios militares reconocidos, que hacen un total de 36 años de servicios prestados.

Partiendo de los anteriores datos fácticos, la cuestión litigiosa consiste en determinar la cuantificación del rescate del Capital Seguro de Vida. La cuantía del Capital Seguro de Vida está en función de una doble variable: a)- el número de años computables; y, b)- el haber regulador. El actor entiende que dicho Capital ha de calcularse sobre la base de un haber regulador de 208.835 pesetas y en función de 36 años de cotización, de lo que resultaría un capital a rescatar por importe de 3.759.030 pesetas, ascendiendo el 50% reclamado –aplicando el coeficiente reductor por edad 350,97 que es el que corresponde al actor por tener 70 años- a 1.319.306 pesetas, tesis actora que ha sido ratificada por la sentencia recurrida. Por el contrario, el INSS sostiene que el haber regulador aplicable asciende a 120.260 pesetas, y en función de 30 años de afiliación a la MUNPAL –aplicando el anterior coeficiente reductor por edad- el 50% del capital seguro de vida que debe abonarse al actor asciende a 633.115 pesetas, que es el importe reconocido por el INSS a favor del recurrente.

TERCERO.- El recurso del INSS debe ser acogido, sobre la base de lo que a continuación se razona: Las partes litigantes, únicamente están conformes con el coeficiente reductor aplicado en función de la edad del solicitante, 70 años. Según determina el artículo 70 de los Estatutos del MUNPAL, los valores de rescate según la edad del causante en el momento de su percepción y referido al 50 por 100 del capital seguro de vida son para 70 años..... 350,97, porcentaje este inconvertido.

Por el contrario, discrepan las partes en las dos variables a tener en cuenta para el cálculo de la prestación del rescate del Capital Seguro de Vida. En primer lugar, y en cuanto a los años de servicios computables (36 según el actor, 30 según el INSS), según el artículo 69.2 de los Estatutos de la MUNPAL, “El capital seguro de vida ascenderá a una mensualidad del haber regulador por cada dos años de afiliación activa...”. El actor parte de un dato erróneo, al equiparar “servicios prestados” con “afiliación activa” a la MUNPAL. Y a los efectos de determinar el importe del capital

seguro de vida objeto de rescate, resulta claro que solo se pueden tener en cuenta los períodos de filiación activa a la MUNPAL. La Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local se creó por Ley 11/1960, de 12 mayo, y conforme a lo previsto en su disposición adicional 1ª, entró en vigor el 1 de junio de 1960, «en cuya fecha se entenderá constituida la Mutualidad a todos los efectos», de manera que, habiéndose jubilado el actor en el mes de marzo de 1993, resulta imposible que en esta fecha pudiese acreditar 36 años de afiliación activa a la MUNPAL. Según el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, el actor inició la prestación de servicios para el Ayuntamiento de A. el 2 de abril de 1957, prestando servicios como Secretario habilitado «interino», hasta el 29 de abril de 1963, y aunque en el relato de probanzas nada se diga, según el informe de filiación-cotización que obra al folio 58 de las actuaciones, el 30 de abril de 1963 es cuando causa alta como afiliado de la MUNPAL, y de esta última fecha parte el INSS para el cálculo del rescate y computa 30 años de «afiliación activa» hasta la fecha de la jubilación (marzo de 1993), fecha en la que al actor le faltaba un mes para completar los 30 años de afiliación, pero en este caso los Estatutos de la MUNPAL (Disposición Final 5ª.1) disponen que la antigüedad se expresará siempre en años completos, computándose como un año la fracción que exceda de seis meses, consecuentemente, como faltaba un mes para completar un año, el cálculo del INSS es correcto y se ajusta a lo que señala la indicada Disposición. Por el contrario, el actor pretende que se computen los seis años en los que prestó servicios como Secretario «interino» para el Ayuntamiento antes mencionado, más seis meses de prestación de servicios militares, y ninguno de estos períodos resultan computables a tenor de lo que establece la Disposición Final Quinta.2 de los Estatutos de la MUNPAL, aprobados por Orden Ministerial de 09.12.75, según la cual, «excepcionalmente se reconoce como período de cotización y de afiliación activa el tiempo de servicios computables que el asegurado sumase en 1 de diciembre de 1960, fecha de Constitución de la Mutualidad, en los casos comprendidos en la disposición transitoria segunda, cuatro, de los Estatutos anteriores aprobados por Orden del Ministerio de la Gobernación de 12 de agosto de 1960». Y según esa disposición transitoria segunda, cuatro, de los Estatutos de 1960, a la que remiten los Estatutos de la MUNPAL de 1975, cabe la posibilidad de reconocimientos de

servicios previos «...como períodos de cotización y de afiliación activa, el tiempo de servicios computables a la Administración local que sumen en la fecha de constitución de la Mutualidad..», siempre que se trate de asegurados a que se refieren los artículos 4º, 7º y 8º de dichos Estatutos, y dichos artículos se refieren a funcionarios en propiedad o de plantilla de la Administración Local, por lo tanto, solo resultan computables como períodos de cotización y de afiliación activa, el tiempo de servicios prestados con carácter de propiedad antes del 1 de diciembre de 1960. Y como los servicios prestados por el actor, con anterioridad a causar alta como asegurado de la MUNPAL el 30 de abril de 1963, lo fueron con el carácter de interino, no son computables a los efectos del rescate del Capital Seguro de Vida. En consecuencia, se acepta la censura jurídica que se contiene en el segundo motivo del recurso del INSS, en cuanto que, en efecto, la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente el artículo 69.2 de los Estatutos de la MUNPAL de 1975, de modo que los años que deben tenerse en cuenta para el cálculo del rescate son 30, y no 36 como declara la sentencia recurrida, acogiendo la pretensión actora.

En segundo lugar, y en cuanto a la determinación del haber regulador, resulta de aplicación la Disposición Adicional segunda c) de la Ley 9/1983, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado, según dicha Disposición: «Las cuantías de los haberes reguladores de las mejoras de prestaciones básicas y las de los haberes reguladores para determinar el valor del capital seguro de vida y del capital total de los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local aprobados por Orden del Ministerio de Gobernación, de 9 de diciembre de 1975, que se causen a partir de 1 de enero de 1983, serán las que correspondan al causante en el momento de su cese en el servicio activo, sin que, en ningún caso, puedan ser superiores a las vigentes en 31 de diciembre de 1982». Así pues, el haber regulador será el que corresponda en el momento del cese en el servicio activo del jubilado de que se trate, sin que, en ningún caso, pueda ser superior al vigente el 31 de diciembre de 1982. Por tanto, no resulta acogible el haber regulador que se determina en la demanda, aceptado por la resolución impugnada, referido a la pensión de jubilación a la fecha de producirse la misma en el año 1993, sino que hay que distinguir entre el haber regulador que se tiene en cuenta para la

pensión básica (jubilación), y el haber regulador que conforme a la citada Disposición Adicional se tiene en cuenta para las mejoras y prestaciones complementarias, éste último no varía a partir del 31 de diciembre de 1982, y tal como figura en la hoja de cálculo que obra al folio 58 de los autos, dicho haber regulador asciende a 120.260 pesetas, importe ajustado a la hoja de haberes reguladores incorporada a la Circular 4/97 del INSS. La referida Disposición Adicional, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, resuelto por Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 1990 (RTC 1990/97) que ha declarado inconstitucional y consiguientemente nula la citada Disposición Adicional Segunda de la Ley 9/1983, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1983, pero únicamente en cuanto reconoce efectos retroactivos entre el 1 de enero de 1983 y el 23 de abril de 1983 a la supresión de la sexta parte del sueldo consolidado a efectos del cálculo de las pensiones de la MUNPAL, desestimando las cuestiones en todo lo demás. Por tanto, la citada declaración de inconstitucionalidad, no afectó a la cuestión del haber regulador de mejoras y del Capital Seguro de Vida, tal como se desprende de una Sentencia posterior del mismo Tribunal Constitucional de 5 de noviembre de 1990, que así lo aclara, señalándose en esta última Sentencia que la cuestión de inconstitucionalidad sólo se refería a la supresión indicada, y que el resto de las cuestiones de inconstitucionalidad fueron desestimadas, por lo tanto la Disposición Adicional referida resulta de aplicación a las mejoras y al rescate del Capital Seguro de Vida. Consecuentemente, el haber regulador tenido en cuenta por el INSS para el cálculo del rescate del Capital Seguro de Vida, es correcto, por lo que procede también la estimación de este motivo del recurso.

En resumen, tanto el cómputo de años, como el importe del haber regulador empleados por el INSS para el cálculo del rescate del Capital Seguro de Vida del actor, son correctos, por lo que procede acoger la censura jurídica que se dirige contra la sentencia recurrida y dictar un pronunciamiento revocatorio del recurrido. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, de fecha 1 de

septiembre de 1999, dictada en los presentes autos 76/99, seguidos a instancia del actor don A.V.C.S., frente al Instituto recurrente y frente a la también demandada Tesorería General de la Seguridad Social, sobre cuantificación del rescate del Capital Seguro de Vida, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda planteada, declaramos correctamente calculado el importe del capital a rescatar fijado por el INSS y, en consecuencia, absolvemos a los demandados de la pretensión frente a ellos ejercitada.

3578 Recurso núm. 434/03

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE CONVENIO. MAN DE OBRA DIREITA E INDIRECTA. CONVERSIÓN DE CONTRATOS TEMPORAIS EN INDEFINIDOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a siete de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 434/03 interpuesto por don R.R.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.R.C. (DELEGADO DE LA SECCIÓN SINDICAL DE LA C.I.G. EN LA EMPRESA "C.I., S.A.") en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "C.I., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 729/02 sentencia con fecha veintidós de noviembre 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 Comité de Empresa y la Dirección de “C.I., S.A.” suscribieron, con fecha 19 de octubre de 1999, el siguiente acuerdo: “En aras de fixar uns criterios obxectivos na conversión de traballadores contratados eventualmente en indefinidos a través dunha negociación baseada no último párrafo do Artigo 14º do convenio colectivo de “C.I., S.A.” e co fin de introducir elementos de seguridade xurídica tanto para o Comité de Empresa, os traballadores e a Dirección da Empresa, a prol de establecer preferencias entre aqueles traballadores que poidan acceder á condición de persoal con contrato indefinido e que limiten a discrecionalidade empresarial na materia, establécense como criterios válidos: a) Antigüidade na empresa, entendendo por tal o inicio de servizos para a mesma, con independencia das interrupcións e sucesións de contratos que ponderan ter existido.- b) Número total de días traballados nun ou distintos periodos de prestacións de servizos dende o ano 1992.- c) O criterio do número total de días, b), ten un valor preferencial fronte ó criterio a).- d) Axeitado desenrolo das funcións propias do seu posto de traballo.- Se ben estes criterios utilizaráanse a cotío, para determinar a preferencia ó aceso da condición de indefinido, a Dirección da empresa dentro da súa facultade organizativa, reservase o dereito de alterar dita preferencia cando o seu xuízo concurren razóns de intereses que así o aconsellen, sen prexuízo do dereito do Comité de Empresa a emitiren, con carácter previo a toma de decisión, un informe preceptivo”. 2º.- El artículo 14, en los párrafos 6, 7 y 8 del Convenio Colectivo de Empresa para 1999-2000 decía: “En atención ao disposto no Artigo 15.1 E.T. (Texto Refundido) as partes asinantes de este Convenio, acordan establecer a facultade empresarial de contratar traballadores para a realización de obras ou servizos determinados, de traballos suficientemente diferenciados, e con sustantividade propia dentro da actividade normal da Empresa, limitados no tempo e cúa duración poida preverse. A Empresa dará conta ao Comité do obxecto do contrato, especificando asimismo o número de traballadores a contratar. En consecuencia a Empresa comprométese a non suscribir contratos de “posta a disposición” con Empresas de Traballo Temporal.- A efectos de cubrir as necesidades da Empresa, atendendo ó previsto no párrafo anterior, confecionarase un listado de traballadores, por riguroso orden de ingreso, que serán chamados por orden de antigüidade, establecéndose turnos rotativos de chamada,

de tal forma que será requerido o traballador que figure no listado no posto seguinte a aquel que foi contratado en último lugar.- Asimesmo se fara unha definición do número de traballadores por sección para valorar a posibilidades de crear postos indefinidos”. 3º.- El artículo 17.1º de dicho Convenio establece: “Creación de Empleo fijo.- Ó longo da vixencia do presente Convenio, a Empresa comprométese a converter en fixos a aqueles traballadores que, estando en situación de temporais, cumpran o prazo establecido segundo a legislación vixente.- Ademais, xenerarán un posto fijo, aqueles postos que quedaran vacantes por falecemento ou xubilación do titular”. 4º.- En el Convenio Colectivo de Empresa para 2001-2002 se dispone lo mismo que el anterior, y en el artículo 17 se añade el párrafo 4, que dice: Durante a vixencia do presente convenio, crearanse 11 postos de traballo fixos durante o ano establecidos no acordo firmado entre o Comité e os representantes da empresa con data 19.10.99. 5º.- En el Acta de Reunión con la Sección Sindical de la CIG de “C.I., S.A.” del día 05.07.02, en el punto 2 del Orden del día se dice: “Por parte da Dirección e en relación co número de contratacións indefinidas durante o presente ano 2002, indícase que en aplicación do establecido no artigo 17 do Convenio Colectivo e aplicando os criterios do acordo firmado con data 19.10.99 durante o presente ano faranse indefinidos once contratos temporais, manifestando que destas once contratacións indefinidas cinco serán persoal de man de obra indirecta (catro técnicos de mantemento e un de loxística) e seis traballadores de man de obra directa o indirecta pasa por un proceso de formación máis intenso e máis longo que o persoal de man de obra directa, que fa imposible como é o caso, realizar contratos dun ano de duración e rescindilos o cabo desde período, cando o persoal atópase formado e sin posibilidade legal de continuar na facultade organizativa da empresa e ó amparo do establecido no último párrafo do acordo firmado o 19.10.99 cos representantes dos traballadores, onde se establece a posibilidade por parte da empresa de alterar os criterios de antigüidade e días de traballo acumulados, a empresa xa procedeu a transformación de tres contratos en indefinidos quedando pendentes dous contratos de persoal de mantemento que unha vez rematada a súa temporalidade, e sendo validados polo seu superior jerárquico, pasarían a integrarse como traballadores fixos. Posteriormente e a volta das vacacións

de verán comenazarase o proceso de validación do persoal de produción que deberá quedar fixo durante este ano". 6º.- En el año 2001 se convirtieron en indefinidos los contratos de 11 trabajadores eventuales. 7º.- El 22.05.00 se reunió la Comisión paritaria de seguimiento e interpretación del Convenio Colectivo de empresa y en el punto 2º se dice: "Por parte de la empresa se entrega un primer borrador de lo que podría constituir la bolsa de trabajo de "C.I., S.A." Se explican los criterios adoptados en su elaboración consistentes en partir de un fichero de personal eventual contratado en la empresa desde enero de 1998. En esa lista se han calculado los días totales de permanencia en la empresa desde ese momento, así como los días ausentes de la misma y la fecha probable de un futuro contrato. Los representantes de los trabajadores examinarán dicha lista. Por parte de la empresa se manifiesta su intención de seguir trabajando sobre la misma con el fin de depurarla y corregir probables errores, así como incluir la incorporación de personal que haya presentado su solicitud en esta empresa a pesar de no haber sido contratado todavía, e investigar qué personal del incluido se encuentra actualmente con posibilidad de trabajar en esta empresa en el caso de ser requerido. Se tratará que este trabajo esté finalizado el próximo 31 de mayo". 8º.- Se celebró conciliación ante el servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, que resultó sin avenencia".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don R.R.C. (DELEGADO DE LA SECCIÓN SINDICAL DE LA CIG), contra la empresa "C.I., S.A.", debo absolver y absuelvo a dicha empresa de las pretensiones de la demanda".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre 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 adicione un ordinal 9º) con la siguiente redacción: "A empresa non procedeu a solicitar ao comité de Empresa a emisión do informe preceptivo previo á decisión adoptada pola empresa, comunicada ao Comité na reunión celebrada o 05.07.02, de alterar as preferencias establecidas no acordo de data 19.10.99, en orde a conversión en indefinidos dos contratos de once traballadores en cumprimento do establecido no art. 17 do convenio colectivo da empresa"; cita en apoio de la propuesta los documentos obrantes en los autos a los folios 22 (acuerdo), y 23 al 27 (acta de reunión de la empresa y el comité).

No se admite la adición que se propone por cuanto tal propuesta no resulta de la documental que se cita, de otra parte, se trata de un hecho negativo y en el relato fáctico solo tienen cabida hechos ciertos, no la ausencia de hechos; por último, señalar que en el relato fáctico no deben incluirse conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, en consecuencia se mantiene íntegro el relato judicial.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación de art. 82.3 LET en relación con los art. 17 y 14 del Convenio colectivo y con los arts. 1.279 y 1.283 del Código civil, así como del acuerdo de 19.10.99 en relación con los arts. 1.279 y 1.282 del citado Código civil, argumentando que el convenio colectivo es norma entre las partes a las que vincula durante su vigencia y que la mercantil demandada ha incumplido lo dispuesto en el acuerdo de 19.10.99 así como lo dispuesto en los arts. 17 y 14 de aquel convenio, pues lo querido por los firmantes del mismo era que se convirtiera en personal fijo a aquellos productores con contratos temporales que prestan servicios como mano de obra directa, según su antigüedad, excluyendo a los temporales que constituyen mano de obra indirecta, y que para apartarse de tal pacto la mercantil tendría que haber solicitado el informe del comité de forma previa a su decisión, lo que no hizo, por lo que solicita la estimación de la demanda.

El recurrente parte de la premisa de que lo pactado en el art. 14 y 17 del convenio colectivo de empresa y en relación con el acuerdo de 19.10.99 solo es aplicable al personal temporal que forma parte del colectivo de mano de obra directa, con exclusión de los trabajadores también temporales pero que

se califican de mano de obra indirecta. La Sala no puede compartir tal argumentación inicial pues tal distinción no aparece reflejada en ninguno de los preceptos convencionales citados ni en el mencionado pacto, es mas, a lo largo del articulado de la norma convencional no se halla ninguna referencia a tal distinción, incluso del examen de las distintas actas, aportadas por la empresa, de reunión de la sección sindical accionante con la empresa, dicha distinción no se constata mas que a partir del acta de 03.07.02, pretendiendo la parte actora que solo pueden formar parte de la bolsa de contratación (art. 14) el personal de producción y por ende solo pueden pasar a fijos (art. 17) quienes, formando parte de dicha bolsa, ostenten el mayor número de días trabajado, sin embargo, y a tenor de la conducta de las partes (actos coetáneos), en cumplimiento del pacto de 19.10.99 - criterio interpretativo asentado en el art. 1.282 del Código civil -, así como atendiendo a la literalidad del mencionado pacto - criterio del art. 1.281 del Código civil -, tal distinción carece de fundamento alguno pues, de una parte, donde la norma no efectúa distinguos no cabe efectuarlos en vía interpretativa tal como señala el viejo aforismo latino "ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus", lo que se compadece con la aplicación literal del pacto que no contiene tal distinción; a mayores resulta que, bajo la vigencia de similares normas convencionales resulta que se produjo la cobertura indefinida de dos plazas una en mantenimiento y otra en aprovisionamiento, lo que aparece reflejado en la acta de 21/07/00, luego la aplicación anterior de la norma y consentida no efectuó aquella distinción inicial en que se funda la parte actora, y por último, el juzgador de instancia en sede jurídica, al valorar la testifical rendida, afirma que la bolsa de trabajadores temporales incluye a todos los de tal naturaleza sin distinción alguna de mano de obra directa o indirecta, por tanto la premisa que sostiene el litigio no resulta acreditada.

Establecido lo anterior y siendo por tanto válida la conversión en indefinidos de los trabajadores con contratos temporales, sin la distinción señalada, la empresa viene obligada a seguir los criterios fijados en el pacto de octubre de 1999, criterios de los que puede apartarse con la solicitud previa del informe del comité de empresa. Los criterios de referencia consisten en que primero debe contratar a aquellos trabajadores que acrediten mas tiempo de servicios efectivos (norma

b), o bien mas antigüedad en la empresa o bien mejor desempeño de los servicios en el puesto de trabajo, y de tales criterios puede efectuar su apartamiento con aquel informe, que en el caso de autos no fue solicitado ni emitido, mas ello exige que se acredite la real y efectiva contratación separándose el demandado de los mencionados criterios de preferencia y, en este caso, la parte actora no acredita que existieran, en el sector de mantenimiento y logística de la demandada, trabajadores con mayor tiempo de servicios que los contratados, de hecho ni se cita quienes fueron los contratados y en su caso la existencia de otros con mejor derecho a ser contratados, lo que pondría de manifiesto el apartamiento empresarial de los criterios contenidos en el pacto y haría surgir el derecho del Comité a emitir el previo y preceptivo informe, no solicitado, fracasa pues el segundo pilar de la demanda, la exigencia de informe del Comité se vincula al apartamiento patronal de los criterios pactados, incumbiendo a la parte actora acreditar el apartamiento no existe prueba que ponga de manifiesto tal separación en la aplicación del citado pacto; no obstante ello, a la falta del citado informe no puede anudarse la conclusión que se postula en demanda, de apartar a los trabajadores de mano de obra indirecta de la posibilidad de convertirse en fijos, pues tal sanción a la empleadora no aparece prevista en la norma, es mas, ni el convenio ni el pacto litigioso establecen las consecuencias de aquel incumplimiento, pero en todo caso la sanción no puede desvirtuar el propio pacto.

Consecuentemente con lo expuesto, no incurre la resolución recurrida en los defectos que se le imputan procediendo la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de la resolución recurrida.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por don R.R.C., delegado sindical de la sección de la CIG en la empresa demandada, contra la sentencia dictada el 22.11.02 por el Juzgado de lo Social Nº 5 de Vigo en autos Nº 729-2002 sobre CONFLICTO COLECTIVO, seguidos a su instancia contra "C.I., S.A.", resolución que se mantiene en su integridad.

3579 Recurso núm. 389/03

S.S. EXTINCIÓN DE CONTRATO DE OBRA OU SERVIZO ILÍCITAMENTE ESTIPULADO POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN FRAUDE DE LEI, QUE PROVOCA A EXISTENCIA DUN DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a diez de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 389/2003 interpuesto por TRAGSEGA y don L.F.G.C., don M.C.M. y don J.M.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don L.F.G.C., don M.C.M. y don J.M.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandados TRAGSEGA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 504, 505 y 506/2002 acumulados sentencia con fecha 28 de octubre 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: El actor don L.F.G.C., Licenciado en Veterinaria, fue contratado por la demandada TRAGSA, el día 02.01.02 con la categoría profesional de TITULADO SUPERIOR por tiempo completo, salario mensual (incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias) de 1.648,13 euros y contrato por obra o servicio determinado (folios 252, 254, 407 y 408). SEGUNDO: El actor don M.C.M., Licenciado en Veterinaria, fue contratado por la demandada TRAGSA, el día 02.01.02 con la categoría profesional de TITULADO SUPERIOR por tiempo completo, salario mensual (incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias) de 1.648,13 euros y contrato por

obra o servicio determinado (folios 362, 412, 418 y 419). Tercero: el actor don J.M.R., Licenciado en Veterinaria, fue contratado por la demandada TRAGSA, el día 02.01.02 con la categoría profesional de TITULADO SUPERIOR por tiempo completo, salario mensual (incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias) de 1.648,13 euros y contrato por obra o servicio determinado (folios 376, 377, 378 y 381). Cuarto: Las cláusulas 6ª y 7ª del contrato de trabajo referido en el anterior hecho probado vienen redactadas así: Sexta: la duración del contrato será de servicio determinado y se extenderá desde 15.01.02 hasta la finalización de los trabajos de la categoría y especialidad del trabajador dentro del servicio. Séptima.- El objeto del presente contrato es la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002. Quinto.- Por encargo de fecha 01.06.01 la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria encargó a TRAGSA la “realización da asistencia técnica para acreditación da aptitude sanitaria dos animais para o movemento pecuario e o sacrificio” fijándose el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2001 y un importe o precio por tales trabajos de 549.781.062 pts, equivalentes a 3.304.250 euros (folio 43). Sexto.- Por encargo de fecha 03.01.02, la misma Consellería encargó a TRAGSA la “prestación do servizo de investigación sanitarias e traballos de campo de programa de sanidade animal de ano 2002” y un importe o precio por tales trabajos de 3.018.598 euros (folio 44). Dichos trabajos se rigen por las Instrucciones Técnicas de fecha 01.01.02, obrantes a los folios 38 a 100, y al pliego de prescripciones técnicas de fecha 03.01.02 obrante a los folios 110 y 112. De este último, cabe destacar lo siguiente: 2. Os Servicios a Desenvolver serán os Seguintes: A) comprobación d a identificación axeitada conforme a normativa vixente. B) Anotación das marcas de identidade e actualización do censo nas fichas de corte, onde se rexistra tamen a idade, raza, aptitude, sexo e procedese a cumplimentación das nóminas. C) Tuberculinización, de acordo coas normas tecnicas que marque dirección dos traballos. D) Numeración dos tubos e posterior extracción de mostros de sangue, os seus numeros correspondentes anotaranse ha ficha de corte, enviandose o laboratorio para a sua analise. E) As 72 horas, na segunda visita faranse a lectura das reaccións tuberculina. F) No caso de positividade, marcarase cunha “ t” a orella en que leva o

crotal e realizarse cando proceda unha nova crotalización do animal cun crotal de contraste. G) Complimentarase a documentación necesaria para o traslado o matadoiro dos animais positivos. H) comprobación do libro de explotación. Nunca terceira visita e unha vez coñecido o resultado do laboratorio de sanidade animal, en caso de que algún dos resultados sexa positivo: I) Nas reses positivas da brucelosis bovina procederase a identificación do gando coa "T" crotalización de contraste cando proceda, configuración do silueta do animal, valoración correspondiente segundo os brenos e complimentarase a documentación necesaria para o traslado o matadoiro dos animais positivos. J) Realizaranse cando proceda o resanguenado do resto das reses da corte. 5. O prazo de execución do servizo fíxase ata o 31 de decembro de 2002. Séptimo.- El día 19 de agosto de 2002, la Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural certificó respecto "a prestación do Servizo de Investigacións Sanitarias e traballos de Campo do Programa de Sanidade Animal do ano 2002" que: (folio 116). A prestación do citado servizo polo grupo TRAGSA realizouse con plena conformidade, acorde con prego de condicións técnico-facultativas que rexían a citada prestación, alcanzándose con plena satisfacción o obxecto do contrato, polo que o día 15 de xullo de 2002 xa se tiñan decepcionado en conformidade os traballos previstos. Octavo.- En fecha 01.04.02 la codemandada TRAGSEGA, se subrogó en los contratos de trabajo de los actores (folios 252, 362 y 378). Noveno.- Al folio 113 obra una memoria propuesta para contratación do servizo para control do movemento pecuario e investigacións epidemiolóxicas en Galicia, sin fecha ni firma y presumiblemente incompleta en cuyo párrafo 2º se hace constar. A incidencia dalgunha destas enfermidades en determinadas zonas, xunto coas características propias de produción, manexo, condicións e movemento pecuario fan necesario adoptar medidas sanitarias especiais neses lugares para que se permita adecuadas condicións sanitarias destas zonas o resto da comunidade autónoma. Décimo.- Al folio 114 obra un prego de prescripcións técnicas para a realización do servizo para control do movemento pecuario e investigacións epidemiolóxicas en Galicia de fecha 31 de xullo de 2002 que en su apartado 2 enumera los servicios a desarrollar en la forma siguiente: -Realización de probas sanitarias de diagnóstico de enfermidades animais.- Realización de anamnesis e de enquisas epizootioloxicas consecutivas.- Realización de informes sobre a situación

sanitaria das explotacións e sobre a aptitude sanitaria dos animais respecto das diversas enfermidades.- Realización de traballos estatísticos e administrativos especialmente para os abores de seguimento sanitario das explotacións gandeiras respecto as diversas patoloxías das especies animais afectadas. Labores de control, indagación e comprobación de todos los movimientos de animais que pudieran ter contacto coas explotacións afectadas. - Supervisión e control da realización da limpeza e desinfección dos vehículos utilizados para o transporte dos animais. Onceavo.- Mediante carta de fecha 22 de julio de 2002 la codemandada TRAGSEGA resolvió el contrato de trabajo del actor en base a lo siguiente (folios 257, 367 y 383): Conforme a lo establecido en el arts. 8.1 del Real Decreto 2.720/98 de 18 de diciembre, y en consecuencia del contenido de la cláusula séptima de su contrato de trabajo, le comunico que el próximo día 26 de julio de 2002 causará baja en esta empresa por la finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratado."

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 L.F.G.C., don M.C.M. y don J.M.R. contra TRAGSA y TRAGSEGA, sobre DESPIDO, declaro que la extinción de los contratos de trabajo de los actores constituye un despido improcedente y condeno a la empresa TRAGSEGA a estar y pasar por tal declaración y a que readmita a los actores en las mismas condiciones que regían antes de procederse al despido o que, a opción de la demandada, pague una indemnización de MIL CUATROCIENTOS VEINTIDÓS EUROS CON TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (1.422,36 euros) a cada uno de los actores no readmitidos y, en caso de readmisión, pague al readmitido los salarios dejados de percibir desde el día 27.07.02, fecha del despido, a la de la notificación de esta sentencia a razón de CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON DIECINUEVE CÉNTIMOS (54,19 euros) por día natural comprendido en dicho período. Se absuelve, por falta de legitimación pasiva, a la demandada TRAGSA de los pedidos de la demanda".

CUARTO.- Con fecha 26 de noviembre de 2002 se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: S.Sª ACUERDA: No ha lugar a rectificar de la sentencia de fecha

28 de outubro de 2002 solicitada por TRAGSEGA. Asimismo en fecha 11 de decembro de 2002 se dictó auto cuxa parte dispositiva es del tenor literal seguinte: “No ha lugar a tener por anunciado, por segunda vez, el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia recaída en los presentes autos. No ha lugar a dejar sin efecto el primero de los anuncios de recurso de suplicación. No ha lugar a tener por ejercitada la opción a favor de la indemnización”.

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por ambas partes sendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, que declaró improcedentes los despidos de los trabajadores, se recurre por éstos, para que se afirme su nulidad, y por la codemandada TRAGSEGA, para que se declaren inexistentes.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, los demandantes proponen:

A) Sustituir el apartado 4º de la sentencia por los siguientes términos: “Las cláusulas 6ª y 7ª de los contratos referidos en los anteriores hechos probados vienen redactadas así: Sexta: La duración del contrato será de servicio determinado y se extenderá desde el 02.01.02 hasta la finalización de los trabajos de su categoría y especialidad del trabajador dentro del servicio. Séptima: El objeto del presente contrato es la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la obra A.T acreditación actitud sanitaria mov. Pecuário anualidad 2002”; se basan en los folios 250, 251, 407, 408, 418 y 419.

La pretensión se acepta, porque se ajusta esencialmente a los contratos invocados, no obstante alguna omisión de transcripción irrelevante.

B) Completar el apartado 7º de la sentencia con los siguientes términos: “El citado certificado, emitido por el Subdirector Xeral de Gandeiría, se emitió a petición del grupo TRAGSA, para los efectos que estimase de su interés. La citada certificación se refería al encargo correspondiente a la prestación de investigaciónes sanitarias y trabajos de campo del programa Sanidad Animal del año 2002”; se basa en el folio 116.

La pretensión no se acepta: De una parte, es intrascendente porque la causa o iniciativa de emisión del documento no afecta a su veracidad y contenido. De otro lado, porque el objeto de la certificación ya consta en el hecho probado 9º.

C) Añadir el siguiente hecho probado nuevo (12º): “El único encargo que consta encomendado por la Consellería de Agricultura, Gandería e Montes de la Xunta de Galicia a TRAGSA relativo a la asistencia técnica para la acreditación de la aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio, fue realizado por la Administración autonómica con fecha 01/06/01 y tenía un plazo de ejecución hasta el día 31.12.01, sin que conste prorrogado, ampliado y menos aún finalizado”; se basa en el folio 43.

La pretensión no se acepta: De una parte, ya consta en el hecho probado 5º la encomienda referida. De otro lado, las vicisitudes que la misma pudiera experimentar han de fijarse en sede jurídica; además, para su aceptación fáctica no es admisible invocar prueba negativa (TS ss. 15.01, 13.03, 31.05, 17, 28.11.90).

TERCERO.- En el ámbito del derecho, TRAGSEGA denuncia que la sentencia infringe el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores (ET), pues los servicios que motivaron la contratación de los demandantes finalizaron y fueron recepcionadas por la Xunta de Galicia, de ahí que la extinción de aquélla no implique la existencia de despido alguno; además y aunque pueda decirse que nunca concluye una campaña de sanidad ganadera, los contratos dependen de la orden, encomienda y aprobación presupuestaria por parte de la Administración autonómica, de modo que si no concurren tampoco puede ejecutar ninguna actividad.

En el ámbito jurídico, los trabajadores denuncian que la sentencia infringe los artículos 51 ET y 1.214 del Código Civil (CC) en relación con el artículo 6 CC, pues no sólo no finalizaron los servicios pactados sino que con posterioridad a sus ceses fueron contratados otros trabajadores para continuar los trabajos que venían desarrollando, lo que revela su estabilidad y continuidad temporales, de modo que a la acción de despedir subyace una causa organizativa del cese, respecto de la que la empresa no observó los trámites previstos en la legislación laboral.

CUARTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar se resumen en los siguientes:

D) El 02.01.02 los actores, licenciados en veterinaria, y TRAGSA firmaron contratos de obra o servicio determinado para prestar servicio como titulados superiores, y realizar trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra AT acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002, con salario de 1.648,13 .

La cláusula contractual 6ª establece la extensión del contrato hasta finalizar las tareas pactadas.

El 01.04.02 TRAGSEGA sustituyó a TRAGSA en los referidos contratos.

II) El 03.01.02 la Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria de la Xunta de Galicia encargó a TRAGSA la prestación del servicio de investigaciones sanitarias y trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002, por importe de 3.018.598 .

III) El 01.06.01 la Consellería le encomendó la realización de la asistencia técnica para la acreditación de la aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio, por importe de 3.304.250 y plazo de ejecución hasta el 31.12.01.

IV) El 22.07.02 se les comunicó la baja con efectos del día 26, por finalizar los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para que habían sido contratados.

V) El 19.08.02 la Consellería certificó la realización del servicio encomendado a TRAGSA el 03.01.02 de acuerdo con el pliego de condiciones que lo regían, la plena satisfacción del objeto del contrato y la recepción en plena conformidad de los trabajos previstos con fecha 15.07.02.

VI) En autos consta memoria-propuesta para la contratación del servicio para control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia, así como pliego de prescripciones técnicas para la realización del servicio para control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia de 31.07.02.

QUINTO.- Tenemos declarado (ss. 19.05.98, 31.03, 10.07.00) que los artículos 15.1 ET y 2.1 de los Reales Decretos 2.104/84 de 21

de noviembre, 2.546/94 de 29 de diciembre ó 2.720/98 de 18 de diciembre establecen que el objeto del contrato para obra o servicio determinado consiste en la realización de obras o servicios concretos con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta; el artículo 2.2 dispone, en orden a su régimen jurídico, que deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituya su objeto, dato éste que permite identificar la causa contractual, así como que la duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio.

Entre esas condiciones, la jurisprudencia (ss. 21.09.93, 26.03.96) estima decisivo la acreditación previa de la causa de la temporalidad, al afirmar que si no quedan debidamente identificados la obra o el servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinado o, al menos, mal puede saberse cuáles son, de modo que la falta de esa determinación produce el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente por no existir o por desconocer la obra o el servicio de que pueda tratarse.

El Tribunal Supremo (ss. 26.09, 30.11.92, 17.03.93, 04.05.94) afirma, como principio general, la incompatibilidad entre los servicios de duración permanente y el contrato para obra o servicio determinado, pero también admite excepciones a esta regla (ss. 13.02.95, 15.01.97, 28.12.98, 08.06.99, 20.11.00) al permitir, aunque no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin ni tampoco un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluya con su total realización, que los trabajos de duración permanente pueden ser objeto de un contrato de obra o servicio determinado cuando para el empresario la realización de ese servicio queda limitada en el tiempo, no por el carácter de aquél, sino por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero y por cuenta de éste, o por la concurrencia de una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, cuando esa limitación es conocida por las partes en el momento de contratar.

La jurisprudencia (s. 05.07.99) reitera las exigencias de este tipo contractual respecto

de la Administración Pública, no condicionado única y absolutamente por la existencia de una subvención, hasta el punto de calificar de indefinida la relación laboral de no concurrir aquellas otras condiciones (ss. 05.07.99, 02.06.00). En tal sentido y por virtud de la Ley 12/2001 de 09.06, el artículo 52.e) ET autoriza la extinción por causas objetivas de los contratos, aún por tiempo indefinido, concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

SEXTO.- En casos semejantes al actual, hemos afirmado (ss. 28.02, 03.03.03) que el contrato litigioso no se ajusta a los principios de la doctrina reseñada ni encaja en ninguna de las excepciones permitidas, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- El contrato y la comunicación de cese no señalan como causa extintiva el agotamiento del presupuesto habilitante, sino "la finalización de los trabajos de su especialidad y categoría dentro del servicio" (cláusula sexta), de modo que aquella integra un motivo de extinción no pactado.

2ª.- Las actividades de las sociedades estatales son diferenciables: La de 3.01.02, sobre la prestación de servicios de investigaciones sanitarias de trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002, presupuesto 3.018.598 €. La de 01.06.01, sobre la realización de asistencia técnica para acreditación de la aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio, presupuesto 3.304.250. €

Por tanto, al obedecer cada una de ellas a una orden de ejecución, memoria, presupuestos y pliego de condiciones, no parece que el certificado de 19.08.02, sobre finalización del programa de sanidad animal para el año 2002, pueda hacerse extensivo al objeto del contrato, cual es la asistencia técnica acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario de la misma anualidad.

3ª.- En consecuencia, el cese no se ampara en la finalización del programa genérico de sanidad anual ni en la causa autónoma prevista en contrato, en el primer caso, porque

no se justifica la sustantividad de su contratación y, en el segundo, porque la autonomía causal legitimaría el contrato pero obligaría a acreditar la finalización de la obra singular pactada, en cuyo ámbito no sería procedente alegar el cumplimiento del genérico plan de sanidad animal; en ambos supuestos el vínculo deviene indefinido y el cese constituye despedido improcedente.

4ª.- Aunque la sentencia recoge como simple incidencia la campaña de 31.07.02, en los supuestos que decidimos con anterioridad consta que en esa fecha la Administración autonómica también encomendó la realización de los servicios necesarios para la ejecución y control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia, presupuesto de 639.229 , e igualmente que esa orden motivó la contratación de nuevos veterinarios, algunos de los que ya había prestado servicios con anterioridad, sin solución de continuidad al cese del demandante y para realizar idénticas funciones, circunstancia que revela el carácter ordinario y permanente de dicha actividad por la Administración autonómica.

SÉPTIMO.- La argumentación de los trabajadores tampoco se acepta porque, como tenemos declarado sobre el particular (s. 06.03.03), "la posibilidad de acogerse a la modalidad del despido colectivo -con la indemnización reducida que dispone el art. 51.8 ET- es facultad que el legislador atribuye a las empresas y precisamente en su beneficio, sin que el trabajador pueda denunciar el hecho de que aquellas acudan al despido ordinario en situaciones que les permitiesen acogerse a aquella modalidad extintiva, siendo así que el despido ordinario es más beneficioso para los empleados al comportar -de ser improcedente- una indemnización de más del doble que la prevista para los ceses colectivos; es más, el argumento del autor del recurso -señalando fraude de ley en la conducta empresarial- es precisamente el que defrauda la norma, al invocar el art. 51 ET para obtener un resultado ajeno a la finalidad de sus prevenciones. Pero es que en todo caso, la modalidad del citado precepto -art. 51 ET- únicamente tiene lugar «cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas [...] son técnicas, organizativas o de producción, a *garantizar la viabilidad futura de la empresa* y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos», y tal finalidad en el cese de autos y en el de sus compañeros no se ha mencionado en

momento alguna por la Empresa y su afirmación por la parte recurrente resulta de absoluta gratuidad, puesto que la constatada causa de los ceses es la no justificada conclusión del objeto del contrato”.

OCTAVO.- De acuerdo con el artículo 202 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y al aseguramiento de la cantidad objeto de condena efectuados por la empresa que, conforme al artículo 233.1 LPL, ha de abonar los honorarios de letrado de la parte actora impugnante de su recurso por importe de trescientos euros (300 €)

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos los recursos de suplicación de don L.F.G.C., don M.C.M. y don J.M.R. y de TRASEGA contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra, de 28 de octubre de 2002 en autos nº 504/2002 y acumulados, que confirmamos.

3580 Recurso nº 8.717/1998

S.CA. SANCIÓN: OCUPACIÓN A TRABALLADOR PERCEPTOR DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO SEN COMUNICAR ANTES A ALTA ÁA SEGURIDADE SOCIAL. INDISPONIBILIDADE PARA AS PERSOAS INCLUIDAS NUN RÉXIME DE ASEGURAMENTO DE DETERMINAR CANDO E EN QUE FORMA DEBEN DE CAUSAR ALTA OU BAIXA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López

A Coruña, a once 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 8.717/98, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad “T.C.-F.L., S.L.”, domiciliado en la calle ... (Pontevedra), representado por el procura-

dor don J.G.A. y dirigido por el letrado don J.M.R.A., contra acuerdo de 28.04.98 desestimatorio de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra, sobre acta de infracción número 853/97. Expediente 16.062/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, 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 veintiséis de febrero de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna en este recurso la resolución de 28.04.98 de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales por la que se desestimó el recurso ordinario formulado por la entidad mercantil “T.C.-F.L., SL” contra una resolución anterior de la autoridad periférica de Pontevedra en Vigo, a través de la cual se le impuso a aquella una sanción consistente en una multa pecuniaria de 500.001 pesetas (3.005,07 euros) por la comisión de una infracción muy grave por haber dado ocupación a un trabajador perceptor de prestaciones de desempleo sin comunicar antes el alta en la Seguridad Social; la resolución de primer grado dio como probados los hechos consignados en el acta levantada por dos controladores laborales que, según lo comprobado en la visita girada el 13.05.95 a la obra que ejecutaba esa empresa,

en la posterior comparecencia de un representante en las oficinas administrativas y en la documentación aportada al expediente, llegó a la conclusión de que aquélla tenía a su servicio en la fecha de la visita a un trabajador que venían percibiendo las prestaciones por desempleo sin haberla dado de alta previamente, circunstancia que admitió parcialmente la empresa en su escrito de alegaciones cuando reconoció que el trabajador había comenzado a trabajar precisamente el día de la inspección y que por la urgencia en el desarrollo de las obras no le había dado tiempo a comunicar el alta en la debida forma y plazo.

En el escrito de demanda se pretende la declaración de nulidad de la resolución impugnada y de la sancionadora de que trae causa, lo que se apoya en la lesión del principio de presunción de inocencia y en que no se cometió infracción alguna, pues aunque el alta en la Seguridad Social no se presentó el día antes, sí se hizo con carácter previo al comienzo de la prestación de los servicios.

A esa pretensión se opone la Abogacía del Estado, que sostiene que la conducta infractora imputada se ha cometido y, por ello, debe ser sancionada.

SEGUNDO.- 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 qué 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 el artículo 32.3.1 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real decreto 84/1986, de 26 de enero, donde se dispone la obligación del empresario de comunicar el alta de sus trabajadores, en modelo oficial, “con carácter previo al comienzo de la prestación”, a lo que se añade que “en los casos excepcionales en que

no hubiere podido preverse con antelación dicha iniciación, si el día o días anteriores a la misma fueren inhábiles o si la prestación de servicios se iniciare en horas asimismo inhábiles, deberán remitirse, con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, por telegrama, fax o por cualquier otro medio electrónico, informático o telemático, los documentos para el alta inicial o sucesiva debidamente cumplimentados o, si ello no fuere posible por no disponer de los modelos reglamentarios, se remitirán, asimismo, con carácter previo y por dicho medio o cualquier otro procedimiento electrónico, informático o telemático, los datos que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, todo ello con la advertencia de que, en caso de incumplimiento, se practicará el alta de oficio y se exigirán las responsabilidades al empresario infractor.

Expuesto el régimen jurídico aplicable, ya se comprende que resulta gratuita e infructuosa la apelación que en la demanda se hace a la vulneración del principio de presunción de inocencia y al valor probatorio de las actas de inspección, si bien estas lo tienen reconocido en cuanto a los hechos constatados en las actas (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), aunque lo hubieran sido por controladores laborales (SsTS de 19.07.99, 16.03.99 o 23.04.01), puesto que estaba de la mano de la empresa probar esas circunstancias excepcionales y la forma específica de practicar el alta a que la norma se refiere, y a tal efecto sólo ha aportado la empresa el modelo de alta habitual y normalizado presentado en la Administración número 36 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra; por ello, puede resultar cierto que la relación laboral se hubiera iniciado después de haber formalizado el alta, aunque dentro del mismo día, ya que se giró visita a media mañana del día 13.05.97, pero quien debía haber aportado prueba de las circunstancias excepcionales por las que se produjo el alta del trabajador el mismo día en que comenzó a trabajar –siquiera un rato antes- era la empresa, de modo que, al no haberlo hecho, no puede hacerse beneficiaria del supuesto excepcional que la norma contempla y que por alejarse de la norma común debe ser interpretado restrictivamente (artículo 4.2 del Código civil), por lo que ninguno de los motivos de nulidad debe prosperar, ello sin olvidar que ya en el alta se expresaba que cuando los controladores acudieron a los trabajadores para proceder a su identificación hubo uno que se alejó, comportamiento que no sólo

goza de valor probatorio por no haberse contradicho ni acreditado lo contrario, sino que no resulta entendible si ese trabajador estuviera en una situación legal.

Siendo ello así, resulta ya probada la comisión de la infracción contemplada en el artículo 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 “dar ocupación a trabajadores titulares de las prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social”, de lo que resulta la imposición de la sanción, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 36 y 37 de la misma ley, de lo que se concluye que deba desestimarse el recurso y confirmarse el acto recurrido.

TERCERO.- 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 representación de la entidad “T.C.-F.L., S.L.”, contra acuerdo de 28.04.98 desestimatorio de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra, sobre acta de infracción número 853/97, dictado por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, y, en consecuencia, confirmamos la resolución sancionadora por ser adecuada a derecho. No se hace imposición de costas.

3581 Recurso núm. 394/03

S.S. DESPEDIMIENTO DISCIPLINARIO IMPROCEDENTE, Ó NON TER QUE-DADO ACREDITADA A TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL ALEGADA, CON IMPOSICIÓN PRECEPTIVA DE MULTA POR TEMERIDADE Ó EMPRESARIO DEMANDADO, DADA A SÚA NON COMPARECENCIA Ó ACTO DE CONCILIACIÓN PREPROCESAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antonia Rey Eibe

A Coruña, a trece de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey
ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 394/2003 interpuesto por la empresa “Z.L., S.A.” 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 E.R.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa “Z.L., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 775/02 sentencia con fecha 25 de noviembre de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“**PRIMERO.-** El actor don E.R.F. viene prestando sus servicios para la Empresa “Z.L., S.A.” desde el 26.02.99 con la categoría profesional de mozo y percibiendo un salario mensual de 1.080,25 euros con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias. **SEGUNDO.-** La empresa demandada comunicó al actor carta fechada el 20.09.02 en el sentido siguiente: “A pesar de encontrarse de baja por Incapacidad Temporal desde el día 26.08.02, ha accedido Vd. al centro de trabajo, haciendo uso de su tarjeta de acceso, sin causa que lo justifique y sin conocimiento ni consentimiento por parte de la empresa, los días que a continuación se indican: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 17, 18 y 19, todos ellos del mes de septiembre. En las fechas indicadas llegó a entrar varias veces en un mismo día, permaneciendo en el centro pocos minutos, volviendo a salir. El último de los días indicados, esto es, el día 19 de septiembre de 2002, cuando pretendía salir de las instalaciones, un Vigilante de Seguridad le pidió que se identificara y que le mostrase lo que llevaba en los brazos escondido bajo su cazadora, ante lo que Vd. Se negó y después salió corriendo, quedándose dicho Vigilante con su tarjeta de acceso ante lo que no pudo aban-

donar las instalaciones. A continuación se dirigió a las Oficinas y una vez que fue preguntado por sus superiores por su extraño comportamiento, les respondió negando los hechos y mintiendo, además les faltó al respeto a sus superiores directos montando un escándalo en las oficinas y abandonando nuevamente la empresa. TERCERO.- El actor se encontraba de baja por I.T. desde el 26.08.02 por estado de ansiedad y depresión acudió a la empresa los días y horas que se especifican en el listado de acceso que consta en la prueba documental de la empresa y se tiene por reproducido en su integridad, y con su tarjeta de acceso, la cual no se le había retirado ni tampoco prohibida la entrada. CUARTO.- El día 19.09.02 el actor acudió a la empresa y, al observar el vigilante de seguridad una actividad extraña del actor, pareciendo llevar un bulto debajo de su cazadora le preguntó que mostrara lo que llevaba, no realizándolo el actor entregándole éste la tarjeta de acceso que le había pedido el vigilante y acudiendo el actor a “recursos humanos” para quejarse del incidente, hablando con el Sr. P.N.P. QUINTO.- No consta que el actor ostente o haya ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. SEXTO.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 14.10.02 con el resultado de “sin efecto”.

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

“FALLO: Que, estimando la demanda interpuesta por el actor don E.R.F. debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado por la EMPRESA “Z.L., S.A.” condenando a ésta a que, en un plazo de cinco días, opte entre la readmisión inmediata del actor, en las mismas condiciones existentes con anterioridad, o la extinción del contrato con abono de 5.671,31 euros en concepto de indemnización, y en caso de optar por la readmisión, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido que ascienden a 36,01 euros/día. Se impone a la empresa la multa de 500 euros por lo expuesto en el Fundamento Jurídico 4º de la presente resolución”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta por el actor y declara la improcedencia del despido, recurre en suplicación la empresa demandada, articulando un único motivo, en sede jurídica, y con correcto amparo procesal en el art 191.c) LPL, denuncia infracción por interpretación indebida del art 54.2 apartado c) del ET, al haber incurrido el actor en una grave transgresión de la buena fe contractual, que a juicio de la demandada-recurrente debió haber conducido a la declaración de procedencia del despido.

La denuncia no se admite, pues del incombato relato de hechos de hechos probados, y en lo que atañe a la cuestión planteada resulta que 1º) “el actor se encontraba en situación de IT desde el 26.08.02 por estado de ansiedad y depresión y acudió a la empresa los días y horas que se especifican en listado de acceso que consta en la prueba documental de la empresa y que se tiene por reproducido en su integridad, y con su tarjeta de acceso, la cual no le había sido retirada, ni prohibida la entrada.” Y 2º) “El día 19.09.02 el actor acudió a la empresa, y al observar el vigilante de seguridad una actitud extraña en el actor, pareciendo llevar un bulto debajo de su cazadora le preguntó que mostrara lo que llevaba, no realizándolo el actor, entregándole éste la tarjeta de acceso que le había pedido el vigilante y acudiendo el actor a “recursos humanos” para quejarse del incidente, hablando con el Sr. N.P.”.

A tenor de lo dispuesto en el art 54.2 d) del ET, es causa de despido la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Se considera que se ha transgredido la buena fe contractual cuando existen en una relación laboral, violación de los deberes de fidelidad y que el trabajador actúa con conocimiento de su conducta vulneradora. No se exige la concurrencia de un dolo específico, basta la negligencia culpable; (S TS 24.01.90), y no puede tratarse de una conducta tolerada por la empresa, pero sin olvidar, en todo caso, que la facultad sancionadora del empresario debe de acomodarse a la equidad ; pues para que las infracciones tipificadas en el citado precepto legal, cuya aplicación indebida denuncia la demandada- recurrente, como único motivo del recurso, puedan erigirse en causas que justifiquen la sanción de despido,

han de alcanzar las notas de gravedad y culpabilidad suficientes.

SEGUNDO.- Así las cosas del relato de hechos probados que efectúa el juzgador de instancia, lo único que resulta acreditado son los días en los que el trabajador acudió a la empresa cuando estaba de baja, en situación de Incapacidad Temporal, sin eludir ningún control, con la tarjeta de acceso que no le había sido retirada, ni prohibida la entrada en ningún momento, hecho al que la propia demandada- recurrente quita trascendencia, para fundamentar su argumentación en el hecho de que el que no se hubiese verificado el objeto que escondía el actor debajo de su cazadora, por la negativa a exhibirlo, constituye la evidencia más clara del comportamiento transgresor del actor, extremo, éste que no resulta del inatacado relato fáctico, sino que lo único que se acredita es que “el actor parecía llevar algo”, y que ante la actitud inmediata del trabajador quien entregó al vigilante la tarjeta de acceso, y a continuación acudió a recursos humanos para quejarse de lo que había pasado, tal y como se constata en el hecho probado cuarto, y sin que en ningún momento por parte de la empresa o del vigilante se comprobase que el actor portase algo debajo de su cazadora, ni resultase acreditado el supuesto escándalo que en la oficina de recursos humanos se le imputa al actor en la carta de despido, ni que faltase al respeto a ninguno de sus superiores, la consecuencia no puede ser otra sino que ratificar la declaración de “improcedencia del despido”.

TERCERO.- Por último, solicita el recurrente la anulación de la sanción impuesta por el magistrado de instancia en relación a la multa de 500 euros que le ha sido impuesta, al no haber acudido al acto de conciliación celebrado en el SMAC, sin justa causa que impidiese dicha comparecencia. Y al ser facultad del juzgador de instancia la facultad sancionadora, procede la confirmación de la sanción impuesta por cuanto que la misma está razonada y justificada en la resolución recurrida; esto es, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 66.3 y 97.3 de la LPL, por no acudir sin alegar justa causa, al acto de conciliación, y al coincidir, además, razón fundamental para la confirmación de la misma, la sentencia esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación, por lo que al ser el único motivo esgrimido por el recurrente para dejar sin efecto la imposición de la sanción pecuniaria el hecho de ser inusual en la

práctica de nuestros juzgados y tribunales, procede su confirmación, así como la de resolución impugnada en su totalidad, previa desestimación del recurso interpuesto.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la Empresa “Z.L., S.A.” contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número dos de A Coruña, de fecha 25.11.02, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3582 Recurso núm. 405/03

S.S. EXTINCIÓN LÍCITA DE CONTRATO DE INTERINIDADE POR SUBSTITUCIÓN, Ó PRODUCIRSE O PASE DO SUBSTITUIDO Á SITUACIÓN DE INCAPACIDADE PERMANENTE.

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

A Coruña, a trece de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 405/03 interpuesto por doña E.M.F.L. y MINISTERIO DE DEFENSA 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 E.M.F.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado MINISTERIO DE DEFENSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 384/02 sentencia con fecha doce de julio 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:

“1.- Doña E.M.F.L. prestó servicios para el Ministerio de Defensa con la categoría profesional de operario de limpieza, y salario de 835 euros mensuales con prorrateo de pagas extras, en las Dependencias y fechas que a continuación se indican: Cuartel de Instrucción de F.: Desde 06.04.98 hasta 24.03.99. Hospital Naval de F.: Desde 25.03.99 hasta 22.04.99. Club Naval de Oficiales de F.: Desde 14.05.99 hasta 15.04.02. 2.- La actora comenzó a prestar servicios en el Club Naval de Oficiales en virtud de contrato de interinidad celebrado el 14.05.99, con el fin de sustituir a doña M.P.F.R. que se hallaba en situación de incapacidad temporal. Dicho contrato establecía en su cláusula sexta, que finalizaba cuando se incorporase el titular al puesto de trabajo, o cambiase la situación de dicho titular originando vacante, o se procediera a la amortización del puesto de trabajo. 3.- En fecha 14 de febrero de 2001, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social nº Uno de esta Ciudad, por la que se declaró a doña M.P.F.R. en situación de Incapacidad Permanente Total, para su profesión habitual de limpiadora. 4.- Con fecha 9 de abril de 2002, se expide novedad de Baja de doña M.P.F.R., a partir del 28.02.01, por pase a Incapacidad Permanente, en base a la solicitud efectuada al Club Naval por la Delegación de Defensa. Asimismo, por orden de la misma Delegación de Defensa se expide novedad de cese como contratada interina de doña E.M.F.L., con efectos de 15.04.02. Con fecha 22 de abril de 2002 se modifica la novedad de baja de doña M.P.F.R., expedida en 9 de abril, con motivo de que el Órgano de Apoyo a Dependencias comunica que la Delegación de Defensa ha confeccionado el modelo “Acuerdo de Formalización de Cese” con fecha 15.04.02. 5.- Se ha agotado la vía administrativa previa. 6.- No consta que la demandante ostente cargo de representación sindical o legal de los trabajadores”.

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

“FALLO: Que desestimando la pretensión principal de la demanda formulada por doña E.M.F.L., contra la Administración General del Estado (Ministerio de Defensa), debo declarar y declaro no haber lugar a decretar la nulidad del despido, y estimando la pretensión subsidiaria, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto la actora con fecha 15.04.02 por parte del organismo demandado, y en consecuencia, conde-

no al Ministerio de Defensa a que readmita inmediatamente a doña E.M.F.L. en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a que abone a la parte actora una indemnización de 5.040,01 euros. Dicha opción deberá ejercitarse en el término de 5 días a partir de la notificación de esta Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión. Cualquiera que fuese su elección, condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 27,83 euros diarios”.

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 desestima la pretensión principal de la demanda formulada por doña E.M.F.L., declara no haber lugar a decretar la nulidad del despido, y acogiendo la pretensión subsidiaria, declara la improcedencia de dicho despido, de que fue objeto la actora con fecha 15.04.02, y condena a la Administración del Estado demandada (Ministerio de Defensa) a que readmita inmediatamente a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el mismo, o bien, a elección del empresario, a que le abone una indemnización de 5.040,01 euros.

Y contra este pronunciamiento recurren ambas partes litigantes, articulando en primer término, la Administración demandada un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191. b) de la LPL, en el que interesa la inclusión de un nuevo hecho probado con el siguiente tenor: “El Ministerio de Defensa tuvo conocimiento de la sentencia por la que se declaraba la incapacidad permanente de doña M.P.F.R. el día 9 de abril de 2002”.

El motivo debe prosperar por resultar así de la documental que se cita, en concreto, del fax remitido por la Mutua Asepeyo a la Subdirección General de Personal Civil, de fecha 9 de abril de 2002 (folio 28 de las actuaciones), en relación con el posterior Acuerdo

de formalización de Cese de la trabajadora sustituida, de fecha 15 de abril siguiente, como consecuencia del pase de la misma a la situación de incapacidad permanente total (folio 32 de los autos)

SEGUNDO.- Ya en sede jurídica sustantiva, denuncia el recurrente infracción del art. 8 del Real Decreto de 18 de diciembre de 1998, en relación con el art. 1.969 del Código civil, por entender que la duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo. En definitiva, debe tenerse en cuenta cuándo se produjo la extinción de esa reserva para poder establecer el momento en que adquirió el Ministerio de Defensa el derecho a cesar a la trabajadora interina y cuándo pudo ejercitar dicho derecho. En este caso debe recordarse que el Ministerio de Defensa no tuvo conocimiento del pase a la incapacidad permanente de la trabajadora sustituida hasta el 9 de abril de 2002, tal y como ya se interesó en la modificación de la relación fáctica. Por tanto, el Ministerio de Defensa no pudo ejercitar ese derecho hasta tal día, puesto que si no tenía conocimiento de la extinción de la reserva, difícilmente podía ejercitarlo. Así ha sido reconocido en otras ocasiones por los órganos jurisdiccionales, entre otros el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia de 25 de marzo de 1998. Y siendo esto así, concurre -a su juicio- una de las causas legales del despido cual es la extinción de la reserva del puesto de trabajo, prevista en el artículo 8 del Real Decreto de 18 de diciembre de 1998.

La censura jurídica que se denuncia debe prosperar, pues vista la fecha de formalización por las partes del contrato de interinidad por sustitución (14 de mayo de 1999), es de aplicación el Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, y por supuesto el art. 9.3º del Real Decreto 2.205/1980, que regula la relación laboral especial en litigio.

Del relato fáctico se desprende que la actora fue contratada en fecha 14 de mayo de 1999 por el Ministerio de Defensa, en calidad de interina, para sustituir a otra trabajadora -titular de la plaza-, que se encontraba en situación de incapacidad temporal, y que por sentencia de 14 de febrero de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de esta ciudad, fue declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de limpiadora, y de la que el Ministerio de Defensa tuvo conocimiento en 9 de abril de 2002. El

contrato de trabajo suscrito -cláusula cuarta- quedó sometido expresamente a las disposiciones del Convenio Colectivo vigente (que no es otro que el publicado en el BOE de 1 de julio de 1992, Convenio para el Personal Laboral del Ministerio de Defensa [RCL 1992\1.495]), así como a lo previsto en el Real Decreto 2.205/1980, que regula las relaciones de trabajo del personal civil no funcionario (BOE de 18 de octubre de 1980). En la normativa citada no se contienen reglas específicas sobre la extinción de la modalidad contractual suscrita, únicamente se dispone en el artículo 9.2.3 del Real Decreto 2.205/1980 que la duración del contrato de trabajo interino será el tiempo que transcurra hasta la reincorporación al trabajo del sustituido. Y en el artículo 15 del Convenio Colectivo se establece que «el Ministerio de Defensa podrá acogerse a cualquiera de las modalidades de contratación previstas por la legislación vigente y, en consecuencia, atenderá a la duración, tramitación y demás requisitos que en la misma se establezcan...».

Así pues, como señala la Sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 2000 (AS, 3.010) ante la ausencia de una regulación específica sobre la extinción del contrato de trabajo suscrito en la normativa a que se sometieron las partes y teniendo en cuenta lo dispuesto en el citado artículo 15 del Convenio Colectivo sobre contrataciones de duración determinada, en el sentido de admitir expresamente los requisitos de la legislación general vigente sobre la materia de la contratación de que se trate, resulta incuestionable que el contrato de trabajo de la demandante se tiene que regir supletoriamente por el artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y por el Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre (en vigor desde el 9 de enero de 1999), vigente en la fecha de celebración del contrato y que vino a sustituir a la anterior regulación representada por el Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, aun cuando la nueva normativa no supuso alteración o modificación alguna de la anterior en cuanto a la extinción de los contratos de trabajo de interinidad.

El artículo 8.1 c) 3ª del aludido Real Decreto 2.720/1998, que reproduce en este punto el art. 4.2 c) del Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, regula las causas de extinción del contrato de interinidad, entre las cuales incluye «la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo». Es evidente, por tanto, que la declaración de incapacidad permanente de la trabaja-

dora substituída pón fin á reserva do posto correspondente e, consecuentemente, produce a extinción do vínculo contractual do interino que lo había venido ocupando.

Y en el mismo sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de enero de 2000 (RJ 2000\1.060), reiterando las de 20 de enero (RJ 1997\619) y 22 de octubre de 1997 (RJ 1997\7.547) y 1 de junio de 1998 (RJ 1998\4.938), ha venido poniendo de manifiesto cómo “el antedicho Real Decreto 2.546/1994 ha derogado expresamente el Real Decreto 2.104/1984, tal como prescribe su Disposición Derogatoria única. Y además ha reformado de forma manifiesta la regulación de la específica materia que estamos tratando, pues de su texto se ha eliminado la disposición que establecía el art. 4.2.d) del Decreto 2.104/1984 sobre la conversión en indefinidos de los contratos de interinaje cuando no tenía lugar la reincorporación del sustituido en el plazo fijado al respecto; lo cual hace lucir con nitidez que tal conversión ya no puede tener efectividad en los contratos concertados en el ámbito temporal de vigencia de la nueva normativa. A lo que se añade, para disipar toda clase de dudas, que, como se expuso más arriba, el art. 4.2.c) del nuevo Decreto incluye entre las causas de extinción del contrato de interinidad, “la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo”, de lo que se desprende que la muerte, la incapacidad permanente, la jubilación o la no reincorporación en tiempo del empleado sustituido producen la extinción o quiebra del contrato de interinidad, no lo convierten en indefinido.” El recurso, por tanto, de la demandada Administración del Estado ha de ser acogido con la consiguiente desestimación de la demanda y revocación del fallo impugnado.

TERCERO.- Los anteriores razonamientos llevan a la improsperabilidad del motivo de recurso formulado por la representación del actor, en el que al amparo del art. 191. c) de la LPL, interesa la nulidad del cese de la actora con obligada readmisión de la misma por infracción de la doctrina unificada del TS, entre otras, la Sentencia de la Sala IV de 7 de mayo de 1999 (Ar. 6.439; recurso nº 1.954/1998), que -a su juicio- impone dicha readmisión en los contratos de interinidad para sustituir a trabajadores con reserva de puesto de trabajo. Y es que, aparte de que en este caso se trata de un cese ajustado a derecho, la doctrina jurisprudencial que la recurrente invoca, se refiere al cese de “personal

estatutario” de la Seguridad Social que desempeñe plaza de interino, que tiene su régimen propio, no a quien como la demandante se encontraba unida a su empleadora por un “vínculo de naturaleza laboral”, incardinable en el Estatuto de los Trabajadores y en los Reales Decretos citados.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora doña E.M.F.L., y acogiendo el interpuesto por la demandada Administración del Estado (Ministerio de Defensa), debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 12 de julio de 2002 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, y, con desestimación de la demanda interpuesta por la demandante debemos absolver y absolvemos libremente a la referida demandada.

3583 Recurso núm. 410/03

S.S. NULIDADE DE ACTUACIÓNS, POR FALLA DE PRÁCTICA DE PROBA TESTEMUNAL PREVIAMENTE ADMITIDA E POR INCONGRUENCIA OMISIVA RESPECTO DA ALEGACIÓN DA TRABALLADORA DESPEDIDA SOBRE ACOSO MORAL NO TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a catorce de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 410/03 interpuesto por FUNDACION C.J.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.L.F.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado

FUNDACION C.J.C. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 432/02 sentencia con fecha cuatro de octubre del 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:

“1.- La actora prestó servicios por la entidad “Fundación C.J.C.”, con domicilio social en P., A Coruña, con una antigüedad de once de mayo de mil novecientos noventa y ocho, categoría profesional de biblioteca, percibiendo un salario mensual, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras, de mil cuatrocientos dos euros con cincuenta céntimos (1.402,50 euros), doscientas treinta y tres mil trescientas cuarenta pesetas (233.340 ptas) Es de aplicación el Convenio de oficinas y despachos. 2.- Que ambas partes celebraron los siguientes contratos, así en fecha dos de junio de mil novecientos noventa y ocho celebró contrato eventual por circunstancias de la producción para atender circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos hasta el diez de junio de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto atender la biblioteca de la Fundación. En fecha de once de junio de mil novecientos noventa y ocho celebran ambas partes contrato de trabajo en prácticas, celebrando al amparo del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, a tiempo completo, con una duración hasta diez de julio de mil novecientos noventa y nueve. En fecha once de julio de mil novecientos noventa y nueve, la parte demandada comunica prorroga de contrato en prácticas acogido al Real Decreto 8/97, hasta el diez de junio de dos mil. En fecha once de junio de dos mil, la empresa demandada comunica a la actora la conversión de contrato temporal en contrato indefinido al amparo de la Ley 55/1999, contrato temporal a tiempo completo en contrato indefinido a tiempo completo. 3.- Que la entidad demandada en fecha veintiocho de mayo de dos mil dos notificó a la actora carta de despido de fecha cinco de octubre de dos mil uno con el siguiente tenor literal: “Por la presente le comunicamos que siendo Vd. Responsable de los incumplimientos contractuales que a continuación se le indican, la Dirección de la Fundación C.J.C., ha adoptado la decisión de proceder a su despido con efectos del día de hoy. En el pasado mes de abril, y siendo Vd. la bibliotecaria encargada,

se le indicó la necesidad inmediata de que pusiese a disposición del Sr. Gerente de la Fundación el manuscrito de la novela “...”, que había sido requerido por el Juzgado de Barcelona, como prueba testifical en denuncia presentada contra el Presidente de la Fundación, Excmo. Sr. Don C.J.C., en un Juzgado de Barcelona. A pesar de ello, Vd. Indicó que desconocía el paradero de tal obra durante varios días, a pesar de la búsqueda de la misma por su parte y por otro personal de la Fundación. Posteriormente y coincidiendo con una ausencia suya, fue encontrado por sus compañeros en su mesa de trabajo. Ello supone una evidente transgresión de la buena fe contractual, así como un abuso de confianza en el desempeño de su trabajo. Igual calificación merece su comportamiento el día treinta y uno de julio, víspera de sus vacaciones, cuando en plena jornada laboral fue sorprendida por el Director de la Fundación en su puesto de trabajo en animada fiesta, con risas y bailes con los becarios de la fundación en vez de realizar el trabajo encomendado. En el pasado mes de septiembre, mientras realizaba su trabajo de trasvasar las fichas bibliográficas a los nuevos equipos informáticos se perdieron más de dieciocho mil fichas bibliográficas que suponían el trabajo de tres años, tanto de la bibliotecaria como de algunos becarios. Se le requirió para que intentara su recuperación negándose rotundamente a ello y alegando que no era informática, pese a que en su currículo incluye una formación de trescientos ochenta y cinco horas en cuatro cursos distintos de informática y asegura ser experta en doce sistemas y programas informáticos para gestión de bibliotecas. Posteriormente, y con la ayuda de una becaria y del personal de la empresa informática que instaló el programa, se recuperaron sin mayores dificultades las mencionadas fichas bibliográficas pese a que Vd. Había asegurado en repetidas ocasiones que eran irrecuperables, pero ello ha supuesto un gasto extraordinario en la Fundación que superan las ciento cincuenta mil pesetas (150.000 ptas). Los hechos expuestos son constitutivos de faltas muy graves por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, así como faltas de indisciplina y desobediencia en el trabajo, tipificado en el convenio colectivo de aplicación como faltas muy graves, en relación con el artículo 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores por lo que se procede a la extinción de la relación laboral por despido disciplinario, quedando a su disposición la liquidación final. 4.- La actora

permaneció en situación de Incapacidad Temporal de fecha ocho de octubre de dos mil uno a veintisiete de mayo de dos mil dos, por enfermedad común. 5.- Que la empresa demandada ordenó a la actora que buscara el manuscrito de la novela “...” que había sido requerido por un Juzgado de Barcelona. La actora encontró folios escritos a máquina con anotaciones a mano y con notas en papeles sueltos sin catalogar y envueltos en papel de estraza, al ver que no era manuscrito lo colocó en su mesa sin comprobar lo que era. El día que se descubrió que esas hojas eran el manuscrito de la obra “...” la actora estaba de permiso en un concurso de televisión. 6.- La categoría de la actora es de bibliotecaria siendo sus funciones la de recoger fichas y colocar libros. Que la actora comunicó a la entidad demandada que necesitaba un experto en informática para recuperar fichas, poniéndose ella en contacto con INVED donde le comunicaron que el problema lo tenía que solucionar un técnico. La entidad demandada tenía un informático que ocasionalmente solventaba los problemas informáticos. 7.- El día treinta y uno de julio, la actora habló de forma distendida con su compañeros, no bailó en su puesto de trabajo. 8.- Que el palomar es un almacén donde no existe ordenadores, teléfonos, ni es limpiado por la señora de la limpieza. 9.- La actora a partir de septiembre de dos mil uno tiene una relación conflictiva con la entidad demandada. 10.- Que la actora no ostentaba en el año inmediatamente anterior al despido la condición de delegado de personal ni ha sido miembro del Comité de Empresa. 11.- Que en fecha trece de junio de dos mil dos tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de celebrado sin efecto por incomparecencia de la Fundación.

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

“FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña M.L.F.P. contra la fundación C.J.C. debía declarar y declaraba la improcedencia del despido efectuado y condenando la empresa a readmitir al trabajador en las mismas condiciones que tenían al producirse el despido, con abono de una cantidad de siete mil doce euros con cincuenta céntimos (7.012,50 euros) en concepto de salarios dejados de percibir hasta la fecha de esta sentencia, más los que se devenguen hasta la notifi-

cación de la misma a razón de un haber diario de cuarenta y seis euros con setenta y cinco céntimos (46,75 euros), o bien a que extinga la relación laboral con el trabajador con abono de este de la cantidad de ocho mil quinientos dieciocho euros con setenta y cinco céntimos (8.518,75 euros) en concepto de indemnización.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren ambas partes la sentencia de instancia al objeto de que sea revocada y se acojan íntegramente las pretensiones respectivas con rechazo de las de la parte contraria. Por la actora se insta, en primer lugar, la revisión del relato fáctico al objeto de que se adicione al mismo el ordinal duodécimo con la siguiente redacción: “La actora refiere un cuadro clínico con presencia de insomnio, nerviosismo, pesadillas, inquietud psicomotriz, ausencias de conciencia y otra sintomatología de carácter depresivo ansioso secundario, derivado de una situación de presión, aislamiento y acoso psicológico en el trabajo”; cita en apoyo de su propuesta los documentos obrantes en los autos a los folios 51 al 69.

No se admite la propuesta por cuanto la misma aparece recogida en un informe psicológico como las manifestaciones de la actora hacia la profesional informante, por lo tanto la propuesta es manifestación de parte, sin otra prueba documental que acredite dichos extremos, particularmente las afirmaciones relativas a “situación de presión, aislamiento y acoso psicológico en el trabajo”, expresiones que son valoración y conclusión de hechos o conductas previamente probados, hechos (la presión en el trabajo, el aislamiento o conductas de acoso) que no resultan acreditadas con dichos documentos.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, la parte actora denuncia la infracción por vulneración del art. 24.1 CE argumentando que en el proceso de despido se debió resolver sobre la existencia o ausencia de acoso en el trabajo (invocado en el hecho cuarto de demanda), que conlleva a que su despido sea discriminatorio por vulneración de derechos fundamen-

tales, y que como tal pronunciamiento no se contiene en dicha resolución se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, vulneración que igualmente sustenta en la denegación de la práctica de la prueba testifical propuesta; igualmente, sin cita de precepto material infringido, pretende que se califique de nulo el despido con fundamento en que los hechos imputados en la carta con una separación temporal entre unos y otros le ha impedido articular su defensa de forma correcta, sin que justifique la tardanza en tal notificación el hecho de que se hallara en incapacidad temporal por enfermedad.

Por su parte, la empleadora recurrente, bajo igual amparo procesal, admitiendo el relato fáctico de dicha resolución denuncia la infracción del art. 54 y 56 LET en relación con los arts. 1.265 y 1.266 del Código civil, así como infracción por no aplicación del art. 359 LEC y 120.3 CE, art. 248 LOPJ y 97.2 LPL, e infracción de la doctrina jurisprudencial que cita, entre otras STS 09.12.86; igualmente la infracción del art. 54.2.b) LET y STS de 04.03.91, 27.09.88 y diversas resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia.

Se ha de comenzar con el análisis del recurso planteado por la actora ya que, si bien no ha sido el primero en el tiempo y se plantea al amparo del art. 191.c) LPL, lo cierto es que los defectos que denuncia relativos a omisión de pronunciamiento (incongruencia por defecto), por parte de la resolución recurrida y privación de medios de prueba, de concurrir, implicaría la nulidad de dicha resolución con reposición de las actuaciones, bien al momento de celebración de juicio para práctica de la prueba rechazada, bien al momento de haber sido dictada para que, en cualquier caso, con libertad de criterio se dicte otra resolución valorando la totalidad de los medios de prueba practicados, se resuelvan todas las cuestiones debatidas en el litigio lo que, evidentemente, excluiría el análisis del recurso de la parte demandada, pues previo al mismo ha de constar la celebración del acto de juicio con todas las garantías procesales así como la constitución de la resolución judicial con arreglo a la legalidad vigente con proscripción de cualquier tipo de indefensión para las partes.

TERCERO.- Entrando en el análisis de los motivos de nulidad invocados por la actora recurrente tenemos: A) La denegación de la práctica de la prueba testifical, del examen del acta de juicio resulta que: 1.- La

parte actora propuso la práctica de prueba testifical de dos testigos que le fue admitida; 2.- Que llamado el segundo testigo este se identificó como médico en cuyo momento el Juzgador de instancia no lo admitió con fundamento en que ya obraban en autos informes médicos. 3.- Que la parte actora ante la inadmisión del testigo formuló "protesta"; B) En cuanto a la incongruencia de la resolución recurrida, resulta que: 1.- En la demanda, se contiene un hecho cuarto en el que se invoca que el despido se produce en un contexto de acoso en el trabajo por parte del gerente y director de la Fundación demandada hacia la actora y que se concreta en unos hechos que relaciona; 2.- El Suplico de la demanda solo insta la declaración de improcedencia para la decisión patronal de despedir a la actora; 3.- Que por escrito de 26.07.02 se aclaró el suplico de la demanda rectora de los autos postulando la declaración de nulidad o subsidiariamente la improcedencia, aportando la papeleta de conciliación al SMAC que contenía igual pretensión dirigida a la parte demandada. 4.- Recayó providencia del 29.07.02 teniendo por subsanada la demanda y acordando dar traslado a la parte demandada, lo que se hizo el día del Juicio: 5.- En el acto de juicio la parte actora reiteró la petición de nulidad y subsidiariamente improcedencia del despido impugnado, oponiéndose la demandada a que se debatiera la nulidad invocada por no haber recibido la providencia y escrito de aclaración de demanda con anterioridad a dicho acto, sin que por el Juzgador de instancia se resolviera sobre dicha oposición.

Los motivos de la actora recurrente, obviando su planteamiento por el cauce del art. 191.c) LPL y la incongruencia del suplico del recurso con el argumento de los mismos, deben ser atendidos pues: A) En cuanto a la denegación de la práctica de la prueba testifical, admitida inicialmente, sin mas argumento que el de "que se encuentran aportados informes médicos" constituye una clara vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva pues, como señala la STSJ Madrid de 08.02.01, "el derecho de las partes a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa forma parte de la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24 de la CE (SSTC 51/85, de 10 de abril, y 40/86, de 1 de abril, entre otras muchas), derecho que alcanza a la práctica de las pruebas pertinentes y relevantes, lo que permite rechazar al juzgador las que no reúnan tales características

(SSTS de 20.12.89 y 02.10.90), de forma que si una prueba es admitida, y por lo tanto se considera pertinente y relevante, debe ser practicada con posterioridad so pena de nulidad (STS de 20.06.91), salvo que se justifique posteriormente la causa de su falta de práctica (STS de 23.10.90)", criterio plenamente aplicable al presente supuesto ya que si la testifical propuesta fue admitida como pertinente, el hecho de que obren en autos los informes médicos que, presumiblemente, van a ser ratificados por el testigo, no puede privar a la parte actora de la facultad de interrogarle para aclarar los extremos que estime oportunos, y ello aún cuando se halla presentado como testigo, quien con seguridad debía informar en condición de perito, lo que en todo caso permitiría la contradicción al someterse el testigo al interrogatorio de ambas partes, por ello la argumentación judicial para impedir la práctica de dicha prueba es manifiestamente insuficiente y produce indefensión en la recurrente, lo que conlleva la declaración de nulidad de la resolución recurrida para reponer los autos al momento de celebración del juicio para que se practique dicha prueba testifical y luego se resuelva lo oportuno. B) Igualmente, en cuanto a la petición de nulidad del despido, no comparte la Sala el razonamiento que vierte el Juzgador de instancia en el fundamento de derecho cuarto, en el que partiendo de que la actora se ha reservado el ejercicio de acciones legales oportunas para exigir indemnización por daños y perjuicios causados, parece concluir, en el fundamento de derecho octavo que no cabe valorar en la presente litis el invocado acoso moral, lo que denuncia la recurrente como vulneración de su derecho de tutela judicial efectiva. Realmente tal argumentación no es aceptable por cuanto va en contra de lo establecido en el art. 108.3 LPL que impone frente a la alegación del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, entrar en su análisis y efectuar el pronunciamiento oportuno con preferencia a cualquier otra causa, al tiempo que, de lo establecido en el art. 182 LPL, se deduce que es el proceso de despido donde deben analizarse estas cuestiones relativas a la vulneración de derechos fundamentales y obtener el pronunciamiento adecuado en dicho proceso, sin que la aclaración del suplico de la demanda rectora de los autos implique modificación substancial de la misma para la parte demandada, consecuentemente, deniega la resolución recurrida la tutela judicial al dejar de pronunciarse sobre tal petición. Es más, del relato

fáctico que contiene dicha resolución y de la argumentación que se vierte en el primer párrafo del fundamento de derecho cuarto, se observa, la falta de encuadre judicial del tema debatido pues la cuestión planteada por la actora se refiere a que el despido se produce dentro del marco de una situación de acoso en el trabajo, con vulneración del derecho a la igualdad en el trabajo sin discriminación alguna y el respeto a su dignidad y sobre estos extremos no existe pronunciamiento fáctico alguno, lo que aparece -prima facie-, vinculado a la denegación de aquella práctica de prueba testifical, consecuentemente, procede la declaración de nulidad de la resolución recurrida, para la práctica de la prueba admitida y para que se dicte una nueva resolución en que, con pronunciamiento fáctico y jurídico concreto, se resuelva sobre todas las cuestiones sometidas a debate.

CUARTO.- La estimación de los motivos de nulidad de la resolución recurrida, invocados por la parte actora, con reposición de las actuaciones al momento de celebración del juicio oral para que se practique toda la prueba admitida en su día y se resuelvan todos los puntos sometidos a debate, implica la innecesariedad del análisis del recurso de la parte demandada y en consecuencia procede que una vez firme esta resolución se cancele el aval prestado por la parte demandada para recurrir.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por doña M.L.F.P. contra la sentencia dictada el 04.10.02 por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Santiago de Compostela en autos Nº 432-2002 sobre DESPIDO, seguidos a su instancia contra la, también recurrente, FUNDACIÓN C.J.C. y con anulación de dicha resolución -y sin entrar por ello a resolver el otro recurso también interpuestos por la demandada-, acordamos reponer las actuaciones al momento de celebración del juicio oral para que, con la oportuna nueva celebración del mismo en forma legal, se practique asimismo la prueba propuesta por la actora recurrente, testifical indebidamente rechazada, y con su resultado y libertad de criterio, se dicte nueva resolución resolviendo todos los puntos objeto de debate.

3584 **Recurso núm. 653/03**

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. PERSOAL ESTATUTARIO NON SANITARIO AO SERVIZO DE INSTITUCIÓNS SANITARIAS. FUNCIÓNS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a catorce de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 653/03 interpuesto por SERGAS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don X.A.N.C., en nombre y representación de la Confederación Intersindical (CIG) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado SERGAS, COMISIONES OBRERAS, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, C.E.M.-S.A.T.S.E., C.S.I.-C.S.I.F., S.A.E, U.S.O. y CONFEDERACION DE EMPRESARIOS DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 453/02 sentencia con fecha doce de agosto de dos mil dos 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, mayor de edad, presta sus servicios en el almacén de suministros del Hospital Clínico de Santiago de Compostela, como celador como personal estatutario regido por el Estatuto de personal no sanitario al Servicio de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por la Orden de 5 de julio de 1971.- SEGUNDO.- Que en fecha 21 de mayo de 2002, el jefe de suministros del Complejo Hospitalario de Santiago Compostela –en adelante CHUS- indica por escrito las funciones de los celadores del

almacén que son las siguientes: recuento del material de pacto en los almacenillos que correspondan según planificación diaria. Este recuento se entregará diariamente al responsable de la unidad de distribución entrega y colocación en sus correctas ubicaciones del material del pacto de almacén que corresponda según planificación, previamente comprobado en descripción y cantidad. Informar de las posibles diferencias. Recoger y entregar en almacén para su devolución al almacén externo, los embalajes del material objeto de la reposición. Entrega diaria con firma de recepción del material de tránsito en las unidades servicios según planificación. El material en depósito con destino a los quirófanos será entregado a las 11 horas en una primera entrega y a las 14 horas en una segunda entrega. Otras tareas similares a las anteriores.- TERCERO.- Que los celadores que prestan servicios en el almacén del Hospital Clínico son los que se relacionan a continuación: Don C.A.H., don J.F.R., don J.L.M., doña N.M.S., don F.R.B., don E.R.R., don J.S.N.- CUARTO.- Que en fecha 1 de noviembre de 2001 el CHUS celebró con la empresa “M.” contrato de limpieza de los centros integrantes del CHUS, pliego de prescripciones técnicas para la contratación de que consta en autos aportada en la rama de prueba del demandado que no se reproduce en este lugar en aras de la brevedad, siendo de destacar punto 1-2 y 1.3: la separación, recogida y transporte de residuos, tanto sólidos como líquidos, o cualquier tipo de material de desecho, a diario, (incluido el transporte Inter. Hospitalario, o a la zona de depósito municipal de residuos, si es necesario) a las dependencias que para su depósito e incineración se destine en cada uno de los Hospitales que integran el Complejo, por el órgano de contratación y conforme a la normativa existente en todo momento para la recogida y transporte de residuos para el Complejo Hospitalario. La recogida y transporte, carga y descarga diaria a las dependencias destinadas a tal fin, de la ropa sucia y de aquellos artículos que puedan ser objeto de lavado y desinfección, realizarán la distribución y el reparto de ropa limpia.- QUINTO.- Que el director de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del CHUS, mediante oficio de fecha 15 de julio de 2002 informa la reclamación previa presentada por la parte actora, en los siguientes términos: en cuanto a la impugnación conjunta del punto 1 “recuento del material de pacto en los almacenillos que correspondan según planificación diaria” y 2 “este recuento se entregará diariamente al responsable de la unidad de distribución” de

la orden del Jefe de Servicio de Suministros, sobre la premisa de que dicha función implica la responsabilidad de aprovisionamiento de almacenillos y es ajena a las funciones de los celadores, por corresponder a las Supervisoras, cabe significar los siguientes: La orden impartida, obviamente no implica asignar a los celadores de almacén capacidad alguna de decisión sobre el concreto material del que debe estar dotado cada almacenillo, ni sobre el incremento o disminución del número de artículos de los mismos ni, finalmente, sobre su cuantificación concreta, funciones de aprovisionamiento que quedarían extramuros de las que le son propias. A mayor abundamiento dicha función puede considerarse incluida en la variante de conducción de objetos, que el correspondiente Estatuto en su artículo 14.2 específicamente les encomienda, repárese que dicha conducción de objetos implica no sólo la recepción y el traslado material, sino la entrega o colocación de los trasladados en el específico punto de destino que no es otro que los almacenillos de las distintas plantas bastando, por consiguiente, una simple comparación, subsiguiente a dicha labor, con la cifra previamente determinada por artículo y almacenillo para estar realizado en recuento. La impugnación del punto 5 del Jefe de suministros "recoger y entregar en almacén para su devolución al almacén externo, los embalajes del material objeto de reposición" parece fundamentalmente el demandante en el carácter de no retornable de las cajas de cartón y por ello, a su criterio, función del personal de limpieza; sobre este puntos dos consideraciones: No son términos sinónimos retornar y reutilizar y aun admitiendo, en hipótesis, que, por las características del material, los embalajes de cartón no sean retornables ello, es decir, vueltos a utilizar o aprovechar, por razones de logística y evidente ahorro de costes. Sentado lo precedente, es claro que si el material de embalaje es reutilizable en ningún caso se le puede calificar de material de desecho, es decir, material que una vez usado no se puede aprovechar y, por consiguiente no es un cometido propio del personal de limpieza porque su destino no es su destrucción sino, queda dicho, su aprovechamiento, y, no se trata, con la orden dada, que los celadores de almacén recojan los embalajes dejados por terceras personas ajenas, sino los propios en los que transportan las mercancías como un cometido conexo con sus específicas funciones de reparto a lo que había que añadir, por último, lo racional y lógica de la orden dada por el ahorro de costes que significa".

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

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por don X.A.N.C. contra SERGAS, COMISIONES OBRERAS, UNION GENERAL DE TRABAJADORES, C.E.M.-S.A.T.S.E., C.S.I.-C.S.I.F., S.A.E., CONFEDERACION DE EMPRESARIOS DE GALICIA, en materia de conflicto colectivo, debo declarar y declaro que los celadores del almacén de suministros que prestan servicio en el Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela, relativas a efectuar el recuento de material de pacto de los almacenillos y entrega de petición de material al responsable de la unidad de distribución no es una función que le corresponda realizar a los celadores. Asimismo declaro, que los celadores de suministros estarán obligados a recoger y entregar los embalajes de material objeto de reposición cuando estos hayan sido segregados, por la empresa subcontratada de Limpieza, e identificados en origen como material reciclable o reutilizable según los criterios establecido en el Plan de Gestión Intracentro de residuos sanitarios del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago aprobado por Dirección General de Salud Pública condenando al SERGAS al estar y pasar por esta declaración".

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.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda sobre Conflicto Colectivo, y declara que los celadores de almacén de suministros que prestan servicios en el Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela no tienen que efectuar el recuento del material de pacto de los almacenillos y entregar la petición del material al responsable de la unidad de distribución, y que, por el contrario, sí se incluyen entre sus funciones las de recoger y entregar los embalajes de material objeto de reposición cuando estos hayan sido segregados por la empresa subcontratada de limpieza e identificados en origen como material reciclable o reutilizable según los criterios establecidos en el Plan de Gestión Intracentro de residuos sanitarios del CHUS. Esta decisión es impugnada por la representación procesal del SERVICIO GALE-

GO DE SAUDE (SERGAS) al objeto de obtener su revocación y de que se desestime la demanda, formulando un único motivo de recurso por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento de Laboral, a través del cual denuncia infracción de lo dispuesto por el artículo 14.2.23ª del Estatuto del Personal No Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, argumentando que de la interpretación de dicho precepto se desprende que corresponde a los celadores las funciones de recuento de material y de entrega de dicho recuento a los responsables de las correspondientes unidades.

SEGUNDO.- Así pues, la cuestión litigiosa radica en determinar si entre las funciones encomendadas a los celadores de almacén por el jefe de suministros del Hospital Clínico de Santiago de Compostela, deben incluirse las funciones de recuento de material y de entrega de dicho recuento a los responsables de las correspondiente unidades. El Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, establece en su artículo 14.2 cuáles son las funciones a realizar por los celadores, y entre ellas no figuran las anteriormente descritas encomendadas por el mencionado jefe de suministros, en el apartado del artículo 14.2 que el SERGAS denuncia como infringido (apartado 23ª), se dispone que «también serán misiones del Celador todas aquellas funciones similares a las anteriores que les sean encomendadas por sus superiores y que no hayan quedado específicamente reseñadas», y teniendo en cuenta las funciones que se describen en los veintidós apartados anteriores, ciertamente no existe entre ellas ninguna función similar a la encomendada en el supuesto enjuiciado a los celadores. Entre esas funciones, el artículo 14.2 enumera (en esos 22 apartados), funciones de «traslado de aparatos mobiliarios», «cuidado de enseres y ropas de la Institución», «funciones de vigilancia diversa», «traslado de enfermos», «ayuda a movimiento y lavado de enfermos», etc, pero, como queda dicho, entre las funciones que se enumeran no existe referencia alguna a actividades de recuento o de clasificación de material, y ni tan siquiera haciendo una interpretación extensiva del artículo 14.2.23, por vía de similitud, se pueden incluir las funciones que han sido encomendadas a los celadores del Hospital Clínico de Santiago, so pena de alterar el contenido de las específicamente determinadas en el marco estatutario que les resulta de aplicación.

En resumen, de las funciones encomendadas a los celadores del mencionado Hospital Clínico por el jefe de suministros, las que son objeto de recurso no forman parte de su cometido estatutario, y no se hallan encuadradas dentro de las funciones tipificadas en el artículo 14.2 del mencionado Estatuto, por lo que el recurso del SERGAS debe ser desestimado, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del SERVICIO GALEGO DE SAUDE, contra la sentencia de fecha 12 de agosto de 2002 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela, en autos número 453/02 seguidos a instancia de la Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), contra el SERGAS, los Sindicatos CC.OO, UGT, CEM-SATSE, CSI-CSIF, SAE, USO, así como contra la Confederación de Empresarios de Galicia, en reclamación sobre Conflicto Colectivo, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3585 Recurso núm. 5.745/99

S.S. PROFESORES DE RELIXIÓN. EMPRESARIO: MINISTERIO DE EDUCACIÓN E CIENCIA E NON XUNTA DE GALICIA. RELACIÓN TEMPORAL E NON INDEFINIDA. INAPLICABILIDADE DO CONVENIO PARA O PERSOAL LABORAL DA XUNTA DE GALICIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a quince de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 5.745-99, interpuesto por don J.A.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 nº 424-98 se presentó demanda por don J.A.P., don J.A.A., don J.A.Q., don J.B.L., don M.B.G., don S.C.C., don J.F.C.M., don J.O.C.P., don G.C.O., don G.E.C., don I.E.C., don P.E.F., don C.J.F.N., don J.M.F.R., don J.A.F.S., don J.M.F.S., don C.F.M., don A.G.C., don A.R.R., don J.L.G.T., don J.A.G.G., don J.M.I.G., doña P.I.S., don J.L.L.P., don M.L.C., don G.L.L., don A.L.S., don M.M.M., don J.M.A., D^a F.M.C., don D.N.P., don J.O.L., don J.O.R., don J.A.O.O., don J.O.F., don A.P.M., don A.P.M., don S.M.V., don F.R.B., don M.J.R.S., don M.R.R., don A.R.L., don S.S.C., don S.S.B., don M.T.B., don J.V.L., don J.V.L., don A.V.A., don J.R.V., doña M.S.O.C. y don M.G.N. en reclamación de Otros Extremos siendo demandados la CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA y ARZOBISPADO DE COMPOSTELA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de octubre de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Los actores don J.A.P., don J.A.A., don J.A.Q., don J.B.L., don M.B.G., don S.C.C., don J.F.C.M., don J.O.C.P., don G.C.O., don G.E.C., don I.E.C., don P.E.F., don C.J.F.N., don J.M.F.R., don J.A.F.S., don J.M.F.S., don C.F.M., don A.G.C., don A.R.R., don J.L.G.T., don J.A.G.G., don J.M.I.G., doña P.I.S., don J.L.L.P., don M.L.C., don G.L.L., don A.L.S., don M.M.M., don J.M.A., D^a F.M.C., don D.N.P., don J.O.L., don J.O.R., don J.A.O.O., don J.O.F., don A.P.M., don A.P.M., don S.M.V., don F.R.B., don M.J.R.S., don M.R.R., don A.R.L., don S.S.C., don S.S.B., don M.T.B., don J.V.L., don J.V.L., don A.V.A., don J.R.V., doña M.S.O.C. y don M.G.N. prestan servicios por cuenta de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de La Xunta de Galicia desarrollando las funciones de Profesores de la asignatura de Religión y Moral católica nombrados en virtud de lo dispuesto en las Ordenes Ministeriales de 26.09.79 y 16.07.80 en Centros docentes de Enseñanza Media.- SEGUNDO.- Los actores fueron nombrados en sus respectivos puestos de trabajo en las fechas que constan en el cuadro expuesto en el fundamento jurídico 10º de la demanda, y

se reclaman las cantidades en él consignadas, cuadro que se da por íntegramente reproducido.- TERCERO.- A los actores les abone sus retribuciones la Xunta de Galicia.- CUARTO.- Que se agotó la vía administrativa previa.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por los actores don J.A.P., don J.A.A., don J.A.Q., don J.B.L., don M.B.G., don S.C.C., don J.F.C.M., don J.O.C.P., don G.C.O., don G.E.C., don I.E.C., don P.E.F., don C.J.F.N., don J.M.F.R., don J.A.F.S., don J.M.F.S., don C.F.M., don A.G.C., don A.R.R., don J.L.G.T., don J.A.G.G., don J.M.I.G., doña P.I.S., don J.L.L.P., don M.L.C., don G.L.L., don A.L.S., don M.M.M., don J.M.A., D^a F.M.C., don D.N.P., don J.O.L., don J.O.R., don J.A.O.O., don J.O.F., don A.P.M., don A.P.M., don S.M.V., don F.R.B., don M.J.R.S., don M.R.R., don A.R.L., don S.S.C., don S.S.B., don M.T.B., don J.V.L., don J.V.L., don A.V.A., don J.R.V., doña M.S.O.C. y don M.G.N., contra la CONSELLERÍA DE EDUCACION; el MINISTERIO DE EDUCACION Y CULTURA; y el ARZOBISPADO DE COMPOSTELA, debo declarar y declaro que la relación de servicios prestada a la Administración educativa es de naturaleza jurídico-laboral de carácter indefinida desde la fecha de su nombramiento y con la Xunta de Galicia con todos los efectos inherentes a tal declaración, absolviendo a esta entidad de los restantes pedimentos de la demanda; asimismo, debo absolver y absuelvo al ARZOBISPADO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA y al MINISTERIO DE EDUCACION Y CIENCIA.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda de los actores y declara como laboral indefinida la relación laboral existente entre ellos y la demandada Consellería de Educación de la Xunta de Galicia, a la que absolvió de la reclamación formulada sobre el derecho a la percepción del complemento de antigüedad, bajo el argumento de que los trabajadores demandantes no tenían la condición de fijos de plantilla. Frente

a esta decisión se interpone recurso por los actores y por la Consellería demandada.

SEGUNDO.- El recurso de la Consellería de Educación consta de dos motivos de Suplicación, el primero se articula por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, con el objeto de revisar los hechos declarados probados, y, en concreto, el primero, con el fin de suprimir del citado hecho probado que los actores prestan servicios por cuenta de la Consellería de Educación, porque ésta no es su empleadora, de manera que el hecho probado primero debería decir: “Los actores desarrollan las funciones de Maestros de la asignatura de Religión y Moral Católica, siendo nombrados en virtud de lo dispuesto en las Ordenes Ministeriales de 26.09.79 y 16.07.80 en Centros docentes de Enseñanza Media”. Como más adelante se tratará, al examinar la censura jurídica del recurso, ciertamente la Consellería demanda tiene razón en su argumentación, pero el motivo de revisión no puede ser acogido por un vicio formal, al no citar ni identificar convenientemente ningún documento como soporte del texto alternativo propuesto.

TERCERO.- En el motivo destinado a censura jurídica, y por el cauce adecuado del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la Consellería demandada plantea dos cuestiones: 1.- Una primera, para insistir en que no tiene la condición de empleadora respecto de los actores, lo que supone alegar implícitamente que no se halla legitimada pasivamente; y, 2.- Que los actores tienen carácter de personal laboral temporal y no indefinido.

En relación con la primera de las mencionadas cuestiones, argumenta la Consellería recurrente que los actores no son personal transferido, de acuerdo con el artículo 31 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Galicia, señalando que según a LOGSE 1/90, de 3 de octubre, en su Disposición Adicional Segunda, se determina que “la enseñanza de Religión se ajustará a lo establecido en el acuerdo sobre Enseñanza y asuntos culturales suscrito con la Santa Sede y el Estado español...”, señala también que la citada Disposición Adicional fue modificada por el artículo 93 de la Ley 50/98, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, insistiendo en que el empleador de los actores es la Administración del Estado y no la Xunta de Galicia.

La Sala acoge la argumentación del Organismo recurrente y declara la ausencia de la condición de empleadora de la Xunta de Galicia, ya que, como dice la Sentencia de 15.04.02, Recurso 3.126/2001, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, “cuestión (que) ya ha sido resuelta por la Sala en sus Sentencias de 11 de abril de 2001, que se invoca como contradictoria, 12, 17, 19, 26 de diciembre de 2001, 28 de enero y 4 de febrero de 2002, entre otras ... la doctrina unificada establece que la condición de empleador a estos efectos ha de atribuirse a la Administración del Estado (Ministerio de Educación y Ciencia), porque el examen de los artículos 1 y 2 del Real Decreto 3.936/1982 en relación con la Orden de 9 de septiembre de 1993 ... pone de manifiesto que la posición empresarial corresponde a la Administración estatal, porque es la que asume las facultades propias de esa posición y, aunque la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene atribuida la competencia en materia de enseñanza, el concreto traspaso de los medios y servicios del profesorado de Religión en ese nivel todavía no ha tenido lugar”.

Respecto de la segunda de las cuestiones abordadas en el motivo de censura jurídica del recurso de la Consellería, relativa a si los/as demandantes son trabajadores indefinidos o temporales, estamos ante otra cuestión resuelta en la doctrina de unificación de manera reiterada, (que ya tuvo ocasión de aplicar esta misma Sala en sus Sentencias de 16.11.02, recurso 2.969/99 y en la de 30 de enero de 2003, recurso 3.818/99) y, por citar alguna, la Sentencia de 12.12.01, Recurso 3.877/1999, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, nos recuerda que “la cuestión ... sobre el carácter indefinido o temporal de la relación laboral existente entre los Profesores de Religión y la Administración correspondiente ha sido ya objeto de unificación por la Sala en numerosas Sentencias, entre las que pueden citarse las de 5 de junio, 7, 17 y 28 de julio, 11 de octubre, 29 de noviembre y 20 de diciembre de 2000 (y) en estas Sentencias se establece en síntesis que: 1) el artículo 3 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 03.01.79 no prevé para estos profesores una relación indefinida, sino una relación a término, que surge con un nombramiento o designación que tiene vigencia anual y que, por tanto, lleva a la terminación del vínculo si no es renovado mediante otro nombramiento; 2) el que la renovación sea automática, salvo propuesta en contra del ordinario, no afecta a la existencia del término, sino a la renovación del contrato;

3) la interpretación contraria no sólo se opone al sentido propio de las palabras de la norma, sino a su espíritu y finalidad, que no es otra que la de vincular cada año la iniciación de un nuevo contrato a la voluntad unilateral del ordinario; 4) la relación laboral entre los Profesores de Religión y la Administración es una relación objetivamente especial, aunque no haya sido declarada expresamente como tal y la especialidad tiene tanto un fundamento formal, pues ha sido establecida en un tratado internacional que se incorpora al ordenamiento interno con fuerza de ley (artículo 94 de la CE y 1.5 del CC), como material, dadas las peculiaridades que concurren en la relación de servicios que se considera; 5) por ello, no hay discriminación, pues el tratamiento diferente no está fundado en ningún factor de ese carácter conforme al artículo 14 de la CE ... y, en todo caso, la diferencia de trato está justificada, porque hay razones que singularizan el supuesto en atención a la especial confianza que requiere el tipo de trabajo encomendado y al hecho de que éste se preste en el marco organizativo de un tercero (la Administración Pública), que no es el responsable de los contenidos de la enseñanza impartida y que está sometido para la contratación de su personal fijo a procesos de selección reglada que no podrían aplicarse en este caso”.

Consecuentemente, el recurso de la Consellería debe ser acogido y revocada la sentencia en este concreto pronunciamiento, en cuanto declaró que la naturaleza de la relación laboral de los actores era con la Consellería y, además de carácter indefinido, pronunciamientos que se apartan de la doctrina unificada de la Sala IV del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Como se dijo al inicio de la presente resolución, la Sentencia recurrida desestimó la reclamación de los actores relativa al complemento de antigüedad por no ostentar la condición de fijos de plantilla. Y precisamente con el objeto de que se revoque la sentencia en este concreto particular y se estime la demanda, se plantea por los recurrentes un único motivo de Suplicación, por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, a través del cual denuncian infracción, por interpretación errónea, del artículo 27.b.1) del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, argumentando que del citado Complemento de antigüedad no se puede excluir a los trabajadores vinculados con contratos temporales, así como que el Convenio de aplica-

ción no distingue entre trabajadores fijos y eventuales, sino que dicho complemento se devenga por la vinculación laboral permanente y continuada en la relación laboral, suplicando el abono de las cantidades por complemento de antigüedad señaladas en el escrito de demanda.

El motivo no puede ser acogido, y en este concreto pronunciamiento procede la confirmación de la sentencia recurrida. Con relación a esta cuestión sobre si los/as demandantes ostentan derecho al complemento de antigüedad, reclamación sustentada en la demanda rectora de actuaciones al amparo del artículo 27.b.1 del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, la solución es negativa, al resultar evidente que, no siendo la empleadora la Xunta de Galicia, -como más arriba se dijo al resolver el recurso de la Consellería de Educación-, dicha norma nunca podría amparar el derecho a trienios del personal al servicio de la Administración del Estado. Prescindiendo de esta argumentación, la solución no sería diferente, ya que, como concluye la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2002, Recurso 2.587/2001, “las cuestiones en el mismo (en el primer motivo del recurso del actor) planteadas (relación laboral temporalmente indefinida y devengo de antigüedad) ya han sido resueltas reiteradamente en unificación de doctrina de forma coincidente con la sentencia impugnada, pudiendo citarse las más recientes de esta Sala de 5 de junio, 7, 17 y 28 de julio, 20 de noviembre, 4 y 20 de diciembre de 2001 ... y 17 de junio de 2002, en donde ya quedó sentado el carácter de relación laboral sui generis y duración temporal, la que une a los profesores de religión y moral católica en centros de enseñanza públicos y no derecho al percibo de complemento salarial de antigüedad”. Consecuentemente, el recurso de los actores no puede ser acogido, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio sobre este concreto pronunciamiento. Y en función de todo ello:

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación formulado por la CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA DA XUNTA DE GALICIA, y desestimando el de los trabajadores demandantes, ambos recursos interpuestos contra la Sentencia de fecha 5 de octubre de 1999, del Juzgado de lo Social número 2 de esta Capital, dictada en juicio

seguido a instancia de los actores, contra la Consellería recurrente, así como contra el Arzobispado de Santiago de Compostela y contra el Ministerio de Educación y Ciencia, la Sala revoca parcialmente dicha Sentencia, y, con desestimación de la demanda rectora de las actuaciones, declaramos que la naturaleza del vínculo que une a los demandantes con la Administración es temporal y que la Consellería demandada no es la empleadora de los actores, confirmando la sentencia recurrida respecto del pronunciamiento sobre el no derecho de los profesores reclamantes al complemento de antigüedad, lo que implica, en consecuencia, absolver a los demandados de la totalidad de las pretensiones frente a ellos ejercitadas.

3586 Recurso núm. 4.692/02

S.S. PERSOAL LABORAL DA XUNTA DE GALIZA. TRASLADO. COMPETENZA DA ORDE XURISDICCIONAL SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a quince de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.692-02, interpuesto por doña B.G.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 404/02 se presentó demanda por doña B.G.G. en reclamación sobre INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN siendo demandado la CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha treinta y uno de mayo de dos mil dos por el Juzgado de referencia que estima excepción de jurisdicción alegada por la parte demandada la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La actora doña B.G.G. ha venido prestando servicios, como personal interino (funcionaria) desde el 18 de julio de 1989, primero como Inspectora de Consumo, en la Delegación Provincial de Ourense, de la Consellería de Sanidade, y, sin solución de continuidad desde el 19.09.96, en la Delegación Provincial de Ourense de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda, realizando trabajo de Administrativa. SEGUNDO.- Con efectos del 20.11.01 pasa a integrarse como personal laboral fijo a extinguir, en el grupo c) categoría 62- del III Convenio Colectivo Único para el personal Laboral de la Xunta de Galicia, como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto 289/01 de 15 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el desenvolvimiento y aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima Primera de la Ley 4/88, de 26 de mayo. TERCERO.- En el D.O.G.A. de 14.01.02, se publica la Orden de 28.12.02 de la Consellería de Presidencia, Relaciones Institucionais e Administración Pública, por lo que convoca el concurso previsto en la Disposición Transitoria Décima Primera de la Ley 4/88, de 26 de maio, de Función Pública de Galicia. En dicho concurso participó la actora. CUARTO.- En el DOGA de 10.04.02, se publica la Resolución de la Dirección Xeral de la Función Pública de fecha 02.04.02, por la que se publican las puntuaciones provisionales de participantes en le concurso antes indicado. La actora, figura en el anexo de dicha Resolución, dentro del grupo III, como oficial Administrativa con una puntuación de 24,65 puntos y localidad de destino Santiago de Compostela. En fecha 11.04.02, formuló reclamación, manifestando su disconformidad con la localidad de destino asignada. QUINTO.- En el DOGA, de 09.05.92, se publica la Resolución de la Dirección Xeral de Función Pública, de 30.04.02, por la que se elevan a definitiva las puntuaciones de los participantes en el concurso convocado, en las cuales figura la actora, con el mismo destino de Santiago de Compostela."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, por razón de la materia alegada por la Consellería demandada, y, sin entrar a conocer el fondo del asunto, debo absolver y absuelvo, en la instancia, a la demandada de la pretensiones en su contra esgrimidas."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme la demandante con que –ante la demanda planteada, en solicitud de que se declare que la decisión de la Dirección Xeral da Función Pública de la Consellería de Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública de la Xunta de Galicia, asignándole localidad de destino para desarrollar su trabajo, constituye un traslado, que resulta injustificado; y a que se reconozca su derecho a ser reincorporada en el centro de trabajo de origen, en la Delegación Provincial de la CPTOPV de Ourense-, en la sentencia de instancia, se estime la excepción de incompetencia de jurisdicción, por razón de la materia, y, sin entrar a conocer el fondo del asunto, se absuelva en la instancia de la Consellería demandada; formula recurso de suplicación, por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por no aplicación, del artículo 2 a) del mismo Texto.

SEGUNDO.- El recurso es viable, pues, a la vista de los datos, que, de interés para determinar la competencia, se exponen, sin contradicción, en la resolución impugnada –que se sintetizan en que la actora, vino prestando sus servicios, como personal interino (funcionaria) desde el 18 de julio de 1989, realizando trabajos de administrativa, primero, como Inspectora de Consumo, en la Delegación Provincial de Ourense, de la Consellería de Sanidade, y después, en la Delegación Provincial, también de Ourense, de la CPTOPV, hasta que, con efectos de 20 de noviembre de 2001, pasó a integrarse, como personal laboral fijo a extinguir, en el grupo c), Categoría 62, del III Convenio Colectivo Único, para el personal laboral de la Xunta de Galicia, como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto 289/2001, de 15 de noviembre; que, en el DOGA, de 4 de enero de 2002, se publicó Orden, del 28 de diciembre de 2001, de la Consellería da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública, convocando el concurso, previsto en el artículo 3 del Reglamento para el desenvolvemento y aplicación de lo previsto en la D.T. 11ª de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, en el que participó la actora; que,

en el DOGA, de 10 de abril de 2002, se publicó resolución de la Dirección Xeral de la Función Pública, del 2 anterior, en la que figuraban las puntuaciones provisionales de los participantes en el concurso, figurando la demandante, en el Anexo, dentro del Grupo III, como Oficial Administrativa, con una puntuación de 24'65 puntos y localidad de destino Santiago; que el 11 de abril de 2002, formuló reclamación, manifestando su disconformidad con la localidad de destino asignada; y que, en el DOGA, de 9 de mayo de 2002, se publicó resolución de la citada Dirección Xeral, del 30 de abril anterior, elevando a definitivas las puntuaciones de los participantes en el concurso, figurando la actora con el mismo destino de Santiago-; la Sala llega a la conclusión de que, por una parte, lo que, en definitiva, se está solicitando por la demandante en el procedimiento –en tal sentido se expresa en el escrito inicial-, y discutiendo, es que se deje sin efecto la decisión empresarial de trasladarla –en cuanto trabajadora, que forma parte del personal laboral fijo de la Xunta de Galicia, desde el 20 de noviembre de 2001-, de Ourense a Santiago; por otra, que la forma, en que se realizó dicho traslado, a través de un procedimiento, previamente regulado para dicho personal, no deja de ser una cuestión accesorio de la anterior –obsérvese que, según se expone en la resolución impugnada, la demandante formuló, en fecha 11 de abril de 2002, reclamación contra la resolución de la Dirección Xeral da Función Pública, de 2 de abril de 2002, manifestando su disconformidad con la localidad de destino asignada, pero sin hacer referencia alguna a una posible disconformidad con la puntuación obtenida, o a otros extremos de la resolución-; y, por otra, que ante lo expuesto, al entender la Sala que la cuestión se plantea entre la Administración, actuando como empresaria, y la trabajadora demandante, en el ámbito de la relación laboral, existente entre ambas, entra en juego lo dispuesto en el artículo 2 a) del TRLPL, acerca de que los órganos jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo.

TERCERO.- Lo anterior lleva a declarar la competencia de los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social para conocer del tema debatido; y a acordar la nulidad de la sentencia de instancia; todo ello, con la consiguiente consecuencia de remitir las actuaciones al Juzgado de procedencia, a fin de que, por su Titular se

dicte otra sentencia, en la que entre a conocer, con plena libertad de criterio, en el fondo de dicha cuestión.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por doña B.G.G., contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de Ourense, en fecha 31 de mayo de 2002; y acordando la nulidad de la misma; debemos declarar y declaramos la competencia de los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social para conocer de la cuestión litigiosa planteada.

3587 Recurso nº 8.790/1998

S.CA. FALLA DE ALTA DE TRABALLADOR ACCIDENTADO CON RESULTADO DE MORTE. TRABALLADORES POR CONTA ALLEA OU PROPIA. PRESUNCIÓN DE LABORALIDADE E NON DE CONTRATO DE CARÁCTER CIVIL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

A Coruña, a diecisiete 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 8.790/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don S.S.V., con D.N.I. ... domiciliado en ... (A Coruña), representada y dirigida por el letrado don M.M.V., contra resolución de 29.06.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 823/96, expediente 18.443/96. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 331 .

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 cinco de marzo de dos mil tres, 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 nº 8.790/1998 la impugnación de la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Recursos de fecha 29 de junio de 1998 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de A Coruña de dicho Ministerio.

La parte recurrente arguye que se dedica habitualmente a la compra de madera y que contrató a tres trabajadores portugueses que habitualmente se dedican por cuenta propia a la tala de árboles en la zona del Ayuntamiento de Moeche, Cedeira y Cerdido y límites, concretamente en el monte "Chevian" pactándose que percibirían la cantidad de 800 pesetas por tonelada de madera talada. Antes de comenzar el trabajo les adelantó una cantidad de dinero a cuenta, les proporcionó dos motosierras, dos hachas, dos cuñas, una maza, unos 200 metros de cable de acero y gasolina. La ropa de trabajo, botas, guantes, viseras, cascos de protección era por cuenta de los contratados.

Como trabajaban por cuenta propia no estaban sometidos a horario, jornada, ni cumplían órdenes del recurrente e incluso desaparecían durante días sin saber de su

paradero, aunque supone que iban a trabajar a otros montes; en consecuencia entiendo que entre ellos y el recurrente no había relación laboral, al faltar las notas de dependencia y ajeneidad del art. 1 del ET, entre otras disposiciones que cita.

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

II.- El acta de infracción que se impugna deriva del hecho de no haber sido dado de alta en la S.S. al menos el trabajador accidentado con resultado de muerte, lo que constituye la infracción que se le imputa, susceptible de sancionarse con la multa que le fue impuesta.

No cuestiona el recurrente la procedencia de la infracción ni la cuantía de la multa sino la existencia de la misma por cuanto que los trabajadores de referencia en el Acta de la que derivan estas actuaciones no son trabajadores por cuenta ajena sino más bien trabajadores por cuenta propia con los que simplemente ha celebrado un contrato de compraventa de la madera que talaban, siendo luego de su exclusiva responsabilidad el estar dados de alta en el régimen especial agrario de la S.S.

A tenor del art. 8 del ET el contrato de trabajo se presume que existe entre todo aquel 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 aquel.

Tal presunción cumple destruirla al recurrente acreditando realmente la existencia de un contrato privado de compraventa o de cualquier otro tipo que permita concluir la inexistencia de la relación laboral que se contiene en el art. 1 del ET.

Los contratos de naturaleza civil, que pudieren constituir la alternativa del laboral y dispensarle de la obligación que motivó la sanción que le fue impuesta, quedan rezagados en la comprensión de la institución central del ordenamiento laboral, al constituir el derecho obrero una reacción contra el espíritu del derecho civil, por lo que éste no alcanza su virtualidad y eficacia de no acreditarse la realidad y actualidad del mismo, virtualidad y realidad que aquí no se acredita.

Esto hace que el recurso así formulado no merezca prosperar.

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

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo número 8.790/1998 interpuesto por don M.M.V., abogado en ejercicio, en nombre y representación de don S.S.V. contra la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Recursos de fecha 29.06.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de A Coruña de dicho Ministerio, sin hacer expresa imposición de costas.

3588 Recurso nº 8.923/1998

S.CA. FALLA DE ALTA DE TRABALLADOR Ó INICIA-LA SÚA RELACIÓN LABORAL. SANCIÓN. COMPETENCIA DA DIRECCIÓN PROVINCIAL DE TRABALLO E NON DA DE XUSTIZA DA XUNTA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

A Coruña, a diecisiete 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 8.923/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "G.R.H., S.L.", domiciliada en ... (Pontevedra), representada por doña H.G.P. y dirigida por el letrado don C.Q.L., contra resolución de 25.05.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Pontevedra sobre acta de infracción número 1.469/95, expediente 5.315/96. Es

parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 601 .

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 once de marzo de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Varios son los motivos de impugnación de la resolución de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Pontevedra desestimando el recurso ordinario contra la propuesta de sanción de la Inspección de Trabajo a la Entidad Mercantil recurrente por infracción grave del art. 13 y 14.1.2 de la LISOS en relación con el artículo 110.1 del R.D. 1/94 y artículo 1 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 17 de enero de 1994 al no dar de alta a un trabajador al iniciar su actividad laboral considerando que no ha vulnerado la obligación que todo empresario tiene al contratar a un trabajador o prestación de servicios, lo que le impuso una sanción en grado medio tal y como lo establece el art. 37.3 de la LISOS.

II.- De lo actuado se desprende que con fecha de 19 de junio de 1995 sobre las 12 horas fue visitado por el Controlador Laboral al taller de reparación de vehículos propiedad de la Sociedad recurrente sorprendiendo a un trabajador prestando sus servicios y sin haber sido dado de alta o afiliarse al Régimen General de la Seguridad Social, lo que le obligaba al serle solicitada la documentación y por su

comparecencia ante la oficina inspectora el 22 de junio de 1995 por lo que al detectarse el incumplimiento de la obligación dio lugar a la presente sanción que notificada el 9 de junio sobre la que no presentó escrito de descarga hasta el 31 de octubre del mismo año, es decir, después de haber decaído en sus derechos, circunstancia que fue destacada por resolución de la Dirección Provincial de Trabajo al considerar extemporáneo tal proceder al pasar el plazo de 10 días del art. 15 del D. 10.07.78, pero que no ha sido estudiado ni en los autos ni por el recurrente y la resolución de la Subdirección General de Recursos, por lo que se estima que ha infringido lo dispuesto en el art. 51.1.b) de la LISOS en relación con el artículo 23.1 del D. de 10 de julio de 1975 de cuyo tema hemos de prescindir por cuanto dicho Decreto ha sido derogado y se ha entrado sobre el fondo del asunto en aras de la tutela judicial efectiva.

III.- En cuanto a la alegación de incompetencia de la Dirección Provincial de Trabajo para conocer y resolver la infracción y sanción hoy recurrida hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el art. 47 de la LISOS y O.M.T. de 13.02.92 en el que claramente reconoce su competencia y no la de la Dirección Provincial de Xustiza de la Xunta. Igualmente hemos de considerar que no está suficientemente acreditado las circunstancias excepcionales de la O. de 17.01.94 para que pueda afiliarse fuera del plazo para legalización en el inicio de la actividad laboral para subsanar dicha deficiencia, como pudo ser el exceso de trabajo cuando en todo caso debió formalizarse antes de la prestación de servicios.

IV.- Igualmente hemos de rechazar la alegación de desproporcionalidad y excesiva la sanción cuando en la realidad jurídica la justifica la Autoridad Laboral apreciando la gravedad y circunstancias del caso en el grado que estima por conveniente.

V.- No se hace imposición de costas (art. 139 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "G.R.H., S.L.", contra resolución de 25.05.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.469/95; Expte. nº 5.315/96, dictado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Sin imposición de costas.

3589 Recurso núm. 440/03

S.S. TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL NON PRESCRITA, Ó TRATARSE DE FALTA CONTINUADA DO TRABALLADOR, QUE XUSTIFICA A DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO.

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

A Coruña, a dieciocho de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 440-03, interpuesto por doña M.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de SANTIAGO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 677-02 se presentó demanda por doña M.S. en reclamación sobre DESPIDO siendo demandado LA REAL SOCIEDAD ECONÓMICA DE AMIGOS DEL PAÍS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 28 de noviembre 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.- Que la actora prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada Real Sociedad Económica de Amigos del País, en el Conservatorio Superior de Música, sito en Santiago, con antigüedad desde el quince de noviembre de mil novecientos noventa y tres, con categoría de profesora superior de piano y percibiendo un salario mensual de mil ciento veintidós euros con dieciocho céntimos (1.121,18 euros), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. SEGUNDO.- Que la actora impartía clases particulares de música, por las que cobraba veinte mil pesetas (20.000 pesetas) por hora, ciento veinte euros con veinte céntimos (120, 20 euros), recomendando a los alumnos libres y oficiales del Conservatorio la asistencia a las mismas, si querían aprobar a final de

curso, en los cursos 1999-2000 y 2000-2001. TERCERO.- Que la actora formaba parte de los Tribunales Examinadores. CUARTO.- Que otros profesores del centro han dado clases particulares a alumnos del Conservatorio y formado parte de postribunales examinadores. QUINTO.- Que la actora ha abierto una academia de música en Santiago, dándose de alta en el Impuesto de Actividades Económicas el veintiséis de septiembre de dos mil dos, teniendo conocimiento de ello con antelación algún miembro del patronato, sin que se manifestara oposición. SEXTO.- Que al menos otro profesor del centro tiene constituida una Sociedad que explota una academia de música en Vigo y actualmente también en Santiago y otro es Director del Conservatorio Municipal de Noia. SEPTIMO.- Que la actora se desplazó en el mes de junio del dos mil dos a Armenia, por un problema judicial familiar, sin que haya aportado justificación de su viaje ni de la causa. Los exámenes a los que la actora tenía que concurrir como parte del Tribunal examinador, fueron trasladados, de acuerdo con la Directora del Centro, al mes de mayo del dos mil dos. OCTAVO.- Que en septiembre del dos mil dos la Directora y la Jefa de Estudios del Conservatorio pusieron en conocimiento de la Directiva de la Asociación que la actora se había ausentado en el mes de junio, sin asistir a los exámenes, con la excusa de tener que viajar a Armenia para atender a un juicio acerca de la casa de su familia, manifestando sus sospechas de la autenticidad de dicha ausencia; igualmente informaron que seguía insistiendo a los alumnos para que asistieran a su domicilio para clases particulares, si querían aprobar y que había intentado con la Directora que se vendiera un título a una alumna, previo pago de la cantidad de tres mil cinco euros con seis céntimos (3.005,06 euros), repartiéndose el importe entre ambas. NOVENO.- Que en fecha dieciséis de septiembre de dos mil dos la demandada entregó a la actora carta de despido de la misma fecha efectos desde el mismo día, señalando que la Directora y la Jefa de Estudios habían hecho llegar a la Junta Directiva un informe comunicándoles que no había asistido a los exámenes de junio, alegando que tenía que viajar a Armenia por un problema judicial familiar, no justificándolo posteriormente; que había propuesto a la Directora vender a una alumna un título superior de piano por tres mil cinco euros (3.005,06 euros), repartiéndose la cantidad entre ambas y aunque la Directora se negó a ello siguió insistiendo entregando una relación de las asignaturas que se venderían; que indicaba a sus

alumnos que si querían aprobar tenía que acudir a clases a su domicilio y que los días quince y dieciséis de septiembre el Correo Gallego publicaba un artículo y un anuncio publicitario de los que se evidenciaba que había montado una Academia de Música. DECIMO.- Que el día del juicio la representación de la demanda retiró el último cargo. DECIMO PRIMERO.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del despido. DECIMO SEGUNDO.- Que en fecha siete de octubre de dos mil dos tuvo lugar el preceptivo 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 desestimando la demanda formulada por doña M.S. contra la REAL SOCIEDAD ECONÓMICA DE AMIGOS DEL PAIS, debía declarar y declaraba la procedencia del despido efectuado, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la entidad demandada de los pedimentos contenidos en la misma.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La parte demandante, vendida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, al amparo de su letra b), 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 reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, se impugna la sentencia alegando violación de las garantías de defensa reconocidas en el artículo 24 de nuestra Constitución, argumentando el recurrente que, habiendo solicitado la nulidad del despido, el juzgador de instancia no desarrolla razona-

miento alguno sobre dicha solicitud. Tal impugnación es, a juicio de la Sala, inacogible, tanto si la examinamos desde una perspectiva procesal como si la examinamos desde una perspectiva material.

1) Desde una perspectiva procesal, no hay indefensión porque, aunque es cierto que, en el suplico de la demanda, se solicita, con carácter principal, la nulidad del despido –la solicitud de improcedencia es de carácter subsidiario-, dicha solicitud de nulidad no se argumenta en el cuerpo de la demanda, ni citando los derechos fundamentales infringidos –como exige el artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral-, ni alegando los hechos constitutivos de la violación de derechos fundamentales, de modo que, salvo una eventual ampliación de demanda, esa falta de aportación no puede subsanarse, si no es a costa de causar indefensión de adverso, en la fase de juicio –la prohibición de mutatio libellis aparece recogida en el inciso final del apartado 1 del artículo 85 de la Ley de Procedimiento Laboral, menos aún en la fase de recurso.

2) Desde una perspectiva material, no hay indefensión porque, en el escrito de formalización del recurso de suplicación –momento en que, por vez primera, se razona la solicitud de nulidad-, dicha solicitud se sustenta en motivos ajenos a la nulidad, calificación que, de conformidad con el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, sólo es factible, aparte de las causas, totalmente extrañas al caso de estos autos, introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, si concurre discriminación o lesión de derechos fundamentales.

El primero de esos motivos se refiere a la existencia de una conducta empresarial permisiva respecto a otros trabajadores con relación a un cargo imputado a la trabajadora en la carta de despido disciplinario, aunque esto, de ser cierto, no constituiría –a lo menos en sí mismo- discriminación en el sentido del artículo 14 de nuestra Constitución, afectando, si acaso, a la procedencia o improcedencia, pero ni siquiera es el caso porque, en el acto de juicio, se retiró ese cargo, lo cual, lejos de demostrar –como se intenta razonar en el escrito de formalización- una clara discriminación, demuestra una actitud prudente de la empresa de no mantener imputaciones de difícil prosperabilidad a la vista de su permisividad respecto a otros compañeros de trabajo de la trabajadora.

El segundo de esos motivos se refiere a los defectos de forma del despido disciplinario, lo cual no generaría, de acuerdo con el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, la nulidad del despido, sino su improcedencia, y, además, no es, a juicio de la Sala, el caso de autos porque, a la vista de la redacción de la carta de despido, aparece expresada con suficiente claridad el hecho imputado de *“que indica usted a sus alumnos que si quieren aprobar tienen que acudir a clases particulares a su domicilio”* –Hecho Probado Noveno–.

Resumiendo, tanto si examinamos la indefensión desde una perspectiva procesal como si la examinamos desde una perspectiva material, se concluye la no vulneración de lo establecido en el artículo 24 de nuestra Constitución, con la consecuente desestimación íntegra del motivo de suplicación canalizado a través de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. De todos modos, el análisis de la improcedencia del despido –sea por motivos de fondo sea por motivos de forma– obligaría a una denuncia canalizada a través de la letra c) del artículo 191 de la referida Ley, lo que no se ha hecho –aunque, en aras a la tutela judicial efectiva, la Sala haya entrado, siquiera someramente, en el análisis, a los efectos de su descarte, de esos motivos de la improcedencia–.

SEGUNDO.- Respecto a la revisión de los hechos probados, se pretende modificar el Hecho Probado Octavo para que, donde dice *“que en septiembre de dos mil dos la Directora y la Jefa de Estudios del Conservatorio pusieron (los hechos imputados en la carta de despido disciplinario) en conocimiento de la Directiva de la Asociación”, se pase a decir “(1) que de la testifical practicada a doña C.C.N., ex-directora del Conservatorio, reconoce que puso en conocimiento de la Junta Directiva en el mes de junio los hechos que se le imputan a la actora, presentando el informe en el mes de septiembre, (2) que doña S.J.A.E., actual Directora y ex-jefa de estudios del Conservatorio presentó a la Directiva el informe a finales de julio, no lo firmó hasta septiembre porque cambiaron algunos hechos, (y 3) que cuando la actora volvió de Armenia, a principios de julio, fue cuando decidieron poner los hechos en conocimiento de la Junta Directiva”*. Tal revisión es inacogible. Con solamente la lectura de la redacción alternativa se comprueba como dicha revisión se sustenta en la prueba testifical, y si ampliamos esa lectura a la de los argumentos justificativos de dicha revisión, esa

comprobación se ratifica, apreciándose, además, como el sustento en la prueba testifical se corrobora con suposiciones sin suficiente base probatoria, lo cual, sea por sustentarse en la prueba testifical sea por sustentarse en meras suposiciones, convierte la revisión fáctica solicitada en inviable al encontrarse extra muros de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia, en dos motivos separados y numerados, la infracción del apartado 2 del artículo 60 del Estatuto de los Trabajadores, donde se establece que, *“respecto a los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días, las graves a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión, y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido”*, en relación con el artículo 58 del Convenio Colectivo de Enseñanza de Peluquería y Estética, de Enseñanzas Musicales y de Artes Aplicadas y de Oficios Artísticos, BOE de 05.02.02, donde se establece que *“las infracciones cometidas por los trabajadores prescribirán: las faltas leves, a los diez días; las graves, a los quince días, y las muy graves, a los cincuenta días, a partir de la fecha en la que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido”*. Bajo el amparo de estas dos denuncias jurídicas, se argumenta, en la tesis de la recurrente, la prescripción de la falta imputada, tanto por el transcurso del plazo de la llamada prescripción larga –seis meses a contar desde la comisión de la falta– como por el transcurso del plazo de la llamada prescripción corta –sesenta días según la norma estatutaria, o cincuenta según el convenio colectivo, a contar desde el conocimiento de la empresa–.

Frente a estas denuncias, la empleadora demandada, ahora recurrida, se opone y, en consecuencia, solicita la confirmación de la sentencia de instancia, donde se descarta la prescripción porque *“si bien es cierto que la prueba se refiere a los cursos 1999-2000 y 2000-2001, la doctrina judicial ha establecido que, tratándose de faltas continuadas y ocultas, los términos de la prescripción no empiezan a computar hasta el momento en que la empresa tenga conocimiento de las faltas cometidas ... no existiendo constancia alguna de que la Junta Directiva conociera este extremo antes del informe emitido por la Directora*

y la Jefa de Estudios del Conservatorio en septiembre de (2002)".

CUARTO.- A juicio de la Sala, no concurre ninguno de los plazos prescriptivos, ni el largo ni el corto, con relación al hecho de que *"la actora impartía clases particulares de música, por las que cobraba veinte mil pesetas ... recomendando a los alumnos libres y oficiales del Conservatorio la asistencia a las mismas, si quieren aprobar a final de curso, en los cursos 1999-2000 y 2000-2001"* –Hecho Probado Segundo-, ya que, como adecuadamente ha razonado el juzgador de instancia, nos encontramos ante una falta de transgresión de la buena fe contractual, continuadamente ocultada, de donde, en los términos de la Sentencia de 29.09.95, Recurso 808/1995, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, *"el cómputo de la prescripción de las faltas laborales que se cometen fraudulentamente, con ocultación y eludiendo los posibles controles del empresario, no se computa hasta que éste tenga conocimiento de los hechos y pueda ejercer sus facultades disciplinarias"*, y, en el caso de autos, la empleadora –más concretamente, el órgano con facultades disciplinarias, a saber la Junta Directiva de la Real Sociedad Económica de Amigos del País- ha tenido un conocimiento cabal, pleno y exacto del hecho *"en septiembre del dos mil dos"* –Hecho Probado Octavo-, menos de 50 días antes del despido, notificado a 16.09.02 –Hecho Probado Noveno-, debiendo precisarse que, aunque era conocido *"que la actora ha abierto una academia de música en Santiago, dándose de alta en el Impuesto de Actividades Económicas el veintiséis de septiembre de dos mil dos ... con antelación (por) algún miembro del Patronato, sin que se manifestara oposición"* –Hecho Probado Quinto-, esto no es un conocimiento cabal, pleno y exacto del hecho consistente en recomendar a los alumnos la asistencia a sus clases particulares si querían aprobar los cursos oficiales, sino, simplemente, el conocimiento de la prestación de clases particulares, lo que, no obstante ser una imputación hecha en la carta de despido disciplinario, no se mantuvo en juicio.

También en la Sentencia de 29.09.95, Recurso 808/1995, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se añade que *"la ocultación no requiere ineludiblemente actos positivos, basta para que no empiece a computarse la prescripción, que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto, el estar de modo continuado gozando de una confian-*

za especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continuada de lealtad que impide mientras perdura que se inicie el cómputo de la prescripción", y, en este sentido, la trabajadora despedida, mientras se mantuvo como profesora, se encontraba en condiciones de mantener ocultos los hechos imputados en la carta de despido –difícilmente sus alumnos actuales la denunciarían-, de donde, asimismo en atención a estas otras consideraciones, la prescripción no acaece.

Rechazadas, en consecuencia, las denuncias jurídicas, el recurso de suplicación será desestimado y la sentencia de instancia objeto de confirmación.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por doña M.S. contra la Sentencia de 10 de diciembre de 2002 del Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia de la recurrente contra la Real Sociedad Económica de Amigos del País, la Sala la confirma íntegramente.

3590 Recurso nº 8.856/1998

S.CA. CONNIVENCIA FAMILIAR ENTRE EMPRESARIA E TRABALLADORA PARA ACCEDER A PRESTACIÓN POR DESEMPREGO. SANCIÓN. VALOR PROBATORIO DA ACTA DE INSPECCIÓN. INDICIOS DE ACTUACIÓN FRAUDULENTE.

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 siguiente

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 8.856/98, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por doña M.S.B., con D.N.I. número ..., domiciliado en

parroquia de ... (A Coruña), representada y dirigida por el letrado don F.M.P.M., contra resolución de 24.06.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña, sobre acta de infracción número 760/97, expediente 17.172/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es TRES MIL ONCE EUROS (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 seis de marzo de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna en este recurso la resolución de 24.06.98 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 A Coruña a través de la cual se le impuso a la empresaria doña M^a.S.B., titular de una empresa dedicada al transporte de mercancías, una sanción por la comisión de una infracción muy grave en materia de prestaciones por desempleo, por haber contribuido a que doña M^a.J.M.G. obtuviera indebidamente aquellas prestaciones. La resolución de primer grado dio como probados los hechos consignados en el acta levantada por una controladora laboral que, después de realizar entrevistas y examinar documentos, concluyó que se había producido

una connivencia entre esa empresaria y la trabajadora, que eran parientes y había sido contratada siete semanas después de haber dado a luz para realizar, a tiempo completo, unas tareas administrativas no definidas que antes no desarrollaba ningún otro trabajador, relación que se había concertado poco después de haberse concertado otro contrato similar con otra empresa cuyo titular era igualmente pariente de la trabajadora, entonces embarazada y a cuyo término no pudo tener derecho a las prestaciones por desempleo por falta de período de carencia; finalmente, en el acta se consignó que tanto la propia trabajadora como la empresaria habían admitido a la controladora que nunca había trabajado en las actividades para las que fue contratada, si bien esta circunstancia fue negada después por ambas en el trámite de alegaciones.

En el escrito de demanda se pretende la declaración de nulidad de la resolución impugnada, lo que fundamenta en los siguientes motivos: 1) vulneración del principio de presunción de inocencia, 2) respeto del período de descanso por maternidad, 3) infracción por negar la posible identidad entre el domicilio social de la empresa y el particular de sus propietarios y 4) correcta inclusión de la contratada como trabajadora por cuenta ajena, pese a sus lazos familiares con los empleados.

A esas pretensiones se opone la Abogacía del Estado.

SEGUNDO.- Por razones de sistemática se van a analizar los tres últimos alegatos, que resultan inocuos a los efectos de llevar a esta Sala al convencimiento de que no existió la infracción imputada a la empresaria demandante, aunque su análisis resulte ahora obligado y pueda también ser oportuno a los efectos de analizar después lo que constituye el nervio de la actuación administrativa fiscalizada, ya que al final la sanción se impuso a partir de unos indicios y no ya tanto de una prueba plena y efectiva.

En efecto, nada añade al debate la circunstancia de que la empresa demandante hubiera respetado el tiempo obligatorio de seis semanas de descanso por parto, como también es intrascendente la identidad del domicilio social con el privado de la empresaria, pues existe un derecho reconocido en la propia Constitución (artículo 19) para elegir el que libremente se desee, de modo que la actuación administrativa no ha desconocido lo

dispuesto en los artículos 48.4 y 1.5, respectivamente, del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo; con todo, si bien nada impide que el domicilio de la empresa que contrató a la actora (el de la primera empresa también) pueda coincidir con el de su propietaria y familiar, esta circunstancia revela un primer indicio de que tal empresa no debía desarrollar de forma continuada tareas de tipo administrativo, que son las que aquí interesan, aunque, ciertamente, nada impedía que se pudieran presentar determinadas circunstancias que hicieran preciso contratar a algún trabajador para atender las necesidades eventuales que fueron la causa de la contratación de la actora. Por ello, si bien no merece ningún reproche la coincidencia de domicilios social y personal, circunstancia que puede resultar lógica en empresas que, por no querer desarrollar con sus propios medios las tareas de tipo administrativo, las confíen a un gestor (como parece ser el caso), sí resulta sospechoso que tanto la empresa recurrente como antes otra similar con la misma actividad y en análogas y poco convincentes circunstancias hubieran actuado de forma simultánea como lo hicieron de modo que, aunque la coincidencia de domicilios de ninguna manera es ilegal ni ello revela, por sí sólo, un ánimo defraudatorio, no puede negarse que resulta sospechosa la actuación de las partes contratantes en este punto y nada han probado para despejar la menor duda de que en tales domicilios sociales se prestaron los servicios extraordinarios contratados, más allá de la cuestión meramente formal de elegir libremente el domicilio social, por lo que estos dos primeros alegatos no pueden servir para anular la resolución impugnada.

Tampoco sirve a esos efectos el alegato de que se había incluido a la trabajadora y familiar de la empresaria dentro del Régimen General de la Seguridad Social, lo que es correcto en atención al grado de consanguinidad que presenta pero no sirve para apoyar la nulidad del acto impugnado, aunque sí sirve como un principio de prueba la indebida cumplimentación de las formalidades previstas para la contratación realizada, ya que en el contrato eventual por circunstancias para la producción deben expresarse cuáles son esas circunstancias excepcionales que se presentan y motivan el contrato, lo que no se ha hecho, ya que se ha optado por acudir a cláusula de estilo de "atender circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos",

siendo así que en el modelo de contrato ya se exigía expresar tales circunstancias, como así dispone en el artículo 12 del TRLET.

En definitiva, estos tres alegatos no sirven al propósito de estimar el recurso, aunque sí apuntan ya indicios suficientes de una posible actuación fraudulenta.

TERCERO.- Procede ya analizar la cuestión principal a partir de los indicios a que se acaba de hacer referencia, esto es, si fue correcta la conclusión a que llegó el órgano sancionador cuando le imputó a la empresaria doña M^a.S.B. una connivencia con su pariente doña M^a.J.M.G. para que esta tuviera acceso a las prestaciones por desempleo; tal infracción se tipifica en el artículo 29.3.3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, que considera infracción muy grave de los empresarios en materia de prestaciones por desempleo "la simulación de la contratación laboral con la finalidad de que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente las prestaciones de desempleo", 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.

Alega la demanda que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia, lo que fuerza a analizar las pruebas de cargo en manos de la Administración y las que de adverso hubiera presentado (o presente ahora) la imputada.

La prueba que el órgano sancionador tuvo en cuenta fue el propio acta de inspección y el informe posterior, documento el primero suscrito por un controlador laboral que tiene la consideración de instrumento válido y adecuado para completar y facilitar la labor inspectora y alcanza valor probatorio por el hecho de su aceptación por el inspector (SsTS de 19.07.99, 16.03.99 o 23.04.01), ello 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 efectivo ha probado el empresario sancionado, de modo que, si bien esta circunstancia podría merecer ya la conformidad a derecho de la resolución sancionadora impuesta, es necesario penetrar en el fondo de la cuestión para esclarecer posibles dudas que pudieran presentarse en orden a dejar ya constancia de los hechos indubitables y de las pruebas que podrían haberse presentado de uno y otro lado. Sobre este particular debe recordarse que, como afirma la STS de 23.04.01, y recuerda la reciente sentencia de esta misma Sala de 27.01.03, las infracciones pueden también deducirse del artículo 1253 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, y es precisamente esto lo que sucede.

En efecto, dando ya por cierta la relación de parentesco entre la trabajadora y la titular de la empresa que la contrató (también el de la anterior), el hecho de que antes no hubiera tenido aquella trabajadores administrativos, la ausencia de expresión de las concretas tareas o circunstancias que hacían precisa la contratación excepcional de la trabajadora familiar, la extraña coincidencia en la sucesiva contratación que traía causa de otra anterior formalizada por una empresa en circunstancias semejantes y, en fin, el hecho de que frente a esos claros indicios de comisión de una actuación fraudulenta sólo aporte como prueba la imputada los documentos meramente formales que amparan la relación laboral y otra anterior que nada añade y, sin embargo, nada justifique sobre la naturaleza u objeto de la constatación de los trabajos realizados u otro tipo de pruebas indubitables de la certeza de esas relaciones laborales que no le es dado a este órgano perseguir (STS de 11.05.00), lleva la inevitable conclusión de que existió una connivencia entre la empresa demandante y la familiar contratada formalmente, mediante la simulación de una relación laboral que no estaba justificada en su origen y resultaba sospechosa en su finalización, ya que la causa de la baja fue el socorrido y no necesitado de justificación “fin de período de prueba” realizado unos días después, seguramente con el ánimo de sumar los pocos días de carencia que le faltaban a la trabajadora para tener derecho a las prestaciones por desempleo.

En definitiva, aunque la conclusión a que llegó la inspección interviniente no goza

de valor probatorio, sí surgió del contraste de hechos directa y precisamente enlazados, de modo que debe confirmarse la adecuación a derecho de la resolución impugnada y la sancionadora de que trae causa y, con ello, debe desestimarse el presente recurso.

CUARTO.- 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 representación de doña M^a.S.B., contra resolución de 24.06.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña, sobre acta de infracción número 760/97, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, y, en consecuencia, confirmamos la adecuación a derecho de la resolución impugnada; no se hace condena en costas.

3591 Recurso n.º 8.890/1998

S.CA. CONNIVENCIA ENTRE TRABAJADOR E EMPRESARIO. SANCIÓN: EXTINCIÓN E DEVOLUCIÓN DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO. RELACIÓN LABORAL DE ALTA DIRECCIÓN NON PROBADA E SI CONTRATO DE OBRA OU SERVIZO DETERMINADO: CALIFICACIÓN INDIFERENTE. VALOR PROBATORIO DAS ACTAS DOS CONTROLADORES. INDICIOS.

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 el proceso contencioso-administrativo que, con el número 8.890/98, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por don M.F.C., con D.N.I. número ..., domiciliado en ... (A Coruña), representado y dirigido por el letrado don J.B.R.C., contra resolución de 21.05.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 44/97, por pérdida de prestaciones por desempleo. Expediente 16.268/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, 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 seis de marzo de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna en este recurso la resolución de 21.05.98 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 A Coruña a través de la cual se le impuso a don M.F.C. una sanción de extinción y devolución de las prestaciones de desempleo ya percibidas, por la comisión de una infracción muy grave. La resolución de primer grado dio como probados los hechos consignados en el acta levanta-

da por una controladora laboral que, después de realizar entrevistas y examinar documentos, concluyó que se había producido una connivencia entre ese trabajador y la empresa de hostelería de la que él mismo era administrador y copropietario a partes iguales con su esposa, todo ello con el ánimo de percibir después las prestaciones por desempleo.

En el escrito de demanda se pretende la declaración de nulidad de la resolución impugnada y de la sancionadora de que trae causa, lo que fundamenta en que la relación laboral concertada fue como personal de alta dirección, que era la que correspondía a su condición de encargado, que mantuvo durante más de dos años con las correspondientes cotizaciones ingresadas. A esa pretensión se opone la Abogacía del Estado.

SEGUNDO.- Falta a la verdad la demanda cuando sostiene que contrato concertado entre el trabajador y el administrador de la empresa -sujetos encarnados en la misma persona (el aquí recurrente)-, era de alta dirección, ya que el formalizado como encargado era de los de obra o servicio determinado; con todo, aún en la hipótesis de que se hubiera concretado uno de alta dirección, no añadiría nada útil al debate en apoyo de la nulidad de la resolución impugnada porque ya en su origen era irregular, cualquiera que hubiera sido la modalidad de trabajo por cuenta ajena concertado.

En efecto, es reiterada hoy la línea jurisprudencial –seguida también por esta Sala-, que preconiza que los administradores sociales ejecutivos que además ostentan una participación mayoritaria en la empresa, esto es, igual o superior al 50% en el capital social son trabajadores autónomos, de modo que no pueden ser trabajadores por cuenta ajena en la misma empresa por faltarles la nota de ajeneidad (por todas, las SsTS de 29.01.97, 03.07.97 o 05.02.98), de modo que por análogas razones no puede trabajar por cuenta ajena en esa empresa como encargado, lo que es el caso, por lo que ni podía autocontratarse bajo una relación de contrato temporal por obra o servicio determinado como hizo, por cierto sin determinación alguna, ni como personal de alta dirección como sostiene incorrectamente en la demanda.

Por otro lado, no se niega en la demanda que la comisión de la infracción tipificada en el artículo 30.3.3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones

de orden social, constitúe una infracción muy grave de los trabajadores por tratarse de una connivencia con el empresario para la obtención indebida de prestaciones por desempleo, de modo que, si esa conducta estuviera probada, el demandante merecería la sanción establecida en el artículo 46.1.3 de la misma ley.

Pues bien, 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 efectivo ha probado la trabajadora sancionada, de modo que, si bien esta circunstancia podría merecer ya la conformidad a derecho de la resolución sancionadora impuesta, es necesario penetrar en el fondo de la cuestión para esclarecer posibles dudas que pudieran presentarse en orden a dejar ya constancia de los hechos indubitables y de las pruebas que podrían haberse presentado de uno y otro lado. Sobre este particular debe recordarse que, como afirma la STS de 23.04.01, y recuerda la reciente sentencias de esta misma Sala de 27.01.03, las infracciones pueden también deducirse del artículo 1253 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, y es precisamente esto lo que sucede.

En efecto, si la relación laboral ya no estaba correctamente formalizada en su origen por no poderse concertar por cuenta ajena, menos aún se justifica el cese de la misma cuando ni siquiera se ha expresado la obra o servicio excepcional que motivó la contratación; pero si alguna duda pudiera existir sobre esos propósitos bajo un contrato de obra o servicio determinado, menos dudas ofrecería bajo el amparo de un contrato especial de alta

dirección, pues no resulta razonable que el trabajador hubiera perdido la confianza en sí mismo, que es lo que sucede cuando don M.F.C., esta vez actuando como administrador, se comunica a sí mismo su cese como encargado.

En suma, debe confirmarse la adecuación a derecho de la resolución impugnada y la sancionadora de que trae causa y, con ello, debe desestimarse el presente recurso.

TERCERO.- 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 representación de don M.F.C., contra resolución de 21.05.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 44/97, por pérdida de prestaciones por desempleo, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, y, en consecuencia, confirmamos la adecuación a derecho de la resolución impugnada. No se hace condena en costas.

3592 Recurso núm. 375/03

S.S. O ACOSO SEXUAL DE EMPRESARIO A TRABALLADORA XUSTIFICA O EXERCICIO DE ACCIÓN RESCISORIA DO CONTRATO POR PARTE DA MESMA, CON SUXECCIÓN Ó PRAZO DE PRESCRICIÓN DUN ANO CORRESPONDENTE ÁS ACCIÓNS DERIVADAS DO CONTRATO DE TRABALLO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a diecinueve de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 375-03, interpuesto por don M.K.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 103/02 se presentó demanda por doña A.M.C. en reclamación sobre RESCISIÓN siendo demandado don M.K.S. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha diecinueve de diciembre 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.- Probado que la demandante ha venido prestando sus servicios laborales al demandado desde el día 1 de diciembre de 1993, con la categoría de dependiente. Con fecha 1 de noviembre de 2001 se produce la conversión en contrato indefinido a tiempo completo pasando a percibir un salario líquido de (81.899 pesetas) 492,22 Euros mensuales líquidos con inclusión de pagas extras. Segundo.- Probado que el demandado está casado con una hermana de la madre de la demandada. Tercero.- Probado que el demandado en fechas no determinadas pero si a partir de noviembre del año 2000; mantuvo una conducta continuada con la demandante consistente en dirigirle con frecuencia frases como “que guapa estas hoy” después de darle un beso; “abrir las cortinas del probador cuando la demandante probaba un pantalón, para observarle; decirle “estás deseando que te la meta hasta el fondo”; hechos no consentidos por la demandante lo que se le advirtió al demandado y como este no cesase en su proceder la demandante dijo a su madre lo que ocurría en el trabajo, lo que provocó una discusión de la madre de la actora con su cuñado el demandado durante la cual la madre de la demandante abofeteó al demandado. Cuarto.- La demandante inició el día 01.12.01 situación de Incapacidad Temporal por padecer “crisis de ansiedad”, situación en la que continúa. Quinto.- La demandante no ostenta cargo sindical de clase alguna. Sexto.- Con fecha 25.01.02 se celebró ante el SMAC acto de con-

ciliación sin avenencia; la papeleta de conciliación se presenta el día 14.01.02.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña A.M.C. contra don M.K.S. debo declarar y declaro extinguida la relación laboral que vinculaba a las partes los litigantes desde la fecha de esta resolución por estimar que concurre la causa de extinción que regula el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y en consecuencia de tal declaración debo condenar y condeno a la demandada a que abone a la actora una indemnización de 6.682,97 Euros (1.111.953 pesetas)”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha diecinueve de diciembre del dos mil dos del Juzgado de lo Social Nº 3 de Ourense, seguido a instancia de doña A.M.C. contra el demandado don M.K.S., por parte del demandado, basándose el mismo en primer lugar al amparo del art. 191.b de la LPL en la revisión de hechos declarados probados en la sentencia, concretamente la supresión del hecho probado tercero habida cuenta de que el sustento probatorio del mismo consiste en una cinta grabada sin consentimiento ni conocimiento del empresario demandado, no constituyendo un medio de prueba válido al haber sido obtenido ilícitamente, vulnerándose con ello el derecho fundamental a la intimidad. Y con carácter subsidiario que se le de una nueva redacción al mismo, así el tercero, el cual dice: “Probado que el demandado en fechas no determinadas pero si a partir de noviembre del año 2000; mantuvo una conducta continuada con la demandante consistente en dirigirle con frecuencia frases como “que guapa estas hoy” después de darle un beso; “abrir las cortinas del probador cuando la demandante probaba un pantalón, para observarle; decirle “estás deseando que te la meta hasta el fondo; hechos no consentidos por la demandante la que se le advirtió al demandado y como este no cesase en su proceder la demandante dijo a su madre lo que ocurría en el trabajo, lo que provocó una discusión de la madre de la actora con su cuñado el demandado durante la

cual la madre de la demandante abofeteó al demandado.”, para que se diga: “La demandante, en fecha 07.12.01, mantuvo con el demandado una conversación grabada sin conocimiento de éste, en el cual recrimina a su empleador que desde el mes de noviembre del año 2000, este le dirige frases tales como: “que guapa estas hoy”, “que ojos más bonitos tienes”, y que el 14 de febrero del año 2001 el empresario le dice: “hoy es nuestro día” después de darle un beso; abrir las cortinas del probador cuando la demandante probaba un pantalón, para observarle; “estas deseando que te la meta hasta el fondo”, basándose para ello en el folio 88 de las actuaciones.

En primer lugar para proceder a la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia, de conformidad con el art. 194.3 de la LPL será necesario que se cite de manera expresa y concreta la prueba documental y/o pericial en la que se basa y que demuestre el error del Juzgador en la apreciación de la prueba. No siendo válido la supresión por entender vulnerado un derecho fundamental en la obtención de la prueba ya que el motivo en el que se fundaría sería el apartado a. del art. 191 concretamente la nulidad de actuaciones por infracción de normas o garantías de procedimiento que causan indefensión, en concreto por considerar válida una prueba obtenida ilícitamente como pretende el recurrente. Con independencia de que en infracción jurídica se proceda en el apartado posterior a analizar la prueba en concreto que ha servido para dictar la resolución que se recurre, se desestima el motivo del recurso, y por lo que se refiere a la petición subsidiaria tampoco se admite el texto alternativo ya que no se basa en una prueba documental, por que el folio 88 es el acta de juicio y es prueba de confesión la verdadera naturaleza de la prueba en que se basa la revisión.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c de la LPL se alega por el recurrente violación por no aplicación del art. 59.3 del ET y art. 103.1 de la LPL, por entender que desde que la acción pudo ser ejercitada por la actora en el mes de noviembre del 2000 se ha producido la caducidad habiendo transcurrido el plazo de 20 días. Subsidiariamente por no aplicación al amparo del mismo motivo de los arts. 59.1 y 2 del ET. Por que las acciones derivadas del contrato de trabajo prescriben al año desde que pudieron ejercitarse. Al amparo del mismo motivo procesal alega el recurrente interpretación errónea del art. 50.1.c del ET en relación

con el art. 45.1.c del mismo texto porque cuando plantea la demanda de conciliación la actora el 14.01.02 se encontraba en situación de incapacidad temporal por enfermedad común” desde 01.12.01 e incluso obtiene la grabación de la cinta el 07.12.01 seguía en dicha situación de IT por lo que la relación laboral estaba suspendida y no se puede solicitar la extinción de la relación laboral que requiere que se encuentre en activo. Finalmente alega aplicación indebida del art. 50.1.c del ET puesto que la actora adoptó una conducta pasiva desde noviembre del 2000 hasta 07.12.01 no dialoga ni se enfrenta al empresario, la trabajadora fue consentidora de la misma.

Previamente al análisis de las anteriores infracciones es necesario determinar que según establece el T. Constitucional 114/84 señala al efecto que no se produce violación del derecho fundamental cuando en la conversación que se grava y que sirve de prueba en las actuaciones ha intervenido como interlocutor la parte que presenta dicha prueba ya que en dicha conversación no es ajena o afecta solamente a terceros sino a la propia parte que interviene en la misma y que la presenta, no vulnerándose por ello el derecho a la intimidad que se alega. Así 98/00 de 10 de abril añade al respecto: “ el derecho a la intimidad personal como derivación de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE 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 sostener una calidad mínima de la vida humana “(STC 209/88, 132/88, 197/91 entre otras), en consecuencia no se produce el supuesto del art. 11.1 de la LOPJ en cuanto que “no surtirá efecto pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales”, por todo lo cual la cinta grabada goza de validez y eficacia como tal prueba que ha servido al Juzgador de instancia para basar y recoger el contenido de la misma en los hechos declarados probados de la sentencia de conformidad con el art. 90 LPL y 240.2 LOPJ en cuanto los documentos emitidos por los medios anteriores cualquiera que sea el soporte gozarán de validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos en las leyes procesales.

De conformidad con el art. 59 del ET el plazo para ejercitar las acciones derivadas

del contrato de trabajo prescribirá al año desde que pudo ejercitarse, siendo la acción que se ejercita no la del despido que tiene un plazo de caducidad de 20 días, sino la de rescisión del contrato laboral que no tiene plazo señalado por dicha ley de manera expresa, en cuyo caso se aplica el general de un año. Dicho plazo de prescripción comenzaría a contarse desde los hechos que aparecen grabados en la cinta que sirve de prueba documental que ocurrieron el 07.12.01, en consecuencia dado que se interpuso la papeleta de conciliación el 14.01.02, no ha transcurrido el plazo de un año anteriormente señalado para entenderse que ha prescrito la acción. Desestimándose, en consecuencia este alegato del recurrente.

De conformidad con el art. 45 del ET señala los supuestos en que el contrato de trabajo se encuentra suspendido, así el apartado c) señala por incapacidad temporal del trabajador, pero dicha suspensión significa que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar, pero el contrato de trabajo sigue vivo y no extinto, en consecuencia podrá ejercitarse durante el mismo las acciones que derivan de tal contrato de trabajo entre ellas la de rescisión del mismo.

Según queda acreditado en el hecho probado tercero de la sentencia, anteriormente señalado pone de manifiesto una actitud continua del empresario crea un entorno laboral intimidatorio y humillante para la persona que es objeto de la misma, exteriorizado mediante una conducta o comportamiento verbal manifestado a través de actos o de expresiones y palabras que se perciben como indeseados o indeseables, según se recogen en la cinta grabada por la actora, para la víctima que han creado un clima odioso, ingrato, poniéndose en evidencia que efectivamente no depende de la sensibilidad de la víctima sino a través de concretas expresiones recogidas y probadas que objetivamente pueden afectar a cualquier y trabajador en su entorno laboral, siendo en consecuencia, lo suficientemente grave para producir como consecuencia jurídica la rescisión del contrato que se reclamaba por la actora y la correspondiente indemnización.

En este sentido el T. Constitucional en sentencia de 13 de diciembre de 1999 refiriéndose al "acoso sexual" ha venido a señalar que ha de manifestarse en un comportamiento físico, en una conducta, o verbal manifestado en actos, gestos, palabras, comportamientos, que se perciban como indeseados o indeseables

para la víctima, que sea grave, capaz de crear un clima radical, odioso, ingrato..", lo cual ha quedado debidamente acreditado y recogido en el hecho probado tercero de la sentencia, en consecuencia de todo ello procede la desestimación del recurso interpuesto.

De conformidad con el art. 201 y 233 de la LPL procede la pérdida del depósito y la imposición de honorarios del letrado impugnante que se cifra en 150 euros.

Fallamos

Que con desestimación del recurso de Suplicación interpuesto por don M.K.S. contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2002 dictada por el Juzgado de lo Social número tres de Ourense, en autos seguidos a instancia de doña A.M.C. frente a don M.K.S. sobre RESCISIÓN, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3593 Recurso núm. 5.646/02

S.S. TERCEIRÍA DE DOMINIO. EMBARGO DE CERTIFICACIÓN DE OBRA. INEFICACIA DO TÍTULO DE PROPIEDAD APORTADO NA TERCEIRÍA. CONTRATO REALIZADO EN FRAUDE DOS TRABALLADORES.

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

A Coruña, a veinte de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.646/2002 interpuesto por "C.99, S.L." contra Auto del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En los autos de ejecución nº 154/99 y acumulados del Juzgado nº 2 de Santiago, seguidos a instancia de doña P.R.B. y otros contra la empresa "V.C., S.A", se acordó por resolución de fecha 1 de septiembre de

1999 el embargo, entre otras, de la certificación de obra relativa a la "Red Separativa Pluviales y Saneamiento en Arteixo Oeste, Arteixo Este, Baiuca/ Ponte do Ba, Baer, Seixedo Arteixo 1ª fase anualidad 99 del año 2000".

SEGUNDO.- En fecha 28.04.00 "C.99, S.L." presentó ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago, autos de ejecución 154/99 y acumulados, demanda de tercería de dominio respecto de la indicada anteriormente certificación de obra embargada. Por resolución de 02.05.00 el Juzgado acordó citar a comparecencia a las partes y a "C.99, S.L." para el día 7 de junio siguiente; en tal fecha tuvo lugar la misma con el resultado de obra en autos.

TERCERO.- El Juzgado nº 2 de Santiago dictó Auto el 18.10.00 con la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando como desestimo la demanda de tercería de dominio interpuesta por doña M.P.O., procuradora de los Tribunales y de "C.99, S.L." (antes, "S.A.D.M., S.L.") contra la mercantil "V.C., S.A" y los trabajadores ejecutantes, debo declarar y declaro no haber lugar a alzar el embargo cursado sobre la certificación de obra que se relaciona en el Hecho Primero de dicha demanda, sin haber lugar a hacer expresa imposición de costas en esta instancia."

Recurrido en reposición por "C.99, S.L.", se desestimó el recurso por nuevo auto del Juzgado de 05.12.00, resolución anulada en suplicación por sentencia del TSJ de Galicia de 03.07.01. El Juzgado dictó nuevo Auto en fecha 01.02.02 desestimando el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 18.10.00.

CUARTO.- "C.99, S.L." interpuso Suplicación contra el referido Auto, que fue tramitado en forma tras ser oportunamente formalizado y que no fue impugnado de contrario. Elevados los Autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre "C.99, S.L." en solicitud de que se resuelva reponer los Autos al momento del juicio y se celebre de nuevo este, se revisen los hechos contenidos en el Auto de 01.02.02 en la forma que se pide y se admita la infracción de las normas que aduce estimando la tercería interpuesta. A estos efectos formula los siguientes motivos.

1º) Al amparo del art. 191.A LPL "por no reflejar en el acta del juicio las conclusio-

nes de las partes, lo que vulnera el art. 89 LPL y ocasiona indefensión contraria al art. 24 CE".

2º).- Al amparo del art. 191.B LPL "pues se incluye como hecho probado que la cesión de la certificación efectuada por "V.C., S.A" a favor de "C.99, S.L." carece de causa porque "no se ha demostrado la existencia de previa deuda determinada, líquida y exigible de la que trajera causa".

3º).- Al amparo del art. 191. B LPL "en cuanto se refleja un error en los hechos que contiene la demanda al decir que la controversia de acciones han generado diversas diferencias que no se especifican en la demanda de tercería ni en la propia escritura".

4º).- Al amparo del art. 191.B LPL "por afirmar el auto recurrido que se fija modo de pago de los referidos 175.000.000 ptas (en todo caso antes del 30 de mayo de 1999), pago que en modo alguno consta como efectivamente realizado.

5º).- Al amparo del art. 191.C LPL "por infracción del artículo 1.462, 1.463 y 1.464 del C.C. en relación con el art. 1.101 de la Ley de contratos de las Administraciones Publicas, el art. 1.112 del C.C. y 1.562, 1.527, 1.218 y 1.227 del C.C."

6º).- Al amparo del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral "por infringir los arts. 1.526 en relación con los arts. 1.278, 1.290, 1.291,3, 1.294, 1.295, 1.297, 1.298, 1.300, 1.261, 1.262 y ss, 1.271 y ss y 1.274 y 1.111 del C.C. al declarar el auto recurrido que la transmisión de activos y en particular de la certificación objeto de tercería no es título bastante para que prospere la tercería por estar celebrada en fraude de acreedores".

Y 7º).- Al amparo del art. 191.B "en cuanto el auto por el que se desestima el recurso de reposición fundamenta éste en la falta de título, pues la escritura de 9 de abril carece de validez al no acreditarse la representación de don J.L.C.", invocándose ratificación y el art. 1.259 C. Civil.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso resulta inacogible. El acta aludida en este motivo aparece en los Autos a los folios 80 y 81, y en ella se reflejan las alegaciones y pruebas de las partes sin que se hiciera constar protesta alguna, con las firmas correspondientes, previendo para estos casos la LPL (art. 258.3) comparecencia del art. 236 LPL. De esta manera, no cabe la vulneración que del art. 89 de la LPL se denuncia ni la indefensión que

invoca la parte al hilo de ella. Tanto más cuanto que en referido motivo se acaba por argumentar en términos de cuestión de fondo, propios de art. 191.C LPL, puesto que en él se dice que del “expresado error deriva que el juzgador no ha tenido en cuenta la estipulación 1ª de la escritura de 09.04.99.....”, alude al endoso y su causa, y termina asegurando que “han de sustituirse las afirmaciones del auto por otras en las que se declare que las certificaciones de obra en cuestión se cedieron por la compraventa celebrada en la escritura de 09.04.99.....”, todo lo que evidentemente, es propio de motivo de recurso distinto, de un examen del derecho aplicado vía art. 191.C LPL, y no es susceptibles de propiciar nulidad de actuaciones alguna.

TERCERO.- Los motivos de recurso 2º, 3º y 4º, que se dicen formulados al amparo del art. 191.B LPL, llevan a las siguientes consideraciones:

A) El propio enunciado del primer motivo formulado al amparo del art. 191.B LPL (el 2º del recurso), según se dejó transcrito en el fundamento jurídico 1º de esta resolución, ya resulta explícito de que lo que se está alegando no es cuestión a resolver en términos fácticos sino esencialmente jurídicos. Y lo ratifica el que en el propio motivo la parte afirma que “el expresado error deriva de que el juzgador no ha tenido en cuenta la estipulación primera de la escritura de 09.04.99 que dice.....”, y cuando termina interesando lo siguiente: “por ello han de sustituirse las afirmaciones del Auto por otras en las que se declare que las certificaciones de obra en cuestión se cedieron por la compraventa celebrada en la escritura de 09.04.99..... y esta es su causa”.

En suma, declarado el otorgamiento efectivo de la escritura de 09.04.99 y constando asimismo en autos (folios 64 a 66) el endoso en 30.04.99 d e la certificación de obra objeto de tercería a “S.A.D.M., S.L.”, luego “C.99, S.L.” (se dice en el auto del Juzgado de 18.10.00 y al folio 20, entre otros), y su notificación a la Diputación en 05.05.99, que en todo caso se declara ahora, lo restante a que alude la parte en este motivo es cuestión jurídica, a examinar como tal en términos de suplicación del art. 191.C LPL.

B).- A similar planteamiento que el anterior conduce el 2º motivo formulado al amparo del art. 191.B LPL (el 3º del recurso) Se agota el contenido sustancial del motivo en

un análisis y valoración de la escritura de 09.04.99 en conexión con otros documentos, hasta el punto de que concluye la parte diciendo que “es pues claro según la propia escritura la controversia existente, por lo que el auto debería de reflejar que la controversia existente entre las partes es el impago de las acciones transmitidas por don J.L.C. a “Trep, S.A.” de la entidad “V.C., S.A” así como la valoración de estas”. Aparte de no encerrar esto un texto revisor fáctico formulado en debida forma, en todo caso el motivo se reconduce a términos de valoración jurídica al amparo del art. 191.C LPL a partir de la existencia constatada de la escritura de fecha 09.04.99, su contenido y efectos, y documentos complementarios a que se alude obrantes en autos.

Y C) En el motivo 4º del recurso se formula el último motivo al amparo del art. 191.B LPL, cuyo enunciado también se dejó dicho en el primer fundamento de esta resolución. Se alude en él a la cuestión del pago de los 175.000.000 ptas consignados en la escritura de 09.04.99, que también indica como se van a pagar: 24 millones mediante cheque que se dice entregado en el acto y el resto mediante dos pagarés con vencimiento el día 22.04.99 (100 millones) y 30.05.99 (51 millones) Tal es lo que como HP corresponde declarar -en el contexto íntegro de la escritura publica de 09.04.99- al no constar otra cosa ex post al respecto, remitiendo en lo restante a cuestión jurídica en torno a la eficacia de la escritura referida y su contenido y examen de consecuencias respecto de la tercería, careciendo de trascendencia a otros efectos y en términos de art. 191.B LPL las argumentaciones del motivo sobre la veracidad del documento público, que los demandados podían haber solicitado del banco oportuno si se han atendido los pagarés.

CUARTO.- Las infracciones normativas que denuncia “C.99, S.L.” en los motivos de recurso 5º, 6º y 7º al amparo del art. 191.C LPL (si bien el 7º se dice que lo es al amparo del art. 191.B, su contenido propio es de examen del derecho) y que se dejaron explicitadas en el precedente fundamento jurídico primero, son susceptibles de un tratamiento unitario en razón de su propio contenido y de la cuestión de fondo que viene planteada en el recurso; que no es sino la viabilidad de la demanda de tercería de dominio interpuesta y cuyo objeto es, alegando “C.99, S.L.” su propiedad al efecto, el levantamiento del embargo recaído sobre la certificación de obra nº 1, Diputación

Provincial A Coruña (folio 64), referida a “Red Separativa Puviales y Saneamiento en Arteixo Oeste, Arteixo Este, Baiuca/Ponte do Ba, Baer, Seixedo”, embargo decretado en la ejecución 154/99 en fecha 01.09.99 (folio 67) seguida por doña P.R.B. y otros contra “V.C., S.A.”.

QUINTO.- La tercería de dominio en el ámbito de la ejecución laboral queda perfilada en el artículo 258 LPL, que la contempla como un instrumento en poder del tercero que considere que le pertenece un bien embargado en una ejecución laboral para obtener la cancelación del tal embargo ante y por el órgano judicial de lo Social. La resolución judicial se limita a mantener el bien afecto a la ejecución o a cancelar el embargo (art. 258.1 LPL, en armonía con los arts. 601 y 603 LEC), no produciendo efectos fuera del proceso de ejecución, por lo que no hay cosa juzgada material ni, consecuentemente, atribución con plenos efectos de la propiedad sobre el bien embargado, a cuyo efecto el tercero tiene a disposición el proceso civil.

Con este contexto la legitimación activa en términos del art. 258.1 LPL la ostenta quien siendo ajeno al proceso, está invocando el dominio sobre los bienes embargados adquirido ex ante embargo, debiendo aportar con la solicitud (art. 258.2 LPL) el título correspondiente- apto jurídicamente- al efecto, que debe ser referido al dominio o derecho embargado y justificarlos oportunamente, pronunciándose la resolución judicial sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo respecto de la ejecución en curso (en el sentido limitado antes dicho).

Bajo esta perspectiva se examina el título que “C.99, S.L.” esgrime en la demanda de tercería y en cuya virtud interesa el alzamiento del embargo sobre la certificación de obra de que se dejó hecha mención. Referido título está constituido por la escritura pública de 09.04.99, que se dice contrato de venta de activos, transacción para el pago aplazado de acciones, constitución de aval y prenda, otorgada por “V.C., S.A.”, y por J.M.B., “A.C.A., S.A.”, “T.R.E.P., S.A.”, don J.L.C. en su propio nombre y derecho y además en nombre y representación de “S.A.D.M., S.L.”-actualmente, “C.99, S.L.”- y don M.L.C., en su propio nombre y derecho. En ésta escritura pública aparece –estipulación 1ª. “V.C., S.A” transmitiendo “ en este acto –folio 28- la maquinaria que se relaciona en el anexo 9 libre de cargas y gravámenes, los derechos de liquidación de las obras que se relacionan en el anexo 10 y cede

los contratos de obra que se relacionan en el anexo 11 en los que se incluye la obra ejecutada y no certificada a “S.A.D.M., S.L.”, quien los acepta y adquiere..... Segunda- Como precio de la transmisión de la propiedad y cesión de derechos a que hace referencia la estipulación primera, “S.A.D.M., S.L.”, abonará un máximo de 175.000.000 ptas..... que serán entregadas directamente a los acreedores que se expresan en el anexo 12.....”.

Negada por la resolución recurrida la eficacia del título invocado, “C.99, S.L.”, en aras de mantener la aptitud jurídica del mismo y de rebatir las argumentaciones de instancia, denuncia las infracciones que ya se dejaron dichas, reconducibles -todas ellas- a un examen de validez y eficacia de aquel título a los efectos y en los términos previstos en el art. 258 de la LPL.

SEXTO.- La escritura pública de 09.04.99, contrato de venta de activos, transacción para el pago aplazado de acciones, constitución de aval y prenda, con el contexto de relaciones e intereses que se explicitan en el “exponen” de la propia escritura (folios 26 vuelto a 28), alberga las estipulaciones concretas que se dejaron expresadas en el fundamento precedente: “V.C., S.A” transmite en aquel acto maquinaria, derechos de liquidación de obras y contratos de obra, entre estos la certificación de obra embargada en la ejecución 154/99- Santiago nº 2, siendo el precio de la transmisión 175.000.000 ptas a hacer efectivo como indica la estipulación 2ª. Consecuencia de ello fue que la certificación de obra “Red Separativa Pluviales.....” (Anexo 11, nº 6 de las cedidas) fue endosada a “S.A.D.M., S.L.” en 30.04.94 y así comunicado a la Diputación de A Coruña en 05.05.99.

Sin desconocer esta escritura pública, el contrato de transmisión por precio que contiene y que fue objeto de la misma la certificación antes aludida –de conformidad con el art. 1526 de C.Civil, pudiendo ser objeto de contrato cosas y derechos- y, con base a ella, su endoso y demás que se dijo, lo que en principio y a sus efectos se presenta como título perfeccionado con consumación contractual y sin que respecto del precio no conste sino la cierta previsión contractual, resulta: A) por un lado, a la fecha de otorgamiento de tal escritura “V.C., S.A” había reconocido a favor de los demandantes-ejecutantes las deudas salariales que se dicen en el HDP 3º de la sentencia dictada en los Autos nº 381/99-Santiago nº 2, ejecución 154/99

(folios 1 a 3); haciéndolo precisamente en acto conciliatorio habido el día 17.03.99. B) por otro, en la propia escritura de 09.04.99 se deja constancia –“exponendo” 5º, folio 27 vuelto y 28- de que “V.C., S.A”, desea cesar en su actividad en la CCAA de Galicia, a cuyo efecto tiene la voluntad de ceder los activos y pasivos de dicha delegación, que son los que se contemplan en el exponendo II, estando interesada “S.A.D.M., S.L.”, en adquirir los activos reseñados y subrogarse en los pasivos hasta el límite que se dirá”; también en ella se reconoce la existencia de una plantilla de trabajadores al servicio de “V.C., S.A” y de ciertas deudas. Precisamente, a estas fechas los demandantes ejecutantes en el actual proceso mantenían relación laboral vigente con “V.C., S.A”, presentando demanda de resolución de contrato contra la misma en junio de 1999 por impago de salarios de mayo a julio de 1999, dando lugar a los autos 381/99- Santiago nº 2 y sentencia estimatoria de la demanda el día 15.07.99 (folios 1 a 3). Y C) finalmente, fue la ejecución de referida sentencia-ejecución 154/99, Autos 381/99- la que propició, ante el impago de la condena, que el Juzgado decretase en 01.09.99 (folio 67) el embargo de la certificación de obra “Red Separativa Pluviales y Saneamiento en Arteixo.....”.

Al margen de no resultar obstativa a los efectos de la pretensión que formula “C.99, S.L.” la actuación en la escritura de 09.04.99 de don J.L.C. como mandatario verbal de “S.A.D.M., S.L.” sin acreditar representación, lo que advirtió en la propia escritura el notario autorizante (folio 26), pues cabe constatar ratificación ulterior (don M.L.C. actúa como administrador único de “C.99, S.L.”, antes aquella SL y así promueve la presente tercería), y de que aparezca endoso de la titularidad respecto de la certificación embargada, lo cierto es que el alegado no puede considerarse título eficaz y oportuno a los efectos presentes, de tal modo que no cabe alzar el embargo de que se trata, como ya resolvió el juzgador de instancia; máxime cuando de atender in integrum al título mismo y a su pretendida eficacia sería incluso susceptible de explicitar la cesión de una unidad productiva, una sucesión, en cuanto que en él se expresa que “V.C., S.A” desea cesar en su actividad en la C.A. de Galicia, a cuyo efecto tiene la voluntad de ceder los activos y pasivos de dicha delegación, que son los que se contemplan en el exponendo II, estando interesada “S.A.D.M., S.L.”, en adquirir los activos reseñados y subrogarse en los pasivos

hasta el límite que se dirá.....”, transmitiéndose por precio maquinaria, contratos de obra.....

Al margen de diferencias, discrepancias y controversias existentes entre los otorgantes de la escritura Pública de 09.04.99 y que se explicitan en la misma y documentación conexas, lo cierto es que también aparecen vinculaciones patentes entre “V.C., S.A” y “S.A.D.M., S.L.”, algunas de las cuales se ponen de relieve en el Auto del juzgado desestimatorio de la tercería –“la actual “V.C., S.A” se fundó bajo la denominación de “J.L.C., S.A.”, que el consejero delegado de aquella es precisamente el Sr. B. y de esta manera actuó en la referida transmisión de activos, que don J.L.C. actuó a su vez como mandatario verbal de “C.99, S.L.” y que, justamente, el contrato de compraventa de acciones aludido se celebró entre ambos”-; otras se reconocen en el propio recurso –“Como hasta el momento de la enajenación de las acciones (16.02.98) don J.L.C. era prácticamente dueño de “V.C., S.A” y su suerte y fama empresarial iban unidos a los de la entidad, todas las actuaciones de esta venían siendo avaladas por don J.L.C. a título personal...” (motivo 6º del recurso); o resultan documentalmente, como que en la escritura de 09.04.99 es don J.L.C. la persona que actúa en nombre y representación de “S.A.D.M., S.L.”, hoy “C.99, S.L.”, que sin embargo tiene como administrador único, y así acciona el proceso de tercería presente, a don M.L.C. (F. 20), que interviniente en la escritura de 09.04.99 lo hacía en ella meramente “en su propio nombre y derecho” (F.26 vto)...

No aparece en el caso un título eficaz en términos de la tercería presente en cuanto que explicitándose en la propia escritura pública de 09.04.99 la existencia a aquella fecha no solo de acreedores, de deudas laborales también, sino de una plantilla de trabajadores al servicio de “V.C., S.A” y que esta empresa había decidido cesar en su actividad en Galicia y por ello cedía “los activos y pasivos de dicha delegación”, en concreto la certificación luego embargada, mediante tal transmisión y en aquellas condiciones se obviaban y desconocían de manera no justificable los derechos de la plantilla de trabajadores en activo, ya en aquel momento de necesaria contemplación dado el cese de la actividad empresarial decidido y la venta de lo que se hacía, quedando la empresa a consecuencia de la misma sin los activos existentes hasta entonces conocidos y realizables y los trabajadores desprotegidos en orden a sus derechos actuales y los ya ciertos de futu-

ro inmediato, lo que trascendía, viciándola, a la causa contractual por finalidad ilícita, por motivación no protegible, permitiendo acoger el concepto y significado de causa ilícita, según la jurisprudencia, las convenciones ilícitas por su motivo integrado en el contenido del contrato o por el de la operación en su conjunto o por ser ilícito el móvil determinante del contrato, que trasciende a la estructura esencial del contrato mismo. En otro caso haciéndose el negocio revocable por fraude –planteado en la instancia y afirmado en la resolución desestimatoria de la demanda de tercería– en cuanto que tal figura, como acción rescisoria y de condición subsidiaria, contempla situación y requisitos aquí concurrentes, puntualizándose: que por excepción cabe la acción por crédito posterior si aparece que la enajenación ha sido realizada previéndolo y en fraude de su futura y segura existencia; que el perjuicio, como eventum damnis o producción de la insolvencia del deudor, no precisa de un juicio previo de declaración de insolvencia del deudor, sino deducción de que los acreedores no tienen otra vía oportuna de cobro; y que el fraude, es también conciencia del daño, que el deudor no ignore que después de realizado el acto dispositivo no queden bienes bastantes o la obligada previsión de que ese será el resultado, con cierto conocimiento del mismo por el tercero. Todo lo cual aparece suficientemente en autos, recordándose asimismo las vinculaciones entre los otorgantes y el contenido mismo de la escritura pública de 09.04.99, sin que un título en tales términos pueda entenderse que cumple las exigencias del art. 258 LPL en orden a estimar una tercería de dominio y alzar el embargo de que se trata.

Por consiguiente, por las razones expuestas no son acogibles los motivos del recurso y las infracciones que en ellos se denuncian en orden a anular actuaciones y/o estimar la tercería interpuesta, decayendo así el recurso mismo y su pretensión, con la confirmación de la resolución recurrida

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por “C.99, S.L.”, confirmamos el auto dictado con fecha 01.02.02 por el Juzgado de lo social nº 2 de Santiago en autos de ejecución nº 154/99 y acumulados, confirmatorio del auto de fecha 18.10.00, que desestimó la demanda de tercería de dominio interpuesta por la empresa recurrente contra “V.C., S.A” y los trabajadores ejecutantes.

3594 Autos núm. 7/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. ELIMINACIÓN DE GARDAS. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. XUSTIFICACIÓN DA MEDIDA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a veintiuño de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los autos de esta Sala núm. 7/2001 seguidos a instancia del COMITÉ DE EMPRESA DE TELEFONICA, contra la empresa TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. siendo el objeto del litigio CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 22 de octubre de 2001 tuvo entrada en esta Sala de lo Social demanda de Conflicto Colectivo formulada por el Comité de Empresa de Telefónica, contra la Empresa Telefónica de España, S.A.U., que fue admitida a trámite citándose a las partes para comparecer al acto de juicio que tuvo lugar el 08.11.01, y se dictó sentencia en fecha 14-11-01, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la excepción de caducidad alegada por la empresa demandada y sin entrar en el fondo del asunto debemos absolver y absolvemos en la instancia a la empresa demandada Telefónica de España S.A.”

SEGUNDO.- Que la citada sentencia fue recurrida en Casación para unificación de la doctrina por la parte demandante COMITÉ DE EMPRESA TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A., dictándose sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 5 de diciembre de 2002, cuya parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Estimamos el recurso de casación interpuesto por COMITÉ DE EMPRESA DE TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2001, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en procedimiento nº

7/2001, seguidos a instancias de dicho Comité contra la empresa TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. sobre conflicto colectivo; y, en su virtud, con la previa declaración de no haber caducado la acción colectiva ejercitada por el indicado Comité, acordamos la devolución de las actuaciones a la Sala de procedencia para que se pronuncie con libertad de criterio sobre la cuestión de fondo planteadas en el presente procedimiento. Sin costas.”

TERCERO.- Por providencia de fecha 19.02.03 se designa un nuevo Ponente, por causar baja por enfermedad la anterior, así como por fallecimiento del Magistrado-Presidente de la Sección, se acuerda por providencia de 20.02.03, celebrar un nuevo juicio, citándose a las partes para comparecer al acto de juicio que tuvo lugar el día 13 de los corrientes, representando al Comité de Empresa su Presidente don J.B., asistido por el Letrado don F.M.R. y por la Empresa Telefónica de España S.A.U., es representada y asistida por el letrado don J.M.F.. Abierto el acto, por la parte actora se ratifican en su demanda y por el representante de la demandada se opuso a la misma por los motivos que constan acreditados en autos; recibido el juicio a prueba, por las partes se propone documental y testifical, que fue declarada pertinente, constando su unión a los autos, previo traslado, procediendo seguidamente a la restante prueba propuesta. En trámite de conclusiones, las partes después de insistir en sus pretensiones las elevaron a definitivas quedando el juicio para votación y fallo.

En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Luis Martínez López.

Hechos declarados probados

PRIMERO.- Que con fecha de 03.08.01 el Comité de Empresa de Telefónica de ESPAÑA presentó escrito ante la Autoridad Laboral (Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais) promoviendo Conflicto Colectivo y previa celebración del acto conciliatorio, el día 9 de agosto de 2001, la Autoridad laboral, (Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais) presentó comunicación, solicitando el inicio del procedimiento de conflicto colectivo, que tuvo entrada en el decanato de los Juzgados de lo Social el día 21.08.01. Demanda repartida al Juzgado de lo Social nº 1 de La Coruña, donde se siguieron los autos nº

650/2001 habiéndose dictado auto de fecha 27.09.01 declarándose la incompetencia de ese Juzgado para conocer del asunto y acordándose el archivo de los autos. Con fecha de 19.10.01 la Autoridad Laboral (Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais), dirigió nueva comunicación a la Sala de lo Social de este Tribunal promoviendo nueva demanda de Conflicto Colectivo.

SEGUNDO.- Que el presente Conflicto Colectivo planteado por la parte social en relación con la decisión empresarial de suprimir las guardias en sábados, domingos y festivos en el Área de Mantenimiento Red de La Coruña y provincia, afecta a 19 trabajadores con la categoría de operadores auxiliares de planta externa de la provincia de La Coruña, de la empresa Telefónica de España S.A.

TERCERO.- Que con fecha de 11 de julio de 2001 la empresa demandada comunica al Comité de Empresa la decisión de que el personal dejara de prestar atención (guardias) en sábados, domingos y festivos en el Área de Mantenimiento de la Red de la Coruña y provincia. Asunto: guardias en planta exterior.

CUARTO.- Que con fecha de 12.07.01 la empresa demandada envió a los 19 operarios auxiliares de planta externa comunicación escrita de la decisión empresarial de supresión de guardias en sábados, domingos y festivos, comunicándoles que dicha modificación será de aplicación una vez transcurrido el tiempo establecido al efecto (30 días a contar desde la presente notificación) y dada la coincidencia con fechas de periodo vacacional, será en la próxima rueda prevista para septiembre de 2001, cuando dejara de ser prestada la citada atención en régimen de guardias.

QUINTO.- Con fecha 21 de mayo de 1999, Telefónica de España, solicitó, por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, en la Dirección General de Trabajo, autorización para rescindir la contratos de trabajo de hasta un máximo de 10.846 trabajadores, 5.380 en el año 1999 y 5.469 en el año 2000, sobre un total de 51.658 trabajadores que constituyen la plantilla laboral, pertenecientes a los centros de trabajo valorados en el expediente, siendo autorizada la extinción.

SEXTO.- Que eran dos trabajadores para toda la provincia los que realizaban guardias en sábados, domingos y festivos y que durante esos días de guardia percibían una retribución superior entre 4.000 y 7.000 ptas más al mes.

Durante las guardias sólo realizaban funciones propiamente de guardia no todas las propias de su categoría. Tampoco se atendían todo tipo de averías sino únicamente las pequeñas, desplazándose para la reparación de las mismas desde su lugar de residencia. Después de la guardia se disfrutaba de los mismos días de libranza.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El Comité de Empresa de la Cía. Telefónica de España plantea demanda de conflicto colectivo contra la empresa al considerar que la decisión adoptada por Telefónica España de que a partir del mes de septiembre de 2001 el personal dejará de prestar guardias en sábados, domingos y festivos en el Área de Mantenimiento de la Red de A Coruña y provincia, es una medida que implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, en consecuencia solicita que se deje sin efecto la eliminación de aquellas guardias y se reponga a los trabajadores que las venían realizando en sus anteriores condiciones de trabajo. Por la empresa demandada se opone a la demanda entablada alegando que no se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino de una nueva operatividad de las guardias que se enmarcaría dentro de las facultades de organización y dirección del empresario y, en todo caso, si se entendiese que hay modificación sustancial, la decisión llevada a cabo por la empresa estaría justificada por la nueva competencia en el sector y prueba de ello es el expediente de regulación de empleo autorizado por el Ministerio de Trabajo.

La primera cuestión que se nos plantea es determinar si la medida adoptada por Telefónica supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los trabajadores del Área de mantenimiento Red de A Coruña y su provincia, tal como postula el Comité de Empresa accionante o por el contrario, como sostiene la parte demandada, tal decisión se enmarca dentro de las facultades de organización y dirección que ostenta el empresario.

Según el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las materias de jornada de trabajo y horarios. No toda variación de la jornada y horario de trabajo puede siempre considerarse modificación sustancial de condiciones, ya que como decla-

ra reiterada doctrina jurisprudencial, no toda alteración por la empresa de alguna de las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 41 pueden considerarse modificaciones sustanciales, sino, tan sólo, las que efectivamente reúnan esta nota de sustancialidad que implica necesariamente que afecte a alguno de los aspectos más relevantes de aquellas materias, por lo que, al margen de que la medida pueda o no obedecer a razones económicas, técnicas, organizativas o de producción relevantes a estos efectos, es imprescindible que la modificación implique una alteración importante de las condiciones de trabajo, y no se limite a una simple y mínima reforma únicamente referida a aspectos residuales de alguna de estas materias. Bajo esta perspectiva hemos de examinar la medida adoptada por la empresa de suprimir las guardias en sábados, domingos y festivos en el Área de Mantenimiento de A Coruña y provincia; conviniendo que aunque con tal medida no se ha operado, con carácter general, una modificación de horario que era y sigue siendo de 7'30 horas a 15h ó de 8 a 15'30, lo cierto es que los trabajadores afectados por tal decisión, que pertenecen a las categorías profesionales de OAPV (Operador Auxiliar de Planta Externa), OASPV (Operador Auxiliar de Servicio Postventa) y OAPI (Operador Auxiliar de Planta Interna), han visto afectada la jornada de trabajo desde el momento que la supresión de las guardias le supone, además de ver mermada su retribución entre 4.000 y 7.000 ptas., perder los días de libranza que le proporcionaban el haber prestado los servicios de guardia, lo que convierte a la medida adoptada por la empresa en una modificación sustancial que ha de acogerse a los trámites del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- Llegados a este punto de entender que estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cabe resaltar que uno de los rasgos que identifican la adopción de esta medida, prevista en el artículo 41 de Estatuto de los Trabajadores, es la exigencia de una concreta causa justificativa de la introducción de los correspondientes cambios en las condiciones de trabajo, o como señala dicho precepto, "cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordarse la modificación de las condiciones de trabajo"; a diferencia del poder de dirección ordinario derivado del artículo 20 del precitado texto legal, donde no se exige explicar las razones condicionantes de la decisión empresarial.

Aduce la parte de demandante en su escrito de demanda que la medida empresarial adoptada vulnera el artículo 114 del texto refundido de la normativa laboral de Telefónica, al que se remite el Convenio Colectivo de la empresa, en cuanto establece la obligación de realizar el servicio durante los sábados, domingos y festivos. La sola lectura de dicho artículo nos lleva a rechazar tales alegaciones pues el precepto en cuestión lo que establece es que el personal de planta externa deberá realizar todas las funciones de su categoría que sean necesarias para la reparación de averías durante los sábados, domingos y festivos, así como la reparación de averías urgentes y los trabajos que, por su naturaleza, deban ser programados para esas fechas. Es decir, ni impone la obligación de mantener las guardias en los días señalados con el personal de plantilla, ni tampoco reconoce derecho alguno a dichos trabajadores, sino que se limita a fijar el deber de aquellos trabajadores a realizar todas las funciones de su categoría.

Solo resta por examinar si la medida adoptada por la empresa se encuentra debidamente justificada, pues la expresión legal contenida en el repetido artículo 41 del E.T. "cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción", conlleva la prohibición de un uso arbitrario o caprichoso de los poderes organizativos empresariales, sin que pueda admitirse un uso desviado de tales facultades modificativas. Señala la doctrina, al respecto, que este tipo de causas justificativas obliga a exigir la presencia de una relación de causalidad entre el tipo de medidas que se pretenda adoptar y las razones que las determinan. Todo se reconduce a una cuestión de límites y equilibrios para poder combinar la garantía de un funcionamiento eficiente de la actividad económica con una atención al respeto a los intereses de los trabajadores.

En el presente caso, ha resultado probado:

- a) Que el personal de guardia solo hacía funciones estrictamente de guardia, atendiendo a las averías pequeñas, y solo eran dos trabajadores para toda la provincia de A Coruña, desplazándose desde su residencia al lugar dónde se diera la avería.
- b) Que los días que permanecían de guardia otorgaban los mismos días de libranza.
- c) Que en el año 1999 la plantilla de dicha unidad de la provincia de A Coruña que

hacía guardias era de unos 50 trabajadores y que en el momento actual únicamente son 19 trabajadores.

- d) Que Telefónica de España, con fecha 21 de mayo de 1999 ha solicitado autorización para rescindir los contratos de trabajo de hasta un máximo de 10.849 trabajadores, 5.380 en el año 1999 y 5.469 en el año 2000, sobre un total de 51.658 trabajadores que constituían la plantilla laboral. Y dicha solicitud basada en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, ha sido atendida por la Dirección General de Trabajo acordando autorizar a la empresa Telefónica la extinción de los contratos de trabajo de 10.846 trabajadores de su plantilla

Si durante las guardias solo se atendían las averías pequeñas, si solo eran dos los trabajadores encargados para toda la provincia y se desplazan desde su lugar de residencia, hemos de convenir que cuando la avería estuviera distante del lugar dónde reside el trabajador que estuviere de guardia, el tiempo invertido para el desplazamiento de ida y vuelta haría que la operatividad y efectividad de dichas guardias dejara mucho que desear, todo ello agravado por el hecho de que solo se atendían averías pequeñas y únicamente eran dos los trabajadores que permanecían de guardia. Si a esto añadimos que tal disponibilidad daba derecho a la correspondiente libranza durante otros tantos días laborables, en los que el trabajador estaría obligado a realizar todas las funciones propias de su categoría, parece obligado reconocer que la supresión del servicio de guardias es una medida razonable y plenamente justificada para una más adecuada optimización de los recursos existentes en un sector como el de comunicaciones, fuertemente competitivo y que obliga a las empresas a una permanente renovación y a una extensión de las innovaciones tecnológicas que exige asimismo una constante reestructuración y redimensionamiento de la organización de la empresa. Buena prueba de ello es el expediente de regulación de empleo presentado por la empresa ante la Dirección General de Trabajo, que le ha autorizada una tan significativa reducción de plantilla.

En consecuencia, la medida adoptada por la empresa no ha sido arbitraria sino que se encuentra debidamente justificada por razones organizativas y económicas, por lo que, procede desestimar la demanda formulada, absolviendo a la demandada de la petición deducida en el escrito rector.

Fallo

Que debemos desestimar y desestimamos la demanda formulada por el COMITÉ DE EMPRESA TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. contra la empresa TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. sobre CONFLICTO COLECTIVO, debemos absolver y absolvemos libremente a la demandada de la petición deducida en el escrito rector.

3595 Recurso nº 8.909/1998

S.CA. TRABALLADORES MINUSVÁLIDOS: SOLICITUDE DE AXUDAS PARA FOMENTO DE EMPREGO. INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL: EXTINCIÓN DE CONTRATO E IMPOSIBILIDADE DE CONSIDERALO DESEMPREGADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

A Coruña, a veintiuno 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 8.909/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "R.C.F., S.L.", con D.N.I. ..., domiciliada en ... (Pontevedra), representada por doña M.D.V.P. y dirigida por el letrado doña B.L.G., contra Resolución de 09.06.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo de Pontevedra sobre solicitud de ayudas para el fomento de empleo de trabajadores minusválidos, expediente 14.308/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 3.006 .

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 once de marzo de dos mil tres, 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 nº 8.909/1998 la impugnación de la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 9 de junio de 1998 recaída en el expediente nº 630 por la que se deniega solicitud de ayudas para fomento de empleo de trabajador minusválido establecidas en el RD 1.451/1983.

La parte recurrente arguye que la citada disposición contempla ayudas en caso de que el trabajador estuviere afecto de incapacidad permanente parcial y pudiese reintegrarse a su puesto de trabajo, amen de otros alegatos.

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

II.- En el connumeral fáctico cuarto de la demanda se manifiesta que el trabajador M.M.F. estaba ligado a la empresa recurrente a través de un contrato indefinido, siendo su duración del día 01.10.90 al 18.04.97, fecha en que al trabajador le fue reconocida una invalidez permanente total para la profesión habitual mediante resolución del Instituto Nacional de Empleo (a continuación matiza que el contrato se extinguió con efectos de la resolución del INSS, adjuntando ésta como documento nº 3-rectius nº 4) con efectos del día 10.12.96. Su categoría profesional era la de encargado de obra. Dicho trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal desde el día 07.05.96.

La situación de invalidez permanente prevista en nuestro ordenamiento social es aquella situación de duración indefinida en la que se encuentra el trabajador que, tratado médicamente, presenta “reducciones anatómicas o funcionales graves” previsiblemente definitivas (art. 134 TRSS, redactado por LMFAOS) que suponen la disminución o la anulación de la capacidad laboral.

La exigencia de alta médica para declarar la misma fue suprimida por la Ley 13/1982, de 7 de abril, supresión que mantiene el TRSS en su art. 134.

Dicha situación de invalidez puede ser calificada en uno de los siguientes grados: parcial para la profesión habitual cuando produzca una disminución no inferior al 33% del rendimiento normal para la profesión, sin impedir al trabajador la realización de tareas fundamentales de la misma (art. 134 del TRSS); total para la profesión habitual, cuando inhabilita al trabajador para realizar todas o las tareas básicas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 137. del TRSS).

Por manifestación del propio recurrente el trabajador de referencia fue declarado inválido permanente total.

Las calificaciones de invalidez permanente son revisables siempre que el beneficiario no haya cumplido la edad de jubilación por causa de agravación, mejora o error de diagnóstico (art. 143 del TRSS), salvo que sea evidente la irrecuperabilidad del inválido.

Extinguido el contrato por invalidez permanente total (art. 51.5. del ET), e inhabilitado para su profesión habitual, mientras no sea revisada esa calificación por si mejoró y en tanto no haya cumplido la edad de jubilación, se encuentra incapacitado para su profesión habitual; ergo no procede considerarlo a efectos de la misma despedido y susceptible de ser contratado de nuevo para lucrar la correspondiente subvención por reinsertarle en el mundo laboral, feliz propósito que queda condicionado a la revisión de la calificación otorgada.

Esto hace que el recurso formulado no merezca prosperar.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo nº 8.909/1998, interpuesto por doña M.D.V.P., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de “R.C.F., S.L.”, contra la resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de fecha 9 de junio

3596 Recurso núm. 142/03

S.S. DESPEDIMIENTO OBXECTIVO IMPROCEDENTE, POR FALLA DE ACREDITACIÓN DAS CAUSAS ORGANIZATIVA E ECONÓMICA ESGRIMIDAS POLO EMPRESARIO NA CARTA DE DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintidós de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 142-2003, interpuesto por “C.L.T., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 497-2002 se presentó demanda por don M.P.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “C.L.T., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 2 de diciembre de 2002 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 M.P.S., con DNI ..., viene trabajando para la demandada “C.L.T., S.A.” desde el 13 de junio de 1978 con la categoría de jefe administrativo 1ª jefe accidental y un salario mensual de 2.715,37 euros, con inclusión del prorrateo de pagas extras. El demandante ha sido miembro

del Comité de Empresa durante catorce años, hasta el año 2000. SEGUNDO.- El 31 de julio de 2002 le fue entregada carta de la demandada en la que se le comunicaba la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas. El contenido de la carta es el siguiente: "Muy Señor nuestro: Mediante la presente carta, la Dirección de esta empresa le comunica que al amparo del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, concretamente por las causas económicas y organizativas que se exponen a continuación.- Con la rescisión de su contrato de trabajo, la empresa pretende contribuir a una organización óptima de sus medios humanos, de forma que éstos no resulten desproporcionados a sus necesidades y estructura, y evitar de esta forma que se generen unos costes de explotación de personal que pongan en serio peligro la marcha de la empresa. Como Usted conoce "C.L.T., S.A." pertenece al grupo C., dentro del cual se está llevando a cabo una completa reorganización en la gestión de sus recursos humanos. Este nuevo modelo de gestión de personal pretende dotar al Grupo de una más racional, ágil y eficiente estructura de sus recursos humanos, que permita dirigir y realizar toda la gestión de personal desde sus oficinas centrales de Terrassa, a través de la implantación de un sistema informático de gestión que posibilita llevar a cabo las tareas descritas. En concreto, tras este cambio organizativo la confección de las nóminas y los contratos, así como los trámites con la Seguridad Social, podrán realizarse directamente desde las oficinas centrales de Terrassa. De hecho, este proceso de centralización no es algo que afecte solamente a "C.L.T., S.A.", sino que alcanza a todos los casinos del grupo C.. Dicho cambio en el sistema de gestión se ha realizado de manera paulatina, iniciándose en el mes de septiembre de 2001 en el Casino de M., y continuando en diciembre del mismo año en el Casino de M.P.. Finalmente, y desde el mes de mayo de este año se está procediendo a la confección simultánea de nóminas desde "C.L.T., S.A." y las oficinas centrales de Terrassa, pasando a partir del presente mes de julio a la confección de la nómina exclusivamente desde las oficinas centrales. Todos estos cambios afectan de manera decisiva a un puesto como el suyo, ya que de continuar realizando su trabajo se generaría un solapamiento de funciones. Debemos recordar que sus funciones como jefe administrativo 1º consistían en la confección de nóminas, contratación y gestión de altas y bajas de trabajadores de la

Seguridad Social. Pues bien, es esta identidad de funciones la que hace concluir que, esta nueva situación incide de manera determinante en su puesto de trabajo, al dejarlo vacío de contenido, y viéndonos obligados a adecuar los medios humanos de la empresa a las necesidades reales que su estructura requiere. Asimismo la implantación del nuevo sistema informático supone una fuerte inversión económica que no tendría ningún sentido, si no fuera acompañada de las correspondientes medidas reorganizativas necesarias. Si bien todas las circunstancias descritas avalan sobradamente los motivos organizativos como causa extintiva, debemos añadir que la misma no obedece únicamente a criterios de oportunidad, ya que en los últimos años la empresa ha experimentado un aumento de sus costes de explotación, que han sido los que siguen: Ejercicio 1999...2.897.635 euros. Ejercicio 2000... 2.945.524 euros. Ejercicio 2001... 3.035.423 euros. Por el contrario, el resultado de la explotación durante ese periodo ha disminuido de forma sistemática del modo que a continuación se refleja: Ejercicio 1999... 538.603 euros. Ejercicio 2000... 309.831 euros. Ejercicio 2001... 287.380 euros. De la apreciación conjunta de estos datos, podemos observar que la tendencia clara es que aumentan los costes y disminuyen los ingresos, situación que para cualquier empresa supone un serio obstáculo para su continuidad. Estos datos financieros sostienen firmemente el argumento de que esta decisión extintiva está amparada también en causas económicas que ponen en serio peligro el futuro de la empresa. Ante esta nueva situación, debemos reiterar que un puesto como el suyo no tiene cabida, al estar inicialmente ideado para una estructura empresarial en la que cada centro de trabajo contaba con una gestión autónoma de los recursos humanos, algo que cambiará radicalmente desde este mes de julio. Por ello, la amortización de su puesto de trabajo se hace del todo necesaria para acometer el cambio organizativo necesario que garantice la viabilidad futura del empleo y de la propia empresa. Al mismo tiempo, le comunico que se pone a su disposición la cantidad de TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS (31.498 Euros), correspondiente a la indemnización legal que le corresponde, mediante la entrega en este acto de dicho importe mediante cheque nominativo nº ... del B.B.V.A.. En cuanto a la fecha de efectividad de la extinción será la de hoy 31 de julio de 2002, por lo que al no cumplirse el plazo de preaviso previsto legalmente se le entrega en

este momento el cheque nº ... del B.B.V.A. por cuantía de DOS MIL CIENTO SESENTA CON SETENTA Y UN EUROS (2.160,71 euros), correspondiente a los 30 días del periodo de preaviso no concedido, al salario del mes de julio y al correspondiente finiquito, según se detalla en el recibo adjunto". Con la carta se hizo entrega al demandante de dos cheques bancarios del BBVA por las cantidades señaladas. TERCERO.- El demandante se ocupaba de la gestión administrativa en la empresa demandada, auxiliado por doña M.L.A., realizando funciones relativas a contratación de personal, altas y bajas en la Seguridad Social, confección de nóminas y asistencia a juicios, principalmente. Formaba parte de la Comisión contra el blanqueo de dinero y era el técnico responsable de la prevención de riesgos laborales. CUARTO.- La empresa contrató a don C.F.C. el 7 de agosto de 2000 con el fin de que prestara sus servicios como personal de administración con la categoría de oficial 1º administrativo/jefe accidental mediante contrato de duración determinada (seis meses) para atender circunstancias del mercado. El contrato fue prorrogado por 89 días más el 8 de febrero de 2001 y finalmente se convirtió en indefinido el 6 de mayo de 2001. También contrató a doña M.L.A.S. el 1 de marzo de 1999 como personal de administración con la categoría de oficial administrativo 4º con un contrato de duración determinada (tres meses) para atender circunstancias del mercado, que fue convertido en indefinido el 1 de junio de 1999. Con fecha de efectos desde el 1 de enero de 2002 fue ascendida por la empresa a la categoría de oficial administrativo 2ª. Desde el año 2001 se han llevado a cabo varios ascensos de categoría de trabajadores de la demandada. QUINTO.- La demandada contrató a doña M.P.C. el 3 de septiembre de 1996 como personal de administración con la categoría de oficial 2 administrativo con un contrato de duración determinada (seis meses) para atender circunstancias del mercado, que fue prorrogado por catorce días más y finalizó el 16 de marzo de 1997. Don J.M.M.G., director gerente de la empresa, fue despedido por la demandada. Se celebró conciliación ante el SMAC en fecha 24 de noviembre de 2000, con resultado de avenencia de las partes, tras reconocer la empresa la improcedencia del despido y aceptar el trabajador la indemnización ofrecida. SEXTO.- La demandada pertenece al grupo de empresas C., que desde enero de 2001 está llevando a cabo la centralización de los contratos en las oficinas de Terrassa. No se ha realizado ninguna contratación de personal para llevar a cabo

la centralización en la oficina de Terrassa. La confección de nóminas la realiza en la actualidad una empresa informática ajena al grupo C.. SÉPTIMO.- Los gastos de personal del grupo C. suponen el 30% del total y de ese porcentaje un 7% corresponde a gastos de administración de personal, que suponen el 1% del global. OCTAVO.- Se celebró sin avenencia la preceptiva conciliación ante el SMAC."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la demanda presentada por don M.P.S. contra "C.L.T., S.A.", debo declarar y declaro improcedente la extinción del contrato de trabajo del demandante y, en consecuencia, condeno a la demandada a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la sentencia. A estos efectos, el salario regulador se concreta en 90,51 euros diarios. A su elección, el empresario podrá, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, optar entre dicha readmisión o la extinción del contrato de trabajo con abono de una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con prorrateo por meses de los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de 98.367,06 euros. El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha de cese efectivo en el trabajo. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, sin esperar a que alcance firmeza. En el caso de que el empresario no opte por la readmisión o por la indemnización, se entiende que procede la primera."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, después de estimar la demanda, declara improcedente la extinción del contrato de trabajo del demandante y condena a la empresa demandada, "C.L.T., S.A." a soportar las conse-

cuencias legales inherentes a tal declaración; concretando el salario regulador y el importe de la indemnización. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación procesal de la empleadora accionada, la que dedica el primero de los motivos de Suplicación a la revisión de hechos probados y, con amparo en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicita las modificaciones y adiciones siguientes:

A) La adición al hecho probado tercero, de lo siguiente: "...Su función como técnico de prevención de riesgos se circunscribía a la asistencia a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud Laboral, y sus actuaciones consistían en participar y levantar Acta de las reuniones que se celebraban con una periodicidad cercana a los seis meses, e igualmente en la Comisión de Banqueo de Capitales".

B) En el hecho probado cuarto, después del inciso "...por la empresa a la categoría de oficial administrativo 2ª", añadir: "Ambos trabajadores fueron contratados para sustituir a otros tantos que habían causado baja en la empresa".

C) La modificación del hecho probado sexto, sustituyéndolo por otro con el texto alternativo siguiente: "La empresa pertenece al grupo de empresas C., que entre los meses de enero a julio del corriente año, ha implantado gradualmente la centralización en Terrassa de la gestión de sus Recursos Humanos, centralizándose a partir del mes de mayo la llevanza de la gestión de nóminas, contratación de altas y bajas a la Seguridad Social en dicho ciudad, centralización que alcanza a todos los casinos del Grupo (M., M.P. y L.T.), confeccionándose a partir del mes de mayo de 2002 todas las nóminas, contratos y Seguridad Social vía Red por la propia C. en Terrassa. Para dicha centralización informática y de gestión, la empresa C. hubo de realizar una fuerte inversión económica inicial de 160.950 €, con un coste de mantenimiento de 27.361,5 € anuales para el grupo de adquirir el programa de software. Para llevar a cabo dicha centralización no se ha realizado ninguna contratación de personal."

D) La adición de un nuevo hecho probado, que sería el séptimo, del tenor que sigue: "El Comité de Empresa de "C.L.T., S.A." reiteradamente expresó a la Dirección del mismo sus quejas, tanto en lo relativo a la falta de claridad de los conceptos incluidos en las nóminas y a la defectuosidad de su cálculo,

como a los retrasos que con el sistema existente, se venían produciendo en el abono de las mismas, así como de las propinas. Tras la implantación del nuevo sistema de gestión, no se han producido nuevas quejas, mejorándose tanto en la claridad de las nóminas como en el sistema de pago, abonándose dentro de los cinco últimos días del mes parte de la misma y dentro de los primeros cinco días del mes siguiente la regularización de las propinas. A partir del mes de mayo se confecciona un nuevo modelo de nóminas en Terrassa."

Como consecuencia de las adiciones solicitadas, los hechos declarados probados séptimo y octavo, pasarían a ser los hechos probados octavo y noveno, respectivamente.

Se invocan por la recurrente, en apoyo de las peticiones revisoras, los medios de prueba siguientes: a) documentos que obran a los folios 79 a 89 y 90 a 103 -revisión primera; b) documentos que ocupan los folios 171 a 175 -revisión segunda-; c) documentos foliados en las actuaciones con los números 191 a 203, 204 a 223 y 234 a 271 -revisión tercera-, y d) documentos de los folios 161 a 170, 176 a 190 y 273 a 477 -revisión cuarta-. No se accede a ellas. En cuanto a la primera, porque los medios de apoyatura no lo autorizarían. Respecto a la segunda, por no designarse, cual debía hacerse, los datos personales de los trabajadores sustituidos. La tercera, vendría impuesta por el gran número de documentos que en su poyo se citan; en todo caso, resultaría intrascendente a efectos de resolver la cuestión debatida. Y la cuarta, y última, de un lado, porque se refiere a situaciones ajenas al contenido de la carta de despido; de otro, porque contiene valoraciones, de indebida ubicación en el relato fáctico.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191, letra c), de la Ley Adjetiva Laboral, en el segundo, y último, de los motivos se denuncia infracción de los artículos 52.c) y 53, ambos del Estatuto de los Trabajadores, y aplicación indebida de la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997; por estimar, esencialmente, que procedió a extinguir el contrato que la vinculaba con el demandante, invocando expresamente el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, con fundamento en la necesidad de extinguir o amortizar un puesto de trabajo, siendo concretamente las causas que lo motivaron de tipo productivo y organizativo, al situarse en Terrassa la gestión centralizada de sus recursos humanos y alcanzando dicha reorganización a

todos los Casinos del Grupo C. (M., M.P. y L.T.), razón por la que se hacían innecesarios los servicios del demandante; habiendo aclarado en el acto del juicio que se trataba de un despido objetivo por razones organizativas o de producción, no económicas, puesto que no se alegaron pérdidas económicas ni mala situación a nivel empresarial; insistiendo, ahora, en que queda así aclarado que la empresa no adujo razones económicas, como se entendió en la carta de despido, en el sentido de explicar un desajuste financiero de la propia empresa, en lo que se refiere a ingresos, costes o pérdidas que hayan provocado ese desequilibrio económico.

TERCERO.- La situación de hecho sometida a debate, extraída del inmodificado relato histórico de la sentencia recurrida, consiste en: A) El demandante viene trabajado para la demandada "C.L.T., S.A." desde el 13 de junio de 1978 con la categoría de jefe administrativo 1ª jefe accidental y un salario mensual de 2.715,37 euros, con inclusión del prorrateo de pagas extras. El demandante ha sido miembro del Comité de Empresa durante catorce años, hasta el año 2000. B) El 31 de julio de 2002, le fue entregada al actor carta de la demandada en la que se le comunicaba la extinción de su contrato por causas objetivas del siguiente contenido: "Muy Señor nuestro: Mediante la presente carta, la Dirección de esta empresa le comunica que al amparo del art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, concretamente por las causas económicas y organizativas que se exponen a continuación. Con la rescisión de su contrato de trabajo, la empresa pretende contribuir a una organización óptima de sus medios humanos, de forma que éstos no resulten desproporcionados a sus necesidades y estructura, y evitar de esta forma que se generen unos costes de explotación de personal que pongan en serio peligro la marcha de la empresa. Como Usted conoce "C.L.T., S.A." pertenece al grupo C., dentro del cual se está llevando a cabo una completa reorganización en la gestión de sus recursos humanos. Este nuevo modelo de gestión de personal pretende dotar al Grupo de una más racional, ágil y eficiente estructura de sus recursos humanos, que permita dirigir y realizar toda la gestión de personal desde sus oficinas centrales de Terrassa, a través de la implantación de un sistema informático de gestión que posibilite llevar a cabo las tareas descritas. En concreto, tras este cambio organi-

zativo la confección de las nóminas y los contratos, así como los trámites con la Seguridad Social, podrán realizarse directamente desde las oficinas centrales de Terrassa. De hecho, este proceso de centralización no es algo que afecte solamente a "C.L.T., S.A.", sino que alcanza a todos los casinos del grupo C.. Dicho cambio en el sistema de gestión se ha realizado de manera paulatina, iniciándose en el mes de septiembre de 2001 en el Casino de M., y continuando en diciembre del mismo año en el Casino de M.P.. Finalmente, y desde el mes de mayo de este año se está procediendo a la confección simultánea de nóminas desde "C.L.T., S.A." y las oficinas centrales de Terrassa, pasando a partir del presente mes de julio a la confección de la nómina exclusivamente desde las oficinas centrales. Todos estos cambios afectan de manera decisiva a un puesto como el suyo, ya que de continuar realizando su trabajo se generaría un solapamiento de funciones. Debemos recordar que sus funciones como jefe administrativo 1º consistían en la confección de nóminas, contratación y gestión de altas y bajas de trabajadores de la Seguridad Social. Pues bien, es esta identidad de funciones la que hace concluir que, esta nueva situación incide de manera determinante en su puesto de trabajo, al dejarlo vacío de contenido, y viéndonos obligados a adecuar los medios humanos de la empresa a las necesidades reales que su estructura requiere. Asimismo la implantación del nuevo sistema informático supone una fuerte inversión económica que no tendría ningún sentido, si no fuera acompañada de las correspondientes medidas reorganizativas necesarias. Si bien todas las circunstancias descritas avalan sobradamente los motivos organizativos como causa extintiva, debemos añadir que la misma no obedece únicamente a criterios de oportunidad, ya que en los últimos años la empresa ha experimentado un aumento de sus costes de explotación, que han sido los que siguen: Ejercicio 1999... 2.897.635 euros.- Ejercicio 2000... 2.945.524 euros.- Ejercicio 2001... 3.035.423 euros.- Por el contrario, el resultado de la explotación durante ese periodo ha disminuido de forma sistemática del modo que a continuación se refleja: Ejercicio 1999... 538.603 euros.- Ejercicio 2000... 309.831 euros.- Ejercicio 2001... 287.380 euros. De la apreciación conjunta de estos datos, podemos observar que la tendencia clara es que aumentan los costes y disminuyen los ingresos, situación que para cualquier empresa supone un serio obstáculo para su continuidad. Estos datos financieros sostienen firmemente el argumento

de que esta decisión extintiva está amparada también en causas económicas que ponen en serio peligro el futuro de la empresa. Ante esta nueva situación, debemos reiterar que un puesto como el suyo no tiene cabida, al estar inicialmente ideado para una estructura empresarial en la que cada centro de trabajo contaba con una gestión autónoma de los recursos humanos, algo que cambiará radicalmente desde este mes de julio. Por ello, la amortización de su puesto de trabajo se hace del todo necesaria para acometer el cambio organizativo necesario que garantice la viabilidad futura del empleo y de la propia empresa. Al mismo tiempo, le comunico que se pone a su disposición la cantidad de TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS (31.498 Euros), correspondiente a la indemnización legal que le corresponde, mediante la entrega en este acto de dicho importe mediante cheque nominativo nº ... del B.B.V.A.. En cuanto a la fecha de efectividad de la extinción será la de hoy 31 de julio de 2002, por lo que al no cumplirse el plazo de preaviso previsto legalmente se le entrega en este momento el cheque nº ... del B.B.V.A. por cuantía de DOS MIL CIENTO SESENTA CON SETENTA Y UN EUROS (2.160,71 euros), correspondiente a los 30 días del periodo de preaviso no concedido, al salario del mes de julio y al correspondiente finiquito, según se detalla en el recibo adjunto". Con la carta se hizo entrega al demandante de dos cheques bancarios del BBVA por las cantidades señaladas. C) El demandante se ocupaba de la gestión administrativa en la empresa demandada, auxiliado por doña M.L.A., realizando funciones relativas a contratación de personal, altas y bajas en la Seguridad Social, confección de nóminas y asistencia a juicios, principalmente. Formaba parte de la Comisión contra el blanqueo de dinero y era el técnico responsable de la prevención de riesgos laborales. D) La empresa contrató a don C.F.C. el 7 de agosto de 2000 con el fin de que prestara sus servicios como personal de administración con la categoría de oficial 1º administrativo/jefe accidental mediante contrato de duración determinada (seis meses) para atender circunstancias del mercado. El contrato fue prorrogado por 89 días más el 8 de febrero de 2001 y finalmente se convirtió en indefinido el 6 de mayo de 2001. También contrató a doña M.L.A.S. el 1 de marzo de 1999 como personal de administración con la categoría de oficial administrativo 4º con un contrato de duración determinada (tres meses) para atender circunstancias del mercado, que fue convertido en inde-

finido el 1 de junio de 1999. Con fecha de efectos desde el 1 de enero de 2002 fue ascendida por la empresa a la categoría de oficial administrativo 2ª. Desde el año 2001 se han llevado a cabo varios ascensos de categoría de trabajadores de la demandada. E) La demandada contrató a doña M.P.C. el 3 de septiembre como personal de administración con la categoría de oficial 2 administrativo con un contrato de duración determinada (seis meses) para atender circunstancias del mercado, que fue prorrogado por catorce días más y finalizó el 16 de marzo de 1997. Don J.M.M.G., director gerente de la empresa, fue despedido por la demandada. Se celebró conciliación ante el SMAC en fecha 24 de noviembre de 2000, con resultado de avenencia de las partes, tras reconocer la empresa la improcedencia del despido y aceptar el trabajador la indemnización ofrecida. F) La demandada pertenece al grupo de empresas C., que desde enero de 2001 está llevando a cabo la centralización de los contratos en las oficinas de Terrassa. No se ha realizado ninguna contratación de personal para llevar a cabo la centralización en la oficina de Terrassa. La confección de nóminas la realiza en la actualidad una empresa informática ajena al grupo C.. G) Los gastos de personal del grupo C. suponen el 30% del total y de ese porcentaje un 7% corresponde a gastos de administración de personal, que suponen el 1% del global.

Fijada, en los términos expuestos, la situación litigiosa, resta ahora determinar si la decisión extintiva de la relación jurídico-laboral que unía a los coligantes, acordada por la empleadora, no se acomoda al ordenamiento jurídico, como proclama la sentencia recurrida; o si, por el contrario, es plenamente conforme a la legalidad vigente, como estima la empresa recurrente. La disyuntiva debe resolverse optando por la tesis que mantiene el "iudex a quo", por las siguientes consideraciones: A) Si bien es cierto que, en el momento del juicio, la empresa ahora recurrente alegó que no existía causa económica en el despido litigioso; no es menos veraz que tal afirmación no se acomoda, debidamente, al contenido de la carta de despido, en la que, literalmente se decía: "...la Dirección de esta empresa ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, concretamente por las causas económicas y organizativas que se exponen a continuación..."; recogiendo en la propia misiva los que denomina costes e explotación, concretando los correspondientes a los ejercicios de

los años 1999, 2000 y 2001, y añadiéndose : “...De la apreciación de estos datos, podemos observar que la tendencia clara es que aumentan los costes y disminuyen los ingresos, situación que para cualquier empresa supone un serio obstáculo para su continuidad. Estos datos financieros sostienen firmemente el argumento de que esta decisión extintiva está amparada también en causas económicas que ponen en serio peligro el futuro de la empresa...” B) Lo expuesto pone claramente de manifiesto que, pese a lo alegado en el acto del juicio, la causa económica aparece invocada, sin duda alguna en la carta de despido. C) La causa organizativa o productiva, invocada por la empresa en la comunicación extintiva, está centrada en la confección de nóminas y los contratos, así como los trámites de la Seguridad Social; mientras que las funciones que venía desarrollando el demandante-recurrido, concretadas en el apartado C) del párrafo que precede, superaban con amplitud los cometidos mencionados en la referida causa. D) No consta acreditado en las actuaciones, cual se afirma en el párrafo segundo del fundamento de derecho tercero, de la sentencia recurrida, que la centralización de los servicios haya supuesto la amortización de los puestos de trabajo similares al del actor en las otras empresas del grupo. E) La extinción el contrato de trabajo por la causa objetiva prevista en el art. 52.c), del Estatuto de los Trabajadores, está subordinada a la concurrencia de alguna de las causas previstas en el art. 51.1 del propio Texto legal, que son, o bien de naturaleza económica, que tiende a superar una situación económica negativa de la empresa o ya de carácter técnico, organizativo o de producción, que contribuyan a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos; y cualquiera de estas situaciones, justificativas de la amortización del puesto de trabajo, habrá de ser objeto de una cumplida demostración por parte de la empresa. En el supuesto enjuiciado, aun prescindiendo de la causa económica, y limitando el objeto litigioso a la causa organizativa o de producción, lo cierto es que por la empleadora demandada-recurrente, no se ha demostrado la realidad legalmente exigible para adoptar la decisión extintiva en el proceso cuestionado, porque la causa organizativa a que se remite el art.52.c), en relación con el 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y en el caso debatido, la empleadora no solo no ha aseverado, como era su deber procesal por imperio de la doctrina del “onus probandi” y art. 122.1 de la Ley Rituaria

Laboral, la concurrencia de la causa legal justificativa de la extinción del contrato con el trabajador accionante, sino que la causa alegada en la comunicación extintiva, en modo alguno puede encontrar cobertura en el repetido artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, el acto extintivo, en la litis cuestionado, habrá de conceptuarse como ilícito, por contravenir la normativa contenida en el precepto últimamente citado, en relación con el art. 52.c) del también mencionado Cuerpo legal; lo que debe conducir a rechazar la censura jurídica a que el recurso se contrae.

CUARTO.- Por lo que queda expuesto procede, previa desestimación del recurso, dictar un pronunciamiento íntegramente confirmatorio del recurrido. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa “C.L.T., S.A.”, contra la sentencia de fecha dos de diciembre de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Pontevedra, en proceso promovido por don M.P.S. frente a la recurrente, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

3597 Recurso núm. 299/03

S.S. INEXISTENCIA DE REPRESALIA E DISCRIMINACIÓN SINDICAL EN SUPOSTO DE MOVILIDADE FUNCIONAL ACORDADO POLO EMPRESA-RIO.

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

A Coruña, a veinticinco de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 299/03 interpuesto por don C.V.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don C.V.B. en reclamación de TUTELA DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado “S.T.L., S.A.” y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 557/02 sentencia con fecha veintinueve de noviembre 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.- El actor don C.V.B., viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada “S.T.L., S.A.”, desde el 2 de diciembre de 1998, ostentando la categoría profesional de Oficial Especialista de Almacén -Encargado de almacén- y percibiendo un salario mensual de 1035,23 incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias. SEGUNDO.- El actor es miembro del Comité de Empresa, del que fue Presidente desde el 16.04.01, hasta el 28 de mayo de 2002, en que dimitió por motivos personales. Figura afiliado al Sindicato C.C.O.O. TERCERO.- En fecha 11 de enero del 2002, el actor formuló demanda de tutela de derecho fundamental a la libertad sindical contra la empresa demandada “S.T.L., S.A.”; demanda que dio lugar a los autos nº 26/02, tramitados en el Juzgado de lo Social nº 3 de esta Ciudad; en los cuales se dictó Auto del 28.01.02, por el cual se tuvo por desistido al actor, en base al escrito de desistimiento presentado el 25.01.02. Igualmente, el actor presentó demanda por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, contra la empresa demandada, que dio lugar a los autos nº 37/02, tramitados en este Juzgado, alcanzándose acuerdo en conciliación judicial de fecha 28.01.02, del siguiente tenor literal: “Que la empresa procede a reponer al demandante en las funciones que venía realizando en el almacén con antelación a la interposición de la demanda, reconociéndole la categoría de Encargado de Almacén”. CUARTO.- Con fecha 28 de mayo pasado, se le encomendó al actor, por los responsables de la empresa la función de descargar las fornitureas que llegaban al almacén, ticar el número de bultos, en comprobación del albarán y decepcionar la mercancía; dichas funciones las realizó hasta el 14 de junio pasado. En esta última fecha, 14 de junio se le encomendó la tarea de contar

hombreras, debido a que se detectaron defectos en las mismas que requerían una comprobación; permaneció efectuando dicha función hasta mediados de julio pasado. QUINTO.- Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad de fecha 22.06.01 derivada de autos: nº 358/01 y acumulados, se declaró la nulidad de la sanción interpuesta por la empresa demandada a 4 trabajadores de la misma, afiliados al Sindicato CC.OO. Por sentencia de este Juzgado de fecha 25.06.01, autos nº 408/01, se declaró improcedente la sanción interpuesta a doña A.M.P.P., trabajadora afiliada a CCOO. Dichas sentencias figuran incorporadas a autos, teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido. SEXTO.- En fecha 29.05.01, el Sindicato CC.OO. Presentó escrito en el Centro de Seguridad e Higiene, de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, solicitando un estudio de determinadas condiciones en la empresa demandada. En fecha 28.11.01, se dirigió nuevo escrito al Gabinete de Seguridad e Higiene, solicitando visita en la empresa demandada, sobre requerimiento de determinadas condiciones. Dicha solicitud, al igual que los informes emitidos, figuran incorporados a autos, teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido”.

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

“FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don C.V.B., contra la empresa “S.T.L., S.A.”, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, y, en consecuencia, absuelvo a la demandada de las pretensiones en su contra esgrimida”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda absolviendo libremente de la misma a la empresa demandada. Y contra este pronunciamiento recurre el demandante articulando tres motivos de suplicación, al amparo del art. 191. b) de la LPL, en los que interesa, respectivamente, la modificación de los hechos probados primero, cuarto y sexto de la sentencia de instancia en el sentido siguiente:

* El hecho primero, para que se le adicione: "Las tareas que realizaba el actor son, entre otras, las siguientes:

-Dirección del almacén y del personal del mismo (control de días de ausencia, etc).

-Supervisar las órdenes de entrada y salida y reposición de mercancía.

-Organización de la recepción, colocación y entrega para órdenes de producción"

* El hecho cuarto, para que se modifique por la siguiente redacción: "Con fecha 1 de julio de 2002 se realiza visita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la Empresa demandada, emitiéndose informe de las actuaciones que constan en Autos, teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido ".

* El hecho sexto, para que se le añada el siguiente párrafo: "El 30.01.02 la Inspección de Trabajo, en contestación a la denuncia de CC.OO., inicia expediente sancionador contra la Empresa por no organizar el servicio preventivo, requiriendo para la subsanación de deficiencias en el Centro de Trabajo"

La adición interesada en primer término no resulta acogible, por cuanto la misma se sustenta, básicamente, en el Nomenclador de la Industria Textil y de la Confección, publicado en la Resolución de 29.06.98 de la Dirección General de Trabajo (BOE de 03.10.98) por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del texto del acta a la que se adjuntan los acuerdos contenidos en el acta número 6, así como los anexos subsectoriales del Convenio Colectivo General de Trabajo para la Industria Textil y de la Confección; Nomenclador en el que se definen las funciones de las distintas categorías laborales en el Anexo I del Convenio Colectivo de la Industria Textil, de Fibras de Recuperación y Ramo de Agua de la misma, siendo doctrina de suplicación reiterada (sentencia, entre otras, de esta Sala de 14 de junio de 1996, recurso nº 2.191/96), la que señala que los Convenios Colectivos, por su carácter normativo, son ineficaces para propugnar la revisión fáctica, ello sin perjuicio de tener en cuenta el contenido de sus preceptos en el momento de examinar los motivos de censura jurídica.

Por otro lado, también de acuerdo con una constante doctrina de suplicación (por todas, la sentencia de esta Sala de 13 de Diciembre de 2000, recurso nº 4.347/00), las actas e informes de la Inspección de Trabajo no constituyen documentos hábiles para la

revisión, en especial, cuando las mismas se sustentan en manifestaciones de terceros que en realidad constituyen prueba testifical, y cuando su contenido ha sido objeto de contraste y valoración con los demás medios probatorios de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como así sucede en el supuesto presente. De la restante documental que se cita no se desprende el contenido de la revisión interesada del hecho primero.

Respecto a la adición que se postula del hecho cuarto, tampoco puede tener favorable acogida por lo ya razonado respecto de los informes de la Inspección de Trabajo, ello aparte de que su contenido no añade nada especial al hecho impugnado, cuya redacción es consecuencia de la valoración de las pruebas practicadas, realizada por la Magistrada de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica (art. 97.2 LPL).

Finalmente, debe rechazarse también la modificación que se interesa del hecho sexto, por cuanto la documental que se menciona en apoyo del motivo, se refiere a la contestación a una denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo por un miembro del Sindicato CC.OO., sin que en absoluto conste que el demandante hubiera intervenido, directa o indirectamente, en la misma ni como trabajador, ni en su etapa de Presidente del Comité de empresa, ni como afiliado a dicho sindicato.

SEGUNDO.- Con cita procesal del art. 191. c) de la LPL, formula el recurrente un cuarto motivo de suplicación en el que denuncia infracción de los arts. 24 y 28 de la CE, en relación con el art. 39 del ET, los arts. 175 a 182 de la LPL y 1, 2 y 12 de la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, sobre Libertad Sindical, pues a su juicio, partiendo del hecho incontrovertido de que al actor se le han encomendado funciones inferiores a las de su categoría, considera la recurrente que dicha movilidad funcional se ha llevado a cabo incumpliendo el art. 39 ET y vulnerando sus derechos de indemnidad y a la libertad sindical. Cita la doctrina sentada por las STC 17/1996, de 7 de febrero y 84/2002, de 22 de abril.

En función de los aludidos planteamientos, la Sala estima que el recurso no puede prosperar por las siguientes razones:

1.- Conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (STC 38/1986, de 21 de marzo; 14/1993, de 18 de enero; 180/1994, de 20 de

junio; 85/95 de 6 de junio; STS de 27 de septiembre de 1993, Ar. 7.045), “cuando se alegue por el trabajador que un acto del empresario encubre una conducta lesiva a sus derechos fundamentales, o una represalia por su ejercicio legítimo, incumbe al empresario probar que tal acto obedece a motivos razonables y ajenos a 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 (SSTC 38/1981, 104/1987, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 266/1993 y 293/93, 144/99, de 22 de julio, 29/2000, de 31 de enero, 142/2001, de 18 de junio, 14/2002, de 28 de enero, 29 y 30/2002 de 11 de febrero) Pero igualmente tampoco se ha de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia del referido móvil lesivo, y que sólo se le puede exigir el acreditamiento de que su proceder obedece a motivos razonables ajenos a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión. A lo que debe añadirse que para imponer esta carga probatoria al empresario no basta la simple alegación por parte del trabajador, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que la causa atentatoria a un derecho fundamental se hubiera producido (SSTC 135/1990, 21/1992, 266/1993); y a ello se refieren, precisamente los arts. 96, 179.2 y 181 de la L.P.L. que precisan que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, por motivos sindicales o por vulneración de los demás derechos fundamentales”.

2.- Y en el presente caso, no concurre la invocada violación de la garantía de indemnidad derivada de una reacción del empresario frente al ejercicio legítimo, por el trabajador, del derecho a la acción judicial que consagra el art. 24 de la C.E. y que, como básico, proclama también el art. 4.2.g) del E.T. (STC 14/1993 de 18 de enero).

En efecto, del relato de hechos probados se desprende que si bien el actor, en 11 de enero del 2002, formuló demanda de tutela de derecho fundamental a la libertad sindical contra la empresa demandada, la que dio lugar a los autos nº 26/02 de Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, dicho procedimiento concluyó por auto del 28.01.02 en el que se le tuvo por desistido, en base a su escrito de desistimiento presentado el 25 de enero anterior.

Igualmente, había presentado demanda por modificación sustancial de las condiciones de trabajo (autos nº 37 /02 del Juzgado nº 2), la que concluyó por acuerdo en conciliación judicial de fecha 28.01.02, del siguiente tenor literal: “Que la empresa procede a reponer al demandante en las funciones que venía realizando en el almacén con antelación a la interposición de la demanda, reconociéndole la categoría de Encargado de Almacén”. El que posteriormente -en 28 de mayo siguiente-, se le hubiese encomendado hasta el 14 de junio de 2002, la función de descargar las fornitureas que llegaban al almacén, ticar el número de bultos, en comprobación del albarán y recepcionar la mercancía, y a partir de dicha fecha -y hasta mediados de julio- la tarea de contar hombre-ras, por detectarse defectos en las mismas que requerían una comprobación, no permite apreciar -tal como razona la sentencia de instancia- la pretendida violación de la garantía de indemnidad que se invoca (art. 24 CE) Así, no se vislumbra indicio alguno de represalia en conexión con los dos procesos anteriores, dado que uno de ellos concluyó por desistimiento del propio actor y el otro por acuerdo conciliatorio. Además, las descritas funciones encomendadas temporalmente al demandante son estrictamente laborales y no menoscaban su dignidad ni como persona ni como trabajador, y aunque algunas de ellas -no todas, como la recepción de mercancías- pudieran suponer el encargo de trabajos de inferior categoría, es lo cierto que consta acreditado -según la valoración de las pruebas que efectúa la Juzgadora “a quo”- que le fueron encomendadas temporalmente por necesidades de la empresa, ante un problema puntual y para solucionar el mismo, lo que excluye toda motivación de vulneración del derecho fundamental invocado al asentarse en una causa objetiva y razonable, planteando, a lo sumo, una cuestión de legalidad ordinaria por una eventual movilidad funcional descendente ajena a este proceso (art. 39 ET), máxime cuando a mediados de julio de 2002 cesó en la realización de tales funciones. La realidad fáctica acreditada es distinta de la que contempla y enjuicia la STC 84/2002, de 22 de abril, que cita el recurrente.

3.- En íntima conexión con lo anterior tampoco cabe apreciar una lesión del derecho fundamental a la libertad sindical consagrado en el art. 28 CE y arts. 2 y 12 de la Ley 11/85, de 2 de agosto. Del relato fáctico y de la fundamentación jurídica, en la que la Magistrada de instancia valora la prueba testifical practicada con pleno respeto a los principios de oralidad,

inmediación, concentración y contradicción (art. 97.2 LPL, se desprende que ni el actor ni los restantes miembros del Comité de Empresa al que perteneció, han tenido obstáculo alguno para el desempeño de sus actividades, lo que evidencia que la empresa en ningún momento le impidió, limitó o coartó el ejercicio de su función representativa como miembro de dicho Comité de empresa, ni su derecho a llevar a cabo una libre acción sindical sin injerencias de terceros y como afiliado al Sindicato CC.OO. La circunstancia de que en junio de 2001 otros cinco trabajadores de la empresa, afiliados a dicho Sindicato, hubiesen sido sancionados, y que sus sanciones fueran declaradas nulas (cuatro de ellas) e improcedente (la del quinto trabajador) por la Jurisdicción social, no constituye indicio alguno de vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical del actor, máxime cuando no existe constancia de que hubiese intervenido, directa o indirectamente, en los hechos motivadores de tales sanciones y sus circunstancias. Y lo mismo sucede con los escritos presentados por el Sindicato ante el Gabinete de Seguridad e Higiene, desde el momento en que la libertad sindical del demandante ha sido respetada y ha quedado salvaguardada. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don C.V.B., contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, en los presentes autos tramitados a instancia del recurrente frente a la empresa demandada "S.T.L., S.A." y el Ministerio Fiscal, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

3598 Recurso núm. 5.058/00

S.S. IMPROCEDENCIA DA IMPOSICIÓN DE RECARGO DE PRESTACIÓNS DE SEGURIDADE SOCIAL POR MORTE E SUPERVIVENCIA, COMO CONSECUENCIA DE ACAECIMIENTO DE ACCIDENTE DE TRABALLO CON RESULTADO DE MORTE DO TRABALLADOR.

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

A Coruña, a veintiséis de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 5.058/2000 interpuesto por "H.V.M., S.A." Y "E.T., S.L." 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.P. en reclamación de INFRACCION MEDIDAS DE SEGURIDAD siendo demandado "H.V.M., S.A." Y OTROS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 49/00 sentencia con fecha veinte de enero de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"Primero.- Que el esposo de la actora doña M.I.P., don J.F.M.A., nacido el ..., afiliado a la Seguridad Social con el número ..., vino trabajando desde el 03.09.96, para la empresa demanda "H.V.M., S.A.", dedicada a la actividad de construcción, haciéndolo a medio de contrato temporal, de lanzamiento de nueva actividad, extracción de rocas y pizarras y ello para prestar servicios como Palista en el centro de trabajo ubicado en N. y con una base reguladora, a efectos de accidente de trabajo, de 4.000 pesetas. Que don J.F.M.A., estaba casado con la actora doña M.I.P., habiendo nacido un hijo del matrimonio el 09.09.97. Segundo.- Que con fecha de 08.03.97, el esposo de la actora don J.F.M.A., realizó diversos trabajos en la Comunidad de Montes de Santa María de Oya, prestando servicios para la empresa "E.T., S.L.", por cuenta de "H.V.M., S.A.", consistentes en picar una cuneta para hacer una zanja de contención de aguas con la Pala Poclairn 75 PB y terminado su trabajo a las 13,00 horas, acompañado de E.L., se dirigía al domicilio de la empresa, para dejar la pala y tras apearse éste de la pala, para quitar una piedra del camino, el esposo de la actora, pretendió acceder a otra pista forestal, con una

pronunciada curva, metiendo éste una marcha corta para coger la curva, en esos instantes, la maquina se le empezó a ir, intentando éste bajar las patas de apoyo, pero que no hicieron nada, precipitándose por un desnivel de su margen izquierda, parando contra uno eucaliptos a unos veinte metros del lugar por donde se había salido, con el lateral derecho apoyado en el suelo y las ruedas en dirección al desnivel del terreno, así como el techo de la misma aplastado debido al volcar sobre si mismo. Encontrándose debajo de la rueda izquierda trasera y chasis de la máquina el cuerpo del trabajador, en posición “de cúbito prono”, semioculto por la pala y tras examinarse el cuerpo se certifica la muerte por aplastamiento, por fractura de cráneo. Tercero.- Que el trabajador fallecido don J.F.M.A., había sido contratado por la empresa “H.V.M., S.A.” (dedicada a la fabricación de hormigones) para prestar servicios como Albañil del 20.01.92 al 19.07.92, suscribiendo nuevo contrato para la misma empresa, para prestar servicios como Oficial de 2ª Palista, por el período de 01.09.92 al 31.08.93, prorrogado hasta el 28.02.94 y una segunda prórroga hasta el 30.09.94, del 9/94 al 30.11.95, en diversas empresas. Posteriormente, el citado trabajador, desde el 24.07.96 al 09.08.96 vino trabajando para la empresa “M.L., S.A.”, dedicada a la actividad de fabricación de chapas de madera, como chofer-conductor y desde el 23.01.96 al 22.07.96, como chofer para “M.I., S.A.” Cuarto.- Que por la Inspección Provincial de trabajo y Seguridad Social, se confeccionó el correspondiente informe, tras visitas de Inspección los días 22.05.97 y 02.06.97, indicándose en el citado informe que “la inexistencia de cabina o pórtico de seguridad antivuelco, así como cinturón de amarre del conductor, pudieron agravar las consecuencias del accidente. La formación en trabajos de este tipo vienen contempladas en la Norma UNE 115-212-89.”, no iniciándose expediente sancionador alguno. Que según informe del gabinete Técnico Provincial de Seguridad e Higiene, las causas de accidente: “Se desconocen en realidad. La hipótesis más normal, sería la del vuelco por exceso de velocidad en el pico o por incorrecta situación del brazo y martillo (elevados o alejados) pero dichas declaraciones, son desvirtuadas por las declaraciones de E.L., testigo directo del accidente. Lo que podemos afirmar es que las consecuencias del accidente, se han visto agravadas por la inexistencia de cabina o pórtico de seguridad antivuelco en la maquina, así como cinturón de amarre de conductor”. Quinto.- Que a la actora doña M.I.P., le fue

reconocida por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de fecha 14.05.97, pensión de viudedad, sobre una base reguladora de 122.042 pesetas, porcentaje del 45% pensión de 54.919 pesetas y efectos de 09.03.99 y también una indemnización a tanto alzado y auxilio por defunción. Sexto.- Que con fecha de 05.09.97, por la actora se presentó ante la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, solicitud del recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo, solicitando que se dicte resolución por el Instituto Nacional de la seguridad Social, por la que se declare el incremento del 50% de las prestaciones económicas, derivadas de accidente de trabajo, por falta de medidas de Seguridad e Higiene y por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 20.11.98, se acordó denegar la pretensión, por cuanto que de la actuación inspectora de investigación del citado accidente, se deduce que en la causa determinante del mismo, no se ha apreciado existencia de falta de medidas de Seguridad e higiene en el trabajo. Séptimo.- Que contra la anterior resolución, la actora interpuso escrito de reclamación previa, con fecha 23.12.98, que fue desestimada por resolución de fecha 25.01.99. Octavo.- Se presentó demanda ante esta jurisdicción social con fecha 26 de febrero de 1999. Noveno.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del procedimiento, a excepción del término para dictar sentencia, dada la existencia de asuntos urgentes de carácter preferente.”

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.I.P., contra las EMPRESAS “H.V.M., S.A.”, “E.T., S.L.”, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA COMUNIDAD DE MONTES DE SANTA MARIA DE OYA, DON M.C.D. Y DON V.D.S., debo declarar y declaro la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y consecuentemente, el recargo del 50% en las prestaciones económicas, derivadas del accidente de trabajo ocurrido, con resultado de muerte el 08.3.97, condenando solidariamente a las empresas demandadas “H.V.M., S.A.” y “E.T., S.L.”, a estar y pasar por esta declaración. Absolviendo a las demás demandados.”

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

demandada “H.V.M., S.A.” y “E.T., 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.- La sentencia de instancia decidió: “Que estimando la demanda interpuesta por doña M.I.P. contra las empresas “H.V.M., S.A.”, “E.T., S.L.”, Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Comunidad de Montes de Santa María de Oya, don M.C.D. y don V.D.S., debo declarar y declaro la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y consecuentemente, el recargo del 50% en las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo ocurrido, con resultado de muerte el 08.03.97, condenando solidariamente a las empresas demandadas “H.V.M., S.A.” y “E.T., S.L.”, a estar y pasar por esa declaración. Absolviendo a los demás demandados”.

Las empresas condenadas recurren la sentencia y, a tal fin, solicitan con amparo procesal adecuado revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene.

Previamente, hacemos constar que no aparece el documento (sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de 02.07.99 en autos nº 141/99, sobre indemnización de daños y perjuicios por los mismos hechos) que “E.T., S.L.” dice acompañar a su recurso; en consecuencia, no procede acordar el trámite del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, “H.V.M., S.A.” propone:

A) Sustituir el apartado 1º de la sentencia, por: “Que el esposo de la actora doña M.I.P., don J.F.M.A., nacido el ..., afiliado a la Seguridad Social con el número ... vino trabajando desde el 03.10.90 para la empresa demandada “H.V.M., S.A.”, dedicada a la actividad de construcción mediante sucesivos contratos temporales y de formación de extracción de rocas y pizarras y ello para prestar servicios en el centro de trabajo ubicado en N. y con una base reguladora, a efectos de accidente de trabajo, de 4.000 pesetas. Que don J.F.M.A., estaba casado con la actora doña M.I.P., habiendo nacido un hijo del matrimonio el 09.09.97 no careciendo el trabajador de conocimiento para realizar la actividad que le fue encomendada, teniendo experiencia de varios años, un mínimo de dos, en conducción de

palas excavadoras como la que conducía en el momento del siniestro, teniendo la categoría de Oficial de 2ª y habiendo suscritos varios contratos con “H.V.M., S.A.” como palista, conduciendo habitualmente dicha máquina el fallecido, y siendo contratado para la actividad de extracción de rocas”; se basa en los folios 141 y 445 (informes de vida laboral), 176 y 180 (contratos de trabajo de 31.08.92 y 03.09.96), 419 (nómina de enero de 1993) y 428 (certificación empresarial de 11.03.97)

La pretensión se limita a sugerir como afirmaciones fácticas respecto del contenido de hecho impugnado, las siguientes: (I) “sucesivos contratos temporales y de formación de extracción de rocas y pizarras”; (II) “no careciendo el trabajador de conocimiento para realizar la actividad que le fue encomendada, teniendo experiencia de varios años, un mínimo de dos, en conducción de palas excavadoras como la que conducía en el momento del siniestro, teniendo la categoría de Oficial de 2ª y habiendo suscritos varios contratos con “H.V.M., S.A.” como palista, conduciendo habitualmente dicha máquina el fallecido, y siendo contratado para la actividad de extracción de rocas”.

La primera no es aceptable, porque únicamente el contrato de 03.09.96 (folio 176) consigna de forma específica la actividad de extracción de rocas y pizarras; el folio 180 (contrato 31.08.92) recoge la categoría de oficial 2ª palista pero sin proyectarla a ese ámbito productivo; los folios 419 y 428 se limitan a constatar esa cualidad profesional; los 141 y 445 nada dicen sobre uno y otro extremos.

La segunda tampoco es admisible porque, tal como viene enunciada, integra una valoración particular de los documentos alegados, ajena a la objetividad del relato de hechos que exigen los artículos 191.b) y 194.3 LPL y que, en su caso, ha de fijarse en sede jurídica partiendo de los correspondientes datos objetivos que obran en el relato fáctico.

En cualquier caso, las normas procesales citadas no habilitan la prueba testifical para lograr la revisión de hechos, que la recurrente también invoca.

B) Sustituir el apartado 2º de la sentencia, por: “Que con fecha 08.03.97, el esposo de la actora don J.F.M.A. realizó diversos trabajos en la Comunidad de Montes de Santa María de Oya consistentes en que estaban picando el suelo para hacer una cuneta y zanja de contención de aguas en un monte propiedad de la

comunidad de montes de Santa María de Oya siendo esta la que contrató los trabajos prestando servicios para la empresa “E.T., S.L.”, por cuenta de “H.V.M., S.A.”, consistentes en picar una cuneta para hacer una zanja de contención de aguas con la Pala Poclairn 75 PB, llevando para ello la pala un martillo picador hidráulico, siendo el empleado de la empresa “E.T., S.L.” don E.L.F. habiendo terminado ya los trabajos a las 13,00 horas, y habiendo incluso finalizado las obras para las que había sido subcontratado dicho trabajador por la empresa “E.T., S.L.” acompañado de E.L., se dirigía al domicilio de la empresa, para dejar la pala y tras apearse éste de la pala, para quitar una piedra del camino, parada la máquina mediante la bajada de sus patas de apoyo y sus frenos, el esposo de la actora, pretendió acceder a otra pista forestal, con una pronunciada curva. Por el trazado de la curva y el tamaño de la máquina era preciso introducir la parte delantera en la curva, dar marcha atrás y luego iniciar la marcha adelante. En ese preciso momento el conductor fallecido inició la maniobra a la derecha saliéndose de la curva y cayendo al barranco. El estado de la pista en el lugar de los hechos, pese a su condición de suelo terroso era bueno y el estado de la máquina era correcto, funcionando adecuadamente, sin que se haya podido acreditar que la misma sufriera desperfectos en su funcionamiento el conductor fallecido, al realizar el giro a la derecha en la curva, no realizó adecuadamente la maniobra, saliendo de la pista y cayendo por el terraplén, lo que le causó la muerte, siendo el estado de la pista el normal para una vía de acceso a un monte, siendo la hipótesis, según la declaración del Técnico del Centro de Seguridad e Higiene de Pontevedra don M.A.D.P. (obrante al folio 487 de los autos) la de un vuelco por exceso de velocidad, no girando la máquina debido a un exceso de velocidad o por no haber medido bien su conductor, existiendo otro camino para acceder a la pista en la que ocurrieron los hechos y habiendo indicado el camino a seguir el fallecido al testigo don E.L.F. que la pala iba siendo conducida bastante rápido por el fallecido llegando a frenar sin problema según el testigo don E.L.F. precipitándose por un desnivel de su margen izquierda, parando contra unos eucaliptos a unos veinte metros del lugar por donde se había salido, con el lateral derecho apoyado en el suelo y las ruedas en dirección al desnivel del terreno, así como el techo de la misma aplastado debido al volcar sobre sí mismo. Encontrándose debajo de la rueda izquierda trasera y chasis de la máquina el cuerpo del trabajador, en posición decúbito prono, semicul-

to por la pala y tras examinarse el cuerpo, se certifica la muerte por aplastamiento, por fractura de cráneo”; se basa en los folios 241 y 242 (auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Tuy, de 20.07.98 en diligencias previas nº 137/97), 457 (Informe de la Inspección de Trabajo de 03.07.97) y 486 (acta de juicio).

La pretensión se limita a sugerir como afirmaciones fácticas respecto del contenido de hecho impugnado, las siguientes: (I) “la comunidad de montes de Santa María de Oya siendo esta la que contrató los trabajos prestando servicios para la empresa “E.T., S.L.””; (II) “llevando para ello la pala un martillo picador hidráulico, siendo el empleado de la empresa “E.T., S.L.” don E.L.F.”; (III) “parada la máquina mediante la bajada de sus patas de apoyo y sus frenos”; (IV) “por el trazado de la curva y el tamaño de la máquina era preciso introducir la parte delantera en la curva, dar marcha atrás y luego iniciar la marcha adelante. En ese preciso momento el conductor fallecido inició la maniobra a la derecha saliéndose de la curva y cayendo al barranco. El estado de la pista en el lugar de los hechos, pese a su condición de suelo terroso era bueno y el estado de la máquina era correcto, funcionando adecuadamente, sin que se haya podido acreditar que la misma sufriera desperfectos en su funcionamiento el conductor fallecido, al realizar el giro a la derecha en la curva, no realizó adecuadamente la maniobra, saliendo de la pista y cayendo por el terraplén, lo que le causó la muerte, siendo el estado de la pista el normal para una vía de acceso a un monte, siendo la hipótesis, según la declaración del Técnico del Centro de Seguridad e Higiene de Pontevedra don M.A.D.P. (obrante al folio 487 de los autos) la de un vuelco por exceso de velocidad, no girando la máquina debido a un exceso de velocidad o por no haber medido bien su conductor, existiendo otro camino para acceder a la pista en la que ocurrieron los hechos y habiendo indicado el camino a seguir el fallecido al testigo que la pala iba siendo conducida bastante rápido por el fallecido llegando a frenar sin problema según el testigo don E.L.F.

La primera es innecesaria, porque se deduce del hecho impugnado y del fundamento de derecho segundo de la sentencia.

La segunda se acepta, al constar los datos objetivos que incorpora en la documental invocada (folios 241, 242, 457)

La tercera no se admite porque, entre otras circunstancias, no se recoge en los documentos alegados.

La cuarta es innecesaria, ya porque integra el informe del Centro de Seguridad e Higiene que consigna el hecho probado 4º, ya porque reproduce literalmente la valoración de los hechos por la jurisdicción penal pero no configura un dato objetivo y vinculante según los artículos 191.b) y 194.3 LPL.

En cualquier caso, esas normas procesales no habilitan la prueba de confesión para lograr la revisión fáctica, que la recurrente también invoca bajo la cobertura documental del folio 486.

C) Añadir al apartado 3º de la sentencia ("Que el trabajador fallecido don J.F.M.A., había sido contratado por la empresa "H.V.M., S.A." (dedicada a la fabricación de hormigones) para prestar servicios como albañil del 20.01.92 al 19.07.92, suscribiendo nuevo contrato para la misma empresa, para prestar servicios como Oficial de 2ª Palista, por el período 01.09.92 al 31.08.93, prorrogado hasta el 28.02.94 y una segunda prórroga hasta el 30.09.94, del 09.94 al 30.11.95, en diversas empresas. Posteriormente, el citado trabajador, desde el 24.07.96 al 09.08.96 vino trabajando para la empresa "M.L., S.A.", dedicada a la actividad de fabricación de chapas de madera, como chofer-conductor y desde el 23.01.96 al 22.07.96, como chofer para "M.L., S.A."), que: "y desde el 03.09.96 hasta el 08.03.97 vino trabajando para la empresa "H.V.M., S.A." como palista con categoría de Oficial de 2ª"; se basa en el folio 141.

La pretensión es innecesaria, porque resulta de los hechos probados 1º (al afirmar el inicio de ese período de trabajo, la categoría laboral del marido de la demandante y el objeto de los servicios pactados) y 2º (al declarar la fecha y las resultados del accidente).

TERCERO.- En el ámbito histórico, "E.T., S.L." realiza diversas consideraciones sobre (I) la antigüedad y la calificación profesional como palista del trabajador fallecido, (II) las tareas que realizaba y su finalización, (III) el estado de la pista, el funcionamiento de la pala, la ausencia de sistema antivuelco y cinturón de amarre.

La recurrente no plantea ni sugiere pretensiones fácticas propiamente dichas, sino que ofrece particulares apreciaciones sobre algunas circunstancias concurrentes en el

sinistro de que se trata y, por tanto, ajenas a la objetividad de los hechos probados que imponen los artículos 191.b) y 194.3 LPL; además, invoca prueba -testifical- no permitida a tales fines, o alega prueba adecuada -documentos- sin redacción alternativa, o acepta de forma expresa algún pasaje fáctico -6º- de la sentencia.

CUARTO.- A) En el ámbito jurídico, "H.V.M., S.A." denuncia que la sentencia infringe los artículos 1.214, 1.249, 1.252, 1.253, 1.590, 1.902 y 1.903 del Código Civil, 123 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las sentencias que cita, pues en el momento del accidente ya había acabado la jornada de trabajo y el fallecido decidió bajar por una pronunciada curva a gran velocidad e inadecuada a las circunstancias del terreno y de la máquina que conducía, la cual cumplía los requisitos de la Directiva 89/932 de la CEE y las prescripciones para circular por las vías públicas, sin que la falta de pórtillo antivuelco y cinturón de seguridad le sea imputable, pues la había adquirido de buena fe con las certificaciones oportunas y no son la causa eficiente del siniestro; además, la Inspección de Trabajo no inició procedimiento sancionador y el Centro de Seguridad e Higiene no identifica la causa real del accidente; en definitiva, no concurren los requisitos exigidos para afirmar la procedencia del recargo litigioso como también se deriva de las diligencias penales tramitadas y, subsidiariamente, sería apreciable una compensación de culpas, con la condena en todo caso de la Comunidad de Montes de Santa María de Oya, dueña de la obra.

B) En este mismo ámbito, "E.T., S.L." denuncia que la sentencia infringe el artículo 123 LGSS, pues la falta de pórtillo de seguridad y cinturón de amarre no intervienen en la producción del siniestro, que fue fortuito, imprevisible o debido a conducta imprudente y exclusiva de la víctima, cual se deduce de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo de 02.07.99 en autos nº 141/99 sobre indemnización de daños y perjuicios por los mismos hechos, de las diligencias previas nº 137/97 del Juzgado de Instrucción de Tuy y de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 20.11.98; además, la propia sentencia declara desconocer las causas del accidente, el trabajador contaba con la formación prevista en la norma UNE 115-212-89 y la máquina cumplía las exigencias de las normas UNE 115-207-98 y 115-210-89; por último,

carece de responsabilidade ya que el recargo está dirigido al empresario infractor.

QUINTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar se resumen en los siguientes:

I) El esposo de la actora trabajaba como palista para "H.V.M., S.A.", dedicada al sector de la construcción, desde el 03.09.96 por contrato temporal de lanzamiento de nueva actividad de extracción de rocas y pizarras.

Había prestado servicios para la misma empresa como albañil en el período 20-1/19-7-92, como oficial 2º palista en el período 01.09.92/30.09.94 y en diversas empresas desde septiembre-94 a 30.11.95; como chófer trabajó para "M.L., S.A." y para "M.L., S.A." en los períodos 23.01/22.07.96 y 24.07/09.08.96.

II) El 03.08.97, por cuenta de su empresa y para "E.T., S.L.", realizó con una pala Poclain 75PB en la Comunidad de Montes de Santa María de Oya tareas consistentes en picar una cuneta para abrir una zanja de contención de aguas.

Finalizado el trabajo, sobre las 13,30 horas se dirigió al domicilio de la empresa, conduciendo la máquina y acompañado por E.L.; éste se apeó con el fin de apartar una piedra y el trabajador pretendió acceder a otra pista forestal que presentaba una curva pronunciada, para lo que utilizó una marcha corta, instante en el que la pala se le empezó a ir sin que sus patas de apoyo bajaran, a consecuencia de lo que se precipitó por el desnivel del margen izquierdo y topó contra unos eucaliptos a unos veinte metros de aquél; la máquina quedó con el lateral derecho apoyado en el suelo, las ruedas en dirección al desnivel y el techo aplastado al volcar sobre sí misma; el cuerpo del trabajador se encontró decúbito prono, semioculto por la pala, debajo de su rueda trasera izquierda y del chasis; se certificó la muerte por aplastamiento con fractura de la base del cráneo.

III) Obran en las actuaciones, informes de la Inspección de Trabajo y del Centro de Seguridad e Higiene sobre los hechos y el acuerdo del Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre el recargo solicitado, a los que nos remitimos.

SEXTO.- La jurisprudencia (ss. 08.03.93, 22.09.94, 20.03.97, 02.10.00) manifiesta que el recargo por falta de medidas de seguridad es una medida extraordinaria y sancionadora de una irresponsabilidad del empresario, culposa o dolosa, de normas de seguri-

dad y salud expresamente previstas en la normativa al efecto y que, por ello, ha de interpretarse de forma restrictiva.

La conclusión judicial de instancia que, en definitiva, manifiesta desconocer las causas del accidente pero condena a las recurrentes en base a ciertas omisiones que les imputa, no es aceptable por aplicación de la doctrina reseñada a los datos objetivos que transcribimos en el fundamento anterior, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- El trabajador fallecido estaba plenamente habilitado para la debida utilización de la pala que manejaba al tiempo del siniestro, al contar con formación amplia y suficiente derivada de los servicios prestados con igual categoría profesional (agosto-92/septiembre-94 para la misma empresa; hasta noviembre/95 en otras; desde septiembre/96) antes de acontecer aquél (marzo/97) que, además, no ocurrió durante la tarea concreta encomendada de picar la cuneta, lo que a tales efectos descarta la particularidad forestal de la zona donde se ejecutaba, sino al concluir aquélla y en labores de conducción de la máquina.

En definitiva, no es apreciable incumplimiento de la UNE 115-21-89 porque, entre otras circunstancias, va dirigida a quienes carecen de experiencia, que no es el caso, o a quienes pretenden formación más avanzada, que no consta fuera la requerida por los trabajos en cuestión.

2ª.- Es cierto que la pala no estaba dotada de cabina o pórtico antivuelco o de seguridad ni de cinturón de amarre o de seguridad, pero también es verdad que, en su día, fue adquirida de buena fe por la empresa y en las condiciones legales vigentes al tiempo de la compra (folios 399, 401), que contaba con autorización para circular por las vías públicas (folio 400) y que reunía las condiciones previstas en la Directiva 89/392 (folio 402, 403); de ahí que, descartada la avería o el fallo mecánico, la ausencia u omisión de esos sistemas o mecanismos, en que la sentencia impugnada fundamenta su pronunciamiento condenatorio, no configuran la causa real del siniestro aún cuando, en su caso, pudieran haber atenuado su fatal consecuencia.

En definitiva, la máquina se ajusta a las exigencias de las UNE 115-207 y 115-210-89 así como de los Reales Decretos 1.495/86 de 26.05 y 1.435/92 de 27.11, de desarrollo de la Directiva 89/392 indicada porque, de una parte, el primero no impone a los usuarios

más que la exigencia de un certificado de garantía cuyo incumplimiento es origen de sanción administrativa, no de recargo de las prestaciones de Seguridad Social, y, de otro lado, el segundo detalla los requisitos de comercialización, diseño, fabricación y homologación, ajenos a las empresas compradoras o adquirentes.

3ª.- Los diversos informes de la Inspección de Trabajo y del Centro de Seguridad e Higiene (folios 193, 194, 217 a 222), la inexistencia de proceso sancionador en vía administrativa (folio 466) y los acuerdos del Instituto Nacional de la Seguridad Social denegatorios del recargo litigioso (folios 467, 484), tampoco permiten afirmar la exigible conducta negligente o culposa, menos aún dolosa, imputable a la empresa y que necesariamente habría de constituir la razón de ser del recargo pretendido, en cuanto pena o sanción imputable al empresario incumplidor de medidas de seguridad concretas y determinadas, previstas en la normativa referida que, como decimos, o apreciamos.

SÉPTIMO.- De acuerdo con el artículo 201 LPL, ha de darse el destino legal a los depósitos para recurrir y a los capitales coste de recargo de pensiones.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos los recursos de suplicación de "H.V.M., S.A." y de "E.T., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, de 20 de enero de 2000 en autos nº 115/99, que revocamos, y desestimamos la demanda de doña M.I.P. contra las empresas recurrentes y otros, a los que absolvemos.

3599 Recurso núm. 4.224/02

S.S. NULIDADE DA MEDIDA EMPRESARIAL DE TRASLADO DO TRABALLADOR, POR FALLA DE CUMPRIMENTO DO PROCEDIMENTO PREVISTO PARA PODER ACORDALA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Fernando Louzada Arochena

A Coruña, a veintisiete de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.224/2002 interpuesto por don R.C.R.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 3 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 99/2002 se presentó demanda por don R.C.R.P. en reclamación de MOVILIDAD GEOGRÁFICA siendo demandado el "B.E.C., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintitrés de abril 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: "1.-El actor, don R.C.R.P., mayor de edad, con D.N.I. nº ..., prestó sus servicios para la empresa "B.E.C., S.A." desde el día 01.09.72, ostentando la categoría profesional de Técnico, por lo que percibe un salario de 1.770,09 euros, con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias. 2.- En fecha 16.01.02 el actor recibió de la empresa "B.E.C., S.A." la siguiente carta: "Muy Sr. Nuestro: Le participamos que por razones organizativas, queda Vd acoplado a la Sucursal de F. como Operativo, debiendo incorporarse a la mayor brevedad posible. Citado acoplamiento se hace sin menoscabo de las garantías inherentes de sus funciones como miembro del Comité de Empresa. Le agradecemos firme el duplicado del presente escrito, en prueba de recepción del mismo". 3.- El actor al no estar de acuerdo con el anterior acoplamiento, en fecha 19.01.02 remite a la empresa el siguiente escrito: "Muy Sres. Míos: Por la presente en su conocimiento, que en virtud del Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Libertad Sindical, poseo el derecho en mi condición de Delegado Sindical, de no ser movido de la plaza en que presto mis servicios, por lo que pone en conocimiento a los efectos oportunos de que desistan de su intención de trasladarme a plaza distinta de la que actualmente presto mis servicios". 4.- En fecha 23.01.02 la Unidad Territorial de Galicia (Gestión de Personal) del "B.E.C., S.A.", comunicó al actor el siguiente escrito: "Muy Sr. Nuestro: Le participamos que por razones organizativas, y al amparo del Art. 30 del vigente Convenio Colectivo de Banca

Privada, queda Vd. acoplado a la Sucursal de F. como operativo, debiendo incorporarse a la mayor brevedad posible. Citado acoplamiento se hace sin menoscabo de las garantías inherentes de sus condiciones como miembro del Comité de Empresa. Le agradecemos firme el duplicado del presente escrito, en prueba de recepción del mismo". 5.- El actor no está de acuerdo con la decisión adoptada por la empresa y en fecha 31.01.02 presenta papeleta de conciliación ante el SMAC de Lugo frente a la empresa "B.E.C., S.A.", sobre traslado a distinto Concello, en fecha 15.02.02 se celebró el preceptivo acto de conciliación, resultando sin avenencia. 6.- En fecha 21.01.02 el actor presenta demanda frente a la empresa "B.E.C., S.A." sobre traslado solicitando que estimando la demanda se declare nulo o improcedente el acoplamiento que le fue notificado a medio del escrito de fecha 16 y 23 de enero de 2002, por ser contrario a derecho, manteniendo su situación laboral anterior al mismo, y se condene a la empresa demandada a estar y pasar por eso y a hacerle efectiva la cantidad de 127,55 euros en concepto de kilometraje y 180,00 euros en concepto de media dieta, en ambos casos desde el día 1 de febrero de 2002, y que hasta la fecha de la presente demanda totaliza la cuantía de 307,55 euros. 7.- El actor ostenta la representación de los trabajadores por ser miembro del Comité de Empresa (Secretario del Comité Provincial). 8.- El actor se incorporó a la Sucursal de F. el día 1.2.01. 9.- El actor tiene concedida por el Banco una indemnización temporal por traslado en 1.803,10 euros brutos anuales. 10.- La distancia entre Lugo y F. es de 25,5 km. por carretera, aunque en línea recta la distancia es inferior a 25 km. 11.- En la oficina de F. habrá cesado el operativo don J.G.B. el día 10.01.02 al haber sido acoplado el mismo a la Sucursal de R. para cubrir a su vez una vacante de Gerente de Oficina de la misma. 12.- El actor el 10.11.93 fue nombrado director de la Sucursal de G. 13.- En fecha 30.04.96 el actor fue nombrado gestor único de zona. 14.- El actor ha venido desempeñando el puesto de operativo en la Sucursal de Lugo, oficina principal desde el 06.05.99 al 30.01.02, en el que ostentó su misma categoría o nivel de técnico nivel 5. 15.- La Sucursal de Lugo, oficina principal, tenía el día 30.01.02 una plantilla real de 13 personas y una plantilla óptima de 12, por lo que había un sobrante de personal".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Se desestima la demanda formulada

por don R.C.R.P. contra "B.E.C., S.A.", absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La parte demandante, vendida 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. Una alteración en el Hecho Probado Octavo para que, donde decía "01.02.01", pase a decir "01.02.02", lo cual no es tanto una auténtica revisión fáctica como la corrección de un simple error material, debiendo estimarse.

2º. Un añadido al Hecho Probado Décimo para decir que *"a distancia por estrada existente entre a Casa Consistorial de G. e a Oficina de "B. E. C., S.A." de F. é de 26,5 kilómetros"*, añadido acogible, al margen de cual sea su trascendencia jurídica, en cuanto se sustenta en un informe pericial ratificado en juicio y literosuficiente en el extremo fáctico objeto del añadido solicitado.

3º. Sendos añadidos a los Hechos Probados Duodécimo y Décimotercero para decir, respectivamente, que *"o actor permanece nesta localidade de G. ata maio de 1996"* y que *"en data de 30.04.96 o actor foi nomeado xestor único de zona, prestando servizos en Lugo dende xuño de tal ano"*, añadidos acogibles, al margen de cual sea su trascendencia jurídica, en cuanto se sustentan en prueba documental literosuficiente, siendo además indiscutidos.

4º. La supresión de los Hechos Probados Décimocuarto y Décimoquinto, alegando la ausencia de prueba sustentadora, supresiones inacogibles, ya que, salvo si resultase acreditado el carácter ficticio de un hecho declarado probado, la juzgadora de instancia puede sustentar su relato fáctico considerando las

alegaciones y las pruebas de las partes, incluyendo sus actuaciones, de donde, en la doctrina de suplicación, se deniega la eficacia de la revisión negativa.

5º. Un añadido al Hecho Probado Undécimo para decir que *“en data de 30.01.02 a Sucursal de “B. E. C., S.A.” en F. tiña unha plantilla real de unha soa persoa, e unha plantilla óptima de dúas, polo que existía unha vacante”*, añadido acogible, al margen de cual sea su trascendencia jurídica, en cuanto se sustentan en prueba documental literosuficiente, siendo además indiscutidos.

6º. La adición de un nuevo hecho probado, sin numeración concreta, aunque le correspondería ser el Hecho Probado Décimo-sexto, adición acogible, al margen de cual sea su trascendencia jurídica, en cuanto se sustentan en prueba documental literosuficiente, quedando redactado en los siguientes términos:

“En data de 22.12.97 concertouse un acordo ou convenio extraestatutario asinado por “B. E. C., S.A.” e os Sindicatos UGT, FITC e CGT. Na cláusula IV deste acordo pactouse, coa intención de resolver de xeito consensuado a aplicación práctica da mobilidade regulada no artigo 30 do vixente Convenio Colectivo para a Banca Privada, que: Primeiro. En ningún caso a mobilidade regulada no artigo 30 do Convenio Colectivo suporá un desprazamento superior a 25 kilómetros medidos en base á distancia máis corta por estrada de acordo cos mapas de organismos da Administración Pública, a contar dende o centro do municipio onde os traballadores se atopen prestando os seus servizos ó 30.01.96, ou dende onde fosen trasladados voluntariamente, e os ingresados con posterioridade dende onde sexan destinados. A aplicación do citado desprazamento non implicará o cambio entre illas, nin entre a Península e as Prazas de Ceuta e Melilla. Segundo. Por outra banda, cando tal desprazamento implique unha distancia superior ás lindes do término urbano da localidade na que se atopa prestando servizos o traballador, éste, entrementes permaneza desprazado, percibirá, en concepto de colaboración, o pago do transporte público colectivo, ou os gastos de desprazamento a razón de 26 pesetas/kilómetro, a contar dende as lindes reseñadas ata a localidade onde sexa destinado”.

7º. La adición de un nuevo hecho probado, sin numeración concreta, aunque le correspondería ser el Hecho Probado Decimo-séptimo, adición acogible, al margen de cual

sea su trascendencia jurídica, en cuanto se sustenta en prueba documental literosuficiente, quedando redactado en los siguientes términos: *“Por medio de carta de data 21.01.02 ponse en coñecemento da Sección Sindical da CIG as vacantes existentes en Galicia dentro da empresa “B. E. C., S.A.”, entre as que se atopa unha vacante de operativo en F.”.*

8º. La adición de un nuevo hecho probado, sin numeración concreta, aunque le correspondería ser el Hecho Probado Decimotercero, adición inacogible, al sustentarse en unos listados sin adveración de autenticidad.

9º. La adición de un nuevo hecho probado, sin numeración concreta, adición acogible, al margen de cual sea su trascendencia jurídica, en cuanto se sustenta en prueba documental literosuficiente, quedando redactado en los siguientes términos el nuevo Hecho Probado Decimotercero:

“O actor foi apoderado por “B. E. C., S.A.” de senllas escrituras públicas outorgadas en 24.07.87 e 04.02.91. En data 10.12.01 o actor asina en representación de BANESTO unha Póliza de Préstamo”.

SEGUNDO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se realizan tres denuncias de infracción del artículo 30 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada, y otra del artículo 9, dos denuncias de infracción de la cláusula IV del acuerdo de 22.12.97 entre *“B. E. C., S.A.”* y varios Sindicatos, una denuncia de infracción del artículo 40, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores, y una denuncia de infracción del artículo 179, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Laboral –denuncia mal planteada, en cuanto, si se alega discriminación sindical, las normas sustantivas vulneradas son otras diferentes, aunque ello no impedirá entrar en su análisis-.

Comenzando con la alegación de discriminación sindical, no existen indicios suficientes para considerar la existencia de una actuación empresarial trascendente del ámbito de la mera legalidad, ya que, ni es indicio suficiente la mera asunción de funciones representativas –Hecho Probado Séptimo-, ni razonablemente se puede inducir la discriminación de un cambio de destino, de la Oficina Principal de Lugo, donde había una plaza sobrante –Hecho Probado Decimoquinto-, a la Sucursal de F., donde había una plaza vacante –Hecho Probado Undécimo, después de su revisión fáctica-, sin alteración de sus funciones ni de

su categoría profesional –ni siquiera consta se le hayan retirado los poderes especificados en el nuevo Hecho Probado Decimotavo-, e incluso se le concede una indemnización anual –Hecho Probado Noveno-.

Tampoco son acogibles las dos denuncias de infracción del acuerdo de 22.12.97 entre “B. E. C., S.A.” y varios Sindicatos, ya que, no encontrándose el sindicato de afiliación del trabajador entre los firmantes de dicho acuerdo y siendo dicho acuerdo un pacto de naturaleza extraestatutaria –lo cual no se discute-, no le afecta al trabajador –artículo 1.257 del Código Civil-, sin perjuicio, naturalmente, de alcanzar el trabajador lo pretendido en cuanto a inamovilidad y a reclamaciones retributivas consiguientes a través de otros amparos normativos.

Idéntica suerte desestimatoria merece la denuncia de infracción del artículo 9 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada, al no acreditarse una movilidad funcional descendente, ya que, tanto en su destino en la Oficina Principal de Lugo –Hecho Probado Decimocuarto- como en su nuevo destino en la Sucursal de F. –Hecho Probados Segundo y Cuarto-, está ocupando un puesto de trabajo de operativo, respetándosele siempre su categoría profesional.

TERCERO.- Mayor calado presentan las denuncias de infracción del artículo 30 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada y la relacional del artículo 40, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores –no fue en vano se haya concedido el recurso de suplicación, por la juzgadora de instancia, por la afectación general notoria derivada de las consecuencias de su interpretación-, y, al efecto de su análisis, conviene ante todo recordar su literalidad:

“Las empresas podrán cubrir las vacantes existentes, realizando cambios de puestos de trabajo, que no tendrán la consideración de traslado ni movilidad geográfica, dentro de una misma plaza o de un radio de 25 kilómetros, a contar desde el centro del municipio donde los trabajadores presten sus servicios a la firma del Convenio (30 de enero de 1996), o desde donde se trasladen voluntariamente, y los ingresados con posterioridad desde donde sean destinados. La aplicación del radio de 25 kilómetros no implicará el cambio entre las islas. En el caso de que el cambio sea a otra plaza distinta de la que venía prestando sus servicios dentro del radio de 25 kilómetros, las empresas colaborarán en la solución de los

problemas derivados del transporte, que puedan generarse como consecuencia de la aplicación de esta norma. Sin menoscabo de las facultades de organización del trabajo de las empresas, éstas, siempre que concurra la idoneidad de los solicitantes, tendrán en cuenta las peticiones voluntarias y las circunstancias de la proximidad domiciliaria del trabajador”.

Una de las denuncias se refiere a la obligación de la empresa de ofertar las vacantes en concurso público, deducida esa obligación del último inciso del artículo 30 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada, lo cual es inacogible, ya que, como razonó esta Sala en su Sentencia de 05.11.01, Recurso 1.006/1998, la norma establece “una previsión, desprovista de toda obligatoriedad, de tener en cuenta las peticiones voluntarias cuando las hubiere ... así se desprende de (su) propia literalidad ... lo que contempla dicho precepto es favorecer el traslado voluntario, pero sin menoscabo de las facultades de organización de la dirección de las empresas”.

Otra de las denuncias, la relacional con el artículo 40, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores, es asimismo inacogible, ya que, establecida la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los supuestos de movilidad geográfica, el artículo 30 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada no contempla un supuesto de movilidad geográfica.

Tampoco la denuncia relativa al cómputo de la distancia desde la Sucursal de Guitiriz –donde el demandante estaba destinado a la fecha determinada en el artículo 30 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada, Hechos Probados Duodécimo y Decimotercero, después de su revisión fáctica- es acogible, en cuanto se ha producido un traslado –el cual no consta fuese forzoso- a la Oficina Principal de Lugo, determinante de ser éste –Lugo- y no aquél –G.- el lugar a considerar y así se deduce del artículo 30 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada, donde se dice “desde el centro del municipio donde los trabajadores presten sus servicios a la firma del Convenio (30 de enero de 1996), o desde donde se trasladen voluntariamente, y los ingresados con posterioridad desde donde sean destinados”.

CUARTO.- Queda únicamente referirse a la denuncia del artículo 30 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada sustentada sobre el argumento de que, a los efectos de computar la distancia determinante de la exis-

tencia o no de movilidad geográfica, no se debe considerar un patrón geográfico –de distancia kilométrica determinada conforme a cálculos cartográficos– sino un patrón de comunicabilidad –de distancia kilométrica determinada conforme a las vías de comunicación–, cuestión decisiva en cuanto, de acuerdo con el relato fáctico, *“la distancia entre Lugo y F. es de 25,5 kilómetros por carretera, aunque en línea recta la distancia es inferior a 25 kilómetros”* –Hecho Probado Décimo-. A juicio de la Sala, la interpretación más adecuada es la del patrón de comunicabilidad, ya que, en términos usuales, siempre la distancia entre dos localidades se mide en función de las vías de comunicación, no en términos técnicos de cálculo topográfico, de donde, salvo si la norma contuviese una especificación expresa demostrativa de la intención de las partes negociadoras de sustituir el significado usual de las palabras por su significado técnico, la distancia se entiende en términos usuales, no en los términos técnicos de cálculo topográfico impropios de cualquier convenio colectivo. La alusión a un radio se entiende de nuevo en los términos usuales más propios de una norma jurídica que en los términos técnicos propios de las Ciencias de la Matemática. Únase a lo expuesto que –aunque no le sea directamente aplicable al trabajador, Fundamento de Derecho Segundo– el criterio de la comunicabilidad se recogió en la cláusula IV del acuerdo de 22.12.97 entre “B. E. C., S.A.” y varios Sindicatos –Hecho Probado Decimosexto, después de su revisión fáctica–.

Habiéndose acogido este último motivo de recurso, la sentencia de instancia debe ser revocada, aunque la demanda sólo se estimará en los términos del artículo 138 bis, apartado 5, de la Ley de Procedimiento Laboral, declarando la nulidad de la decisión de traslado, al no haberse acordado con las causas y por los cauces del artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores –sin perjuicio de que, si se dan esas causas, la empresa utilice esos cauces, siempre con el debido respeto a la prioridad de permanencia de la representación laboral-. Conviene precisar que, para hablar de traslado, no es necesario el cambio efectivo de residencia sino el que *“el traslado ... exija cambios de residencia”* –artículo 40.1.I del ET–, aunque la ausencia de cambio efectivo de residencia influirá en el monto de la compensación por gastos –artículo 40.1.IV del ET.

Sustentada jurídicamente la condena a compensación por gastos en la aplicación del

artículo 30 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada, en relación con el acuerdo de 22.12.97 entre “B. E. C., S.A.” y varios Sindicatos, y no siendo ninguno aplicable –ni el convenio colectivo ni el pacto extraestatutario porque hay movilidad geográfica, y el pacto extraestatutario, a mayor abundamiento, porque no lo firmó el sindicato del trabajador–, la limitación característica de un recurso extraordinario impide entrar en las posibles compensaciones derivadas de la existencia de un traslado –artículo 40.1.IV del ET y artículo 28 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca Privada–, sin perjuicio de su reclamación a través del juicio correspondiente si lo abonado por la empresa fuese insuficiente a dichos efectos de compensación por gastos.

Fallamos

Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por don R.C.R.P. contra la Sentencia de 23 de abril de 2002 del Juzgado de lo Social número 3 de Lugo, dictada en juicio seguido a instancia del recurrente contra la Entidad Mercantil “B.E.C., S.A.”, la Sala la revoca íntegramente, y, estimando parcialmente la demanda rectora de actuaciones, declaramos la nulidad del traslado del demandante acordado por la demandada, y reconocemos el derecho del demandante a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, absolviendo a la demandada de los demás pedimentos de la demanda rectora de actuaciones, sin perjuicio de los demás derechos de las partes a ejercitar ante quién y cómo corresponda.

3600 Recurso núm. 1.517/03

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. NON AFEITACIÓN A UN GRUPO XENÉRICO DE TRABALLADORES E NON CONCORRENCIA DE INTERESE XERAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veintiocho de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.517/03 interpuesto por SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA y FUNDACION PUBLICA HOSPITAL DE VERIN contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandada la FUNDACION PUBLICA HOSPITAL DE VERIN en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 930/02 sentencia con fecha once de diciembre 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 presente conflicto colectivo afecta a 27 ATS/DUE adscritos a los servicios de Hospitalización y Urgencias y a 8 Auxiliares de Enfermería adscritos a los servicios de Quirófano y consultas externas. La empresa tiene 165 trabajadores, 40 auxiliares de enfermería y 34 ATS/DUE. SEGUNDO.- El día 23 de julio de 2002 se establece una reunión entre el Comité empresa y la Dirección en la que se informe de que se tiene la intención de realizar cambios en el funcionamiento colectivo de auxiliares de enfermería. TERCERO.- De las 8 auxiliares afectadas: 2 estaban realizando un turno de 12 horas (de 8 a 20 horas), en consultas externas de lunes a viernes, y el fin de semana en Urgencias, 2 estaban realizando un turno partido de 8:30 a 17 horas de lunes a viernes, menos en verano (15 de junio a 15 de septiembre) en el que el turno era de 8 a 15 horas; dos estaban realizando un turno de 12 horas, de 8 a 20 horas, en consultas quirófano de lunes a viernes y el fin de semana en Urgencias, y 2 estaban realizando exclusivamente guardias localizadas de 22 a 8 horas de lunes a domingo, trabajando 15 días al mes. CUARTO.- El día 22 de agosto de 2002 se produce una reunión a la que acude el colectivo de profesionales afectados por la medida y en calidad de asesor don A.G.M. como miembro del comité de empresa de cuyo órgano es presidente. Se encuentran

también, en esta reunión, la gerencia, la Subdirección de Operaciones y la Dirección de Operaciones. En esta reunión se explica al colectivo que pasarían a formar parte de una cartelera única realizando las mismas funciones que hasta la fecha pero de forma rotatoria y ajustando turnos a la actividad del centro. QUINTO.- Ese mismo día se celebra una reunión entre la Dirección y el Comité de Empresa en la que se levanta acta del siguiente tenor literal: 1.- Se informa sobre la reunión mantenida por parte de la gerencia con el colectivo de auxiliares de enfermería de quirófano y aquellas que realizan en la actualidad turnos de 12 horas en consultas externas y urgencias, con presencia del presidente del comité de cara a la formación de un pool de 8 personas que cubran la actividad de consultas, urgencias, quirófano y localizadas de quirófano. El comité asiente en la necesidad de esa cobertura pero manifiesta que a su entender no son obligatorias las 500 horas de trabajo efectivo en guardias localizadas que el convenio manifiesta. Esta modificación conllevaría una modificación de cartelera. Se informa sobre la propuesta realizada y se queda a la espera de la contra propuesta si la hubiere el comité. El Comité de empresa quiere hacer constar en acta que lo expuesto en el punto 1, es un cambio sustancial de las condiciones de trabajo del referido personal. 2. Se informa también al comité que en aplicación del nuevo convenio se plantea la posibilidad de establecer un turno rotatorio respetando los derechos de libranzas, del personal de enfermería de planta y urgencias de cara a la cobertura de los traslados que necesitan enfermería. El comité asiente en la necesidad de esa cobertura pero manifiesta que a su entender no son obligatorias las 500 horas de trabajo efectivo en guardias localizadas que el convenio manifiesta. El Presidente del Comité de empresa manifiesta que en la negociación del convenio de Fundaciones Públicas Sanitarias se acordó de buena fe por ambas partes que las guardias localizadas en convenio se ponían para regularizar las guardias de los trabajadores que actualmente las estuviesen realizando y que las guardias actuales se venían realizando de carácter voluntario y que cree que estos no son mecanismos, al obligarle a cada trabajador a realizar dicha cobertura que se venía realizando de manera voluntaria. De todas formas la gerencia cree que el texto está claro y oferta que el comité realice contrapropuesta su lo estima necesario sobre este punto. El Comité de empresa quiere hacer constar en acta que lo expuesto en el punto2, es un cambio sustan-

cial e las condiciones de trabajo del referido personal. SEXTO.- En fecha 26 de agosto de 2002 se remite informe al Comité de empresa sobre el cambio, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido. SÉPTIMO.- En fecha 28 de agosto de 2002 se entrega a cada uno de los auxiliares de enfermería afectados, comunicación escrita del siguiente tenor literal: "...Verín a 28 de agosto 2002.- Le comunico que a partir del 30 septiembre 2002, deberá realizar los turnos laborales que se detallan en la cartelera adjunta. Dicha cartelera como se había comentado es susceptible de modificación. A tal efecto se el convoca el viernes día 6 de septiembre a las 13 h en la sala juntas...". La medida comunicada supone que a partir de la fecha indicada, deben de realizar todos ellos, turnos rotatorios de mañana, tarde y noche (guardias localizadas) rotando por los diversos servicios afectados. OCTAVO.- En fecha 6 de septiembre de 2002 se produce una reunión entre la Subdirección y el colectivo afectado En fecha 9 de septiembre de 2002 los trabajadores afectados presentan un escrito oponiéndose a la medida. En fecha 10 de septiembre de 2002 se reúnen los trabajadores afectados, menos doña B.G.L., con la Gerencia, la Subdirección de Operaciones y la Dirección de Operaciones, se les ofrece la cobertura de un 10% de los fines de semana, mediante contratación temporal. En fecha 12 de septiembre se reúne la Dirección y el Comité de empresa, en la que la Dirección propone el darle la oportunidad a los afectados de solicitar cambio de destino, cambio que se producirá después del período de formación del sustituto/a. NOVENO.- En fecha 18 de marzo de 2002 por tres de los auxiliares afectados se presentan papeleta de conciliación por modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En fecha 4 de octubre de 2002 se celebra acto de conciliación con resultado "Sin Avenencia". Por los tres trabajadores afectados se presenta demanda, que es turnada a este Juzgado, acordándose la suspensión del procedimiento, hasta que se resuelva el presente proceso. DÉCIMO.- En fecha 22 de agosto de 2002 en la reunión mantenida con el Comité de empresa, antes aludida, por la Dirección de la empresa se informó de la intención de la Dirección de establecer turnos rotatorios de localización de enfermería para traslados, con el personal asignado a unidades de hospitalización y urgencias. Dichos servicios consisten en acompañar un ATS/DUE que está de guardia localizada, a los enfermos que deben ser trasladados a otros centros. UNDÉCIMO.- En fecha 26 de agosto de 2002 se remitió al comi-

té de empresa informe sobre esta medida, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido. DUODÉCIMO.- Con fecha 23 de agosto de 2002 se entrega a los ATS/DUE comunicación escrita del siguiente tenor literal: "...Le comunico que a partir del 1 de octubre 2002, a expensas de cualquier otra decisión, realizará turnos de localización de traslados, según cartelera adjunta. Dicha cartelera es susceptible de modificación. Quedando a su disposición para aclarar cualquier tipo de duda...". La medida supone realizar turnos de guardia localizada (una persona por turno) de mañana, tarde y noche, además de la jornada ordinaria. DECIMOTERCERO.- En fechas 3 y 12 de septiembre se producen reuniones con el comité de empresa, proponiendo este en la reunión del día 12, el que se contrate a personal para realizar dichos turnos de guardias localizadas. DECIMOCUARTO.- En fecha 16 de septiembre de 2002 se produce una reunión entre el colectivo afectado y la Dirección, y por la Dirección se decidió modificar los turnos por no ser equitativos. DECIMOQUINTO.- En fecha 1 de octubre de 2002 se comunicó por escrito a todos los ATS/DUE afectados los nuevos turnos a realizar a partir del 1 de noviembre de 2002. DECIMOSEXTO.- La medida citada fue adoptada por la Dirección como consecuencia de que, dado que las guardias venían siendo cubiertas por personal voluntario -7 personas- en ocasiones quedan turnos sin cubrir habiéndose producido los siguientes porcentajes de descubiertos:

MES	Turnos a cubrir	Turnos sin cubrir	% de descubierto
Diciembre/01	93	33	35,48%
Enero/02	93	3	3,2%
Febrero/02	84	0	0%
Marzo/02	93	10	10,75%
Abril/02	90	27	30%
Mayo/02	93	28	30%
Junio/02	90	23	25,55%
Julio/02	93	36	38,71%
Agosto/02	93	18	19,35%
Septiembre/02	90	49	54,44%

DECIMOSEPTIMO.- En fecha 11 de septiembre de 2002 por el Sindicato actor se presenta escrito ante la Comisión Paritaria del convenio aplicable, solicitando el que por

dicha comisión se resolviese reclamar a la Fundación Hospital Verín que deje sin efecto las medidas comunicadas y que de persistir en el mantenimiento de dichas modificaciones, siga el cauce señalado por el artículo 7 del convenio colectivo. DECIMOOCITO.- En fecha 12 de noviembre se reunió la Comisión Paritaria, según certificación de fecha 13 de noviembre 2002 del Secretario de la Comisión se trató “la obligación de ocho auxiliares de enfermería de fundación Pública Hospital Verín de realizar guardias localizadas”. Solicita aclaración del acta de ese día, se emitió nueva certificación en fecha 5 de diciembre de 2002 cuyo contenido por constar en autos se da por reproducida en la que se dice “También se niega a la afectación del conflicto al personal de colectivo de enfermería, porque esta categoría ya tenía obligación de realizar guardias localizadas”. DECIMONOVENO.- En fecha 15 de noviembre de 2002 el Sindicato actor presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., celebrándose el acto con resultado “Sin Avenencia” presentando demanda el Sindicato actor en fecha 27 de noviembre 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 EL SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA contra la FUNDACION HOSPITAL DE VERIN, debo declarar y declaro Nula la medida adoptada por la empresa demandada en relación con los 8 auxiliares Administrativos afectados por éste conflicto, condenando a dicha Fundación a estar y a pasar por esta declaración, así como a reponer dichos trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo, absolviéndola del resto de pedimentos de la demanda”.

CUARTO.- Con fecha 20 de diciembre de 2002, por el Juzgado de referencia se dictó Auto de Aclaración que en su parte dispositiva dice: “Estimar el Recurso de Aclaración interpuesto por el letrado don J.A.P.F. en nombre y representación de la FUNDACION PUBLICA HOSPITAL DE VERIN, solicitando el que se rectifique en el Fallo de la citada Sentencia donde se dice Auxiliares Administrativos cuando debería ser Auxiliares de Enfermería, y que contra dicha Sentencia cabe Recurso de Suplicación, quedando de la siguiente manera: “Notifíquese esta Sentencia a las partes y adviértaselas que contra la misma podrán

interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de CINCO DIAS hábiles siguientes a la notificación de la presente Sentencia. Caso de que fuera la Fundación demandada la recurrente, deberá presentar ante este Juzgado de lo Social, certificación acreditativa de haber ingresado en la cuenta del Depósitos y Consignaciones número ..., abierta por este Juzgado en el Banco Bilbao-Vizcaya, el depósito especial de 150,25 Euros; no pudiéndosele facilitar el nuevo número de la Entidad bancaria por estar ésta vigente hasta el 31 de diciembre de 2002”.

QUINTO.- 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, estimando en parte la demanda de conflicto colectivo, presentada por el Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, contra la Fundación Pública Hospital de Verín, declaró nula la medida adoptada por la empresa demandada en relación, con los ocho auxiliares de enfermería afectados por este conflicto, condenando a dicha Fundación, a estar y pasar por dicha declaración, así como a reponer a los trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo, absolviéndola del resto de las pretensiones de la demanda. Decisión judicial que es recurrida por la representación letrada del Sindicato Nacional de CC.OO., así como por la representación de la Fundación Pública Hospital de Verín, pretendiéndose por la primera la revisión de los hechos declarados probados y censurando el derecho aplicado, denunciando infracción del art. 41.4 del E.T., en relación con los arts. 7, 23 y 25 del Convenio Aplicable, en tanto que por la segunda, se censura únicamente el derecho aplicado, denunciando infracción de los arts. 151 de la L.P.L (al entender se había infringido normas o garantías del procedimiento generadoras de indefensión, (al no seguirse el procedimiento adecuado), 5 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Sector Sanitario para Galicia, en relación con el 69 y siguientes de la L.P.L al no haberse agotado previamente la reclamación previa ante la comisión Paritaria del Convenio), 59 del E.T. (caducidad al haber transcurrido en exceso el plazo de 20 días para impugnar la decisiones empresariales sobre modificaciones

sustanciales de condiciones de trabajo), y el último término, infracción por aplicación indebida del art. 41.1.2 y 3 del E.T. (por entender que afectando la modificación a 8 auxiliares de enfermería de los 165 trabajadores que tiene la empresa, resultaba obvio que se trataba de una decisión de modificación de condiciones de trabajo, de carácter individual, con independencia de que esta sea considerada sustancial o no), solicitando la nulidad de las actuaciones y subsidiariamente se dicte sentencia revocatoria de la de instancia, que desestime la demanda rectora.

Como trámite previo, por ser materia de orden público, -apreciable incluso de oficio-, procede entrar en el análisis de la excepción alegada, de inadecuación de procedimiento, por cuanto la estimación de la misma, haría innecesario entrar en el análisis del resto de los motivos formulados, llevando consigo la desestimación de la demanda, absolviendo en la instancia a la demandada de las pretensiones contra ella deducidas.

La demanda sobre conflicto colectivo presentada por el Sindicato Nacional de CC.OO. tiene por objeto se declare la nulidad o subsidiariamente se declare injustificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo efectuadas por la empresa y notificadas el 28 de agosto de 2002 (a los auxiliares de enfermería) y el 23 de agosto del 2002 (a los A.T.S./DUE), en las que se les participaba que a partir de la fecha indicada los primeros deben realizar turnos rotatorios de mañana, tarde y noche (guardias localizadas) rotando por los diversos servicios afectados, en tanto que los segundos, realizarían turnos de localización de traslados, según cartelera adjunta, lo que suponía turnos de guardia localizada (una persona por turno, de mañana tarde y noche, además de la jornada ordinaria) y se ordene a la empresa demandada a que reincorpore a los trabajadores afectados por tales medidas en su jornada anterior antes de la modificación, condenándola a estar y pasar por tal declaración. La sentencia de instancia desestima la excepción de inadecuación de procedimiento, razonando se trataba de una modificación de carácter colectivo, habiéndose modificado condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, y entendió que el procedimiento correcto para impugnar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo era el de conflicto colectivo,

citando en apoyo de su tesis el número 4 del art. 41 del E.T., que admite la posibilidad de acudir al procedimiento de conflicto colectivo y que la modificación afectaba al horario y régimen de turnos, sin que se hubieren cumplido los requisitos que al efecto se establecen en el art. 41 del E.T. sobre consulta al Comité de Empresa, Comisión Paritaria, etc., llegando a la decisión de declarar nula la medida adoptada por la empresa en relación con 8 auxiliares de enfermería, en tanto entendía que no era ilegal la modificación del horario y régimen de trabajo a turnos de los ATS, pues, al participar uno sólo en cada turno de guardia, mañana, tarde y noche y dado el número de trabajadores afectados por la medida -27- el número de horas a realizar al cabo del año por este concepto -guardias localizadas- no superaba las 500 horas, que por imperativo de lo dispuesto en el art. 25 del Convenio estaban obligados a realizar si las necesidades de servicio lo exigieran. Frente a la indicada sentencia se recurre por la Fundación Pública Hospital Verín, alegándose en primer lugar la excepción de inadecuación de procedimiento, por entender que el procedimiento seguido no ha sido el correcto, sino que debió seguirse un procedimiento individual o plural al entender que lo que define el conflicto colectivo no es el número de trabajadores afectados, sino el origen o fuente de la cuestión debatida, y que tratándose de una modificación de horario y régimen a turnos, entra en juego el contenido del art. 41 del E.T., y si bien cabe distinguir entre las modificaciones de las condiciones de trabajo de naturaleza individual o colectiva, en el supuesto de autos al afectar la modificación a 8 auxiliares de enfermería, y a 27 ATS/DUE de los 165 trabajadores que tiene la empresa, (40 auxiliares de enfermería y 34 ATS/DUE), resultaba obvio que se trataba de una decisión de modificación de condiciones de trabajo de carácter individual para lo que ha de seguirse el procedimiento señalado en el art. 138 del E.T., para los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y no el de Conflicto Colectivo del art. 151 de la L.P.L.

Para una más acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta que el art. 151.1 de la L.P.L. fija los límites del procedimiento del Conflicto Colectivo, cuando establece que habrán de tramitarse mediante el mismo: "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". A tal fin el Tribunal Supremo en sentencias de 25 de junio de 1992, 22 de mayo de 1995, 27 de mayo de 1996 y 7 y 19 de mayo de 1997, 13 de octubre de 1997 y 22 de mayo de 1998, señala que las trascendencia colectiva del conflicto colectivo viene dada por dos elementos: "el subjetivo", vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y el "objetivo", que consiste en la presencia de un "interés general" que es el que actúa a través del conflicto. Respecto del interés general se ha de entender como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto, y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, y como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de una manera refleja en sus consecuencias, que ha de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general". Añadiendo la última de las sentencias citadas que "el contenido de la pretensión, como resulta de los propios términos del citado artículo 151.1 L.P.L. es propio del conflicto jurídico, no de intereses, en cuanto ha de versar sobre la aplicación o interpretación de una norma (estatal o paccionada) o de una decisión o práctica de empresa".

Como antecedentes de la cuestión litigiosa deben destacarse los siguientes: A) El presente conflicto colectivo afecta a 27 ATS/DUE adscritos a los servicios de Hospitalización y Urgencias y a 8 Auxiliares de Enfermería adscritos a los servicios de Quirófano y consultas externas. La empresa tiene 165 trabajadores, (40 auxiliares de enfermería y 34 ATS/DUE). B) El día 23 de julio de 2002 se establece una reunión entre el Comité de empresa y la Dirección en la que se informe de que se tiene la intención de realizar cambios en el funcionamiento colectivo de auxiliares de enfermería. C) De las 8 auxiliares afectadas: 2 estaban realizando un turno de 12 horas (de 8 a 20 horas), en consultas externas de lunes a viernes, y el fin de semana en Urgencias, 2 estaban realizando un turno partido de 8:30 a 17 horas de lunes a viernes, menos en verano (15 de Junio a 15 de septiembre) en el que el turno era de 8 a 15 horas; dos estaban realizando un turno de 12 horas, de 8 a 20 horas, en consultas quirófano de lunes a viernes y el fin de semana en Urgencias, y 2 estaban realizando exclusiva-

mente guardias localizadas de 22 a 8 horas de lunes a domingo, trabajando 15 días al mes. D) El día 22 de agosto de 2002 se produce una reunión a la que acude el colectivo de profesionales afectados por la medida y en calidad de asesor don A.G.M. como miembro del comité de empresa de cuyo órgano es presidente. Se encuentran también, en esta reunión, la Gerencia, la Subdirección de Operaciones y la Dirección de Operaciones. En esta reunión se explica al colectivo que pasarían a formar parte de una cartelera única realizando las mismas funciones que hasta la fecha pero de forma rotatoria y ajustando los turnos a la actividad del centro. E) Ese mismo día se celebra una reunión entre la Dirección y el Comité de Empresa en la que se levanta acta del siguiente tenor literal: 1.- Se informa sobre la reunión mantenida por parte de la gerencia con el colectivo de auxiliares de enfermería de quirófano y aquellas que realizan en la actualidad turnos de 12 horas en consultas externas y urgencias, con presencia del presidente del comité de cara a la formación de un pool de 8 personas que cubran la actividad de consultas, urgencias, quirófano y localizadas de quirófano. El comité asiente en la necesidad de esa cobertura pero manifiesta que a su entender no son obligatorias las 500 horas de trabajo efectivo en guardias localizadas que el convenio manifiesta. Esta modificación conllevaría una modificación de cartelera. Se informa sobre la propuesta realizada y se queda a la espera de la contra propuesta si la hubiere del comité. El Comité de empresa quiere hacer constar en acta que lo expuesto en el punto 1, es un cambio sustancial de las condiciones de trabajo del referido personal. 2. Se informa también al comité que en aplicación del nuevo convenio se plantea la posibilidad de establecer un turno rotatorio respetando los derechos de libranzas, del personal de enfermería de planta y urgencias de cara a la cobertura de los traslados que necesitan enfermería. El comité asiente en la necesidad de esa cobertura pero manifiesta que a su entender no son obligatorias las 500 horas de trabajo efectivo en guardias localizadas que el convenio manifiesta. El Presidente del Comité de empresa manifiesta que en la negociación del convenio de Fundaciones Públicas Sanitarias se acordó de buena fe por ambas partes que las guardias localizadas en convenio se ponían para regularizar las guardias de los trabajadores que actualmente las estuviesen realizando y que las guardias actuales se venían realizando con carácter voluntario y que cree que estos no son mecanismos, al obligarle a cada trabajador

a realizar dicha cobertura que se venía realizando de manera voluntaria. De todas formas la gerencia cree que el texto está claro y oferta que el comité realice contrapropuesta si lo estima necesario sobre este punto. El Comité de empresa quiere hacer constar en acta que lo expuesto en el punto 2, es un cambio sustancial de las condiciones de trabajo del referido personal.- F) En fecha 26 de agosto de 2002 se remite informe al Comité de empresa sobre el cambio, cuyo contenido se tiene por reproducido. G) Con fecha 28 de agosto de 2002 se entrega a cada uno de los auxiliares de enfermería afectados, comunicación escrita del siguiente tenor literal: "...Verín a 28 de agosto de 2002.- Le comunico que a partir del 30 septiembre 2002, deberá realizar los turnos laborales que se detallan en la cartelera adjunta. Dicha cartelera como se había comentado es susceptible de modificación. A tal efecto se el convoca el viernes día 6 Septiembre a las 13 h en la sala de juntas...". La medida comunicada supone que a partir de la fecha indicada, deben de realizar todos ellos, turnos rotatorios de mañana, tarde y noche (guardias localizadas) rotando por los diversos servicios afectados. H) En fecha 6 de septiembre de 2002 se produce una reunión entre la Subdirección y el colectivo afectado En fecha 9 de Septiembre de 2002 los trabajadores afectados presentan un escrito oponiéndose a la medida. En fecha 10 de Septiembre de 2002 se reúnen los trabajadores afectados, menos doña B.G.L., con la Gerencia, la Subdirección de Operaciones y la Dirección de Operaciones, se les ofrece la cobertura de un 10% de los fines de semana, mediante contratación temporal. En fecha 12 de septiembre se reúne la Dirección y el Comité de empresa, en la que la Dirección propone el darle la oportunidad a los afectados de solicitar cambio de destino, cambio que se producirá después del período de formación del sustituto/a. I) En fecha 18 de marzo de 2002 por tres de los auxiliares afectados se presentan papeleta de conciliación por modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En fecha 4 de octubre de 2002 se celebra acto de conciliación con resultado "Sin Avenencia". Por los tres trabajadores afectados se presenta demanda, que es turnada a este Juzgado, acordándose la suspensión del procedimiento, hasta que se resuelva el presente proceso. J) En fecha 22 de agosto de 2002 en la reunión mantenida con el Comité de empresa, antes aludida, por la Dirección de la empresa se informó de la intención de la Dirección de establecer turnos rotatorios de localización de enfermería para traslados, con

el personal asignado a unidades de hospitalización y urgencias. Dichos servicios consisten en acompañar un ATS/DUE que está de guardia localizada, a los enfermos que deben ser trasladados a otros centros. K) En fecha 26 de agosto de 2002 se remitió al comité de empresa informe sobre esta medida, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido. L) Con fecha 23 de agosto de 2002 se entrega a los ATS/DUE comunicación escrita del siguiente tenor literal: "...Le comunico que a partir del 1 de octubre de 2002, a expensas de cualquier otra decisión, realizará turnos de localización de traslados, según cartelera adjunta. Dicha cartelera es susceptible de modificación. Quedando a su disposición para aclarar cualquier tipo de duda...". La medida supone realizar turnos de guardia localizada (una persona por turno) de mañana, tarde y noche, además de la jornada ordinaria. M) En fechas 3 y 12 de septiembre se producen reuniones con el comité de empresa, proponiendo este en la reunión del día 12, el que se contrate a personal para realizar dichos turnos de guardias localizadas. N) En fecha 16 de septiembre de 2002 se produce una reunión entre el colectivo afectado y la Dirección, y por la Dirección se decidió modificar los turnos por no ser equitativos. Ñ) En fecha 1 de octubre de 2002 se comunicó por escrito a todos los ATS/DUE afectados los nuevos turnos a realizar a partir del 1 de noviembre de 2002. O) La medida citada fue adoptada por la Dirección como consecuencia de que, dado que las guardias venían siendo cubiertas por personal voluntario -7 personas- en ocasiones quedan turnos sin cubrir habiéndose producido los siguientes porcentajes de descubiertos: Mes: Turnos a Cubrir: turnos sin cubrir: % de descubierto: Diciembre/01: 93: 33: 35,48%.- Enero/02: 93: 3: 3,2%.- Febrero/02: 84:0:0%.- Marzo/02: 93: 10: 10,75%.- Abril/02: 90: 27: 30%.- Mayo/02: 93: 28: 30%.- Junio/02: 90: 23: 25,55%.- Julio/02: 93: 36: 38,71%.- Agosto/02: 93: 18: 19,35%.- Septiembre/02: 90: 49: 54,44%. P) En fecha 11 de Septiembre de 2002 por el Sindicato se presenta escrito ante la Comisión Paritaria del convenio aplicable, solicitando el que por dicha comisión se resolviese reclamar a la Fundación Hospital Verín que deje sin efecto las medidas comunicadas y que de persistir en el mantenimiento de dichas modificaciones, siga el cauce señalado por el Artículo 7 del convenio colectivo. Q) En fecha 12 de noviembre se reunió la Comisión Paritaria, según certificación de fecha 13 de noviembre de 2002 del Secretario de la Comisión se trató "la obligación de ocho auxiliares de enferme-

ría de fundación Pública Hospital Verín de realizar guardias localizadas". Solicita aclaración del acta de ese día, se emitió nueva certificación en fecha 5 de diciembre de 2002 cuyo contenido por constar en autos se da por reproducida en la que se dice "También se niega a la afectación del conflicto al personal de colectivo de enfermería, porque esta categoría ya tenía obligación de realizar guardias localizadas". R) En fecha 15 de noviembre de 2002 el Sindicato actor presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., celebrándose el acto con resultado "Sin Avenencia" presentando demanda el Sindicato actor en fecha 27 de noviembre de 2002".

Partiendo de la doctrina expuesta y a la vista del relato fáctico de hechos probados, esta Sala llega a las siguientes conclusiones: A) El litigio no afecta a un grupo genérico de trabajadores, sino a 8 auxiliares de enfermería y a 27 ATS/DUE de los 165 trabajadores que en total tiene la empresa, (de los que 40 son auxiliares de enfermería y 34 ATS), que realizando un turno determinado en los términos que han quedado expuestos, han pasado a realizar turnos rotatorios de mañana tarde y noche, guardias localizadas y turnos de localización de traslados según cartelera adjunta, por tanto no afecta a un grupo genérico de trabajadores, ni concurre ese interés general, sino el particular de esos trabajadores afectados individualmente, como lo demuestra que alguno de ellos -3 auxiliares de enfermería- ha presentado demanda sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, habiéndose acordado la suspensión del procedimiento hasta que se resuelva el presente proceso, lo que pone de relieve que el interés que se discute en esta litis, es el individual de varios trabajadores y no el general, y no nos hallamos propiamente ante un conflicto colectivo, sino ante modificaciones de condiciones de trabajo de carácter individual, sin un interés o afectación general, limitado a los pocos trabajadores afectados por la decisión empresarial, de tal manera que el número de trabajadores afectados no alcanza a constituir una modificación colectiva de condiciones de trabajo; B) Por otro lado, la pretensión que se ejercita en esta demanda, no tiene el carácter declarativo general propio de las cuestiones a dilucidar por la vía del conflicto colectivo, toda vez que la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia de las modificaciones de las condiciones de trabajo, ordenando a la empresa que reincorpore a los trabajadores afectados en su jornada y horarios habituales antes de la modificación, es

claro se trata de una acción de condena, que incide sobre los intereses individuales de los trabajadores afectados, y que no puede decidirse sin ser traídos a un juicio que no puede ser otro que el especial del art. 138 de la L.P.L. En base a lo que, al no ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia, desestimando el recurso interpuesto por el Sindicato Nacional CC.OO., estimar el interpuesto por la Fundación Pública Hospital de Verín, revocando la sentencia recurrida.

Fallamos

Desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS y estimando el interpuesto por la FUNDACION PUBLICA HOSPITAL DE VERIN, contra la sentencia de fecha once de diciembre de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, sobre CONFLICTO COLECTIVO, y revocando la sentencia recurrida, se estima la excepción de inadecuación de procedimiento alegado por la empresa demandada, y sin entrar en el fondo del asunto, debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por el Sindicato Nacional de CC.OO, contra la Fundación Pública Hospital de Verín, a la que absuelvo en la instancia de las pretensiones contra ella deducidas.

3601 Recurso núm. 751/03

S.S. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN, Ó CONCURRIR OS PRESUPOSTOS CONFIGURADORES DA MESMA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a treinta e uno de marzo de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 751/03, interpuesto por don R.S.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.S.S. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 733/00 sentencia con fecha 4 de noviembre 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 Confederación de Empresarios de Galicia (en adelante, C.E.G.), con domicilio social en Santiago de Compostela, organización constituida sin ánimo de lucro y por tiempo indefinido integrando las organizaciones empresariales de Galicia como órgano de coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de intereses generales y comunes, persigue como fines fundamentales el fomento y defensa del sistema de iniciativa privada y economía libre de mercado, la promoción y defensa de la unidad e integración empresarial y la representación de los intereses generales y comunes de carácter empresarial de aquéllas (art. 1 de los Estatutos aprobados el 29 de octubre de 1991, en la redacción otorgada en la Asamblea General Ordinaria de 23 de febrero de 2000).- SEGUNDO.- Según los mencionados Estatutos, son órganos de gobierno de la C.E.G., la Asamblea General, la Junta Directiva, el Comité Ejecutivo y la Presidencia, asistidos por el Secretario General (art. 12), constituyendo la Asamblea General el órgano supremo de gobierno y decisión de la C.E.G. (art. 13 y siguientes), siendo la Junta Directiva el órgano colegiado de normal gobierno, gestión, administración y dirección de la C.E.G. (art. 17 y siguientes), el Comité Ejecutivo el órgano permanente de gobierno, gestión, administración y dirección de la C.E.G. (art. 20 y siguientes), ostentando el Presidente la representación de la C.E.G. en todos sus órdenes.- TERCERO.- Conforme al art. 26, apartados 1 a 3, de los referidos Estatutos, estará a cargo del Secretario General la dirección del funcionamiento técnico y administrativo de los servicios de la C.E.G., siendo miembro, con voz pero sin derecho a voto, de los órganos colegiados de gobierno de la C.E.G., y, si procede, de las Comisiones de trabajo, correspondiendo su nombramiento y remoción al Comité Ejecutivo a propuesta del Presidente; sus funciones se definen estatutariamente así: levantaré acta de las reuniones

que celebren los órganos de gobierno de la C.E.G., expidiendo certificaciones de sus acuerdos, con el visto bueno del Presidente, disponiendo lo necesario para la ejecución de los mismos, teniendo a su cargo la custodia de la documentación y los libros de la misma, debiendo colaborar directamente con la Presidencia asesorándola en los casos en que fuer requerido, advirtiéndole de los posibles casos de ilegalidad estatutaria de los acuerdos adoptar, dando traslado a las organizaciones que componen la C.E.G. de dichos acuerdos si procediese, pudiendo contratar y despedir personal previa autorización del Comité Ejecutivo, así como proponer es el establecimiento o contratación de servicios o asesorías técnicas. El art. 26.4 estableció, además, que el puesto de Secretario General podrá ser remunerado.- CUARTO.- El demandante, mayor de edad, suscribió el 1 de marzo de 1992 contrato de trabajo de Alta Dirección con la Confederación demandada, habiendo presentado el 15 de mayo de 1992 ante la propia C.E.G., escrito a cuyo tenor, con efectos de 31 de mayo de 1992, procedía a desistir del referido contrato una vez transcurridos los tres meses inicialmente acordados, considerándose saldado y finiquitado mediante otro escrito presentado igualmente el 1 de junio de 1992.- QUINTO.- La sociedad mercantil "L.S., S.L.", conformada por el demandante y su ex - esposa Sra. L.S., en fecha 18 de mayo de 1992, presentó escrito ante la C.E.G. firmado por el actor en cuya virtud, y de acuerdo con las conversaciones previamente mantenidas, le hacía llegar la *"mejor oferta para el asesoramiento y gestión de su Secretaría General, garantizándole la prestación profesional durante el año 1992 al precio mensual de [seiscientos veinticinco mil pesetas] 625.000 ptas. más I.V.A."*- SEXTO.- Desde entonces, y a lo largo de 1993, la mencionada empresa giró una serie de facturas por importe total mensual de setecientos dieciocho mil pesetas (718.000 ptas) (seiscientos veinticinco mil pesetas (625.000 ptas) más I.V.A.) en concepto de *"prestación de servicios de Secretaría General"*- SÉPTIMO.- Producida la separación matrimonial del demandante y su ex - esposa, cuyo convenio regulador se escrituró el 23 de mayo de 1994 (el convenio privado, regulador del divorcio fue fechado el 18 de octubre de 1995), el demandante continuó desempeñando a título particular los mismos servicios profesionales que hasta entonces en su calidad de Secretario General de la C.E.G., sin que se formalizara contrato alguno ni conste que se afiliara y fuera dado alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad

Social.- OCTAVO.- El demandante, en el ejercicio de sus funciones, era quien, además de la pertinente asesoría a la Presidencia, ostentaba la dirección, coordinación y supervisión superior en el funcionamiento de los departamentos y servicios de la C.E.G., fijando sus objetivos, de forma que a él se le rendían cuentas al respecto; ostentaba igualmente la representación institucional de la C.E.G. ante los Organismo que se relacionan en el documento número 15 de los adjuntos en el ramo de prueba de la parte demandada, que aquí se da por reproducido en aras de la brevedad; era la persona facultada, junto con el Sr. Tesorero, al objeto de aperturar cuentas corrientes, pólizas de crédito o de garantía de operaciones mercantiles; y decidía la contratación y cese del personal.- NOVENO.- Conforme al certificado de retenciones e ingresos a cuenta del I.R.P.F. presentado por la C.E.G. el 28 de febrero de 2000, firmado por el propio actor, éste percibió en el año 1999, en concepto de rendimientos de actividades profesionales, doce millones doscientas noventa y nueve mil setecientas noventa y nueve pesetas (12.299.799 ptas). Y entre junio de 1999 y julio de 2000, ambos inclusive, le han sido transferidas por la C.E.G. a la cuenta corriente de que es titular un total de 14.475.662 ptas, s.e.u.o.- DÉCIMO.- El demandante ha realizado otros servicios a favor de la C.E.G. (colaboraciones, profesor en cursos de formación ocupacional, etc.) que le han sido retribuidas con independencia de las transferencias de carácter mensual reseñadas anteriormente.- UNDÉCIMO.- En fecha 19 de julio de 2000, la empresa comunicó por escrito al trabajador que se abstuviera de acudir a las oficinas de la empresa los días 20 y 21, liberándole de asistir al trabajo. Como continuación de dicho escrito, el 20 de julio de 2000 se le comunicó otro a cuyo tenor se le libera de asistir al trabajo del 22 al 31 de julio de 2000, ordenándole que se abstenga de acudir a las oficinas de la empresa durante el mismo período de tiempo. Y, en fecha 4 de agosto de 2000, se le comunicó escrito ordenándosele la abstención de acudir a las oficinas de la Confederación hasta nuevo aviso.- DUODÉCIMO.- Reunido el Comité Ejecutivo de la con el 20 de julio de 2000, se decidió a propuesta del Presidente, por unanimidad, "*cesar al demandante como Secretario General de la C.E.G.*", remitiéndosele carta de 28 de agosto de 2000, vía notarial, recibida el 31 de agosto de 2000, comunicándosele que, con efectos de la data del escrito, "*queda rescindida su relación mercantil de arrendamiento de servicios*".- DÉCIMOTERCE-

RO.- No consta que el demandante, en el ejercicio de sus facultades, hubiera recibido directrices o instrucciones en orden a la ejecución de las funciones propias de su cargo.- DÉCIMOCUARTO.- El actor fue incluido en la póliza de seguro médico que la C.E.G. cubrió con la entidad A.S. (año 1998) respecto de sus empleados.- DÉCIMOQUINTO.- El actor fue incluido en la póliza que la C.E.G. suscribió con la aseguradora G. para la cobertura de los riesgos de muerte por accidente, invalidez permanente y asistencia sanitaria respecto de sus empleados.- DÉCIMOSEXTO.- El demandante no realizaba sus servicios profesionales con sometimiento al mismo horario de trabajo y régimen de turnos como el que llevaban los trabajadores de la C.E.G., teniendo habilitado un despacho/oficina en la sede de la C.E.G. a donde acudía con regularidad pero sin respetar la jornada de trabajo como dichos empleados (es decir, en determinadas ocasiones podía acudir o no acudir a la oficina, o acudir a media mañana o ir sólo por la mañana o sólo por la tarde, o estar más horas que las de un turno ordinario, etc).- DÉCIMOSEPTIMO.- El demandante no ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores.- DÉCIMONOVENO.- Celebrado el 28 de septiembre de 2000 acto de conciliación ante el S.M.A.C. de la Xunta de Galiza, devino sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, en relación a la demanda que interpuso don R.S.S. contra la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA, desestimando como desestimo la acción de despido ejercitada, debo declarar y declaro la existencia de una decisión empresarial unilateral de extinción de la relación laboral especial de Alta Dirección que unía a las partes, procediendo en consecuencia que la Confederación demandada indemnice al actor a razón de 7 días de salario en metálico por año de servicio, a contar desde el 1 de junio de 1992 y hasta el 28 de agosto de 2000, con el límite de 6 mensualidades y a razón de 207,14 (34.466 ptas) el día de salario, más una indemnización en concepto de incumplimiento total del preaviso equivalente a los salarios correspondientes a 3 meses".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha cuatro de noviembre del dos mil dos del Juzgado de lo Social Nº dos de Santiago de Compostela, seguido a instancia de don R.S.S. contra la Confederación de empresarios de Galicia, por parte del 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, concretamente el octavo, el cual dice: “El demandante, en el ejercicio de sus funciones, era quien, además de la pertinente asesoría a la Presidencia, ostentaba la dirección, coordinación y supervisión superior en el funcionamiento de los departamentos y servicios de la C.E.G., fijando sus objetivos, de forma que a él se le rendían cuentas al respecto; ostentaba igualmente la representación institucional de la C.E.G. ante los Organismo que se relacionan en el documento número 15 de los adjuntos en el ramo de prueba de la parte demandada, que aquí se da por reproducido en aras de la brevedad; era la persona facultada, junto con el Sr. Tesorero, al objeto de aperturar cuentas corrientes, pólizas de crédito o de garantía de operaciones mercantiles; y decidía la contratación y cese del personal”, para que se le dé la siguiente redacción: “El demandante en el ejercicio de sus funciones, era quien, además de la pertinente asesoría a la Presidencia, ostentaba la dirección, coordinación y supervisión del funcionamiento de los departamentos y servicios de la CEG de lo que daba cuenta al Comité ejecutivo; en ocasiones se le facultaba mancomunadamente con el Sr. Tesorero, al objeto de aperturar cuentas corrientes, pólizas de crédito o de garantía de operaciones mercantiles; y contrataba y cesaba al personal previa autorización del Comité Ejecutivo”, en base a los Estatutos de la CEG.

Como ya dijimos en la anterior sentencia de esta Sala de fecha treinta y uno de marzo del dos mil uno en la que previamente a analizar si se trataba o no de relación laboral procedimos a analizar la petición de revisión de hechos declarados probados en la sentencia, en la cual se decía y mantenemos, ya que el texto y los documentos en la que se basa son similares: no se accede a dicha revisión ya que el Magistrado de instancia para llevar a cabo la redacción de tal hecho probado ha tenido en cuenta la totalidad de la prueba aportada y no solo los Estatutos que definen las funciones como tal del Secretario, como así consta en los folios 135, 136 a 140 entre otros, no entrando

en contradicción con el hecho probado tercero en el que se recoge de manera expresa las funciones que tiene el Secretario según los Estatutos de la Confederación, pero que en modo alguno no implique otro tipo de funciones que exceda los allí señalados. Por todo lo cual, se desestima el motivo del recurso.

Se interesa igualmente la revisión del hecho probado decimotercero, el cual dice: “No consta que el demandante, en el ejercicio de sus facultades, hubiera recibido directrices o instrucciones en orden a la ejecución de las funciones propias de su cargo”, para que se diga: “El demandante debía dar cuenta del desempeño de sus funciones ante los órganos de gobierno de la CEG y estaba sometido a las directrices o instrucciones de los referidos órganos de gobierno en orden a la ejecución de las funciones propias de su cargo”, en base al art. 26 del Estatuto que señala sus funciones, así como en las reuniones del Comité ejecutivo se dice que da cuenta de las actividades desarrolladas (folio 223) siendo en consecuencia una sujeción a un programa de trabajo.

No se accede a la modificación que se pretende ya que el artículo del Estatuto no determina ni acredita en sí lo que pretende revisar, ni tampoco la formula “rituaría” como lo califica el recurrente, de las reuniones del Comité ejecutivo prueban la modificación de dicho hecho, cuando el Magistrado de instancia corresponde la valoración de la prueba y ha recogido en tal hecho la practicada en el acto de juicio oral.

Finalmente se interesa que al hecho declarado probado se añada el contenido del art. 5 de los Estatutos de la CEG en cuanto define los fines de dicha Confederación.

No se accede a la modificación pretendida ya que concretamente los fines de la Confederación aparecen recogidos en el hecho probado primero de la sentencia, siendo innecesaria su reiteración.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c de la LPL se alega por el recurrente infracción del art. 1.1 del ET así como infracción del art. 1.2 del R.D. 1.382/85 de 1 de agosto que no es aplicable a este caso, dice el recurrente, porque la relación laboral ha sido común desde su inicio, se denuncia igualmente infracción de la Sentencia de la Sala de lo Social TSJ de Castilla-La Mancha de 08.03.01, la STS de 27 de marzo de 1986, la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 26.10.98, y la

Sentencia de la Sala de lo Social de TSJ de Madrid de 20.11.01.

El T. Supremo interpretando (STS 04.06.99 rec. 1.972/98) el art. 1.1 ET y 1.2 RD 1.382/85 viene a señalar los requisitos de dicha relación laboral especial de alta dirección (art. 2.1.a) ET, entendiéndose:

a.- Las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad “.

b.- Es decir, autonomía y plena responsabilidad en la prestación de servicios refiriéndose a la inexistencia de subordinación en la prestación de servicios, con poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativa a los objetivos generales de la misma.

c.- No cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algún trabajador -fenómeno de delegación de poder siempre presente en las organizaciones dotadas de cierta complejidad- con la alta dirección que delimita los preceptos anteriormente citados, en “concepto legal, que, en la medida en que lleva la aplicación de un régimen jurídico especial en el que se limita de forma importante la protección que el ordenamiento otorga a los trabajadores, no puede ser objeto de una interpretación extensiva”.

d.- La característica fundamental es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial y se tiene que dar los siguientes presupuestos: ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma y la autonomía en su ejercicio solo subordinado al órgano rector de la sociedad.

Las sentencias que se citan tanto de diferentes Salas de lo Social de TSJ como del T. Supremo muy anterior a la citada anteriormente, ponen de manifiesto que habrá que determinar los supuestos en concretos y en qué medida las facultades otorgadas a dicho personal le puede configurar dentro de dicha relación laboral de carácter especial. Teniendo en cuenta los hechos declarados probados en la sentencia se pone de manifiesto con fecha de 31 de mayo de 1992 el actor desistió de un

contrato de alta dirección celebrado el 01.03.92 una vez transcurrido los tres meses acordados, saldado y finiquitado el mismo a continuación la Sociedad limitada integrada por el actor y en aquel entonces su cónyuge le hacían llegar a la Confederación una oferta de asesoramiento y gestión de su Secretaría General garantizándole la prestación profesional del mismo durante el año 1992 por un precio a tanto alzado, desarrollando desde entonces el cargo que ocupa de dicha manera, así en 1993 por el precio facturado, y durante 1994, si bien en 1995 ante la separación matrimonial realizó la prestación de servicios de forma individual, sin que formalizara contrato alguno. Efectivamente el contrato que regula el RD 1.382/85 de 1 de agosto, requiere forma escrita según preceptúa el art. 4 del mismo, sin embargo “en ausencia del mismo, se entenderá que el empleado es personal de alta dirección cuando se den los supuestos del art. 8 del ET y la prestación profesional se corresponda con la que define el art. 1.2 del presente RD.

Es decir, con independencia de cual sea la denominación del contrato que le den las partes, lo verdaderamente esencial que califica la naturaleza del mismo es el contenido de prestaciones recíprocas que lo define así como las características de dicha prestación. En este sentido resulta que el actor según queda acreditado en los hechos probados de la sentencia a pesar de las funciones que tenía atribuida el Secretario General según los Estatutos de la Confederación, que aparece recogido en el tercero de los hechos probados, sin embargo además de la pertinente asesoría a la Presidencia, ostenta la dirección, coordinación, supervisión superior en el funcionamiento de los departamentos y servicios, fijando sus objetivos, a él se le rendían cuentas, ostentaba la representación institucional ante los Organismos que se cita, aperturaba cuentas corrientes pólizas de crédito o garantía de operaciones mercantiles y decidía la contratación y cese de personal(h.p.8º), no constando que en el ejercicio de sus facultades hubiera recibido directrices o instrucciones en orden a la ejecución de las funciones propias de su cargo (h.p. 13). En consecuencia de lo anterior: 1.- Sus facultades además de afectar a áreas funcionales importantes integran la actividad misma de la empresa trascendental para la consecución de sus objetivos. 2. Lo realiza con autonomía y plena responsabilidad para la consecución de tales objetivos genéricos de la empresa. 3.- Toma decisiones fundamentales en la gestión de la actividad empresarial.

En definitiva en la relación que une a las partes es una relación laboral de carácter especial de alta dirección, por todo lo cual se desestima el motivo del recurso.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don R.S.S., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago, de fecha 4 de noviembre de 2002, seguidos a instancia del recurrente contra CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3602 Recurso núm. 618/03

S.S. INEXISTENCIA DE DESPEDIMIENTO, Ó OSTENTAR OS DEMANDANTES A CONDICIÓN DE ADMINISTRADORES SOCIAIS EXCLUIDOS DO ÁMBITO DE APLICACIÓN DA LEXISLACIÓN LABORAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a uno de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 618/03 interpuesto por don D.A.L. y don J.A.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don D.A.L. y don J.A.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "H.A., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 724/02 sentencia con fecha dieciocho de diciembre de dos mil dos por el Juzgado de referencia que acogió la excepción de incompetencia sin entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada.

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

"1º.- Don D.A.L., con D.N.I. número ..., prestó servicios para la empresa "H.A., S.A.", como Director Comercial, desde el 7 de agosto de 1997, con un salario bruto anual de 45.552,84 Euros, incluido prorrateo de pagas extras, dividido en 12 mensualidades. Desde agosto de 1998, figura de alta en el RETA, con domicilio de su actividad en Avda. ..., VIGO ("H.A., S.A." C.I.: ...). Desde el 29 de octubre de 2002, figura de alta en Régimen General como trabajador de "L.S.D.V., S.A." C.I.: ..., con domicilio en ... (Pontevedra)/ 2º.- El demandante ejercía las funciones propias del cargo, sin sujeción a horarios, no teniendo que fichar, como los demás trabajadores, firmando pedidos, si bien cuando eran superiores a 500 Tm. Necesitaba la firma de otro socio./ 3º.- Don J.A.L., con D.N.I. número ..., comenzó a prestar sus servicios para la Empresa "H.A., S.A.", con un contrato de trabajo de duración determinada, por eventuales circunstancias de la producción, como Auxiliar Administrativo. Cesó en dicha relación y el 1 de diciembre de 1999, volvió a la misma empresa desempeñando el cargo de Director de Recursos Humanos, apareciendo de alta en el RETA desde diciembre de 1999, con domicilio de su actividad en la Avda. ..., VIGO ("H.A., S.A.", C.I.: ...). Desde octubre de 2002, figura dado de alta en el Régimen General como trabajador de "L.S.D.V., S.A." C.I.: ..., domicilio en ... (Pontevedra)/ 4º.- El demandante ejercía las funciones propias de su cargo, sin sujeción a horarios, no teniendo que fichar, como los demás trabajadores, firmando pedidos, si bien, para los superiores a 500 Tm. necesitaba la firma de otro socio./ 5º.- La presentación de documentos en el PG-03-01, está firmada por los tres socios J., J. y D. Lo mismo que el Pg-06-01 (folio 79 y ss)/ Los demandantes firmaban contratos de trabajo, así al folio 82, figura contrato de trabajo de "H.A., S.A.", con don D.R.A., de 05.02.00 y al folio 84, contrato de trabajo de la empresa con don E.J.M.B. de fecha 12.11.01./ También daban órdenes de abono y cargo en cuenta corriente, de las nóminas de los trabajadores (folios 87 y ss y 102 y ss); algunas firmadas por J., otras por J. y otras por D./ 6º.- Con fecha de 21 de agosto de 2002, los hoy actores recibieron la carta siguiente: "Muy Sr. Nuestro: El órgano de administración de "H.A., S.A.", ha decidido dar por finalizada su relación con esta empresa con efectos al 31.08.02, restando únicamente

aquella que dimana de su condición de accionista.- Les rogamos que en los próximos días pase Ud. por nuestras oficinas para hacerle entrega de sus efectos personales, y para proceder a liquidar su cuenta”./ 7º.- Por escritura pública número 154 del Protocolo del Sr. Notario don J.L.E.A., de 25 de enero de 1982, se constituyó la sociedad “H.A., S.A.”, por don A.A.C. y su esposa doña L.L.G.; don G.A.C. y su esposa doña C.T.C.; don J.A. y don A.A.L./ El Capital social de 75 millones de pesetas, dividido en 75 acciones de cien mil pesetas cada una, fue suscrito por don A.A.C., por importe de cincuenta y nueve millones ochocientos mil ptas. Don G.A.C. 150 acciones, por importe de 15 millones de ptas. Don A.A.L. una acción por importa de cien mil ptas. y don J.A. una acción por importe de cien mil ptas. Se nombró administrador único a don A.A.C. (Documento a los folios 138 y ss)./ 8º.- Con fecha de 11 de junio de 1992, se otorga escritura pública número 1637 del Notario Sr. G.-B.S., de adaptación de Estatutos de la sociedad (folios 34 a 50 y 161 a 192)./ 9º.- Por escritura de 17 de diciembre de 1997, número 2916, se otorga por don J.A., en nombre y representación de “H.A., S.A.” según escritura número 1394, de 25.05.97 del propio notario, apoderamiento a favor de don D. y don J.A.L., para que puedan actuar indistintamente a nombre de la sociedad, relativo a Administración de los asuntos mercantiles y demás de la sociedad, tantos internos como externos; cuentas corrientes, abrir, cancelar disponer etc.; representarla en Juzgados y Tribunales y demás organismos del Estado, Provincia y Municipios; asuntos laborales y conferir poderes por escrito./ 10º.- En escritura de 09.04.02 número 519 del Notario Sr. S.A., se solemniza acuerdo social, de nombramiento de administrador único a don J.A. (folios 90, 91 y 213 a 220)./ 11º.- En fecha 13 de agosto de 2002, se otorga por el Notario Sr. Fernández Iñigo, escritura número 833, de protocolización de cuaderno particional, comprensivo de Inventario, Avalúo, División, Liquidación y Adjudicación de bienes, al fallecimiento de doña L.A.E.L.G. De entre los bienes de la causante, se dividió y adjudicaron a sus herederos don A., don J., don C., don J. y don D.A.L., una quinta parte de 348 acciones de la sociedad “H.A., S.A.” (folios 51 a 63)./ 12º.- En escritura de 13 de agosto de 2002, número 834 del Notario Sr. F.I., se cesa en la indivisión sobre las acciones de “H.A., S.A.”, pasando a adjudicarse a cada uno de los hermanos A.L. 150 acciones./ 13º.- El día 13 de agosto de 2002, ante el Notario Sr. P.P., número 1.599, se otor-

ga escritura de compraventa de acciones de la Sociedad “H.A., S.A.”, por don A. y don C.A.L., quedando las acciones de la Sociedad en la forma siguiente: don J.A. 450 acciones; don J.A.L. 150 acciones y don D.A.L. 150 acciones./ 14º.- Con fecha 26.08.02, del Notario Sr. F.-C.D., número 1.014, don J.A., en representación de la sociedad “H.A., S.A.”, se revoca el poder otorgado por dicha sociedad a don D. y don J.A.L./ 15º.- Con fecha 14 de noviembre de 2002, se formuló escrito de querrela criminal, contra don J.A., por don J.A.L., por supuesto delito de falsedad en documento mercantil./ 16º.- Se intentó conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje e Conciliación, que resultó sin avenencia./ Los actores no ostentan cargo alguno de representación laboral o sindical”.

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

“**FALLO:** Que acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción, alegada por la parte demandada, frente a la demanda presentada por don D.A.L. y don J.A.L., contra la empresa “H.A., S.A.”, debo declarar y declaro la incompetencia de este Juzgado, para conocer de la materia que se pretende con la demanda, que es competencia de la jurisdicción ordinaria y debo absolver y absuelvo en la instancia a dicha demandada, sin entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada”.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la Sentencia de fecha dieciocho de diciembre del dos mil dos del Juzgado de lo Social Nº 5 de Vigo, seguido a instancia de don D.A.L. y don J.A.L. contra la empresa “H.A., S.A.”, por parte de los actores basándose el mismo al amparo del art. 191.c de la LPL en interpretación errónea del art. 1.1 del ET, por entender que respecto de la falta de sometimiento de los actores a un horario fijo se debe a la responsabilidad de funciones que revisten las funciones de Director de Recursos Humanos y de Compras y Director Comercial. Por lo que respecta a los poderes máximos e iguales de los hermanos A. para actuar en nombre de “H.A., S.A.”, sin embargo

los poderes, según los recurrentes no eran plenos, eran indistintos e iguales con referencia a dos de los hermanos, porque no así respecto de Joaquín que era el responsable y gerente de la compañía a todos los efectos; respecto de la elevada cuantía de los salarios, pero dicha cuantía se abona en doce mensualidades puntualmente y es cuantía fija y retribuye el trabajo efectivo. Son accionista de un 20%, siendo en consecuencia el porcentaje minoritario y no desvirtúa la nota de ajeneidad.

La determinación de la competencia es una cuestión de orden público procesal que debe ser resuelta sin sujeción a los hechos declarados probados de la sentencia. De la prueba obrante en las actuaciones resulta que los dos actores ostentaban dentro de la empresa cargos directivos con un salario determinado, sin sujeción a horarios con plena responsabilidad en la medida en que tenían autonomía para firmar pedidos, daban ordenes de abono y cargo en las cuentas corrientes, firmaban contratos, incluso hasta abril de 2002, es decir tres meses antes de carta de cese de los actores, estos eran administradores únicos de la sociedad, si bien a partir de abril de dicho año se nombra administrador único al otro hermano socio de la sociedad, la participación social de los mismos de cada uno de los dos actores es de la quinta parte del capital social (20% cada uno).

El Tribunal Supremo en doctrina reiterada ha venido a señalar (así en sentencia de 22.12.94) que el art. 1.3.c del ET excluye del ámbito laboral la actividad que se limite al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, no solo es de aplicación a quienes se circunscriben su relación con la empresa a la simple pertenencia al Consejo de Administración sino también a quienes compatibilizan ese cargo con el desempeño de funciones directivas o de gestión empresarial, porque es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Todas estas actuaciones comportan la realización de cometidos inherentes a la condición de administradores de la sociedad y encajan plenamente en el desempeño del cargo de

consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, de ahí que se incardine en el art. 1.3.c del ET.

Ciertamente la participación social de los actores dentro de la Sociedad es minoritaria, en cuanto que cada uno ostenta el 20% de las acciones, pero en sus actuaciones no recibían instrucciones de ningún superior, no estaban sometidos a horario fijo, una retribución elevada y distinta para el resto de los trabajadores detentando mas bien la posición de empresario que participa del capital social, teniendo preeminencia como socio de la empresa, en el modo de prestar los servicios se caracteriza por la libertad y autonomía con la que se presta. Todas estas características permiten llegar a la conclusión que se alejan de las características propias de la relación laboral como son la dependencia, la ajeneidad en la prestación de los servicios, y que implica que nos encontremos ante un supuesto que se excluye del ámbito regulado por el ET según art. 1.3.c. En consecuencia de lo anterior, se desestima el motivo del recurso.

Fallamos

Que con desestimación del recurso de Suplicación interpuesto por don D.A.L. y don J.A.L., contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social núm. cinco de Vigo, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil dos, en autos núm. 724/02 seguidos a instancia de don D.A.L. y don J.A.L. contra "H.A., S.A." sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3603 Recurso núm. 1.454/03

S.S. VULNERACIÓN INEXISTENTE DOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE E NON DISCRIMINACIÓN, POR TERSE ACREDITADO EXERCICIO LEXÍTIMO DAS FACULTADES DIRECTIVAS E ORGANIZATIVAS DO EMPREGADOR.

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

A Coruña, a cuatro de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.454/03, interpuesto por el Letrado don J.F.B.D., en nombre y representación del “SERVICIO GALEGO DE SAÚDE”, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 985/02 se presentó demanda por doña F.E.A., sobre TUTELA de DERECHOS FUNDAMENTALES, frente al “SERVICIO GALEGO DE SAÚDE” y al MINISTERIO FISCAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 27 de diciembre 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 F.E.A., desde el 22 de abril de 1996 viene prestando servicios para el “Servicio Galego de Saúde” como Médico Especialista en análisis clínicos en el Ambulatorio “Nuestra Señora de los Remedios” –actualmente denominado “Centro de Especialidades”, siendo Médico de Cupo, teniendo asignados los cupos 5-6 (referidos al Centro Salud - Ponte de Ourense) y 25 (que abarca los Centros de Salud de los Ayuntamientos de Castro Caldelas, Chandrexa de Queixa, Montederramo, Parada do Sil, A Teixeira), cupos por los que se le retribuye. SEGUNDO.- En el ámbito organizativo, el *Complexo* Hospitalario de Ourense tiene tres laboratorios, “Cristal”, “Hospital Santa María Nai” y el Centro de Especialidades. En este último trabajan desde años personal jerarquizado y personal de cupo, las muestras realizadas al cupo 5 y 6 desde hace años se vienen procesando en el Hospital “Santa María Nai”. TERCERO.- La actora venía prestando servicios por las tardes en el Centro de Especialidades, se cerró el centro por las tardes, pasando la actora a realizar jornada de mañana. CUARTO.- Cuando se incorporó al servicio por la mañana, la actora continuó analizando muestras provenientes del Centro de Especialidades y de Atención Primaria. QUINTO.- La actora, en fecha 6 de junio de 2.002, presentó denuncia ante la Agencia de Protección de Datos por los siguientes hechos: “Desde hace aproxima-

damente un año, vienen emitiéndose documentos procedentes del archivo informativo del Ambulatorio “Nuestra Sra. de los Remedios” de Ourense, sito en C/. Concejo, núm. 11, C.P. 32003, donde trabajo, correspondientes a los informes facultativos que como Médico Especialista en Análisis clínicos vengo realizando, sustituyendo mi nombre como autora de los mismos por el doña R.C.J., persona con la que no me une ninguna relación de carácter laboral”. SEXTO.- En fecha 27 de junio de 2002 por el Director Operativo del Complejo Hospitalario de Ourense se dio orden a la Dirección de Enfermería para que a su vez diera órdenes oportunas “para que sean separadas en el momento de extracción aquellas muestras de Atención Primaria para que sean procesadas por la doctora doña F.E.A.”. SÉPTIMO.- En el Complejo Hospitalario de Ourense se está realizando un proceso de reorganización en los Laboratorios que cuyo objeto es llevar el Laboratorio del Centro de Especialidades al Hospital “Santa María Nai”. Dentro de este plan de reorganización, a partir del 21 de octubre de 2002, se procedió a derivar a los Centros de Atención Primaria las extracciones que se realizaban en el Centro de Especialidades y las muestras al Hospital “Santa María Nai” para ser analizadas allí. OCTAVO.- En fecha 29 de octubre de 2002 se le remitió por el Director Operativo a la actora carta del siguiente tenor literal: “... con fecha 21 de octubre del año en curso se procedió a derivar a los Centros de Atención Primaria las extracciones que se venían realizando en el Laboratorio del Centro de Especialidades, pasando a procesarse dichas muestras en el Laboratorio del Centro de Especialidades, pasando a procesarse dichas muestras en el Laboratorio del Hospital “Sta. María Nai”, continuando con la reorganización de los laboratorios del Complejo que se lleva a cabo desde principios de año.- Hasta el pasado 1 de julio usted realizaba una actividad distribuida entre los propios facultativos del Servicio, consistente en la realización de 1/3 de la hematimetría, si bien, en dicha fecha, esta Dirección se ve obligada asignarle el procesado de la parte hematológica de las muestras procedentes de Atención Primaria como consecuencia de su exigencia ante lo que consideraba como usurpación de funciones por parte de uno de sus compañeros facultativos de ese laboratorio.- Actualmente, con el ánimo de que usted continúe en el Laboratorio del Centro de Especialidades cumpliendo lo que de forma reiterada manifiesta ser su deseo, la actividad a realizar al igual que sus compañeros será la de la parte de

Hematología correspondiente a la V.S.G. (Velocidad de sedimentación globular) o, en su caso, de requerir la realización de la actividad acorde a sus cupos, los cuales se procesan en el laboratorio del Hospital “Sta. María-Nai”, deberá usted pasar a desarrollar su trabajo en el citado laboratorio...”. NOVENO.- La actora desde esa fecha se encuentra, prácticamente, sin ocupación efectiva, habiéndole asignado la parte de Hematología correspondiente a Velocidad de Sedimentación Globular. DÉCIMO.- La actora presentó escrito quejándose de esta situación tanto a la Dirección Provincial del “Servicio Galego de Saúde” -18, 21, 22, 24 y 25 de octubre-. UNDÉCIMO.- En fecha 25 de noviembre de 2002 se le comunicó escrito por el Director Provincial del “Servicio Galego de Saúde”, cuyo contenido, por constar a los folios 33 y 34, se da por reproducido. La actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 12 de diciembre 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 F.E.A. contra el “SERVICIO GALEGO DE SAÚDE”, debo declarar y declaro la vulneración por parte del “Servicio Galego de Saúde” del derecho a igualdad ante la ley y el principio de no discriminación recogido por la Constitución Española, declarando la nulidad radical de la conducta que priva a la actora de su derecho a la ocupación efectiva, ordenando el indicado cese de la misma, reponiéndola en sus condiciones anteriores, así como a que se le abone en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 1.500 euros. Notifíquese... etc.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda, argumentando que el SERGAS no ha tenido una actuación vulneradora de la integridad psíquica o moral de la actora, no habiéndose probado un daño efectivo, ni un comportamiento abusivo del empleador constitutivo de acoso moral; pero, por el contrario, sí admite que el Servicio Galego de Saúde ha vulnerado el principio de igualdad ante la Ley y el principio de no discriminación recogido en la Constitución Española, declarando la nulidad radical de la con-

ducta que priva a la actora de su derecho a la ocupación efectiva, ordenando el indicado cese de la misma, reponiéndola en sus condiciones anteriores, así como a que se le abonen en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 1.500 euros. Dicho pronunciamiento es impugnado por la representación procesal del Servicio demandado, al objeto de obtener su revocación y de que se desestime la demanda, invocando al efecto, por el cauce de los apartados b) y c) del artículos 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos declarados probados y el examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La revisión de hechos pretendida tiene un doble objeto: A) En primer lugar, se interesa la modificación del hecho probado noveno, para que quede redactado de la siguiente forma: *“La actora a partir de esa fecha, y de no estar conforme con la actividad que le correspondería realizar en el laboratorio del Centro de Especialidades, pudo pasar a desempeñar sus funciones en el laboratorio del Hospital “San María Nai”, como así le fue comunicado por el Director Operativo del Complejo Hospitalario de Ourense, y ello motivado por la reorganización de los laboratorios del Complejo Hospitalario”*; y, B) en segundo lugar, se solicita la revisión del hecho probado undécimo, proponiendo el siguiente texto: *“En fecha 25 de noviembre de 2002, se le comunicó escrito por el Director Provincial del “Servicio Galego de Saúde”, cuyo contenido, por constar en los folios 33 y 34, así como 84 y 85, se da por reproducido, aunque conviene resaltar el contenido del apartado 4 del referido escrito dirigido a la actora y que textualmente dice: “A reducción de actividade a que Vd. fai referencia é unha consecuencia, e nada máis, dos axustes que é preciso levar a cabo durante un período de tempo, que están a tratar de que sexa o mínimo posible”*”.

La Sala no acoge ninguna de las modificaciones interesadas, por una doble razón: De una parte, porque lo que se quiere dar a conocer con las mismas, ya se desprende del relato fáctico de la sentencia recurrida; y, de otra, las revisiones se sustentan en documentos elaborados por el propio Servicio recurrente y por ello ineficaces a estos efectos. Además, según constante doctrina jurisprudencial, el éxito de la revisión exige que se evidencie que la equivocación del juzgador se desprende de forma directa de un documento con eficacia probatoria y que la modificación que se

postule en base a dicho documento tenga relevancia a los fines del recurso; y en el presente caso, de la redacción propuesta por el Servicio recurrente, se desprende la inexistencia del supuesto error en la valoración de la prueba, y además, las revisiones solicitadas son irrelevantes para alterar el signo del fallo.

TERCERO.- En el motivo destinado a censura jurídica, el SERGAS denuncia infracción de los artículos 103.1 y 9.3 de la Constitución Española; argumentando la inexistencia de toda discriminación, y en consecuencia la no vulneración de derechos fundamentales, ya que la actora de haber querido realizar su actividad en el Laboratorio “Santa María Nai”, del Complejo Hospitalario de Ourense, en el que se están concentrado las actividades, entre ellas las del Laboratorio del Centro de Especialidades en el –que presta servicios, carecería de argumentos para cualquier denuncia discriminatoria, añadiendo que es a la actora a la que le corresponde asumir su situación profesional, querida por ella, al mostrar su voluntad de no querer desplazarse del Centro de Especialidades.

Los hechos que sirven de base al pronunciamiento combatido constan en el relato histórico de la sentencia recurrida, y a los fines discutidos en la presente litis, pueden resumirse así: A) La actora viene prestando servicios como Médico especialista en análisis clínicos para el SERGAS, en el Ambulatorio Nuestra Señora de los Remedios de Ourense, actualmente denominado “Centro de Especialidades”, siendo médico de cupo, teniendo asignado los cupos 5-6 (Centro de Salud-Ponte Ourense) y el 25 (que comprende los Centros de Salud de los Ayuntamientos de Castro Caldelas, Chandrexa de Queixa, Montederramo, Parada do Sil, A Teixeira), cupos por los que se le retribuye. B) En el ámbito organizativo, el Complejo Hospitalario de Ourense tiene tres laboratorios, “Cristal”, “Hospital Santa María Nai” y el Centro de Especialidades. En este último trabajan desde años personal jerarquizado y personal de cupo, las muestras realizadas al cupo 5 y 6 desde hace años se vienen procesando en el Hospital “Santa María Nai”. C) La actora venía prestando servicios por las tardes en el Centro de Especialidades, se cerró el centro por las tardes, pasando la actora a realizar jornada de mañana; D) Cuando se incorporó al servicio por la mañana, la actora continuó analizando muestras provenientes del Centro de Especialidades y de Atención Primaria; y E) En el *Complejo* Hospitalario de Ourense se está realizando un proceso de

reorganización en los Laboratorios que cuyo objeto es llevar el Laboratorio del Centro de Especialidades al Hospital “Santa María Nai”. Dentro de este plan de reorganización, a partir del 21 de octubre de 2002, se procedió a derivar a los Centros de Atención Primaria las extracciones que se realizaban en el Centro de Especialidades y las muestras al Hospital “Santa María Nai” para ser analizadas allí.

A la vista de las anteriores circunstancias fácticas, la cuestión litigiosa radica en determinar si la actuación de la Gerencia del SERGAS en el Complejo Hospitalario de Ourense, vulnera el principio constitucional de igualdad ante la Ley y el principio de no discriminación, tal como entendió el Magistrado de instancia, acogiendo en este particular la pretensión que se postula en la demanda; o si, por el contrario, la actuación de la mencionada Gerencia se enmarca en el contexto de sus propias facultades organizativas y de gestión, que tiene atribuidas.

La Sala se inclina por esta segunda opción, teniendo en cuenta lo que se declara probado en la sentencia recurrida y las funciones que legalmente tiene encomendadas la Gerencia Hospitalaria. En efecto, el Decreto de la Consellería de Sanidade 148/91, de 2 de mayo, establece en su artículo 4º las Funciones de un Director Gerente, entre las que figuran, efectuar la dirección y control de ejecución de la actividad del Hospital a través de la ordenación de los medios materiales y personales, valorando el funcionamiento de todas las unidades en su conjunto y la coordinación de todas ellas. Por otra parte, en el Decreto 211/1998, de 25 de junio, por el que se crea el Complejo Hospitalario de Ourense y se establece su estructura organizativa, su artículo 3º fija las funciones del Gerente General, y entre ellas se encuentra la de dirección, control y ejecución de las actividades del Complejo hospitalario a través de sus medios materiales y personales y la coordinación de sus unidades. El Complejo Hospitalario de Ourense, dentro de su ámbito organizativo contaba con tres Laboratorios: el del Centro de Especialidades (donde trabaja la actora), el de Stª María Nai y el del Hospital “Cristal-Piñor”, y dentro de un plan de reorganización del servicio, se procedió a llevar el Laboratorio del Centro de Especialidades al Hospital Santa María Nai y a derivar a los centros de Atención Primaria las extracciones que se realizaban en el Centro de Especialidades, lo cual sin duda redundaba en un gran beneficio para los paciente que resi-

den en muchos Municipios de la ciudad de Ourense, por cuanto, las extracciones sanguíneas se pueden efectuar en los Centros de Atención Primaria de sus respectivos Ayuntamientos, sin necesidad de tener que desplazarse al Centro de Especialidades, donde habitualmente se venía efectuando. Y en este ámbito organizativo, la Sala considera que el Gerente General del Complejo Hospitalario de Ourense, o el Director Operativo dependiente de él, tiene facultades para organizar y dirigir el servicio de la forma que estime más correcta para una mejor y adecuada utilización de los medios materiales y personales con que cuenta, dando a la población la asistencia más adecuada y acorde con las necesidades y dichos medios, esto es lo que constituye el poder de organización y dirección que se atribuye de ordinario a la Gerencia y al Director médico, a aquel subordinado, relativo a las facultades de organización, control y supervisión de los servicios asistenciales que tienen encomendados, ahora bien, ciertamente estas facultades de organización y dirección deben ser ejecutadas dentro del marco normativo existente. Y en el presente caso, la demandante a través de la gran cantidad de escritos que obran en los autos, dirigidos a distintas Autoridades Sanitarias de la Provincia de Ourense, entiende que no se ha respetado la legalidad ni la ordinaria, ni la constitucional, mostrando su disconformidad con el cambio operado en los Laboratorios, alegando falta de respeto hacia su persona, acoso moral, falta de ocupación efectiva, vulneración del principio de igualdad, trato discriminatorio, etc.

Pero la Sala considera que no se ha producido la vulneración de ninguno de estos principios, (la pretensión sobre vulneración de la integridad física y moral ya fue desestimada por la sentencia recurrida) por cuanto, como señalan las sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990/76) y 177/1993, de 31 de mayo (RTC 1993/177), los rasgos esenciales de la doctrina elaborada por dicho Tribunal en relación con los principios jurídicos que se denuncian se concretan sustancialmente en los siguientes extremos: 1) la desigualdad con relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de «una justificación objetiva y razonable» entre situaciones que pueden considerarse iguales, y 2) para que la diferenciación sea constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal dis-

tinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido «superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos». Igualmente ha dicho la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que la igualdad es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable (sentencias de 11 de noviembre de 1986 [RJ 1986/6.322] y 28 de septiembre de 1993 [RJ 1993/7.085]). Ahora bien, el principio reconocido en el art. 14 CE, reflejado luego, aunque con matices propios, en la legislación laboral (arts. 4 y 17 ET) no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. No es ya que el principio de igualdad no se oponga a toda diferenciación de trato, como en general ocurre. Ha de tenerse en cuenta también, que en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos fundamentales, y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tiene su último origen en el principio de autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica (STC 177/1988, de 10 de octubre [RTC 1988/177]).

Según esto, la actuación del Servicio demandado, basada en razones organizativas, aparentemente ventajosas para los beneficiarios del sistema de Sanidad Pública, no ha lesionado el principio de igualdad y no discriminación que proclama el artículo 14 de la Constitución. En primer lugar, y con carácter previo, porque no existe constancia probada de un trato discriminatorio injustificado. Y en segundo lugar, porque, como reiteradamente declara el Tribunal Constitucional, entre otras en las sentencias 52/1987, de 7 de mayo (RTC 1987/52), 136/1987, de 22 de julio (RTC 1987/136), 177/1993, de 31 de mayo (RTC 1993/177), lo que exige el respecto al principio de igualdad, artículo 14 de la Constitución, es que a iguales supuestos de hecho se apliquen las mismas e iguales consecuencias jurídicas, sin que quepa la utilización de elementos de diferenciación que puedan calificarse de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable. De esta manera lo que prohíbe el principio de igualdad es la desigualdad artificiosa e injustificada, no fundada en criterios objetivos y razonables.

En el caso enjuiciado, no concurre vulneración de los principios Constitucionales anteriormente citados, por cuanto, las funciones que se le encomiendan a la actora después del cambio estructural operado en la nueva ubicación de los Laboratorios, es la misma que tenía con anterioridad, simplemente condicionada a un cambio de Centro de Trabajo. Si la actora, haciendo uso de sus derechos adquiridos, no desea cambiarse de Centro, la actividad a realizar –al igual que sus compañeros- será la de la parte de Hematología correspondiente a la V.G.S., así le fue comunicado por el Director Operativo del Complejo Hospitalario en escrito de fecha 29 de octubre de 2.002 (folio 52 de los autos), en el que también se le señala que si quiere seguir con la actividad acorde a sus cupos, los cuales se procesan ahora, tras la reorganización del servicio de análisis clínicos, en el Laboratorio de Sta. María Nai, “deberá usted pasar a desarrollar su trabajo en el citado laboratorio”.

En resumen, y coincidiendo con el parecer del Ministerio Fiscal, expresado en el acto del juicio, no existió vulneración de ningún principio Constitucional por parte del SERGAS, siendo así que el trato recibido por la actora es similar al del personal que permanece en el Centro de Especialidades, lo que existió fue la negativa de la demandante a desplazarse fuera del Laboratorio del Centro de Especialidades en el que viene desempeñando sus servicios como médico de análisis clínicos. Y si la actora desea permanecer en el Centro de Especialidades, el SERGAS le respeta su derecho (así consta en el escrito que obra al folio 11 de los autos), pero no las tareas, porque en ese Centro –por motivos organizativos- ya no se procesan las muestras que antes eran procesadas por la actora, a la que ahora se encomiendan otras funciones –al igual que sus compañeros-, de manera que, la aceptación de la pretensión actora supondría la imposibilidad de reorganizar el Servicio de Laboratorios, con previsible perjuicio para la población sanitaria, y con prevalencia de un interés particular, frente a un interés público general. Por todo ello, procede acoger el recurso del SERGAS, y dictar un pronunciamiento revocatorio del recurrido. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal del SERGAS, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense, de

fecha 27 de diciembre de 2002, en los autos 985/02 seguidos instancia de doña F.E.A., sobre tutela de Derechos Fundamentales, debemos revocar la sentencia recurrida, y desestimando íntegramente la demanda, absolvemos al Servicio demandado de la pretensión frente a él ejercitada.

3604 Recurso núm. 1.291/03

S.S. SENTENZA DECLARATIVA. IMPOSIBILIDADE DE EXECUCIÓN. NECESIDADE DE PROMOVER NOVO PROCESO SE A EMPRESA NON CUMPRE VOLUNTARIAMENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a sete de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 1.291-2003 contra el Auto de fecha 26 de diciembre de 2002, dictado en ejecución de sentencia de conflicto colectivo por el Juzgado de lo Social número uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- En los presentes autos núm. 444/97 seguidos por Conflicto Colectivo a instancia del comité de Empresa de Renfe contra Renfe recayó Sentencia de 12.09.97 de T.S.J. de Galicia en la que “estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Comité de Empresa de Renfe, centro de trabajo de La Coruña, representado por don M.M.V., contra la Sentencia dictada por relación laboral Juzgado de lo Social núm. 1 de esta capital con fecha 10 de junio de 1997, en los presentes autos sobre conflicto colectivo, debemos revocar y revocamos dicha Sentencia y, con estimación de la demanda interpuesta por don M.M.V., en nombre y representación del referido comité de Empresa, frente a la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe), debemos declarar y declaramos que la rescisión de

la adjudicación de gráficos debe tener una efectiva periodicidad anual.

SEGUNDO.- Por escrito presentado el 21.05.02, se solicitó del Juzgado se requiriese a la Empresa Renfe para que en cumplimiento del Fallo, efectúe la revisión de la adjudicación del gráfico correspondiente a año en curso, con los apercebimientos que procedan para llevar a puro y debido efecto la Sentencia dictada en los presentes autos lo que fue acordado por providencia de 21.05.02.

TERCERO.- Por escrito presentado el 15.07.02 se reiteró de nuevo la solicitud de ejecución lo que fue acordado en fecha 15.07.02 habiendo presentado la parte demandada escrito en fecha 24 de julio de 2002 en el que se efectuaban las alegaciones que figuran en el mismo y del que dio traslado a la parte actora por 5 días y, presentado la parte actora escrito en fecha 02.09.02 y convocando a las partes a comparecencia que se celebró el 30.10.02 con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Por auto de fecha 8 de noviembre de 2002 se denegó la ejecución por ser la sentencia meramente declarativa y agotar sus mandatos en la declaración judicial que contiene.

QUINTO.- Frente al auto referido se interpuso recurso de reposición por la representación del Comité de Empresa de RENFE, que tramitado en legal forma, fue desestimado por auto de fecha 26 de diciembre de 2002; y frente a éste se interpuso recurso de Suplicación por el antes nombrado Comité, siendo impugnado de contrario, y elevados los autos a este Tribunal se dispuso el pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El recurso de Suplicación que la representación letrada del Comité de Empresa de RENFE interpone frente al auto del juzgado de instancia, de fecha 26 de diciembre de 2002, se construye al amparo del art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral y, en un solo motivo denuncia infracción, por violación, de los arts. 242 y 301 de la citada Ley, en relación con el art. 24 de la Constitución y jurisprudencia que los interpreta; por estimar, después de transcribir el fallo de la sentencia de cuya ejecución se trata, que la empresa demandada (ahora ejecutada) ha venido cumpliendo con el mandato contenido en el aludido fallo, esto es, revisando anualmente los gráficos,

hasta el año 2002 en que dejó de hacerlo como se acredita en este trámite incidental de ejecución, con la documental aportada por la parte recurrente; y solicitada la ejecución para el año 2002 la RENFE se opone alegando que es inejecutable, desconociendo la doctrina de los actos propios, por tratarse de resolución judicial de un conflicto colectivo, apoyándose en una doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2001, que establece una doctrina totalmente contraria, y el auto recurrido se apoya en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1999, citada en la de esta Sala; siendo, aduce la recurrente, la doctrina de ambas sentencias contraria a la argumentación de RENFE, al declarar que no en todos los casos las sentencias meramente declarativas dictadas en conflicto colectivo son inejecutable; y en el caso presente, la sentencia impone a la empresa una obligación que ha venido cumpliendo durante cinco años, y ahora con total ilicitud, deja de hacerlo; y esto, además, infringe abiertamente los arts 24 y 301 de la Ley de Procedimiento Laboral, y muy especialmente el art. 24 de la Constitución española que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, cuya efectividad sería inexistente de no ejecutarse la sentencia en sus propios términos.

La censura no puede prosperar, por las siguientes consideraciones:

A) La sentencia objeto de ejecución, cuya parte dispositiva se transcribe en el primero de los antecedentes de hecho de la presente resolución, es de carácter meramente declarativo, y la eficacia de la cosa juzgada material de estos pronunciamientos no generan acción ejecutiva, esto es, susceptible de hacerse valer por los trámites previstos para la ejecución de sentencias en el Libro IV de la vigente Ley Adjetiva Laboral.

B) Las sentencias meramente declarativas agotan su virtualidad en la simple declaración de si existe o no un derecho o una relación jurídica, sin que quepa su ejecución forzosa, naciendo en cambio una "actio rei iudicatae", acción ésta creada por la jurisprudencia laboral -sirvan de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Sexta) de 22 de noviembre y 22 de diciembre de 1967.

C) En el ejercicio de la "actio" antedicha habrá de promoverse un nuevo proceso, en caso de que el demandado no cumpla voluntariamente la decisión judicial, tendente a lograr un pronunciamiento de condena.

D) El Tribunal Constitucional, en sentencia 67/1984, de 7 de junio, tras reiterar que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución comprende el de obtener la ejecución de las sentencias, hace inmediatamente la salvedad de que: "...naturalmente dejando a salvo el caso de las meramente declarativas". Y el propio Alto Tribunal, en sentencia 92/1988, de 23 de mayo ha proclamado que el carácter no ejecutorio de la sentencia declarativa opera como excepción de la regla general del derecho fundamental a la ejecución de la sentencia, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, prevista en el art. 24.1 de la Constitución, según jurisprudencia constitucional reiterada.

SEGUNDO.- Por lo que queda expuesto, en criterio coincidente con el mantenido por esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 1994 -recurso núm. 356/94- procede, como queda dicho, rechazar el reproche jurídico a que el recurso se contrae y, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del auto impugnado. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del Comité de Empresa de RENFE, contra el auto de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dos, dictado por el Juzgado de lo Social número uno de A Coruña, desestimatorio del recurso de reposición formulado contra el auto de fecha ocho de noviembre de dos mil dos, en proceso de ejecución de sentencia de conflicto colectivo, promovido por el recurrente frente a la nombrada empresa, debemos confirmar y confirmamos, íntegramente, la resolución recurrida.

3605 Recurso núm. 518/03

S.S. CONCURRENCIA DOS PRESUPOSTOS CONFIGURADORES DO ACOSO MORAL Ó TRABALLADOR, EN CANTO QUE VIOLACIÓN DO SEU DEREITO FUNDAMENTAL Á INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL.

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

A Coruña, a ocho de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 518/03 interpuesto por ambas partes 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.T.R.S. y doña M.T.S.R. en reclamación de DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado el COLEGIO "A.V., S.L." y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 515/02 sentencia con fecha uno de agosto 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:

"I.- Doña M.T.R.S., mayor de edad, con D.N.I. núm. ..., viene prestando servicios por cuenta del Colegio "A.V., S.L.", como profesora titular desde el 01.09.65, con un salario de 1.972,13 euros mensuales; su hija doña M.T.S.R., mayor de edad, con D.N.I. núm. ..., presta servicios para el mismo Centro, y con la misma categoría, desde el 16.12.91 y con un salario de 1.568,64 euros mensuales. II.- Colegio "A.V., S.L." fue constituido el 30.05.82 por doña M.T.R.S., don G.F.P. y don A.P.V., por partes iguales; con fecha 30.10.98, el Sr. F. vendió sus participaciones a su hija doña S.F.A., y el Sr. P. a don M.A.L.O. En esa misma fecha, se acuerda una ampliación de capital, fijándolo en 70 millones de pesetas, repartidas en 70.000 participaciones, quedando el capital repartido en la siguiente forma: a) El Sr. M.A.L.O., 4.800 participaciones; b) Doña S.F.A. 4.800 participaciones; c) Doña M.T.R.S. 9.800 participaciones; d) Su hija doña M.T.S.R., 5.000 participaciones; e) Las Sras. R.G., L.F.A., Mª.J.L.M., Mª.B.M., D.M., Mª.L.F.A., Mª.J.P. y Mª.E.T. 5.000 participaciones cada una. Se nombró Administradoras mancomunadas a doña M.T.S.R., doña Mª.E.T. y doña L.F. III.- Con ello se procedió a abrir un nuevo Centro, adaptado a las exigencias de la LOGSE, cuya autorización de apertura fue concedida por O. de 07.05.99, funcionado como centro concerta-

do. IV.- Doña M.T.S.R. era Directora por nombramiento del 07.07.97, siendo Secretaria doña M.T.S.R. y jefa de Estudios doña M^a.J.P. Con fecha 01.09.00 había sido contratada como profesora doña S.F.A.; con fecha 29 de diciembre 2000 la Directora le remitió telegrama acordando su cese, por no superación del período de prueba pactado en el contrato. Sin embargo, doña S.F.A. siguió asistiendo a las clases cuando se reinició el Curso y como no quisiera abandonar el Centro, doña M.T.S.R. avisó a la policía que se personó en el Centro. V.- A raíz de tal incidente, se creó un fuerte enfrentamiento entre las actrices y las tres hermanas F. A., doña S.F.A. instó a la Inspección su alta de oficio, emitiéndose informe en el sentido de que debía impugnar su despido ante el orden jurisdiccional social. A pesar de ello doña S.F.A., con el apoyo del resto de los socios, continuó prestando servicios en el Centro. VI.- Doña L.F.A. y doña E.T.B. convocaron Junta General de Socios para el 29.01.01, en la cual presentaron su dimisión y se acordó por mayoría el cese como Administradora de doña M.T.S.R., y el nombramiento de las Administradoras Sras. D.P., R.G. y L.M. En la misma Junta se aprobó que los Administradores, en coordinación con la Jefa de Estudios, se encarguen de la organización y control de los horarios, selección y contratación del profesorado y todo lo que tenga que ver con la actividad escolar. VII.- Doña S.F.A. comentaba a sus alumnos en clase que la Directora estaba obsoleta y que no atendía las necesidades del Centro, y que si venía el Inspector, dijeran que la directora las pegaba, lo que provocó protestas de los padres de dichos alumnos; igualmente, doña S.F.A., entró en el aula donde doña M.T.S.R. impartía clases, conminándola a gritos a que saliera, llamándola mentirosa, a lo que ésta se negó. VIII.- A partir de entonces, doña M.T.S.R. empezó a encontrar cada mañana en el encerado de su clase frases insultantes ("M., hija de puta" y otras semejantes); doña M.T.S.R. estaba embarazada, y ante tal situación, los propios alumnos intentaron borrar tales frases antes de que llegara ésta a clase. Algún alumno de otra clase le comentó que le había prohibido su profesora hablar con ella o lo castigaría. IX.- A finales de enero, los profesores convocaron una reunión de padres, en la que se acusó a la Directora de efectuar reuniones clandestinas con progenitores de alumnos en cafeterías. X.- En los meses siguientes, las socias-profesoras comentaban con padres que la Sra. R. era "una sinvergüenza", "que las había estafado", "que estaba caduca, y no sabía educar a los niños", "que

falsificaba documentos" o "que era una ladrona". Cuando algún padre quiso ponerse en contacto con la Directora, por problemas con su hijo en el colegio, las profesoras le decían "esa señora no está", comprobando después que era incierto. XI.- En el mes de febrero, las administradoras ordenaron que toda la correspondencia se introdujera en un buzón del que sólo ella tenía llave (hasta entonces se entregaba en Dirección); la Sra. R. encontró varias cartas tiradas o abiertas, dirigidas a ella como Directora. XII.- La situación de tensión, con malas caras y arrinconamiento de las actrices por el resto de los socios, fue advertida por alumnos y profesores contratados, dificultando su relación con las demandantes, las cuales estaban habitualmente solas durante los recreos o intermedios sin clase. XIII.- Con fecha 07.06.01, se remitió circular a los padres de alumnos que decía: "Las Administradoras del Colegio "A.V., S.L." informan a todos los padres de alumnos que cualquier notificación recibida del Centro tiene que estar debidamente firmada por la Directora de la jefa de Estudios del Centro además de llevar el sello del Colegio para que tenga carácter oficial. Toda aquella notificación o escrito que reciban únicamente firmado por la Directora, a título personal, no tiene validez alguna ya que no procede del centro. Agradecimiento al mismo tiempo, el centro ser informado para poder tomar las medidas oportunas". XIV.- Las Administradoras convocaron reunión extraordinaria del Claustro para el 14.06.01 en el que se acordó el cese de la Sra. R. como Directora y la designación de doña I.V. como nueva Directora; remitieron carta con acusaciones contra la Sra. R., que por obra en autos se da por reproducida. Aún cuando hasta entonces había impartido clases en Cuarto de Primaria y en la ESO, se le comunica que a partir del próximo curso, dará clases únicamente a Primaria. XV.- A consecuencia de tales hechos, doña M.T.S.R., estando de baja por maternidad, fue diagnosticada de un síndrome fóbico-depresivo reactivo a grave situación laboral, lo que provocó su pase a la situación de I.T. por enfermedad común el 12.11.01. Dada su condición de madre lactante, es dificultoso su tratamiento./ XVI.- Igualmente por tales circunstancias, la Sra. R. pasó a la situación de I.T. el 21.09.01 por síndrome depresivo, que provocó además de la sintomatología habitual (ansiedad, labilidad, insomnio...) una afonía de carácter psicógeno. XVII.- Los Administradores del Centro remitieron escrito a la Inspección Médica el 27.11.01, para que verificara la situación de I.T. de la Sra. R. alegando que "existen

sospechas fundadas de que la misma podría incurrir en simulación de enfermedad, ya que la baja médica que data ya del 21.09.01, fue inmediata a una situación conflictiva laboral y a su sustitución sólo en el puesto no docente que desempeñaba en el Centro. Agradecemos además nos informe dentro de los márgenes legales de esta situación, y aprovechamos la ocasión para saludarles muy atentamente". XVIII.- A principios del año 2002, dirigieron nuevos escritos a la Inspección Médica, comunicando por una parte que doña M.T.S.R. era copropietaria de la Guardería S.N. y que les habían informado que prestaban servicios en ella durante la baja, y por otro, que la Sra. R. había acudido a un Congreso en Murcia, preguntando si tenía permiso para ello. Por último, remitieron nuevos escritos, indicando que las actoras no entregaban los partes. La Inspectora ratificó la situación de I.T. por trastorno depresivo de ambas demandantes".

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

"FALLO: Que estimando las demandas de doña M.T.R.S. y doña M.T.S.R., declarado la nulidad radical de la conducta del COLEGIO "A.V., S.L.", por infringir los derechos fundamentales previstos en los artículos 14 y 15 de la C.E., en relación al artículo 10 C.E., ordenando el cese inmediato de tal conducta, así como la lectura de esta sentencia en Sesión Extraordinaria del Claustro Escolar, a fin de que por este órgano se valore la posible elección de la Sra. R. como Directora, condenando a la empresa a que reponga a doña T.R. en sus clases anteriores al Curso 2001-02 –previa petición de informe a la Consellería de Educación-, y a que abone como indemnización de daños y perjuicios 3.000 euros a la Sra. R. y 1.500 euros a doña M.T.S.R."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y por la parte demandada siendo ambos impugnados 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 estimatoria parcial de la demanda rectora de actuaciones sobre vulneración de derechos fundamentales, la parte demandante y la parte demandada anuncian recurso de suplicación y lo interponen después, la parte

demandante solicitando, al amparo de la letra c) de la Ley de Procedimiento Laboral, el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, con la finalidad de discutir el alcance de la condena de vulneración de derechos fundamentales, y la parte demandada 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, con la finalidad de discutir tanto la existencia de vulneración de derechos fundamentales como el alcance de la condena de vulneración de derechos fundamentales. Siguiendo un orden lógico de resolución, se examinará, en primer lugar, el motivo fáctico del recurso de suplicación de la parte demandada, y, después, los motivos jurídicos de los recursos de suplicación de la parte demandante y de la demandada, comenzando con la discusión, solamente planteada por la parte demandada, de la existencia de vulneración de derechos fundamentales, y rematando con la discusión, simultáneamente planteada por la parte demandante y por la parte demandada, del alcance de la condena de vulneración de derechos fundamentales, aunque con la distinta intención de elevar –la parte demandante- y de reducir –la parte demandada- la cuantía indemnizatoria establecida en la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Respecto a la revisión de los hechos probados solicitada en la suplicación de la parte demandada, se pretenden hasta catorce revisiones, las cuales se examinarán, sucesivamente, en los siguientes catorce fundamentos.

TERCERO.- La primera revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en sustituir el Hecho Probado Cuarto por otro donde se diga que, *"ante la recepción del telegrama de despido, doña S.F.A. requiere notarialmente tanto a las administradoras del Centro como a la Directora a fin de que se le informe de cuál ha sido el procedimiento en la decisión del despido y de si se ha cumplido con la normativa vigente al respecto, y, en este sentido, tanto la Directora como la administradora doña M.T.S.R. no responden a dicho requerimiento, respondiendo las otras dos administradoras mancomunadas en el sentido de que desconocen dicha decisión de despido, así como afirman que, como miembros del Consejo Escolar, pueden asegurar que dicha decisión no ha sido consultada ni adoptada en el referido Consejo, quedando acreditado en las testifi-*

cales que dicha orden la dio doña M.T.S.R., llamando posteriormente en diversas ocasiones doña M.T.S.R. a la policía a fin de que desalojase de su puesto de trabajo a doña S.F.A.”.

Revisión sólo acogible en parte. En primer lugar, los hechos declarados probados no se encuentran desvirtuados en la redacción alternativa, de donde, no sólo deben ser mantenidos, sino que, en cuanto se reiteran en esa redacción alternativa, ésta no debe ser considerada. En segundo lugar, la revisión sólo procede en cuanto se sustenta directamente en prueba documental literosuficiente, y ello concurre únicamente con los requerimientos notariales y sus contestaciones —en la misma redacción alternativa se delata que, a lo menos en una parte, se sustenta en la testifical, inhábil a los efectos de revisión fáctica—.

Por lo expuesto, el Hecho Probado Cuarto se mantiene como está redactado, aunque con el siguiente añadido conformado un párrafo segundo:

“Ante la recepción del telegrama de despido, doña S.F.A. requiere notarialmente a doña M.T.R.S., a doña M.T.S.R., a doña M^a.E.T.B. y a doña L.F.A., a fin de que se le informe de cuál ha sido el procedimiento en la decisión del despido y de si se ha cumplido con la normativa vigente al respecto, constando la respuesta de doña M^a.E.T.B. y doña L.F.A. en el sentido de que desconocen dicha decisión de despido, y que, como miembros del Consejo Escolar, pueden asegurar que dicha decisión no ha sido consultada ni adoptada en el referido Consejo. No consta la respuesta de las otras dos requeridas”.

CUARTO.- La segunda revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en sustituir el Hecho Probado Quinto por otro donde se diga que, “a raíz de tal incidente, se creó un fuerte enfrentamiento entre las actoras y los socios de la mercantil. Doña S.F.A. instó a la Inspección de Trabajo su alta de oficio, emitiéndose informe en el sentido de que debía impugnar su despido ante el orden jurisdiccional social; a pesar de ello, doña S.F.A., con el apoyo del resto de los socios, continuó prestando servicios en el Centro; asimismo en fecha 10.01.01, las administradoras doña M^a.E.T.B. y doña L.F.A. requieren notarialmente a la Ase-soría M. y V. a fin de que se les remita una serie de documentación de la empresa; posteriormente en fecha 15.01.01, la Sra. R. remite carta a la Inspección de Trabajo en la que solicita se adopten las medidas correspondientes

con relación a la situación de la Sra. F.; dicha Inspección contesta a la Sra. R. informándole que su petición debe ser tramitada como demanda ante la Jurisdicción Social; asimismo en fecha 19.01.00 la Sra. F. y las administradoras de la sociedad así como la Jefa de Estudios remiten sendas cartas al Delegado Provincial de Educación solicitando su intervención urgente en el conflicto”.

Revisión sólo acogible en parte. De nuevo se pretende sustituir la redacción judicial por otra en parte reiterativa, aunque con la matización de que no era el conflicto con las “tres hermanas F.A.”, justificándolo en que “no se encontraban trabajando ... las tres hermanas A., sino tan sólo dos”, llegando a tachar dicho hecho probado de “falsedad”. Esta calificación, como alguna otra deslizada en el recurso de suplicación con relación a la valoración probatoria de la juzgadora de instancia, es impropia del uso forense. Además, la Sala no acaba de entender porque, aunque una de las hermanas no se encontrase trabajando, no se podía estar con ella en conflicto, como se declara probado, en especial debido a ser las tres socias —Hecho Probado Segundo—.

Sí procede la revisión en los demás hechos de la redacción alternativa derivados de prueba documental literosuficiente, de ahí que, manteniendo incólume el Hecho Probado Quinto, se deba añadir el siguiente segundo párrafo:

“En fecha 10.01.01, doña M^a.E.T.B. y doña L.F.A. requieren notarialmente a la Ase-soría M. y V. a fin de que se les remita una serie de documentación de la empresa; en fecha 15.01.01, la Sra. R. remite carta a la Inspección de Trabajo en la que solicita se adopten las medidas correspondientes con relación a la situación de la Sra. F.; dicha Inspección contesta a la Sra. R. informándole que su petición debe ser tramitada como demanda ante la Jurisdicción Social; y en fecha 19.01.00 doña S.F.A., doña L.F.A., doña E.T.B. y doña M^a.J.P.M., ésta como Jefa de Estudios, remiten sendas cartas al Delegado Provincial de Educación solicitando su intervención urgente en el conflicto”.

QUINTO.- La tercera revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en sustituir el Hecho Probado Sexto por otro donde de nuevo se pretende sustituir la redacción judicial por otra en parte reiterativa, lo cual no procede, aunque sí procede añadir, como segundo párrafo de dicho Hecho Proba-

do Sexto, lo siguiente amparado en documental literosuficiente:

“En fecha 29.01.01, doña S.F.A. remitió escrito a la Consellería de Educación solicitando información acerca de cómo se ha de proceder legalmente para realizar un despido, a lo que la Consellería contesta el mismo día poniéndola en conocimiento de que, conforme a la LODE, el despido requiere que se pronuncie previamente el Consejo Escolar mediante acuerdo motivado adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros”.

SEXTO.- La cuarta revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en eliminar la mayor parte del contenido del Hecho Probado Séptimo, el cual, de prosperar la revisión, quedaría reducido a que *“efectivamente había un enfrentamiento, se ponían malas caras y se notaba tensión”*, revisión inacogible, ya que, como ha razonado la juzgadora de instancia dando escrupuloso cumplimiento al artículo 97, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Laboral, *“los Hechos VII, VII y X (se derivan) de la testifical practicada y cartas de padres aportadas”*, lo cual los hace inatacables en suplicación en cuanto derivados de una prueba, como es la testifical, inhábil para la revisión. Conviene precisar en cuanto a las cartas de padres de alumnos —en concreto una carta colectiva de varios padres de alumnos— que, muy lejos de *“ser meras afirmaciones vacías de contenido y generales realizadas por personas que en modo alguno, por no haber estado presentes, prueban lo que en ella se contienen, mostrando un claro partidismo de parte de las demandadas, por cuanto sólo se cuestiona la labor realizada por doña S.F.A.”*, como afirma el escrito de formalización de la suplicación, son un apoyo documental suficientemente significativo. Por lo demás, el motivo del recurso se acaba de construir, de manera inadecuada, sobre una valoración partidista de la prueba testifical practicada a instancia de la parte demandante en el acto del juicio oral, en cuya valoración es soberana la juzgadora de instancia.

SÉPTIMO.- La quinta revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en suprimir el Hecho Probado Octavo, con sustento en una nueva valoración probatoria de la prueba testifical practicada a instancia de la parte demandante en el acto del juicio oral, buscando sustituir la valoración judicial, revisión inacogible solamente reiterando lo razonado en el anterior fundamento.

OCTAVO.- La sexta revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en sustituir, en el Hecho Probado Noveno, la expresión *“se acusó a la Directora (ante los padres) de efectuar reuniones clandestinas con progenitores de alumnos en cafeterías”*, por la expresión *“se informó (a los padres) que por parte de la Directora se estaban efectuando reuniones clandestinas con progenitores de alumnos en cafeterías”*, revisión inacogible, tanto porque no se sustenta en prueba alguna —en este extremo no se argumenta ni siquiera sobre una nueva valoración parcial de la prueba testifical—, como porque, como justifica la juzgadora de instancia, *“el Hecho IX fue reconocido por la administradora, en valoración con el interrogatorio de la Sra. R. y testifical de la Sra. M.”*, prueba inhábil a efectos revisores.

NOVENO.- La séptima revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en sustituir el Hecho Probado Décimo por otro donde se diga que *“con fecha 08.02.01, doña S.F.A. remite carta al Inspector Jefe de Educación solicitándole a don J.G.R. le haga llegar al Inspector don J.M.B. la carta realizada en fecha 02.02.01, en la que le solicita su ayuda e intervención en este asunto para aclararlo y solucionarlo lo más rápidamente posible; con fecha 13.02.01, las administradoras del Centro realizan nuevo requerimiento notarial a la Ase-soría M. y V. a fin de que se le haga entrega de toda la documentación perteneciente a la entidad Colegio “A.V., S.L.” obrante en su poder; posteriormente en fecha 15.02.01 la Sra. F. remite escrito al Inspector Jefe de Trabajo y Seguridad Social solicitándole el alta en la Seguridad Social e informándole de los hechos acaecidos, a la que se le contesta en fecha 23.05 informándole que es claro que puede haber una disfuncionalidad en el fondo y la forma de tomar la decisión de despido por parte de los órganos de la empresa, pero que no puede acceder a su solicitud; con fecha posterior de 01.06.01 la administradora del centro Sra. L.M. solicita al Registro Mercantil de Pontevedra para que emita certificado acerca de si la Sra. R. tiene poder de la indicada sociedad para actuar en su representación, a lo que el Registro certifica que, en el historia registral de la sociedad, no aparece inscrito ningún poder conferido a favor de la Sra. R.; en 15.02.01 el Colegio emite certificado conforme la Sra. F. continúa trabajando en dicho Centro; en fecha 19.02.01, la Inspección Provincial de Educación informa al Ilmo. Sr. Delegado Provincial de Educación de Pontevedra que, a juicio de los inspectores, el telegrama remitido por la Sra. R.*

no es causa suficiente para el despido de la Sra. F., y por lo tanto carece de efecto, ya que la Directora no es competente, así como proponen la constitución de una comisión de conciliación para adoptar las medidas para solucionar el conflicto”.

Al socaire de esta prolija redacción alternativa se encubre la supresión de los hechos consignados en el relato judicial, sin molestarse siquiera la parte demandada en explicar la justificación de su supresión, la cual, por esa ausencia de explicación, no procede.

Cuestión diferente es que, en cuanto se constaten en prueba documental de carácter literosuficiente, se puedan añadir nuevos hechos probados, y, a estos efectos, conviene precisar (1) que la especificación de que *“en fecha 15.02.01 la Sra. F. remite escrito al Inspector Jefe de Trabajo y Seguridad Social solicitándole el alta en la Seguridad Social e informándole de los hechos acaecidos, a la que se le contesta en fecha 23.05 informándole que es claro que puede haber una disfuncionalidad en el fondo y la forma de tomar la decisión de despido por parte de los órganos de la empresa, pero que no puede acceder a su solicitud”*, se deriva de una lectura sesgada de dicha contestación, ya que, a renglón seguido, el Subinspector de Empleo y Seguridad Social —con una correcta cita jurisprudencial— afirma que, *“para o caso que nos ocupa é absolutamente irrelevante para o seu despedimento laboral a falla de consulta ao Consello Escolar, segundo Sentencias de data 05.12.90 o TS Sala do Social Ref. Aranzadi 1990/9.757, e de 23.09.97 TSJ de Madrid Ref. 4.828”*, para acabar concluyendo que *“debe vostede acudir aos tribunais (do orden social) —Xulgados do Social— si houber lugar e tribunais do orden mercantil para dirimir as cuestións laborais e mercantís resectivamente”*, lo cual demuestra lo inútil de la revisión al ser correcto, en cuanto a ese extremo, el relato fáctico de la sentencia de instancia —véase el Hecho Probado Quinto—.

Y, asimismo, conviene precisar (2) que la especificación de que *“en 15.02.01 el Colegio emite certificado conforme la Sra. F. continúa trabajando en dicho Centro”*, es reiterativa respecto a lo declarado probado en el relato fáctico de la sentencia de instancia —véase el Hecho Probado Cuarto—.

Por lo expuesto, el Hecho Probado Décimo se mantiene como está redactado, aunque con el siguiente añadido conformado un párrafo segundo:

“Con fecha 08.02.01, doña S.F.A. remite carta al Inspector Jefe de Educación don J.G.R. solicitando le haga llegar al Inspector don J.M.B. la carta realizada en fecha 02.02.01, en la que le solicita su ayuda e intervención en este asunto para aclararlo y solucionarlo lo más rápidamente posible; con fecha 13.02.01, doña C.D.P., doña M.R.G. y doña M^a J.L.M. realizan nuevo requerimiento notarial a la Asesoría M. y V. a fin de que se le haga entrega de toda la documentación perteneciente a la entidad Colegio “A.V., S.L.” obrante en su poder; con fecha 01.06.01 la administradora del centro Sra. L.M. solicita al Registro Mercantil de Pontevedra para que emita certificado acerca de si la Sra. R. tiene poder de la indicada sociedad para actuar en su representación, a lo que el Registro certifica que, en el historia registral de la sociedad, no aparece inscrito ningún poder conferido a favor de la Sra. R.; en fecha 19.02.01, la Inspección Provincial de Educación informa al Ilmo. Sr. Delegado Provincial de Educación de Pontevedra que, a juicio de los inspectores, el telegrama remitido por la Sra. R. no es causa suficiente para el despido de la Sra. F., y por lo tanto carece de efecto, ya que la Directora no es competente, así como proponen la constitución de una comisión de conciliación para adoptar las medidas para solucionar el conflicto”.

DÉCIMO.- La octava revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en sustituir el Hecho Probado Undécimo por otro donde se diga que, *“en fechas 26 y 27 de febrero de 2001, las administradoras del Centro remiten sendas cartas al Director Provincial de Educación e Inspección Educativa mediante las que se les comunica que la correspondencia destinada al Centro Escolar les sea remitida a la atención de las administradoras por ser éstas las representantes legales del titular”*, revisión inacogible, ya que, se lea como se lea la redacción alternativa, está demostrando la veracidad del relato fáctico de la sentencia de instancia: si se les comunica a las autoridades educativas públicas el cambio de destinatario de la correspondencia del colegio es a consecuencia de haberse ordenado su no entrega a la anterior destinataria.

UNDÉCIMO.- La novena revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en añadir, en el Hecho Probado Duodécimo, que *“en fecha 06.04.01 doña E.G.A. remite carta al Inspector de Educación en la que se relatan una serie de hechos, a la que se contesta por el Delegado Provincial de la Consellería*

de Educación en fecha 09.07.01 que, visto el informe del servicio de inspección educativa, le comunicó que no se pudieron verificar dichos hechos y que debería aportar pruebas, así como que la afirmación que realiza respecto a las declaraciones vertidas por el inspector, éste afirma que tal afirmación no responde a la realidad”, revisión acogible, aunque la Sala no alcanza a entender cuál sea su trascendencia jurídica favorable a la parte demandada, al sustentarse en prueba documental literosuficiente y al no negarse la parte demandante a su revisión, siquiera destaca, y debe asimismo añadirse, se trata de “la queja de una madre porque encerraban a su hijo de 4 años en el baño como castigo”.

DUODÉCIMO.- La décima revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en sustituir el Hecho Probado Decimotercero por otro donde se diga que, “asimismo en fecha 01.06.01, la Sra. F. y las administradoras del Centro remiten carta al Inspector Jefe de Trabajo y Seguridad Social solicitándole una serie de aclaraciones del subinspector informante; asimismo se estaban en esas fechas tanto en el Colegio como en diversos domicilios de alumnos comunicaciones anónimas o procedentes del propio Colegio con contenido difamatorio, algunas de las cuales obran en autos”, revisión sólo acogible en parte, en primer lugar, porque no desplaza lo declarado probado, y, en segundo lugar, porque las aclaraciones relativas a que “por parte de la Directora se estaban asumiendo funciones que en modo alguno le correspondían ni por Ley ni por Estatutos Sociales” son absolutamente irrelevantes en cuanto a la significación de lo declarado probado, sin que, ni de dicha solicitud de aclaraciones ni de la subrepticia introducción de la expresión “o procedentes del propio Colegio”, se pueda deducir, ni siquiera se sospeche de manera racional, la imputación a las demandantes de las comunicaciones anónimas.

Por lo expuesto, el Hecho Probado Decimotercero se mantiene como está redactado, aunque con el siguiente añadido conformado un párrafo segundo:

“Se estaban recibiendo en esas fechas en el Colegio y en diversos domicilios de alumnos comunicaciones anónimas con contenido difamatorio”.

DECIMOTERCERO.- La undécima revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en sustituir el Hecho Probado Deci-

mocuarto por otro donde se diga que “las administradoras convocaron reunión extraordinaria del Consejo Escolar, previa autorización de la Consellería de Educación por medio de carta de fecha 11.06.01, en el que se proponía el cese de la Directora aportando en dicho Consejo carta con las causas por las cuales se proponía su cese; dicho Consejo fue nulo por defectos formales y se convocó nuevo Consejo en fecha 30.06.01 en el que una vez agotado el mandato de la Sra. R. se propone la designación de una nueva Directora y se aprueba; a tenor de la documentación obrante en autos se constata y se declara probado que la Sra. R. impartía las mismas clases que venía impartiendo en el Curso Escolar 2000/2001 a tenor del Cuadro de Organización Pedagógica firmado por la propia Sra. R.”.

Revisión sólo acogible en parte, no pudiendo serlo (1) ni en cuanto a la iniciativa de la convocatoria, la cual procede de las administradoras y, aunque se hiciera conforme a lo resuelto por la Consellería de Educación, en modo alguno ésta la autorizó sino que “resuelve que sexa a titularidade do Centro, como responsable do cumprimento das normas vixentes ó respecto, a que realice a preceptiva convocatoria do Consello Escolar extraordinario solicitado nas condicións expostas”, (2) ni en cuanto a la no impartición de clases de secundaria en cursos anteriores, ya que, aunque alguna documental así lo diga, como es el Cuadro de Organización Pedagógica, otra documental lo contradice, como es la Propuesta de distribución horaria para el pago delegado –documental aportada en el ramo de prueba de la propia empleadora-, y, no sólo a la vista de la documental sino de la totalidad del material alegatorio y probatorio obrante en las actuaciones, y de la conducta procesal de las partes litigantes, la juzgadora de instancia ha alcanzado razonablemente una conclusión fáctica que, en modo alguno, se encuentra desvirtuada por prueba documental no contradicha por otros elementos probatorios obrantes en las actuaciones.

Por lo expuesto, el Hecho Probado Decimocuarto quedará redactado en los siguientes términos –acogiendo algunas correcciones materiales-:

“Las administradoras convocaron reunión extraordinaria del Consejo Escolar, ateniéndose a lo establecido en Resolución de 11.06.01 de la Consellería de Educación sobre convocatoria del Consejo Escolar, convocatoria en la que se proponía el cese de la Directora

aportando en dicho Consejo carta con las causas por las cuales se proponía su cese; dicho Consejo fue nulo por defectos formales y se convocó nuevo Consejo en fecha 30.06.01 en el que una vez agotado el mandato de la Sra. R. se propone la designación de una nueva Directora y se aprueba; aún cuando hasta entonces había impartido clases en Primaria y en la ESO, se le comunica que, a partir del próximo curso, dará clases únicamente en Primaria”.

DECIMOCUARTO.- La duodécima y la decimotercera revisión fáctica solicitadas por la parte demandante consisten en sustituir el Hecho Probado Decimoquinto y Decimosexto por otro donde se diga que, *“a consecuencia de tales hechos, doña M.T.S.R., estando de baja por maternidad, fue diagnosticada por la Psicóloga doña A.I.G. de un síndrome fóbico depresivo reactivo a grave situación laboral, lo que provocó su pase a la situación de IT por enfermedad común el 12.11.01; dada su situación de madre lactante, es dificultoso su tratamiento; en el Informe Médico de Síntesis realizado por la facultativa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales doña A.M.M. se expone que no es posible determinar con certeza en esta consulta el alcance y veracidad de los problemas sociolaborales referidos por la asegurada, aunque sí su estado ansioso depresivo actual”, y que, “igualmente por tales circunstancias, la Sra. R. pasó a la situación de IT el 21.09.01 por síndrome depresivo, que provocó además de la sintomatología habitual una afonía de carácter psicógeno diagnosticado por la Psicóloga antes referida; la Inspectora Médica doña M^a.L.L.B. informa que ella sólo constata un trastorno depresivo, que según el psiquiatra tiene que ver con el trabajo, y así parece desprenderse de la entrevista, pero no profundizó y no puede asegurarlo”.*

Mediante la redacción alternativa se pretenden relativizar los hechos declarados probados, de un lado, introduciendo la especificación de ser el diagnóstico emitido por una psicóloga –no una médica- de carácter privado. Para ello, se prescinde, con el expediente de no haberse ratificado en el acto del juicio oral, los informes médicos del Psiquiatra don L.F.S., del Neuropsiquiatra don M.V.N., del Neurólogo don J.R.R.V., y del Psiquiatra don G.P.D.V.F. Ahora bien, estos facultativos son quienes han diagnosticado la enfermedad y quienes la han sometido a tratamiento, algunos adscritos a la sanidad pública, derivando de lo expuesto su fuerza de convicción y convirtiéndolo en desacertada la especificación de

ser el diagnóstico emitido por una psicóloga –no una médica- de carácter privado: ésta se ha limitado, en el acto del juicio oral, a coadyuvar y a aclarar los diagnósticos médicos previos a su análisis psicológico.

Y, de otro lado, la relativización de los hechos declarados probados se pretende introduciendo la especificación de no poderse asegurar, por las médicas adscritas a organismos públicos, la relación de las dolencias con la situación laboral, aunque ni esto se dice en la declaración de hechos probados, ni esas médicas afirman lo contrario, sino, en cuanto a doña M.T.R.S., examinada por la Dra. doña P.C.C., que es *“paciente con trastorno depresivo mayor que solicita determinación de contingencia al considerar que su patología es consecuencia de su problemática laboral; sin embargo, la empresa no tiene constancia de AT aportando sólo un parte de baja como EC”, y, en cuanto a doña M.T.S.R., examinada por la Dra. doña A.M.M.G., que “parece existir una relación causa-efecto entre conflicto sociolaboral y cuadro depresivo, pero no es posible determinar con certeza en esta consulta el alcance y veracidad de los problemas sociolaborales referidos por la asegurada, aunque sí su estado ansioso depresivo actual”.* Ambas facultativas están adscritas al Equipo de Valoración de Incapacidades y emiten en el expediente de declaración de la naturaleza común o profesional de la contingencia su Informe Médico de Síntesis.

Conviene precisar que, a los efectos de determinar la causalidad de las dolencias con el conflicto laboral existente entre las partes litigantes, la opinión de los médicos, siendo relevante, no es, ni mucho menos, decisiva, ya que, en la subsunción de los hechos en las normas jurídicas, será el juez quien, valorando la totalidad de las pruebas, determine la existencia o ausencia de causalidad. Dicho en otros términos, que, aunque se añadan como probados los dictámenes de las facultativas adscritas al Equipo de Valoración de Incapacidades, en nada se van a alterar las consecuencias –adecuadamente situadas en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia- de que *“tal y como señaló la perito, existe una evidente relación causa-efecto entre la situación de acoso y la depresión reactiva que sufren las actoras (en coincidencia con los informes de los psiquiatras aportados), concluyendo que, según los testimonios realizados, no existe fabulación, y su convicción de ser víctimas es fiable”, y de que “la percepción de una situa-*

ción especial la confirma incluso la Inspectora Médica, quien manifestó que se sintió sorprendida –por ser inusual en su frecuencia– por los continuos requerimientos de control de la situación de IT de las actoras, pese a que ella, no sólo a través de los especialistas que las trataban, sino también personalmente, había constatado una real situación de Incapacidad Temporal de las demandantes desde la primera denuncia”.

Sea como fuere, el añadido relativo a doña M.T.R.S. no se sustenta en el Informe Médico de Síntesis del Equipo de Valoración de Incapacidades emitido por la Dra. doña P.C.C., sino en el testimonio emitido en el acto del juicio oral por la Inspectora Médica doña M^a.L.L.B., el cual no es hábil a los efectos de revisión fáctica.

Por lo expuesto, el Hecho Probado Decimoquinto se mantiene como está redactado, aunque con el siguiente añadido conformado un párrafo segundo:

“El Informe Médico de Síntesis del Equipo de Valoración de Incapacidades, emitido en expediente sobre declaración de contingencia, concluye que parece existir una relación causa-efecto entre conflicto sociolaboral y cuadro depresivo, pero no es posible determinar con certeza en esta consulta el alcance y veracidad de los problemas sociolaborales referidos por la asegurada, aunque sí su estado ansioso depresivo actual”.

No se altera el Hecho Probado Decimosexto porque –al margen de que, como se ha dicho, el añadido sería de nula trascendencia jurídica– el añadido acogible no ha sido pedido –el de la Dra. doña P.C.C.– y el pedido no resulta acogible –el de la Dra. doña M^a.L.L.B.–.

DECIMOQUINTO.- La decimocuarta revisión fáctica solicitada por la parte demandada consiste en suprimir el Hecho Probado Decimoséptimo, alegando desconocer el documento sustento del relato fáctico de la sentencia de instancia porque es una fotocopia y porque fue negado por supuestas firmantes, revisión inacogible, ya que, aunque dichas circunstancias se pueden tomar en consideración en la valoración de la prueba obrante en las actuaciones, lo que la Sala no puede hacer es entrar en una nueva valoración de ese documento en consonancia con las demás pruebas practicadas, al ser competencia soberana de la juzgadora de instancia, y, aunque la Sala sí puede acordar suprimir

un hecho declarado probado –la llamada revisión fáctica negativa– ello sólo es factible si se acredita, en contra del criterio del juez de instancia, la irrealidad del hecho declarado probado, lo cual no es el caso porque, en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, se sustenta dicho hecho –y el siguiente Hecho Probado Decimosexto– en “(el) testimonio de la Inspectora Médica, Sra. L.B., y documental remitida por el Servicio Galego de Saúde”, de donde, en modo alguno, el relato judicial se puede considerar una irrealidad.

DECIMOSEXTO.- A la vista de la admisión de diversas revisiones fácticas y a los efectos de facilitar el estudio de las denuncias jurídicas, resulta conveniente, antes de continuar, recoger el relato fáctico completo, resultado del relato de la sentencia de instancia más las diversas revisiones fácticas admitidas:

“Hecho Probado Primero. Doña M.T.R.S., mayor de edad, con DNI número ..., viene prestando servicios por cuenta del Colegio “A.V., S.L.”, como profesora titular desde el 01.09.65, con un salario de 1.972,13 euros mensuales; su hija doña M.T.S.R., mayor de edad, con DNI número ..., presta servicios para el mismo Centro, y con la misma categoría, desde el 16.12.91 y con un salario de 1.568,64 euros mensuales”.

“Hecho Probado Segundo. El Colegio “A.V., S.L.” fue constituido el 30.05.82 por doña M.T.R.S., don G.F.P. y don A.P.V., por partes iguales; con fecha 30.10.98, el Sr. F. vendió sus participaciones a su hija doña S.F.A., y el Sr. P. a don En esa misma fecha, se acuerda una ampliación de capital, fijándolo en 70 millones de pesetas, repartidas en 70.000 participaciones, quedando el capital repartido en la siguiente forma: a) El Sr. M.A.L.O., 4.800 participaciones; b) Doña S.F.A., 4.800 participaciones; c) Doña M.T.R.S., 9.800 participaciones; d) Su hija doña M.T.S.R., 5.000 participaciones; e) Las Sras. R.G., L.F.A., M^a.J.L.M., M^a.B.M., D.M., M^a.L.F.A., M^a.J.P. y M^a.E.T.B., 5.000 participaciones cada una. Se nombró administradoras mancomunadas a doña M.T.S.R., M^a.E.T. y L.F.”.

“Hecho Probado Tercero. Con ello se procedió a abrir un nuevo Centro, adaptado a las exigencias de la LOGSE, cuya autorización de apertura fue concedida por Orden de 07.05.99, funcionado como centro concertado”.

“Hecho Probado Cuarto. La Sra. R. era Directora por nombramiento del 07.07.97, siendo Secretaria doña M.T.S.R. y Jefa de Estudios Doña María Jesús Penas. Con fecha 01.09.00 había sido contratada como profesora doña S.F.A.; con fecha 29 de diciembre de 2000 la Directora le remitió telegrama acordando su cese, por no superación del periodo de prueba pactado en el contrato. Sin embargo, doña S.F.A. siguió asistiendo a las clases cuando se reinició el Curso y como no quisiera abandonar el Centro, doña M.T.S.R. avisó a la policía que se personó en el Centro.

Ante la recepción del telegrama de despido, doña S.F.A. requiere notarialmente a doña M.T.R.S., a doña M.T.S.R., a doña M^a.E.T.B. y a doña L.F.A., a fin de que se le informe de cuál ha sido el procedimiento en la decisión del despido y de si se ha cumplido con la normativa vigente al respecto, constando la respuesta de doña M^a.E.T.B. y doña L.F.A. en el sentido de que desconocen dicha decisión de despido, y que, como miembros del Consejo Escolar, pueden asegurar que dicha decisión no ha sido consultada ni adoptada en el referido Consejo. No consta la respuesta de las otras dos requeridas”.

“Hecho Probado Quinto. A raíz de tal incidente, se creó un fuerte enfrentamiento entre las actrices y las tres hermanas F.A., doña S.F.A. instó a la Inspección su alta de oficio, emitiéndose informe en el sentido de que debía impugnar su despido ante el orden jurisdiccional social. A pesar de ello doña S.F.A., con el apoyo del resto de los socios, continuó prestando servicios en el Centro.

En fecha 10.01.01, doña M^a.E.T.B. y doña L.F.A. requieren notarialmente a la Aseoría M. y V. a fin de que se les remita una serie de documentación de la empresa; en fecha 15.01.01, la Sra. R. remite carta a la Inspección de Trabajo en la que solicita se adopten las medidas correspondientes con relación a la situación de la Sra. F.; dicha Inspección contesta a la Sra. R. informándole que su petición debe ser tramitada como demanda ante la Jurisdicción Social; y en fecha 19.01.00 doña S.F.A., doña L.F.A., doña E.T.B. y doña M^a.J.P.M., ésta como Jefa de Estudios, remiten sendas cartas al Delegado Provincial de Educación solicitando su intervención urgente en el conflicto”.

“Hecho Probado Sexto. Doña L.F.A. y doña E.T.B. convocaron Junta General de Socios para el 29.01.01, en la cual presentaron

su dimisión y se acordó por mayoría el cese como administradora de doña M.T.S.R., y el nombramiento de las Administradoras Sras. D.P., R.G. y L.M. En la misma Junta se aprobó que los administradores, en coordinación con la Jefa de Estudios, se encarguen de la organización y control de los horarios, selección y contratación del profesorado y todo lo que tenga que ver con la actividad escolar.

En fecha 29.01.01, doña S.F.A. remitió escrito a la Consellería de Educación solicitando información acerca de cómo se ha de proceder legalmente para realizar un despido, a lo que la Consellería contesta el mismo día poniéndola en conocimiento de que, conforme a la LODE, el despido requiere que se pronuncie previamente el Consejo Escolar mediante acuerdo motivado adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros”.

“Hecho Probado Séptimo. doña S.F.A. comentaba a sus alumnos en clase que la Directora estaba obsoleta y que no atendía las necesidades del Centro, y que si venía el Inspector, dijeran que la directora las pegaba, lo que provocó protestas de los padres de dichos alumnos; igualmente, la Sra. F., entró en el aula donde doña M.T.S.R. impartía clases, conminándola a gritos a que saliera, llamándola mentirosa, a lo que ésta se negó”.

“Hecho Probado Octavo. A partir de entonces, doña M.T.S.R. empezó a encontrar cada mañana en el encerado de su clase frases insultantes (“Maite, hija de puta” y otras semejantes); doña M.T.S.R. estaba embarazada, y ante tal situación, los propios alumnos intentaron borrar tales frases antes de que llegara ésta a clase. Algún alumno de otra clase le comentó que le había prohibido su profesora hablar con ella o lo castigaría”.

“Hecho Probado Noveno. A finales de enero, los profesores convocaron una reunión de padres, en las que se acusó a la Directora de efectuar reuniones clandestinas con progenitores de alumnos en cafeterías”.

“Hecho Probado Décimo. En los meses siguientes, las socias-profesoras comentaban con padres que la Sra. R. era “una sinvergüenza”, “que las había estafado”, “que estaba caduca, y no sabía educar a los niños”, “que falsificaba documentos” o “que era una ladrona”. Cuando algún padre quiso ponerse en contacto con la Directora, por problemas con su hijo en el colegio, las profesoras le decían “esa señora no está”, comprobando después que era incierto.

Con fecha 08.02.01, doña S.F.A. remite carta al Inspector Jefe de Educación don J.G.R. solicitando le haga llegar al Inspector don J.M.B. la carta realizada en fecha 02.02.01, en la que le solicita su ayuda e intervención en este asunto para aclararlo y solucionarlo lo más rápidamente posible; con fecha 13.02.01, doña C.D.P., doña M.R.G. y doña M^a.J.L.M. realizan nuevo requerimiento notarial a la Asesoría M. y V. a fin de que se le haga entrega de toda la documentación perteneciente a la entidad Colegio "A.V., S.L." obrante en su poder; con fecha 01.06.01 la administradora del centro Sra. L.M. solicita al Registro Mercantil de Pontevedra para que emita certificado acerca de si la Sra. R. tiene poder de la indicada sociedad para actuar en su representación, a lo que el Registro certifica que, en el historia registral de la sociedad, no aparece inscrito ningún poder conferido a favor de la Sra. R.; en fecha 19.02.01, la Inspección Provincial de Educación informa al Ilmo. Sr. Delegado Provincial de Educación de Pontevedra que, a juicio de los inspectores, el telegrama remitido por la Sra. R. no es causa suficiente para el despido de la Sra. F.A., y por lo tanto carece de efecto, ya que la Directora no es competente, así como proponen la constitución de una comisión de conciliación para adoptar las medidas para solucionar el conflicto".

"Hecho Probado Undécimo. En el mes de febrero, las administradoras ordenaron que toda la correspondencia se introdujera en un buzón del que sólo ella tenía llave (hasta entonces se entregaba en Dirección); la Sra. R. encontró varias cartas tiradas o abiertas, dirigidas a ella como Directora".

"Hecho Probado Duodécimo. La situación de tensión, con malas caras y arrinconamiento de las actrices por el resto de los socios, fue advertida por alumnos y profesores contrarios, dificultando su relación con las demandantes, las cuales estaban habitualmente solas durante los recreos o intermedios sin clase.

En fecha 06.04.01 doña E.G.A. remite carta al Inspector de Educación en la que se queja, entre otras cosas, de que encerraban a su hijo de 4 años como castigo en el baño, a la que se contesta por el Delegado Provincial de la Consellería de Educación en fecha 09.07.01 que, visto el informe del servicio de inspección educativa, le comunicó que no se pudieron verificar dichos hechos y que debería aportar pruebas, así como que la afirmación que realiza respecto a las declaraciones vertidas por el

inspector, éste afirma que tal afirmación no responde a la realidad".

"Hecho Probado Decimotercero. Con fecha 07.06.01, se remitió circular a los padres de alumnos que decía: "Las Administradoras del Colegio "A.V., S.L." informan a todos los padres de alumnos que cualquier notificación recibida del Centro tiene que estar debidamente firmada por la Directora de la jefa de Estudios del Centro además de llevar el sello del Colegio para que tenga carácter oficial. Toda aquella notificación o escrito que reciban únicamente firmado por la Directora, a título personal, no tiene validez alguna ya que no procede del centro. Agradecimiento al mismo tiempo, el centro ser informado para poder tomar las medidas oportunas.

Se estaban recibiendo en esas fechas en el Colegio y en diversos domicilios de alumnos comunicaciones anónimas con contenido difamatorio".

"Hecho Probado Decimocuarto. Las administradoras convocaron reunión extraordinaria del Consejo Escolar, ateniéndose a lo establecido en Resolución de 11.06.01 de la Consellería de Educación sobre convocatoria del Consejo Escolar, convocatoria en la que se proponía el cese de la Directora aportando en dicho Consejo carta con las causas por las cuales se proponía su cese; dicho Consejo fue nulo por defectos formales y se convocó nuevo Consejo en fecha 30.06.01 en el que una vez agotado el mandato de la Sra. R. se propone la designación de una nueva Directora y se aprueba; aún cuando hasta entonces había impartido clases en Primaria y en la ESO, se le comunica que, a partir del próximo curso, dará clases únicamente en Primaria".

"Hecho Probado Decimoquinto. A consecuencia de tales hechos, doña M.T.S.R., estando de baja por maternidad, fue diagnosticada de un síndrome fóbico-depresivo reactivo a grave situación laboral, lo que provocó su pase a la situación de IT por enfermedad común el 12.11.01. Dada su condición de madre lactante, es dificultoso su tratamiento.

El Informe Médico de Síntesis del Equipo de Valoración de Incapacidades, emitido en expediente sobre declaración de contingencia, concluye que parece existir una relación causa-efecto entre conflicto sociolaboral y cuadro depresivo, pero no es posible determinar con certeza en esta consulta el alcance y veracidad de los problemas sociolaborales referidos

por la asegurada, aunque sí su estado ansioso depresivo actual”.

“Hecho Probado Decimosexto. Igualmente por tales circunstancias, la Sra. R. pasó a la situación de IT el 21.09.01 por síndrome depresivo, que provocó además de la sintomatología habitual (ansiedad, labilidad, insomnio...) una afonía de carácter psicógeno”.

“Hecho Probado Decimoséptimo. Los administradores del Centro remitieron escrito a la Inspección Médica el 27.11.01, para que verificara la situación de IT de la Sra. R. alegando que “existen sospechas fundadas de que la misma podría incurrir en simulación de enfermedad, ya que la baja médica que data ya del 21.11.01, fue inmediata a una situación conflictiva laboral y a su sustitución sólo en el puesto no docente que desempeñaba en el Centro. Agradecemos además nos informe dentro de los márgenes legales de esta situación, y aprovechamos la ocasión para saludarles muy atentamente”.

“Hecho Probado Decimooctavo. A principios del año 2002, dirigieron nuevos escritos a la Inspección Médica, comunicando por una parte que doña M.T.S.R. era copropietaria de la Guardería S.N. y que les habían informado que prestaban servicios en ella durante la baja, y por otro, que la Sra. R. había acudido a un Congreso en Murcia, preguntando si tenía permiso para ello. Por último, remitieron nuevos escritos, indicando que las actrices no entregaban los partes. La Inspectora ratificó la situación de IT por trastorno depresivo de ambas demandantes”.

DECIMOSÉPTIMO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, tanto la parte demandante como la parte demandada han realizado denuncias jurídicas en sus escritos de formalización de la suplicación, aunque con distinto alcance, ya que, mientras la parte demandante solamente cuestiona el alcance de la condena de vulneración de derechos fundamentales, solicitando la elevación de la cuantía indemnizatoria, la parte demandada cuestiona la existencia de vulneración de derechos fundamentales y, se entiende subsidiariamente, el alcance de la condena de vulneración de derechos fundamentales, solicitando la reducción de la cuantía indemnizatoria.

DECIMOCTAVO.- En cuanto a la cuestión de la existencia de vulneración de derechos fundamentales, a estudiar de entrada en un orden lógico, la denuncia jurídica se con-

creta en el artículo 20, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 24 de nuestra Constitución, al considerar, dicho resumidamente, que, a la vista de la declaración de hechos probados, no existe acoso moral contra las demandantes sino un conflicto entre las partes litigantes. No le falta razón a la parte demandante cuando, en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, detecta la ausencia de cita de norma sustantiva alguna relativa al acoso moral. De todos modos, el derecho a tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de nuestra Constitución obliga a su análisis, sin rechazar, por una razón estrictamente formal, este motivo de la suplicación, el cual, en términos sustantivos, se debería sustentar en la aplicación indebida del artículo 15 de nuestra Constitución –derecho a la integridad física y moral susceptible de lesión a través del acoso moral–.

DECIMONOVENO.- Aunque no existe una definición legal de acoso moral, se puede destacar, de acuerdo con los estudios doctrinales más solventes, los siguientes elementos básicos de esa conducta: a) la intención de dañar, ya sea del empresario o de los directivos, ya sea de los compañeros de trabajo; b) la producción de un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales; c) el carácter complejo, continuado, predeterminado y sistemático. La situación fáctica de acoso moral se manifiesta a través de conductas hostiles contra la dignidad personal de la víctima –injurias, burlas, mofas, críticas o cualesquiera otros actos de escarnio– o contra su profesionalidad –encargos monótonos, innecesarios, desproporcionados, abusivos o impropios de su categoría profesional–. Tales manifestaciones externas del acoso moral, sean directas o sean indirectas mediante manipulación de la información –creación de situaciones de ambigüedad de roles o acentuación de errores y minimización de logros–, determinan un conflicto, aunque ese conflicto puede ser más o menos explícito o más o menos larvado. No obstante, el conflicto y el acoso moral no son realidades correlativas. Por un lado, todo conflicto no es manifestación de un acoso moral, de donde la existencia de acoso moral no se prueba con la simple existencia de un conflicto. Por otro lado, la ausencia de un conflicto explícito no elimina la existencia de acoso moral, al resultar factible su manifestación externa en un conflicto larvado, aunque, unido a otros indicios, la existencia de conflicto explícito puede ser un indicio –ciertamente no determinante a la vista de la posibilidad de

conflicto sin acoso moral- de la existencia de un acoso moral.

La parte demandada incide, a lo largo de todas sus alegaciones, incluidas las de recurso, en la existencia de un simple conflicto no constitutivo de acoso moral, y, en esa línea, ha construido las revisiones fácticas, algunas admitidas en cuanto suponen añadido de hechos, pero –al margen de alguna irrelevante corrección más propia de una subsanación de errores materiales- ninguna admitida en cuanto suponen eliminación o modificación de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, los cuales permanecen sustancialmente incólumes, sin que, de los hechos añadidos, se pueda deducir su desvirtuación, de ahí que, compartiendo la Sala los razonamientos de la juzgadora de instancia, se alcance la conclusión de la existencia de acoso moral.

En primer lugar, a la existencia de un conflicto explícito entre ambas partes litigantes se aúna la existencia de una serie de conductas dirigidas al menosprecio personal y profesional de las demandantes, incluso típicas –de acuerdo con los estudios científicos sobre acoso moral-, como son (1) el descrédito ante el alumnado llamando a una de las demandantes obsoleta –Hecho Probado Séptimo-, y ante los padres y madres del alumnado llamándola sinvergüenza, estafadora, caduca, falsificadora y ladrona –Hecho Probado Décimo-, convocándolos incluso al efecto para acusarla de tramas clandestinas –Hecho Probado Noveno-, (2) la creación de una situación de ambigüedad de roles, negándole funciones derivadas de la dirección –Hecho Probado Decimotercero-, como la recepción del correo –Hecho Probado Undécimo-, (3) el ninguneo diciendo que no estaba cuando sí estaba –Hecho Probado Décimo-, o tirar o abrir sus cartas –Hecho Probado Undécimo-, (4) el insulto directo como mentirosa –Hecho Probado Séptimo-, (5) la propagación de bulos, incitando a los alumnos a denunciar a la directora ante el inspector de educación –Hecho Probado Séptimo-, o (6) el aislamiento social de ambas demandantes, prohibiendo a los alumnos hablarles –Hecho Probado Octavo-, y determinando la habitual soledad en los recreos y descansos –Hecho Probado Duodécimo-.

Conviene precisar que, ocultando el acoso moral una intención de dañar y siendo una conducta compleja, continuada, predeterminada y sistemática, su existencia no depen-

de de la concurrencia de un solo acto aislado, sino de la concurrencia de varios actos de hostigamiento, algunos de apariencia lícita, otros claramente ilícitos, y, en el caso de autos, esa concurrencia de varios actos de hostigamiento prolongados durante largo tiempo está bien acreditada y, de esa concurrencia conjunta, se deduce indicio de acoso moral, no existiendo, en lógica consecuencia, una vulneración, por una valoración arbitraria de los elementos fácticos del debate litigioso, del artículo 24 de nuestra Constitución.

En segundo lugar, las dolencias psíquicas de ambas demandantes, aparte demostrar cuál era la parte débil en el conflicto, están avaladas por diversos informes médicos y psicológicos donde se valora la causalidad entre esas dolencias y la situación de conflicto, y, aunque no todos sean determinantes, ninguno excluye esa relación de causalidad, de ahí su valoración como otro indicio de la existencia de un plan predeterminado de hostigamiento en el trabajo constitutivo de una situación catalogable de acoso moral.

En tercer lugar, la actitud en el conflicto de la parte demandada demuestra esa intencionalidad de dañar a través de constantes denuncias, consultas y toda clase de comunicaciones ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ante la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia y ante la Inspección Médica del Servicio Galego de Saúde. La juzgadora de instancia deja constancia, en la fundamentación jurídica, de que *“la inspectora médica (declaró en el acto del juicio oral) ... manifestó que se sintió sorprendida por ser inhabitual en su frecuencia por los continuos requerimiento de control de a situación de incapacidad temporal de las actoras, pese a que ella, no sólo los especialistas que las trataban, sino personalmente, había constatado una real situación de incapacidad temporal de las demandantes desde la primera denuncia”*. También es curioso que, aunque una de las demandantes, en su calidad de directora, despidió a una trabajadora –socia de la empresa-, nunca fue efectivo, a pesar de que, como consecuencia de la denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el subinspector actuante advirtió a esa trabajadora de la necesidad de demandar ante el Juzgado de lo Social –Hecho Probado Décimo-.

Conviene precisar que, en no pocas ocasiones, la intención de dañar característica del acoso moral se concreta en actos lícitos socialmente aceptados –justamente, la inten-

ción de dañar los hace ilícitos, aunque dicha intención no suele aparecer externamente, ocultándose en una apariencia de normalidad-, como, sin ir más lejos, la interposición de denuncias ante organismos públicos o el ejercicio de las facultades empresariales de control del trabajador, como la del artículo 20, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores. Si el acoso moral se limitase a estas actuaciones su demostración sería harto dificultosa. Pero, en el caso de autos, estas actuaciones no operan, en sí mismas, como determinantes, sino, de nuevo, como indicios a valorar con otros. De ahí que, cuando la juzgadora de instancia valora como indicio y junto con otros la declaración judicial de la inspectora médica, no está vulnerando en modo alguno el artículo 20, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores.

Resumiendo, (1) la existencia de un conflicto entre las partes litigantes, (2) la concurrencia de actos típicos de hostigamiento durante un significativo periodo de tiempo, (3) las consecuencias psicológicas padecidas por las demandantes y (4) la actitud de la demandada durante el conflicto son indicios que, valorados conjuntamente, demuestran la existencia de una situación de acoso moral. Por todo lo expuesto y en el supuesto de autos, el recurso de la parte demandada, en cuanto a la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, será desestimado, con la consiguiente confirmación, en este extremo, de la sentencia de instancia, al haber declarado la vulneración del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de nuestra Constitución.

VIGÉSIMO.- En cuanto a la cuestión del alcance de la condena de vulneración de derechos fundamentales, a analizar de última en un orden lógico, la parte demandante ha solicitado la elevación de la cuantía indemnizatoria, de 3.000 euros para doña M.T.R.S. y de 1.500 euros para doña M.T.S.R., a 150.000 euros para cada una, y la parte demandada ha solicitado la reducción de la cuantía indemnizatoria, aunque sin cuantificar cuál sea la entidad económica de la reducción. Conviene recordar, a estos efectos, que, en el acto del juicio oral, el Ministerio Fiscal solicitó la condena de la empleadora y cuantificó la indemnización en 50.000 euros para cada una de las demandantes, doña M.T.R.S. y doña M.T.S.R. –madre e hija respectivamente-.

La juzgadora de instancia, al razonar la cuantificación de la condena indemnizatoria,

afirmó, en la fundamentación jurídica de su sentencia, que *“en el caso de la Sra. R. debe valorarse su prolongada trayectoria al frente del Colegio, y como hacia el final de su vida profesional (tiene 64 años), no sólo ve destruida su reputación, sino también su equilibrio psíquico”, y que, “en el caso de doña M.T.S.R., esta juzgadora valora singularmente el hecho de que se aprovechó su situación de embarazo, habitualmente periodo de mayor sensibilidad psicológica”. En todo caso, “debiendo respetarse el principio de proporcionalidad, y sin olvidar que se trata de un Colegio subvencionado”.*

Se sustenta la indemnización a consecuencia de vulneración de derechos fundamentales en la necesidad de plena reparación judicial del contenido esencial de dichos derechos fundamentales, y, en este sentido, el artículo 55, apartado 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece, como un contenido de la sentencia de amparo constitucional, el *“restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”* –letra c-. Criterio de plena reparación que, establecido para la sentencia de amparo constitucional, debe ser respetado, en lógica correlación, en la sentencia de amparo ordinario.

Por lo expuesto, el artículo 180, apartado 1, de la Ley de Procedimiento Laboral establece –no podía ser de otra manera- que, en la sentencia de amparo ordinario declarativa de la vulneración del derecho fundamental, se acuerde *“la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediere”*. Inciso final cuya virtualidad abarca tanto los daños patrimoniales como, y muy especialmente, los daños morales. De hecho, ese inciso cobra virtualidad con relación a los daños morales en la medida en que, a través de la especificación general de reparación, sin duda alguna tendría cabida cualquier consecuencia patrimonial del acto lesivo. Su cuantificación deberá satisfacer, conjuntamente con las demás posibles condenas en cada caso litigioso, el criterio de la plena reparación del derecho fundamental vulnerado.

Justamente, en el caso de autos, la reparación del derecho fundamental vulnerado se ha conseguido, en algunos aspectos, con otros contenidos de la sentencia condenatoria, como *“la lectura de esta sentencia en sesión extraordinaria del claustro escolar, a fin de que por este órgano se valore la posible elección*

de la Sra. R. como directora, condenando a la empresa a que (la) reponga ... en sus clases anteriores al Curso 2001/2002 previa petición de informe a la Consellería de Educación". Por este motivo, los aspectos no contenidos en dicha condena susceptibles de reparación indemnizatoria, se deberán referir, no tanto a los aspectos profesionales, como a los aspectos derivados de la dignidad personal –actitudes de menosprecio ante la comunidad educativa- y de la integridad física –consecuencias médicas-.

Dicho esto, y a la vista de la declaración de hechos probados, la Sala considera adecuada la cuantía, con relación a doña M.T.R.S., de 22.000 euros, al ser la víctima principal de los ataques contra la dignidad personal y al ser sus consecuencias médicas especialmente graves, y, con relación a doña M.T.S.R., la de 11.000 euros, quien, aunque no ha sido la víctima principal de los ataques contra la dignidad personal, se ha visto afectada, y, aunque sus consecuencias médicas no han sido tan graves, se encontraba en una situación de especial sensibilidad, como es la de embarazo, parto reciente y lactancia. En consecuencia, el recurso de suplicación de la parte demandante será estimado parcialmente y el de la parte demandada desestimado totalmente –con los pronunciamientos inherentes en cuanto a depósitos, consignaciones y costas, artículos 202 y 233 de la LPL-.

Fallamos

Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por doña M.T.R.S. y doña M.T.S.R. y desestimando totalmente el recurso de suplicación interpuesto por la Entidad Mercantil Colegio "A.V., S.L.", contra la Sentencia de 1 de agosto de 2002 del Juzgado de lo Social número 3 de Vigo, dictada en juicio seguido a instancia de doña M.T.R.S. y doña M.T.S.R. contra la Entidad Mercantil Colegio "A.V., S.L.", con la intervención del Ministerio Fiscal, la Sala la confirma en todos sus extremos, salvo la cuantía indemnizatoria que, para doña M.T.R.S., se establece en 22.000 euros, y que, para doña M.T.S.R., se establece en 11.000 euros. Condenamos a la Entidad Mercantil Colegio "A.V., S.L." a la pérdida de los depósitos y de las consignaciones para recurrir, y, asimismo, a las costas derivadas de su recurso de suplicación, cuantificando en 600 euros los honorarios del abogado firmante de la impugnación de doña M.T.R.S. y de doña M.T.S.R.

3606 Recurso núm. 1.549/03

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. ADMISIBILIDAD DE ACCIONES DECLARATIVAS. CONSIDERACIÓN DE GARDIAS DE PRESENCIA COMO HORAS EXTRAORDINARIAS. ADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. ESTIMACIÓN DA DEMANDA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a ocho de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.549-2003, interpuesto por la Empresa POVISA contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 808-02 se presentó demanda por SINDICATO MEDICO PROFESIONAL y don J.S.R.R., en calidad de Delegado Sindical de dicho Sindicato en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandado POVISA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 de diciembre de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- El Convenio Colectivo de POVISA establece en su artículo 19 una jornada máxima anual de 1.741 horas de trabajo efectivo.- II.- Los médicos especialistas –a los que afecta este conflicto- realizan una jornada de 40 horas semanales. Además hacen tres tipos de guardias asistenciales: a) De 17 h. a 8 h. de lunes a viernes; b) de 15 h. a 8 h. los sábados, y c) de 8 h. a 8 h., los domingos y festivos. Sólo en ocasiones y en ciertos servicios se dan descansos compensatorios.- III.- En tales guardias asistenciales, los facultativos realizan consultas urgentes de su especialidad, así como las que planteen los pacientes ingresados e interconsultas con otros servicios; en ocasiones, hacen intervenciones programadas que se

han retrasado por otras urgencias. La empresa tiene contratados unos médicos “de puerta” en urgencias, que en su caso derivan a los especialistas de guardia. Estos de día están en Urgencias o atendiendo enfermos ingresados, con un buscapersonas; de noche están en sus despachos que tiene adjunta una sala con una cama.- IV.- El Jefe de Servicio distribuye las guardias, habitualmente por turnos rotatorios; la empresa admite cambios de guardia entre facultativos siempre que se cubra el servicio. Dado el número de médicos por servicio, es habitual que se superen las 80 horas.- V.- La empresa abona las guardias de presencia, según su modalidad (días laborales, sábados, o domingos-festivos) a precio fijo y cotiza por ellas como “horas extras normales”.- VI.- Se intentó, sin avenencia, la conciliación ante el SMAC.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que debo desestimar y desestimo las excepciones de falta de acción y de inadecuación de procedimiento; y estimando la demanda de Conflicto Colectivo planteado por el SINDICATO MEDICO PROFESIONAL y don J.S.R.R., en su calidad de Delegado Sindical en POVISA de tal Sindicato, contra POVISA, declaro que las guardias de presencia que vienen realizando los médicos especialistas en el Centro de POVISA, tanto en días laborales, como en sábados, domingos y festivos, tienen la naturaleza de horas extraordinarias, por lo que tienen derecho a no realizar guardias que superen las 80 horas anuales, salvo que sean compensadas por descansos en los términos legales.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de Conflicto Colectivo planteado por el Sindicato Médico Profesional y por el Delegado Sindical en POVISA, declarando que las guardias de presencia que vienen realizando los médicos especialistas en el Centro de POVISA, tanto en días laborales, como en sábados, domingos y festivos, tiene naturaleza de horas extraordinarias, por lo que tienen derecho a no realizar guardias que superen las 80 horas anuales, salvo que sean compensadas por descansos en los términos

legales. Frente a dicha resolución, la representación legal de POVISA, interpone recurso de suplicación y en los dos primeros motivos, como cuestiones de orden público que pudieran determinar la desestimación de la demanda sin entrar en la cuestión de fondo, reproduce las dos excepciones que han venido rechazadas en la sentencia de instancia, esto es la falta de acción y la inadecuación de procedimiento.

Respecto a la primera de ellas aduce la recurrente que la pretensión formulada en la demanda carece de un interés concreto, efectivo y actual, y que no precisa de una declaración general y abstracta porque dicho derecho se haya reconocido en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 12 del Convenio Colectivo de POVISA.

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 18 de julio de 2002, RJ 2002/9.341) declara, en efecto, que para el ejercicio de acciones declarativas resulta necesario que el titular acredite una lesión actual de su propio interés, lo que presupone la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden pues plantearse al Juez cuestiones futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses de la parte demandante, ni cabe solicitarle una mera opinión o consejo. De modo que solo allá donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá un correlativo derecho a obtenerla de los Jueces y Tribunales. Si concurre, habrá de admitirse la demanda y resolver el fondo de la correspondiente acción. En caso contrario, podrá estimarse la falta de acción o, como señala cualificada doctrina científica, la falta de jurisdicción entendida ésta como actividad dirigida a satisfacer pretensiones reales y no a emitir opiniones ni dictámenes.

Esta misma doctrina se contiene también en las sentencias de 27 de marzo (RJ 1992\1.881), 6 de mayo (RJ 1992\3.516) y 20 de junio de 1992 (RJ 1992\4.602), 6 de octubre de 1994, 6 de mayo de 1986 (RJ 1996\4.375), 8 de octubre de 1987 (RJ 1997\8.611) y 31 de mayo de 1999 (RJ 1999\7.157), entre otras. En todos los casos, la solución que se adopta pasa siempre por el análisis detenido del supuesto concreto planteado para determinar si realmente, como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional 71/1991 (RTC 1991\71) existe un interés directo e inmediato tutelable. Así se dice en la referida sentencia

que "... Es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. Desde esta perspectiva lo relevante es determinar si el sindicato accionante ostentaba o no un interés actual para plantear la demanda. Se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera "litis".

La petición deducida en el escrito rector tiene por objeto el reconocimiento de las guardias de presencia que vienen realizando los médicos especialistas como horas extras, a efectos de los límites máximos previstos en el artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores; dicha pretensión viene discutida y negada por la representación del Centro médico POVISA, por considerar que dichas guardias constituyen una continuación de la jornada ordinaria y siendo las guardias horas complementarias no se hayan sujetas, en ningún caso, a la limitación establecida en el precepto legal citado. Es evidente, como razona con acierto la Magistrada de instancia, que la pretensión actora tiene contenido propio y específico, y revela la existencia de un interés concreto, efectivo y actual y no simplemente declarativo. Si a ello unimos que dicho interés suscita controversia entre las partes, estamos ante una verdadera litis que justifica plenamente el ejercicio la acción entablada.

La otra cuestión procesal que plantea es la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo a la pretensión que se ejercita en la demanda, por entender que la cuestión que se suscita de que las guardias de presencia que vienen realizando los médicos de POVISA son horas extraordinarias, a efectos de las prevenciones del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, no cabe plantearla a través de un procedimiento de conflicto colectivo ya que es más propia de un conflicto de intereses y no de integración de normas jurídicas.

Según el art. 151.1, las demandas con que se inicia esta modalidad procesal serán aquellas que «afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores». O lo que es lo mismo, según recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero 2001 (RJ 2001\767), con otras que cita, las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) uno subjetivo, integrado por la referencia a un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la

mera pluralidad, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, y 2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de interés general que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general. Desde esta óptica también consideramos adecuado el procedimiento del artículo 151. 1 de la L.P.L. elegido para ventilar la cuestión suscitada.

SEGUNDO.- En cuanto a la cuestión de fondo alega la recurrente la infracción del artículo 2 de la Directiva 93/104 CE, del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación de tiempo de trabajo, alegando que las guardias son tiempo de trabajo efectivo, pero lo que no se señala es que sean tiempo de trabajo ordinario, ni mucho menos horas extraordinarias. También se invoca la infracción del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 8, 12 y 40 del Convenio Colectivo de POVISA e infracción de la Jurisprudencia relativa a la calificación de guardias médicas, a saber, SSTS (Sala de lo Social) de 14 de septiembre de 1982 (RJ 5.011), 30 de octubre de 1982 (RJ 6.291) y 14 de marzo de 1985 (RJ 1.339).

Alega la recurrente, en esencia, que las guardias efectivas o de presencia no pueden ser calificadas como horas extraordinarias, sino como tiempo complementario de la jornada normal, por lo que siendo dichas guardias horas complementarias no se hallarán sujetas, en ningún caso, a la limitación establecida en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores.

Antes de cualquier otra consideración es preciso dejar constancia de cuatro datos o circunstancias que estimamos fundamentales para la resolución de la cuestión planteada: 1) Resaltar el contenido del artículo 19 del Convenio Colectivo del centro médico POVISA en cuanto establece una jornada máxima anual de 1.741 horas de trabajo efectivo; 2) Que los médicos especialistas, a los que afecta este conflicto, realizan una jornada de 40 horas semanales y además hacen tres tipos de guardias asistenciales: a) Los médicos especialistas -a los que afecta este conflicto- realizan una jornada de 40 horas semanales. Además hacen

tres tipo de guardias asistenciales: a) De 17 h. a 8 h. de lunes a viernes; b) de 15 h. a 8 h. los sábados, y c) de 8 h. a 8 h., los domingos y festivos. Sólo en ocasiones y en ciertos servicios se dan descansos compensatorios; 3) Que la sentencia de instancia, con valor de hecho probado, declara que las guardias de presencia o asistenciales, se realizan a mayores de la jornada ordinaria de trabajo; y 4) Que por guardia de presencia o asistencial hemos de entender aquella durante las cuales el trabajador mantiene su presencia personal en el lugar de trabajo asignado para la realización de un servicio determinado e imprevisto, en este caso concreto, los facultativos realizan las consultas urgentes de su especialidad, así como las que planteen los pacientes ingresados e interconsultas con otros servicios; en ocasiones, tal como se recoge en el incombato ordinal tercero de la resolución recurrida, realizan intervenciones programadas que se ha retrasado por otras urgencias.

Sentado cuanto antecede la controversia relativa a la consideración que hayan de merecer las guardias asistenciales o de presencia que la sentencia de instancia, acogiendo la tesis de la parte demandante, califica como horas extraordinarias y la representación legal del Centro Médico que recurre la resolución de instancia, denomina como tiempo complementario de la jornada normal, ha de resolverse calificando como de trabajo efectivo el efectuado en las guardias asistenciales o de presencia realizadas por los médicos especialistas a los que afecta el presente conflicto, y en consecuencia han de computarse a los efectos de la jornada anual de trabajo efectivo y considerar como horas extraordinarias las que excedan de la jornada ordinaria normal, en consonancia con lo establecido en el artículo 2 de la Directiva 93/104 CE sobre ordenación del tiempo de trabajo, que considera como tiempo de trabajo todo el período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Por último indicar que entre los médicos especialistas afectados no se daría el supuesto que plantea la parte recurrente en el último apartado del recurso cuando señala que la decisión adoptada en la sentencia de instancia supondría que aunque algún médico no realizase la jornada máxima anual, podría negarse a la realización de guardias desde el momento en que el cómputo de estas supera-

se el de 80 horas. Y decimos que no puede darse este supuesto desde el momento en que se declara probado que las guardias de presencia o asistenciales ya se realizan a mayores de la jornada ordinaria de 40 horas semanales que aquellos efectúan.

En consecuencia, por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la EMPRESA POVISA, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Vigo, de fecha 19 de diciembre de 2002, confirmando la expresada resolución.

3607 Recurso núm. 820/03

S.S. CONCURRENCIA DOS PRESUPOSTOS CONFIGURADORES DO ACOSO MORAL A TRABALLADORES, QUE XUSTIFICAN A SÚA DEMANDA DE RESCISIÓN INDEMNIZADA DO CONTRATO DE TRABALLO.

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

A Coruña, a once de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 820/2003 interpuesto por "J.P.L., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña F.F.P. en reclamación de RESCISIÓN DE CONTRATO siendo demandado "J.P.L., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 257/2002 sentencia con fecha cinco de

diciembre 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:

“1.-La demandante doña F.F.P., mayor de edad y con D.N.I. número ..., viene prestando servicios para la empresa “J.P.L., S.L.” desde el día 1 de noviembre de 1982, con la categoría profesional de auxiliar administrativa y un salario mensual de 847,50 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. 2.- Solicita la actora la rescisión de su contrato de trabajo alejando que estuvo en situación de incapacidad temporal del 2 de enero de 2001 al 11 de enero de 2002 por depresión motivada por hostigamiento y presiones sufridos en su trabajo por parte de su jefe don J.P.L., gerente de la empresa; que reincorporada al trabajo, otra persona realiza las funciones administrativas que ella hacía antes de la baja y a ella se la destina al almacén a confeccionar un inventario aislándola de sus compañeros y en condiciones de baja temperatura; que el gerente le ordenó conducir un vehículo industrial de la empresa para ir a cobrar facturas obligándola a dar explicaciones sobre su situación psíquica para justificar que no podía conducir dicho vehículo sufriendo por ello humillaciones e insultos por parte del referido gerente; que el 23 de enero de este año inició nueva situación de incapacidad temporal por el mismo problema de depresión y que, dada de alta el 15 de julio, ese mismo día acudió a la empresa y se la mantuvo toda la jornada, de 0 a 13,30 y de 16,30 a 20 horas, sentada en la oficina sin hacer nada; que al día siguiente el gerente le entregó un bolígrafo, una libreta y una calculadora y la volvió a mandar al almacén a contar existencias, trabajo que considera ella que es innecesario, con obligación semanal de entregar la libreta y que, aunque decía que había terminado, el jefe le ordenaba seguir contando existencias y la volvía a enviar al almacén; que luego le mandó ir a cobrar facturas muy atrasadas, se enfadaba cuando volvía sin cobrarlas y la insultaba; que sólo estuvo dos semanas en la oficina para ayudar teóricamente a la trabajadora que hacía su trabajo y que había sido objeto de constantes recriminaciones por parte del referido gerente sobre lo mal que hacía su trabajo; que dicho gerente no deja que otras compañeros de trabajo hablen con ella y si va al baño o se para a hablar con algún cliente o compañero de trabajo el gerente le llama la

atención levantándole la voz; y que el 17 de octubre inició nueva incapacidad temporal por accidente laboral. 3.- La demandante, que sigue tratamiento por trastorno ansioso-depresivo desde junio de 1998, permaneció en situación de incapacidad temporal del 2 de enero de 2001 al 11 de enero de 2002 por depresión que manifestó relacionada con problemas en su trabajo, siguiendo tratamiento antidepresivo y ansiolítico y con técnicas de relajación. De nuevo permaneció en dicha situación derivada de enfermedad común del 23 de enero al 15 de julio de este año con diagnóstico de trastorno adaptación adaptativo con sintomatología depresiva. Y permanece de nuevo en dicha situación derivada de accidente laboral por caída por resbalón desde el 24 de octubre (el accidente se produjo el día 23). 4.- Tras la baja de la actora en enero de 2001, la empresa contrató a otra trabajadora para realizar las funciones administrativas que aquélla llevaba a cabo antes de su baja laboral: hacer albaranes, atender clientes, hacer facturas, etc en una oficina cerrada de la empresa. Reincorporada la demandante, del 11 al 23 de enero de este año, el gerente le encargó que realizase un inventario de existencias en el almacén, situado en una nave donde hacía frío y debía usar ropa de abrigo, almacén donde trabajaban otro operario, el gerente de la empresa e incluso lo hizo el letrado de la misma, si bien no permanecen durante toda la jornada en el almacén y están en una parte del mismo separados de la actora, que estaba sola; la actora ya había realizado antes ese trabajo, acompañada de otra trabajadora de la empresa, hace unos años cuando se adquirieron ordenadores, pero luego nadie volvió a hacerlo. Asimismo, un día de ese período del 11 al 23 de enero, el jefe le encargó que cogiese la furgoneta de la empresa y fuese a cobrar unas facturas, trabajo que la demandante ya había realizado antes, si bien con un vehículo más pequeño, y la trabajadora se negó alegando que no podía realizarlo por el tratamiento médico que seguía. Durante dicho período no realizó trabajos de oficina y, preguntado el gerente por la Inspección de Trabajo el día 21 de enero para que indicase cuáles iban a ser las condiciones de reincorporación de la trabajadora, el gerente manifestó al Inspector que “ya buscarían algo” cuando terminase de realizar el inventario en el almacén, siendo la empresa requerida por la Inspección para que readmitiese a la trabajadora en el puesto de trabajo de administrativa realizando labores propias de su categoría. 5.- Reincorporada la

actora de nuevo el día 15 de julio, el gerente la volvió a enviar al almacén a contar existencias, para lo que le hizo entrega de una libreta, una calculadora y un bolígrafo, permaneciendo en dicho almacén todo el tiempo hasta su baja el 24 de octubre salvo 15 días que estuvo en las oficinas porque estaba de vacaciones la trabajadora que la empresa contrató para sustituirla cuando la demandante estuvo de baja durante un año y unos días que fue enviada a cobrar facturas y a entregar cajas de vino a clientes. La empresa hace unos 4 años que tiene ordenadores donde se registran todas las entradas y salidas de mercancías mediante los albaranes de recepción y salida, si bien hace años que hay algunas existencias muy atrasadas que no se incluyeron en el ordenador a pesar de que la actora y otra trabajadora ya hicieron entonces un recuento de existencias salvo algunas de difícil control para las que se precisa ayuda que no se dio a la actora cuando en julio se la envió de nuevo a contar dichas existencias. 6.- Las facturas que debía ir a cobrar eran muy atrasadas y de 7 u 8 que se le encargaron sólo pudo cobrar una. Y en dicho período, del 15 de julio al 24 de octubre, fue unos días a entregar a clientes cajas de vino de 3 botellas cada caja, trabajo que antes nunca había realizado. 7.- La Inspección de Trabajo visitó de nuevo la empresa los días 9 de octubre y 7 de noviembre constatando que la trabajadora permanecía toda la jornada en el almacén y sin que se le facilitase medios para acceder al recuento de determinadas existencias. 8.- El gerente de la empresa es persona de fuerte carácter que levante voz con frecuencia y llama la atención frecuentemente a sus empleados y les grita. 9.- Otra empleada de la empresa que trabajaba en oficinas, donde hay dos empleadas fijas y otra que va unas horas por las tardes, se fue de la misma hace un tiempo tras una bronca que le echó el gerente. 10.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 12 de marzo, la misma tuvo lugar el día 3 de abril con el resultado de sin efecto”.

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

“**FALLO:** Que estimando la demanda interpuesta por doña F.F.P., debo declarar y declaro rescindida en la fecha de la presente resolución la relación laboral que la une con la empresa “J.P.L., S.L.”, a la que condeno a que le abone a la referida actora una indemnización de 25.530,94 euros”.

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.- 1.- En las presentes actuaciones la actora solicita la extinción –indemnizada– de su contrato de trabajo, alegando incumplimientos empresariales constitutivos de acoso moral. Y la sentencia de instancia accede a rescindir el contrato, en base a los hechos que se dirán y por considerar que los mismos tienen adecuado encaje en el art. 50.1.c ET, siquiera no se haga constar la voluntad o intención empresarial en tales incumplimientos contractuales y tampoco se califique expresamente la conducta como el pretendido acoso moral o como simple ejercicio desviado de las facultades directivas.

2.- El inmodificado relato de los HDP –que el recurso no discute formalmente, aunque haga diversas alegaciones fácticas que la Sala no considera necesario refutar– nos sitúa ante el siguiente supuesto: (a) la actora ha venido prestando servicios para la demandada desde el 01.11.82, como Auxiliar administrativa; (b) permanece en situación de IT en el periodo 02.01.01 al 11.01.02, por depresión que ella imputa a hostigamiento del Gerente y que el Magistrado no declara probado; (c) para suplir de la baja de la demandante, se contrata a otra trabajadora, que pasa a realizar los cometidos hasta entonces desempeñados por aquella: «hacer albaranes, atender clientes, hacer facturas, etc, en una oficina cerrada de la empresa»; (d) tras su reincorporación se le encarga el recuento de material que en razón a su dificultad había quedado por inventariar años por la accionante y otra trabajadora, y que una sola persona –con libreta, calculadora y bolígrafo– no puede llevar a cabo; (e) en el almacén la actora estaba aislada, si bien en él permanecían parte de la jornada el Gerente y otro operario, y el frío del local le obligaba a utilizar ropa de abrigo; (f) en 23.01.02 inicia nueva IT, con el mismo diagnóstico de depresión, de la que es dada de alta el 15.07; (g) nuevamente reincorporada, se la envía una vez más al almacén –con la libreta, calculadora y bolígrafo– para que rinda cuenta semanal del inventario, y allí se le mantuvo hasta la última baja en 24.10, con excepción de quince días que substituyó en las oficinas a la trabajadora inicialmente contratada para sustituirla a

ella, nueva misión para el cobro de facturas muy atrasadas (de siete u ocho sólo pudo cobrar una) y unos días en que le fue encargado repartir cajas de vino –tres o cuatro botellas por caja– entre los clientes.

3.- Igualmente ha de destacarse que inicialmente el Juzgado de instancia –sentencia de 25.05.02– había desestimado la demanda; que esta Sala –sentencia de 12.09.02– procedió a anular las actuaciones por no haberse citado al Ministerio Fiscal; y que se celebró el nuevo juicio en fecha 22.11.02, con el resultado –ya diverso– de estimarse la demanda el 05.12.02. Datos ciertamente significativos en orden a calificar la conducta empresarial, como argumentaremos.

SEGUNDO.- 1.- No se nos ofrece duda alguna que en el anterior fundamento se ha descrito un incumplimiento empresarial que por su reiteración en el tiempo y entidad de los derechos laborales conculcados, reviste la gravedad que exigen el art. 50.1.c ET y la doctrina jurisprudencial interpretativa para que el contrato de trabajo sea extinguido por voluntad del trabajador.

En palabras de la STS 03.04.97 Ar. 3.047, la acción resolutoria concedida al trabajador por el art. 50 ET constituye transcripción laboral de la facultad establecida por el art. 1.124 CC y «tiende a evitar que un incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo al empleador, sitúe a aquél [el trabajador] en una posición forzada de dimisión, sin recibir la indemnización correspondiente al despido. Es por ello, que el “incumplimiento contractual del empresario” constituye causa de extinción del contrato –artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores– y que dicho incumplimiento [...], constituye justa causa “para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato”, en virtud de las causas enumeradas en los tres apartados del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores, con carácter del número “apertus”, en cuanto la individualizada con la letra c) se refiere a “cualquier otro incumplimiento grave ... por parte del empresario” [...] Ni el artículo 50 del ET, ni el artículo 1.124 CC señalan qué caracteres ha de reunir el incumplimiento a afectos de procedencia de la resolución del contrato, pero la jurisprudencia recaída en el ámbito de ambos órdenes jurisdiccionales, ha declarado que el incumplimiento determinante de la resolución ha de ser grave, es decir, hacer referencia a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole

que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión e insta la resolución (SSTS Sala 1.^a de 7 de marzo de 1983 [Ar. 1.426], 24 de julio de 1989 [Ar. 5.777] y 21 de septiembre de 1990 [Ar. 6.899]; SSTS Sala 4.^a de 7 de julio de 1983 [Ar. 3.730], 15 de marzo de 1990 [Ar. 3.087], y 8 de febrero de 1993 [Ar. 749]) y también voluntario, entendiéndose por tal, no sólo una conducta reveladora de un incumplimiento deliberado, pertinaz y definitivo de la obligación que patentice la existencia de una voluntad obstativa al incumplimiento, sino también una voluntad rebelde al incumplimiento manifestado en la prolongada actividad o pasividad del deudor (SSTS Sala 1.^a de 24 de julio de 1989 y 4 de abril de 1990 [Ar. 2.694] y 14 de junio y 7 de julio de 1988 [Ar. 4.877 y Ar. 5.580]; SSTS Sala 4.^a de 15 de noviembre de 1986 [Ar. 6.350], 15 de enero de 1987 [Ar. 38], y 11 de abril de 1988 [Ar. 2.944]).

2.- Y tales caracteres (afectación de la esencia del contrato y voluntad incumplidora persistente) creemos no cabe negar cuando a una Auxiliar administrativa se le encomiendan funciones de inventario «inútiles» (expresión que utiliza la Inspección de Trabajo y que hace suya la sentencia recurrida), otras de cobro inviable o incluso de inadecuado –para su categoría profesional– porteo de obsequios a clientes, sin llegar a realizar –durante meses– los cometidos objeto de contrato y que son propios de su formación profesional («hacer albaranes, atender clientes, hacer facturas, etc, en una oficina cerrada de la empresa», tal como quedó indicado más arriba). Con tal proceder, el empresario desconoce –cuando menos– los derechos de la trabajadora a la ocupación efectiva y a su formación profesional (art. 4.2 ET), que obviamente lamina con su falta de ejercicio.

3.- Pero de todas formas creemos que la conclusión bien puede ir más allá, y calificar el supuesto más específicamente como ejemplo de acoso moral, porque –como señalábamos en la precedente sentencia anulatoria, que el planteamiento del debate impone recordar– por éste ha de entenderse la conducta abusiva que se ejerce de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionan su dignidad o integridad psíquica y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento

que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciéndole ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicosomáticas, y determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultarle insostenible la presión a que se encuentra sometido. Y que en todo caso es contrario al principio de igualdad de trato, tal como se define en los arts. 3, 4 y 5 de la Directiva Comunitaria 76/207, de 9 de febrero, vulnera el derecho a la integridad moral y la interdicción de tratos inhumanos o degradantes que consagra el art.15 CE, y –en el ámbito normativo laboral– desconoce el derecho que a todo trabajador reconoce el art. 4.2.e) ET, para que se le respeten su intimidad y la consideración debida a su dignidad.

Porque si bien no está acreditado hostigamiento alguno determinante de la primera baja por depresión, puesto que el Magistrado no lo declara probado, y hasta la fecha de la primera sentencia –25.05.02– bien pudiera pensarse en el ejercicio simplemente arbitrario de facultades directivas, la persistencia en tales actitudes tras esa primera sentencia desestimatoria –que la parte demandada debió haber entendido, erróneamente, que le proporcionaba una cierta impunidad– cambia el signo cualitativo del incumplimiento empresarial y lo sitúa ya en el marco de verdadero hostigamiento a la dignidad e integridad de la trabajadora en que el mobbing consiste, siendo así que se mantiene hasta el 24 de octubre a la trabajadora completamente aislada en el almacén y con el mismo trabajo innecesario, o se le encomiendan misiones completamente alejadas de su cometido, y ello precisamente cuando el empleador tiene ya pleno conocimiento del trastorno ansioso-depresivo que aquella padecía y que el mismo traía causa –precisamente– en sus problemas laborales, en términos tales que la persistencia en la arbitrariedad no puede sino calificarse de trato que lesiona la dignidad de la trabajadora, que afecta su ya deteriorada integridad psíquica y que degrada sus condiciones de trabajo. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por “J.P.L., S.L.”, confirmamos la sentencia que con fecha 05.12.02 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Vigo, a instancia de doña F.F.P. y por la que se acogió la demanda formulada.

3608 Recurso núm. 1.681/03

S.S. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. TEMPO DE PRESENCIA NOS TRANSPORTES. DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DO NÚMERO MÁXIMO DE HORAS DE PRESENCIA E RETRIBUCIÓN NON INFERIOR Á HORA ORDINARIA. DESESTIMACIÓN DO RECURSO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a doce de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.681/03, interpuesto por el Letrado don A.X.R.F., en nombre y representación de don J.M.P.S., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 693/02 se presentó demanda por don J.M.P.S., en su calidad de Secretario Nacional de la Federación de Transporte y Comunicaciones de la Central Sindical “Confederación Intersindical Galega (C.I.G.)”, sobre IMPUGNACIÓN de CONVENIO COLECTIVO, frente a la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO DE VIAJEROS DE LUGO, a la “UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (U.G.T. de GALICIA)” y a la Central Sindical “COMISIONES OBRERAS (CC.OO.)”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de noviembre 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 persona que encabeza la demanda, don J.M.P.S., D.N.I. ..., es Secretario Nacional de la Federación de Transporte y Comunicaciones de la “Confederación Intersindical Galega”, representación que acredita a medio del poder otorgado ante el Notario de Vigo, don S.B.P., de fecha 30

de novembro de 2001, con el número 4.471 de su protocolo. “Confederación Intersindical Galega” ostenta la condición de más representativo. SEGUNDO.- El día 20 de agosto de 2001 se firmó el Convenio Colectivo para el Sector del Transporte de Viajeros por carretera de la provincia de Lugo por la Asociación Provincial de Servicios de Transporte Público de Viajeros de Lugo y por la Central Sindical U.G.T. El Convenio fue publicado en el Boletín oficial de la Provincia del día 25 de septiembre de 2002. En el texto del Convenio se incluyen los artículos 10.1, b) y 32 referidos al tiempo y al plus de presencia. Los citados artículos dicen expresamente: “Será tempo de presencia aquel período de xornada no que o traballador, aínda que non preste traballo efectivo, se atope a disposición da empresa, tanto nos locais como no vehículo. Terán a consideración de tempo de presencia as gardas, reténs, expectativas, avarías (sempre que non participe de forma efectiva e material), esperas, comidas en ruta e outras similares nas que o/a traballador/ra, aínda que non preste traballo efectivo, se atope a disposición da empresa. O tempo de presencia non excederá de 40 horas bisemanais. As horas de presencia non se imputarán a efectos de horas extraordinarias, sen perxuício de que a súa remuneración sexa de igual contía que as horas ordinarias. Poderán nembargantes, computarse a efectos de xornada cando se realicen menos horas de traballo efectivo que as legalmente autorizadas, neste caso poderán ser computadas a efectos de completa-la xornada. Artigo 32: Plus de presencia. Dificultade de determinar-las horas de presencia, no caso individual, as partes acordan un pago global das mesmas de 11.500 pts. mensuais para o ano 2001 e de 72'12 euros para o ano 2002, sempre e cando, sumando as horas efectivas, tempo de presencia a tempo de espera, rebase a xornada laboral establecida, coa realización de horas de presencia e de espera, entendendo que ó rebase-la xornada laboral con horas efectivas dará lugar ó pago das correspondentes horas estruturais ou extraordinarias. Este plus non se abonará durante as vacacións e durante os períodos de baixa por enfermidade ou accidente, a excepción dos casos nos que a baixa sexa a consecuencia de accidente producido durante o tempo de traballo efectivo, presencia ou espera”. TERCERO.- El día 1 de marzo de 2002 se celebró una reunión de la Ejecutiva Comarcal del Sindicato demandante en la que se adoptó el siguiente acuerdo: “En Lugo, sendo as 20h. do día 1 de marzo de 2002,

reunida a Ejecutiva comarcal da Federación de Transporte da Central Sindical Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), coa asistencia dos seus componentes: X.A.D.P., V.P.F., X.C.M., M^a.X.S.M. e X.X.L.V., sendo o único punto da orde do día a Impugnación do Convenio Colectivo de Transporte de Viaxeiros en Lugo, acordan por unanimidade emprender os trámites oportunos a fin de interpoñer a correspondente demanda ante o Xulgado do Social de Lugo, facultando a don J.M.P.S. á interposición da mesma, así como aos trámites oportunos relacionados coa mesma. E non tendo máis asuntos a tratar, érgue-se a sesión as 20,30 h.”. CUARTO.- el Sindicato demandante participó en la negociación del Convenio que ahora se impugna pero no lo firmó”.

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 J.M.P.S., Secretario Nacional de la Federación de Transportes y Comunicaciones de la Central Sindical “CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.)”, contra la ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO DE VIAJEROS DE LUGO, la Central Sindical “UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (U.G.T. DE GALICIA)”, la Central Sindical COMISIONES OBRERAS (CC.OO.)” y el MINISTERIO FISCAL, debiendo absolver a los demandantes de las peticiones contra ellos dirigidos en la demanda. Notifíquese... etc.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La representación del Sindicato “CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.)” formuló demanda sobre Impugnación de Convenio Colectivo por entender que los artículos 10.1.b) y 32 del Convenio Colectivo para el sector del Transporte de Viajeros por Carretera de la Provincia de Lugo, suscrito el 20 de agosto de 2001, son ilegales por vulnerar los artículos 8 y 10 del Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo. La sentencia de instancia, rechaza la pretensión del Sindicato demandante y desestima la demanda, y dicha resolución se impugna

por la representación procesal del Sindicato C.I.G., que sin cuestionar la declaración de hechos probados, formula un único motivo de Suplicación por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, dedicado al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida, señalando que la resolución que se impugna infringe los artículos 8 y 10 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo, así como el artículo 8 del Reglamento (C.E.E.) 3.820/1985, añadiendo que los artículos 10.1.b) y 32 del Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera de la Provincia de Lugo, infringe lo dispuesto en los citados preceptos, ya que su aplicación afecta a los siguientes extremos: a).- a los descansos entre jornadas, por tener que realizarse horas de presencia excesivas; b).- al descanso semanal, dado que al prolongarse la jornada resulta imposible disfrutar del descanso ininterrumpido de día y medio; y, c).- a la retribución de las horas ordinarias, ya que las horas de presencia se retribuyen con la cuantía mensual de 11.500 pesetas/mes para el año 2001 y 72,12 euros/mes para el año 2002, para un total de 80 horas al mes, entendiendo el Sindicato recurrente que por tales razones el Convenio Colectivo es abusivo, fraudulento y contrario a la legislación jerárquicamente superior.

SEGUNDO.- Para dar una adecuada respuesta a las cuestiones que plantea el recurso, debe procederse, en primer lugar, a un examen comparativo confrontando los artículos del Convenio que el Sindicato recurrente considera ilegales, con aquellos otros de la normativa jerárquicamente superior que se considera vulnerada.

El artículo 10.1.b) del Convenio Colectivo dispone: “*Será tempo de presenza aquel período de xornada no que o traballador, aínda que non preste traballo efectivo, se atope a disposición da empresa, tanto nos locais como no vehículo. Terán a consideración de tempo de presenza as gardas, reténs, espectativas, avarías (sempre que non participe de forma efectiva e material), esperas, comidas en ruta e outras similares nas que o/a traballador/ra, aínda que non preste traballo efectivo, se atope a disposición da empresa. O tempo de presenza non excederá de 40 horas bisemanaís*”. *As horas de presenza non se computarán a efectos de horas extraordinarias, sen perjuicio de que a súa remuneración sexa de igual contía que as horas ordinarias. Poderán*

nembargantes, computarse a efectos de xornada cando se realicen menos horas de traballo efectivo que as legalmente autorizadas, neste caso poderán ser computadas a efectos de completa-la xornada.

Y en el artículo 32 del Convenio Colectivo de referencia, donde se regula el “Plus de presencia”, se dispone: “*Dada a dificultade de determinar-las horas de presenza, no caso individual, as partes acordan un pago global das mesmas de 11.500 pesetas mensuais para o ano 2001 e de 72,12 euros para o ano 2002, sempre e cando, sumando as horas efectivas, tempo de presenza e tempo de espera, rebasa a xornada laboral establecida, coa realización de horas de presenza e de espera, entendendo que ó rebasa-la xornada laboral con horas efectivas dará lugar ó pago das correspondentes horas estruturais ou extraordinarias. Este plus non se aboará durante as vacacións e durante os períodos de baixa por enfermidade ou accidente, a excepción dos casos nos que a baixa sexa a consecuencia de accidente producido durante o tempo de traballo efectivo, presenza ou espera*”.

Por otro lado, la normativa que el Sindicato recurrente considera vulnerada, el Real Decreto 1.561/1995, de 21 de septiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo, establece en su artículo 8: “*Tiempo de traballo efectivo y tempo de presenza. 1.- Para el cómputo de la jornada en los diferentes sectores del transporte y en el traballo en el mar se distinguirá entre tempo de traballo efectivo y tempo de presenza. Se Considerará en todo caso tempo de traballo efectivo aquel en el que el traballador se encuentre a disposición del empresario y en el exercicio de su actividad, realizando las funciones propias de la conducción del vehículo o medio de transporte y otros traballo durante el tempo de circulación de los mismos, o traballo auxiliares que se efectúen en relación con el vehículo o medio de transporte, sus pasajeros o su carga. Se considerará tempo de presenza aquel en el que el traballador se encuentre a disposición del empresario sin prestar traballo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares. En los convenios colectivos se determinarán en cada caso los supuestos concretos conceptuales como tempo de presenza.*

2.- Serán de aplicación al tempo de traballo efectivo la duración máxima de la jornada ordinaria de traballo prevista en el artículo 34 del Estatuto de los Traballadores y los

límites establecidos para las horas extraordinarias en su artículo 35. Los trabajadores no podrán realizar una jornada diaria total superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias.

3.- Los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes y se distribuirán con arreglo a los criterios que se pacten colectivamente y respetando los períodos de descanso entre jornadas y semanal propios de cada actividad.

Las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, se abonarán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias."

Y el artículo 10 del mismo Real Decreto, que también se denuncia como infringido, extiende la aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 que se deja transcrito, a los conductores, ayudantes, colaboradores y demás personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el transporte.

TERCERO.- A la vista de la normativa que se deja expuesta, el recurso no prospera. La regulación contenida en los artículos 10.1.b) y 32 del Convenio Colectivo que se impugna, no se refiere al descanso entre jornadas, ni al descanso semanal (que son las dos primeras cuestiones que se plantean en el recurso), estas dos cuestiones tienen su regulación específica en los artículos 9 y 11 del Convenio Colectivo que se impugna, y no fueron objeto de controversia en la instancia, y no lo podían ser porque en la demanda rectora del presente procedimiento, únicamente se impugnan por ilegales los artículos 10.1.b) y 32 del Convenio. En cualquier caso cabe señalar que los artículos 9 y 11 del mencionado Convenio Colectivo, contienen una regulación referida a la jornada y a los descansos entre jornadas, exactamente igual a la prevista en el Real Decreto sobre Jornadas Especiales, de ahí la inexistencia de contradicción alguna entre el Convenio y la normativa que se considera infringida.

CUARTO.- Centrándonos en la cuestión que constituye el núcleo de la pretensión actora, en los términos en que se halla planteada en la demanda, referida a la duración y retribución de las horas de presencia, cabe

concluir que los artículos 10.1.b) y 32 no vulneran ninguna normativa jerárquicamente superior. Por lo que se refiere a la duración, el Convenio señala que "*el tiempo de presencia no excederá de 40 horas bisemanales*", y en el artículo 8.3 del Real Decreto 1.561/1995, se señala que los tiempos de presencia no podrán exceder en ningún caso de 20 horas semanales de promedio, consecuentemente, el Convenio Colectivo que se impugna regula la duración de las horas de presencia respetando la normativa indicada, siendo indiferente a estos efectos, que el cómputo de las mencionadas horas se efectúe en relación a un período temporal de referencia distinto, por cuanto, lo esencial es que el promedio semanal no supere las 20 horas.

Y respecto de la retribución del tiempo de presencia, el Convenio que se impugna sigue la regla general de equiparar económicamente las horas de presencia a las horas ordinarias, así se establece en el artículo 10.1.b), y así se prevé también en el último párrafo del artículo 8.3 del Real Decreto sobre Jornadas Especiales de Trabajo, en el que se señala que las horas de presencia se abonarán con un salario de cuantía no inferior a las horas ordinarias. Ahora bien, el Convenio contiene un artículo, el 32, que en algunos casos puede dar lugar a una remuneración de la hora de presencia en cuantía inferior al salario de una ordinaria, y puede haber otros casos, en que la cuantía sea superior. Las partes negociadoras del Convenio, ante la dificultad de determinar las horas de presencia, en caso individual, alcanzaron el acuerdo de fijar un pago global del tiempo de presencia, en cuantía de 72.12 euros mensuales para el año 2002, siempre y cuando, sumando las horas efectivas, el tiempo de presencia y el tiempo de espera, se rebase la jornada laboral establecida, plus que no se abona ni en el mes de vacaciones, ni en los períodos de baja por enfermedad, salvo la baja derivada de accidente producido en tiempo de trabajo, presencia o espera. A juicio del Sindicato recurrente, este sistema de retribución del tiempo de presencia supone una notable reducción de su retribución, señalando que de este modo se retribuyen menos horas de presencia de las que realmente se hacen, considerando que esa abono global de 72.12 euros mensuales contraviene la legalidad por vulnerar el artículo 8.3 del R.D. 1.561/1995, por cuanto de este modo, no se abonan las horas efectivamente realizadas, sino el plus pactado. La retribución con-

tenida en el Convenio, los 72,12 euros/mes retribuyen una media de 13,23 horas de presencia, de modo que, como más arriba se dijo, puede ocurrir que esa cuantía retributiva sea más beneficiosa para los trabajadores, si se realizan menos horas de las citadas, o, por el contrario, resultará perjudicial, en aquellos supuestos en que se realicen mayor número de horas de las indicadas, pero la justificación de este sistema retributivo se encuentra en el propio artículo 32 del Convenio, y radica en la dificultad de determinar las horas de presencia, en el caso individual, razón por la cual las partes negociadoras estipularon un pago global.

En relación con esta cuestión retributiva, debe señalarse que –como bien se afirma en la sentencia recurrida–, la determinación de si la retribución de un tanto alzado mensual es o no ilegal, conllevaría la nulidad del Convenio en su totalidad y no sólo del artículo 32 citado, así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3.783) en la que se establece que “... el Real Decreto 1.561/1995, como expone su preámbulo da cumplimiento al núm. 7 del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997) que como es sabido regula la jornada laboral y los tiempos de descanso, y en este sentido, es claro que la regulación de la retribución de las horas de espera que lleva a cabo el último inciso del art. 8 de dicho Decreto no es propiamente un desarrollo del citado art. 34 del Estatuto y, por ello, el posible carácter necesario de dicha norma es indirecto y accesorio. Por otra parte, el Convenio Colectivo constituye una unidad indivisible que se consagra en su cláusula novena adicional al decir: ‘El conjunto de derechos y obligaciones pactado de acuerdo con las cláusulas de este Convenio constituye un todo indivisible y, por consiguiente si los organismos competentes dejasen sin efecto parte o alguno de sus artículos, disposiciones o anexos, el Convenio quedará invalidado en su totalidad’; y así la apreciación conjunta de las normas de los Convenios Colectivos, el carácter preeminente que en la regulación de las relaciones de trabajo adquiere la negociación colectiva, consagrada constitucionalmente (RCL 1978\2.836; ApNDL 2.875) –art. 37– ha llevado a esta Sala a establecer que no quebranta las normas estatales que fijan mínimos retributivos a determinados conceptos salariales, los convenios colectivos que en el conjunto de las retribuciones pactadas exceden estos mínimos, aunque en algún concepto determinado no

lleguen a cubrirlos, así la sentencia de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995\1.259) y otras que siguen la misma doctrina, pues compete a la negociación colectiva pactar las subidas salariales del Convenio en aquellos conceptos de la estructura salarial que estimen más conveniente, siempre que el conjunto de lo percibido por cada trabajador exceda de la suma de los mínimos legales establecidos”. Y dicha doctrina jurisprudencial resulta de aplicación al supuesto enjuiciado, por cuanto se refiere a la interpretación de la normativa jurídica que se denuncia infringe en el recurso.

Además, al igual que se declara en dicha Sentencia del Alto Tribunal, el artículo 6º del Convenio, bajo el epígrafe de “Vinculación a totalidad”, también se refiere a la globalidad de todas las condiciones pactadas en el Convenio, de modo que la nulidad de alguna, afectaría a su totalidad, quedando sin eficacia práctica.

Señalar, finalmente, que la fórmula de retribución global en los términos fijados en el artículo 32 del Convenio impugnado, es la seguida en convenios anteriores de la misma provincia, según se desprende de la documental aportada por la Asociación de Transportes codemandada, y también es el mismo sistema que se contempla en Convenios de otras Provincias de esta misma Comunidad Autónoma, negociados y suscritos por el Sindicato recurrente.

Lo razonado en los fundamentos precedentes evidencia que la sentencia de instancia aplicó e interpretó correctamente la normativa jurídica y jurisprudencia, por lo que el recurso del Sindicato C.I.G. debe ser desestimado, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. Por todo ello:

Fallamos

Que debemos desestimar el recurso Suplicación interpuesto por la representación procesal del Sindicato CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, contra la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2002, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo, en los presentes autos 693/02, seguidos a instancia del Sindicato recurrente, frente a la Asociación Provincial de Servicios de Transporte Público de Viajeros de Lugo, los Sindicatos Unión General de Trabajadores (U.G.T.) y Comisión Obreras (C.C.OO.) y frente al Ministerio Fiscal, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3609 Recurso núm. 1.007/03

S.S. EXISTENCIA DE CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO EXERCITADA, DADA A IMPOSIBILIDADE DE APLICACIÓN DAS REGRAS ESPECÍFICAS DE CÓMPUTO DO PRAZO RELATIVAS ÓS TRABALADORES FIXOS-DISCONTINUOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a dieciséis de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.007-2003, interpuesto por doña M.T.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 819-2002 se presentó demanda por doña M.T.C. en reclamación de Despido siendo demandado la empresa "G.P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 11 de diciembre 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 demandante doña M.T.C., mayor de edad y con D.N.I. número ..., viene prestando servicios para la empresa "G.P., S.A.", dedicada a la actividad de servicios deportivos, con la categoría profesional de monitora.- Segundo.- La actora suscribió contrato eventual por circunstancias de la producción en fecha 06.10.00 con duración hasta el 31.05.01 para dar clases de aeróbic durante el curso escolar. Con fecha 01.12.00 se modificó de mutuo acuerdo dicho contrato en el sentido de pasar a trabajar 15 horas y 30 minutos a partir del 01.12.00 repartidas en dos centros de trabajo. Con fecha 01.10.01 se firma nuevo contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial como monitora de natación, con una jornada de 19 horas

y 30 minutos a la semana en jornada de mañana y/o tarde según se especifica en el contrato y que aquí se da por reproducida, siendo el objeto del contrato dar clases de natación durante el curso escolar. La duración establecida fue de 30.06.02. Dicho contrato se modificó el 01.06.02, pasando su jornada a ser de 21 horas y 30 minutos.- Tercero.- La extinción de ambos contratos fue notificada a la actora, y se le abonó el correspondiente finiquito e indemnización por cese. En concreto con fecha 14.06.02 se le notificó la extinción del último contrato celebrado.- Cuarto.- Presentada ejecución de conciliación ante el S.M.A.C. el día 16.10.02, la misma tuvo lugar en fecha 31.10.02 con el resultado de sin efecto, presentando demanda la actora el día 07.11.02.- Quinto.- El salario mensual prorrateado de la actora asciende a 605,06 euros, habiendo percibido bajo el concepto de dietas las siguientes cantidades, que en realidad corresponden a clases impartidas fuera de su jornada: 215,61 euros en enero, 220,40 euros febrero, 105,07 euros marzo, 257,15 euros abril, 102,77 euros mayo y 138,25 euros en junio."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de caducidad alegada por la empresa demandada, se desestima la demanda interpuesta por doña M.T.C. contra la empresa "G.P., S.A.", a la que absuelve 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

ÚNICO.- La sentencia de instancia acoge la excepción de caducidad de la acción de despido, alegada por la empresa demandada, a la que absuelve de las pretensiones en su contra deducidas. Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la demandante, quien a través de un solo motivo formulado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L., denuncia la infracción, por aplicación indebida de los dispuesto en los artículos 59.3, en relación con el 12.3, ambos del Estatuto de los Trabajadores, alegando que la resolución recurrida desconoce la condición en que la demandante venía prestando sus servicios, pues aunque fue contratada bajo la modalidad contractual "eventual por circuns-

tancias de la producción" (acumulación de tareas), en realidad venía desempeñando una prestación de trabajo de carácter fijo discontinuo, ya que los contratos de la actora se vinculan a dar clases de natación durante el curso escolar, y si la actora fue contratada durante dos cursos escolares para realizar las mismas funciones de monitora de natación a los grupos de los colegios que realiza el personal contratado como fijo discontinuo, ostenta el derecho a su incorporación y nueva contratación al iniciarse nuevamente el curso escolar. Y al no ser contratada en el mes de octubre interpone demanda de despido, cuyo plazo de caducidad no podrá contarse desde el anterior cese en el mes de junio, sino desde que conoce el hecho de que se prescinde de sus servicios al inicio de la actividad.

Lo que se pide en el recurso de suplicación formulado es que se desestime la excepción de caducidad de la acción de despido, acogida en la sentencia de instancia, y con estimación de la demanda se declare la improcedencia del despido de que fue objeto la actora por su falta de llamamiento al iniciarse la actividad para la que había sido contratada, condenando a la demandada a que proceda a su readmisión o abono de la correspondiente indemnización legal. Lo primero que cabe significar es el incorrecto planteamiento del recurso de suplicación formulado, pues a la vista de lo decidido en la instancia lo correcto hubiera sido combatir la excepción acogida en la sentencia y, al amparo del apartado a), en lugar del c), pedir que se desestimase la excepción de caducidad de la acción y, en consecuencia, se declarase la nulidad de la resolución recurrida devolviendo los autos al Juzgado de procedencia para que entrase a conocer sobre la cuestión de fondo. En cualquier caso, en aras de la tutela judicial efectiva, la Sala debe examinar si, atendiendo a las características de la contratación estamos ante una trabajadora de carácter fija discontinua, en cuyo caso se devolverían las actuaciones al Juzgado de procedencia para que resolviese la cuestión de fondo.

La demandante suscribió un contrato eventual por circunstancias de la producción en fecha 06.10.00 con duración hasta el 31.05.01 para dar clases de aeróbic durante el curso escolar. Dicho contrato se modifica de mutuo acuerdo el día 01.12.00, para pasar a trabajar 15 horas y 30 minutos repartidas en dos centros de trabajo (piscina municipal de B., 5 horas semanales y el resto en la piscina municipal de T.). Con fecha 01.10.01 se firma

nuevo contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción a tiempo parcial, como monitora de natación, con una jornada de 19 horas y 30 minutos a la semana en jornada de mañana y/o tarde, según se especifica en el contrato. La duración establecida fue la de 30.06.02. Dicho contrato se modificó el 01.06.02, pasando a ser una jornada de 21 horas y 30 minutos en la piscina municipal de Traviesas. A la finalización de dicho contrato la actora cesó en la actividad percibiendo su liquidación en la que se incluía el percibo de la indemnización por finalización de contrato. Al no ser llamada al inicio del curso escolar 2002-03 para reanudar sus actividades en las piscinas municipales planteó la correspondiente demanda por despido.

La empresa demandada "G.P., S.A.", se dedica a servicios deportivos con carácter general y la sentencia de instancia ha declarado, con valor de hecho probado, que la prestación de servicios depende de los conciertos que con los colegios se realicen en orden a prestar dichos servicios deportivos en las piscinas municipales, variando o pudiendo variar de un año para otro. Si ello es así parece correcto que la empresa atienda a estas necesidades anuales, pero que varían en función de las circunstancias que inicialmente no se pueden planificar con la antelación suficiente, acudiendo a contratos de naturaleza temporal, aunque la denominación más correcta hubiere sido para obra o servicio determinado.

Como señala el Tribunal Supremo en las sentencias de 10 de junio (RJ 1994\5.422), 3 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8.590) y 10 de abril de 1995 (RJ 1995\3.038), "el hecho de que el servicio en cuestión se repita periódicamente todas las temporadas y campañas no es suficiente para fundamentar la aceptación de que se está ante una contratación de carácter fijo, periódico y discontinuo, siendo varias las razones en las que el mencionado Tribunal basa sus conclusiones; a saber, en primer lugar, el hecho de la dependencia presupuestaria del organismo demandado, de modo que únicamente podrá proporcionar la cobertura necesaria para la realización del servicio en cuestión en función de sus disponibilidades de tal orden, que pueden diferir de un año a otro; en segundo lugar, pueden también variar las planificaciones anuales, con sus concretos objetivos específicos, en atención a las características de cada temporada y, en tercer lugar, precisamente por las razones expuestas, relativas a la planificación anual en función de las

disponibilidades presupuestarias y de las características de cada temporada y, en todo caso, por la propia naturaleza del trabajo a desarrollar, ha de entenderse que es para cada período concreto, y no con carácter permanente...”

A tenor de todo lo expuesto no hay razón para entender, como pretende la parte recurrente, que la actora ostenta la condición de fija discontinua y en consecuencia, como ya determinó esta Sala en la sentencia de 23 de abril de 2001, al analizar otro asunto similar al debatido, no cabe obviamente aplicar el artículo 12.3 apartado b) del Estatuto de los Trabajadores en cuanto al computo del plazo de caducidad de la acción de despido, sino que ha de estarse al plazo genérico que viene establecido en los artículos 59.3 del precitado texto legal y en el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Laboral y, aplicando dichos preceptos, resulta evidente, como razona con acierto la Magistrada de instancia, que la demanda de despido entablada el 16 de octubre de 2002 cuando el cese se produjo el 30.06.02, está caducada al haber transcurrido con creces los veinte días hábiles desde que el mismo se produjo. En consecuencia al no apreciarse en la resolución recurrida las infracciones denunciadas en el único motivo examinado, procede la desestimación del recurso de suplicación interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia.

Por todo ello,

Fallamos

Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por doña M.T.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social número cuatro de Vigo, de fecha 11 de diciembre de 2002, confirmando la expresada resolución.

3610 Recurso núm. 1.326/00

S.S. PRESCRIPCIÓN DA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE CANTIDADE. INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE DESPEDIMENTO COLECTIVO. DIES A QUO. SENTENZA FIRME DA ORDE CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Fernando Lousada Arochena

A Coruña, a diecinueve de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.326/2000 interpuesto por don A.C.V.B. y otros contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.C.V.B., doña M^a.C.B.R., doña E.E.P., doña J.C.S., don J.O.C., don B.G.M., don S.R.L., don F.D.C., don C.B.T., don J.A.C. don G.B.G., don Á.C.F., don J.M.M.M., don M.G.R., don C.V.A., don D.M.S., don J.V.M., don S.F.G., don F.S.M., don E.V.S., don M.M.C. y don D.G.G. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandados la empresa “T., S.A.”, “P.I.C., S.A.”, los Síndicos de la empresa “T.,S.A.” don J.I.M.A., don C.R.C. y don S.M.B., el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y la empresa “P.P., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 415/99 sentencia con fecha 28 de enero de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“PRIMERO.- Que los actores prestaron sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada “P.I.C., S.A.”, posteriormente absorbida por “T., S.A.”, hoy en situación de quiebra, con las siguientes antigüedades, categorías profesionales y salarios, con inclusión de pagas extras:

TRABAJADOR	ANTIGÜEDAD	CATEGORÍA	SALARIO
A.C.V.B.	11.05.55	Oficial 1 ^a	301.500 pts.
M ^a .C.B.R.	24.06.57	Oficial 2 ^a	177.000 pts.
E.E.P.	20.06.55	Oficial 1 ^a	184.500 pts.
J.C.S.	12.09.55	Oficial 1 ^a	203.400 pts.
J.O.C.	20.02.61	Oficial 1 ^a	195.900 pts.
B.G.M.	15.11.76	Oficial 2 ^a	156.900 pts.

S.R.L.	04.03.68	Auxiliar Técnico	267.900 pts.
F.D.C.	08.04.67	Oficial 1ª	191.100 pts.
C.B.T.	21.11.66	Oficial 1ª	230.700 pts.
J.A.C.	14.04.75	Oficial 1ª	189.900 pts.
G.B.G.	01.05.62	Oficial 1ª	226.800 pts.
A.C.F.	16.06.75	Oficial 1ª	174.600 pts.
J.M.M.M.	25.09.56	Oficial 1ª	183.000 pts.
M.G.R.	26.05.64	Oficial 1ª	161.100 pts.
C.V.A.	15.09.64	Encargado Sección	338.130 pts.
D.M.S.	06.06.72	Oficial 1ª	177.300 pts.
J.V.M.	22.01.62	Oficial 1ª	297.800 pts.
S.F.G.	14.12.71	Oficial 1ª	167.400 pts.
F.S.M.	13.01.75	Oficial 1ª	159.900 pts.
E.V.S.	05.04.76	Oficial 1ª	159.900 pts.
M.M.C.	01.08.52	Oficial 1ª	249.600 pts.
D.G.G.	01.12.52	Encargado Sección	303.300 pts.

SEGUNDO.- Que en fecha tres de marzo de mil novecientos noventa y tres la empresa "P.I.C., S.A." y el Comité de Empresa, suscribieron un expediente de regulación de empleo, con extinción de las relaciones laborales de 88 trabajadores, entre los que se encontraban los actores, sustituyéndose la indemnización legal por una renta vitalicia, mediante la suscripción de una póliza con compañía de seguros, siendo homologado por la Delegación Provincial de la Consellería de Trabajo e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia, mediante Resolución de fecha nueve de marzo de mil novecientos noventa y tres.

TERCERO.- Que contra dicha resolución se formuló recurso de alzada por los actores y tres de los miembros del Comité de Empresa, siendo desestimados por Resolución de la Dirección General de Trabajo y Promoción de Empleo de fecha ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

CUARTO.- Que los actores formularon recurso Contencioso Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, siendo desestimado por Sentencia de fecha dos de junio de mil novecientos noventa y cinco, formulando los actores recurso de Casación ante

la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que fue desestimado por sentencia de veinticinco de enero de mil novecientos noventa y nueve.

QUINTO.- Que los actores no percibieron cantidad alguna en concepto de indemnización por extinción de la relación laboral, ni fueron incluidos en la póliza Colectiva suscrita con la entidad "P.V., S.A." de Seguros y Reaseguros, para garantizarles los siguientes ingresos vitalicios:

TRABAJADOR	INGRESOS VITALICIOS
A.C.V.B.	Ciento treinta y ocho mil quinientas ocho pesetas (138.508 pts)
Mª.C.B.R.	Ciento catorce mil quince pesetas (114.015 pts)
E.E.P.	Ciento veintidós mil quinientas ochenta y cinco pesetas (122.585 pts).
J.C.S.	Ciento veintiuna mil ochocientas ochenta y seis pesetas (121.886 pts)
J.O.C.	Ciento diecisiete mil setecientas treinta y tres pesetas (117.733 pts)
B.G.M.	Ciento nueve mil doscientas pesetas (109.200 pts)
S.R.L.	Ciento cincuenta y cinco mil setecientas sesenta y siete pesetas (155.767 pts)
F.D.C.	Ciento dieciséis mil trescientas veinticuatro pesetas (116.324 pts)
C.B.T.	Ciento veintinueve mil noventa y cinco pesetas (129.095 pts).
J.A.C.	Ciento nueve mil doscientas pesetas (109.200 pts)
G.B.G.	Ciento dieciocho mil cuatrocientas treinta y una pesetas (118.431 pts)
A.C.F.	Ciento nueve mil doscientas pesetas (109.200 pts)
J.M.M.M.	Ciento diecinueve mil catorce pesetas (119.014 pts)

M.G.R.	Ciento nueve mil ochocientas noventa y ocho pesetas (109.898 pts)
C.V.A.	Doscientas mil ciento cuarenta y dos pesetas (200.142 pts)
D.M.S.	Ciento diecinueve mil cuatrocientas setenta y dos pesetas (119.472 pts)
J.V.M.	Ciento cuarenta y dos mil treinta y ocho pesetas (142.038 pts)
S.F.G.	Ciento diez mil setecientas veinticuatro pesetas (110.724 pts)
F.S.M.	Ciento nueve mil doscientas pesetas (109.200 pts)
E.V.S.	Ciento nueve mil doscientas pesetas (109.200 pts)
M.M.C.	Ciento treinta mil setecientas treinta y cinco pesetas (130.735 pts)
D.G.G.	Ciento setenta y seis mil quinientas noventa y cinco pesetas (176.595 pts)

SEXTO.- Que los actores formularon demanda ante los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, en reclamación del de las rentas garantizadas de los periodos comprendidos entre el uno de marzo de mil novecientos noventa y cuatro y el veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco y otros periodos posteriores, habiéndose dictado las correspondientes sentencias, hoy firmes, condenando a “T., S.A.” como entidad absorbente de “P.I.C., S.A.” a hacer pago a los actores de las rentas garantizadas.

SÉPTIMO.- Que en fecha diez de septiembre de mil novecientos noventa y siete se constituyó “P.I.C., S.A.”, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Padrón don F.L.G., con un capital social de quinientos millones de pesetas (500.000.000 pts), dividido en 50.000 acciones nominativas de diez mil pesetas (10.000 pts) cada una de ellas, suscribiendo “C.C., S.L.” 49.900 acciones y don M.C.S. una acción, designándose administrador único a “C.C., S.L.”, designándose el administrador único de ésta don M.C.S., como Administrador Único.

OCTAVO.- Que el domicilio Social de “P.I.C., S.A.” se fijó en el municipio de Padrón

y el objeto social es la fabricación, curtido, tratamiento y comercialización de pieles y sus derivados, así como de productos sintéticos y el transporte de los mismos por cualquier medio.

NOVENO.- Que mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Padrón don F.L.G., en fecha diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y siete, los miembros de la Comisión de Acreedores de “T., S.A.”, vendieron a “P.I.C., S.A.”, veinte fincas inscritas en el Registro de la Propiedad de Padrón, con inclusión de las naves, fábrica y almacenes donde se realizaba la actividad de “P.I.C., S.A.” y posteriormente de “T., S.A.”, así como instalaciones y maquinaria de la citada fábrica y derechos de propiedad industrial y marcas comerciales por un precio de cuatrocientos millones de pesetas (400.000.000 pts), más el correspondiente IVA.

DÉCIMO.- Que “P.I.C., S.A.” fue poniendo en funcionamiento las instalaciones, sustituyendo instalaciones y procediendo a reparaciones y compra de nueva maquinaria, por un importe total de mil doscientas siete millones setecientas cincuenta y nueve mil quinientas cincuenta y tres pesetas (1.207.759.553 pts), siendo autorizada provisionalmente su puesta en marcha para pruebas y puesta a punto por seis meses, por resolución de fecha veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y siete, poniéndose en funcionamiento la actividad productiva en diciembre de 1998.

DÉCIMO PRIMERO.- Que “T., S.A.” mantenía tres líneas de producción y “P.I.C., S.A.” solo tiene puesta en marcha una dedicada a piel de vacuno, habiéndose tenido que abrir nuevos mercados y construir una nueva red de comerciales, por desaparición de los anteriores.

DÉCIMO SEGUNDO.- Que los actores reclaman el pago de las indemnizaciones derivadas del expediente de extinción de las relaciones laborales, por los siguientes importes:

TRABAJADOR	CANTIDAD ADEUDADA
A.C.V.B.	Tres millones trescientas sesenta y ocho mil doscientas cincuenta pesetas (3.368.250 pts)
M ^a .C.B.R.	Dos millones ciento cincuenta y tres mil quinientas pesetas (2.153.500 pts).

E.E.P.	Dos millones cuatrocientas cincuenta y seis mil cuatrocientas cincuenta pesetas (2.456.450 pts).	J.V.M.	Tres millones seiscientos veintidós mil novecientas noventa pesetas (3.622.990 pts)
J.C.S.	Dos millones cuatrocientas setenta y cuatro mil setecientas pesetas (2.474.700 pts)	S.F.G.	Dos millones doscientas treinta y tres mil ochocientas pesetas (2.233.800 pts)
J.O.C.	Dos millones trescientas ochenta y tres mil cuatrocientas cincuenta pesetas (2.383.450 pts)	F.S.M.	Dos millones ciento trece mil trescientas cincuenta pesetas (2.113.350 pts)
B.G.M.	Dos millones sesenta y nueve mil quinientas cincuenta pesetas (2.069.550 pts).	E.V.S.	Un millón novecientas cuarenta y cinco mil cuatrocientas cincuenta pesetas (1.945.450 pts)
S.R.L.	Tres millones doscientas cincuenta y nueve mil cuatrocientas cincuenta pesetas (3.259.450 pts)	M.M.C.	Tres millones treinta y seis mil ochocientas pesetas (3.036.800 pts)
F.D.C.	Dos millones trescientas veinticinco mil cincuenta pesetas (2.325.050 pts)	D.G.G.	Tres millones seiscientos noventa mil ciento cincuenta pesetas (3.690.150 pts)
C.B.T.	Dos millones ochocientas seis mil ochocientas cincuenta pesetas (2.806.850 pts).	DÉCIMOTERCERO.- Que en fecha siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de celebrado sin avenencia con respecto a "P.I.C., S.A." y de intentado sin efecto con respecto a "T., S.A." y "P.I.C., S.A."	
J.A.C.	Dos millones trescientas diez mil cuatrocientas cincuenta pesetas (2.310.450 pts)	TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:	
G.B.G.	Dos millones setecientas cincuenta y nueve mil cuatrocientas pesetas (2.759.400 pts)	"FALLO: Que estimando la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A RECLAMAR formulada por las representaciones de "T., S.A.", los Síndicos de la Quiebra, "P.I.C., S.A." y el Fondo de Garantía Salarial, debía de absolver y absolvía a las demandadas de los pedimentos contenidos en la misma.	
A.C.F.	Dos millones ciento veinticuatro mil trescientas pesetas (2.124.300 pts)	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.	
J.M.M.M.	Dos millones cuatrocientas cincuenta y seis mil cuatrocientas cincuenta pesetas (2.456.450 pts)	Fundamentos de derecho	
M.G.R.	Dos millones cuatrocientas ochenta y dos mil pesetas (2.482.000 pts)	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	
C.V.A.	Cuatro millones ciento trece mil novecientas quince pesetas (4.113.915 pts)		
D.M.S.	Dos millones trescientas noventa mil setecientas cincuenta pesetas (2.390.750 pts)		

de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se sustenta en prueba documental literosuficiente –las sentencias recaídas en la vía jurisdiccional contencioso administrativa, folios 627 a 631–, de modo que, al margen de cuál sea su trascendencia jurídica, la revisión es acogible, quedando redactado como sigue el Hecho Probado Cuarto:

“Que los actores formularon recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, siendo desestimado por Sentencia de 02.06.95, formulando los actores recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo en el que se peticionaba la nulidad del expediente de regulación de empleo número 77/1993, y la indemnización establecida en el artículo 51.10 del ET, concretamente 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y un máximo de 12 mensualidades, desestimado por Sentencia de 25.01.99”.

SEGUNDO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia la infracción del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 1.973 del Código Civil, afirmando, con este amparo normativo, que, como el cómputo de la prescripción anual comenzó con la sentencia definitiva dictada en la vía jurisdiccional contenciosa administrativa, la reclamación no está prescrita. Opuestos a esta denuncia jurídica, dos empresas demandadas, los síndicos de la quiebra y el Fondo de Garantía Salarial, en sus respectivos escritos de impugnación de la suplicación, solicitan al alimón la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

Partiendo de los hechos declarados probados y a la vista de las posturas procesales de los litigantes, la Sala considera más acertada la tesis de los trabajadores recurrentes, porque, en tanto no se resolvió de manera definitiva la impugnación judicial de la resolución administrativa dictada en el expediente de regulación de empleo, se mantuvo una incertidumbre sobre el derecho a la indemnización impeditiva de la reclamación de dicha indemnización en situación de plena seguridad jurídica, al punto de que, si se sostuviese una interpretación contraria, se habría de admitir, lo cual no es razonable, la reclamación en la vía judicial social de un

derecho aún litigioso en la vía contencioso administrativa.

A mayor abundamiento, si el artículo 1.973 del Código Civil admite la interrupción de la prescripción a consecuencia de la reclamación judicial o extrajudicial del derecho, resulta evidente que, si se impugna en vía contencioso administrativa la resolución del expediente de regulación de empleo, el derecho a reclamar en vía social la indemnización consiguiente a la autorización de regulación de empleo se encuentra interrumpido, lo cual se compadece con que, de demandar en vía social en tanto no se resuelva la vía contencioso administrativa, se generaría una situación evidente de litispendencia.

La STSJ/Cataluña de 02.12.95, Recurso 6.564/1995, EDJ 1995/8.874, después de alcanzar, en un caso semejante al de nuestras actuaciones, la solución expuesta, añade *“sin que a ello obste ... (la) ejecutividad inmediata (de) las resoluciones recaídas en los (expedientes de regulación de empleo), porque tal efectividad se refiere únicamente a la posibilidad de llevar a efecto los actos autorizados por la resolución y no las plenas y definitivas validez y eficacia de los mismos y sus consecuencias por la posibilidad legalmente admitida de su modificación, revocación o anulación”*. También sigue una igual solución la STSJ/Madrid de 08.05.92, Recurso 857/1992, AS 1992/2.683.

No obstante la estimación del recurso de suplicación, no se entrará en la estimación de la demanda rectora, sino que, a los efectos de salvaguardar el derecho de las partes litigantes a la instancia, se anulará la sentencia objeto de suplicación para que, por el juzgador de instancia, se entre a dictar otra nueva, con libertad de criterio, decidiendo sobre las demás cuestiones litigiosas.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don A.C.V.B. y otros 21 más contra la Sentencia de 28 de enero de 2000 del Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela, dictada en juicio seguido a instancia de los recurrentes contra la Entidad Mercantil “T., S.A.”, en situación de quiebra y actuando los síndicos don J.I.M.A., don C.R.C. y don S.M.B., contra las Entidades Mercantiles “P.I.C., S.A.” y “P.P., S.A.”, con la intervención en juicio del Fondo de Garantía Salarial, la Sala la anula, reponiendo lo actuado al momento de dictarse

sentencia para que, partindo de la inexistencia de la prescripción de las cantidades reclamadas, el juzgador de instancia dicte otra nueva con libertad de criterio en relación a las restantes cuestiones litigiosas.

3611 Recurso núm. 1.651/03

S.S. INCONGRUENCIA E INDEFENSIÓN INEXISTENTES. VULNERACIÓN DA GARANTÍA DE INDEMNIDADE. DEREITO Á TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN VERAZ.

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

A Coruña, a veinticinco de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.651/03 interpuesto por “T., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 945/02 se presentó demanda por don P.C.C. y doña Mª.J.G.A. en reclamación de TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL siendo demandada “T., S.A.”, habiendo comparecido el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 9 de enero de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- Los actores vienen prestando servicios por cuenta de “T., S.A.”, en las siguientes condiciones: a) Don P.C.C., desde el 25.10.99, con la categoría de Cámara y una remuneración mensual de 795,73 Euros mes, con prorrate de Pagas Extras. B) Doña Mª.J.G.A., desde el 13.01.01, a medio de un contrato en prácticas, como Cámara y un salario de 765,12 Euros mes, como prorrate de Pagas Extras. II.- La empresa había pro-

porcionado al actor desde el inicio de la relación laboral, al carecer éste de vehículo propio, un coche de la empresa para realizar los desplazamientos profesionales y transportar el material (cámara, trípode, etc...). III.- El día 02.10.02 se prestó por la C.I.G., preaviso de elecciones sindicales en la empresa, a la que se notificó el 04.10.02; siendo la fecha de inicio el 04.11.02 en la que se constituyó la Mesa Electoral, correspondiéndole a la demandante doña Mª.J.G.A. el puesto de Secretaria. IV.- Con anterioridad al inicio del proceso, el Administrador de la Empresa, Sr. F., convocó una reunión de trabajadores en la que indicó que le disgustaba la candidatura de la C.I.G. -que le había sido notificada por Fax el 24.10.02- y que resultaban innecesarias las elecciones, existiendo una discusión en la que don P.C.C. se mostró favorable al proceso electoral. V.- El 4 de noviembre la empresa entregó a la Mesa un Censo de 30 trabajadores, que fue impugnado por la C.I.G., indicando que el número de éstos era superior, por lo que debían elegirse tres delegados; aún cuando doña Mª.J.G.A. se mostró favorable a estimar tal pretensión, los otros miembros de la Mesa la desestimaron, confirmando el Censo y fijando en un delegado el número a elegir. VI.- Presentada impugnación por la C.I.G., ante la Oficina Pública el 06.11.02, las partes fueron convocadas para el día 11.11.02 a las 10 de la mañana. El día 10 por la noche, un representante de la C.I.G., telefonó a los actores para decirles que era importante que acudieran como testigos al proceso arbitral, lo que éstos hicieron. VII.- En el citado proceso arbitral, don P.C.C. a preguntas de la C.I.G., declaró lo sucedido en la reunión convocada por el Sr. F.; éste, en fase de repreguntas, le dice a don P.C.C. “si le había dicho que iba a dejar de utilizar un vehículo de la empresa y la plaza de garaje, pues los restantes compañeros no tenían ni vehículo ni plaza”. La C.I.G., preguntó a doña Mª.J.G.A. sobre la discusión de la Mesa sobre el Censo; en repreguntas, el Sr. F. le pregunta “si tiene contrato indefinido o temporal, y cuando finaliza. Le contesta que el 12 de diciembre del 2002”. VIII.- El día 14.11.02 se dictó Laudo Arbitral en que estimando la reclamación, acuerda la anulación de proceso electoral; impugnó la empresa dicho Laudo, dictándose sentencia desestimatoria por el Juzgado de lo Social nº Cinco de Vigo, en la que se señala que “el Censo no estaba completo y de que se ha reducido intencionadamente por la Empresa para elegir sólo a un candidato”. IX.- El día 11.11.02 -fecha de la vista del

proceso arbitral- doña M^a.J.G.A. comenzaba su jornada a las 10,30 h y don P.C.C. a las 11 horas. A las 10 de la mañana (hora en que comienzan las actividades) telefonaron a la empresa para indicar que se iban a retrasar por su comparecencia como testigos en tal proceso. X.- Cuando llegaron a la Empresa los demandantes, sobre las 11,30 horas, se les notificó carta de sanción en la que se decía: “Teniendo usted suscrito contrato de trabajo pactado con esta empresa, cuya duración finaliza el próximo día 12 de enero de 2003, se le preaviso, con la antelación legal prevista, de que en tal fecha cesará en la prestación de servicios, causando baja a la finalización de dicha jornada laboral. A la presente se le acompaña propuesta de liquidación correspondiente a las partes proporcionales de los devengos periódicos, y demás emolumentos devengados hasta la fecha de finalización de dicho contrato, cuyo importe de ser de su conformidad, podrá percibir en las oficinas de esta empresa, previa firma del correspondiente recibo de finiquito”. XI.- Los trabajadores propuestos como candidatos de la C.I.G., Sr. M. y Sr. A. fueron sancionados por la empresa el 31 de octubre, por falta grave, sin que conste decisión judicial. Al Sr. M. se le notificó el horario, modificación que fue declarada nula por sentencia de este Juzgado. XII.- Cuando el día 11 don P.C.C. llegó a la empresa se le indicó que no podía hacer su trabajo con el vehículo empresarial, por lo que salió a realizar un rodaje andando. Desde el día 12 está en I.T. pendiente de intervención quirúrgica. XIII.- Con posterioridad a la presentación de la demanda, la empresa notificó a doña M^a.J.G.A. carta por la que se daba por finalizado el contrato el 12.01.03. XIV.- Los actores han presentado demandas contra la sanción impuesta el 11.11.02, y, por modificación de condiciones don P.C.C., que pendan de juicio.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando parcialmente la demanda de don P.C.C. y doña M^a.J.G.A., declaro la nulidad radical de las sanciones impuestas a los actores el 11.11.02, dejándolas sin efecto, así como de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo al retirar el uso del vehículo de la empresa a don P.C.C., por vulnerar el derecho a la libertad de comunicación de información veraz, condenando a “T., S.A.”, a que cese en su actitud de represalia, con reposición del uso del vehículo a don P.C.C., y a que abone a

cada uno de los actores la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300 Euros) por los perjuicios ocasionados.”.

CUARTO.- Que con fecha veinticuatro de enero de dos mil tres se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Aclarar de oficio la sentencia de fecha 09.01.03 y subsanar el error sufrido en la misma, así el Hecho Probado X debe quedar redactado como sigue: “Por la presente le comunicamos que hemos decidido amonestarlo por escrito, por el motivo que paso a explicarle. Hoy día 11 de noviembre de 2002, ha llegado Ud. tarde a desempeñar sus funciones, y por tanto a la previsión informativa que se le había marcado, y ha justificado su retraso con una “Justificación de comparecencia” en la que efectivamente se nos comunica que ha Ud. comparecido, habiendo sido previamente citado para la misma de 10,30 a 11,30 horas de hoy. Como quiera que no avisó Ud. a la Empresa hasta las 10,20 h. de hoy, dejando a los responsables de las previsiones sin tiempo para solucionar el problema, y conociendo como conocía su citación, ha afectado Ud. gratuitamente a la buena marcha del trabajo, y a la calidad del mismo, y de ahí esta amonestación que, no obstante la mencionada gratuidad en su actuación, no lleva aparejada por esta vez sanción alguna, lo que le comunico para su conocimiento y a los efectos oportunos.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia decidió: “Que estimando parcialmente la demanda de don P.C.C. y doña M^a.J.G.A., declaro la nulidad radical de las sanciones impuestas a los actores el 11.11.02, dejándolas sin efecto, así como de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo al retirar el uso del vehículo de la empresa a don P.C.C., por vulnerar el derecho a la libertad de comunicar información veraz, condenando a “T., S.A.”, a que cese en su actitud de represalia, con reposición del uso del vehículo a don P.C.C., y a que abone a cada uno de los actores la cantidad de trescientos euros (300 Euros) por los perjuicios ocasionados”.

“T., S.A.” recurre la sentencia y solicita con amparo procesal adecuado su nulidad y examinar el derecho que contiene.

SEGUNDO.- Fundamenta su pretensión anulatoria en los siguientes aspectos: A) La incongruencia de la resolución impugnada pues, con cita del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y las sentencias que invoca, mientras la demanda se basa en una vulneración de la libertad sindical, con evidente discordancia la sentencia aprecia infracción del derecho a comunicar información veraz, más aún cuando no se denunció represalia alguna y la sanción estuvo motivada por no preavisar los actores a la empresa de su comparecencia como testigos en el proceso arbitral. B) El artículo 87.5 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y las sentencias que alega, pues la tutela del derecho a comunicar información veraz es una cuestión ajena al debate. C) Los artículos 97 y 180 LPL así como las sentencias que cita, pues la resolución impugnada no razona sobre la vulneración del derecho a comunicar información veraz sino que hace una vaga alusión al mismo. D) El artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y las sentencias que invoca, pues las sanciones adoptadas son expresión del ejercicio de su facultad disciplinaria por incumplimientos laborales de los demandantes. E) La jurisprudencia que alega, pues la vulneración de derecho fundamental no implica indemnización automática, sino que requiere la acreditación de sus bases por quien la solicita; en el caso, resulta improcedente al no existir lesión de los derechos sindicales de los trabajadores.

TERCERO.- El motivo de recurso enunciado en el fundamento anterior no se acepta, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- Según el Tribunal Constitucional (ss. 18.03.92, 29.06.98) el incumplimiento de la obligación de congruencia que impone el artículo 359 (hoy, 218) LEC debe valorarse siempre en términos de comparación entre la pretensión procesal de las partes -lo que hace referencia a sus elementos integrantes de pedir, causa de pedir y hechos constitutivos- y la respuesta o fallo judicial.

La aplicación al caso de la doctrina expuesta descarta apreciar este vicio procesal: Es cierto que, aunque la demanda lleva por título “vulneración de derechos fundamenta-

les”, denuncia una infracción del de libertad sindical y, al efecto, imputa a la empresa incumplimiento de los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, todo lo que pone en relación con determinadas incidencias previas y coetáneas al proceso electoral en el ámbito de aquélla. Pero también es verdad que denuncia, y así lo recoge la sentencia (hechos probados 4º, 5º, 7º; fundamentos 2º, 4º), que la conducta empresarial litigiosa se identifica con una represalia ante la postura de un demandante favorable a celebrar las elecciones señaladas, ante la opinión de la otra actora partidaria de acoger la impugnación que la Confederación Intersindical Galega (CIG) formuló del censo de trabajadores proporcionado por la empresa, así como por haber testificado los accionantes en el proceso arbitral seguido a raíz de esa discordancia electoral.

Sentado lo anterior, es facultad de la juez (art. 180 LPL) tipificar los hechos, calificar el comportamiento de la empresa y en su caso fijar jurídicamente el derecho o derechos fundamentales que pudiera haber infringido, sin que en tal labor resulte condicionada por la denominación ni por la valoración sugerida por las partes. En consecuencia y dentro de los límites del actual motivo de recurso, es ajustado a ley entender que la conducta empresarial descrita no vulnera la libertad sindical (la sentencia dice que entonces la perjudicada sería la CIG, no presente en las actuaciones), sino el derecho de los demandantes -que actúan por sí con una sólo representación- a comunicar información veraz (es decir, a declarar como testigos en el proceso arbitral indicado), de ahí que esta identificación jurídico-conceptual del comportamiento de la empresa carezca de la relevancia pretendida.

2ª.- Según el Tribunal Constitucional (s. 30.04.96) el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reclama la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva para permitir así un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, contenido propio y normal de aquel derecho. También manifiesta (ss. 16.02.89, 01.10.90) 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.

En el actual supuesto, no apreciamos vulneración o merma de las garantías que la recurrente denuncia: De una parte, porque el razonamiento 4º de sentencia menciona y discurre sobre los derechos de libertad sindical y a comunicar información veraz, con cita de la norma constitucional que protege este último. De otro lado y junto a lo que consignamos en el apartado anterior, porque consta en el acta de juicio (folio 67) y lo reitera el fundamento 4º de sentencia, que la juez, en aplicación del artículo 87.5 LPL, suscitó en aquel acto procesal la cuestión relativa a calificar jurídicamente la conducta denunciada sin que las partes nada alegaran -incluida la empresa demandada- ni siquiera como reserva o protesta, de ahí que mal puede entenderse indefenso quien no parece haber actuado en el proceso con la diligencia debida o cuando es imputable a su propia conducta.

3ª.- Según el Tribunal Constitucional (ss. 03.6.91, 01.04.93, 10.01.95, 28.09.98, 27.03.00) la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales supone que el juez está obligado a decidir sobre todas y cada una de las cuestiones controvertidas, pero puede hacerlo de forma explícita o implícita, siempre que sea de manera nítida y categórica, sin dar pie a oscuridades o ambigüedades y con independencia de su parquedad o concentración.

La aplicación al caso de la doctrina expuesta impide compartir esta deficiencia procesal: Basta leer el relato de hechos (en especial, apartado 7º) y la fundamentación de la sentencia (razonamiento 4º) para concluir que fáctica y jurídicamente resultan debidamente exteriorizados los motivos de la decisión judicial recurrida que, sin perjuicio de su aceptación o no, excluyen cualquier voluntarismo o arbitrariedad proscritos a los efectos del presente motivo de recurso.

4ª.- Las demás cuestiones que la recurrente alega como motivos de nulidad, afectan realmente al fondo de la litis; de ellas tratamos

seguidamente previa consignación de sus presupuestos fácticos.

CUARTO.- En el ámbito del derecho, se remite a la sentencia cuando indica que las actividades de los demandantes no pueden considerarse como actividad sindical ni las represalias de la empresa se producen en perjuicio de aquéllos, y al informe del Ministerio Fiscal, cuando niega la vulneración de cualquier derecho fundamental.

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

I) Los actores don P.C.C. y doña Mª.J.G.A. trabajan para "T., S.A.": el primero, desde el 25.10.99 como cámara, usando a tal fin vehículo de la empresa; la segunda, desde el 13.01.01 por contrato en prácticas.

II) El 02.10.02 la CIG cursó preaviso de elecciones; doña Mª.J.G.A. fue secretaria de la mesa.

III) Antes del 04.11.02, inicio del proceso electoral, el administrador de la empresa sr. F. manifestó a los trabajadores su desagrado por la candidatura de CIG y que las elecciones resultaban innecesarias; se originó una discusión, en la que don P.C.C. se mostró favorable al proceso electoral.

IV) El 04.11.02 la empresa entregó a la mesa un censo de treinta trabajadores, que fue impugnado por CIG; la mesa desestimó la pretensión sindical que contó con la opinión favorable de doña Mª.J.G.A..

V) CIG inició procedimiento arbitral, a cuyo fin las partes fueron convocadas para las 10 horas del 11.11.02; en la noche anterior, un representante sindical interesó de los actores su comparecencia como testigos, a lo que accedieron: Don P.C.C. declaró lo acontecido en la señalada reunión con la empresa, diciéndole el sr. F. "si le había dicho que iba a dejar de utilizar un vehículo de la empresa y la plaza de garaje, pues los restantes compañeros no tenían ni vehículo ni plaza". Doña Mª.J.G.A. declaró sobre la discusión de la mesa relativa al censo, preguntándole el sr. F. "si tiene contrato indefinido o temporal, y cuando finaliza le contesta que el 12 de diciembre de 2002".

VI) La empresa les dirigió el siguiente escrito fechado el 11.11.02: "Por la presente le comunicamos que hemos decidido amonestarlo por escrito, por el motivo que paso a explicarle. Hoy día 11 de noviembre de

2002, ha llegado Ud. Tarde a desempeñar sus funciones, y por tanto a la previsión informativa que se le había marcado, y ha justificado su retraso con una 'justificación de comparecencia' en la que efectivamente se nos comunica que ha Ud. Comparecido, habiendo sido previamente citado para la misma de 10,30 a 11,30 horas de hoy. Como quiera que no avisó Ud. a la Empresa hasta las 10,20 horas de hoy, dejando a los responsables de las previsiones sin tiempo para solucionar el problema, y conociendo como conocía su citación, ha afectado Ud. gratuitamente a la buena marcha del trabajo, y a la calidad del mismo, y de ahí esta amonestación que, no obstante la mencionada gratuidad en su actuación, no lleva aparejada por esta vez sanción alguna, lo que le comunico para su conocimiento y a los efectos oportunos".

VII) El laudo arbitral de 14.11.02, estimó la reclamación de CIG.

La sentencia de 18.12.02, confirmó el laudo.

SEXTO.- Los datos expuestos en el fundamento que precede llevan a desestimar las restantes alegaciones de la empresa, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- Porque son expresivos de una conducta represaliente frente a la descrita actividad de los actores.

En este ámbito, el Tribunal Constitucional (ss. 21/92, 266/93, 180/94) declara que la denominada garantía de indemnidad abarca el derecho de cualquier trabajador a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica dentro de la empresa por el ejercicio previo de sus derechos.

2ª.- Porque afirmar, con cita del artículo 58 ET, que las sanciones adoptadas son expresión del ejercicio de su facultad disciplinaria por incumplimientos laborales de los demandantes, carece del respectivo y exigible soporte fáctico.

Precisamente, sobre este particular el Tribunal Constitucional (ss. 38/91, 90/97, 73, 74, 87/98) resalta la importancia de las reglas de la distribución de la carga de la prueba y declara que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, corresponde al empresario la carga de probar -ahora incumplida- que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un

derecho fundamental, y que para imponer la carga probatoria expresada no es suficiente con que el trabajador efectúe la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que ha de aportar un indicio razonable de que el acto o práctica empresarial lesiona sus derechos fundamentales para poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica -cual acontece, así hechos probados 4º, 5º y 6º-.

3ª.- La jurisprudencia (ss. 09.06.93, 22.07.96, 20.01.97) indica que no basta con que se acredite la vulneración de un derecho fundamental para condenar automáticamente al pago de una indemnización, sino que es preciso que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la misma, que justifiquen suficientemente que corresponde ser aplicada al supuesto concreto y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión.

En el presente caso aparecen cumplidas tales exigencias que, específicamente y con origen en el censurable comportamiento de la empresa, los hechos 1º y 6º de demanda proyectan a las condiciones de trabajo de un demandante, con notorio perjuicio del desarrollo ordinario de su actividad profesional, y al tipo contractual de la actora, con potencial designio de su no renovación llegado el término pactado, y que la sentencia (hecho probado 7º y fundamento 3º) asumió aún limitando la pretensión resarcitoria.

4ª.- La actividad jurisdiccional que ejercitamos no depende ni está subordinada a los informes o dictámenes del Ministerio Fiscal como parte procesal (art. 175.3 LPL).

SÉPTIMO.- De acuerdo con el artículo 202 LPL, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y a la consignación de la cantidad objeto de condena efectuados por la empresa que, según el artículo 233.1 LPL, ha de abonar los honorarios de letrado de la parte actora impugnante por importe de trescientos euros (300 €).

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de "T., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, de 9 de enero de 2003 en autos nº 945/2002, que confirmamos.

3612 Recurso núm. 714/03

S.S. PROCEDENCIA DA IMPUGNACIÓN DE ALTA MÉDICA POR INCAPACIDADE TEMPORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO ACORDADA POLA MUTUA ASEGURADORA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a vinte e seis de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey
ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 714-2003, interpuesto por la Mutua F., Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61 contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 340-02 se presentó demanda por don M.A.V.D. en reclamación de Impugnación Alta Médica siendo demandados la Mutua F., INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, HOSPITAL GENERAL J.C. y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 de julio de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Don M.A.V.D. viene prestando sus servicios en el Hospital General J.C., con la categoría profesional de auxiliar sanitario, destinado en Rayos X, desde el 10.01.90, con salario mensual de 1.116,80 euros, incluida la prorrata de las pagas extras.- Segundo.- El día 03.01.02 el demandante sufre un accidente "in itinere" consistente en una colisión por alcance, por lo que fue atendido por el servicio de urgencias del Hospital General, iniciando un período de I.T. con el diagnóstico de "esguince/torcedura del cuello", situación en la que permaneció hasta el día 18.02.02, en que es dado de alta por mejo-

ría que permite realizar su trabajo habitual, por parte de los servicios médicos de la Mutua F., con la que la empresa codemandada tenía cubierto el riesgo derivado de accidente de trabajo.- Tercero.- El día 19.02.02 el demandante inicia un nuevo período de baja por contingencias comunes dada la persistencia del dolor cervical, y se somete a tratamiento de fisioterapia en el Hospital General, desde el día 08.04.02 hasta el 10.05.02, siendo dado de alta ese mismo día, y reincorporándose a su trabajo al día siguiente.- Cuarto.- La base reguladora diaria de la I.T. derivada de accidente de trabajo es de 37,23 euros.- Quinto.- El demandante ha agotado la vía administrativa previa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por don M.A.V.D., contra la Mutua F., el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Hospital General J.C., debo declarar y declaro indebida el alta médica de 18.02.02, dejándola sin efecto y condenando a la Mutua F. a estar y pasar por esta declaración y a abonar al demandante las prestaciones de I.T. derivada de accidente de trabajo, con los efectos y cuantía que reglamentariamente correspondan, desde el 18.02.02 hasta que concurra o haya concurrido causa legal de extinción; absolviendo a los otros demandados de las pretensiones deducidas en su contra, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al INSS como continuador del Fondo de Garantía de accidentes de trabajo.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada declarando indebida el alta de 18.02.02, dejándola sin efecto y condenando a la Mutua F. a estar y pasar por esta declaración y a abonar al demandante las prestaciones de IT derivada de accidente de trabajo, con efectos y cuantía que reglamentariamente correspondan, desde el 18.02.02 hasta que concurra o haya concurrido causa legal de extinción. Dicha resolución es recurrida por la representación legal de la Mutua, en cuyo primer motivo del recurso, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. solicita

la revisión del hecho probado tercero de la resolución recurrida para que se suprima la expresión “dada la persistencia del dolor cervical”, debiendo quedar redactado como sigue: “El día 19.02.02 el demandante inicia un nuevo período de baja por contingencias comunes, y recibe sesiones de fisioterapia en el Hospital General J.C. desde el 08.04.02 hasta el 10.05.02, siendo dado de alta ese mismo día y reincorporándose a su trabajo en el Hospital General J.C. al día siguiente.”

No se acepta la supresión interesada ya que únicamente se basa en una distinta interpretación, a la efectuada por la Magistrada de instancia, de los informes médicos obrantes a los autos, siendo reiterada la doctrina que declara que el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de los hechos probados en la sentencia de instancia, solo impugnables cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial obrante en autos.

En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, denuncia la recurrente, al amparo del párrafo c) del artículo 191 de la L.P.L. la infracción del artículo 128 1.a) de la L.G.S.S. al considerar que el alta cursada por la Mutua en fecha 18 de febrero de 2002 es conforme a derecho, sin que quepa concluir que en tal fecha el actor estuviera impedido para su trabajo de auxiliar sanitario ni que precisara asistencia sanitaria y la nueva baja por contingencias comunes no se explica más que por la magnanimidad con que determinados profesionales de los servicios públicos extienden sus partes de baja médica, en ocasiones entregados simplemente a petición del propio paciente.

El demandante, el día 03.01.02 sufre un accidente “in itinere” consistente en una colisión por alcance, por lo que fue atendido por el servicio de urgencias del Hospital General, iniciando un período de I.T. con el diagnóstico de “esguince/torcedura del cuello”, situación en la que permaneció hasta el día 18.02.02, en que es dado de alta por mejoría que permite realizar su trabajo habitual, por parte de los servicios médicos de la Mutua F., con la que la empresa codemandada tenía cubierto el riesgo derivado de accidente de trabajo. El día 19.02.02 el demandante inicia un nuevo período de baja por contingencias comunes dada la persistencia del dolor cervical, y se somete a tratamiento de fisioterapia en el Hospital General, desde el día 08.04.02 hasta el 10.05.02, siendo dado de alta ese

mismo día, y reincorporándose a su trabajo al día siguiente.

A la vista de lo expuesto todo indica, como con acierto ha resuelto la sentencia de instancia, que a la fecha del alta médica cursada el día 18.02.02 el demandante continuaba reuniendo los requisitos exigidos en el invocado artículo 128.1 a) de la L.G.S.S. para mantenerse en la situación de incapacidad temporal, dado que seguía necesitando asistencia sanitaria y se encontraba impedido para desempeñar su trabajo, como lo demuestra el hecho de que al día siguiente de la alta médica que se impugna fuera dado de baja por el SERGAS con el mismo diagnóstico y las mismas dolencias que le hicieron permanecer de baja desde el día del accidente. Y ante la evidencia de dicha situación ha de estimarse correcta y ajustada a derecho la decisión adoptada por la Juzgadora de instancia al declarar indebida el alta médica, dejándola sin efecto, hasta que haya concurrido causa legal de extinción, y en consecuencia sólo procede la confirmación de la resolución recurrida previa desestimación del recurso de suplicación formulado.

Por todo ello,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua F., Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Ferrol de fecha 15 de julio de 2002, confirmando la expresada resolución.

3613 Recurso nº 03/9.070/1998

S.CA. OBSTRUCCIÓN A LABOR INSPECTORA. SANCIÓN. PROTESTA EN FORMA AIRADA CON INSULTOS. SUBXECTIVIDADE DOS CONTROLADORES LABORAIS. VALOR ACTAS CONTROLADORES E INSPECCIÓN. NON TIPIFICACIÓN DA CONDUCTA SANCIONADA. EXCESIVO CELO DOS CONTROLADORES: AS SÚAS FUNCIÓNS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López

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 03/9.070/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.V.R., con D.N.I. número ..., domiciliado en Santiago de Compostela, representado por el procurador don L.S.G. y dirigido por el letrado don J.A.M.V., contra Resolución de 16.06.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 1.577/96; expediente número 7.028/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada y dirigida por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es 3.005,66 euros (501.000 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 veintitrés de abril de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

IV.- La cuantía del presente recurso se cuantifica en 3.005,66 euros (501.000 pesetas).

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se fiscaliza en este recurso la conformidad o disconformidad a dere-

cho de la sanción impuesta al empresario don A.V.R. por el director provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña, mediante resolución de 28.02.97, confirmada después en vía de recurso ordinario por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en resolución de 16.06.98, consistente en una multa pecuniaria de 500.100 pesetas, por obstrucción en la actuación inspectora. Los antecedentes de la resolución de primer grado se remontaron a la mañana del 18.10.96, fecha en la que dos controladores laborales realizaron una actuación inspectora en la granja de porcino y vacuno de la que era titular don A.V.R., por la cual levantaron un acta de infracción en la que consignaron que éste mantuvo hacia uno de los controladores una actitud obstruccionista al protestar de forma airada y, en ocasiones, con insultos por el entorpecimiento que en el trabajo en la explotación producía la actuación inspectora realizada sin previo aviso y negarle a ese funcionario la entrada en el recinto donde se fabricaba queso aduciendo razones de higiene, obstrucción también extensiva a uno de los hijos de aquél, que se negó a ofrecer datos sobre la situación laboral de una persona de 65 años que vivía en la granja; en el trámite de alegaciones negó el empresario que se hubiera comportado de forma indebida y censuró la actitud de los funcionarios, a los que informó que en el recinto de la quesería debía entrarse con calzado especial, al tiempo que el trabajador sobre el que pedían datos estaba de baja porque si bien había agotado el plazo máximo de duración de la misma, continuaba a tratamiento médico. Tales alegaciones no evitaron que, después del informe de ratificación de los controladores intervinientes, se le impusiera al final la sanción arriba descrita por la comisión de una infracción muy grave, en su grado mínimo, tipificada en el artículo 49.3.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones en el orden social.

En el escrito de demanda se interesa la nulidad de la resolución impugnada y de la sancionadora de que trae causa, con fundamento en que no existió obstrucción alguna y que el acta no reunía los requisitos para que a su contenido se le otorgara la presunción de veracidad. A esa pretensión muestra su oposición el Abogado del Estado.

SEGUNDO.- Reitera la extensa demanda los argumentos ya ofrecidos en la vía administrativa acerca de que el titular de la explota-

ción ganadera no mantuvo durante la actuación inspectora una postura obstruccionista sino que, por el contrario, colaboró con los controladores, no obstante haberles advertido que no podían pasar al recinto donde se elaboraban quesos por razones de higiene; igualmente razona la demanda que el operario por el que se reclamaban datos e informes no trabajaba en la granja, ya que estaba en situación de baja por razones sanitarias.

Expuestos así esos razonamientos, resulta claro que funda su pretensión anulatoria en la omisión de la carga probatoria, con lo que viene a censurar la subjetividad de los controladores laborales, encarnada en el contenido del acta cuyas conclusiones carecen, para la parte actora, del mínimo valor probatorio; debe, entonces, examinarse si el órgano administrativo cumplió con su carga probatoria y, de ser así, si esas pruebas fueron contradictorias de forma efectiva de adverso, conductas en cualquier caso relacionadas con lo dispuesto en el artículo 49 de la LISOS, cuyo punto 1 establece que “las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los controladores laborales, serán constitutivas de obstrucción a la labor inspectora, que se calificarán como graves, excepto los supuestos comprendidos en los números 2 y 3 de este artículo”; así, en el primero se califican como leves los supuestos que impliquen un mero retraso en el cumplimiento de las obligaciones de información, comunicación o comparecencia, sancionables con multa comprendida entre 5.000 y 50.000 pesetas (artículo 37.2), mientras que en el segundo número se califican como muy graves las acciones u omisiones del empresario, sus representantes o personas de su círculo organizativo que tengan por objeto impedir la entrada o la permanencia en el centro de trabajo de los funcionarios ya citados, así como la negativa a identificar o identificarse o dar razón de la presencia de personas que realicen cualquier actividad en su centro de trabajo, que fue el tipo aplicado y que se sanciona con multa comprendida entre 500.001 y 15.000.000 pesetas (artículo 37.4)

Pues bien, volviendo a las pruebas aportadas por cada parte, debe advertirse que la que el órgano sancionador tuvo en

cuenta fue la contenida en el acta de los controladores laborales documento que, según una doctrina jurisprudencial ya consolidada, es un instrumento válidos y adecuados para completar y facilitar la labor inspectora y alcanza valor probatorio por el hecho de su aceptación por el inspector (SsTS de 19.07.99, 16.03.99 o 23.04.01), ello sin olvidar que los extremos consignados en el acta de la inspección gozan ya de valor probatorio, pero sólo en lo que se refiere a los hechos directamente apreciados o comprobados documentalmente o mediante testimonios allí recogidos, lo que no alcanza a los juicios de valor del inspector, pero en todo caso ese valor probatorio no es sino 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); pues bien, no cabe duda que la extensa acta elaborada por los dos controladores que visitaron la granja cumple con la carga que a la Administración le es debida, en la medida en que ese documento constata hechos directamente observados por los funcionarios, al margen de la correcta o incorrecta imputación (que luego se analizará) o de que en algún momento llegue a calificar esos hechos como actitud obstruccionista, calificación que le correspondería, en su caso, al instructor.

Y en lo concerniente a la prueba aportada de adverso para neutralizar los efectos de la imputación realizada cabe indicar que en la vía administrativa, al margen de los alegatos ofrecidos, sólo entregó el interesado la copia de un parte de alta por incapacidad temporal del cuestionado operario, prueba que se pretende ampliar en esta jurisdiccional mediante el reconocimiento judicial de la granja para acreditar que la quesería se puede inspeccionar desde fuera, pruebas que no sirven en modo alguno para dar luz al extremo que aquí interesa y que no es otro que el de calificar el comportamiento del imputado el día de la actuación inspectora y, lo que es más importante, subsumirlo dentro de las normas que se acaban de transcribir, que no tipifican como conductas infractoras las quejas por el entorpecimiento de la actividad empresarial ni los insultos si con ello no se perturba o impide la labor inspectora, de modo que aunque tales conductas podrían merecer un reproche de urbanidad o penal -de haberse producido-, no podrían determi-

nar nunca una sanción laboral, como así sucedió en el presente caso; pero tampoco se puede sancionar al empresario por las conductas de personas ajenas que perturben, retrasen o impidan la labor inspectora, de modo que si el hijo del titular de la explotación demoró la actuación inspectora con llamadas innecesarias y, posiblemente, tendentes a advertir a sus compañeros sobre la presencia de los funcionarios, a él y no a su padre tenía que habersele sancionado por la comisión de una infracción grave de las contempladas en el artículo 49.1 de la LISOS, en tanto que la negativa a facilitar la información sobre una persona que ya no trabajaba en la granja —de haberse producido— no constituye infracción alguna, pues no se encuentra recogida en el número 3 de ese artículo, ello sin olvidar que, además, se anuda ese comportamiento a la condición de empresario, representante o persona de su ámbito organizativo, lo que no se ha probado que sea el caso, ni se infiere por el hecho de ser el autor hijo del titular de la explotación pecuaria.

Despejada la falta de tipicidad de las conductas descritas, sólo resta referirse a la negativa a facilitar la entrada o la permanencia del controlador laboral en la quesería, conducta que no sólo está suficientemente probada por el contenido del acta, sino que, además, ha sido reconocida de forma tajante y expresa con fundamento en la necesidad de que dispusiera de una determinada vestimenta y calzado por razones de higiene y de que se conservara una determinada temperatura por el delicado proceso de fermentación del queso, circunstancias que, con ser ciertas, no se corresponden con otras conductas descritas en el acta y sobre las que guarda silencio la demanda, tales como que la nuera del demandante y encargada de la quesería había entrado desde el exterior, donde llovía, con las mismas ropas que traía y había manchado el suelo, así como que había dejado abierta durante un tiempo una cámara del recinto; no obstante, estas circunstancias son aquí intrascendentes, ya que la negativa a facilitar el acceso a esas instalaciones no supone infracción alguna, puesto que pese a la genérica redacción del artículo 49.3.1 de la LISOS, es necesaria la exigencia de un plus, que es el de la legitimación o potestad del funcionario para la entrada en ese centro de trabajo, de modo que tal exigencia sólo podría venir amparada en la necesidad de realizar la función propia y específica del controlador labo-

ral, lo que conduce a tener presente lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real decreto 1.667/1986, de 26 de mayo, por el que se regulan las funciones y atribuciones de los controladores laborales, que faculta a estos funcionarios para entrar en cualquier momento en los lugares de trabajo objeto de su ámbito de competencia, que se ciñe a la comprobación y control en materia de empleo y Seguridad Social, sin perjuicio de su colaboración en la investigación y señalamiento de bienes susceptibles de embargo en la vía ejecutiva o en la identificación del sujeto deudor o responsable solidario o subsidiario, actuaciones que nada tienen que ver con las que podía perseguir con la entrada en un recinto donde se elaboraba queso y sí, en cambio, con las que dirigió frente al hijo del demandante.

En definitiva, no puede afirmarse que el señor V.R. fuera responsable de la información —correcta o incorrecta, suficiente o no— que hubiera facilitado su hijo, ni tampoco que hubiera obstruido la actuación inspectora que con excesivo celo pretendía realizar el controlador laboral cuando exigió la entrada en el recinto de quesería, si a mayores se advierte que desde el exterior resultaba visible el interior de la quesería, razones todas que nos llevan a la desestimación del recurso y anulación de la resolución impugnada y la sancionadora de que traía su causa.

TERCERO.- 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 interpuesto por don A.V.R. contra Resolución de 16.06.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción número 1.577/96; expediente número 7.028/97, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, en consecuencia, anulamos la resolución impugnada y la sancionadora de que trae su causa. No se hace condena en costas.

3614 Recurso nº 9.211/1998

S.CA. LIBRO DE MATRÍCULA DO PERSOAL: SANCIÓN POR NON LEVALO EN ORDE E Ó DÍA. CAMBIO A XORNADA COMPLETA SEN FIGURAR INSCRITA A SÚA BAIXA NIN A SÚA NOVA ALTA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a treinta de abril de dos mil dos.

En nome do 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 9.211/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "I.E.P., S.L.", con D.N.I. número ..., domiciliado en A Coruña, representado y dirigido por el Letrado don J.M.S.E., contra Resolución de 22.07.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra, sobre acta de infracción num. 1.168/96; expte. Num. 2.994/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 300 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 conclusio-

nes, se señaló para votación y fallo el día 29 de abril de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna a través del presente recurso contencioso-administrativo resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 22 de julio de 1998, que desestimó recurso ordinario interpuesto contra resolución del Director Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra de fecha 27 de enero de 1997, derivada de acta de infracción nº 1.168/96, por la que se impuso a la entidad recurrente sanción de multa de 50.001 pesetas, por comisión de infracción grave tipificada en el artículo 14.1.3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, en relación con los artículos 101.1 LGSS y 2.1 de la OM de 7 de julio de 1967.

SEGUNDO.- Limitando la actora su discrepancia a la supuesta incorrecta tipificación de la conducta, debe comenzarse indicando que la resolución sancionadora subsumió los hechos en el tipo de infracción previsto en el artículo 14.1.3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, que considera como infracción grave, de acuerdo con lo establecido en el artículo 101.1 de la LGSS, el no llevar en orden y al día el Libro de Matrícula de Personal.

La concurrencia de ese supuesto en el presente caso es algo que resulta claramente del contenido del acta de infracción, al indicarse en ella que si bien en el Libro de Matrícula figura el trabajador de que se trata con fecha de alta de 25 de noviembre de 1995, no figura inscrita su baja en la empresa ni su nueva alta de fecha de 12 de junio de 1996, lo que no se discute por la recurrente.

No obsta a la correcta subsunción de dicha conducta en el expresado supuesto-tipo infraccional la alegación de la recurrente en el sentido de que sólo en los supuestos de "inicio de la prestación, baja o cambio de categoría profesional, existe obligación de plasmarlos en el Libro de Matrícula, pero no en el presente caso, en que únicamente se convierte una jornada a tiempo parcial en otra a jornada completa", pues olvida cuando así argumenta que ese cambio a jornada completa conllevó la baja y nueva alta del trabajador, y es lo cier-

to que la baja no se anotó en el lugar que le correspondía cronológicamente, además de no indicarse la fecha de la baja en la inscripción inicial del alta, como exige el artículo 51.2 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero, que la recurrente cita, ni se procedió a verificar una nueva inscripción del alta en el Libro de Matrícula, como exigía la OM de 7 de julio de 1967.

TERCERO.- No hay, consiguientemente, vulneración del principio de tipicidad, procediendo, por ello, desestimar el recurso, sin que se aprecien méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado don J.M.S.E., en representación de la entidad "I.E.P., S.L.", contra resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 22 de julio de 1998, que desestimó recurso ordinario interpuesto contra resolución del Director Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra de fecha 27 de enero de 1997, derivada de acta de infracción nº 1.168/96; no hacemos especial imposición de costas.

3615 Recurso nº 9.078/1998

S.CA. ACTAS DE INFRACCIÓN DA INSPECCIÓN DE TRABALLO: PRESUNCIÓN FÁCTICA DE VERACIDADE MÁIS PRÓXIMA Ó CONCEPTO DE MEDIO DE PROBA. ACTIVIDADE PROBATORIA E VALORACIÓN DA MESMA LÓGICA E RACIONAL. MOTIVACIÓN DOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: MEDIDA INSTRUMENTAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

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 9.078/98, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por la entidad "A., S.L.", domiciliada en ... (Lugo), representada por el procurador don X.L.V. y dirigida por el letrado don J.A.C.S.J., contra resolución de 27.06.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra sobre acta de infracción número 1.064/96. Expediente número 6883/976. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es MIL OCHOCIENTOS TRES EUROS (1.803 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 veintitrés de abril de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna a través del presente recurso contencioso-administrativo resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 27 de julio de 1998, que desestimó recurso ordinario interpuesto contra resolución del Director Provin-

cial de Trabajo de Pontevedra de fecha 3 de abril de 1997, derivada de acta de infracción nº 1.064/96, por la que se impuso a la entidad recurrente sanción de multa de 300.000 pesetas, por comisión de infracción grave tipificada en el artículo 14.1.2 de la Ley 8/88, de 7 de Abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

SEGUNDO.- Las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aparecen dotadas, en cuanto a su descripción fáctica, de una presunción de veracidad que deriva del artículo 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de Abril (aplicable al tiempo de producirse la supuesta infracción y extenderse el acta), cuyo precedente se halla en el artículo 38 del Decreto 1.860/1975 de 10 de Julio; pero no se trata de una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, ni siquiera de una presunción propiamente dicha (dado un hecho se presume otro) sino que se trata de un medio de prueba al que la Ley otorga capacidad para destruir la presunción de inocencia y fundar por sí sola una resolución administrativa sancionadora. Como tal medio de prueba, su valor probatorio puede ser enervado por otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ya que nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos, lo cual no supone estrictamente invertir la carga de la prueba sino actuar contra el acto de prueba aportado por la parte contraria, debiendo ceder y decaer la presunción de que se trata cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos.

TERCERO.- En el presente caso, el acta de infracción reúne los requisitos normativamente establecidos, en cuanto que señala los hechos comprobados por el Inspector de Trabajo actuante, destacando los relevantes a los efectos de la tipificación de la infracción y la disposición infringida, con expresión de los preceptos vulnerados, admitiéndose por la entidad recurrente que tales hechos tuvieron como medio de conocimiento las manifestaciones de la trabajadora accidentada, doña M^a.M.S.F., tal y como se señala por el Inspector en el informe posterior a las alegaciones de la empresa recurrente.

CUARTO.- Tal y como resulta de lo expuesto, no puede negarse que en el caso hubiere existido actividad probatoria, aún cuando, realmente, no parece que sea eso lo

que se discute por la recurrente sino que de lo que ésta parece discrepar es, propiamente, de la valoración que de esa prueba se ha hecho.

Sobre ello ha de decirse que, superando una opinión jurisprudencial que entendía desvirtuada la presunción de inocencia con la simple constatación de la existencia de prueba incriminatoria practicada con las debidas garantías, sin exigencia adicional alguna, hoy se viene extendiendo también el contenido esencial de aquel derecho a la exigencia de una valoración lógica o no arbitraria de las pruebas practicadas en el procedimiento, de manera tal que si la actividad probatoria ha existido pero su valoración por parte del órgano llamado a decidir el expediente no resulta ajustada a los cánones de la lógica o del criterio racional habría lesión del derecho a la presunción de inocencia.

Pues bien, a la vista de los hechos que se recogen en la citada acta de infracción, en modo alguno puede decirse que la valoración que la Administración ha efectuado de aquellos hechos se ajuste a criterios arbitrarios o ilógicos, poseyendo aquel elemento virtualidad suficiente para evidenciar al órgano administrativo sancionador la existencia de los hechos imputados y la responsabilidad de la entidad recurrente.

QUINTO.- La realidad probatoria constituida por las actuaciones de la inspección desplaza sobre la recurrente la carga de aportar las pruebas precisas para demostrar que los hechos descritos por la inspección no se ajustan a la realidad, lo que no excluye la posibilidad en que se encuentra tal recurrente de librarse de aquel desplazamiento de la carga de la prueba acreditando que no se ha realizado actividad alguna dirigida a obtener la convicción reflejada en el acta o bien que la actividad realizada no tuviera ninguna relación con los hechos que se describen como ciertos en tal acta. Lo cierto, sin embargo, es que esa acreditación no ha tenido lugar, por lo que debe permanecer intacta la veracidad de la descripción fáctica descrita en el acta, de la que se desprende la existencia de la infracción que asimismo se indica en ella y, como antes se dijo, la responsabilidad de la recurrente, ello sin necesidad de traer a colación la circunstancia de que ya esta Sala, en sentencia recaída en el recurso 10.102/97, formulado en relación con resolución que impuso a la recurrente sanción por infracción del artículo 47.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Pre-

vención de Riesgos Laborales, tuvo por cierto el hecho de que estando doña M^a.M.S.F. prestando servicios para la empresa “A., S.L.” se produjo el accidente de la misma.

SEXTO.- La motivación de los actos administrativos no constituye un rito sacramental, sino una medida instrumental para que se conozcan las razones de la voluntad de la Administración. En el presente caso, los ciertamente muy sucintos razonamientos de la resolución sancionadora, y aún de la que la confirma, se ven complementados por la aceptación que en ellas se hace del acta de infracción extendida precedentemente por la Inspección de Trabajo, acta cuyo contenido exterioriza las razones que justifican la decisión administrativa, de forma que la recurrente no se vio imposibilitada para conocer los motivos que fundaron esa decisión administrativa ni para rebatirlos, razón por la cual, aún careciendo aquellas resoluciones de una deseable más completa fundamentación jurídica, no puede esta incorrección rituaría producir el pretendido efecto anulatorio del acto, procediendo, consecuentemente, rechazar la alegación de falta de motivación.

De igual forma ha de rechazarse la invocada supuesta infracción del artículo 89.1 de la LRJPAC, en relación con los artículos 3.2 y 35 de la misma, pues lo que exige el mencionado artículo 89.1 es que deben decidirse las cuestiones planteadas por los interesados, como así se hizo, pues el término cuestión debe ser asimilado a pretensión y la pretensión de la recurrente fue resuelta, sin que la pretensión pueda confundirse con las alegaciones que se hicieran en apoyo de las mismas.

SEPTIMO.- Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso, sin que se aprecien méritos para hacer especial condena en costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador don X.L.V., en representación de la entidad “A., S.L.”, contra resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 27 de julio de 1998, que desestimó recurso ordinario interpuesto contra resolución del Director Provincial de Trabajo de Pontevedra de fecha 3 de abril de 1997, derivada de acta de infracción n° 1.064/96; sin especial imposición de costas.

3616 Recurso núm. 1.272/03

S.S. IMPROCEDENCIA DA IMPOSICIÓN Ó TRABALLADOR DE SANCIÓN DISCIPLINARIA, Ó NON MEDIAR MALTRATO DE PALABRA A SUPERIORES QUE MEREZA A CONSIDERACIÓN DE FALTA MOI GRAVE.

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

A Coruña, a cinco de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.272/2003 interpuesto por don J.M.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.V. en reclamación de SANCIÓN siendo demandado “A., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 800/2002 sentencia con fecha diecinueve de diciembre 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.- Don J.M.V., con DNI número ..., viene prestando servicios para la empresa “A., S.L.”, domiciliada en Vigo, desde el 06.11.00, con la categoría profesional de Oficial 1^a, con una retribución bruta mensual de 1.489,12 Euros, incluido prorrateo de pagas extras. Segundo.- Con fecha de 08.11.02, la empresa le notificó la siguiente carta de sanción: “Muy señor nuestro: La Dirección de esta Empresa acordó imponerle la sanción que más abajo se expresa por la comisión de los hechos que a continuación se detallan: El día 4 de octubre de 2002 a las 10 horas y 20 minutos se encontraban reunidos en la explanada de producción del astillero Hijos de J. Barreras de Vigo don J.A.S.M. (Director de Produc-

ción); don A.F. (Técnico de Organización); don V.V.C. y don J.F. (Encargados de Fabricación) resolviendo temas directamente relacionados con la ejecución de diversos trabajos, cuando Ud. De forma airada y a voz en grito recriminó a don V.V. que no le había sido entrada la hoja de la nómina en el Pañol.- A ello y de forma educada le respondió el interpelado: la persona que se encuentra en el pañol no está autorizada a entregar las hojas de nómina. Sólo el Sr. A.F. lo está.- De nuevo de forma airada y en voz alta se dirigió a don A.F. le dijo: "Tengo derecho a mi nómina, a saber lo que gano, y a que se me entregue en horario laboral".- A ello el interpelado de forma educada manifestó: "Que por órdenes recibidas del Jefe de Recursos Humanos las nóminas se entregan a las 14,55 horas; a las 17,50 horas y a las 18,50 horas, y dentro de los cinco primeros días de cada mes".- Se volvió a todo el grupo y nuevamente en voz alta le espetó al Sr. A.R.: "Tú parece que tienes pocos estudios, no sabes lo que dices porque yo he estudiado de noche y sé lo que digo. E iré a las 14,30 horas a recogerla".- En este punto intervino don J.A.S.M. manifestándole a Ud: "Sr. M., relájese y no levante la voz. La recuerdo que la norma de no entregar cualquier la nómina es para proteger sus datos ya que no deben ser conocidos por sus compañeros de trabajo".- Aún con todas estas explicaciones Ud. Siguió profiriendo gritos manifestando su derecho a recibir la nómina y a que se le entregase a su requerimiento.- Los hechos expuestos constituyen una falta muy grave de las tipificadas en el artículo 68.J) del vigente convenio colectivo para industrias del metal de la provincia de Pontevedra, que se ve agravada por abandonar su puesto de trabajo para formular reclamaciones indebidas y fuera de tiempo y forma, por lo que se acuerda imponerle una suspensión de empleo y sueldo de siete días de duración que comenzará a cumplir el día 9 de octubre de 2002, debiéndose incorporar a su puesto de trabajo el día 16 de octubre de 2002.- Lo que ponemos en conocimiento de Ud. Para los efectos oportunos, rogándole firme la copia de esta comunicación como acuse de recibo". Tercero.- Se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación, que resultó sin efecto. Cuarto.- El artículo 68.J) del convenio colectivo de trabajo para las empresas del metal, dispone. Se considerarán faltas muy graves las siguientes: "Los malos tratos de palabra u obra, la falta de respeto y consideración a sus superiores o a los familiares de éstos, así como a sus compañeros/as de traba-

jo, proveedores y clientes de la empresa". El artículo 69, señala las sanciones máximas que podrán imponerse por la comisión de las faltas señaladas: apartado c) Por faltas muy graves, suspensión de empleo y sueldo de 21 a 60 días (además de amonestación o despido) y en el apartado b) por faltas graves, suspensión de empleo y sueldo de 2 a 20 días (además de Amonestación). Quinto.- El pasado día 4 de octubre, tal como se señala en la carta de sanción, el trabajador en alta voz se dirigió al Sr. V., cuando se hallaba reunido con otras personas, entre ellos dos jefes inmediatos del actor, advirtiéndole sobre el porqué no se le entregaba la nómina; el Sr. V. se apartó uno o dos pasos del grupo, y el Sr. F. Jefe de Obra, advirtió al demandante que como sabía las nóminas se entregaban a las horas establecidas; el trabajador levantó la voz y en un tono excesivo, interviniendo también don J.A.S.M., director de producción de la empresa. El resto de los hechos de la carta ha quedado demostrado."

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

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.M.V., contra la empresa "A., S.L", absolviendo a dicha empresa de las pretensiones de la demanda, confirmando la sanción interpuesta así como la calificación de la falta imputada al trabajador como muy grave."

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 el demandante en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se revoque asimismo la sanción que le fue impuesta por la comisión de falta muy grave, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.C LPL denuncia en un motivo único de suplicación la infracción de los arts. 68.J) y 69.B) y C) del Convenio Colectivo Provincial para las empresas del Metal de Pontevedra.

SEGUNDO.- La infracción denunciada se ha de examinar considerando que son HDP (incombatidos en suplicación) los fundamentales siguientes: A) El recurrente viene prestando servicios para "A., S.L" desde el

06.11.00 como oficial 1ª.B) El día 08.10.02 la empresa le notificó la carta de sanción que se transcribe en el HP 2º; siendo la sanción impuesta la de suspensión de empleo y sueldo de 7 días por hechos acaecidos el día 04.10.02 y tipificados en el art. 68.J) del Convenio aplicable. Y C) De conformidad con el HDP 5º, lo sucedido el día 04.10.02 fue lo siguiente: “El pasado día 4 de octubre, tal como se señala en la carta de sanción, el trabajador en alta voz se dirigió al Sr. V., cuando se hallaba reunido con otras personas, entre ellos dos jefes inmediatos del actor, advirtiéndole sobre el porqué no se le entregaba la nómina; el Sr. V. se apartó uno o dos pasos del grupo y el Sr. F., Jefe de Obra, advirtió al demandante que como sabía las nóminas se entregaban a las horas establecidas; el trabajador levantó la voz y en un tono excesivo, interviniendo también el Sr. S.M., director de producción de la empresa. El resto de los hechos de la carta ha quedado demostrado.

Asumiendo íntegramente este relato fáctico, argumenta, en lo esencial, el recurrente que resulta completamente desproporcionado considerar su conducta “un incumplimiento contractual con la entidad y gravedad que implica la comisión de una falta muy grave con la trascendencia disciplinaria de la misma...”.

TERCERO.- Dispone el art. 68.J) del Convenio Colectivo de trabajo para las empresas del Metal que se considerarán faltas muy graves “los malos tratos de palabra u obra, la falta de respeto y consideración a sus superiores o a los familiares de éstos, así como a sus compañeros/as de trabajo, proveedores y clientes de la empresa”. El artículo 69, señala las sanciones máximas que podrán imponerse para las faltas leves, graves y muy graves, estando tipificadas en los arts. 66, 67 y 68 las conductas consideradas como tales faltas.

Ciertamente, en el caso presente no se aprecia la existencia de falta tipificada en este precepto (con referencias ciertas en lo contemplado en el art. 54.2. C ET), que en todo caso se ha de considerar en función de que la conducta del trabajador ha de contener la gravedad y culpabilidad que son propias a las faltas muy graves. Máxime cuando en materia sancionatoria se ha venido haciendo hincapié (STSJ Galicia de 19.01.01) en que en la valoración de las conductas no cabe emplear meros criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos

los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos), aplicando un planteamiento que no sólo sea individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de manera gradualista y buscando la necesaria proporción entre la infracción y sanción.

Y es que lo llevado a cabo por el actor el día 04.10.02 se agota en que en voz alta se dirigió al encargado de fabricación Sr. V.V., cuando se hallaba con otras personas, entre ellos dos jefes inmediatos del actor, inquiriéndole sobre el porqué no se le entregaba la nómina, levantando de nuevo la voz el demandante y utilizando “un tono excesivo”. Esto, que es lo declarado expresamente en el HP 5º, y el resto de la carta de sanción en lo que le sirva de contexto, que genéricamente se dice en el HP 5º “ha quedado demostrado” y que, aparte de una frase sobre estudios dirigida a don A.F., lo que en esencia explicita es que el actor manifestaba a gritos su derecho a recibir la nómina y a que se le entregase a su requerimiento, no encierra el maltrato de palabra u obra, la falta de respeto y consideración que se contempla en el Convenio colectivo como falta muy grave. Sin insultos ni palabras ofensivas (y así se reconoce expresamente en el fundamento jurídico 2º de la sentencia recurrida), hubo, en esencia, una reclamación del trabajador efectuada ante varios cargos empresariales en alta voz y “tono excesivo” a fin de que le fuera entregada la nómina como pedía, en todo caso (art. 29 ET) un derecho propio del trabajador, sin que la reclamación misma y las expresiones y formas que la acompañaron, al margen de su mejor o peor oportunidad y fortuna, de su aspereza o déficit de educación, fueran o resultaran realmente insultantes o vejatorias y abierta y directamente irrespetuosas para los presentes ni revelasen intención en tal sentido. En suma, la conducta del actor carece objetivamente de los requisitos intrínsecos, de la entidad y trascendencia que ha de tener una falta disciplinaria muy grave como la tipificada en el art. 68.J) del Convenio Colectivo, esgrimido por la empresa al efecto, sin que por otra parte aparezca contemplada en los términos precisos de aplicación en el catalogo de faltas de menor entidad del convenio y del que según el art. 64 del mismo dispone la empresa, careciendo de dimensión disciplinaria; como tampoco revela la culpabilidad asimismo exigible. En sí misma y en las circuns-

tancias concurrentes; en lo que no influye la alusión contenida en la carta de sanción relativa a un “agravamiento” de la falta que imputaba por dejar el puesto para hacer “reclamaciones indebidas”, irrelevante en el contexto y conducta integral de que se trata. Así pues, la sanción impuesta por la empresa es improcedente, acogiéndose la infracción denunciada en suplicación, de tal modo que con estimación del recurso interpuesto y revocación de la sentencia de instancia, procede dar lugar a lo interesado por la parte recurrente, en los términos correspondientes y de conformidad con el art. 115.b) LPL.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.M.V., revocamos la sentencia de fecha 19.12.02 dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo en autos nº 800/02; y en consecuencia, estimando la demanda interpuesta por don J.M.V., declaramos improcedente la sanción que por la comisión de falta muy grave le fue impuesta por la empresa demandada “A., S.L” y la revocamos, condenando a la citada empresa a estar y pasar por tal declaración con las consecuencias de ello derivadas.

3617 Recurso núm. 177/03

S.S. CONSECUENCIAS XURÍDICAS DO ABANDONO DO TRATAMENTO MÉDICO PRESCRITO POR PARTE DE BENEFICIARIO EN SITUACIÓN DE INCAPACIDADE TEMPORAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antonia Rey Eibe

A Coruña, a ocho de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 177/2003 interpuesto por don J.F.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.F.V. en reclamación de IMPUGNACIÓN DE ALTA MÉDICA siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 559/2002 sentencia con fecha treinta de septiembre 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:

“1.- El demandante, don J.F.V., mayor de edad, con D.N.I. nº ... está afiliado a la Seguridad Social con el nº ... 2.- En fecha 14.02.02 fue dado de baja médica con el diagnóstico de depresión, emitiéndose parte de baja por parte del Sergas. 3.- En fecha 29.04.02 el actor fue dado de alta médica por el SERGAS. 4.-El actor no está de acuerdo con dicha alta y en fecha 03.05.02 presenta reclamación previa frente al Servicio Galego de Saúde, solicitando la anulación del parte de alta médica, dictándose resolución en fecha 25.06.02 por el Servicio Galego de Saúde desestimando la reclamación previa. 5.- En fecha 09.07.02 el actor don J.F.V. interpuso demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Servicio Galego de Saúde sobre impugnación de alta médica solicitando se anule el parte de alta médica emitido por el Servicio Galego de Saúde de fecha 29 de abril de 2002, manteniendo al actor en situación de baja médica, con las consecuencias legales y económicas previas, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración. 6.-En fecha 02.05.02 el Servicio de Psiquiatría del Xeral-Calde emite un informe médico que dice: “Don J.F.V. sigue tratamiento en esta consulta por cuadro compatible con depresión mayor, con persistencia de clínica de anhedonia, aburrimiento. Sigue pese al tratamiento psicofarmacológico, sin estar en condiciones de realizar su actividad laboral”. 7.- En fecha 23 de julio de 2002 se emite por el Centro “B., S.A.” de Hospitales de Llobregat el resultado de la analítica practicada al actor, donde se dice Venlafaxia (dobupal; vandral) en suero; resultado 51 ng/ml; valores terapéuticos 35-220 ng/ml.”

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

“FALLO: Se desestima la demanda formulada por don J.F.V. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SERVICIO GALEGO DA SAÚDE, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la demanda.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por la actora sobre impugnación de alta médica, recurre en suplicación dicho demandante solicitando en primer término al amparo del art 191.b de la LPL revisión de hechos probados, en concreto la revisión del ordinal tercero así como la adición de un nuevo hecho probado en los términos que propone en su escrito de recurso. Se basa la modificación en los documentos obrantes a la causa a los folios 17.bis), 21, 23 y 38, consistentes en la hoja del servicio de psiquiatría del hospital Xeral Calde de Lugo y en la ficha del actor obrante en el expediente administrativo del SERGAS.

La revisión no se admite por cuanto que además de que dichos informes médicos ya han sido tenidos en cuenta por la magistrada de instancia para dictar la resolución recurrida es constante doctrina jurisprudencial (por todas S TS 03.05.90) la que en supuestos de coexistencia de varias pruebas periciales y documentales que presenten conclusiones plurales en divergencia, tan sólo podrán invocarse en apoyo del error invocado aquellas pericias médicas emitidas por organismos profesionales que evidencien una mayor solvencia o relevancia científica que las que sirvieron de base al magistrado para formar su convicción. Además ha de respetarse, en principio la apreciación de la prueba pericial realizada en la instancia, salvo que existan razones suficientes para considerar que tal apreciación es contraria a las reglas de la sana crítica a que se refiere el art 348 de la LEC y art 97.2 de la LPL, lo que no sucede en el supuesto que nos ocupa en el que el juzgador de instancia tuvo en cuenta para la redacción fáctica el informe

emitido por el SERGAS tras haber examinado los informes médicos de la seguridad social unidos a las actuaciones. A la misma conclusión se llega en cuanto a la revisión de los hechos probados sexto y séptimo y por los mismos motivos, al estar fundamentada la revisión en el informe médico del psiquiatra de cupo y en el resultado de la analítica obrante a la causa al folio 23.

SEGUNDO.- En sede jurídica y con correcto amparo procesal en el art 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción por interpretación errónea de los arts 128, 131.bis) y 132 de la L.G.S.S, así como del art 11.4 de la L.G.S.

Del contenido de la sentencia de instancia se acredita que la causa del alta médica fue que el actor en la fecha de dicha alta, el 29.04.02 no seguía ningún tratamiento, siendo su médico de cabecera quien informó a la inspección médica que el actor había abandonado la medicación.

La censura jurídica que se denuncia ha de prosperar pues aún admitiendo que existió abandono del tratamiento, el art. 132 de la L.G.S.S. establece que el derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado anulado o suspendido. A la suspensión alude el número dos del citado precepto, estableciendo que el derecho al subsidio podrá ser suspendido “...cuando sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado”. En consecuencia, como ya ha sido resuelto por esta Sala en sentencias de 21.06.00 y 11.05.01, entre otras, no cabe aceptar el razonamiento de la sentencia recurrida que ratifica el Alta médica de la entidad gestora por “abandono de tratamiento”, y que incluso reitera el SERGAS en la contestación a la demanda y en el escrito del recurso al invocar expresamente en apoyo de su pretensión el art. 132 de la L.G.S.S., ya que el precepto legal que contempla la situación de abandono de tratamiento, esto es, el citado precepto legal señala un efecto jurídico distinto del acordado por el SERGAS y ratificado por la sentencia de instancia, por cuanto que si el beneficiario abandona el tratamiento sin causa justificada el efecto jurídico consiguiente no puede consistir en decretar el alta médica, si realmente el paciente se halla necesitado de tratamiento médico e impedido para el trabajo, la consecuencia o el efecto jurídico que acarrea el abandono del tratamiento es la suspensión del subsidio a que el beneficiario tiene derecho mientras se encuentra de baja laboral. A dife-

rencia de lo que ocorre con la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para exámenes y reconocimientos médicos en los que el art 131.bis) de la L.G.S.S. regula expresamente como causa de extinción de la situación de Incapacidad Temporal.

TERCERO.- En el caso que nos ocupa, cuando el actor fue dado de Alta médica por el SERGAS, la única causa que se alegó como tal, a lo largo del procedimiento fue el “abandono del tratamiento”, es más ni siquiera la causa del alta constaba en el impreso donde se acordaba la misma, y el cuadro clínico que presentaba el demandante, por el tratamiento al que después se sometió, y de los informes médicos de la seguridad social unidos a las actuaciones se refleja que dicho demandante aún estaba incapacitado para desempeñar su trabajo, de ahí que el único efecto previsto en el art 132.2 de la L.G.S.S. no sería acordar el Alta médica, y la extinción de las prestaciones por dicha situación, sino sólo la posibilidad de suspensión de las mismas, por lo que procede acoger tal motivo de recurso.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.F.V. contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número tres de Lugo de fecha 30.09.02 revocamos la resolución recurrida dejando sin efecto el Alta médica de fecha 29.04.92.

3618 Recurso núm. 1.159/03

S.S. PROCEDENCIA DA SUSPENSIÓN DO PROCEDEMENTO LABORAL SANCIONADOR POR TRAMITACIÓN DE PROCESO PENAL CONTRA O TRABALLADOR SANCIONADO, COA CONSEQUENTE INTERRUPCIÓN DOS PRAZOS PARA IMPORLLE SANCIÓN DISCIPLINARIA CONSISTENTE EN SUSPENSIÓN DE EMPREGO E SOLDADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a nueve de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.159/03 interpuesto por don J.L.B.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.B.F. en reclamación de SANCIÓN siendo demandada la CONSELLERÍA DE ASUNTOS SOCIAIS-XUNTA DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 758/02 sentencia con fecha veinte de diciembre 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.- Don J.L.B.F., con D.N.I. núm. ..., viene prestando servicios APRA la Consellería de Asuntos Sociais de la Xunta de Galicia, como personal laboral fijo, en la Residencia Asistida de la Tercera Edad de Vigo, con la categoría de Oficial 1º Administrativo y un salario de 1.202,59 euros mensuales. 2º.- Con fecha 26 de febrero de 2001 la Dirección de la Residencia Asistida de la 3ª Edad de Vigo, remite a la Dirección Provincial de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais propuesta de Inicio de Expediente disciplinario y suspensión cautelar de empleo, contra el actor, acompañando propuesta, informe-resumen, de hechos ocurridos el 23.02.01 y parte judicial. 3º.- Con fecha 28.02.01, el Secretario General acuerda la incoación de Expediente disciplinario a don J.L.B.F., por la presunta comisión de hechos que pudieron constituir falta muy grave del artículo 49.3.c) 14 del III Convenio Colectivo Único de la Xunta de Galicia por “malos tratos de palabra y obra con trabajadores de superior e inferior categoría, compañeros/as y público”. Se nombra instructor a don F.J.L.S. y Secretaria a doña Mª.O.S.S., acuerdo que se notifica al actor el 7 de marzo (folios 32 a 40). 4º.- Con fecha 12 de marzo de 2001, se remite por la Secretaría Provincial de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, a la Dirección Provincial de la misma en Vigo, documentación consistente en informe de la Administradora de la Residencia 3ª Edad, informe del responsable de Área, denuncia de funcionarios, informe de jefe de

servicios, fotocopia parte judicial, fotocopia escrito 482, remitiendo parte judicial de lesiones al Juzgado de Guardia (folios 41 a 55). 5º.- El 13 de marzo de 2001, se remite situación al demandante por el Instructor del Expediente para que compareciera el 21 de marzo en la Dirección Provincial, con el fin de oírlo en declaración. Se remite por correo certificado con acuse de recibo, que se recibe el 27 de febrero. 6º.- El 19 de marzo se remiten por doña A.A.F. y doña Mª.C.R., sendos escritos de recusación del Instructor. 7º.- Con fecha 28 de marzo de 2001, el demandante remite escrito al Instructor, en el que entre otras cosas solicita la paralización del expediente o proceso abierto hasta que el trabajador estuviere en condiciones de salud. Con el escrito se acompañan parte médico del Xeral-Cíes e informes médicos. 8º.- En fecha 10 de abril, por correo certificado con acuse de recibo, se notifica por el Instructor al hoy actor, que deberá comparecer para ser oído el 18 de abril de 2001 a las 11 horas. El acuse de recibo aparece firmado por el actor el 25 de abril. 9º.- El 6 de abril se notifica a las recusantes, resolución denegatoria de la recusación del Instructor. 10º.- El 3 de mayo el Instructor comunica a la Secretaría General, que de los hechos pudiera deducirse la existencia de una falta que pudiera ser constitutiva de delito o de falta, por si estimase conveniente dar cuenta al Misterio Fiscal. Los funcionarios denunciante solicitaron del Instructor la comunicación de los hechos al Ministerio Fiscal. 11º.- Con fecha 23.04.01, por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Vigo, se remite al actor cédula de citación, para la celebración del oportuno juicio de faltas, como denunciado. 12º.- Con fecha 14 de mayo, el Secretario General de la Consellería, acuerda decretar la suspensión provisional del expediente disciplinario, incoado el 28.02.01 contra don J.L.B.F. 13º.- El 20 de junio, por la Delegada Provincial, se remite al Secretario General informes de la Residencia Asistida 3ª Edad de Vigo (folios 184 a 204). 14º.- Con fecha 21 de junio de 2001, por el Conselleiro de Sanidad, se acordó declarar en situación de suspensión provisional de las funciones de Oficial 1º administrativo en la Residencia Asistida de la 3ª Edad a don J.L.B.F. 15º.- Con fecha 2 de agosto de 2001, por el Sr. Secretario del Juzgado de Instrucción nº 1 de Vigo, se remite copia de la sentencia recaída en el Juicio de Faltas nº 166/2001, por la que se condena a don J.L.B.F. y otra, como autor de sendas faltas de MALOS TRATOS, del artículo 617.2º del Código Penal a la pena de multa de 30 días a

razón de 1000 ptas diarias y a indemnización conjunta de 50.000 ptas. Contra esa sentencia penal se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial./ 16º.- Con fecha 8 de abril de 2002, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia, en el rollo de apelación 399/2001 dimanante de Juicio de Faltas 166/01, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia. 17º.- Con fecha 24 de abril de 2002, se remite por el Instructor del Expediente a la Secretaría General, las copias de las sentencias dictadas en el procedimiento penal, y del acta de Juicio de Faltas. 18º.- El 25 de abril, por el Secretario General se acuerda el levantamiento de la suspensión del expediente disciplinario interpuesto por el actor. 19º.- Con fecha 6 de mayo de 2002, se realiza por el Instructor pliego de cargos contra don J.L.B.F., (consta a los folios 300 y 301 y se da por reproducido). Este pliego se notifica al actor el 8 de mayo de 2002 por correo certificado con acuse de recibo. 20º.- Con fecha 21 de mayo el trabajador presenta alegaciones, solicitando se tomase declaración a tres personas. El 22 de mayo, el Instructor acuerda denegar la prueba propuesta. 21º.- Con fecha 14 de junio se remite a don J.L.B.F., por correo con acuse de recibo, propuesta de resolución de Expediente disciplinario, de 12 de junio. 22º.- El 26 de junio el repetido don J.L.B.F. remite a la Consellería escrito, que obra al folio 330 (expediente administrativo). 23º.- El 10 de julio de 2002, por la Secretaría General de la Consellería de Asuntos Sociais, se dictó resolución acordando 1º imponer como responsable de falta muy grave del artículo 49.3.c.14 del III Convenio Colectivo Único de la Xunta, la sanción de suspensión de empleo y sueldo por tres meses, conforme al artículo 49.4.c de dicho Convenio. 2º Notificar esta resolución de forma legal. 24º.- Esta resolución se notificó al actor el 17 de julio de 2002º.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.L.B.F., contra la Xunta de Galicia-CONSELLERÍA DE ASUNTOS SOCIAIS, debo absolver y absuelvo a dicha Consellería de las pretensiones de la demanda confirmando la sanción impuesta y la declaración de falta muy grave".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario.

Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte actora, se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que desestimó su pretensión, de que se declare la improcedencia de la sanción impuesta y se condene a la Xunta de Galicia -Consellería de Asuntos Sociais- a reponerle en todos sus derechos; pretendiendo como primer motivo, con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto el ordinal 14, a fin de que se adicione al mismo un texto del tenor literal siguiente: *“Por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Vigo, en sentencia dictada en el procedimiento núm. 498/02, seguido a instancia del actor, se estimó la demanda condenando a la Administración demandada a abonarle la cantidad de 1.671,46 que le fueron deducidos durante el tiempo de suspensión provisional, por considerar que tal medida no está prevista en el Convenio Colectivo Único de la Xunta de Galicia”*. Adición que si bien se acepta, al estar acreditada por la documental, es irrelevante de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho. Interesa igualmente, se adicione al ordinal dieciséis de los hechos probados de la sentencia recurrida, un texto del tenor literal siguiente: *“La Administración demandada no intervino en el juicio de faltas mencionado, como tampoco en su apelación”*. Adición que si bien se acepta al estar acreditado por la documental (folios 275 al 282 de los autos), es igualmente irrelevante a los efectos de la resolución de la litis.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, con adecuado amparo procesal, -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- se denuncia infracción de los arts. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores y 49.1 y 49.8 del III Convenio Colectivo único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia; alegando sustancialmente: A) que en el supuesto de autos se daba la excepción de prescripción al haber transcurrido más de 6 meses, desde que produjeron los hechos y se inició el procedimiento hasta que se notificó la sanción, sin que hubiera quedado interrumpida por la tramitación de un proceso penal, pues la naturaleza de los hechos imputados en la vía penal no impedía la prosecución del procedimiento laboral sancionador hasta su conclusión, pues no gozaba de la naturaleza prejudicial de

aquéllos que pudieran determinar la suspensión del expediente disciplinario, por lo que iniciado el expediente el 28 de febrero de 2001, por la comisión de una falta muy grave, el instructor debería haber propuesto el archivo de las actuaciones o formular pliego de cargos en plazo no superior a un mes (art. 49.1.c) del Convenio Colectivo), lejos de ello se realizaron actuaciones no previstas, a pesar de que la denuncia ante la jurisdicción penal de las presuntas ofendidas ya constaba en el escrito presentado al Director del centro el día 26 de febrero de 2001, y éste tenía conocimiento de los hechos acaecidos, distrayéndose el instructor en trámites innecesarios hasta que, sin que se hubiese formulado pliego de cargos, se acordó la suspensión provisional del expediente por el Secretario General de la Consellería con fecha 14 de mayo de 2001 y, sin ser alzada la suspensión del expediente, con fecha 21 de junio de 2001, el Sr. Conselleiro -con carácter cautelar- decretó la suspensión provisional en funciones del actor por seis meses, y sin entrar en consideraciones de si la suspensión provisional supuso de hecho la reanudación del expediente suspendido, de ello se derivaron efectos no previstos en el régimen sancionador establecido en el art. 49 del Convenio aplicable, (privación de trabajo efectivo durante seis meses y sanción pecuniaria de abonarle el 75% del salario), situación que se resolvió por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Vigo en sentencia dictada en el procedimiento nº 498/02, que fue confirmada por la Audiencia Provincial, dejando sin efecto la suspensión provisional al no estar previsto en el procedimiento sancionador del III Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia. B) que no es aplicable la legislación funcionarial por cuanto el art. 14 del Decreto de la Xunta de Galicia núm. 94/1991 de 20 de marzo, que aprobó el Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Comunidad Autónoma de Galicia, si bien dispone que la apreciación por el instructor de la existencia de un delito o falta no será obstáculo para la continuación del expediente disciplinario hasta su resolución y la imposición de la sanción que proceda, establece como excepción cuando se trate de delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de los derechos de la persona o en el ejercicio de sus cargos, (que no es el caso de autos) en que se trata de personal laboral fijo, al que es aplicable el Estatuto de los Trabajadores, aun cuando actué la Administración como empleadora, entendiéndose en conclusión, que la sentencia vulneraba los preceptos que

se denuncian como infringidos, al no apreciar la prescripción de la falta, sin que exista prejudicialidad penal, citando en apoyo de su pretensión la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22-1-01 (AS 4/01) en la que se señala: “que no pueden considerarse como necesarias para la tramitación del Procedimiento Sancionador las actuaciones intermedias que no estén recogidas en el Procedimiento Sancionador, pues, conforme a lo dispuesto en el capítulo III de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 78 a 86, ambos inclusive), no aparece recogida la necesidad de la suspensión provisional del expediente, sin que pueda pasar desapercibido que en el art. 49.8 de la norma convencional aplicable, se determina que los plazos a que se refiere quedarán interrumpidos por cualquier “acto propio del expediente instruido”, por lo que a “sensu contrario” los actos que no sean propios del mismo, no servirán para interrumpir la prescripción”.

La cuestión que se debate en las presentes actuaciones consiste en determinar, si por los hechos acaecidos el 23 de febrero de 2001 por los que se inició expediente disciplinario laboral el 28 de febrero de ese año, dicho expediente sancionador quedó interrumpido a efectos de prescripción por el ejercicio de la acción penal ante la Jurisdicción de este orden, (como se sostuvo por el Magistrado de instancia), que confirma la sanción interpuesta como falta muy grave, o, si por el contrario –como se pretende por el actor-, el ejercicio de la acción penal en ningún caso interrumpe el procedimiento sancionador, por lo que al haber transcurrido mas de 6 meses, desde que se produjeron los hechos y desde que se inició el procedimiento disciplinario laboral hasta que se notificó la sanción, estaría prescrita, dado que los hechos fueron conocidos de forma inmediata, cabal, plena y completa por la Administración demandada, sin que se exigiera una instrucción penal previa.

Como antecedentes de la cuestión litigiosa, y así se desprende del relato fáctico de hechos probados, (tal como ha quedado redactado), deben destacarse los siguientes: a) Don J.L.B.F., con D.N.I. núm. ..., viene prestando servicios para la Consellería de Asuntos Sociais de la Xunta de Galicia, como personal laboral fijo, en la Residencia Asistida de la Tercera Edad de Vigo, con la categoría de Oficial 1º Administrativo y un salario de 1.202,59

euros mensuales. b) Con fecha 26 de febrero de 2001 la Dirección de la Residencia Asistida de la 3ª Edad de Vigo, remite a la Dirección Provincial de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais propuesta de Inicio de Expediente disciplinario y suspensión cautelar de empleo, contra el actor, acompañando propuesta, informe-resumen, de hechos ocurridos el 23.02.01 y parte judicial. c) Con fecha 28.02.01, el Secretario General acuerda la incoación de Expediente disciplinario a don J.L.B.F., por la presunta comisión de hechos que pudieron constituir falta muy grave del artículo 49.3.c.14 del III Convenio Colectivo Único de la Xunta de Galicia por “malos tratos de palabra y obra con trabajadores de superior e inferior categoría, compañeros/as y público”. Se nombra instructor a don F.J.L.S. y Secretaria a doña Mª.O.S.S. Acuerdo que se le notifica el 7 de marzo. d) Con fecha 12 de marzo de 2001, se remite por la Secretaría Provincial de la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais, a la Dirección Provincial de la misma en Vigo, documentación consistente en informe de la Administradora de la Residencia 3ª Edad, informe del responsable de Área, denuncia de funcionarios, informe de jefe de servicios, fotocopia parte judicial, remitiendo parte judicial de lesiones al Juzgado de Guardia. e) El 13 de marzo de 2001, se cita al demandante por el Instructor del Expediente para que comparezca el 21 de marzo en la Dirección Provincial, con el fin de oírlo en declaración, que se remite por correo certificado con acuse de recibo, que se recibe el 27 de febrero. f) El 19 de marzo se remiten por doña Á.A.F. y doña Mª.C.R., sendos escritos de recusación del Instructor. g) Con fecha 28 de marzo de 2001, el demandante remite escrito al Instructor, en el que entre otras cosas solicita la paralización del expediente o proceso abierto hasta que estuviere en condiciones de salud, con el escrito se acompañan parte médico del Xeral-Cies e informes médicos. h) En fecha 10 de abril, por correo certificado con acuse de recibo, se le notifica por el Instructor, que deberá comparecer para ser oído el 18 de abril de 2001 a las 11 horas, el acuse de recibo aparece firmado por el actor el 25 de abril. i) El 6 de abril se notifica a las recusantes, resolución denegatoria de la recusación del Instructor. j) El 3 de mayo el Instructor comunica a la Secretaría General, que de los hechos pudiera deducirse la existencia de una falta que pudiera ser constitutiva de delito o de falta, por si estimase conveniente dar cuenta al Misterio Fiscal. Los funcionarios denunciados solicitaron del Instructor la

comunicación de los hechos al Ministerio Fiscal. k) Con fecha 23.04.01, por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Vigo, se remite al actor cédula de citación, para la celebración del oportuno juicio de faltas, como denunciado. l) Con fecha 14 de mayo, el Secretario General de la Consellería, acuerda decretar la suspensión provisional del expediente disciplinario, incoado el 28.02.01 contra don J.L.B.F. m) El 20 de junio, por la Delegada Provincial, se remite al Secretario General informes de la Residencia Asistida 3ª Edad de Vigo. n) Por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Vigo, en sentencia dictada en el procedimiento núm. 498/02, seguido a instancia del actor, se estimó la demanda condenando a la Administración demandada a abonarle la cantidad de 1.671,46 que le fueron deducidos durante el tiempo de suspensión provisional, por considerar que tal medida no está prevista en el Convenio Colectivo Único de la Xunta de Galicia. ñ) Con fecha 2 de agosto de 2001, por el Sr. Secretario del Juzgado de Instrucción nº 1 de Vigo, se remite copia de la sentencia recaída en el Juicio de Faltas nº 166/2001, por la que se condena a don J.L.B.F. y otra, como autor de sendas faltas de MALOS TRATOS, del artículo 617.2º del Código Penal a la pena de multa de 30 días a razón de 1000.- ptas diarias y a indemnización conjunta de 50.000 ptas. Contra esa sentencia penal se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, recayendo sentencia el 8 de abril de 2002, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia. o) La Administración demandada no intervino en el juicio de faltas mencionado, como tampoco en su apelación. p) Con fecha 24 de abril de 2002, se remite por el Instructor del Expediente a la Secretaría General, las copias de las sentencias dictadas en el procedimiento penal, y del acta de Juicio de Faltas. q) El 25 de abril, por el Secretario General se acuerda el levantamiento de la suspensión del expediente disciplinario interpuesto contra el actor. r) Con fecha 6 de mayo de 2002, se realiza por el Instructor pliego de cargos contra don J.L.B.F. Este pliego se le notifica r el 8 de mayo de 2002 por correo certificado con acuse de recibo. s) Con fecha 21 de mayo el trabajador presenta alegaciones, solicitando se tomase declaración a tres personas. El 22 de mayo, el Instructor acuerda denegar la prueba propuesta. t) Con fecha 14 de junio se remite a don J.L.B.F., por correo con acuse de recibo, propuesta de resolución de Expediente disciplinario, de 12 de junio. u) El 10 de julio de 2002, por la Secretaría General de la Con-

sellería de Asuntos Sociais, se dictó resolución acordando imponer como responsable de falta muy grave del artículo 49.3.c.14 del III Convenio Colectivo Único de la Xunta, la sanción de suspensión de empleo y sueldo por tres meses, conforme al artículo 49.4.c de dicho Convenio. v) Esta resolución se le notificó el 17 de julio de 2002.

Esto sentado, la censura jurídica formulada no puede prosperar, pues como se declaró en auto del Tribunal Supremo de 20.12.93 para unificación de la doctrina (R.A. 9.976), (que resolvía un supuesto de un despido que tiene lugar antes de dictarse sentencia penal firme), se interrumpe la prescripción de las faltas laborales por la tramitación de causa penal, y la razón de ello estriba en que: *“... cuando esas faltas son o pueden ser constitutivas de delito es en el proceso penal que se siga a tal efecto donde mejor se podrá determinar y conocer la realidad y circunstancias de los hechos acaecidos en relación a tales faltas, y por ello es totalmente conforme a la Ley y a la lógica, el que el plazo de la citada prescripción laboral quede interrumpido hasta que se dicte sentencia en ese proceso penal, para que de este modo el empresario proceda al despido del trabajador con pleno conocimiento de causa y con base en los datos que objetivamente constata esa sentencia; pero esta razón esencial exige que el empresario suspenda su decisión de despedir hasta que se dicte esa sentencia penal, pues si no es así y el empleador despide al empleado antes de que esas actuaciones penales hubiesen concluido y de que se hubiese pronunciado sentencia, es claro que quiebra y desaparece la causa que justificaba la interrupción de la prescripción. Esta interrupción tiene que operar sobre datos objetivos y reales, sin que sea admisible que, una vez comenzado el proceso penal y aplicada inicialmente tal interrupción, el empresario, pueda tenerla por concluida en el momento que a él le parezca, según su capricho o conveniencia, aunque esas actuaciones penales sigan tramitándose y todavía no se haya dictado en ellas sentencia, ni tampoco auto de sobreseimiento”*.

Por lo que en aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos, estando acreditado que al tiempo que se tramitaba el procedimiento disciplinario por una falta laboral grave, definida en el art. 49.3 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, se seguía acción penal ante la jurisdicción de este orden, por una falta de

lesiones, habiéndose suspendido el procedimiento laboral sancionador que se había iniciado el 28.02.01, con fecha 14 de mayo de ese año, estando en suspenso en tanto se tramitaba la causa penal, recayendo sentencia de juicio de faltas del Juzgado de Instrucción nº UNO de Vigo de fecha 02.08.01, por la que se condenó al ahora recurrente, como autor de faltas de malos tratos del art. 617.2º del Código Penal, a la pena de multa de 30 días a razón de 1000 pts diarias, y a indemnización conjunta de 50.000.- pts, sentencia que fue confirmada el 08.04.02 en virtud de sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, y que con fecha 24.04.02 se remitió por el instructor del expediente a la Secretaría General las copias de las sentencias dictadas en el procedimiento penal y del acta del juicio de faltas, acordándose con fecha 25 de abril, el levantamiento de la suspensión del expediente en que se reinicia el procedimiento sancionador laboral, formulándose por el instructor pliego de cargos, presentando el trabajador alegaciones y practicadas las diligencias pertinentes, dictándose por la Secretaría General de la Consellería de Asuntos Sociales el 16.07.02 resolución acordando imponer como responsable de una falta muy grave del art. 49.3.c) y 14 del Convenio Colectivo Único de la Xunta, la sanción de suspensión de empleo y sueldo por tres meses, conforme al art. 49.4.c) de dicho convenio, esta Sala entiende, que la decisión del empleador de suspender el procedimiento laboral sancionador hasta que concluya el proceso penal fue correcta e interrumpió la prescripción, pues los plazos a que se refieren los arts. 60.2 ET y 49.8 del Convenio Colectivo, quedaron interrumpidos por la tramitación del procedimiento penal y hasta su conclusión. En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combativo.

Fallamos,

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don J.L.B.F., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo, de fecha veinte de diciembre de dos mil dos, dictada en autos núm. 758/02 seguidos a instancia del recurrente contra la CONSELLERÍA DE ASUNTOS SOCIAIS-XUNTA DE GALICIA, sobre SANCIÓN, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3619 Recurso núm. 1.516/03

S.S. GRAVIDADE E CULPABILIDADE DA CONDUCTA IMPUTADA Ó TRABALLADOR DESPEDIDO, XUSTIFICADORA DA PROCEDENCIA DO SEU DESPEDIMENTO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a diez de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.516/03, interpuesto por el Letrado don R.C.S.C., en nombre y representación de don C.L.V., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 324/01 se presentó demanda por don C.L.V., sobre DESPIDO NULO O IMPROCEDENTE, frente al "O.F.M.C.PP.F.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de enero del presente año 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 C.L.V., viene prestando sus servicios para la empresa "O.F.M.C.PP.F." desde el 19.11.79 con la categoría profesional de Profesor y percibiendo un salario mensual de 283.427 pts. con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- La empresa demandada comunicó al actor carta fechada el 05.04.01 en el sentido siguiente: "Muy Sr. nuestro: El viernes 16 de marzo de 2001 el Director de este Colegio, don A.V., fue visitado por doña Mª.E.F. y don J.B.F.C., madre y abuelo, respectivamente, de D.D.F., alumna de 6º de Primaria de este Colegio, nacida el 18.07.89, los cuales le hicieron entrega de tres cartas dirigidas por usted a D.D.F., una de las cuales es del siguiente tenor literal: "Querida D.: He fotocopiado de

nuevo, para que completes, dos pruebas de postest que necesito para el diagnóstico final del trabajo que hicimos este verano. No las pierdas y hazlas cuanto antes mejor. Cuando hagas una la haces toda seguida. Luego la repasas. Al día siguiente o al otro haces la que pone número 2. La haces toda seguida, la repasas y la dejas. Luego me entregas las dos hojas de las dos pruebas para que yo las corrija si hay algo que corregir. Espero que no. Con tu inteligencia estoy seguro de que sacarás un 10. Es lo que corresponde a una chica 10 como tú. No tengo palabras para decirte cómo te echo de menos. No me gusta verte secuestrada. Me gusta verte libre. Quiero hacerte libre. Alegre, fuerte, valiente y la más bonita como en realidad eres tú. Llevo tu sonrisa, tus bromas, tus ojos, toda tú, toda entera, guardada como un tesoro en mi corazón. Como cerrada en una cajita en el fondo de mi alma. Abro esa caja en los momentos en que me desespero porque me faltas. ¿Son tantas las cosas que echo de menos! Confía siempre en mí. No te fallaré para cualquier cosa que quieras, si quieres de verdad. Sé valiente siempre, pues al final triunfará tu inteligencia y tu voluntad. No dejes que te corten. Ven siempre que quieras porque yo estaré esperándote. Always yours. Carlos. ¿Podrás hacerme una visita relámpago en 3º esta tarde?. Estaré esperándote. Tengo algo más para ti. No falles. Lots of kisses. Carlos". Con su comportamiento –máxime dada su condición de Profesor del Colegio y ser la persona afectada una alumna de once años-, ha incurrido en los incumplimientos graves y culpables previstos en los arts. 54.2, c) del Estatuto de los Trabajadores y 91.3, c) y d) del Convenio Colectivo Estatal de Enseñanza Privada Sostenida con Fondos Públicos de 02.10.00, B.O.E. 17.10.00, que nos vemos obligados a sancionar con el Despido, por lo que deja usted de prestar servicios en este Colegio a partir del día de hoy". La referida carta fue notificada también a la Delegada de Personal. TERCERO.- El Consejo Escolar del Colegio se reunió el 04.04.01 siendo uno de los objetos del orden del día "convocatoria del Consejo Escolar al objeto de cumplir el artículo 60, puntos 5 y 6 de la L.O.D.E., notificado por la L.O.P.E.G." y en votación se decidió el despido del actor en el sentido siguiente: 5-Sí. 3-No. 1-En blanco. Siendo los miembros presentes: 9. CUARTO.- El actor realizó, en el curso académico 1999/2000, de la Universidad de A Coruña, el curso de formación para Maestros de Especialista en Audición y Lenguaje, cuyo contenido consta en la prueba documental de

la actora, prueba que se tiene por reproducida en su integridad en cuanto a dicho contenido y desarrollo del "praticum". QUINTO: La alumna D.D.F., nacida el 18.07.89, en la tercera evaluación del quinto curso fue calificada como "progresó adecuadamente", excepto en una asignatura, la de conocimiento del medio, que fue calificada como "necesita mejorar" y promocionó adecuadamente en los cursos precedentes, según certificación académicas de la misma, las cuales se tienen por reproducidas. SEXTO: El actor propuso a los padres de D. realizar una serie de pruebas con la misma y recibieron del actor los doc. nº 29 al 35 de la prueba documental de la empresa, documentos que se tienen por íntegramente reproducidos. SÉPTIMO: El actor dirigió a la alumna D.D.F. las cartas que constan en los doc. nº 13, 14, 15 y 16 de la prueba de la empresa, cartas que se tienen por íntegramente reproducidas. Las que constan como doc. 15 y 16 fueron introducidas en el buzón del domicilio de D.D.F. el día de los enamorados. En todas ellas el actor firmaba las cartas y realizaba el dibujo de un corazón. OCTAVO: El actor regaló a la niña D.D.F. el colgante en forma de corazón que consta en el doc. nº 17 de la prueba de la empresa. NOVENO: No consta que el actor ostente o haya ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. DÉCIMO: Se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C. el día 09.05.01 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 interpuesta por el actor don C.L.V. contra el "O.F.M.C.P.P.F.", declarándose procedente el despido, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación. Notifíquese... etc.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el demandante la sentencia de instancia, que desestimó la demanda rectora de los autos y declaró procedente su despido, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, postulando: A) Bajo el amparo procesal del art. 191.a) LPL la declaración de nulidad de

la resolución recurrida, en primer lugar, por vulneración del art. 97.2 LPL y del art. 24 Ce argumentando la insuficiencia de los hechos probados que contiene y que considera insuficientes lo que le produce indefensión; en segundo lugar, pretende la declaración de nulidad, alegando que en juicio se han introducido hechos nuevos que no se contienen en la carta de despido, lo cual es contrario al art. 105.1 y 2 de LPL y al art. 24 CE, ya que tal conducta patronal le produce indefensión al no poder alegar, probar y, en suma, defenderse de las nueva imputaciones, consistiendo el vicio en la aportación en juicio de una nueva carta y un objeto. B) Al abrigo del art. 191.b) LPL, insta la revisión del relato fáctico con el fin de que se modifique en el siguiente sentido: 1.- Dando nueva redacción al ordinal 7º proponiendo la siguiente: “Séptimo: El actor dirigió a la alumna D.D.F. las cartas que constan en los documentos 13, 14, 15 y 16 de la prueba de la empresa, cartas que se tiene por reproducidas. En todas ellas el actor firmaba y realizaba una rubrica que semeja un corazón.” 2.- Para que se adicione un ordinal undécimo, con el siguiente contenido: “El texto de la carta remida (sic) a la alumna D.D.F., doc. 16 de la prueba de la empresa, resulta adecuado desde la psicología de la instrucción y de la educación, en los términos que se recogen en el informe del Profesor P., que consta en el documento 37 de la prueba de la parte actora, que se da por reproducido”. Cita en apoyo de la proposición el documento obrante al folio 45 de los autos y 44, 191, 174 y 175.

C) En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, el recurrente efectúa dos denuncias normativas: 1.- La primera imputa a la resolución de instancia la infracción, por inaplicación, de los arts. 4 y 55.5 LET en relación con los arts. 18.1 y 20.1.c) CE y art. 108.2 LPL, argumentando que la actuación empresarial perjudica de forma directa el derecho de imagen del actor así como el derecho a la libertad de enseñanza, pues la actuación del mismo es pedagógicamente correcta habiendo sido tergiversada por la empresa de forma intencionada para perjudicarle frente al profesorado y a los padres de alumnos, por lo que debe calificarse de nula la decisión patronal. 2.- En segundo lugar, denuncia la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en los arts. 54.2, d) LET y art. 91.2 del convenio colectivo del sector y jurisprudencia que cita, sosteniendo que en todo caso la conducta del recurrente solo puede ser calificada de infracción grave ya que ha de aplicarse el principio

gradualista según el cual se han de tener en cuenta las circunstancias previas y concomitantes que concurren en el trabajador para adecuar la sanción a la gravedad de la infracción, así como el principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, por lo que el actor no puede ser sancionado con despido por una infracción grave.

SEGUNDO.- Expuestos los motivos del recurso se ha de iniciar el análisis por aquellos que de ser acogidos implicarían la nulidad de la resolución recurrida y la reposición de actuaciones a un momento previo, motivos formales, lo que impediría el análisis de los restantes motivos de fondo. Comenzando por el primero de los reseñados, el mismo no puede ser atendido siguiendo la reiterada doctrina que viene a establecer que no cabe acudir al excepcional remedio de la declaración de nulidad de la sentencia por insuficiencia, oscuridad o defectos del relato fáctico cuando la parte recurrente tiene a su alcance la posibilidad revisora establecida en el art. 191.b) LPL que le permite integrar el relato fáctico mediante la adición de hechos nuevos, la supresión de aquellos que resulten inadecuados o la modificación de alguno en concreto, en consecuencia, este primer motivo de nulidad decae, máxime si se toma en consideración lo dispuesto en el art. 107 LPL sobre los hechos probados que ha de constatar la resolución judicial en materia de despido, exigencia cumplida en toda su extensión, por lo que no incurre la resolución recurrida en el vicio así denunciado.

En cuanto al segundo motivo de nulidad de la resolución recurrida para reponer los autos al momento del juicio, tampoco puede ser atendido por cuanto la modificación de las imputaciones no se ha producido pues de la comparativa entre la carta de despido, las alegaciones vertidas en acto de juicio, los hechos imputados quedan meridianamente claros sin que exista modificación alguna en el sentido de nueva imputación, de la cual no haya podido defenderse el actor, realizando las oportunas alegaciones y proponiendo la prueba que estimase precisa al respecto; es más, el actor en ningún momento del juicio alegó dicha cuestión y presunta indefensión, postulando del Juzgador de instancia la inadmisión y debate de imputaciones nuevas no contenidas en la carta, por lo que la alegación actual deviene en cuestión nueva que conlleva su rechazo.

TERCERO.- Pasando a los motivos de índole fáctica invocados al amparo del art. 191.b) de la LPL, se ha de establecer: A) Para la primera propuesta, no se admite la modificación (7º), por cuanto no se cita documento o pericia hábil a los fines revisorios y que por sí sola demuestre el error del juzgador en la valoración del total material probatorio, pues como dice el propio recurrente el acta de juicio no es documento hábil a tales efectos ya que solo “documenta” la prueba practicada durante la celebración del mismo, por ello se mantiene la versión judicial del hecho.

B) Para la segunda proposición (adición de hecho nuevo), tampoco se admite la nueva adición por cuanto, de una parte folio 45 de los autos es un escrito de la demandada al Juzgado que en nada refiere la propuesta, más si se refiere al cuadernillo nº 37 que también lleva dicha numeración (informe del Profesor P.), tal documento es una valoración particular del contenido de la carta redactada por el actor, que no alcanza el valor de pericial por cuanto no ha sido acreditado el carácter cualificado de quien lo emite, ni este ratificó su contenido en presencia judicial y sometido al contraste de las partes, por lo tanto solo cabe calificarlo de prueba testifical emitida por escrito y sin contradicción, por tanto, carente de fiabilidad a los efectos revisorios oportunos; de otra parte, la propuesta, contiene conceptos predeterminantes del fallo, que no pueden acceder al relato fáctico.

CUARTO.- Por la parte actora recurrente, en sede jurídica, se efectúan dos denuncias: A) En primer lugar, por interpretación errónea de los arts. 4 y 55.5 LET, en relación con el art. 18.1 y 20.1.c) todos de LET, así como del art. 108.2 LPL, argumentando que se ha vulnerado su derecho a la libertad de enseñanza y a la propia imagen del demandante, pues la conducta del mismo se considera pedagógica.

El motivo no puede ser atendido por cuanto, del hecho de que se subrayen los motivos por los que se acuerda el despido del actor no puede deducirse la intencionalidad de vulnerar sus derechos fundamentales, a la propia imagen (art. 18.1CE) y a la libertad de enseñanza (art. 20 CE), de hecho ninguna prueba se ha practicado en autos a instancias del ahora recurrente, tendente a probar que la empleadora demandada pretendía de algún modo perjudicar su imagen u derecho al honor, o que en alguna medida la decisión de despedirle estuviera basada en la forma, modo

o manera de educar puesta en práctica por el actor (libertad de cátedra), o contraria al ideal o principios rectores del centro educativo; sólo existe una pregunta al director y representante de la demandada (en la práctica de confesión) relativa a si existía rivalidad con el actor por coincidir en la enseñanza del inglés, de modo que no existe la más mínima base fáctica que permita atender la denuncia que aquí se efectúa, pues, aún para el supuesto de que las imputaciones vertidas en la carta de despido no resultasen acreditadas y a pesar del contenido de tales imputaciones y de que efectivamente el conocimiento público de las mismas pudiera afectar a la imagen del actor, lo cierto es que no existe indicio alguno de que las mismas fueran inventadas o creadas con tal fin; es más, incluso la comunicación a la plantilla del despido y su causa (lo que no consta aconteciera en el presente supuesto, ni se imputa a la patronal), no implicaría un atentado al honor del actor (STS 30.04.97). Sin embargo, al contrario, lo imputado al actor (dirigir cartas a una alumna y el contenido de las mismas) aparece plenamente acreditado y aceptado por él mismo, incluso – en respuesta al Juzgador de instancia –, con aceptación de que dicho modo de actuar “no es el habitual que sigue en la comunicación con el resto de los niños”, sin que pueda pretender la parte recurrente que una carta de despido sea precisamente laudatoria o elogiosa de la conducta del trabajador despedido (STS 26.06.87), pues las expresiones que ha de contener, de ordinario, se refieren a la conducta reprobada en base a la cual se despide, pero a mayor abundamiento, en el presente supuesto, la conducta reprobada y que se recoge en la carta, es la propia escritura del demandante, sin adiciones ni comentarios, ni valoraciones de la misma, aséptica en su contenido, por lo que mal puede atentarse contra el honor del demandante con tal carta de despido, por tanto no existe la infracción que se denuncia y se desestima el motivo.

B) En cuanto al segundo motivo jurídico, pretende la parte recurrente acogerse al principio de tipicidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, y partiendo de la afirmación de que los hechos imputados no son calificables como falta muy grave, sino solamente como falta grave, al tiempo que se afirma la necesidad de atender a las circunstancias personales del trabajador afectado, profesionales etc., a fin de lograr una adecuada correspondencia entre infracción y sanción, concluye que no cabe imponer la máxima

sanción al actor. El motivo decae igualmente por cuanto, efectivamente, esta Sala, siguiendo la doctrina sentada en STS de 28 de enero de 1984, 16 de julio y 2 de octubre de 1986 y de 5 de marzo de 1987, tiene establecido que en el ejercicio del poder disciplinario por el empleador ha de aplicarse la denominada teoría gradualista, según la cual ha de darse proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado y la sanción impuesta, lo que aplicado al supuesto de autos implica la valoración del comportamiento del trabajador para calificarlo de injustificado, grave y culpable y no es otra la calificación que merece la conducta del demandante, pues dirigir a una menor de edad, sobre la que por su condición de educador goza de un indudable ascendiente, en términos como los reflejados en la misiva que le remitió y que recoge la carta de despido, ha de calificarse como inadmisibles de todo punto pues vulnera las reglas de convivencia indispensables en la actividad de enseñanza, ataca los principios de educación relativos a la estabilidad emocional del educando, así como a la buena imagen del centro educativo, pues las expresiones que contiene la citada carta en su literalidad son claramente ajenas a la enseñanza, incardinándose dentro de intereses personales del actor reprobables e inadmisibles en una praxis ordinaria de la educación, conducta plenamente encuadrable dentro del art. 92.3.c) del convenio colectivo del sector, pues constituye un mal trato muy grave frente al alumno, aunque este por su edad y vinculación al profesor no llegue a ser consciente del mismo, por ello, se cumple con el principio de tipicidad de la infracción así como con el de proporcionalidad en la sanción, en consecuencia no infringe la resolución recurrida los preceptos que señala el recurrente sino que realiza recta aplicación de los mismos lo que conlleva la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de la resolución recurrida.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por el actor, don C.L.V. contra la sentencia dictada el 24.01.03 por el Juzgado de lo Social Nº 2 de A Coruña en autos nº 324-2001 sobre despido, seguidos a su instancia contra la empresa "O.F.M.C.P.P.F." resolución que se mantiene en su integridad.

3620 Recurso núm. 1.435/03

S.S. IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO, POR EXTINCIÓN ILÍCITA DE CONTRATO FRAUDULENTO PARA OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS ESTIPULADO CON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LOCAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a doce de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.435/03 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE CASTROVERDE contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.F.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el AYUNTAMIENTO DE CASTROVERDE; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 755/02 sentencia con fecha veintidós de noviembre 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:

"1º).- El demandante en autos don A.F.G., mayor de edad, vecino de Castroverde, provisto de DNI nº ..., ha venido prestando servicios por cuenta y orden del Ayuntamiento de Castroverde (Lugo) haciéndolo bajo las siguientes circunstancias laborales: Antigüedad: 13.01.99. Salario bruto mensual: Incluida la prorrate de pagas extraordinarias, de 611,87 €, equivalente a 20,30 € brutos diarios a efectos de indemnización. Categoría profesional: Estudios básicos. Centro de trabajo: Castroverde (Lugo). No ostenta ni ha ostentado cargo de representación legal o sindical de los trabajadores en el año precedente al cese. 2º).- Desde el inicio de su relación laboral la parte demandante efectuó las siguientes funciones:

Conserxe en el Coleglio Público de Castroverde. Acondicionamiento y bacheo de caminos municipais. 3º).- El actor suscribiu con el Concello de Castroverde diferentes contratos de duración indefinida con carácter discontinuo en las siguientes fechas: El 13 de enero de 1999, sendo registrado en la Oficina de Empleo de Lugo el 19 de enero de 1999 para prestar sus servicios como Conserxe desde el 13.01.99 al 30.06.99, cuarenta horas semanales de lunes a viernes. Contrato de trabao que se tiene aquí por incorporado. El 2 de setembro de 1999, sendo registrado en la Oficina de Empleo de Lugo el 10 de setembro de 1999 para prestar sus servicios como Conserxe desde el 02.09.99 hasta el 30.06.99, cuarenta horas semanales de lunes a viernes. Contrato de trabao que se tiene aquí por reproducido. El 1 de setembro de 2000, sendo registrado en la Oficina de Empleo de Lugo el 7 de setembro de 2000 para prestar sus servicios como Conserxe durante todo el curso escolar 2000/2001, cuarenta horas semanales de lunes a viernes. Contrato de trabao que se tiene aquí por incorporado. El 1 de setembro de 2001, sendo registrado en la Oficina de Empleo de Lugo el 6 de setembro de 2001 para prestar servicios como Conserxe durante todo el curso escolar 2001/2002, cuarenta horas semanales prestadas de lunes a viernes. Contrato de trabao que se tiene aquí por reproducido. El 11 de xullo de 2000, sendo registrado en la Oficina de empleo de Lugo el 14 de xullo 2000 para prestar servicios como Conserxe desde el 11.07.00 hasta el 31.07.00, cuarenta horas de trabao prestadas de lunes a viernes. Contrato de trabao que se tiene aquí por reproducido. El 1 de xullo de 2001, sendo registrado en la Oficina de empleo de Lugo el 6 de xullo de 2001, como peón desde el 01.07.01 hasta el 31.08.01, cuarenta horas de trabao prestadas de lunes a viernes. Contrato de trabao que se tiene aquí por incorporado. El 1 de xullo de 2002, sendo registrado el 5 de xullo de 2002 en la Oficina de empleo de Lugo, como peón desde el 01.07.02 hasta el 31.08.02, cuarenta horas de trabao prestadas de lunes a viernes. Contrato de trabao que se tiene aquí por reproducido. 4º).- El 14 de xullo de 2002 recibiu la actora comunicación de la Administración Local demandada del tenor siguiente: "por medio de la presente... pongo en su conocimiento que, conforme a lo estipulado en el vigente E.T. y al contrato por ambas partes el 01.09.01... se procederá a su despido el 30.06.02, por el motivo que a continuación le indico: FIN DE CONTRATO". Seguidamente se iniciu expediente para contratar a otra persona

que efectuara las funciones de conserxe en el C.P.I. de Castroverde durante el período escolar 2002/2003. 5º).- Con data 13 de setembro de 2002 presentu la actora reclamación previa a la vía judicial laboral, que no consta haya sido expresamente contestada al día de la fecha. Se dedujo la demanda el día 21 de octubre de 2002, sendo repartida por turno a este juzgado de lo Social con fecha de entrada de 28 de octubre de 2002".

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

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don A.F.G., sobre despido, contra el AYUNTAMIENTO DE CASTROVERDE, debo declarar y declaro que la relación laboral entre el trabajador afectado y el Ayuntamiento demandado es de carácter indefinido, y ello hasta que la plaza que éste ocupe se cubra por el procedimiento de selección legalmente establecido, al haber celebrado dicha Corporación Local en fraude de Ley contratos de duración determinada, y, en consecuencia califico que el cese comunicado al demandante con efectos de 30 de xullo de 2002 constituye un despido nulo, condenando al Ayuntamiento demandado a estar y pasar por esta declaración y a la inmediata readmisión del actor, en su condición de conserxe, con las mismas condiciones que regían antes del despido, así como al abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de efectiva readmisión, a razón de 20,30 euros diarios, y que hasóta la fecha de la presente resolución totalizan DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS DE EURO (2.943,50 €)".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor, declara nulo su despido y condena al AYUNTAMIENTO DE CASTROVERDE (Lugo), a la inmediata readmisión del actor, en su puesto de conserxe, con las mismas condiciones que regían antes del despido, así como al abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de efectiva

readmisión, a razón de 20,30 euros diarios. Frente a dicha resolución, interpone recurso la representación procesal del Ayuntamiento condenado, al objeto de que se revoque la sentencia de instancia, se desestime la demanda y, en definitiva, para que se absuelva a la citada Entidad Municipal, o en su caso, para que se declare improcedente el despido del trabajador, articulando a tal objeto dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de hechos probados y el segundo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicita el Organismo recurrente, en primer lugar, revisión del hecho probado primero, ofreciendo un texto alternativo en el que únicamente varía la antigüedad, señalando la de “6 de septiembre de 2001”, en vez de la de 13 de enero de 1999 que consta en la sentencia. Y esta modificación no se acoge, porque el primer contrato que suscribió el actor con el Ayuntamiento demandado, es de fecha 13 de enero de 1999, para desempeñar funciones de Conserje en el Colegio Público de Castroverde. En segundo lugar, interesa la modificación del hecho probado segundo, y propone un texto alternativo que confrontado con el hecho probado de la Sentencia, únicamente cuenta con la adición de “peón”, y tampoco se acoge esta adición, por ser irrelevante para alterar el signo del fallo. Y lo mismo cabe decir, de las revisiones interesadas de los hechos probados tercero y cuarto. En relación con el tercero, la parte recurrente ofrece una serie o relación alternativa de contratos, pero además de resultar irrelevante para la decisión del litigio, no cita el documento que sirve de soporte para la revisión pretendida, defecto del que también adolece la revisión del hecho probado cuarto, además de resultar intrascendente para los fines del recurso.

TERCERO.- Por el correcto cauce procesal de amparo, la Entidad recurrente articula un segundo motivo de recurso destinado a la censura jurídica, que cuenta con dos apartados: A).- En el primero, denuncia infracción de los artículos 43.4, 63 y 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, invocando la caducidad de la acción de despido, señalando que la notificación del despido es de fecha 30 de junio de 2002, y sin embargo, la reclamación previa fue presentada el día 13 de septiembre de 2002, por lo que ya habían transcurrido más de 20 días hábiles.

La censura jurídica referida a este concreto punto, no puede ser acogida, por cuanto la alegación que efectúa el Ayuntamiento recurrente constituye una cuestión nueva que se invoca por primera vez en este trámite de recurso y que, por tanto, no resulta admisible, en cuanto que ello acarrea indefensión a la parte demandante-recurrida. En este sentido se pronuncia esta misma Sala en su Sentencia de 19 de mayo de 1998 (Rec. 1.321/98), así como otros Tribunales Superiores de Justicia, como el de Cataluña en su Sentencia de 6 de mayo de 1998 (Rec. 3.137/98). Del examen del acta de juicio (que obra al folio 7 de los autos), se evidencia que el empleador no planteó la excepción de caducidad que ahora se alega, viniendo a plantear en este trámite de recurso una cuestión nueva no suscitada ni controvertida por las partes durante la tramitación del proceso en la instancia, cuya admisión supondría vulnerar el principio dispositivo y de rogación que rige el proceso, principio que impide al Tribunal resolver más cuestiones que las planteadas y debatidas a lo largo de su desarrollo, todo ello en consonancia con la naturaleza del recurso extraordinario que tiene el de suplicación en nuestro Ordenamiento procesal. Por lo tanto, al no haberse debatido en la instancia la caducidad de la acción de despido y no recogida tal cuestión en la sentencia, ni aun procediendo «ex officio» el Juez «a quo» a su examen, la Sala no puede entrar a conocer de la misma, so pena de quebrantar el principio de igualdad procesal de partes y causar indefensión a una de ellas, debiendo seguirse criterio jurisprudencial reiterado (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 abril 1982, 21 diciembre 1984, 25 noviembre 1985, 14 julio 1986, 23 diciembre 1987, 24 noviembre 1988, y 30 enero de 1990, (entre otras) expresivo de que, en garantía de la plena efectividad del derecho a la defensa de la parte recurrida, que podrá verse seriamente limitado por la variación de los términos de la controversia litigiosa en el recurso, se niega la procedencia del examen de la caducidad del despido, si ésta no ha sido objeto del debate en el acto del juicio o apreciada de oficio por el juzgador de instancia.

B).- En el segundo apartado del recurso, se señala que el despido del actor no puede jamás ser declarado nulo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, no dándose ninguna situación propia de la nulidad, sin que ni tan siquiera hayan sido alegada o reflejada en la sentencia.

Y este censura sí resulta acogible, por cuanto de conformidad con el indicado precepto del Estatuto de los Trabajadores, puesto en relación con el artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, el despido será nulo cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Además, por Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se amplió el ámbito del despido nulo a otros supuestos, como el despido de los trabajadores durante el periodo de suspensión de contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, en el caso de trabajadoras embarazadas, etc, supuestos que nada tienen que ver con el despido aquí enjuiciado. Pues bien, en el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, no consta la alegación por parte del demandante de ningún móvil discriminatorio o de haberse producido su despido con violación de derechos fundamentales, de ahí lo sorprendente y lo incorrecto que resulta la calificación del despido por la juzgadora "a quo" como nulo, cuando además, y conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993 de 18 de enero), de haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta en el supuesto enjuiciado.

El despido no puede ser calificado de nulo, pero sin duda alguna debe ser declarado improcedente, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos. En el recurso se señala que al existir una solución de continuidad superior a los 20 días de caducidad del plazo de la acción de despido entre los distintos contratos, no existe fraude de Ley, pero la Sala no comparte esta argumentación. Como se desprende del relato fáctico, el actor inició la relación laboral con el Ayuntamiento demandado el 13 de enero de 1999, para desempeñar funciones de "Conserje" en el Colegio Público de Castroverde, contrato celebrado al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, para obra o servicio determinado. Al inicio de los cursos escolares de los años 2000/2001 y 2001/2002 suscribió similares contratos para obra o servicio determinado, y al finalizar este último contrato el 30 de

junio de 2002, coincidiendo con el fin del curso escolar, le fue remitida comunicación escrita de cese por fin de contrato, y al iniciarse el curso siguiente (2002/2003), no fue contratado. El contrato de trabajo para obra o servicio determinado que el artículo 15. 1 a) del Estatuto de los Trabajadores regula, según la interpretación que de él hace la doctrina jurisprudencial, pudiendo citarse, entre otras, la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2001 (RJ 2001\8.490), tanto en las previsiones del Real Decreto 2.546/1994 como en las del Real Decreto-ley 8/1997, permite que se lleve a cabo esa modalidad contractual para la realización de obra o servicio determinado siempre que tenga 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.

Poniendo en relación las exigencias legales descritas con la actividad que el trabajador desarrollaba en el centro escolar del Ayuntamiento demandado, -de conserje-, se ha de extraer la conclusión de que en modo alguno se puede atribuir a esas funciones de conserje una sustantividad o autonomía dentro de la actividad de la empresa. Las tareas que realiza un conserje en un colegio constituyen la actividad natural y ordinaria en el mismo y no es posible calificarlas de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes del centro. Por otra parte, tampoco es acertado decir que la actividad de conserje sea de duración incierta, ni tampoco limitada en el tiempo, sino que año tras año tendrá similares cometidos que realizar

De lo dicho se desprende que ninguno de los requisitos que esta modalidad contractual causal exige se dan en el supuesto examinado, por lo que la pretendida limitación de la actividad en el tiempo carece de justificación; en consecuencia han de entenderse realizados en fraude de ley los contratos suscritos por el Ayuntamiento demandado con el demandante (artículo 6.4 del Código Civil), al perseguir un resultado de temporalidad prohibido por el ordenamiento jurídico, con el efecto de entenderse en este caso concreto celebrados por tiempo indefinido aunque discontinuo.

La conclusión, por tanto, ha de ser la estimación de este concreto apartado del motivo el recurso, en el sentido de que el despido no puede ser calificado de nulo, sino que la calificación correcta es de despido improce-

dente, correspondiendo la facultad de opción prevista en los artículos 56. 1 y 2 y 57 del ET, en su redacción dada a los mismos por el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, vigente en la fecha del despido, al Ayuntamiento demandado. Dicha declaración de improcedencia debe comportar la condena del empleador demandado a optar: entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, con abono en este caso de los salarios dejados de percibir desde dicho despido y hasta la notificación de esta sentencia, si no los hubiera abonado ya, a razón del salario diario de 20,30 euros, o bien, a que le indemnice en la cantidad de 3.349,50 euros, previniéndole que en caso de no optar por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera (art. 56. 3 ET). Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento demandado, debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2002 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, y con estimación parcial de la demanda, declaramos la improcedencia del despido del actor don A.F.G. y, en consecuencia, condenamos al referido demandado, 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, con abono en este caso de los salarios dejados de percibir desde dicho despido y hasta la notificación de esta sentencia, a razón del salario diario de 20,30 euros, previniéndole que en caso de no optar por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. Y desestimamos la demanda en lo restante pedido.

3621 Recurso núm. 1.358/03

S.S. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE, O NON MEDIAR EXTINCIÓN DE CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTE, SENÓN DE CONTRATACIÓN FIXA-DISCONTINUA.

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

A Coruña, a diecinueve de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.358/2003 interpuesto por don A.M.F. y “X.A.D.E., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.M.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandados la empresa “SIDEKU, S.L.”, “X.A.D.E., S.L.”, el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y “S.S.S., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 852/2001 sentencia con fecha 24 de octubre 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.- Que el actor prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa codemandada “S.S.S., S.L.”, dedicada a la actividad de actividades deportivas y con domicilio en Santiago, en la piscina municipal de Santa Isabel, con categoría de monitor, en los siguientes períodos: desde el veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y dos hasta el catorce de octubre de mil novecientos noventa y tres, a media jornada; desde el veinte de octubre de mil novecientos noventa y tres hasta el treinta de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, con jornada de quince horas semanales; desde el diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro hasta el dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco, con jornada de veintidós horas y media semanales; desde el veinte de noviembre de mil novecientos noventa y cinco hasta el treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y seis, con jornada de diez horas semanales y desde el dieciocho de junio de mil novecientos noventa y seis hasta el dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y seis, con jornada de veinte horas semanales. SEGUNDO.- Que en fecha uno de octubre de mil novecientos noventa y seis el Ayuntamiento de Santiago suscribió con la empresa “SIDEKU, S.L.” contrato para la pres-

tación del servicio de Socorrismo y enseñanza de natación en la piscina municipal, por un previo de catorce millones cuatrocientas diecisiete mil pesetas (14,417.000 pts), y por un período de diez meses, en enseñanza de natación y once meses en socorrismo, renovable por idénticos períodos durante los tres años siguientes, si no hubiera denuncia de cualquiera de las partes. TERCERO.- Que "SIDE-CU, S.L." suscribió contrato de trabajo de duración determinada con el actor, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en fecha uno de octubre de mil novecientos noventa y seis, para la prestación de servicios como Instructor, con idéntica categoría profesional y teniendo por objeto el contrato la realización de los trabajos de su categoría para el desarrollo de los cursos de enseñanza de natación en la Piscina municipal de Santa Isabel de Santiago, durante el curso 96/97, según contrato suscrito con el Ayuntamiento de Santiago. El diez de julio de mil novecientos noventa y siete la empresa comunicó al actor que el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y siete llegaba a su vencimiento el contrato de trabajo, siendo dado de baja el actor en la Seguridad Social el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y siete. CUARTO.- Que en fecha doce de enero de mil novecientos noventa y ocho el actor y "SIDE-CU, S.L." suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Instructor, con categoría profesional Grupo I; Docente y con duración hasta el fin de la obra, teniendo por objeto el contrato la realización de los trabajos de su categoría para el desarrollo de los cursos de enseñanza de natación en la Piscina Municipal de Santa Isabel en Santiago, durante el curso 97/98, según el contrato firmado con el Ayuntamiento de Santiago, con jornada de treinta y cuatro horas semanales. En fecha quince de julio de mil novecientos noventa y ocho la empresa comunicó al actor que el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y ocho llegaba a su vencimiento del contrato de trabajo, siendo dado de baja el actor en la Seguridad Social el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y ocho. QUINTO.- Que en fecha uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Instructor, con categoría profesional Grupo I; docente y con duración hasta el fin de la obra,

teniendo por objeto el contrato la realización de los cursos de su categoría para el desarrollo de los cursos de enseñanza de natación en la Piscina Municipal de Santa Isabel en Santiago, durante el curso 98/99, según el contrato firmado con el Ayuntamiento de Santiago, con jornada de treinta y cuatro horas semanales. En fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve el actor solicitó la reducción de su jornada, firmándose en fecha uno de octubre de mil novecientos noventa y nueve un anexo de contrato, pasando su jornada a ser de tres horas diarias de lunes a viernes, de diez a trece horas, siendo dado de baja el actor en la Seguridad Social el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y nueve. SEXTO.- Que en fecha uno de octubre de mil novecientos noventa y nueve las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Instructor, con categoría profesional Grupo I; docente y con duración hasta el fin de la obra, con jornada de quince horas semanales. En fecha dieciséis de enero de dos mil el actor fue dado de baja en la Seguridad Social, por modificación de jornada, pasando a ser esta de 16,5 horas semanales a partir del diecisiete de enero de dos mil, fecha en la que fue dado de alta en la Seguridad social con la nueva jornada. En fecha ocho de mayo de dos mil se modificó nuevamente la jornada a 20,5 horas semanales, el uno de junio de dos mil a 23,45 horas semanales y el uno de julio de dos mil a 15 horas, siendo dado de baja el actor en la Seguridad Social el treinta y uno de julio de dos mil. SÉPTIMO.- Que en fecha dos de octubre de dos mil las partes suscribieron contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como Instructor (Monitor de Natación), con categoría profesional Grupo I: docente y con duración hasta el fin de la obra, con jornada de 19,5 horas semanales, teniendo por objeto el contrato la realización de funciones de monitor de natación para el desarrollo de los cursos de natación a celebrar en la Piscina Municipal de Santa Isabel, según contrato firmado con el ayuntamiento de Santiago. En fecha ocho de mayo de dos mil uno la empresa comunicó al actor que el dos de junio de dos mil uno llegaba a su vencimiento del contrato de trabajo y el actor fue dado de baja en la Seguridad Social el dos de junio de dos mil uno. OCTAVO.- Que por Decreto de la Alcaldía de Santiago, de fecha cinco de marzo de

dos mil uno, se prorrogó el contrato suscrito con "SIDEKU, S.L." desde el nueve de marzo de dos mil uno hasta el momento de inicio de las actividades de la sociedad mixta deportiva que se constituya para la explotación conjunta de instalaciones deportivas, inicialmente constituidas por el Complejo deportivo Fontes do Sar y la piscina Municipal de Santa Isabel.

NOVENO.- Que las empresas TRAPSA y "SIDEKU, S.L.", constituidas en una nueva Sociedad Limitada, denominada "ST.R.O.E., S.L.", se adjudicaron concurso para la constitución de una sociedad mixta deportiva con el Ayuntamiento de Santiago, el seis de abril de dos mil uno constituyéndose en fecha quince de junio de dos mil uno "X.A.D.E., S.L.", mediante escritura pública otorgada en dicha fecha ante el notario de Santiago don J.A.M.P., subsanada por otra otorgada el nueve de agosto de dos mil uno ante el Notario de Santiago don M.J.R.M.. El capital social es de treinta millones de pesetas (30.000.000 pts), ciento ochenta mil trescientos tres euros con sesenta y tres céntimos (180.303,63 euros), dividido en treinta participaciones sociales, de las que diez fueron suscritas por el Ayuntamiento y veinte por la Sociedad Limitada antes citada.

DÉCIMO.- Que el actor presentó demanda por despido ante los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, en fecha cinco de julio de dos mil uno, contra los mismos demandados, señalando como fecha de despido el dos de junio de dos mil uno, siendo turnada a este Juzgado, señalándose para los actos de conciliación y juicio el seis de septiembre de dos mil uno a las 10,30 horas, y el día fecha y hora no compareció el actor, siendo tenido por desistido de la demanda. El actor había presentado papeleta demanda de conciliación ante el servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el dieciocho de junio de dos mil uno, celebrándose el correspondiente acto el dos de julio de dos mil uno, con el resultado de celebrado sin avenencia, con respecto a dos demandadas y de intentado sin efecto con respecto a la tercera.

UNDÉCIMO.- Que el actor percibía un salario mensual de setenta y dos mil ciento cuarenta y una pesetas (72.141 pts), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras.

DUODÉCIMO.- Que el actor no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese.

DÉCIMO TERCERO.- Que en fecha tres de diciembre de dos mil uno y tras un cierre por obras, se inició la actividad de impartición de cursos de natación por la empresa "X.A.D.E., S.L." en la piscina municipal de Santa Isabel.

DÉCIMO CUARTO.- Que en fecha cinco de diciembre de dos mil uno el actor presentó papeleta demanda de conciliación ante el servicio de Mediación, Arbitraje y conciliación de Santiago, celebrándose el correspondiente acto el dieciocho de diciembre de dos mil uno, con el resultado de celebrado sin avenencia con respecto a "SIDEKU, S.L." y de intentado sin efecto con respecto a las otras dos codemandadas, presentando demanda ante los Juzgados de lo social de esta ciudad, en fecha veintiocho de diciembre de dos mil uno, que fue turnada a este Juzgado, en la que se fijaba como fecha del despido ala de tres de diciembre de dos mil uno".

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

"FALLO: Que, estimando parcialmente la demanda formulada por don A.M.F., contra la empresa "X.A.D.E., S.L.", debía de declarar y declaraba la improcedencia del despido efectuado, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que, opte, en término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenía antes del despido, o abonarle la cantidad de cuatrocientos treinta y cuatro euros con setenta y seis céntimos (434,76 euros), en concepto de indemnización por despido y a que le abone, en cualquier caso, la cantidad de cuatro mil seiscientos noventa y seis euros con veinticinco céntimos (4.696,25 euros), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, en concepto de salarios de tramitación, más el haber diario de catorce euros con cuarenta y cinco céntimos (14,45 euros), desde esta fecha hasta el día de notificación de la sentencia, desestimando la demanda formulada, en cuanto a la superior antigüedad reclamada, debía de absolver y absolvía a la demandada del citado pedimento y desestimando la demanda formulada contra la empresa "S.S.S., S.L." y su comisario y Síndico de la quiebra don C.F.R. y don L.F.M., la empresa "SIDEKU, S.L." y el Fondo de Garantía Salarial, debía de absolverlos y los absolvía de los pedimentos contenidos en 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la Sentencia de instancia que estimando parcialmente la demanda formulada por don A.M.F. contra la empresa "X.A.D.E., S.L.", declaró la improcedencia del despido efectuado, condenando a la referida mercantil a estar y pasar por tal declaración y a que opte, en término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta Sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o abonarle la cantidad de 434,76 Euros en concepto de indemnización por despido y a que le abone, en cualquier caso, la cantidad de 4.696,25 Euros en concepto de salarios de tramitación devengados hasta la fecha de la citada resolución, más el haber diario de 14,45 Euros, desde dicha fecha hasta el día de la notificación de la Sentencia, desestimando la demanda formulada en cuanto a la superior antigüedad reclamada y absolvió a la demandada del citado pedimento, con desestimación de la demanda formulada contra la empresa "S.S.S., S.L." y sus Comisario y Síndico de la quiebra, don C.F.R. y don L.F.M., la empresa "SIDEKU, S.L." y el Fondo de Garantía Salarial, absolviendo a dichos demandados de los pedimentos contenidos en la misma, se alzan en suplicación, respectivamente, el demandante, don A.M.F., y la empresa "X.A.D.E., S.L."

SEGUNDO.- La parte actora, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, aquietándose con los hechos probados de la Sentencia "a quo", interpone un motivo primero - en realidad, único - interesando el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, denunciando la infracción del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina Jurisprudencial a que se refirió y concluye solicitando que "se dicte nueva Sentencia por la que revocando parcialmente la de instancia, condene a abonar a don A.M.F. en concepto de indemnización por despido la cantidad de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio trabajado, a contar los años de servicio desde el primer contrato con "S.S.S., S.L." de fecha 26 de diciembre de 1992", arguyendo, en esencia, que el actor era un trabajador fijo discontinuo y desarrollaba una actividad que se dividía en ciclos y períodos regulares a los que se refirió.

Así las cosas, conviene no olvidar que la propia Sentencia de esta Sala que anuló

la anteriormente dictada por el Órgano Jurisdiccional de instancia dejó patente que con independencia de que en los sucesivos contratos suscritos por las partes se hiciese referencia a la realización de obra o servicio determinado, lo cierto es que el sustrato fáctico allí contenido pone de manifiesto la existencia de una relación laboral de carácter fijo discontinuo, a que se contrae el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y perfilado, como señala la Sentencia de esta Sala de 19.04.02, en la doctrina Jurisprudencial, Sentencias, entre otras de 26.05.97; 23.06.98; 05.07.99; 02.06.00 y 30.04.01, de la que se desprende que la característica del contrato de obra o servicio determinado es la de tener autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad normal de la empresa y el hecho de que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea, en principio de duración incierta, debe insistirse en la inadecuación del contrato para obra o servicio determinado, cuando el mismo se trata de atender la actividad normal de la empresa, revista o no caracteres cíclicos, habiendo desarrollado el demandante actividad laboral como instructor monitor de natación prestando servicios para entidades dedicadas a socorrismo y enseñanza de natación, siendo, en consecuencia con lo expuesto, predicable tal cualidad de fijo discontinuo en el actor, sin olvidar que, como determina la doctrina Jurisprudencial, entre otras las Sentencias de 10.12.96 y 30.12.96, "el válido acogimiento a la modalidad contractual que autoriza el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, no sólo requiere que la obra o servicio sea de duración incierta y presente autonomía propia dentro de la actividad de la empresa, sino que se identifique el servicio o la obra, y que el trabajador en el desarrollo de la actividad laboral sea ocupado en la ejecución de aquella y no en tareas distintas", en tanto que, como recuerda la Sentencia de esta Sala de 12.02.03, "la propia Jurisprudencia, en concreto la Sentencia de 01.10.02, ha considerado que el carácter cíclico e intermitente de la contratación y la ausencia de causa incardinable en el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores excluyen la eventualidad proclamada en el caso de los sucesivos contratos; que la periodicidad no se rompe por el hecho de que exista cierta variación en el comienzo o terminación de cada período anual de contratación; que tampoco es relevante la percepción de la prestación de desempleo durante los intervalos de inactividad, pues ello es algo característico de las series contractuales discontinuas, ni las bajas en la Seguridad Social; que no resulta de

aplicación la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29.05.97 sobre los efectos de las interrupciones de la serie contractual en la valoración de las irregularidades de los contratos anteriores al estarse valorando el carácter de la relación vigente al tiempo del despido”, siendo así que, dadas las características de la actividad desarrollada y el objeto de los diversos contratos, a lo que no es óbice ni los períodos de tiempo en que se interrumpió la prestación de servicios, sin que sea dado autonomizar los diferentes contratos que fueron suscritos por las partes en litigio, deviene procedente el decaimiento de la caducidad a que se refiere la resolución impugnada, porque la totalidad de los mismos determina que la relación laboral sea del carácter y naturaleza fijo discontinua, debiendo atenderse a efectos de la determinación de la antigüedad del actor, con las consecuencias que de ello se deriven, a la fecha de suscripción de la inicial relación laboral, esto es, el día 26 de diciembre de mil novecientos noventa y dos. En consonancia con lo expuesto, ha de prosperar el recurso auspiciado por la parte actora, lo que habrá de reflejarse en la parte dispositiva de esta resolución en la forma a que hemos de referirnos.

TERCERO.- La codemandada “X.A.D.E., S.L.”, se alza, asimismo, en suplicación y, no haciendo objeción alguna al contenido del relato histórico de la resolución “a quo”, articula su recurso en base a cuatro motivos, todos ellos con amparo en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en el primero de los cuales, denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 59.3º del Estatuto de los Trabajadores, invocando la concurrencia del óbice procesal de caducidad, lo que no ha de tener acogida habida cuenta de que, en la Sentencia de esta Sala, antes citada, de fecha 24.07.02, por la que se declaró la nulidad de actuaciones retrayéndolas al momento inmediatamente posterior a la conclusión del acto del juicio, a fin de que por el Magistrado de instancia se procediese a dictar nueva Sentencia entrando a conocer sobre el fondo del asunto, entendiéndose la Sala que había sido indebidamente apreciada la excepción de caducidad de la acción de despido, ya se dejó patente, calificando de fija discontinua la relación laboral del actor, que “como esta propia Sala ha venido estableciendo en orden a la caducidad - así, Sentencias de 06.11.00 y la ya citada de 19.04.02 - que ha de interpretarse restrictivamente, “al constituir una medida excepcional del ordenamiento que, para proteger el interés derivado de la pronta esta-

bilidad 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 interpretación extensiva que cierre la posibilidad de un examen material del fundamento de la pretensión cuando el ejercicio de ésta no resulta claramente extemporáneo y como quiera que el dies a quo para el inicio del plazo de caducidad ha de fijarse no a partir del anuncio por parte del empresario de que en un día futuro se prescindirá de sus servicios sin el día en que se prescinde - Sentencias del Tribunal Supremo de 21.09.89 y 13.06.00, entre otras - para el caso de los trabajadores fijos discontinuos es la fecha del llamamiento no efectuado, que en el supuesto que nos ocupa se identifica con el día 3 de diciembre de 2001, en que, según determina el hecho probado décimo tercero de la Sentencia de instancia, tras un período de cierre por obras, se inició la impartición de cursos de natación por la empresa “X.A.D.E., S.L.” en la piscina Municipal de Santa Isabel, a lo que no es óbice el hecho de que el actor no hubiese comparecido a los actos de conciliación y juicio convocados para el día 6 de septiembre de 2001, en relación con la demanda, que con anterioridad a la rectora del presente procedimiento, había interpuesto el ahora recurrente, pues el desistimiento producido entonces no constituye óbice para el ejercicio actual de la acción de despido, y, aún que no se considere existente la concurrencia de una situación que justificase la aplicación de lo prevenido en el artículo 103.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, como quiera que el actor interpuso la demanda rectora del proceso con fecha 28 de diciembre de 2001, después de que el día 5 de diciembre de 2001, hubiese presentado papeleta demanda de conciliación ante el SMAC de Santiago de Compostela, celebrándose el correspondiente acto el 18 de diciembre de 2001, con el resultado de celebrado sin avenencia respecto a “SIDEKU, S.L.” y de intentado sin efecto con respecto a las otras dos codemandadas, deviene procedente declarar la indebida apreciación de la caducidad de la acción de despido efectuada en la Sentencia de instancia”, lo que, reiterado en el presente momento procesal, determina el rechazo de la pretensión a que se contrae el motivo primero del recurso interpuesto por la mercantil de referencia.

CUARTO.- En el motivo segundo del recurso, con la propia apoyatura procesal, la citada empresa recurrente denuncia la infrac-

ción del artículo 15.a) del Estatuto de los Trabajadores, así como de la doctrina Jurisprudencial a que se refirió, relativa a la autorización de la modalidad de contratación de “obra o servicio determinado”, cuando la duración del contrato se hace depender de la persistencia de la subvención o contrata necesaria para su financiación, arguyendo, en esencia, que el preaviso fin de contrato remitido al trabajador el día 02.06.01 no puede tildarse de despido sino como causa de extinción del contrato “ex artículo” 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, aseverando que “el contrato suscrito últimamente con la codemandada se ajustaba plenamente a derecho”, siendo así que no ha de tener acogida la pretensión de la mercantil recurrente, pues no puede soslayarse que nos encontramos ante una relación laboral de carácter fijo discontinuo y no cabe considerar de manera autónoma los diferentes contratos suscritos por las partes que integran una única relación, cuya pretendida limitación temporal no está justificada y los contratos, como ya expresó la resolución de instancia, han de entenderse realizados en fraude de ley, sin que el último de los contratos participe de otra naturaleza distinta sino que se ofrece como la manifestación de una prestación de servicios inserta dentro de la general relación laboral de fijeza discontinua, por lo que no cabe considerar la concurrencia de una terminación o extinción por vencimiento del contrato el día 2 de junio de 2001, en que fue dado de baja en la Seguridad Social por la empresa “SIDEKU, S.L.” sino que ha de atenderse a la falta de llamamiento en fecha 3 de diciembre de 2001 por parte de la codemandada y ahora recurrente “X.A.D.E., S.L.”.

QUINTO.- Con amparo procesal correcto, en el motivo tercero del recurso, denuncia la mercantil recurrente la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aseverando que no concurre una situación de sucesión empresarial de la contrata, por las razones que apuntó, esencialmente referidas a que no existió una transferencia patrimonial y que el actor no prestó servicios para ella, siendo así que en el referido artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores se hace referencia a que el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma no extingue, per se, la relación laboral, subrogándose el nuevo empresario en la situación del anterior, habiendo considerado la doctrina que es susceptible de predicarse la concurrencia de una situación incardinable en el ámbito del meritado precepto en supuestos

de continuación de hecho de la empresa, así como en las contratas y concesiones administrativas, sin olvidar que, como establece la Sentencia de esta Sala de 12.02.03, “la doctrina de suplicación ha considerado asimismo que el concepto de cambio de titularidad se interpreta en torno a la idea esencial de continuidad de la actividad de la empresa producida en cualquier negocio jurídico”, siendo así que, en el supuesto que nos ocupa, a mayor abundamiento, se da la circunstancia de que, como señala el hecho probado noveno de la resolución de instancia, las empresas TRAPSA y “SIDEKU, S.L.” constituidas en una nueva S.L., denominada “ST.R.O.E., S.L.” se adjudicaron concurso para la constitución de una Sociedad Mixta Deportiva con el Ayuntamiento de Santiago, el 06.04.01, constituyéndose el 15 de junio de 2001 la “X.A.D.E., S.L.”, de manera que es evidente la continuación de la actividad empresarial con similar organización y estructura de gestión, y se pone de manifiesto la responsabilidad de la empresa recurrente - conviene no olvidar que la Sentencia de instancia absolvió a los demás codemandados y que el actor en su recurso no se refirió a cuestión alguna que no fuese la relativa a la antigüedad, solicitando la revocación parcial de la resolución de instancia - que no asumió la responsabilidad que le incumbe en relación con el demandante, obviando su llamamiento en el momento en que reinició la actividad como nueva adjudicataria del servicio de enseñanza de natación, mantenimiento y salvamento en piscinas, sustituyendo a la anterior empresa “SIDEKU, S.L.”, de manera que no ha de tener éxito la censura jurídica a que se contrae el motivo tercero del recurso interpuesto por la empresa “X.A.D.E., S.L.”.

SEXTO.- Con carácter subsidiario, la parte demandada recurrente, interpone un cuarto motivo de recurso en el que hace referencia a que, en todo caso, la antigüedad a efectos de cálculo de la indemnización solo alcanzaría al último de los contratos suscrito por el actor habiendo caducidad de la acción respecto a los anteriores, siendo así que, en aras de evitar inútiles repeticiones, como quiera que en el fundamento jurídico segundo de esta propia resolución se sustanció lo concerniente al recurso interpuesto por el actor que, por su parte, solicitó que la antigüedad se computase desde el primer contrato que firmó con la empresa “S.S.S., S.L.” el 26.12.92, ha de darse por reproducido lo allí resuelto, siendo de reseñar, a mayor abundamiento, que siendo única la relación laboral, de carácter fijo

discontinuo, han de tomarse en consideración todos los periodos de tiempo a que se contra-jo aquella y desde su inicio, sin que sea acogible el obice de caducidad y reiterando lo establecido “ut supra” pues los diversos contratos, sin que el último de ellos participe de un carácter distinto, integran o configuran una única relación de trabajo con la naturaleza antes reseñada.

SÉPTIMO.- En consecuencia, deviene procedente acoger el recurso articulado por el demandante y desestimar el interpuesto por la empresa “X.A.D.E., S.L.”, lo que conlleva la modificación parcial de la resolución de instancia en los términos y con el alcance a que nos referiremos en la parte dispositiva de esta Sentencia. Por lo expuesto,

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por la empresa “X.A.D.E., S.L.” y estimando el interpuesto por don A.M.F. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, en autos nº 852/01, sobre despido, instados por don A.M.F. frente a la empresa “S.S.S., S.L.” y sus Comisario y Síndico de la quiebra, don C.F.R. y don L.F.M., la empresa “SIDEUC, S.L.”, el Fondo de Garantía Salarial y la empresa “X.A.D.E., S.L.”, y revocamos parcialmente dicha resolución, en el sentido de fijar la cantidad de cinco mil setecientos noventa y ocho Euros (s.e.u.o.) en concepto de indemnización, sin perjuicio del derecho de opción a que se refiere el artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, confirmando los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia.

3622 Recurso núm. 1.972/03

S.S. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE, POR EXTINCIÓN EXTEMPORÁNEA DE CONTRATO PARA OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS, CON OPCIÓN A CARGO DO TRABALLADOR POR ASÍ ESTABLECELO O CONVENIO COLECTIVO APLICABLE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veintitrés de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.972/03 interpuesto por “CENTRO DE TRANSFUSIÓN DE GALICIA” (CTG) y don H.F.M.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don H.F.M.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandado LA EMPRESA “FUNDACIÓN CENTRO DE TRANSFUSIÓN DE GALICIA” y SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 860/02 sentencia con fecha veinte de diciembre de dos mil dos 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 don H.F.M.C., mayor de edad, con D.N.I. nº ..., prestaba sus servicios para la empresa Centro de Transfusión de Galicia, con la categoría de conductor-Celador (En Orense, Ferrol, Santiago, Coruña, Lugo...), por lo que percibía un salario mensual de 968,13 Euros (32.27 euros diarios, con inclusión de prorrata de pagas extras). SEGUNDO.- El demandante don H.F.M.C. celebró con la empresa demandada Fundación Centro de Transfusión de Galicia los siguientes contratos: En fecha 16 de julio de 1998 firmó un contrato de duración determinada por eventuales circunstancias de la producción, con la categoría de conductor y con una duración de un mes en concreto hasta el 15 de agosto de 1998. En fecha 1 de julio de 1999 firmó un nuevo contrato de duración determinada de interinidad, como conductor/celador por vacaciones de un trabajador, y una duración de tres meses, hasta el 30.9.1999. En fecha 01.10.99 firmó un contrato de duración determinada de interinidad, con la misma categoría, y para sustituir las vacaciones de verano de un trabajador, el contrato finalizó el 25 de octubre de 1999. El 17 de diciembre de 1999 firma un contrato de duración determinada de interinidad, con la misma cate-

goría y para sustituir a don J.L.S.C., dicho contrato finalizó el 24.12.99. El 28.12.99 firmó un contrato de duración determinada de interinidad, para sustituir a, dicho contrato finalizó el 05.09.00. El 07.09.00 firma nuevo contrato de duración determinada de interinidad, para sustituir a un trabajador durante un mes, en concreto a don J.R.R.C. El 09.10.00 firma contrato de duración determinada por eventuales circunstancias de la producción, contrato que dura desde el 10.10.00 hasta el 11.10.00. El 23.10.00 el actor firma un contrato de duración determinada por eventuales circunstancias de la producción, contrato que finalizó el 23.04.01. Por último el actor firmó en fecha 23.04.01 un contrato de duración determinada, con la misma categoría de conductor siendo de obra o servicio (por modificación de turnos), contrato que fue objeto de cinco prórrogas, la última de fecha 23 de julio de 2002 y con una duración de tres meses, hasta el 23 de octubre de 2002. TERCERO.- En fecha 30.09.02 la empresa Fundación centro de Transfusión de Galicia le comunica al actor lo siguiente: "Muy Sr. Nuestro (mío): El próximo día 23 de octubre de 2002, finaliza el contrato de trabajo temporal suscrito con Vd., y cuyos datos se reseñan al pie. En cumplimiento de las normas vigentes sobre contratación de personal, se le comunica que con esa fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral con la Empresa, causando baja en la misma". CUARTO.- El actor don H.F.M.C. no está de acuerdo con su cese y en fecha 04.11.02 presenta papeleta de conciliación ante el SMAC de Lugo por despido frente a la empresa "Fundación Centro de Transfusión de Galicia", celebrándose el acto de conciliación el día 15 de noviembre de 2002, resultando sin avenencia. QUINTO.- En fecha 15 de noviembre de 2002 don H.F.M.C. interpone demanda por despido frente a la empresa "Fundación Centro de transfusión de Galicia" y el Sergas, solicitándose se declare que el despido fue nulo o improcedente. SEXTO.- El Centro de transfusión de Galicia es una fundación pública sanitaria regulada por el Decreto 276/2001, de 27 de septiembre, sobre adaptación de las fundaciones sanitarias a la disposición adicional séptima de la Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y de régimen presupuestario y administrativo. El Centro de Transfusión de Galicia es una entidad sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia. Los estatutos de esta Fundación consta en autos y demos aquí por reproducidos. SÉPTIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado la representación de

los trabajadores. OCTAVO.- El actor está afiliado a la Central Intersindical Galega (C.I.G.)"

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

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don H.F.M.C. contra LA FUNDACIÓN CENTRO DE TRANSFUSIÓN DE GALICIA Y EL SERGAS sobre despido, debo declarar y declaro la improcedencia del despido realizado por EL CENTRO DE TRANSFUSIÓN DE GALICIA y en consecuencia debo condenar y condeno a este al abono de la indemnización que asciende a CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO euros y NOVENTA Y TRES céntimos (4.174,93 €) o a readmitirle, a elección del trabajador; siendo los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia y que hasta la fecha de la presente asciende a la suma de MIL NOVECIENTOS TRES euros y NOVENTA Y TRES céntimos (1.903,93 €), devengándose treinta y dos euros y veintisiete céntimos (32,27 €) hasta la efectiva readmisión. Absolviendo al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE de los pedimentos contenidos en la demanda".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada y 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 parcialmente la demanda, declaró improcedente el despido del actor, condenando al Centro de Transfusiones de Galicia, a que le abonara una indemnización que ascendía a 4.174,93 euros, o a readmitirle, a elección del trabajador, así como al abono de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, que ascendían a la suma de 1.903,93 euros, devengándose 32,27 euros, hasta la efectiva readmisión, absolviendo al SERGAS. Decisión judicial que es recurrida por la representación letrada del Centro de Transfusión de Galicia (CTG), y por el trabajador, denunciándose por la primera, infracción del art. 69 de la L.P.L. (por falta de agotamiento de la vía previa), infracción del art. 53.º del Convenio Colectivo de la Fundación Centro de Transfusión de Galicia, así como distinta jurisprudencia del

Tribunal Supremo, (que cita y se tiene por reproducida), y en último término, infracción de los arts. 56 números 1º y 2º y 57.1º del Estatuto de los Trabajadores, (según redacción dada por el Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes para la Reforma del Sistema de Protección del Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad), alegando sustancialmente: a) falta de agotamiento de la vía previa; b) que el derecho de opción, correspondía al empresario, que no fue despedido por motivos disciplinarios, sino que su relación laboral se extinguió por finalización de contrato, -obra o servicio determinado-, y que no se devengaban salarios de tramitación al haberse producido el cese con efectos de 23 de octubre del 2002, cuando ya estaba vigente el RDL 5/2002, que suprimió los salarios de tramitación en los despidos improcedentes, salvo, cuando el empresario opte por la readmisión; solicitando en consecuencia: 1º) se estime la excepción de falta de agotamiento de la vía previa; 2º) se declare que no tiene derecho a la opción por la readmisión que le reconoce la sentencia de instancia impugnada, y que en todo caso, 3º) no tenía derecho a los salarios de tramitación al ser el despido improcedente, salvo que la empresa optase por la readmisión y no por la indemnización; en tanto que por el trabajador, se pretende, en primer lugar, la revisión de los hechos declarados probados, y se censura el derecho aplicado, denunciando infracción de los arts. 55.5 del ET y 108.2 de la L.P.L., por entender que el despido era nulo, y que fue debido a una represalia de la empresa ante las quejas del trabajador, denunciando la existencia de abusos vejatorios, persecuciones, intimidaciones, y amenazas del responsable del personal.

SEGUNDO.- Entrando en el examen de los motivos de denuncia formulados por la empresa, se ha de analizar en primer lugar, si concurre o no, la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, en base a una supuesta infracción del art. 69 de la L.P.L., (que exige para demandar a cualquier tipo de Administración Pública, haber reclamado en vía administrativa), dado el carácter de Fundación Pública, con autonomía y personalidad jurídica propias del Centro de Transfusión de Galicia, no produciendo efectos la reclamación previa presentada ante el SERGAS, al tratarse de una Administración Institucional Autonómica, totalmente distinta del referido Centro. Excepción que se rechaza, pues, la parte actora, cumplió los requisitos previos, al presentar papeleta de conciliación ante el SMAC de Lugo, (por des-

pido), frente a la empresa, Centro de Transfusión de Galicia, la cual acudió al acto de conciliación, y se opuso a las pretensiones de la parte actora, sin que en ningún momento alegase la necesidad de una reclamación previa, asumiendo tácitamente, que se había cumplido con el intento de conciliación ante el SMAC, por lo que en ningún caso se ha producido indefensión.

TERCERO.- En cuanto a la infracción del art. 53 apartado c) del Convenio Colectivo de la Fundación Centro de Transfusión de Galicia, y del art. 56. 1º del E.T., así como de reiterada doctrina jurisprudencial, (recogida entre otras muchas, en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 12.07.94, 24.11.95, y 20.03.97), por entender que la opción, una vez declarada la improcedencia del despido corresponde a la empresa, alegando que el actor no fue despedido por motivos disciplinarios, sino que fue cesado por finalización de contrato, -realización de la obra para la que había sido contratado-, se rechaza ya que de conformidad con el art. 56 del Convenio Colectivo citado, en el caso de declararse improcedente el despido, el trabajador tendrá opción de retorno al trabajo, y si bien es cierto que existe una reiterada doctrina jurisprudencial de que la opción a favor del trabajador (prevista como mejora por las normas paccionadas), no puede alcanzar a los empleados temporales cuando el contrato se convierte en indefinido por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación laboral, dicha doctrina, no es aplicable al caso de autos, pues el despido se reconoce improcedente, por no haber concluido la obra o servicio para la que fue contratado el actor, sin que en ningún caso se hubiese declarado la relación como indefinida, por supuestas irregularidades en los contratos temporales celebrados como eventuales o interinos.

CUARTO.- Se denuncia con carácter subsidiario, infracción de los arts. 56 números 1º y 2º y 57.1º del E.T., según redacción dada por el RDL 5/2002, de 24 de mayo, de Medidas Urgentes de Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad, norma vigente desde el 26 de mayo del 2002 hasta la publicación de la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, alegándose, que al producirse el cese del actor con efecto del 23.10.02 la norma aplicable era el RDL 5/2002 citado anteriormente, que suprimía los salarios de tramitación en los despidos improcedentes,

salvo, cuando el empresario optaba por la readmisión.

Censura jurídica que igualmente se rechaza, dado que la opción le corresponde al trabajador, con los mismos efectos que la que realice el empresario, cuando legalmente le corresponda, por lo que, si el trabajador, opta por la readmisión tiene derecho a los salarios de tramitación.

SEXTO.- Entrando en el examen del recurso planteado por la representación letrada del trabajador, por ésta se interesa en primer lugar, la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicione un nuevo ordinal del tenor literal siguiente: “O demandante dirixiu tres escritos de data 12.06.02, 19.08.02 e 20.09.02 (con rexistros administrativos de entrada o 14.06, 19.08 e 20.09.02) dirixidos, respectivamente, á Dirección de Persoal da empresa, á Cosellería de Sanidade e ó Valedor do Pobo, exponiendo diversas queixas laborais, e denunciando a existencia de <<abusos vexatorios>>, persecucións, intimidacións, e ameazas polo responsable de persoal”. Adición que si bien se acepta, al estar acreditada por la documental (folios 30 y siguientes de los autos), es irrelevante a los efectos de la resolución de la litis, de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho.

SÉPTIMO.- Censura igualmente el derecho aplicado, denunciando infracción de los art. 55.5 del ET y 108.2 de la L.P.L., solicitando se declare el despido nulo, por entender que el cese había sido una acción de represalia de la empresa, ante los escritos y quejas presentados por el trabajador, ante la dirección de la empresa, la Consellería de Sanidade e Servicos Sociais y Valedor do Pobo, por supuestos abusos vejatorios, persecuciones, intimidaciones y amenazas, por el responsable del personal.

Censura jurídica que no merece favorable acogida, pues, 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), “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)". En el presente caso la decisión adoptada por la empresa, se fundamenta en un supuesto cese en contrato temporal para obra o servicio determinado, el que tiene por objeto la modificación de turnos para mejorar las condiciones de los trabajadores y para atender las necesidades asistenciales y de soporte hemoterapéutico de la Comunidad Autónoma, regulado por el R.D. 2.546/94, de 29 de noviembre, y definido en su artículo 2.1º, "la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta", precisando su apartado 2º, b) que "su duración será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio", y el artículo 8.2 que "se extinguirá cuando se realice la obra o servicio objeto del contrato". De esta formulación legal se deduce que la duración del contrato no viene determinada por un mero dato temporal -su establecimiento no hubiera podido ampararse en el artículo 15.1º del E.T.-, sino por la realización efectiva de la obra o servicio contratado, de modo que la referencia a un período de tiempo debe tener el carácter de simple previsión y no el de inserción de un término cierto y fatal (S.T.S. de 28.12.93). Es decir, el contrato es temporal porque su extinción se basa en un hecho que ciertamente va a sobrevenir: la realización del servicio, pero, sin embargo, es incierto en cuanto a la fijación exacta de tal ejecución; lo cual no impide que, dadas las exigencias presupuestarias a las que deben someterse las Administraciones Públicas en su contratación, obligue a veces a admitir la alternativa de estar, bien a la terminación de la obra o servicio, si la fecha fijada es posterior, o bien a la fecha establecida en correspondencia con la terminación de la dotación presupuestaria, cuando la obra o servicio no hubiera terminado antes (en tal sentido, STC de 8 de octubre de 1985), e incluso la posibilidad de prórrogas cuando, no habiendo terminado todavía la obra o servicio, se establezcan sucesivas prórrogas a medida que se renueve la dotación presupuestaria (a título de ejemplo, sentencia del TSJ de Extremadura de 31 de julio de 1990, Ar. 1.310); por lo que al no haberse acreditado que la obra esté terminada, (fundamentación jurídica con valor de hecho probado), se ha de entender que dicho cese, sin causa, es generador de un despido improcedente, y no de un

despido nulo, al no haberse demostrado que hubiere sido un acto de represalia adoptado por la empresa, ante la denuncia de supuestas vejaciones o amenazas, ni por violación de derechos fundamentales. En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia desestimar los recursos interpuestos, y en consebatido. Por todo ello,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de Suplicación interpuestos por "CENTRO DE TRANSFUSIÓN DE GALICIA" (CTG) y don H.F.M.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Lugo, de fecha veinte de diciembre de dos mil dos, dictada en autos núm. 860/02 seguidos a instancia de don H.F.M.C. contra LA EMPRESA "FUNDACIÓN CENTRO DE TRANSFUSIÓN DE GALICIA" y SERVICIO GALEGO DE SAÚDE sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3623 Recurso núm. 2.672/00

S.S. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DE EMPRESAS. MESMO ACCIONARIADO E DESCAPITALIZACIÓN FRAUDULEN- TA DUNHA EN BENEFICIO DA OUTRA E EN PERXUÍZO DOS DERE- TOS DOS TRABALLADORES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veinticuatro de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.672/2000 interpuesto por "C.L., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 3 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 646/1998 se presentó demanda por doña M.H.D.F., doña C.G.C., don J.A.C.H., doña

N.S.P., doña M^a.T.C.R., doña M^a.D.O.P.S., don J.R.R.S., doña M^a.P.P.R., doña M^a.C.R.B., doña M^a.L.G.A., doña A.M^a.D.L., don R.S.G., don M.S.O., doña M^a.D.P.G., doña M^a.S.V.M., doña M^a.D.C.F., doña N.G.I., doña B.P.G., doña R.A.R., doña C.C.A., y doña M^a.M.F.M. en reclamación de SALARIOS siendo demandado "E.P.G.A., S.A.", "C.L., S.L.", INTERVENTORES JUDICIALES: don C.M.R. y don G.T.N., contra don F.R.R.G., doña M^a.A.R.R.G., M^a.P.R.R.G., "E.P., S.L." y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de enero de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Para la empresa demandada "E.P.G.A., S.A.", han venido prestando sus servicios los actores doña M.H.D.F., doña C.G.C., don J.A.C.H., doña N.S.P., doña M^a.T.C.R., doña M^a.D.O.P.S., don J.R.R.S., doña M^a.P.P.R., doña M^a.C.R.B., doña M^a.L.G.A., doña A.M^a.D.L., don R.S.G., don M.S.O., doña M^a.D.P.G., doña M^a.S.V.M., doña M^a.D.C.F., doña N.G.I., doña B.P.G., doña R.A.R., doña C.C.A., y doña M^a.M.F.M., con las circunstancias de antigüedad categoría y salario que se recogen en el hecho primero de la demanda y que se dan por reproducidos.

Que los actores doña M.H.D., doña C.G., don J.M.C., prestaban servicios en el centro de trabajo sito en Puerta del Sol, y aplicable el Convenio Detallista Textil.

2º.- Que con fecha de 28.12.98, quedaron extinguidas las relaciones labores, entre otras, de los hoy actores, trabajadores de "E.P.G.A., S.A.", y esta empresa, mediante expediente de Regulación de empleo nº 235/98, de 23.12.98.

3º.- Que por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se levantó acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social por 21 trabajadores (los hoy actores) a la empresa a la empresa "E.P.G.A., S.A.", por diferencias entre lo cotizado y lo que se debió de cotizar de acuerdo con el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes del 01.01.98 al 18.12.98.

4º.- Que la empresa demandada adeuda a los actores, las siguientes cantidades por los siguientes conceptos: a doña M.H.D.F. (causó baja el 13.01.98), siendo su salario base (según Convenio Detallista Textil, de 94.009.-ptas); antigüedad 33.843.-ptas; p.p. pagas 42.617.-ptas; por diferencias de Convenio en el

año 1997 (de octubre 97 a diciembre 97 más paga diciembre) cobró por s.b 83.341.-ptas y antigüedad 23.565.-ptas/mes, por lo que hay una diferencia mensual de 20.946.-ptas que en cuatro meses supone 83.784.-ptas; por diferencias en Convenio de 1998 (del 1 al 13.01.98, fecha en que inicia baja 12 días o sea 8.378.-ptas); por paga extra octubre 97...127.852.-ptas y por p.extra marzo 98...127.852.-ptas y por p.extra de julio 98 (del 01.07 al 12.01.98...192 días o sea 67.254.-ptas; y por complemento a la IT a cargo de la empresa 3 días completos.3.134.-ptas (94.009 : 30 x 3) o sea 9.402.-ptas o sea un total de 424.522.-ptas; don J.A.C.H. (causó baja el 13/1/98); s.b..94.009.-ptas; antigüedad...33.843.-ptas; p.p.pagas...42.617.-ptas; por paga extra de octubre 97 nada se le adeuda, pues ha sido abonada; por paga extra marzo 98...127.852.-ptas; por p.p.extra julio 98 (del 01.07.97 al 29.10.97 121 días)...127.852.-ptas x 121 días y multiplicado por 365 días o sea 42.384.-ptas; por diferencias de Convenio año 1997 (28 días) percibió por s.b..83.341.-ptas y por antigüedad 23.565.-ptas, resultando una diferencia de 20.946.-ptas/mensuales y por tanto en 28 días suponen 19.550.-ptas; por complementos a la IT a cargo de la empresa (3 días completos) 3.131.-ptas o sea 9.402.-ptas y 17 días al 40% o sea 4.828.-ptas, totalizando lo adeudado la cantidad de 204.016.-ptas; a doña C.G.C.: Salario Convenio 1997...97.559.-ptas; salario Convenio 1998...101.969.-ptas; antigüedad...17.048.-ptas; baja desde el 23.01.98 al 16.06.98 (144 días); paga extra octubre 1997...114.607.-ptas; paga extra marzo 1998...119.017.-ptas; paga extra julio 98 (excepto del 23.01.98 al 16.06.98=144)=72.062.-ptas; Diferencia de octubre 97 a diciembre 97 inclusive paga de diciembre 97 (97.559-75.363) 22.196x4=88.784.-ptas; diferencia año 1998; de 01.01.98 al 23.01.98=22 días; de 17.06.98 al 31.10.98=137 días; total días=159; 101.969-75.363 (cobrado)=26.606x159 días:30 días/mes=141.012.-ptas; complemento a la IT a cargo de la empresa: 3 días completos 3.399.-ptas (101.969:30x3días=10.197.-ptas); 17 días 40% (3.399-2.646 (60%)=17díasx753.-ptas=12.801.-ptas; 124 díasx9 (3.399-3.307 (75%)=11.408.-ptas; diferencia salario agosto 98 excepto 55.000.-ptas cobradas 101.969+17.048+6.734(complemento)+8.250(transporte)-55.000=79.001.-ptas; salario septiembre 98: 101.969+17.048+6.734 (complemento)+8.250(transporte)=134.001.-ptas; total=782.890.-ptas; a doña N.S.P. (causó baja por IT el 28/4/97) y se le adeuda: por paga

extra marzo 98...120.589.-ptas; y por complemento de IT a cargo empresa 3 días completos (3.399.-ptas, cada día o sea 10.179.-ptas y 17 días al 40% o sea 10.863.-ptas; a doña M^a.T.C.R.: salario convenio 1997=97.559.-ptas; salario convenio 1998=101.969.-ptas; antigüedad=15.296.-ptas; baja desde el 19.11.97 al 29.12.97; diferencia Convenio octubre 97 a 19/11/97: octubre 97 (97.559-84.833)=12.726.-ptas; 19 días noviembre 97=8.060.-ptas; diferencia Convenio 98 de enero a 31/10/98 excepto agosto y septiembre (243 días) = 1 0 1 . 9 6 9 - p t a s - 8 4 . 8 3 3 = 1 7 . 1 3 6 x 2 4 3 \text{días}: 30 \text{días}/\text{mes} = 138.802.-ptas; paga extra marzo 98=117.265.-ptas; paga extra julio 98=117.265.-ptas; agosto 1998=117.265.-ptas; septiembre 1998=117.265-55.000=62.265.-ptas; diferencia paga octubre=5.000.-ptas; complemento a la IT a cargo de la empresa 3 días completos=3.399.-ptas (101.969:30x3días=10.197.-ptas; 17 días 40% (3.399-2.670 (60%))=17 días x 729.-ptas=12.393; 20 díasx62 (3.399-3.337 (75%))=1.240.-ptas; marzo 1998 excepto 53.713.-ptas 117.265.-ptas-53.713=63.552.-ptas; total=666.030.-ptas; a doña M^a.D.O.P.S., salario convenio 1997=97.559.-ptas; salario convenio 1998=101.969.-ptas; antigüedad=20.620.-ptas; paga extra marzo 1998=122.589.-ptas; paga extra julio 1998=122.589.-ptas; diferencia convenio 1997 (de octubre a diciembre incluida paga de diciembre)=97.559-84.833=12.726x4=50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 a 31/10/98 menos agosto y septiembre 101.969-84.833=17.136x8=137.088.-ptas; agosto 1998=122.589.-ptas; septiembre 1998 (122.589-55.000)=67.589.-ptas; diferencia marzo 1998 (122.589-58.675)=63.914.-ptas; total=687.262.-ptas; a don J.R.R.S.: salario convenio 1997= 106.339.-ptas; salario convenio 1998=111.146.-ptas; antigüedad=24.770.-ptas; paga extra octubre 1997=131.109.-ptas; paga extra marzo 1998=135.916.-ptas; paga extra julio 1998=135.916.-ptas; agosto 1998 (111.146+24.770+8.331(complemento))=144.247.-ptas; septiembre 1998 144.247-55.000=89.247.-ptas; diferencia convenio 1997 de octubre a diciembre incluida paga de diciembre (11.020x4)=44.080.-ptas; diferencia convenio 1998 excepto agosto y septiembre (111.146-95.319)15.827x8=126.616.-ptas; diferencia marzo 1998 (111.146+24.770+8.331(complemento)) 144.247-69.743=74.504; total=881.635.-ptas; a doña M^a.P.P.R.: salario convenio 1997=97.559.-ptas; salario convenio 1998=101.969.-ptas; antigüedad=21.944.-ptas; baja desde el 10.03.98 al 22.06.98; paga extra octubre 1997=119.503.-

ptas; paga extra marzo 1998=123.913.-ptas; paga extra julio 1998 (261 días) 123.913x261 días: 365=88.608.-ptas; agosto 1998=123.913.-ptas; septiembre 1998=123.913-55.000=68.913.-ptas; diferencia convenio 1997 de octubre a diciembre incluida paga de diciembre (97559-84.833)12.726x4=50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 excepto agosto y septiembre (101.969-84.833)17.136x8=137.088.-ptas; complemento a la IT a cargo de la empresa 3 días c o m p l e t o s = 3 . 3 9 9 . - p t a s (101.969:30x3días=10.197.-ptas; 17 días 40% (3.399-2.850 (60%))=17 díasx549=9.333.-ptas; total=732.370.-ptas; a doña M^a.C.R.B.: salario convenio 1997=97.559.-ptas; salario convenio 1998=101.969.-ptas; antigüedad=26.052.-ptas; paga extra marzo 1998=128.021.-ptas; paga extra julio 1998=128.021.-ptas; agosto 1998 (101.969+26.052+8.250(transporte))=136.271.-ptas; septiembre 1998 (101.969+26.052+8.250 (transporte))-55.000=81.601.- ptas; diferencia convenio 1997 (97.559-76.773) 20.786x4=83.144; diferencia convenio 1998 excepto agosto y septiembre (101.969-76.773)25.196x8=201.568.-ptas; diferencia marzo 1998 (101.969+26.052+8.250(transporte)) 136.271-60.859 (cobradas)=75.412.-ptas; total=834.038.-ptas; a doña M^a.L.G.A.: salario convenio 1997=97.559.-ptas; salario convenio 1998=101.969.-ptas; antigüedad=18.620.-ptas; paga extra octubre 1997=116.179.-ptas; paga extra marzo 1998=120.589.-ptas; paga extra julio 1998=120.589.-ptas; agosto 1998=120.589.-ptas; septiembre 1998 (101.969-55.000)=65.589.-ptas; diferencia convenio 1997 de octubre a diciembre incluida la paga de diciembre (97.559-84.833) 12.726x4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 a 31.10.98 (101.969 - 84.833) 17.136 x 8 = 137.088.-ptas; diferencia marzo 1998 (120.589 - 54.805 (cobradas) = 65.784; total = 797.311.-ptas; a doña A.M^a.D.L.: salario convenio 1997=97.559.-ptas; salario convenio 1998=101.969.-ptas; antigüedad=18.620.-ptas; paga extra octubre 1997 nada se le adeuda porque se le ha abonado extra julio 1998=120.589.-ptas; agosto 1998=120.589.-ptas; septiembre 1998 (120.589-55.000 (cobradas))=65.589.-ptas; diferencia convenio 1997 de octubre a diciembre incluida la paga de diciembre (97.559 - 84.833) 12.726 x 4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta el 31/10/98 (101.969-84.833)=137.088.-ptas; diferencia marzo 1998 (120.589 - 55.494 (cobradas))=65.095.-ptas; total = 680.443.-ptas; don R.S.G.: salario convenio 1997=97.559.-ptas; salario convenio 1998=101.969.-ptas; antigüedad=13.972.-ptas; baja desde el 15/01/98 y sigue de baja a 31.10.98; paga extra octubre

1997=111.531.-ptas; paga extra marzo 1998=115.941.-ptas; paga extra julio 1998. Del 01/07/97 al 15/01/98 (199 días):115.941x199:365=63.212.-ptas; diferencia convenio 1997 de octubre a diciembre incluída la paga de diciembre (97.559-84.833)12.726x4=50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 (14 días)=7.997.-ptas; complemento a la IT a cargo de la empresa 3 días completos=3.399.-ptas (101.969:30)x3 días=10.197.-ptas; 17 días 40% (3.399-3.282 (60%))=17 días x 117.-ptas= 1.989.-ptas; total = 361.771.-ptas; a don M.S.O.: salario convenio 1997 = 97.559.-ptas; salario convenio 1998 = 101.969.-ptas; antigüedad = 13.972.-ptas; fecha de despido 12.05.98; diferencia convenio 1997 de octubre a diciembre incluída la paga de diciembre (97.559-84.833) 12.726 x 4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta 12/05/98 (135 días) = 77.112.-ptas; paga extra marzo 1998 = 115.941.-ptas; diferencia marzo 1998 (101.969 + 13.972 + 7.950 (comisión)= 123.891- 61.646 (cobradas)=62.245.-ptas; total = 306.202.-ptas; a doña M^a.D.P.G.: salario convenio 1997 = 97.559.-ptas; salario convenio 1998 = 101.969.-ptas; antigüedad = 18.620.-ptas; fecha de despido 15.05.98; diferencia convenio 1997 desde octubre a diciembre incluída la paga de diciembre (97.559 - 84.833) 12.726 x 4 =50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta 15/05/98 (138 días) = 78.826.-ptas; paga extra marzo 1998 = 120.589.-ptas; diferencia marzo 1998 (120.589 - 55.494 (cobradas) =65.095.-ptas; paga extra octubre 1997 = 116.179.-ptas; total = 431.593.-ptas; a doña M^a.S.V.M.: salario convenio 1997 = 97.559.-ptas; salario convenio 1998 = 101.969.-ptas; antigüedad = 13.972.-ptas; fecha de despido 15.05.98; diferencia convenio 1997 desde octubre a diciembre incluída paga de diciembre (97.559-84.833) 12.276 x 4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta 15.05.98 (138 días) = 78.826.-ptas; paga extra marzo 1998 = 115.941.-ptas; diferencia marzo 1998 (115.941 - 51.029 (cobradas) = 64.912.-ptas total = 310.583.-ptas; a doña D.C.F.: salario convenio 1997 = 97.559.-ptas; salario convenio 1998 = 101.969.-ptas; antigüedad = 18.620.-ptas; fecha de despido 15.05.98; diferencia convenio 1997 desde octubre a diciembre incluída la paga de diciembre (97.559 - 84.833) 12.726 x 4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta 15.05.98 (138 días) = 78.826.-ptas; paga extra marzo 1998 = 120.589.-ptas; diferencia marzo 1998 (120.589 - 55.494 (cobradas) = 65.095.-ptas; total = 315.414.-ptas; a doña N.G.I.: Salario convenio 1997 = 97.559.-ptas; salario convenio 1998 = 101.969.-ptas; antigüedad = 17.296.-ptas; fecha

de despido 12.05.98; diferencia convenio 1997 desde octubre a diciembre incluída paga de diciembre (97.559 - 84.833) 12.726 x 4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta 12.05.98 (135 días) = 77.112.-ptas; paga extra marzo 1998 = 119.265.-ptas; diferencia marzo 1998 (119.265 - 54.105 (cobradas) = 65.160.-ptas; paga extra octubre 97 = 114.855.-ptas, total = 427.296.-ptas; a doña B.P.G.: salario convenio 1997 = 97.559.-ptas; salario convenio 1998 = 101.969.-ptas; antigüedad = 13.972.-ptas; fecha de despido 15.05.98; diferencia convenio 1997 desde octubre a diciembre incluída paga de diciembre (97.559-84.833) 12.726 x 4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta 15.05.98 (138 días) = 78.826.-ptas; paga extra marzo 1998 = 115.941.-ptas; diferencia marzo 1998 (115.941 - 53.663 (cobradas) = 62.278.-ptas; total = 307.949.-ptas; a doña R.A.R.: salario convenio 1997 = 97.559.-ptas; salario convenio 1998 = 101.969.-ptas; antigüedad = 18.620.-ptas; fecha de despido 15.05.98; diferencia convenio 1997 desde octubre a diciembre incluída paga de diciembre (97.559 - 84.833) 12.276 x 4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta 15.05.98 (138 días) = 78.826.-ptas; diferencia paga extra octubre 1997 (116.179 - 73.046 (cobradas)= 43.133.-ptas; paga extra marzo 1998 = 120.589.-ptas; diferencia marzo 1998 (120.589 - 54.805 (cobradas) =65.784.-ptas; total = 359.236.-ptas; a doña C.C.A.: salario convenio 1997 = 97.559.-ptas, salario convenio 1998 = 101.969.-ptas; antigüedad = 18.620.-ptas; fecha de despido 12.05.98; diferencia convenio 1997 desde octubre a diciembre incluída paga de diciembre (97.559 - 84.833) 12.726 x 4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta 12.05.98 (135 días) = 77.112.-ptas; paga extra marzo 1998 = 120.589.-ptas; diferencia marzo 1998 (120.589-56.189 (cobradas) = 64.400.-ptas; total = 313.005.-ptas; a doña M.F.M.: salario convenio 1997 = 97.559.-ptas; salario convenio 1998 = 101.969.-ptas; antigüedad = 13.972.-ptas; fecha de despido 15.05.98; diferencia convenio 1997 desde octubre a diciembre incluída paga de diciembre (97.559 - 84.833) 12.726 x 4 = 50.904.-ptas; diferencia convenio 1998 hasta 15.05.98 (138 días) =78.826.-ptas; paga extra marzo 1998 = 115.941.-ptas; diferencia marzo 1998 (115.941.-ptas - 53.663 (cobradas) = 62.278.-ptas; paga extra octubre 1997 = 111.531.-ptas; total = 419.480.-ptas.

5º.- Que habiendo sido despedidos alguno de los hoy actores (los anteriormente citados) trabajadores de "E.P.G.A., S.A.", con

fechas de 12 y 15.05.98, despido objetivo, por éstos se presentó demanda ante esta jurisdicción social, dando lugar al Procedimiento 343/98 y con fecha de 25.09.98, por este Juzgado de lo Social, se dictó sentencia, declarando nulos los despidos litigiosos y condenando solidariamente a las empresas demandadas "E.P.G.A., S.A.", E.P. S.L. y "C.L., S.L.", a la readmisión de los actores y salarios de tramitación, e interpuesto por los demandantes y demandados, Recurso de Suplicación, contra la citada sentencia, con fecha de 09.04.99 por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, se dictó sentencia, confirmando la sentencia recurrida, excepto en lo relativo a la absolución de las personas físicas demandadas, dejando sin efecto este pronunciamiento y en su lugar, declarando la incompetencia de este orden jurisdiccional, respecto a los mismos, por el ser el competente para su enjuiciamiento y decisión el orden civil.

6º.- Que "E.P.G.A., S.A.", ha sido constituida mediante escritura otorgada ante Notario el 31.12.66, por don F.R.R.E. y sus hijos F., Mª.P. y Mª.A.R.R.G. y M.I.C., con un capital social inicial de 6 millones de pesetas, totalmente desembolsado, en la siguiente forma: don F.R.R.E., 500 acciones por valor de 5 millones de pesetas y los restantes socios cada uno 25 acciones, por valor de 250.000 pesetas cada socio. Sociedad que tenía como objeto social, la venta de toda clase de tejidos, confecciones, géneros de punto, paquetería, bazar, perfumería, plásticos, muebles, aparatos electrodomésticos, ferretería y todos los demás artículos y mercaderías propios de la actividad comercial de los grandes almacenes, así como aquellas actividades industriales, preparatorias, complementarias o derivadas de las anteriores, fijándose el domicilio social en Vigo, siendo Director General de dicha Sociedad, don F.R.R.E.

7º.- Que la Sociedad Inmobiliaria "L.R., S.A.", ha sido constituida por escritura otorgada ante Notario el 20.08.73, por los hermanos S.A., B.S. y los hermanos R.R.G., con un capital social de 34 millones de pesetas, suscrito por los socios fundadores, aportando los primeros a la Sociedad, un terreno solar que tiene frente a la c/... y superficie de 4.654 m2, inscrita en el Registro de la Propiedad con finca nº 29.215. Sociedad que tenía como objeto social, la compra, urbanización y venta de terrenos, construcción de edificios, para sí o para terceros y la explotación, venta, arrendamiento de los mismos en bloque o por pisos y

comercialización de inmuebles y edificios terminados o por terminar, para su venta o arrendamiento.

8º.- Que con fecha de 04.12.80, se otorgó ante Notario escritura de compraventa por Inmobiliaria "L.R., S.A." a favor de "E.P.G.A., S.A.", por la cual la primera vende a la segunda ("E.P.G.A., S.A.") dos sótanos, sitos en el edificio nº ... de la calle ..., el primero de superficie de 2.364 m2 y libre de cargas, y el segundo de superficie 1.806 m2, por un precio de 30 millones de pesetas, de los que corresponden 17 millones a la finca primera y 13 a la segunda, la cual tenía una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros Municipal de Vigo, en garantía de 10 millones y de dicha suma, retiene la entidad compradora el importe de 10 millones 48.000 pesetas para abonárselas a la Caja de Ahorros Municipal de Vigo, como consecuencia del préstamo hipotecario.

9º.- Que con fecha de 26.11.92, se otorgó ante Notario, escritura de Disolución y Liquidación de Inmobiliaria "L.R., S.A.", ejecutando el acuerdo de disolución y liquidación de la Sociedad Inmobiliaria "L.R., S.A.", adoptado en Junta General de Accionistas el 08.03.91, procediéndose en la última Junta a la distribución del haber social al único accionista "C.L., S.L.", que se subroga en todo el activo y el pasivo resultante del Balance Final de la Liquidación.

10º.- Que en el Balance Final de Liquidación a 31 de mayo de 1992 de Inmobiliaria "L.R., S.A.", figura en el activo en el capítulo de deudores varios -Epigasa deudor por intereses - 20.043.650 pesetas y en ventas financieras en el capítulo - crédito corto plazo a Epigasa - 88.468.522 pesetas.

11º.- Que por escritura de 28.12.90 quedó reducido el capital social de Inmobiliaria "L.R., S.A." a 18 millones de pesetas.

12º.- Que "C.L., S.L.", ha sido constituida por escritura otorgada ante Notario el 28.12.90, por los hermanos F., Mª.P. y Mª.A.R.R.G., con un capital social de 600.000 pesetas, dividido en 60 participaciones de valor diez mil pesetas cada una, adjudicándose a cada uno de los tres socios, 20 participaciones, siendo Administradores Solidarios F. y Mª.P.R.R.G. Sociedad que tiene como objeto social, la compraventa y urbanización de terrenos, construcción de edificios y su explotación en régimen de alquiler; compraventa de títulos valores mobiliarios y compraventa y alquiler de embarcaciones y automóviles.

13º.- Que con fecha de 18.02.93, se otorgó ante Notario, escritura de compraventa en virtud de la cual "E.P.G.A., S.A.", dueña de las fincas integrantes del edificio nº 54 (antes 58) de la calle García Barbón de Vigo, sótano primero de 2.364 m² y otro sótano de 1.806 m², gravadas con hipotecas en favor de Hacienda, de fechas 91 y 92 por importe de 44.753.155 pesetas, vende a la Entidad "C.L., S.L." las citadas fincas, por el precio de 165 millones de pesetas, reteniendo la compradora la suma de 44.753.155 pesetas para satisfacerlas a la Hacienda Pública y la suma de 116.306.835 pesetas, se declaran recibidas por la vendedora, a través de la compensación del crédito que tiene pendiente de pago con la compradora (a saber, EPIGASA adeudaba a Inmobiliaria "L.R., S.A.", la cantidad de 116.306.835 pesetas y dicha Entidad fue disuelta y liquidada el 26.11.92, adjudicándose la titularidad del activo y pasivo a la entidad "C.L., S.L." y por lo tanto, el crédito de 116.306.835 pesetas y ante la imposibilidad de "E.P.G.A., S.A." de la devolución de los citados importes, se convino la cesión onerosa de las citadas fincas, por parte de "E.P.G.A., S.A." a "C.L., S.L.", en Junta General Ordinaria de Socios celebrada el 11.12.92, en pago de la deuda antes citada).

14º.- Que con fecha de 27.10.93, el Fondo de Garantía Salarial y la empresa "E.P.G.A., S.A.", formalizan un convenio de fraccionamiento de pago, de la cantidad abonada por Fondo de Garantía Salarial a los trabajadores de "E.P.G.A., S.A.", la cual sería satisfecha en la forma establecida en dicho convenio y cuyo contenido, se da por reproducido. Y también en garantía de devolución y cumplimiento de los pactos previstos, se pactó que la Entidad "C.L., S.L." constituía a favor del Fondo de Garantía Salarial, primera hipoteca sobre la finca siguiente: Parcela Cinco L, de superficie 227 m².

15º.- Que con fecha de 12.11.93, se otorgó ante Notario, escritura de hipoteca unilateral, otorgada por "C.L., S.L.", a favor del Fondo de Garantía Salarial, para asegurar el cobro en el plazo de 8 años, mediante pagos trimestrales, a contar desde el mes de agosto de 1994, de la cantidad de 145.000.000 pesetas de principal y 85.688.750 pesetas de intereses. Y para que sirva de tipo de la subasta, en caso de ejecución hipotecaria, tasan la finca hipotecada en 230.668.750 pesetas.

16º.- Que el Fondo de Garantía Salarial abonó a los trabajadores de "E.P.G.A.,

S.A.", que figuran en la relación anexa, obrante en la documental aportada por el Fondo de Garantía Salarial, las prestaciones de garantía salarial, por importe de 120.358.783 pesetas, no constando que la citada empresa haya devuelto cantidad alguna en relación con las prestaciones abonadas.

17º.- Que con fecha de 23.05.96, se otorgó ante Notario, escritura de solemnización de acuerdos sociales, cese y nombramiento de administrador, Administrador Único nombrado de "E.P.G.A., S.A.", don F.R.R.D.

18º.- Que la Sociedad "S.E.P., S.L.", fue constituida por escritura otorgada ante Notario el 15.03.94, por los hermanos F., M^a.P. y M^a.A.R.R.G. y F.R.R.D., F.V.L., J.M.V. y M^a.C.F.G., con un capital social de 600.000 pesetas, de las cuales estos tres últimos, detentan 20 participaciones sociales, de diez mil pesetas de valor nominal cada uno de ellos, designando Administrador Único a don F.R.R.D. y teniendo como objeto social, la venta y suministro de toda clase de mercancía incluida su facturación (centrando la actividad fundamentalmente en suministros a Entidades Públicas). Y por escritura otorgada ante Notario, de fecha 03.10.97, se efectuó el cambio de denominación social de "S.E.P., S.L." por "E.P. S.L.", por lo cual el artículo 2 de los Estatutos de la Sociedad se modificó, quedando su redacción del siguiente modo: artículo 2 denominación social -. La Sociedad girará bajo la denominación "E.P. S.L.".

19º.- Que en la Memoria de Cuentas Anuales del ejercicio económico, cerrado el 31 de enero de 1992, de la empresa "E.P.G.A., S.A.", figuran entre las deudas no comerciales Inmobiliaria "L.R., S.A." -88.468.

20º.- Que en el año 1993, la empresa "E.P.G.A., S.A.", puso en práctica un plan de reestructuración, con la intención de cambiar la tendencia de resultados negativos de los anteriores ejercicios. Este plan implicaba, como medida de mayor importancia, la reducción de la plantilla, lo cual se llevó a efecto en el año 1993. Y en el plan de viabilidad de la empresa "E.P.G.A., S.A." (aportado como documental por la actora), consta que ante la deuda de la empresa, se presentó en febrero de 1998, suspensión de pagos, ante lo cual los proveedores no les sirven, por lo que la plantilla está sobredimensionada para la nueva situación y debe reducirse, adecuándola a la realidad existente en la actualidad y abandonando las secciones que hay en día, por cir-

cunstancias de mercado, resulta imposible hacerlas rentables y redimensionando el establecimiento acorde a la nueva situación, que debe limitarse a 3 plantas del centro comercial y por ello, con un ajuste en la plantilla de 9 personas, se podría dar un buen servicio en las tres plantas comerciales, vislumbrándose una posible viabilidad del negocio. Y dado que las plantillas de los centros comerciales de la Puerta del Sol y Santiago se encuentran muy ajustadas, no pudiéndose realizar nuevas incorporaciones, ante la imposibilidad de absorber dicho costo.

21º.- Que con fecha de 16.02.98, “E.P.G.A., S.A.”, presentó ante el Juzgado, solicitud de suspensión de pagos, presentándose por la empresa un balance detallado de su activo y pasivo por la Entidad Suspensa y en él se determina un activo de 1.215.035.904 pesetas y un pasivo de 1.142.684.458 pesetas, con una diferencia a favor del activo de 72.351.446 pesetas. Que los interventores de la suspensión de pagos nombrados, don T.G.G. en representación de la Caja de Ahorros Municipal de Vigo y don C.M.R. y don G.T.N., Auditores Censores Jurados de Cuentas, en ejercicio, elaboraron su dictamen, donde consta que son ciertas las causas de la suspensión expresada por la entidad deudora, en la Memoria presentada, acompañando como anexos, la lista de acreedores y la relación de créditos, según su calificación jurídica y balance, en el que se establece el activo en 579.955.019 pesetas y el pasivo en 1.343.385.522 pesetas y la diferencia a favor del segundo de 763.430.504 pesetas.

22º.- Que por Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Vigo, se declaró en estado de suspensión de pagos e insolvencia definitiva a la entidad “E.P.G.A., S.A.”, con una diferencia a favor del pasivo de la suma de 763.430.504 pesetas.

23º.- Se intentó Conciliación ante el SMAC instada y celebrada los días 30.10 y 11.11.98, con el resultado de Sin Efecto.

24º.- Se presentó demanda ante esta Jurisdicción Social con fecha de 12.11.98.

25º.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del procedimiento, a excepción del término para dictar sentencia, dada la existencia de asuntos urgentes de carácter preferente”.

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

siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones alegadas de defecto legal en el modo de proponer la demanda y falta de legitimación pasiva y estimando la incompetencia de jurisdicción respecto a las personas físicas codemandadas y estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña M.H.D.F., doña C.G.C., don J.A.C.H., doña N.S.P., doña Mª.T.C.R., doña Mª.D.O.P.S., don J.R.R.S., doña Mª.P.P.R., doña Mª.C.R.B., doña Mª.L.G.A., doña A.Mª.D.L., don R.S.G., don M.S.O., doña Mª.D.P.G., doña Mª.S.V.M., doña Mª.D.C.F., doña N.G.I., doña B.P.G., doña R.A.R., doña C.C.A., y doña Mª.M.F.M. contra “E.P.G.A., S.A.”, “E.P. S.L.”, “C.L., S.L.”, don F.R.R.G., doña Mª.A.R.R.G., Mª.P.R.R.G., los INTERVENTORES JUDICIALES: don G.T.N., don C.M.R., el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, debo condenar y condeno solidariamente a “E.P., S.L.” Y “C.L., S.L.”, a que abone a los actores las siguientes cantidades: a M.H.D.F., la de CUATROCIENTAS VEINTICUATRO MIL QUINIENTAS VEINTIDOS PESETAS (424.522.-ptas); a J.A.C.H., la de DOSCIENTAS CUATRO MIL DIECISEIS PESETAS (204.016.-ptas); a C.G.C., la de SETECIENTAS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTAS NOVENTA PESETAS (782.890.-ptas); a N.S.P., la de CIENTO CUARENTA Y UNA MIL SEISCIENTAS TREINTA Y UNA PESETAS (141.631.-ptas); a Mª.T.C.R., la de SEISCIENTAS SESENTA Y SEIS MIL TREINTA PESETAS (666.030.-ptas); a Mª.D.O.P.S., la de SEISCIENTAS OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTAS SESENTA Y DOS PESETAS (687.262.-ptas); a J.R.R.S., la de OCHOCIENTAS OCHENTA Y UNA MIL SEISCIENTAS TREINTA Y CINCO PESETAS (881.635.-ptas); a Mª.P.P.R., la de SETECIENTAS TREINTA Y DOS MIL TRESCIENTAS SETENTA PESETAS (732.370.-ptas); a Mª.C.R.B., la de OCHOCIENTAS TREINTA Y CUATRO MIL TREINTA Y OCHO PESETAS (834.038.-ptas); a Mª.L.G.A., la de SETECIENTAS NOVENTA Y SIETE MIL TRESCIENTAS ONCE PESETAS (797.311.-ptas); a A.Mª.D.L., la de SEISCIENTAS OCHENTA MIL CUATROCIENTAS CUARENTA Y TRES PESETAS (680.443.-ptas); a R.S.G., la de TRESCIENTAS SESENTA Y UNA MIL SETECIENTAS SETENTA Y UNA PESETAS (361.771.-ptas); a M.S.O., la de TRESCIENTAS SEIS MIL DOSCIENTAS DOS PESETAS (306.202.-ptas); a Mª.D.P.G., la de CUATROCIENTAS TREINTA Y UNA MIL QUINIENTAS NOVENTA Y TRES PESETAS (431.593.-ptas); a Mª.S.V.M., la de TRESCIENTAS DIEZ MIL QUINIENTAS OCHENTA Y TRES PESETAS (310.583.-ptas); a D.C.F., la de TRESCIENTAS QUINCE MIL CUATROCIENTAS CATORCE PESETAS (315.414.-

ptas); a N.G.I., la de CUATROCIENTAS VEINTISIETE MIL DOSCIENTAS NOVENTA Y SEIS PESETAS (427.296.-ptas); a B.P.G., la de TRESCIENTAS SIETE MIL NOVECIENTAS CUARENTA Y NUEVE PESETAS (307.949.-ptas); a R.A.R., la de TRESCIENTAS TRECE MIL CINCO PESETAS (313.005.-ptas); a M.F.M., LA DE CUATROCIENTAS DIECINUEVE MIL CUATROCIENTAS OCHENTA PESETAS (419.480.-ptas). Absolviendo a los restantes codemandados y todo ello con la intervención procesal del FONDO DE GARANTIA SALARIAL”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Sentencia de instancia estima parcialmente la demanda de los actores sobre reclamación de cantidad, condenando solidariamente a las empresas demandadas “E.P.G.A., S.A.”, “E.P., S.L.” y “C.L., S.L.” a abonar a los demandantes las cantidades que se especifican en la parte dispositiva de la resolución impugnada y por los conceptos reclamados. Esta decisión es impugnada por la representación procesal de la empresa codemandada “C.L., S.L.” al objeto de obtener su revocación y de que se absuelva a la mencionada recurrente, y sin cuestionar los hechos declarados probados, articula un único motivo de recurso, formulado por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral dedicado al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida, a través del cual denuncia infracción del artículo 6.4 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial elaborada sobre el levantamiento del velo jurídico, citando Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1983 y 3 de marzo de 1984; argumentando, en síntesis, que no procede la condena solidaria, por cuanto la identidad del accionariado no es de por sí causa suficiente para la declaración de responsabilidad solidaria. Que no existe confusión patrimonial, sino que existe contabilidad específica e independiente en cada entidad de todas y cada una de las operaciones entre ambas realizadas, que garantizar obligaciones de terceros no implica, en absoluto, confusión patrimonial. Que no existió descapitalización o despatrimonialización por el hecho de otorgar garantía en pago de deudas y que no cabe predicar frau-

de en la operación a que se refiere el hecho probado 14º.

SEGUNDO.- Partiendo de los incombados hechos probados, el recurso no puede prosperar, por cuanto las Sociedades codeemandas “E.P.G.A., S.A.” y “C.L., S.L.” tienen como únicos socios a los hermanos R.R.G., quienes a su vez, son socios mayoritarios de la mercantil también demandada “E.P., S.L.”, y a la vista de las operaciones realizadas entre ellas, descritas en el relato fáctico de la sentencia recurrida, resulta evidente una actuación fraudulenta, con el fin de descapitalizar a la empresa empleadora de los actores, con evidente perjuicio para éstos. Así consta que con fecha 18.02.93, se otorgó ante Notario, escritura de compraventa en virtud de que con fecha de 18.02.93, se otorgó ante Notario, escritura de compraventa en virtud de la cual “E.P.G.A., S.A.”, dueña de las fincas integrantes del edificio nº ... (antes ...) de la calle ... de Vigo, sótano primero de 2.364 m2 y otro sótano de 1.806 m2, gravadas con hipotecas en favor de Hacienda, de fechas 91 y 92 por importe de 44.753.155 pesetas, vende a la Entidad “C.L., S.L.” las citadas fincas, por el precio de 165 millones de pesetas, reteniendo la compradora la suma de 44.753.155 pesetas para satisfacerlas a la Hacienda Pública y la suma de 116.306.835 pesetas, se declaran recibidas por la vendedora, a través de la compensación del crédito que tiene pendiente de pago con la compradora (a saber, EPIGASA adeudaba a Inmobiliaria “L.R., S.A.”, la cantidad de 116.306.835 pesetas y dicha Entidad fue disuelta y liquidada el 26.11.92, adjudicándose la titularidad del activo y pasivo a la entidad “C.L., S.L.” y por lo tanto, el crédito de 116.306.835 pesetas y ante la imposibilidad de “E.P.G.A., S.A.” de la devolución de los citados importes, se convino la cesión onerosa de las citadas fincas, por parte de “E.P.G.A., S.A.” a “C.L., S.L.”, en Junta General Ordinaria de Socios celebrada el 11.12.92, en pago de la deuda antes citada). Que con fecha de 27.10.93, el Fondo de Garantía Salarial y la empresa “E.P.G.A., S.A.”, formalizan un convenio de fraccionamiento de pago, de la cantidad abonada por Fondo de Garantía Salarial a los trabajadores de “E.P.G.A., S.A.”, la cual sería satisfecha en la forma establecida en dicho convenio y cuyo contenido, se da por reproducido. Y también en garantía de devolución y cumplimiento de los pactos previstos, se pactó que la Entidad “C.L., S.L.” constituya a favor del Fondo de Garantía Salarial, primera hipoteca sobre la finca siguiente: Parcela

Cinco L, de superficie 227 m2. Que con fecha de 12.11.93, se otorgó ante Notario, escritura de hipoteca unilateral, otorgada por "C.L., S.L.", a favor del Fondo de Garantía Salarial, para asegurar el cobro en el plazo de 8 años, mediante pagos trimestrales, a contar desde el mes de agosto de 1994, de la cantidad de 145.000.000 pesetas de principal y 85.688.750 pesetas de intereses. Y para que sirva de tipo de la subasta, en caso de ejecución hipotecaria, tasan la finca hipotecada en 230.668.750 pesetas.

Por otra parte, no se puede desconocer por la Sala, que la cuestión litigiosa que se plantea en el presente recurso, ha sido analizada y resuelta por la Sentencia de este mismo Tribunal de fecha 9 de abril de 1999 (rec. 526/99) a propósito de un procedimiento seguido por despido en el que todos los demandantes en aquel proceso, también son parte en el presente, y en dicha sentencia se decía que, los diversos negocio jurídicos concertados entre las sociedades, solidariamente condenadas en la sentencia de instancia, (negocios que son los descritos en la relación fáctica de la resolución recaída en el presente proceso), eran negocios ejecutados en fraude de ley, en los que siempre se daba la intervención de los hermanos R.R.G., como titulares de la totalidad del capital social de las entidades mercantiles "E.P.G.A., S.A." y "C.L., S.L.", y que han supuesto la descapitalización de la primera, dejándola sin patrimonio alguno, al producirse un trasvase de bienes inmuebles a favor de la segunda, en pago de deudas no justificadas fehacientemente, siendo así que se convino la cesión de las fincas descritas en el ordinal 14º del relato de probanzas por parte de "E.P.G.A., S.A.", a favor de "C.L., S.L.", sin un claro soporte que justificase dicho trasvase. Y esta actuación debe ser calificada en fraude de Ley, incardinable en el artículo 6.4 del Código Civil, como así lo declara la indicada Sentencia de esta Sala de fecha 09.04.99; y dicha sentencia, como más arriba se dijo, no puede ser desconocida ahora por la Sala, porque como tiene declarado el Tribunal Constitucional –sentencia por todas 161/1984, de 16.10 (RTC 1984\161)– los órganos judiciales deben conocer sus propios pronunciamientos, y esto es así aunque se trate de órganos colegiados divididos en secciones distintas, y quedan vinculados por sus resoluciones anteriores (sentencia de 29.05.95 [RJ 1995/4.455]).

En consecuencia, debemos estar a lo ya declarado por este Tribunal en el proceso

anterior por despido, en el que también se analizó la cuestión de la responsabilidad solidaria de las mismas empresas codemandadas, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto por "C.L., S.L." al no haber incurrido la Sentencia impugnada en las infracciones a la misma atribuidas, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del recurrido, con las consecuencias previstas en los artículos 202. 3 y 4 y 233 de la Ley de Procedimiento Laboral. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa codemandada "C.L., S.L.", contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Vigo, de fecha 20 de enero de 2000, en proceso seguido sobre reclamación de cantidad a instancia de doña M.H.D.F., doña C.G.C., don J.A.C.H., doña N.S.P., doña Mª.T.C.R., doña Mª.D.O.P.S., don J.R.R.S., doña Mª.P.P.R., doña Mª.C.R.B., doña Mª.L.G.A., doña A.Mª.D.L., don R.S.G., don M.S.O., doña Mª.D.P.G., doña Mª.S.V.M., doña Mª.D.C.F., doña N.G.I., doña B.P.G., doña R.A.R., doña C.C.A., y doña Mª.M.F.M., frente a la citada empresa recurrente, así como frente a las también demandadas empresas "E.P.G.A., S.A." y "E.P., S.L.", debemos confirmar íntegramente la sentencia recurrida.

3624 Recurso núm. 1.771/03

S.S. INEXISTENCIA DE REPRESALIA EMPRESARIAL, QUE XUSTIFICA A CALIFICACIÓN DE IMPROCEDENCIA DO DESPEDITO DECRETADO.

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

A Coruña, a vinte e seis de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.771/2003 interpuesto por "A.D., S.L." 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 V.M.F.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa "A.D., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 753/2002 sentencia con fecha 13 de diciembre de 2002 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 V.M.F.C., prestó servicios para la empresa demandada desde el 27 de febrero de 1998, con la categoría de Conductor y salario mensual, incluida la prorata de pagas extraordinarias, de 890,20 euros. La actividad de la empresa es la de Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia. El Convenio aplicable es el Estatal para las Empresas y Trabajadores de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 8 de octubre de 2001. SEGUNDO.- El día 29 de julio de 2002 el demandante remitió carta a la empresa del siguiente tenor literal: don V.M.F.C., pola presente poño en coñecimento da dirección da empresa "A.D., S.L." que fun obxecto de insultos e descalificacións en público por parte do encargado don I.M., o pasado domingo 28 ás 18:20 horas, aproximadamente. *Solicito da empresa o respecto á miña dignidade por parte deste encargado, atendendo ao art. 4 do Estatuto dos Traballadores.*" El siguiente día 16 de agosto, la empresa remitió al trabajador una carta imputándole una serie de incumplimientos y dándole un plazo para contestar en su descargo. En los autos figura copia de la carta que se tiene por reproducida. El día 19 de agosto de 2002 el demandante remitió a la empresa una carta de descargo que figura en la prueba de ambas partes y que, por su extensión, se tiene por reproducida. TERCERO.- El día 13 de septiembre de 2002, el demandante recibió comunicación de despido del siguiente tenor literal: *Estimado trabajador: Por la presente lamento comunicarle que la empresa ha decidido su despido disciplinario en función de los siguientes hechos que se exponen a continuación: El día LUNES 5 DE AGOSTO, a las 18 HORAS, en el final de su turno, en el momento en que llegaba a la base a firmar la boja correspondiente al final de su jornada, tiene un enfrentamiento personal con*

el Sr. M., encargado de la base. Parece ser cierto que en ese momento, el citado encargado, le recordó que en la guardia del día 3, el sábado, a las 9 de la mañana, dio un portazo, con la puerta de entrada, recordándole el hecho y requiriéndole para que no volviera a dar un portazo, que se lo advertía de buenas formas, porque a esa hora estaba despertando a los compañeros. En este momento usted, le contestó que no amenazara, gritándole literalmente: "A MI NO ME AMENACES, SI QUIERES QUE ARREGLEMOS ALGO, LO ARREGLAMOS TÚ Y YO FUERA". Y esto se lo dijo en un elevado tono de voz, gritando, en una ánimo claramente provocador para salir a pegarse a la calle. Ante esto, el encargado Sr. M., no salió. Se limitó a permanecer dentro de la base y cerrar la puerta, manifestándole que no tenía nada que arreglar fuera. Es en este momento en el que el encargado le manifiesta que parece que está buscando que lo echen, a lo que usted asiente, manifestando que es un tema que arreglaría en los juzgados. Este hecho viene precedido por el ocurrido el día domingo 28 a las 18.20 horas, día en el que usted dice que fue objeto de "insultos y descalificaciones". Pues bien, según la versión dada por sus compañeros, lo cierto es que al encargado Sr. M., le notifican una urgencia y que tuvo que estar unos cuatro minutos buscándolo puesto que usted no se encontraba en su puesto, siendo en esa situación de extrema urgencia en la que el Sr. M. le recrimina su retraso, dado que es usted uno de los trabajadores más antiguos en el 061 y sabe perfectamente que tiene que estar localizable e inmediatamente dispuesto para salir al servicio, que como usted conoce, es de "urgencias". Su retraso llegó hasta el extremo que pasando otro compañero suyo por la base, que no se encontraba de turno, estuvo a punto de salir con la ambulancia en su sustitución. A raíz de esta carta suya, (dado que de otra forma probablemente sus compañeros nunca lo contarían) la empresa tuvo conocimiento que en esa semana incurrió usted en una serie de prácticas irregulares, que son consideradas de extrema gravedad para un servicio de urgencias, lo que motivó el distanciamiento del encargado y sus recriminaciones. Efectivamente en la semana del 21 al 28 de julio del presente año, usted acudió a trabajar habitualmente con falta de uniformidad, sin chaleco y sin el suficiente y exigible aseo. Con la camisa sucia, siempre por fuera del pantalón y sin afeitarse. Es habitual, y lo ha protagonizado con especial intensidad en esos días, su conducción inconstante y peligrosa, circulando por el carril contrario, y retornando de los servicios

con exceso de velocidade. En esa semana se ba comprobado que durante el servicio consume usted alcohol, siendo esto, como usted comprenderá, una situación inasumible en un servicio de urgencias. Y es que permaneció, en esos días, en las terrazas de bares cercanos, sentado de uniforme, en algunos casos durante mas de una hora, mientras el resto de sus compañeros permanecían dentro de la base. Situación que se extiende a la terminación de su turno, en que frecuente bares vestido con el uniforme del 061. No alcanza la empresa a comprender su actitud. Por un lado, pretende el amparo frente a un superior, pero, por el otro, está protagonizando una serie de prácticas irregulares que pueden suponer graves sanciones a la empresa por parte del la función del 061, que pueden llevar incluso a la pérdida del contrato administrativo. En este sentido procede que le indiquemos que es habitual oírle comentar con familiares y amigos que usted "va por la empresa", y "que "A.D., S.L." se va a quedar sin una ambulancia" y "que tiene muchos amigos para cerrar la empresa". Este es un pueblo muy pequeño en donde todo se sabe. Su actitud es un atentado directo a la buena fe contractual que debe regir la vida laboral. Puesto en conocimiento estos hechos por medio de burofax, la contestación dada no ha sido satisfactoria, puesto que no niega los hechos, se limita se limita a explicarlos y a dar una versión alternativa que no han ratificado sus compañeros. Estos hechos son constitutivos de los supuestos previstos como despido disciplinario en el Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 54 b) por indisciplina o desobediencia en el trabajo; c) por ofensas verbales o físicas a las personas que trabajan en la empresa; d) por transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño de su trabajo. El Convenio Colectivo de aplicación, recoge la relevancia sancionadora de sus conductas como muy graves, en el artículo 38 como fraude, deslealtad y abuso de confianza; y pro incumplimiento o abandono de las medias adoptadas para prevención y salud laboral de los enfermos, ya que esto puede derivarse en riesgos para la salud e integridad física de los mismos, constituyendo incumplimientos reiterados. El despido surtirá plenos efectos en el mismo día de recepción de esta carta. Contra esta decisión podrá interponer reclamación a la fía jurisdiccional, previa demanda en conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación.". CUARTO.- El día 8 de febrero de 2002 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social Uno de Lugo en procedimiento sobre modificación

sustancial de condiciones de trabajo seguido entre los ahora demandante y demandada por la que se condenó a la empresa a reponer al demandante en sus anteriores condiciones de trabajo. La modificación había consistido en que el demandante debía pasar a prestar sus servicios desde el día 19 de noviembre de 2001 en la base de ... Hasta ese momento el demandante trabajaba en la base de ..., asimismo de este cambio resultaba también un cambio de turno y de horario de trabajo. Instada la ejecución de la sentencia y tras una serie de vicisitudes procesales se dictó auto el día 17 de septiembre, tras escrito del demandante de 24 de julio anterior en el que solicitaba que se declarase la extinción de su relación laboral, por el que se denegó la solicitud por haber sido despedido el día 12 de septiembre. QUINTO.- El demandante percibió, en concepto de salarios, las cantidades siguientes: Mayo de 2002: 763,03 euros brutos. Junio de 2002: 763,03 euros brutos. Julio de 2002: 763,03 euros brutos. Paga extra de verano: 763,03 euros brutos. Agosto de 2002: 763,03 euros brutos. Mes de septiembre de 2002 (del 1 al 13): 330,65 euros brutos (excluida la parte proporcional de vacaciones). SEXTO.- El día 31 de julio de 2002 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social expidió informe en el que se dice:

"En cumplimentación de la OS nº I-828/02 relativa a la empresa "A.D., S.L.", sita en Ribadeo; es girada visita los días 22 y 29 de mayo de 2002, comprobándose: Los hechos denunciados en su escrito por lo que se formula un requerimiento a la empresa para que le permita utilizar las zonas comunes, no así el dormitorio, puesto que usted no tiene turno de noche.".

SÉPTIMO.- El día 5 de agosto, sobre las seis de la tarde el demandante llegó a la base a firmar el fin de su jornada donde se encontraban el encargado Sr. M., el hijo del dueño de la empresa y dos camilleros. El Sr. M. le recriminó al demandante haber dado un portazo a lo que éste contestó que si tenía que hablar algo con él que lo hiciera fuera de allí. El día 28 de julio el demandante se encontraba tomando un café en el bar que está junto a la base cuando hubo una urgencia. El encargado fue a buscar al demandante cuando habían pasado tres minutos desde que se recibió la llamada. Es frecuente que los trabajadores de la empresa vayan a tomar un café a ese bar, que dista unos diez metros de la base. El demandante no estaba autorizado por la empresa a utilizar los lugares de descanso de la base, tales como

microondas o TV. El demandante tiene para él una mesa y una silla situadas en un local grande en el que, en ocasiones, se guardaba algún coche. OCTAVO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año anterior al cese de su actividad laboral para la empresa la condición de delegado de personal, miembro del Comité de Empresa. El día 15 de abril de 2002 se constituyó la sección Sindical del sindicato Confederación Sindical Galega, siendo elegido el demandante como Secretario de la misma. El representante de los trabajadores es don J.B.C., según se manifiesta en certificación expedida por el Secretario de la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Lugo de 26 e septiembre de 2002. NOVENO.- Presentada papeleta de conciliación por el demandante en fecha 27 de septiembre de 2002, el acto se celebró el siguiente día 11 de octubre con el resultado de "INTENTADA SEN EFECTO".

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

"FALLO: Que estimando la demanda ejercitada por don V.M.F.C. contra "A.D., S.L.", debo declarar y declaro la nulidad del despido de que fue objeto el demandante el día trece de septiembre de dos mil dos, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración así como a la readmisión inmediata del trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido y con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuese anterior a la sentencia y se probase lo percibido por la empresa. Asimismo, el empresario deberá mantener en alta al trabajador durante el periodo correspondiente a los salarios de tramitación".

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.- Se recurre la declaración de nulidad del despido denunciando, con inicial motivo que se destina -vía art. 191.a LPL- a solicitar que se declare la nulidad de la sentencia, por tres causas diversas: (a) variación sustancial de la demanda en relación con la

reclamación previa, (b) insuficiencia de los HDP y (c) predeterminación del fallo; todo ello -se dice- causante de indefensión a la parte recurrente.

SEGUNDO.- 1.- La papeleta de conciliación que se presentó ante el SMAC (folios 162 a 166) hace referencia a tres extremos: (a) la sentencia de 08.02.02 -Juzgado de lo Social nº Uno de los de Lugo- que declara improcedente la modificación de condiciones de trabajo producida en 16.11.01; (b) la solicitud de la extinción del contrato ex art. 50 ET, por no haberse repuesto al accionante en las anteriores condiciones, «de lo que se dio traslado a la parte ejecutada por proveído de 29.07.02 y que la misma recogió el 16.09.02; y (c) el despido de 12.09.02, que la decisión hoy recurrida reseña en el ordinal tercero. Y se solicita de tal Organismo administrativo a que la Empresa «se avenga a la extinción del contrato en base al artículo 50.1.a) del E.T. o a *readmitirme en el mismo puesto y condiciones* de trabajo en las que me encontraba con anterioridad al traslado del puesto de trabajo, así como al abono de las *remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha del despido hasta que dicha readmisión se produzca*».

2.-Por su parte, la demanda (folios 1 a 3) hace referencia a los mismos extremos y concluye interesando que la Empresa «se avenga a la extinción del contrato en base al artículo 50.1.a) del E.T., *así como que se declare mi despido como nulo* condenando a la demandada a *readmitirme en el mismo puesto y condiciones* de trabajo que regían antes de las modificaciones del contrato de trabajo con el abono del salario dejados de percibir desde el despido hasta la readmisión, o *subsidiariamente improcedente* y, en cualquier caso, contrario a derecho, condenando a la demandada a *readmitirme en el mismo puesto y condiciones* de trabajo que regían antes del despido, o al abono de una *indemnización* de 45 días por año trabajado, así como a abonarme las *remuneraciones dejadas de percibir* hasta que la readmisión se produzca».

3.- Lo anteriormente indicado nos lleva a rechazar el defecto de variación sustancial que el recurso denuncia. Porque si bien con escasa claridad expositiva y no mejor fortuna en el planteamiento, la parte actora ha basado su papeleta conciliatoria y la demanda en los dos mismos hechos, el incumplimiento empresarial de la sentencia sobre modificación de condiciones y el posterior despido, y aunque en demanda se haya modificado la califi-

cación y consecuencias de este último (nulo o subsidiariamente improcedente), es doctrina jurisprudencial reiterada la de que el despido ha de calificarse en función de los hechos y no de la petición de la parte, que no tiene entidad trascendental a los fines pretendidos, por tratarse de cuestión jurídica no sometida al principio de rogación ni disponibilidad, sin que tal calificación de oficio produzca incongruencia o infracción procesal alguna (SSTS Comunidad Valenciana 09.11.01 AS 3.328, Castilla/La Mancha 07.05.98 Ar. 2.674, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 27.01.97 Ar. 178, Baleares 09.03.94 AS 1.197, Cataluña 05.02.93 AS 791 ...)

4.- En la misma forma rechazamos que concurra defectuosa acumulación de acciones determinante de nulidad. Bajo el epígrafe de «acumulación de acciones», el art. 27 LPL dispone taxativamente que «no podrán acumularse a otras en un mismo juicio [...] las acciones de despido, las de extinción del contrato de trabajo de los artículos 50 y 52 [...]»; y en la sección relativa a la «acumulación de autos», el art. 32 señala que «cuando el trabajador formule demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 [...] y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio».

Dado que esta acumulación de procesos comporta también acumulación –sobrevinida y por reunión– de acciones, bien pudiera pensarse que el art. 32 LPL opera como excepción a la norma general prohibitiva del art. 27 o –si se prefiere– como precisión de que las acciones de despido y de extinción del contrato no son –entre sí– de incompatible ejercicio simultáneo, tal como parece admitir la STS 12.02.93 Ar. 1.159. Pero con independencia de tal posibilidad, que la Sala simplemente apunta, de todas formas el defecto que se acusa por la recurrente no habría de llegar a la conclusión anulatoria que postula, siendo así que tratándose de acción acumulada a la despido el art. 28 LPL impone al Juez o Tribunal –en línea con la prescripción del art. 81– que efectúe requerimiento de opción subsanatoria, que de no realizarse por la parte determina que «se seguirá la tramitación del juicio de despido y se tendrá por no formulada la otra acción acumulada»; con lo que habría de llegarse precisamente a la solución que en autos fue alcanzada cuando en el acto de juicio el trabajador

demandante desistió de su acción por extinción de contrato vía art. 50 ET.

Con ello es claro que no se alcanza a ver defecto alguno que justifique la drástica consecuencia que se propugna, la nulidad de actuaciones, que con el tiempo habría de llevar nuevamente –tras dilación temporal cuyo interés para la recurrente se nos escapa– a la fase procesal en que nos encontramos. Aparte de que no cabe olvidar que para la doctrina constitucional (SSTC 285/2000, de 27 de noviembre y 79/2001, de 26 de marzo), «los órganos judiciales deben ponderar la entidad real de los defectos que advierten en los actos procesales de las partes en relación con el cierre del proceso y el acceso a la jurisdicción, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que deben acarrear, y procurar siempre que sea posible su subsanación, al objeto de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. En dicha ponderación deben de atenerse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal incumplido o irregularmente observado (SSTC 87/1986, de 27 de junio, F. 3; 117/1986, de 13 de octubre, F. 2; 33/1990, de 26 de febrero, F. 3; 331/1994, de 19 de diciembre, F. 2; 145/1998, de 30 de junio, F. 2; 35/1999, de 22 de marzo, F. 4; 108/2000, de 5 de mayo, F. 2; 193/2000, de 18 de julio, F. 3). Si el órgano judicial no hace posible la subsanación del defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable o impone un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a que las mismas responden, la resolución judicial que cierre la vía del proceso e impida el acceso al mismo será incompatible con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que los presupuestos y requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, con la consecuencia de que si aquella finalidad puede ser lograda, sin detrimento de otros bienes o derechos dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto (SSTC 92/1990, de 23 de mayo, F. 2; 213/1990, de 20 de diciembre, F. 2; 172/1995, de 21 de noviembre, F. 2)».

Y es más, para la indicada STC 79/2001, de 26 de marzo, «la exigencia de dar lugar a la subsanación del defecto advertido cuando, atendida la ratio de su exigencia procesal, éste pueda aún ser reparado sin menoscabo de la regularidad del procedimiento y sin daño de la posición de la parte adversa, y siempre que, en definitiva, no se aprecie una posición negligente o contumaz en el recurrente, no depende de la existencia de previsiones legislativas específicas en cada procedimiento, sino que deriva del contenido normativo del mismo art. 24.1 CE».

TERCERO.- No mejor suerte corresponde a los defectos imputados en la redacción de los HDP, de insuficiencia y predeterminación. Porque:

(a).- Es constante doctrina jurisprudencial que la valoración sobre la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados constituye facultad privativa de la Sala, no siéndole dable a la parte pretender el efecto anulatorio de la sentencia con el fundamento de que determinados elementos hubieran tenido que acceder al «factum», sino que a la recurrente corresponde tan sólo la posibilidad que le atribuye el art. 191.b LPL, esto es, la de intentar modificar, añadir o suprimir alguno de los HDP para el supuesto de entender que la versión ofrecida por el Magistrado incurre en error o ha omitido datos que sean decisivos para el signo del fallo (así, SSTs 09.03.89 Ar. 1.812 y 22.03.90 Ar. 2.323; y «entre las últimas» STSJ Galicia de 05.07.02 R. 5.365/01, 27.07.02 R. 4.323/01, 21.09.02 R. 1.158/99, 09.12.02 R. 5.131/02 y 20.12.02 R. 4.119/99). Aparte de que este Tribunal no aprecia insuficiencia fáctica alguna que achacar al relato de hechos ofrecido por la decisión recurrida.

(b).- Y en igual formal, muy al contrario de lo que sostiene el recurso, tampoco en la parte histórica de la sentencia recurrida apreciamos censurable concepto predeterminante, si no meros extremos fácticos que no se avienen con los intereses de la parte. Tal como tenemos indicado en multitud de ocasiones –SSTSJ Galicia 13.05.99 R. 1.847/96, 14.07.01 R. 3.037/00, 18.07.01 R. 287/99, 17.09.01 R. 3.584/00, 17.09.01 R. 3.605/00, 10.10.01 R. 4.520/00, 25.10.01, 24.11.01 R. 1.458/98 y R. 4.908/00, 15.02.01 R. 3.960/98, 13.03.02 R. 809/02 y 25.01.03 R. 4.613/99–, 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 19.06.89 Ar. 4.811).

CUARTO.- Con apoyo en el art. 191.b LPL, el recurso solicita la rectificación del cuarto de los HDP, al objeto de que en su definitiva redacción expresa que «El 29.07.02 el trabajador solicitó que se dictara Auto declarando extinguida su relación laboral ex art. 50.1 c) del ET. De dicho escrito se acordó dar traslado a la parte ejecutada por término de cinco días (proveído de 29.07.02, notificado el 16.09.02 a la parte ejecutada) que lo evacuó en la forma que tuvo por procedente. El trabajador fue despedido por carta de fecha 12.09.02».

Variación que se acepta, no sólo porque el dato –decisivo, como se argumentará– del traslado del escrito consta efectuado al Letrado de la recurrida en la fecha que se pretende (así, folio 176), sino que incluso viene así admitido en la papeleta de conciliación presentada ante el SMAC (folio 163) y en el hecho segundo de la demanda (folio 1 vuelto).

QUINTO.- Ya bajo el amparo del art. 191.c LPL, la recurrente denuncia caducidad de la acción e implícita infracción de los arts. 59.3 ET y 103.1 LPL. Denuncia inviable, porque si los únicos días computables son los hábiles y el inicio del cómputo tiene lugar al día siguiente del despido, como precisan aquellos preceptos, es claro que la demanda de autos fue presentada justamente el decimonoeno día hábil y –por ello– en plazo, siendo así que al trabajador le fue entregada la carta despido –tercero de los HDP– el día 13/Septiembre, que la papeleta de conciliación se presentó el 27 de septiembre (a los 12 días del inicio), el acto se celebró sin avenencia el 11 de octubre y la demanda tuvo entrada en los Juzgados el inmediato día 21 (7 días más tarde).

Obviamente, el recurso cuenta el plazo desde el propio día 13, en que se entregó la carta de despido, y computa el día 12 de octubre, que es festivo –inhábil– en esta Comunidad Autónoma.

SEXTO.- 1.- Finalmente, con el mismo amparo procesal se denuncia infracción de los arts. 54 y 55.5 ET, así como 96 LPL; referencia esta última que ha de entenderse alusiva al art. 179.2 LPL, puesto que la discriminación por razón de sexo no es tema a tratar en la presente litis. Y dentro de esta denuncia, afirma el recurso en primer término que la sentencia de instancia «fuerza las alegaciones de la demanda y el debate procesal, para “deducir” que el trabajador alega la infracción de un derecho fundamental» que la decisión recurrida «elige, desarrolla y argumenta como una verdadera parte material».

2.- Pero nada tan alejado de la realidad, puesto que el hecho quinto de la papeleta de conciliación y el mismo numeral de la demanda no ofrecen duda de que el actor invoca precisamente la citada vulneración del derecho fundamental, al decir que «no puede mostrar mi acuerdo con el citado despido [...] al no existir causa alguna que lo justifique [...] La propuesta de despido y sus causas fueron realizadas con posterioridad al conocimiento por parte de la empresa de la solicitud de extinción del contrato en base al artículo 50.1.c y 52 del Estatuto de los Trabajadores».

3.- Con ello es claro que se alude –siquiera sin ropaje doctrinal– a la denominada «garantía de indemnidad», sobre la que el Tribunal Constitucional recuerda –STC 198/2001, de 04 de octubre, que se remite a la STC 140/1999 (22 de julio); y ATC 219/2001, de 18 de julio– que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface [...] mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza [...] En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 7/1993, 14/1993 y 54/1995). Y al efecto se decía en STC 7/1993 (18 de enero) que «si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción [...] por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula». Y como destacan esa misma Sentencia y otras

posteriores –SSTC 7/1993, de 18 de enero; 14/1993, de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 197/1998, de 13 de octubre, 140/1999, de 22 de julio; 101/2000, de 10 de abril; 196/2000, de 24 de julio; y 199/2000, de 24 de julio–, la prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5.c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo [...], que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo «el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes». Asimismo, el despido en estos casos supondría el desconocimiento del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al art. 4.2 g) ET, que configura como tal «el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo». Cabe citar, por último, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22.09.98 (TJCE 1998\207; Asunto C-185/1997), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

En fin, señala el TC, la garantía de indemnidad ínsita en el art. 24.1 CE cubre no sólo el ejercicio de la acción judicial, sino también los actos preparatorios o previos a la misma, toda vez que, según doctrina igualmente consolidada, el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción, y en concreto, con la exigencia del agotamiento de la reclamación administrativa o de la conciliación previa, según proceda. Los mencionados actos previos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, pues, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho (por todas, las SSTC de 14/1993, de 18 de enero; 140/1999, de 22 de julio; y 168/1999, de 27 de septiembre).

SÉPTIMO.- 1.- Sobre la existencia de la represalia que el trabajador aduce y la Magistrada de instancia acepta, ha de indicarse que en la materia es básica afirmación (entre otras, SSTSJ Galicia 24.01.96 R. 5.579/95, 19.07.96 R. 3.474/96, 15.11.96 R. 4.779/96, 27.11.97 R. 4.407/97, 26.01.98 R. 4.882/97,

23.03.99 R. 794/99, 11.05.99 R. 1.522/99, 20.04.01 R. 2.851/95, 11.05.01 R. 2.138/01, 26.06.01 R. 2.451/01, 12.09.02 R. 3.594/02, 31.10.02 R. 4.663/02 y 03.04.03 R. 710/03) la de que no basta el simple alegato del componente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales para justificar el desplazamiento de la carga probatoria a la Empresa, obligada así a acreditar cumplidamente que su decisión se hallaba desconectada de aquellas ilegítimas motivaciones, sino que esa inversión del onus probandi requiere que se acredite –por parte de quien lo afirma– un ambiente favorable a la discriminación o atentado contra el derecho fundamental. Con la consecuencia de que ese indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada, tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales (entre las últimas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo; 48/2002, de 25 de febrero; 41/2002, de 25 de febrero; 14/2002, de 28 de enero; 136/2001, de 18 de junio; 101/2000, de 10 de abril ...).

Con arreglo a la misma doctrina, aunque es ciertamente claro que el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo –verdadera prueba diabólica– de que no haya móvil lesivo de derechos fundamentales, sino tan sólo probar que su decisión obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, acreditando que la misma se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo, de manera que es admisible la improcedencia de la decisión empresarial –que no su nulidad radical– cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se excluya en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que «puesta entre paréntesis» la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc.), la decisión «habría tenido lugar verosímilmente en todo caso, por existir causas sufi-

cientes, reales y serias para entender que es razonable».

Pero igualmente ha de tenerse en cuenta que los «indicios» de que habla el indicado precepto –art. 179.2 LPL– no son identificables con la mera «sospecha», que consiste en «imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia», sino que los indicios «son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto» (STS 25.03.98 Ar. 3.012, con cita de las SSTs 09.02.96 Ar. 1.007, 15.04.96 Ar. 3.080 y 23.09.96 Ar. 6.769), por lo que la misma doctrina habla de «razonables indicios» (STC 101/2000, de 14 de abril, por ejemplo), o de «mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia» (STC 41/1989, de 22 de marzo; citada por la STS 04.05.00 Ar. 4.266). Y la apreciación indicaria supone para la Jurisprudencia –STS 01.10.96 Ar. 7.220– una valoración jurisdiccional provisional de carácter complejo, correspondiente en principio al Juez de instancia, que versa tanto sobre elementos de hechos («indicios») como sobre calificaciones o elementos de derecho («violación» del derecho fundamental), y cuya revisión en Suplicación sólo tiene trascendencia o efecto práctico cuando el Tribunal Superior de Justicia entienda que el Juzgado de lo Social debió haber aplicado esta regla atenuada de inversión de la carga de la prueba.

2.- Pese a tan categórica afirmación –la regla probatoria sólo trasciende en Suplicación cuando se inaplica por el Juzgado de instancia–, creemos que en el presente supuesto ha de censurarse también el uso que de la inversión probatoria se ha efectuado por la decisión recurrida, porque la Magistrada basa su conclusión sobre la existencia de represalia en el hecho de que la Empresa había tenido conocimiento –previo al despido– de que el trabajador había instado la resolución de su contrato, pero la única revisión de los HDP que se ha instando y ha prosperado es la relativa a que el conocimiento oficial de tal extremo –y no hay referencia alguna a una posible noticia extrajudicial– se produce el día 16.09, esto es, tres días después del despido. De esta forma desaparece el presupuesto argumental de la naturaleza represaliante de la extinción del contrato y la decisión del empresario ha de ser calificada como improcedente, dado que de la prolija carta de despido únicamente se tienen por acreditados los hechos que relata

el ordinal séptimo de los HDP, y que los mismos no tienen entidad suficiente para justificar la sanción máxima –ruptura contractual– impuesta, habida cuenta de que no tienen entidad para ello una simple frase dirigida al Encargado («a mí no me amenaces, si quieres que arreglemos algo, lo arreglamos tú y yo fuera») y el hecho de estar tomando café en un bar inmediato unos minutos, como es corriente entre los trabajadores, siendo así que las restantes imputaciones la Magistrada no las tiene por acreditadas y tampoco se ha propuesto revisión alguna –que necesariamente habría de fracasar, porque la testifical es inhábil medio revisorio– para incluirlas en el relato de hechos. En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación parcial del recurso que ha sido interpuesto por “A.D., S.L.”, revocamos la sentencia que con fecha 13.12.02 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Lugo, y con estimación de la petición subsidiaria de la demanda presentada por don V.M.F.C., declaramos improcedente el despido de que el mismo ha sido objeto en fecha 13.09.02 y condenamos a la demandada a que:

1º.- En el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia opte entre readmitirle o hacerle entrega de una indemnización por importe –s.e.uo.– de 6.032 euros. Y

2º.- En todo caso le satisfaga los salarios dejados de percibir desde aquella fecha y hasta la de la indicada notificación, a razón –s.e.uo.– de 29,266 euros/día.

3625 Recurso núm. 1.653/03

S.S. INCOMPETENCIA DA XURISDICIÓN LABORAL, Ó TERSE PRODUCIDO EXTINCIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO PERO NON DE CONTRATO LABORAL FRAUDULENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintinueve de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.653/03, interpuesto por XUNTA DE GALICIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don P.D.J.P.F. y doña A.C.L. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado CONSELLERIA DE ASUNTOS SOCIAIS E INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 674/02 sentencia con fecha 9 de diciembre de 2002, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Don P.D.J.P.F., con D.N.I. número ..., comenzó a prestar sus servicios profesionales como Médico, en el Instituto Social de la Marina de Vigo, con fecha 01.09.90, en virtud de un contrato, al amparo del Real Decreto 1.465/85 de 17 de julio, con supletoriedad de la Ley de Contratos del Estado, para estudio y atención del alcoholismo y drogadicción en el Sector marítimo pesquero, dentro de la provincia marítima de Vigo. Este contrato consta como documento en el ramo de prueba y se da por reproducido. La duración era por cuatro meses. 2º.- Con fecha 01.01.91 se celebra nuevo contrato, en las mismas condiciones; también consta como documento en el ramo de prueba y se da por reproducida. La duración de este nuevo fue por un año. Este contrato fue objeto de sucesivas prórrogas. 3º.- En el año 1995, 3 de noviembre, se remite por Acción Social Marítima a Administración del Instituto Social de la Marina en Vigo, pliego de prescripciones técnicas para la contratación de profesionales del servicio de drogodependencia. En ellas se disponen las características del servicio, fecha y horario: todos los martes, miércoles y jueves laborables de 1996, hasta un total de 15 horas semanales, martes y jueves de 13:30 h a 22:00 h: entre las 16:30 h y las 19:00 h en Casa del Mar de Vigo y de 19:30 a 22 en Casa del Mar en Pontevedra; miércoles de 16:30 h a 20:30 h en Casa del Mar de Bayona. Podría ser ampliado a 20 h. Importe máximo de licitación 1996, 2.324.901 Ptas. más incremento que corresponda, mate-

rial y traslados por cuenta del adjudicatario. 4º.- El 30 de diciembre de 2000, se firma acuerdo de prórroga el contrato de servicio de "Traballos específicos e concretos nos habituais dun médico para atención a drogodependientes ... a partir de día 1 de xaneiro de 2001. Consideran vigente la prórroga por un año". 5º.- Doña A.C.L., con D.N.I. número ..., comen-zó a prestar sus servicios, como psicóloga, para el Instituto Social de la Marina, el 22 de febrero de 1996, con un contrato al amparo del artículo 209 de la Ley 13/95 de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, B.O.E. 20.01.96, de ejecución de trabajos específicos concretos no habituales de Asistencia psicológica a drogodependientes y alcohólicos en el ámbito de la Dirección Provincial de Vigo, con estricta sujeción a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas. El precio total es de 2.000.000 de Ptas., liquidadas a razón de 200.000 Ptas. mensuales, previa factura. Plazo de 10 meses (marzo a diciembre de 1996) no admitiéndose prórroga. Este contrato obra como documento en el ramo de prueba y se da por reproducido. 6º.- En 28.02.97 la Directora Provincial del Instituto Social de la Marina y la demandante doña A.C.L., suscriben nuevo contrato, con el mismo objeto y condiciones que el anterior, de duración del 01.03.97 a 31.12.97, pudiendo ser prorrogado de mutuo acuerdo. Consta como documento en su ramo de prueba y se da por reproducido. 7º.- El 14 de diciembre de 1998, se vuelve a suscribir contrato igual que el anterior de 01.01.99 al 31.12.99. El 30 de diciembre de 1999, se suscribe prórroga del 01.01.00, por un año. 8º.- A partir de octubre de 1998, consta que la Dirección Provincial del Instituto Social de la Marina se ordena la iniciación de expedientes administrativos para la contratación de trabajos específicos y concretos no habituales de un médico y un psicólogo para el servicio de atención y prevención de las drogodependencias en el sector marítimo pesquero. Ramo de prueba de la Consellería, que se dan por reproducidos. 9º.- A tenor de la cláusula 4ª de los contratos descritos, la Dirección Provincial de la Consellería de Sanidade e Servicos Sociais, acordó prorrogar los servicios hasta el 31.12.01, no constando prórroga para 2002. 10º.- Por Decreto 306/01 se dispuso una nueva estructura de la Xunta de Galicia, creándose la Consellería de Asuntos Sociais, cuya estructura la definió el Decreto 402/01, de 28 de diciembre. En su consecuencia, la Dirección Provincial consideró oportuno no eliminar inminente-mente y mantener transitoriamente los servicios, en tanto se analizaba la situación. La Con-

sellería, los 15 de enero y 15 de febrero de 2002 mantuvo reuniones con los demandantes; se pretendía un contrato administrativo menor, que se desenvolvería en el 2º semestre del año, para programas de atención social de los problemas de toxicomanía y alcoholismo, consistente en 3 horas a la semana en Vigo, Marín y Bayona, un programa de educación para la salud y calidad de vida de las personas mayores y un programa en el ámbito del Plan de Inclusión Social. 11º.- Con fecha 31 de julio, la Consellería de Asuntos Sociais comunica a los actores la carta siguiente: "Por Decreto 306/2001, do 15 de decembro, estableceuse a nova estrutura orgánica da Xunta de Galicia creándose a Consellería de Asuntos Sociais, da cal a súa estrutura foi definida mediante Decreto 402/2001, do 28 de decembro.- A nova Delegación Provincial da Consellería de Asuntos Sociais de Pontevedra solicitou a súa colaboración para a prestación de servicios técnicos por conta propia como médico co obxecto de manter, transitoriamente (no primeiro semestre do ano), o programa de atención ós drogodependentes do ámbito do REM que anteriormente desenvolvía a Consellería de Sanidade e Servicos Sociais a cal non tramitou prórroga ó seu respecto. Nembargantes, este centro directivo apreciou a oportunidade de non suprimir de xeito inmediato o dito programa co obxecto de face-la valoración precisa sobre o mesmo e evitar a incomodidade que podría ocasionar á poboación beneficiaria súa inminencia da súa supresión.- Por mor da experiencia que vostede acredita, ó longo deste período, este centro directivo propúxolle a realización de diversos programas de asistencia social no segundo semestre deste ano que se executarían no marco dun contrato administrativo menor, sobre o que se mantiveron negociacións dende xaneiro pasado.- Con data 26 de maio de 2002, este centro puxo á súa disposición o prego de prescripcións técnicas (obxecto e condicións do contrato) para a súa sinatura, sen que ata a data conste resposta pola súa parte, o que esta delegación provincial interpreta como ausencia de interese na proposta de contrato que lle foi plantexada.- Por outra banda, con ocasión do próximo inicio das obras de remodelación das dependencias onde actualmente se atende ós beneficiarios, procede á suspensión da actividade que se viña desenvolvendo ata a súa finalización.- Por todo elo, esta delegación provincial comunícalle que a partir de 1 de agosto de 2002, non resultan necesarios os seus servicios o que se lle notifica ós efectos oportunos de facturación en debida forma dos prestados ata a cita-

da data". 12º.- Consta documentalmente que los actores, para el cobro de sus honorarios, emitían facturas mensuales. 13º.- Se formuló por ambos demandantes reclamación previa que fue desestimada, agotándose la vía administrativa. 14º.- Se remitieron los Autos al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia, que lo emitió en sentido de ser competente este Juzgado. 15º.- Los actores venían percibiendo 1.366,79 Euros mensualmente, incluido prorrateo, cada uno."

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 las demandas formuladas por don P.D.J.P.F. y doña A.C.L., contra CONSELLERÍA DE ASUNTOS SOCIAIS-XUNTA DE GALICIA y contra EL INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, debo declarar y declaro que la relación que unía a las partes es de carácter laboral e indefinido y que la decisión de la Consellería frente a los actores es un despido improcedente y en su consecuencia debo condenar y condeno a dicha Consellería a que los readmita en las mismas condiciones que existían antes del despido o a su elección les abone las siguientes cantidades: a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS (24.431,55) para don P.D.J.P.F. y de TRECE MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO EUROS CON CUARENTA Y CINCO CÉNTIMOS (13.155,45) para doña A.C.L. b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador será de 45,56 Euros diarios para cada uno de ellos. (Sólo para caso de readmisión). La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción y estima las demandas declarando que la relación que unía a las partes es de carácter laboral e indefinido y que la decisión de la codemandada, Consellería de Asuntos Sociais de la Xunta de Galicia, frente a los actores es un despido improcedente y condena a dicha Consellería a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración, y absuelve al también demandado Instituto Social de la Marina de las pretensiones de la demanda. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación Letrada de la Xunta de Galicia, construyendo el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, formulando dos peticiones revisoras: Una, introducir un nuevo hecho declarado probado -con el numeral 5º del siguiente tenor literal: "El juzgado de lo Social número 4 de Vigo mediante sentencia de fecha 8 de julio de 1996 acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción respecto de la demanda de despido presentada por el predecesor, psicólogo, de doña A.C.L. en el mismo servicio de los demandantes en la presente litis al considerar que su relación con el Instituto Social de la Marina no era laboral. Dicho predecesor fue contratado de la misma forma que luego lo fueron los actores". Otra, modificar el texto del hecho probado 9º en el sentido, afirma la recurrente, de aclarar que la contratación administrativa fue realizada en su día por el ISM, limitándose la Xunta de Galicia, una vez transferidas las competencias de funciones y servicios de dicho Instituto a prorrogar en sus propios términos los contratos existentes, sin alteración alguna en los mismos; proponiendo la redacción alternativa siguiente: "En virtud del Real Decreto 373/99, de 5 de marzo, se transfirió a la Comunidad Autónoma de Galicia las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia y servicios encomendados al Instituto Social de la Marina siendo asumidas dichas funciones por la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales. En virtud del traspaso efectuado, la Delegación Provincial de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales acordó la prórroga de los contratos firmados por los

períodos 2000 y 2001 a tenor de lo previsto en la cláusula 4ª de los mismos, manteniendo las mismas condiciones técnicas y contractuales que sirvieron para la adjudicación del contrato”.

Se pretende apoyar la primera de las revisiones, en el documento que ocupa los folios 84 a 88 del ramo de prueba de la recurrente -sentencia del Juzgado de lo Social número cuatro de Vigo de fecha 8 de julio de 1996; y la segunda, en la normativa de transferencia que cita y en la cláusula tercera del acuerdo de prórroga de los contratos -folio 164-. No se accede a ello. En cuanto a la primera, porque el documento de apoyatura no justificaría la atribución de predecesor al psicólogo que designa nominalmente. Respecto a la segunda, porque buena parte de su contenido, además de no ser objeto de controversia, aparece reflejado en el relato fáctico y en la fundamentación jurídica de la sentencia. Debe, pues, mantenerse en su integridad dicho relato; siendo de resaltar que al versar la temática que en el recurso se plantea, exclusivamente, sobre la competencia de jurisdicción, puede la Sala analizar y valorar todos los medios de prueba obrantes en las actuaciones, sin sujetarse a las peticiones de los litigantes.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjettiva Laboral, en el segundo, y último, de los motivos del recurso se denuncia infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en los arts. 1.1, 3 a), 8 y 56 del Estatuto de los Trabajadores; 2, apartado a) de la Ley de Procedimiento laboral y Disposición Adicional 4ª de la Ley 30/84 de Medidas de Reforma de la Función Pública, Reales Decretos 1.465/85 y 2.357/85, e inaplicación de lo dispuesto en el art. 3 c) de la citada Ley Procesal, art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 195 y siguientes y en especial el 201 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y 196 y 201 del Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Argumentando, esencialmente, que por el juzgador de instancia debió acogerse la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada no solo por la recurrente, sino por los dos organismos demandados, por cuanto la contratación de los actores ha revestido un carácter netamente administrativo, al amparo de la normativa que, como infringida invoca, y más concretamente en el art. 201 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que: a) En el aspecto formal ambas contrataciones se celebraron, como se recoge

en los hechos probados, tras el correspondiente procedimiento concursal; b) Las relaciones de servicio de los actores han carecido de las notas de dependencia y ajeneidad, propias del contrato laboral; c) El servicio se concertó bajo el principio de libertad de criterio profesional y autonomía en su desenvolvimiento; d) El objeto del contrato no consistía únicamente en una mera actividad asistencial -por lo demás, mínima- sino en la realización de un trabajo específico y concreto no habitual, consistente en actividades de planificación, estudio e investigación de las toxicomanías en el sector marítimo-pesquero, asumiendo los actores tanto la dirección como el riesgo del servicio con total independencia tanto del ISM como de las Consellerías. Invoca la recurrente las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de noviembre de 1997 y de este Tribunal de 19 de diciembre de 2001. En definitiva, estima que si no hay laboralidad, no hay duda de que esta jurisdicción no es competente para enjuiciarla y, en consecuencia, no se está ante un supuesto de despido.-

El núcleo de la cuestión que en trámite de recurso se plantea, como queda dicho, versa, únicamente, acerca de si para el enjuiciamiento y decisión de las pretensiones deducidas en los escritos iniciales del proceso, es competente la jurisdicción laboral, como sostiene y proclama la sentencia recurrida; o si, por el contrario, la competencia, por razón de la materia, para su análisis y resolución, debe asignarse a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, como pretende la recurrente, reiterando la excepción que, al respecto, planteó en la instancia. La disyuntiva debe resolverse optando por la tesis que mantiene esta última, en base a las siguientes consideraciones:

A) La situación sometida a debate, consiste en: a) El codemandante don P.D.J.P.F., comenzó a prestar sus servicios profesionales como Médico, en el Instituto Social de la Marina de Vigo, con fecha 01.09.90, en virtud de un contrato, al amparo del Real Decreto 1.465/85 de 17 de julio, con supletoriedad de la Ley de Contratos del Estado, para estudio y atención del alcoholismo y drogadicción en el Sector marítimo pesquero, dentro de la provincia marítima de Vigo. Este contrato consta como documento en el ramo de prueba y se da por reproducido. La duración era por cuatro meses. b) Con fecha 1 de enero de 1991, se celebra nuevo contrato, en las mismas condiciones, fijándose como duración del mismo la de un año. Este contrato fue objeto de sucesivas pró-

rogas.- c) El 3 de noviembre de 1995, se remite por Acción Social Marítima a Administración del Instituto Social de la Marina en Vigo, pliego de prescripciones técnicas para la contratación de profesionales del servicio de drogodependencia. En ellas se disponen las características del servicio, fecha y horario: todos los martes, miércoles y jueves laborables de 1996, hasta un total de 15 horas semanales, martes y jueves de 13:30 h a 22:00 h: entre las 16:30 h y las 19:00 h en Casa del Mar de Vigo y de 19:30 a 22 en Casa del Mar en Pontevedra; miércoles de 16:30 h a 20:30 h en Casa del Mar de Bayona. Podría ser ampliado a 20 h. Importe máximo de licitación 1996, 2.324.901 Ptas. más incremento que corresponda, material y traslados por cuenta del adjudicatario. - d) El 30 de diciembre de 2000, se firma acuerdo de prórroga del contrato de servicio de "Trabajos específicos y concretos no habituales de un médico para atención a drogodependientes... a partir del día 1 de enero de 2001. Considerando vigente la prórroga por un año". e) La también demandante doña A.C.L., comenzó a prestar servicios, como psicóloga, para el Instituto Social de la Marina, el 22 de febrero de 1996, con un contrato al amparo del artículo 209 de la Ley 13/95 de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, B.O.E. 20.01.96, de ejecución de trabajos específicos concretos no habituales de Asistencia psicológica a drogodependientes y alcohólicos en el ámbito de la Dirección Provincial de Vigo, con estricta sujeción a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas. El precio total es de 2.000.000 de Ptas., liquidadas a razón de 200.000 Ptas. mensuales, previa factura. Plazo de 10 meses (marzo a diciembre de 1996) no admitiéndose prórroga. f) El 28 de febrero de 1997, la Directora Provincial del Instituto Social de la Marina y la demandante doña A.C.L., suscriben nuevo contrato, con el mismo objeto y condiciones que el anterior, de duración del 01.03.97 a 31.12.97, pudiendo ser prorrogado de mutuo acuerdo. g) El 14 de diciembre de 1998, se vuelve a suscribir contrato, igual que el anterior, de 1 de enero a 31 de diciembre de 1999, y el 30 de este último mes, se suscribe prórroga, a partir del 1 de enero de 2000, por un año.- h) Por la Dirección Provincial del Instituto Social de la Marina, se ordena la iniciación, a partir de octubre de 1998, de expedientes administrativos para la contratación de trabajos específicos y concretos, no habituales, de un médico y un psicólogo, para el servicio de atención y prevención de las drogodependencias en el sector marítimo pesquero. i) Por la Dirección Provincial de la Consellería de Sanidade e Servi-

cios Sociais, se acordó, a tenor de la cláusula cuarta de los contratos descritos, prorrogar los servicios hasta el 31 de diciembre de 2001, no constando prórroga para 2002. j) Para el cobro de sus honorarios, los demandantes emitían facturas mensuales; ascendiendo la retribución, de cada uno, incluido prorrateo, a 1.366,79 euros mensualmente. k) La Dirección Provincial de la Consellería demandada consideró oportuno no eliminar inminentemente y mantener transitoriamente los servicios, en tanto se analizaba la situación. l) Los días 15 de enero y 15 de febrero de 2002, la Consellería demandada mantuvo reuniones con los demandantes, pretendiendo un contrato administrativo menor, que se desenvolvería en el segundo trimestre del año, para programas de atención social de los problemas de toxicomanía y alcoholismo, consistentes en tres horas a la semana en Vigo, Marín y Bayona; un programa de educación para la salud y calidad de vida de las personas mayores y un programa en el ámbito del Plan de Inclusión Social. ll) La Consellería demandada, con fecha 31 de julio de 2002, comunicó a los demandantes carta con el siguiente contenido: "Por Decreto 306/2001, do 15 de decembro, estableceuse a nova estrutura orgánica da Xunta de Galicia creándose a Consellería de Asuntos Sociais, da cal a súa estrutura foi definida mediante Decreto 402/2001, do 28 de decembro.- A nova Delegación Provincial da Consellería de Asuntos Sociais de Pontevedra solicitou a súa colaboración para a prestación de servizos técnicos por conta propia como médico co obxecto de manter, transitoriamente (no primeiro semestre do ano), o programa de atención ós drogodependentes do ámbito do REM que anteriormente desenvolvía a Consellería de Sanidade e Servizos Sociais a cal non tramitou prórroga ó seu respecto. Nembargantes, este centro directivo apreciou a oportunidade de non suprimir de xeito inmediato o dito programa co obxecto de face-la valoración precisa sobre o mesmo e evitar a incomodidade que podría ocasionar á poboación beneficiaria súa inminencia da súa supresión.- Por mor da experiencia que vostede acredita, ó longo deste período, este centro directivo propúxolle a realización de diversos programas de asistencia social no segundo semestre deste ano que se executarían no marco dun contrato administrativo menor, sobre o que se mantiveron negociacións dende xaneiro pasado.- Con data 26 de maio de 2002, este centro puxo á súa disposición o prego de prescripcións técnicas (obxecto e condicións do contrato) para a súa sinatura, sen que ata a data conste resposta pola súa parte, o que esta delegación provincial interpre-

ta como ausencia de interese na proposta de contrato que lle foi plantexada.- Por outra banda, con ocasión do próximo inicio das obras de remodelación das dependencias onde actualmente se atende ós beneficiarios, procede á suspensión da actividade que se viña desenvolvendo ata a súa finalización.- Por todo elo, esta delegación provincial comunícalle que a partir de 1 de agosto de 2002, non resultan necesarios os seus servizos o que se lle notifica ós efectos oportunos de facturación en debida forma dos prestados ata a citada data". Los demandantes formularon reclamación previa que fue desestimada.

B) La relación contractual establecida en los diversos contratos y prórrogas que el codemandante don P.D.J.P.F. ha iniciado con el codemandado Instituto Social de la Marina, por las circunstancias que la configuraban, encontraba la debida subsunción dentro de la normativa prevista en el art. 1º del Real Decreto de 17 de julio de 1985, núm. 1.465/85, al constituir su objeto la realización de trabajos específicos y concretos -estudio y atención del alcoholismo y drogadicción en el sector marítimo pesquero, dentro de la provincia marítima de Vigo-; conservando la misma naturaleza jurídica los sucesivos contratos y sus prórrogas.

C) Los contratos, y sus prórrogas que suscribió la codemandante doña A.C.L. con el Instituto Social de la Marina, lo ha sido al amparo del art. 209 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de ejecución de trabajos, específicos y concretos no habituales, de asistencia psicológica a drogodependientes y alcohólicos en el ámbito de la Dirección Provincial de Vigo.

D) La contratación del demandante don P.D.J.P.F., de conformidad con lo dispuesto en el art. 9º, párrafo segundo, del citado Real Decreto de 17 de julio de 1985, en ningún caso ni circunstancia supondrá relación laboral habitual entre la Administración y el contratista.

E) La relación contractual de la demandante doña A.C.L., por imperio de lo preceptuado en el art. 201.1 de la antes invocada Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, en ningún caso supondrá la existencia de una relación funcionarial o laboral entre la Administración y el contratista.

F) Lo que antecede, conduce a considerar que vínculos jurídicos que unían a los litigantes eran de naturaleza administrativa, y determina que el supuesto enjuiciado está situado fuera del campo de conocimiento de

los órganos jurisdiccionales del orden social, por imperio de lo normado en los arts. 9º, 4 y 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores y 3.a) de la Ley Adjetiva Laboral.

G) Si, en aplicación de lo normado en los preceptos legales a que se remiten los tres párrafos inmediatos que preceden, las relaciones jurídico-contractuales que vinculaban a los demandantes, en principio con el codemandado Instituto Social de la Marina y posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 373/1999, de 5 de marzo, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de Asistencia y Servicios Sociales encomendados al Instituto Social de la Marina, con la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales de la Xunta de Galicia, haberse subrogado, por tanto, la nombrada Consellería en los derechos y obligaciones que el nombrado Instituto correspondían.

TERCERO.- Por todo lo que queda expuesto procede, dando acogida a la censura jurídica a que el recurso se contrae, dictar un pronunciamiento revocatorio del duplicado y estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, sin entrar a conocer del fondo del asunto, declarar la incompetencia del orden jurisdiccional social, por corresponder su enjuiciamiento y resolución a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 9º.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 5º de la Ley Rituaria Laboral. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la Xunta de Galicia-Consellería de Asuntos Sociales, contra la sentencia de fecha nueve de diciembre de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número cinco de Vigo, en proceso por despido promovido por don P.D.J.P.F. y doña A.C.L., frente a la recurrente y el Instituto Social de la Marina, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, y dando acogida a 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 en el conocimiento de la cuestión de fondo en el litigio planteada; previniendo a los demandantes que pueden hacer uso de sus derechos, si les conviene, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3626 Recurso núm. 1.955/03

S.S. DESPEDIMENTO PROCEDENTE POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, Ó TERSE PROBADO A REALIZACIÓN POLO TRABALLADOR DE ACTIVIDADES LUCRATIVAS INCOMPATIBLES COA SÚA SITUACIÓN DE BAIXA POR INCAPACIDADE TEMPORAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a veintinueve de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.955/2003, interpuesto por la empresa "A.E., S.A.-A.E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 606-02 se presentó demanda por don M.S.R.R. en reclamación de Despido siendo demandadas la empresa "A.E., S.A.-A.E., S.A" en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 11 de noviembre de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El demandante, M.S.R.R., viene prestando sus servicios para la empresa "A.E., S.A.-A.E., S.A.", con la categoría profesional de Especialista, con un salario mensual, incluido prorrateo de pagas extras, de 1.983,30 euros. En fecha 28.06.02 el actor fue despedido por medio de carta de igual fecha, en la que se le imputa: "Examinadas las alegaciones presentadas por Ud. en relación con el expediente disciplinario que le fue abierto el pasado 10 de junio de 2002, damos por probados los siguientes hechos: Desde el día 21 de mayo de 2001 se encuentra Vd. en situación de aja por Incapacidad Temporal. Sin embargo, hemos tenido conocimiento de que se viene dedicando Vd, a actividades incompatibles con dicha

situación, e inadmisibles en quien se encuentra en la misma, como es la realización de trabajos para otra empresa. A este respecto se ha podido constatar como, al menos durante los días 10,13 y 14 de mayo de 2002, ha realizado labores de vendedor de vehículos para la empresa "H., S.A.", concesionario O. en la localidad de V., con domicilio en la Calle ..., de dicha localidad, en cuyas instalaciones permaneció durante gran parte de la jornada laboral, atendiendo a sus clientes y utilizando uno de sus vehículos para desplazarse. Así, el referido día 10 de mayo permaneció en la exposición de vehículos de la mencionada empresa desde antes de las 10, hasta aproximadamente las 13 horas y desde las 15,15 horas las 20,13 horas, atendiendo y conversando con las personas que acudían a dicha exposición. El día 13 de mayo, acude a la mencionada empresa antes de las 10 horas, y permanece en la misma durante toda la mañana, hasta aproximadamente las 13,30 horas, en que la abandona en compañía de otros trabajadores que concluyen su jornada. Durante dicho tiempo se pudo comprobar como atendía al teléfono y recogía y organizaba papeles en la mesa situada en la exposición de vehículos para atender a los clientes. El día 14 de mayo, nuevamente acude a la mencionada empresa, "H., S.A.", antes de las 10 horas, ocupando al igual que el día anterior, la mesa destinada a la atención a los clientes en el local de exposición de vehículos, desde la que atiende al teléfono, desplazándose y acudiendo a otras dependencias de la empresa situadas en la entreplanta del local. Asimismo muestra un vehículo nuevo a una persona en el exterior de la exposición, conversando ampliamente con la misma.- Sobre las 12,50 horas del mismo día 14 de mayo, cuando dos personas se dirigen a la mencionada exposición de vehículos, manifestando estar interesadas en la compra de un coche, se encuentra Vd. hablando por el teléfono existente en dicha exposición, informándoles otro empleado que enseguida serían atendidas por el vendedor, es decir por Vd., una vez terminase de hablar, lo que efectivamente hace, mostrándoles el vehículo por el que preguntan y explicándoles sus características y las de otro modelo de la misma marca, dirigiéndose con los supuestos clientes a la mesa que ocupa habitualmente, donde les facilita los precios de dichos vehículos, así como un catálogo con los equipamientos de los mismos; permaneciendo en el lugar has las 13,30 horas, aproximadamente, en que se marcha conduciendo, como en anteriores ocasiones, el vehículo propiedad de la empresa "H., S.A." que usó habitualmente durante expresados

días. Consideramos que estas actuaciónes son constitutivas de una falta laboral MUY GRAVE que sancionamos con DESPIDO el cual se hará efectivo el día 28.6.02". 2.- El demandante se encuentra en situación de Incapacidad Temporal desde el día 21 de mayo de 2001. Con fecha 10, 13 y 14 de mayo de 2002 don M.S.R.R. acudió a la empresa "H., S.A.", en cuyas instalaciones permaneció parte de la jornada. 3.- Con fecha 22.07.02 se celebró el preceptivo acto de conciliación que concluyó sin avenencia. 4.- El actor formuló demanda ante el Juzgado Decano en 29.07.02, que fue turnada a este Juzgado, solicitando se dicte sentencia por la que, con estimación de la demanda, se declare la nulidad o improcedencia del despido, haciendo estar y pasar a la demandada por tal declaración con todo lo demás que proceda en derecho."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Se estima la demanda deducida por don M.S.R.R., contra la empresa "A.E., S.A.-A.E., S.A.", declarando la improcedencia del despido efectuado; condenando a las empresas demandadas a optar, en el plazo de cinco días, a contar desde la notificación de esta sentencia, entre la readmisión del actor, en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían con anterioridad al despido o al abono de una indemnización de TREINTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO euros y VEINTIDÓS céntimos (36.195,22 €), entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión o por la indemnización procede la primera; y, además de ser readmitido al trabajador, el empresario deberá abonar los salarios dejados de percibir por el actor, desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, cuya suma, computada hasta la fecha de la misma alcanza NUEVE MIL CINCUENTA Y SIETE euros y SIETE céntimos (9.057,07 €), devengándose, diariamente, SESENTA Y SEIS euros y ONCE céntimos (66,11 €) hasta la efectiva 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia -que declaró improcedente el despido del actor, con condena de la empresa demandada a optar, en el plazo de cinco días, a contar

desde la notificación de la sentencia, entre su readmisión en el mismo puesto y condiciones de trabajo que regían con anterioridad-, formula el recurso de suplicación la empresa demandada, en primer lugar, por la vía del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, por una parte, se adicione al hecho probado segundo de aquella, "... concretamente, por la mañana y durante todo la jornada de la tarde del día 10, así como por las mañanas (de 10 a 13,30 horas aproximadamente) de los días 13 y 14. Durante su permanencia en las instalaciones de "H., S.A.", el actor, aparte de desplazarse libremente por otras dependencias, ocupaba la mesa situada en la exposición de vehículos, haciendo uso del teléfono y manipulado y ordenando los papeles existentes en la misma, dirigiéndose y manteniendo conversaciones con personas ajenas a la empresa, a las que mostraba vehículos sitios tanto en dicha exposición como en el exterior de la misma; en particular, el día 14 de mayo de 2002, atendió a los propios investigadores contratados por la empresa demandada, cuando el acceder a la exposición de "H., S.A.", haciéndose pasar éstos por compradores de un vehículo, un hombre les comunica que serán atendidos enseguida por un vendedor que se encuentra hablando por teléfono, resultado que dicho vendedor era la persona investigada, quien les facilitó detalles de prestaciones y características de los vehículos en exposición, facilitándoles los precios junto con un catálogo"; y, por otra, se le adicione un nuevo hecho probado, que señale que "el actor, que había permanecido en alta como trabajador de la empresa "H., S.A.", concesionario oficial O., desde el día 26.02.90 al día 23.04.90, durante los días 10, 13 y 14 de mayo; hizo en todo momento uso, para acudir a las instalaciones de dicha empresa, del vehículo matricula ..., propiedad de la misma; asimismo disponía y hacía entrega de una tarjeta de visita en la empresa "H., S.A.", en la cual, además de los datos, dirección y teléfonos de dicha empresa, figuraba impreso el nombre del actor, con la indicación de Consultor de Ventas y el número de teléfono móvil ..."; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción del artículo 54.1 y 2 b) del ET, en relación con los 5 a) y 20.2 del mismo Estatuto.

SEGUNDO.- De las revisiones fácticas, que se interesan en el primer motivo del recurso, las mismas son factibles, en los extremos, concernientes a manifestar que el demandante había permanecido en alta como trabajador de la empresa "H., S.A." durante el

tiempo, que se señala; y a precisar que disponía y hacía uso de una tarjeta de visita de la misma, pues se trata de datos, que aparecen documentalmente justificados, mediante el informe de vida laboral del actor y la tarjeta de visita, obrantes en autos, respectivamente pero no lo son, en cambio, las restantes, ya que se cita en su apoyo un medio probatorio –concretamente el informe de A., Investigadores Privados-, que, al ser testifical encubierto, no es apto para la revisión, dado lo dispuesto al afecto en el apartado b) del artículo 191 del TRLPL.

TERCERO.- Es acogible, por otra parte, en su integridad, el segundo motivo del recurso, pues habiendo resultado acreditado -ya no solo por lo que se señala en la relación fáctica de la resolución impugnada y por las adiciones a la misma admitidas en esta alzada, sino también con lo que se expone al efecto, con valor de hecho probado, en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia-, que, encontrándose el actor que venía prestando sus servicios para la empresa “A.E., S.A.-A.E., S.A.”, con la categoría profesional de especialista, en situación de IT desde el 23 de mayo de 2001, acudió a la empresa “H., S.A.”, en la que había, a su vez, trabajado desde el 26 de febrero al 23 de abril de 1990, los días 10, 13 y 14 de mayo de 2002, en cuyas instalaciones permaneció parte de las respectivas jornadas laborales, y, aunque no conste acreditada la actividad laboral, que desplegó en su interior, sí aparece probado que, en una ocasión, atendió a los propios investigadores, contratados por la empresa, pues, después de comunicarles un hombre que serían atendidos enseguida por un vendedor, que se encontraba hablando por teléfono, dicho vendedor resulto ser, precisamente, el actor, quien les facilitó detalles de las prestaciones y de las características de los vehículos en exposición, así como sus precios y un catálogo; y que el demandante disponía y hacía entrega de una tarjeta de visita de la empresa “H., S.A.”, donde, además de los datos de identificación, dirección y teléfonos de la misma, figuraba impreso su nombre, con la indicación de Consultor de Ventas y el número de su teléfono móvil; la Sala llega a la conclusión de que el demandante incurrió en el la causa de incumplimiento contractual, grave y culpable, de trasgresión de la buena fe contractual, prevista en el artículo 54.2 d) del ET, que da lugar a la extinción del contrato de trabajo, por decisión del empresario, y de que le fue correctamente imputada por éste en la carta, que le remitió el

28 de junio de 2002, pues lo cierto es que, hallándose en situación de IT -que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45.1 c) del ET, suspende el contrato de trabajo-, desarrolló una actividad laboral determinada para otro empresario, en contra de lo dispuesto en el artículo 20.2 del ET- que determina que, en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe -afirma la doctrina jurisprudencial que la trasgresión de la buena fe y el abuso de confianza son faltas que se entienden cometidas aunque no se acredite la existencia de un lucro personal (no serviría al efecto, para disculpar al actor, su manifestación, en todo caso, no acreditada, de que actuó en la forma expuesta por las relaciones de amistad mantenida con el encargado del establecimiento), ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello con el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986 etc.); que la ILT (hoy IT) solamente es causa de suspensión del contrato de trabajo, que exonera al trabajador del deber de trabajar, pero no del incumplimiento del resto de las obligaciones, como es la de fidelidad, cuyo incumplimiento se traduce en causa de despido (sentencia del mismo Tribunal de 24 de mayo de 1984, etc); y que el empleado que trabaja durante la ILT (hoy IT), tanto por cuenta ajena como propia y cualquiera que sean las horas del día incurre en causa de despido (sentencia de idéntico Tribunal, de 10 de mayo de 1983, etc.).

CUARTO.- Lo anterior lleva -toda vez que, según lo dispuesto en el artículo 55.4 del ET, el despido se considerará procedente cuando, como sucede en el caso que es objeto de análisis, quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido-, a la estimación global del recurso y a la desestimación de la demanda.

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por la Empresa “A.E., S.A.-A.E., S.A.”, contra la sentencia, dictada por el Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de Lugo, en fecha 11 de noviembre de 2002, con revocación de su fallo; y con desestimación de la demanda, formulada por don M.S.R.R.; debemos declarar y declaramos procedente el despido de éste, y debemos absolver a la Empresa citada de sus peticiones.

3627 Autos núm. 3/03

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. ADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. OBRIGA DOS MÉDICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA ASUMIREN O CUPO DOS SEUS COMPAÑEIROS QUE ESTEAN AUSENTES. NON PERCEPCIÓN DO COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDADE NESTES CASOS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antonia Rey Eibe

A Coruña, a veintinueve de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los autos 3/2003 seguidos a instancia de al CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) contra SERGAS y otros, sobre CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 10 de abril de 2003 se presentó en este Tribunal demanda interpuesta por la Confederación Intersindical Galega (CIG) frente al Servicio Galego de Saúde, y las centrales sindicales Comisiones Obreiras de Galicia (CC.OO), Unión General de Trabajadores (UGT), Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA-CESM) y el CSI-CSIF con la suplica de que se dicte sentencia que declare:

1º) Que el personal médica de las Unidades y servicios de Atención Primaria no están obligados a asumir el cupo de sus compañeros en las situaciones de ausencias de estos debidos a vacaciones, licencias... debiendo el Sergas poner obligatoriamente sustitutos de los mismos.

2º) Que en el caso de que el personal médico de estas Unidades y Servicios de Atención Primaria, se vea obligado a asumir el cupo de pacientes de sus compañeros en las situaciones de ausencias de estos, tienen derecho a percibir el Complemento de Productividad en sus modalidades A,B y E siguiendo el número real de titulares adscritos a los mismos

en cada mensualidad, es decir, sumando las cartillas o tarjetas sanitarias propias que tienen adscritas, aquellas que les son acumuladas procedentes de los cupos de otros compañeros en las ausencias de estos.

3º) Se condene en consecuencia al Sergas a estar y pasar por tales declaraciones.

Por providencia de 12.04.03 se admitió a trámite y se señaló el día 8 de mayo para los actos de conciliación y juicio, que fueron suspendidos a petición del sindicato CC.OO de Galicia, fijándose como nuevo día para los mismos el 15 de mayo siguiente, fecha en que tuvo lugar el acto de juicio.

Abierto el acto, la parte actora se ratificó en su demanda a los que se adhirieron las centrales sindicales comparecientes, oponiéndose la demandada por los motivos que constan en autos.

Recibido el juicio a prueba, la actora propuso documental y testifical, el sindicato SIMEGA-CESM documental y la demandada, documental, que fueron declaradas pertinentes y tuvieron lugar con el resultado que en su caso se hará mención.

En conclusiones, las partes insistieron en sus pretensiones y las elevaron a definitivas, quedando los autos a la vista para sentencia.

Hechos probados

PRIMERO.- El presente conflicto afecta a la totalidad de los médicos que prestan servicios por cuenta del SERGAS en las unidades de Atención Primaria de la Comunidad Autónoma de Galicia.

SEGUNDO.- Los médicos que forman parte de los equipos de Atención Primaria vienen obligados a asumir los cupos de los pacientes de sus compañeros del Equipo de Atención Primaria, cuando se producen situaciones de ausencias legales debidas entre otras causas al disfrute de vacaciones, licencias, permisos sindicales etc, sin que el SERGAS sustituya tales ausencias ni retribuya al personal médico por esta acumulación de cupos.

TERCERO.- Los actores solicitan que se declare que el personal médico de las unidades y servicios de Atención Primaria, no están obligados a asumir el cupo de sus compañeros en las situaciones de ausencia de estos, debidos a vacaciones, licencias,

permisos etc, debiendo el SERGAS poner obligatoriamente sustitutos de los mismos. Y que, en todo caso, si el personal médico se ve obligado a asumir el cupo de ponentes de sus compañeros no sustituidos en tales situaciones se declare su derecho a percibir el complemento de productividad en sus modalidades A, B y E. Calculado según el número real de titulares o beneficiarios adscritos en cada mensualidad y no en función de los que le corresponde cuando la plantilla está al completo.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El objeto de la presente litis se centra en determinar, en primer término, si los médicos que prestan servicios por cuenta del SERGAS en las distintas unidades y servicios de Atención Primaria de la Comunidad Autónoma de Galicia y que vienen obligados a asumir el cupo de pacientes de sus compañeros cuando se producen las situaciones de ausencias legales debido entre otras causas a disfrute de vacaciones, permisos sindicales, licencias etc están obligados a sustituir el cupo de sus compañeros, o si por el contrario, como sostiene el sindicato actuante no están obligados a sustituir tal cupo, debiendo el SERGAS poner obligatoriamente sustituto de los mismos. Y, en segundo lugar, en el caso de que el personal médico de estos servicios de Atención Primaria, que se vean obligados a asumir el cupo de los pacientes de sus compañeros, tienen derecho a percibir el complemento de productividad en sus modalidades A, B y E, según los números de titulares adscritos a los mismos en cada mensualidad.

SEGUNDO.- Se opone el SERGAS a la demanda, invocando como cuestión previa, la excepción de “inadecuación de procedimiento” al considerar que no se dan las razones subjetivas ni objetivas propias de un Conflicto Colectivo, y ello porque el hecho primero de la demanda identifica el colectivo afectado por el conflicto, como a la totalidad de los médicos que prestan servicios por cuenta del SERGAS en los distintos centros de Atención Primaria de la Comunidad Autónoma, cuando en dichos servicios trabajan personal procedente del antiguo modelo de Atención Primaria, no integrado en el diseñado por el 200/93 y personal que si está integrado percibiendo sus retribuciones conforme con el RDL 3/87 y sus normas de desarrollo, y la fundamentación jurídica de la demanda se refiere a la

normativa y cuadro normativo retributivo del personal integrado en la Atención Primaria genéricamente, por lo que las diferencias de sus marcos jurídicos respectivos darían lugar a consecuencias distintas.

La excepción que se formula no puede tener favorable acogida por cuanto que a través del presente proceso de Conflicto Colectivo se tramitan las demandas que afectan a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la interpretación y aplicación de una norma estatal, convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia, y decisión, o práctica de la empresa, y en el presente supuesto hay un interés genérico por parte de todo el personal medico integrado en los equipos de Atención Primaria que presta sus servicios para el SERGAS demandado, ya se trate de personal integrado en el nuevo sistema retributivo con arreglo al RDL 3/87, ya se trate del personal médico no integrado en el nuevo sistema, estando todos ellos afectados por la situación que se plantea en la demanda y que configura el carácter general del interés relacionado con la pretensión ejercitada.

TERCERO.- Invoca asimismo el organismo demandado la excepción de “defecto formal en el modo de proponer la demanda”, al considerar que el Conflicto Colectivo tiene por objeto la interpretación de normas o el no ajuste a la legalidad de una práctica empresarial, y en el caso que nos ocupa lo que se plantea es un conflicto de intereses, y tal excepción no puede admitirse, por cuanto que la razón de ser del presente conflicto la constituye la discrepancia entre las partes respecto a la aplicación de las normas en las que se apoya la pretensión contenida en el escrito de la demanda, con especial atención en el art 7 de la Ley 30/99 de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas del personal estatutario de los servicios de salud, y el RD 3.160/66 de 23 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto del personal médico de la seguridad social, y no de un conflicto que se configura como previo a la norma a la que pretende dar contenido.

CUARTO.- Entrando en el fondo del asunto, solicitan los demandantes que se declare que el personal médico de las unidades y servicios de Atención Primaria no están obligados a asumir el cupo de sus compañeros en las situaciones de ausencias debidas a vacaciones, permisos, licencias, etc, y que en el caso de que se declare que dicho personal

venga obligado a asumir la cuota de sus compañeros que tienen derecho a percibir el complemento de productividad en sus modalidades A, B y E según el número real de titulares adscritos a los mismos en cada mensualidad, sumando las cartillas propias, a las acumuladas procedentes de las cuotas de otros compañeros en las ausencias de estos.

Así las cosas la primera cuestión que se plantea la fundamentan los actores en el escrito de demanda en base al RD 200/93, de Ordenación de Atención Primaria en la Comunidad Autónoma de Galicia, el RD 3.160/66 de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Médico de la Seguridad Social; y en concreto en la Ley 30/99 de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas del personal estatutario de los servicios de salud, cuyo art. 7 dispone que “Los nombramientos de sustitución se expedirán cuando sea necesario atender al personal estatutario fijo, interino o eventual durante los permisos y demás ausencias de carácter temporal; de lo que se infiere en primer lugar que el citado precepto legal exige razones de “necesidad”, para nombrar personal estatutario temporal, sin quepa interpretar de su tenor literal que tal sustitución ha de operar de manera automática y en todos los casos, siendo necesario poner en relación dicho precepto legal con el con el Acuerdo de Resolución conjunta de 04.02.00, de la Secretaría Xeral de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia, por la que se ordena la publicación del Pacto suscrito por la Administración Sanitaria con las centrales sindicales, entre las que se encuentran las demandantes, sobre selección temporal de diversas categorías del personal Estatutario para vinculaciones temporales en las Instituciones Sanitarias del SERGAS, y cuyo art. 7 dispone que la determinación de las necesidades de vinculaciones compete a los Directores Gerentes de los respectivos centros sanitarios de acuerdo con sus competencias de gestión normativamente reconocidas.

Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que en efecto, las ausencias o sustituciones han de cubrirse, pero no de manera automática, sino en atención a la concurrencia de necesidades o situaciones de urgencia que así lo aconsejen, y que para apreciar la concurrencia de tales circunstancias es competente, dada la cualidad del personal demandante, la gerencia de Atención Primaria de la Comunidad Autónoma de Gali-

cia, quien, atendiendo a los índices estadísticos de actividad, y una vez producida la ausencia de un profesional sanitario ante la incidencia que suponga la ausencia, en atención a factores tales como la determinación de la carga de trabajo, duración de la misma y período en el que se produzca, número de profesionales con que cuente cada unidad de Atención Primaria, situación geográfica etc, autorizarán la cobertura temporal o no de plaza cuyo titular se ausente, lo que lleva a desestimar la pretensión solicitada en el escrito de demanda.

QUINTO.- Expuesto lo anterior, tampoco puede tener favorable acogida la pretensión contenida en la demanda de la percepción del complemento de productividad en las modalidades A, B, y E calculado según el número real de titulares o beneficiarios adscritos en cada mensualidad, y que los actores lo solicitan al amparo del RD 200/96, por el que se regula el Régimen retributivo del personal de las Unidades de atención Primaria y en el RDL 3/87, sobre retribuciones del personal sanitario del INSALUD, y ello no solo debido al cambio retributivo entre el antiguo sistema de cupo y zona y el actual que rige para todos los profesionales de Atención Primaria, que se impone a toda la población del territorio perteneciente a dicha unidad y además a todo aquel que tiene derecho a asistencia sanitaria y que demande tal asistencia en tal territorio; lo que no sólo carece de apoyo legal para este tipo de personal integrado, sino que además, y esto afecta a todo el personal, el hecho de atender a su pretensión llevaría a que los médicos ausentes durante los días de permiso o ausencias no cobren dicho concepto, o bien que dicho complemento tuviese que ser abonado dos veces; una para el facultativo ausente, por días de permiso, licencia etc, y otra para el trabajador que momentáneamente le sustituyese, lo que no encuentra amparo en norma legal alguna.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando las excepciones interpuestas por la representación del SERGAS, y Desestimando la demanda interpuesta por la Representación Intersindical Galega (CIG) contra el SERGAS debemos absolver a dicho demandado de los pedimentos contenidos en la demanda

3628 Recurso nº 9.385/1998

S.CA. PRESTACIÓN POR DESEMPREGO E TRABALLO POR CONTA PROPIA: FRAUDE NON ACREDITADO. ACTA NON CONFIRMATORIA DUNHA CONDUCTA REITERADA, E SI DUN SO DÍA, DA ACTIVIDADE DENUNCIADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

A Coruña, a treinta 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 9.385/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por R.F.C., con D.N.I. número ..., domiciliado en ... (Ourense), representado por doña C.C.M. y dirigido por Letrado doña A.Mª.V.P., contra Resolución de 31.03.98 desestimatorio de recurso ordinario contra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Ourense sobre acta de infracción num. 293/97 pérdida prestaciones por desempleo; expte. Num. 14.641/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, 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 27 de Mayo de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de Ourense de 4 de septiembre de 1997 ratificada y confirmada por otra de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo de 31 de marzo de 1998 por la que se sanciona al recurrente con la extinción de las prestaciones por desempleo y devolución de las cantidades indebidamente percibidas desde el 7 de mayo de 1997, fecha de la visita efectuada por la Inspección de Trabajo a la Sociedad recurrente por fraude al constituir la infracción de los artículos 25 y 30.3.3.1 de la LISOS en relación con los artículos 221 y 231 e) de la Ley General de la Seguridad Social, por haber percibido prestaciones por desempleo incompatibles con la realización de trabajo por cuenta propia.

II.- De lo actuado se desprende que con la visita de 7 de mayo de 1997 y por comparecencia de 14 de mismo mes y año por la actuación inspectora hace constar que el recurrente esposo y socio con una participación del 1% en la Sociedad recurrente fue sorprendido por la Controladora Laboral ejecutando ciertos trabajos que entienden que era propia de la actividad comercial de la misma dedicada a la copistería, y que constituía un evidente fraude lo que dio lugar a que por el relato fáctico que se recogió en el Acta de la Inspección de Trabajo de 13 de junio de 1998 a la correspondiente sanción, sin embargo hemos de tener en cuenta que tal procedimiento inspector se halla sucintamente descrito sin que se haya confirmado por una conducta reiterada la actividad denunciada, por cuanto se halla excluido de toda relación laboral tal y como se define en el artículo 1.3 del E. de los Trabajadores, ya que solamente ha sido denunciado por un solo día en que fue visitado y se ha reflejado en contra del recurrente en el sentido de que no siendo el titular del negocio y dada ausencia de otros elementos que dieran lugar a dichas infracciones pudieran ser constitutivos de la infracción denunciada para que prevaleciera la presunción de legalidad y acierto de las Actas de Inspección para que pudiera

considerarse como trabajo permanente remunerado, dependiente y ajeno al mismo por lo que al carecer de otros datos o elementos significativos, es obvio que no puede por la simpleza de los hechos relatados para ser constitutivos del fraude denunciado al no haber sido ratificado por conductas reiterativas.

III.- No se hace imposición de costas art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo num. 9.385/1998 interpuesto por R.F.C., contra Resolución de 31.03.98 desestimatorio de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Ourense sobre acta de infracción num. 293/97 pérdida prestaciones por desempleo; expte. Num. 14.641/97, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin imposición de costas.

3629 Recurso nº 9.390/1998

S.CA. REINTEGRO DE BENEFICIOS POLA TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO EN PRÁCTICAS EN INDEFINIDO Ó NON CUBRIRSE EN PRAZO A SÚA VACANTE CON TRABALLADOR QUE CUMPLA SIMILARES REQUISITOS ÓS QUE SE CONDICIONOU A AXUDA. INCUMPRIMENTO IMPUTABLE Á EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

A Coruña, a treinta 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 9.390/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "M.,

S.A.", con D.N.I. número ..., domiciliado en ... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado doña Mª.P.A.F., contra Resolución de 27.08.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial del INEM de A Coruña sobre reintegro de beneficios concedidos al amparo de la Ley 22/92, expte. Num. 2.467/98. 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 27 de Mayo de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Constituye el objeto del recurso determinar la conformidad a Derecho de la resolución recurrida dictada por el Director Provincial del INEM de Coruña de fecha 18 de diciembre de 1997 por la que se acuerda el reintegro de beneficios concedidos al amparo de la Ley 22/1992, por la transformación de contrato en prácticas en indefinido.

La parte recurrente esgrime como motivos impugnatorios que la omisión por parte de la misma de cumplimentar en "un tiempo concreto" (sic un mes) una formalidad administrativa: "cubrir la vacante en un mes", -entendiéndose- no debe suponer- ipso facto- la consideración de un hecho constitutivo de ser calificado de muy grave y del que se deriven consecuencias que se pretenden por el orga-

nismo actuante, no sin antes haber tenido en cuenta la causa de tal supuesta omisión. Lo contrario supondría desvirtuar el espírito del legislador y la propia finalidade de la norma.

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

SEGUNDO.- Son hechos de conveniente cita para la decisión de la presente litis los siguientes: Que el recurrente, titular de la empresa de su mismo nombre, formalizó contrato en prácticas con trabajador, cuya transformación en indefinido motivó los beneficios cuyo reintegro se ha exigido por la Administración, pues al haber cesado voluntariamente el 30 de mayo de 1996 la cobertura de la plaza en plazo no es imputable a la empresa, ya que la vacante se produce de forma prácticamente imprevista, lo que unido a que el trabajador cesante poseía una alta cualificación profesional, de experiencia y de técnica en la actividad de CARPINTERIA, hizo prácticamente imposible la cobertura en el plazo establecido". El tiempo limitado se impuso a la voluntad de querer hacer, sin embargo, no se declinó en el interés de cumplir, lo que entiende que es el espíritu del legislador, como es el conseguir insertar en el mundo laboral otra persona de idénticas características, lo que realmente se produjo unos meses más tarde.

En relación con estos antecedentes de conveniente cita, según se revela del expediente, ha de afirmarse lo siguiente: El motivo sustancial de la decisión administrativa lo constituyó el art. 5. 2 de la Ley 22/92 en el que se establece que Los beneficiarios estarán obligados a mantener la plantilla de trabajadores fijos durante al menos tres años y " cuando se produzca el cese de trabajadores fijos en dicho plazo, la empresa está obligada a cubrir la vacante, en el PLAZO DE UN MES, mediante un contrato por tiempo indefinido y al menos con jornada igual a la del contrato extinguido. Si la vacante afecta a un contrato realizado al amparo de la presente ley, el nuevo trabajador deberá reunir los requisitos establecidos en esa disposición".

El tenor literal, contrastado con los hechos relatados por la empresa en su demanda, no deja lugar a dudas de su incumplimiento de la precedente premisa normativa que le impone, cuando cesa el trabajador fijo, cuyo contrato transformado había motivado

los beneficios que se ve obligado a reintegrar, y no cubre la vacante en el plazo de un mes con trabajador que cumpla similares requisitos a que se condicionó el beneficio o la ayuda, el art. 7 de la propia ley anuda al incumplimiento de las obligaciones establecidas en la misma al reintegro de los referidos beneficios.

Es cierto que el incumplimiento puede obedecer a una causa no imputable a la empresa, pero no es éste el caso en el supuesto de autos, pues no obstante alegar imprevisión en la vacante y alta cualificación profesional del trabajador sustituido, no acredita qué circunstancias le han impedido dar cumplimiento al plazo legal, como pudiese ser la de haber interesado (lo que debió acreditarse con copia de solicitud debidamente sellada por la Administración) de trabajador de similares características y que reuniera los requisitos igualmente exigibles a tenor del art. 2 de la propia Ley al INEM y por éste no se diere respuesta puntual a tal solicitud y en el supuesto de acreditar la imputación de la demora por parte de la Administración en la cobertura según criterio jurisprudencial del TS que esta Sala comparte no resultaría obviamente acreedor a la parte proporcional del beneficio correspondiente al tiempo de demora, que ciertamente tendría que reintegrar.

Por lo expuesto procede luego desestimar el presente recurso.

TERCERO.- No son de apreciar motivos determinantes de expresa condena en costas al no concurrir las circunstancias determinantes, 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 desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso - administrativo número 9.390/1998 interpuesto por doña M^a.P.A.F., Abogado, en nombre y representación de la entidad "M., S.A." contra la resolución dictada por el Director Provincial del Coruña de fecha 18 de diciembre de 1997 por la que se acuerda el reintegro de beneficios concedidos al amparo de la Ley 22/1992, por la transformación de contrato en prácticas en indefinido; sin hacer expresa imposición de costas.

3630 Recurso nº 9.408/1998

S.CA. REINTEGRO DE BENEFICIOS POLA TRANSFORMACIÓN DE CONTRATOS PARA A FORMACIÓN EN INDEFINIDOS POR PRODUCIRSE A SÚA BAIXA ANTES DE CUMPRIRSE O PRAZO DE TRES ANOS E POR PRODUCIRSE TAMÉN ANTES DESE PRAZO O CESE DA ACTIVIDADE EMPRESARIAL, AÍNDA QUE AS TRABALLADORAS SE INCORPORARAN A OUTRA EMPRESA. NON CADUCIDADE DO PROCEDEMENTO E SI ACTO PRESUNTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a treinta 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 9408/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "C.X., S.L.", con D.N.I. número ..., domiciliado en ..., representado y dirigido por el Letrado doña M.J.C.G., contra Resolución de 22.08.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial del INEM de A Coruña sobre reintegro de beneficios concedidos al amparo de la Ley 22/92 expte. Num. 1.542/98. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 13.223 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 27 de Mayo de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 de agosto de 1998 desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial del INEM de A Coruña de 18 de diciembre de 1997, que declara la obligación de la empresa recurrente de reintegrar la cantidad de 2.200.000 pesetas percibidas en concepto de subvención otorgada al amparo de la Ley 22/1992, de 30 de julio, por la transformación en indefinidos de contratos para la formación de cuatro trabajadoras, más los correspondientes intereses de demora desde la fecha de pago de la subvención.

SEGUNDO.- La exigencia del reintegro la funda la Administración demandada en la consideración de que el empresario ha incurrido en incumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la citada Ley, conforme al cual "Los beneficiarios estarán obligados a mantener la plantilla de trabajadores fijos durante al menos tres años. Cuando se produzca el cese de trabajadores fijos en dicho plazo, la empresa está obligada a cubrir la vacante, en el plazo de un mes, mediante un contrato por tiempo indefinido y al menos con una jornada igual a la del contrato extinguido. Si la vacante afecta a un contrato realizado al amparo de la presente Ley, el nuevo trabajador deberá reunir los requisitos establecidos en esta disposición".

TERCERO.- En el presente caso es indudable que no se ha cumplido el tiempo mínimo de tres años previsto en el citado precepto al haberse producido la baja de las trabajadoras contratadas al amparo del artículo 2.2 de la Ley 22/92 antes de cumplirse dicho plazo y producirse, también antes de tres años, el cese de la actividad empresarial, por lo cual no

se han cubierto las vacantes en el plazo de un mes con otro contrato por tiempo indefinido en favor de otros trabajadores en los que concurren iguales requisitos que los exigidos a los sustituidos, por lo que tampoco se ha cumplido por parte de la empresa, como beneficiario de la subvención referida, la obligación establecida en el citado artículo 5 de aquella Ley 22/92.

CUARTO.- Por lo expuesto no cabe apreciar la denunciada incorrección jurídica de la resolución impugnada, procediendo la desestimación del recurso. A ello no obsta la alegación de que aquellas trabajadoras se hubieren incorporado a otra sociedad, pues lo cierto y definitivo es que la empresa beneficiaria de las subvenciones no cumplió el requisito de mantener la plantilla de trabajadores fijos durante al menos tres años. Tampoco se opone a aquella desestimación la invocada caducidad del procedimiento, que no puede entenderse producida por el hecho alegado de que entre la fecha de interposición del recurso ordinario y aquella en la que tal recurso fue resuelto hubieren transcurrido más de seis meses pues, sobre no ser aplicable al caso la nueva redacción dada por la Ley 4/1999 al artículo 42 de la LRJPAC, no cabe olvidar que la LRJPAC trata de forma separada y en títulos distintos lo que es la regulación del procedimiento administrativo y la de revisión de los actos en vía de recurso, y respecto de esta última no opera la caducidad sino el instituto del acto presunto, conforme resulta de lo establecido en el artículo 117 de aquella Ley, de forma que el transcurso del plazo de que dispone la Administración para resolver expresamente sin que lo haga sólo señala al interesado el sentido o alcance del silencio, en el presente caso negativo, a efectos de que dicho interesado pueda tomar su decisión de hacerlo o no valer interponiendo recurso contencioso-administrativo o esperando a que la Administración resuelva de forma expresa, pero no determina el día inicial del cómputo de la caducidad, tanto más cuanto que no cabe desconocer que la LRJPAC, en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que es la aplicable al caso, difería la eficacia del silencio al cumplimiento del trámite de la certificación de acto presunto.

QUINTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Letrada doña M.J.C.G., en representación de la entidad

“C.X., S.L.”, contra resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 27 de agosto de 1998, desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra resolución de la Dirección Provincial del INEM de A Coruña de 18 de diciembre de 1997; sin hacer expresa imposición de costas.

3631 Recurso nº 9.412/1998

S.CA. FALLA DE INGRESO DE COTAS NO RÉXIME XERAL DA SEGURIDADE SOCIAL. SANCIÓN FUNDADA EN FEITOS DISTINTOS DOS CONSIGNADOS NA ACTA: NULIDADE DE PLENO DEREITO. AUSENCIA, ADEMAIS, DE CULPABILIDADE: CREENCIA DE QUE Á DATA DE BAIXA A TRABALLADOR RA ESGOTARA O PRAZO MÁXIMO DE 18 MESES DE ILT.

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

A Coruña, a treinta 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 9412/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “B.O.C.S., S.L.”, con D.N.I. número ..., domiciliado en ... (Ourense), representado y dirigido por el Letrado doña A.A.G.E., contra Resolución de 14.09.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Ourense, sobre acta de infracción num. 231/97, expte. 11.202/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 301 euros.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado trasla-

do de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 27 de Mayo de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna a través del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Directora General de Ordenación de la Seguridad Social, desestimatoria del recurso ordinario que formulara la empresa demandante, contra resolución del Director Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Ourense, confirmatoria de acta de infracción nº 231/97, en la que se imputaba a la demandante la comisión de la infracción tipificada en el art. 14.1.2 y 5 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, (LISOS) por falta de ingreso de cuotas en el Régimen General de la Seguridad Social, respecto de la trabajadora identificada en el acta.

La demandante, en sede de demanda, además de imputar a las resoluciones recurridas la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y de ignorar el principio de culpabilidad, denuncia que la resolución sancionadora incurriera en vulneración de lo prevenido en los arts. 24 y 30 del R. D. 396/1996, pues la resolución sancionadora fundamentara la imputación de la meritada infracción en hechos distintos de los consignados en el acta, con la consiguiente privación de realizar alegaciones y proponer medios de prueba.

SEGUNDO.- Conviene significar que en el acta de infracción la imputación de aquella infracción se hizo con fundamento en el siguiente cargo: que la empresa no había mantenido en alta a la trabajadora ni ingresado las cuotas “durante el período correspondiente

a los salarios de tramitación”, con vulneración del art. 56.1.b) y 2 del Estatuto de los Trabajadores, considerando como tal período el que “media entre la fecha de baja en la Seguridad Social y la de la declaración del despido como improcedente (23.07.96 a 21.11.96)”, explicitándose en el cuerpo del acta los medios de comprobación manejados, esto es, examen de la documentación laboral y de la Seguridad Social en visita a la empresa.

En la resolución sancionadora, por así razonarse en la propuesta de resolución, se indica que el acta contiene un error “ya que se imputa como incumplimiento el que la empresa no mantuvo en alta a la trabajadora durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, que en este caso no existieron por encontrarse la trabajadora en la reiterada situación durante la sustanciación del procedimiento por despido, debiendo haberse expresado, en cambio, que la empresa no mantuvo en alta a la trabajadora ni ingresó las cuotas correspondientes al Régimen general de la Seguridad Social durante todo el periodo del proceso de Incapacidad Temporal, comprendido entre la fecha de su inicio y la de extinción de la relación laboral, queda así subsanado de oficio conforme al art. 30.2 del R. D. 396/96, el error padecido en el acta”.

El antecedente de tal resolución está en lo razonado en la propuesta de resolución, al decirse, al hilo de las alegaciones que hiciera la demandante, que “la trabajadora causó baja por Incapacidad Temporal por enfermedad común y diagnóstico “Depresión” el 23.01.95 y fue dada de alta médica el 17.02.95, volviendo a causar baja por Incapacidad Temporal por enfermedad común y mismo diagnóstico el 11.10.95, situación en la que permanece hasta su alta médica el 11.04.97, situación que se produce una vez extinguida su relación laboral que tuvo lugar el 21.11.96, en virtud de acta de conciliación en el que se reconoce por la empresa la improcedencia del despido. La empresa mantuvo en alta a la trabajadora e ingresó las cuotas correspondientes hasta el 22.07.96 y aporta como prueba al expediente un parte de confirmación de I.T. con el citado diagnóstico de fecha 02.07.95. Según certificación expedida por la Dirección Provincial del Servicio Galego de Saúde de Ourense, que se adjunta, la trabajadora en cuestión no figuró en situación de I.T. en el período de 18.02.95 a 10.10.95. En base a la mencionada certificación, entre el día del alta médica 17.02.95 y

el día de la nueva baja médica 11.10.95, se aprecia la existencia de un período de actividad laboral superior a 6 meses y en consecuencia de que en esta última fecha se inicia un nuevo proceso de Incapacidad Temporal, conforme al art. 9 de la Orden de 13.10.67, existiendo por tanto la obligación empresarial de mantener en alta a la trabajadora y cotizar por ella hasta la fecha en que se produce la extinción de la relación laboral, 21.02.96, conforme a los arts. 13 del 2.064/1994 de 22 de diciembre y 106 del R.D. Legislativo 1/1994 de 20 de junio. El acta de infracción contiene un error ya que imputa como incumplimiento el que la empresa no mantuvo en alta la trabajadora durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, que en este caso no existieron por encontrarse la trabajadora en la reiterada situación durante la sustanciación del procedimiento por despido, debiendo haberse expresado, en cambio, que la empresa no mantuvo en alta a la trabajadora ni ingresó las cuotas correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social durante todo el período del proceso de Incapacidad temporal, comprendido entre la fecha de su inicio y la de extinción de la relación laboral. De esta forma queda subsanado de oficio, conforme al art. 30 número 2 del R.D. 396/1996, el acta defectuoso”.

Pues bien, es de apreciar en primer término una discordancia entre el proceder del órgano instructor, que asumió la resolución sancionadora, por cuanto, como bien sostiene la demandante, se operó un cambio en los cargos imputados, cuyo tratamiento no podía encauzarse por la vía del párrafo 2º del art. 30 del referido Real Decreto, ya que en este párrafo se prevé tan sólo la posibilidad de que el órgano instructor lleve a cabo todas las actuaciones que exija la tramitación del expediente sancionador, con los medios de prueba, convicción y cuantos documentos reflejen la actuación inspectora, pudiendo subsanar de oficio o requerir la subsanación de los actos incompletos o defectuosos, mediante la oportuna diligencia, para que se corrija el defecto, siendo así que lo procedente era aplicar la previsión contenida en el párrafo 3º de dicho precepto, esto es, si “transcurrido el plazo de alegaciones, y siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el acta, el órgano que instruye el expediente dará audiencia al interesado por término de ocho días hábiles, dentro del cual podrán presentar

nuevo escrito de alegaciones y pruebas”, trámite que aquí se obvió injustificadamente, y que entendemos, viene a integrar un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Pero es que al margen de lo anterior, no es de apreciar en el caso el elemento de la culpabilidad, de necesaria concurrencia y apreciación para la imputación de una infracción administrativa, por cuanto el comportamiento de la demandante, dejando de ingresar las cuotas desde el 22 de julio de 1996 dando de baja a la trabajadora en la Seguridad Social, se hizo en la creencia fundada de que a esa fecha la trabajadora había agotado el plazo máximo de 18 meses previsto legalmente para aquella situación de Incapacidad Laboral Transitoria, al estar en posesión de sendos partes de confirmación de ILT, justamente referido al periodo de actividad laboral que afirman haber existido tanto la propuesta de resolución como la propia resolución sancionadora, y ello a la vista del certificado que recabara el instructor de la Dirección Provincial del SERGAS de Ourense, iniciativa que tomara el instructor a la vista de que en el escrito de alegaciones al Acta, la demandante sostuviera que no existieran salarios de tramitación, por lo que no estaba obligada a cotizar en el interregno habido desde que diera de baja a la trabajadora con el consiguiente despido (22.07.96) hasta la declaración del despido como improcedente (21.11.96), ello al margen de la suerte que pueda correr el acta recaudatorio (acta de liquidación), lo que no corresponde enjuiciar aquí.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso.

TERCERO.-No procede hacer mención especial de las costas procesales por aplicación del art. 131 de la Ley Jurisdiccional.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo formulado por “B.O.C.S., S.L.” contra Resolución de 14.09.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Ourense sobre acta de infracción num. 231/97; expte. 11.202/97, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, y en consecuencia anulamos las resoluciones recurridas, dejando sin efecto la sanción impuesta, sin especial pronunciamiento en costas procesales.

3632 Recurso núm. 1.759/03

S.S. DESPEDIMENTO PROCEDENTE POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, Ó TERSE ACREDITADO A UTILIZACIÓN POLO TRABALLADOR DE MEDIOS INFORMÁTICOS DA EMPRESA EN PROVEITO PROPIO.

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

A Coruña, a treinta de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.759/03 interpuesto por don J.S.L.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 521/02 se presentó demanda por don J.S.L.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la FEDERACIÓN GALLEGA DE PIRAGÜISMO en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha once de febrero de dos mil tres por el Juzgado de referencia que DESESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- El demandante don J.S.L.R., con D.N.I. nº ..., mayor de edad, viene prestando servicios para la demandada Federación Gallega de Piragüismo desde el 28 de enero de 1987, con la categoría de jefe administrativo y un salario mensual con prorrateo de las pagas extras de 1701,58 euros. 2º.- El día 16 de agosto de 2002 el demandante recibió carta de la demandada del siguiente tenor literal: “Muy Sr. Nuestro: Procedemos, mediante el presente comunicado, y con todos los efectos oportunos, a su inmediato despido, con efectos a la notificación de esa carta, -16 de agosto de 2002-, imputándole los siguientes incumplimientos contractuales graves y culpables: la utilización de forma continua y reiterada en el tiempo, dentro de su horario de trabajo y en su puesto de trabajo, de los equipos informáti-

cos del empleador con el que usted mantiene su relación laboral (la cual hoy se extingue), para el acceso a Internet con fines privados, lúdicos, sin relación alguna con el puesto de trabajo que usted ocupa y desempeña, de alto y explícito contenido pornográfico, resultando su conducta del todo incompatible y escandalosa, con las labores y funciones que usted ocupa en la Federación Gallega de Piragüismo. Los anteriores hechos suponen incumplimientos contractuales graves y culpables los cuales define el art. 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores. Asimismo pondremos a su disposición finiquito, según propuesta que formularemos posteriormente a esta comunicación, participándole que podrá interesar la presencia de un miembro del comité de Empresa, o representante sindical, en el momento de proceder a su firma”. 3º.- El demandante ocupaba el cargo de Secretario General de la Federación Galega de Piragüismo desde el año 1987, salvo durante el período que va desde el 7 de marzo del 2001 al 24 de octubre de 2002 en que estuvo cesado por quien era presidente de la Federación en aquel momento. El 24 de Octubre de 2001 fue restablecido en su cargo por el Presidente actual. El acta de la sesión ordinaria de la Comisión Delegada celebrada por la Federación Gallega de Piragüismo el 16 de julio de 2001 contiene como tercer punto del orden del día el referido a la “situación contractual del jefe superior administrativo don J.S.L.R.”. Su contenido se tiene por reproducido íntegramente debido a su extensión. 4º.- En el mes de febrero o marzo de 2002 varios trabajadores de la demandada, entre los que no se encontraba el demandante, detectaron en el ordenador del despacho del demandante y del tesorero (que en ocasiones era utilizado por el demandante) la aparición de páginas de contenido pornográfico y lo pusieron en conocimiento de la empresa. Al ser preguntado sobre ello, el demandante manifestó que las imágenes aparecían solas. Con el fin de evitarlo, la demandada procedió a la instalación de filtros que restringían el acceso a Internet en el sistema informático de todos los ordenadores de la empresa. El demandante, tras dicha instalación, solicitó y obtuvo que le quitan dicho filtro. Manifestó como causa para ello que el filtro le impedía realizar su trabajo con normalidad. Como quiera que en el ordenador del despacho del demandante seguían apareciendo páginas de contenido pornográfico, la demandada contrató la instalación de un programa informático denominado “El espía” dedicado a controlar lo que se hace desde el

ordenador en que se instala, que se instaló en el ordenador del demandante sin el conocimiento de éste unas dos semanas antes de que se produjeran el despido. 5º.- A lo largo del año 2002, al menos desde el mes de febrero o marzo y hasta la fecha de su despido, el demandante hizo uso del ordenador de su despacho en la empresa para acceder a páginas de Internet de contenido pornográfico, gran parte de las cuales contenían imágenes de pornografía infantil, en múltiples ocasiones, y creó accesos directos a dichas páginas desde el terminal de su ordenador. Entre otras, y a título no exhaustivo, las páginas visitadas por el demandante fueron las siguientes: "ukraine-teens.com", "turkpono.com", "turkwarez.com", "turkseks.com", "seelolita.com", "escueladelsexo.com", "shylolita.com", "dinerotica.com", "eyuaculatus.net", "miramegratis.com", "seks-hit.com", "sex-INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL-www.com", "lolita-free.com", "blackcat-teens.org", "cyber.lolita.com", "videoseks.com/onlinegirl", "freensexmail.tsz.org", "teenisex.com", "all-lolitas.com", "lolitasextop.com", "lolitas.ws", "reussian-top.com", "top-virgins.com", "littlevirgins.com", "sexsereet.com", "lolita-boys.com", "lolita.sweet.com", "sexation.nymphteen.com/liolitas", "free.globalorgasm.com", "free.lolitaszone.com", "free.teens-extreme.com", "Kamasutra.lilhost.com" o "Sextops.com/paradise". El demandante tenía horario flexible en la empresa. 6º.- A requerimiento de la demandada, el notario Sr. P.G. se personó a las 18:30 horas del 16 de agosto de 2002 en la sede de la Federación Gallega de Piragüismo y presenció como el informático Sr. A.S. grababa un CD con el contenido del ordenador que se encontraba en el despacho del secretario. Insertado un segundo CD fueron recogidos ambos, así como la CPU del ordenador por el Ser. Notario, quien los trasladó a la sede de la Notaría donde los precintó. Se mantuvieron precintados hasta la realización del informe pericial. 7º.- Se intentó sin efecto la preceptiva 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 interpuesta por don J.S.L.R., contra la Federación Gallega de Piragüismo, absolviendo a este demandado 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El demandante recurre la sentencia de instancia, que desestimó su acción de despido contra la Federación Gallega de Piragüismo (FGP), y solicita con amparo procesal adecuado la nulidad de actuaciones, así como revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene la resolución impugnada.

SEGUNDO.- La pretensión anulatoria se basa en las infracciones normativas siguientes:

A) Los artículos 78, 90.1 y 2, 93.1 y 95.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) en relación con el artículo 24 de la Constitución (C), toda vez que:

a) Respecto del artículo 78 LPL pues, frente a lo consignado en sentencia, no solicitó prueba pericial anticipada sino que interesó el auxilio judicial a fin de que un técnico pudiera examinar el ordenador objeto de pericia, de modo que en el acto de juicio propondría aquel medio de prueba si a su derecho conviniera y a la vista de las pruebas sugeridas de adverso, sin que resulten aplicables las normas procesales civiles dada la regulación específica del proceso laboral, conforme a la que el trabajador acude a juicio con las pruebas de que intente valerse, formuladas y que puedan practicarse en tal acto. Además, el análisis del ordenador podía realizarse fuera de las instalaciones de la empresa, es decir, en la notaría donde estaba depositado; por otra parte, carece de fundamento la insinuación que, al amparo de garantizar la imparcialidad del perito judicial designado, refiere la eventual alteración del acceso al contenido del ordenador que, por otra parte, la empresa tuvo a su disposición antes de depositarlo notarialmente.

b) La denegación del examen del objeto de pericia antes de juicio vulnera el artículo 90 LPL, sin que el estudio del ordenador por perito propio con posterioridad al del perito judicial desvirtúe tal infracción, pues el programa informático que almacenaba los datos dejó de funcionar por el traslado desde la empresa a la notaría, también que el perito judicial no logró acceder al mismo a pesar de utilizar la clave oportuna, igualmente que su

presencia fue denegada en la oficina notarial con técnico identificado, así como la solicitud del ordenador por la fiscalía tras la pericia judicial; al contrario, la demandada recibió todas las facilidades para hacerse con las pruebas oportunas.

c) La designación por sorteo de perito judicial infringe el artículo 93.1 LPL, pues su vigencia hace inaplicables las reglas del artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

d) La denegación del auxilio judicial solicitado vulnera el artículo 95.1 LPL, pues tenía por finalidad preparar las pruebas precisas, sin perjuicio de que el juzgado acudiera a dictamen de perito en el acto de juicio o tras su finalización.

e) La actuación judicial infringió el artículo 24 C y las sentencias que cita, pues mientras accedió a las solicitudes empresariales de los folios 35 ó 101, denegó reiteradamente sus peticiones.

B) El artículo 97.2 LPL, toda vez que:

a) El relato fáctico omite circunstancias alegadas en demanda, tales como su disconformidad con el nombramiento de gerente y con la contratación de un hijo del presidente de la demanda, así como su dimisión irrevocable de 12.08.02 y la reacción empresarial, o en juicio, cual la falta de notificación del despido al enlace sindical.

b) Los hechos probados 4º y 5º ocasionan indefensión, al señalar como fechas de los causas de despido los meses de febrero y de marzo sin otra precisión; además, los razonamientos en virtud de los que se declaran los hechos probados son de brevedad excesiva sin referencia al caso enjuiciado.

TERCERO.- Los principios que informan el proceso laboral (art. 74.2 LPL) y la aplicación supletoria de la LEC (disposición adicional primera.1 LPL), en concreto sus artículos 335 a 352 dado el contenido del artículo 93 LPL sobre prueba pericial, llevan a rechazar la pretensión descrita en el apartado A) del fundamento anterior, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- El otrosí I.c) de demanda interesó: “A pesar de la vaguedad de la comunicación del despido, de su inconcreción, esta parte tiene que tratar de articular la defensa del mejor modo posible. A tal fin es preciso que el trabajador acuda a la oficina de la empleadora,

con un experto en informática a fin de que tal profesional pueda examinar el ordenador al que se hace referencia en la carta de despido, para emitir, si es el caso informe pericial en el acto de juicio. Por eso se solicita del Juzgado se admita tal propuesta, ordenando a la empresa que permita la entrada del trabajador despedido y de un experto en informática en el despacho que ocupaba el demandante, a fin de que pueda examinar en profundidad el ordenador para emitir informe”.

En efecto, la solicitud transcrita no se aviene con la definición legal de prueba anticipada, a que alude el artículo 78 LPL con la rúbrica “medida precautoria”, porque sólo procede cuando exista el temor fundado de que por causa de las personas o por el estado de las cosas no pueda realizarse en el momento procesal generalmente previsto (art. 293 LEC), mientras que, ahora, tanto el depósito notarial del ordenador objeto de pericia como la designación judicial de técnico para examinar aquél resultaron garantías suficientes de mantenimiento y conservación; más bien, parece tratarse de una diligencia preliminar del juicio, similar en cierto modo a los denominados “actos preparatorios” tipificados en los artículos 76 y 77 LPL, de eventual ratificación en aquel acto procesal conforme al artículo 90 LPL.

Sin embargo, entendemos no trascendente el concepto que puede adoptarse sobre el particular, que, al contrario, exige analizar las circunstancias en que se realizó la pericia judicialmente acordada.

En este ámbito y cual se alega, el análisis del ordenador pudo efectuarse en el lugar de depósito, es decir, fuera de las instalaciones de la empresa. Pero frente a lo argumentado, esa particularidad no sirvió para la denegación inicial de la solicitud transcrita según providencia de 12.09.02 (folio 9) y, además, el examen del objeto de pericia se realizó en la notaría según auto de 14.10.02 (folios 50 y 51), que admitió en parte la reposición del actor contra aquélla, aunque posteriormente el auto de 18.10.02 (folios 77 y 78) indicara, como argumento, “La práctica de éste en el modo interesado hubiera resultado imposible dado que los elementos que debían examinarse estaban, a la fecha de presentación de la demanda, ya depositados en la Notaría”; por otra parte, la lectura de esta resolución no presupone modificación en el ordenador que pudiera derivar de intervenir técnico del demandante cuando el perito judicial proce-

diera al análisis de aquél, sino que persigue reforzar la seguridad del medio informático y la imparcialidad del técnico nombrado por la juez.

2ª.- La providencia de 12.09.02 denegatoria del otrosí I.c) de demanda no vulnera los artículos 82.1 y 90 LPL, si tenemos en cuenta: - Reservó la facultad de acudir al trámite de las diligencias para mejor proveer, autorizado por el artículo 88 LPL - El actor no designó perito en su primera petición ni en el recurso (folios 12 y 13) contra dicha providencia. - El nombramiento judicial (folio 50 y 51) recayó en persona (ingeniero informático) con las condiciones exigidas por el artículo 340 LEC, cualidades de imposible comprobación en la propuesta de demanda. - Manifestó en escrito de 18.10.02 (folios 66 y 67) no tener nada que oponer a la emisión de informe por el técnico designado judicialmente. - En tal documento solicitó autorización para que la perito, ahora designada y con titulación idónea, pudiera examinar el material informático en la notaría depositaria, pero la negativa judicial (auto 14.10.02, folios 50 y 51) no impidió ni desvirtuó sus garantías de defensa, conforme a las medidas objetivas y subjetivas de aseguramiento de aquél adoptadas, a la reconocida autorización de acceso al mismo tras el dictamen del ingeniero nombrado por la juez (auto 12.11.02, folios 143 a 145), o a la acordada entrega material de ese informe antes de juicio (folios 183 y 226).

No apreciamos irregularidad en la actuación preprocesal de la empresa en orden a las circunstancias del depósito, si tenemos en cuenta: - La identidad de fechas (16.08.02) del requerimiento notarial al efecto y de despido. - La garantía inherente a la actuación del fedatario requerido, tanto respecto de la cualificación de la persona que, en su presencia, actuó sobre el ordenador en las oficinas de la FGP, como a la custodia del material intervenido, cuya entrega denegó incluso a la empleadora requirente (folios 41, 42, 45, 46). - La presencia de acompañantes del perito judicial cuando éste se presentó por vez primera en la notaría con el fin de desempeñar su cometido técnico, carece de la relevancia que el trabajador señala porque, como él mismo admite (folios 121 y 122), aquéllas abandonaron el lugar a instancia de la representación de la empresa - La decisión (folio 102) que denegó practicar la pericia con intervención del instalador del programa informático "El Espía", fue por solicitud de la FGP (folio 101) no del recu-

rente y, además, fue dejada sin efecto con posterioridad (folio 123) a instancia del ingeniero designado por la juez (folio 118 y 120), cuya motivación (imposibilidad de acceso al programa) tampoco deviene trascendente al no constar irregularidad en su contenido; estas circunstancias descartan el trato desigual o la infracción del principio de igualdad en la administración de la prueba que se denuncia.

3ª.- El artículo 93.1 LPL prohíbe aplicar las reglas generales sobre insaculación de peritos, pero la norma se proyecta a reforzar la iniciativa y actividad probatoria de los litigantes (art. 90 LPL), como muestra de la vigencia de los principios dispositivo y de rogación en el proceso de trabajo, de ahí que no limite las facultades judiciales de designación pericial conforme al observado artículo 341 LEC, menos aún dada la omisión de parte que relatamos en la consideración 2ª.a) que precede.

4ª.- El Tribunal Constitucional (TC) afirma (ss. 16.02.89, 01.10.90) que no existe la indefensión prohibida por el artículo 24 C, cuando "no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa" ni 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".

Esta doctrina es ahora de aplicación: Cuanto antecede impide afirmar la indisponibilidad del medio informático de prueba por el actor-recurrente, toda vez que no se opuso a la elaboración de dictamen por el perito judicial (folio 67), no acudió en segunda convocatoria a la notaría-depósito (folio 133), no propuso ni practicó prueba técnica tras aquel informe (folios 143 a 145), no formuló alegaciones una vez que estuvo a su disposición (folio 226) y acudió a juicio con la pericia que estimó oportuna (folios 274 y 347).

CUARTO.- La pretensión anulatoria descrita en el apartado B) de nuestro fundamento segundo tampoco prospera: Con independencia de las facultades que los artículos 191 y 194 LPL conceden en orden a impugnar las afirmaciones fácticas y los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida, lo cierto es

que ésta niega de forma expresa la actitud represaliante que el trabajador imputa a la demandada (fundamento 4º), remite a la valoración conjunta de las pruebas practicadas como base de sus conclusiones de hecho (fundamento 1º), en este ámbito hace especial énfasis de la pericia y testifical (fundamentos 1º y 4º), así como resuelve sustancialmente las cuestiones planteadas en juicio (fundamento 3º).

En consecuencia, no procede afirmar que la resolución impugnada incumple el deber de motivación que exigen los artículos 24 C, 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 359 LEC ó 97.2 LPL, criterio que avala la jurisprudencia constitucional (ss. 03.06.91, 01.04.93, 10.01.95, 28.09.98, 27.03.00), al declarar que el juez está obligado a decidir sobre todas y cada una de las cuestiones controvertidas, pero puede hacerlo de forma explícita o implícita, siempre que sea de manera nítida y categórica, sin dar pie a oscuridades o ambigüedades, de modo que cumple ese deber legal siempre que la argumentación vertida, con independencia de su parquedad o concentración, reúna la doble finalidad de exteriorizar el motivo de la decisión y que permita su eventual revisión jurisdiccional a través del efectivo ejercicio de los recursos establecidos.

QUINTO.- En el ámbito histórico, propone:

A) Respecto del apartado 3º de la sentencia, añadir: “En acta de Junta Directiva de la Federación de 4 de julio de 2001 en el apartado de Ruegos y Preguntas, entre otros asuntos consta lo siguiente: También fuera del orden del día, procede a informar el Sr. Presidente de la situación contractual del jefe Superior Administrativo don J.S.L.R., manifestando que la situación interna del trabajo diario es insostenible y con un ambiente muy enrarecido, incrementado todo esto por una actitud poco profesional hacia su labor diaria en el trabajo. Comenta el Sr. Presidente que va a convocar una Comisión Delegada para el día 16 de julio en donde, entre otros asuntos se va a tratar la situación laboral de este trabajador y que en fechas inminentes se va a proceder al despido del mismo, basada entre otros muchos motivos en su falta de confianza hacia el puesto que desempeñaba hasta el mes de marzo de 2001 y el que desempeña en la actualidad”. “El Presidente que realiza tales manifestaciones es el Sr. D.B.”. “En sesión de la Junta Directiva de la Federación de fecha 24.10.01, consta que se

acepta la dimisión del Secretario Sr. G.V. y que se nombra al actor. También constan en el acta citadas las funciones que realizará el Gerente y el Secretario, y al respecto se pone de manifiesto lo siguiente: ... funciones que serán delimitadas en la presente reunión con independencia de lo que señalen los Estatutos de la Federación; se basa las actas referidas que obran en la carpeta “B”.

B) Sustituir el primer párrafo apartado 5º de la sentencia, por: “En el ordenado trasladado por el Sr. Notario desde la Federación a su despacho, según el perito judicial, en el material almacenado por el programa “El Espía”, se localizaron diversos accesos a internet de contenido pornográfico, gran parte de los cuales contenían imágenes de pornografía infantil, en múltiples ocasiones. Tales accesos, según el programa “El Espía”, se detectan a partir del 05.08.02 a partir de las 16:03 horas”; se basa en los folios 41 a 44 y en la pericia judicial.

C) Sustituir el apartado 6º de la sentencia, por: “A requerimiento de la demandada, el Notario Sr. P. se personó a las 18:30 horas del día 16 de agosto de 2002 en las oficinas de la Federación Gallega de Piragüismo, hace saber su condición de Notario y el objeto de su presencia a don F.A.S., que dijo ser informático, quien procedió a extraer datos de un ordenador que se encontraba en el despacho en cuya puerta figuraba la palabra ‘secretario’, trasladando dichos datos a un CD. Insertando un segundo CD, fueron recogidos ambos, así como la CPU del ordenador trasladando todo al despacho donde los precintó. En el informe del perito judicial se hace constar que a las 16,50 horas del 16.08.02, el ordenador deja de registrar actividad”; se basa en el folio 41 y en las páginas 2 y 13 de la pericia judicial.

D) Añadir como hecho probado nuevo: “El despacho que utilizaba el actor no permanecía cerrado. Los ordenadores de la Federación trabajaban en red -salvo uno- y el ordenador que estaba en el despacho del trabajador no tenía clave de acceso. Para acceder a los datos almacenados por el programa “El Espía” era preciso introducir la clave 35316257. El día 30 de octubre del 2002, el perito comparece en la Notaría y una vez introducida dicha clave, 35316257, el perito hace constar que el ordenador no muestra cambio de estado alguno. El 14 de noviembre comparece nuevamente el perito en la Notaría, compareciendo también a la hora prevista (18’30) el

personal que instaló el programa “El Espía”. Le facilitan la clave que es la ya citada, pero el programa no responde, realizando varios intentos para arrancar el directamente, intentos que se toman fallidos, por tal circunstancia el perito da por finalizada la actuación a las 20’30 horas del citado día. El perito judicial, previamente a la realización de la segunda inspección, se pone en contacto con la empresa que produce y comercializa la aplicación “El Espía”, para determinar el modo de acceso a los ficheros de datos que recopila la aplicación. Mediante su compra y la documentación obtenida, el perito procede a copiar los ficheros contenidos en el directorio C:\Windows\System\MKSi; se basa en la fundamentación jurídica de la sentencia y en las páginas 2, 3 y 8 de la pericia judicial.

E) Añadir como hecho probado nuevo: “En la primera pantalla del programa “El Espía”, aparece el siguiente texto: Este programa se vende como es, sin garantías sobre su funcionamiento o cualquier otra garantía expresada o sobreentendida. El usuario debe asumir el riesgo de utilizar este programa. El programa grava cualquier escritura realizada desde el teclado, incluso aquellas claves y nombres de usuarios privados del empleado a controlar. Si se sustituyen los ficheros en los que quedan registrados toda la información extraída por “El Espía” por otros de otro equipo, incluso con fechas anteriores a la instalación del nuestro, el programa sigue funcionando y considera las acciones registradas por otra persona en otro ordenador como propias”; se basa en el anexo 2 de su informe pericial.

F) Añadir como hecho probado nuevo: “En la relación de llamadas efectuadas desde los teléfonos de la Federación de Piragüismo, según los recibos telefónicos, no figuran llamadas efectuadas a los números 906”; se basa en la carpeta “A”.

SEXTO.- El motivo anterior impone las siguientes consideraciones:

1ª.- Admitir la pretensión A), porque consta literalmente en el apartado 7º del acta de 04.07.01 y en los puntos 2º y 3º del acta de 24.10.01 de las reuniones de la junta directiva de la FGP, que aparecen en la carpeta “B” ó “2” que invoca; frente a lo alegado por la empresa impugnante, no son cuestión nueva sino manifestaciones del comportamiento que el trabajador le atribuye de, en su opinión, la nulidad del despido.

2ª.- No aceptar la pretensión B), porque los documentos que invoca sobre la presencia notarial en las instalaciones de la empresa y la comunicación de los hechos por el fedatario actuante al Ministerio Fiscal no acreditan los términos sugeridos. La remisión genérica a la pericia judicial es incompatible con las exigencias de los artículos 191.b) y 194.3 LPL, más aún dada su extensión (81 folios), y tampoco prueba de modo inequívoco la fecha señalada si tenemos en cuenta las conclusiones del ingeniero informático (página 15 de su dictamen) y otros medios de prueba (p.ej. testifical) que amparan la versión impugnada.

3ª.- La pretensión C) se admite, porque aparece en el acta notarial y en la página 13 del dictamen del perito nombrado por la juez que invoca pero, al tiempo, no desvirtúa la expresión fáctica “se mantuvieron precintados hasta la realización del informe pericial”, porque, entre otras circunstancias, su supresión descansa en una apreciación subjetiva de aquellas pruebas.

4ª.- Respecto de la pretensión D), aceptamos las particularidades (despacho del actor no cerrado, trabajo informático en red, no clave acceso a su ordenador) que basa en la fundamentación jurídica de la sentencia, pero en los términos que especialmente consigna su razonamiento 4º; admitimos las demás incidencias sugeridas, porque constan en las páginas 2, 3 y 8 de la pericia judicial que invoca.

5ª.- No aceptamos la pretensión E) porque es irrelevante al signo del fallo, al no proyectarse directa e inmediatamente sobre el objeto de pericia, toda vez que la prueba técnica a instancia del trabajador se practicó a la vista de la realizada por designación judicial sin que, además, manifieste irregularidad específica en la aplicación del programa informático instalado en el ordenador que utilizaba; las características genéricas que atribuye a éste tampoco acreditan el error de hecho que denuncia, dado el contenido de otras pruebas practicadas que amparan la versión impugnada (p.ej. pericia judicial, testigos).

6ª.- No admitimos la pretensión F), porque es irrelevante al signo del fallo, toda vez que el uso del ordenador que la empresa imputa al demandante no exige la comunicación telefónica entre la FGP y el 906, cual se desprende del sistema de conexión de la

empresa a internet (ADSL tarifa plana, según informes técnicos de los litigantes).

SÉPTIMO.- En el ámbito jurídico, denuncia que la sentencia infringe:

A) Los artículos 78, 90.1 y 2, 93.1 y 95.1 LPL en relación con el artículo 24 C, de no apreciarse el primer motivo de nulidad alegado y por las mismas razones.

B) El artículo 90.1 LPL en relación con los artículos 4.2.e), 20.3, 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 18 C, pues la instalación de la aplicación informática decidida por la empresa controló toda la actividad del ordenador, sin resultar idónea a tal fin por carecer éste de clave de acceso y en sistema de red con otros ordenadores, ni necesaria por ser suficientes los filtros previamente instalados para impedir el acceso a determinadas páginas de internet, ni ponderada al gravar toda la actividad sin advertencia previa.

C) El artículo 97.2 LPL, 335, 348 y 376 LEC, pues las pruebas periciales y de testigos no se valoraron conforme a las reglas de la sana crítica.

D) Los artículos 55.1 ET, pues la comunicación de despido no cumple los requisitos mínimos, al contener imputaciones genéricas o indeterminadas, y 57.1º de la Ordenanza Laboral de Oficinas y Despachos de 31.10.72, pues no fue notificada al representante de los trabajadores.

E) Los artículos 54.2.d) y 55. 4 y 5 ET, pues no se acreditaron las imputaciones de la empresa, no se cumplió el deber no comunicar a la representación laboral el despido que, además, fue represalia a su dimisión por disconformidad con ciertas actuaciones de los directivos.

F) El artículo 24.2 C en relación con el artículo 83.1 LPL, pues las suspensiones del acto de juicio carecieron de justificación y obedecieron a la petición de la empresa, relativa a que el perito efectuara una labor de investigación para elaborar el informe interesado por aquélla.

OCTAVO.- El motivo anterior impone las siguientes consideraciones:

1ª.- Con relación a las infracciones normativas de sus apartados A) y C), nos remitimos a lo expuesto en nuestros fundamentos 3º y 6º respectivamente.

2ª.- La denuncia jurídica del apartado B) no se acepta: La decisión de vigilancia y control que la FGP demandada adoptó no vulneró derecho fundamental de su destinatario ni resultó desvirtuada por deficiencias técnicas.

- Respecto de la primera circunstancia, el TC advierte (ss. 143/94, 207/96) que el derecho a la intimidad 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, aunque no es un derecho absoluto, 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, de ahí que (ss. 106, 136, 186/96, 90/97), el poder de dirección que el artículo 20 ET atribuye al empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, le autoriza para adoptar las medidas que estime oportunas para comprobar el cumplimiento de los deberes laborales por los trabajadores, pero esta facultad empresarial ha de producirse en todo caso dentro del debido respeto a la dignidad de aquéllos.

La FGP no incumplió esta doctrina porque, de acuerdo con el hecho probado 3º de sentencia, el actor conoció plena y exactamente que la aparición de imágenes de contenido pornográfico en su ordenador movió a la empresa a instalar “filtros” preventivos de aquellos contenidos visuales, y también que, a su instancia, accedió a retirar ese medio de control tras alegar que le impedía realizar su trabajo ordinario; la posterior y continuada muestra de imágenes semejantes de forma exclusiva en su equipo informático (no ya en el del tesorero, como al principio) justifica que la FGP ordenara instalar con igual fin un dispositivo más completo, el programa informático “El Espía”, que mantuvo en las dos semanas anteriores a la fecha de despido, e igualmente que no le diera a conocer esta decisión.

- Respecto de la segunda circunstancia, porque el uso que hizo del ordenador no se desvirtuó por carecer de clave de acceso o por funcionar en sistema de red con los demás equipos informáticos de la empresa, tanto por la ubicación de aquél en su despacho, como por la continuada relación de accesos desde él mismo a las direcciones de internet, suministradoras de aquellos contenidos, así como por

lo expuesto en las consideraciones 4ª y 5ª de nuestro fundamento sexto.

En definitiva, las medidas de vigilancia y control adoptadas por la FGP fueron idóneas y necesarias al fin perseguido, al no existir otra vía de actuación, y equilibradas o proporcionadas, al limitarse al lugar y tiempo imprescindible para verificar la conducta del trabajador recurrente.

3ª.- La infracción normativa del apartado D) no se admite:

- En desarrollo del artículo 55.1 ET, la jurisprudencia (ss. 30.09.85, 24.06.87, 30.01.89, 12.11, 13.12.90), afirma que la carta del despido no tiene por qué ser circunstanciada o prolija, ni contener una descripción pormenorizada o un relato detallado de los hechos que lo motivan, pero sí ha de proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los mismos para que pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de defensa que juzgue convenientes a sus intereses o para su defensa.

En el caso, la comunicación de 16.08.02 cumple esos requisitos porque, aunque no hace ubicación cronológica de los hechos, imputa al demandante un comportamiento continuado y limitado espacialmente - en su despacho y dentro del tiempo de trabajo-; además, la vigencia del programa informático (quince días anteriores al despido) revela que la FGP adoptó de forma inmediata la decisión que se impugna, cuyo contenido excluye la minoración en la defensa de sus derechos, finalidad esencial de la carta de despido (ss. 30.01.89, 12.11.90).

- Al no ostentar representatividad sindical (hecho 1º de demanda), faltan los presupuestos para apreciar infringido el artículo 55.2 y 3 ET; además, la carta de despido (folio 8) le participó "...que podrá interesar la presencia de un miembro del Comité de Empresa, o representante sindical, en el momento de proceder a su firma".

El artículo 57 de la Ordenanza Laboral de Oficinas y Despachos de 31.10.72, vigente según la disposición final del Convenio aplicable de 1996 (Oficinas y Despachos de la provincia de Pontevedra) no lleva a otra conclusión: De un lado, porque aunque su párrafo 1º obliga a la empleadora a poner en conocimiento de la representación social las sanciones por faltas graves o muy graves, lo cierto es que no fija las consecuencias de esa omisión.

De otra parte, porque su párrafo 2º.c) sólo prevé la firma por el interesado, incluso titular de cargo electivo sindical, cuando se le notifica la decisión sancionadora de la empresa.

4ª.- La denuncia jurídica del apartado E) no se acepta:

- El hecho probado 5º de sentencia revela acreditadas las imputaciones de la FGP al recurrente, base del despido, que configuran un claro supuesto de transgresión de la buena fe contractual, en que la doctrina de suplicación (TTSSJJ Murcia s. 15.06.99, Cataluña s. 14.11.00) incluye casos como el presente, de utilización de medios informáticos de la empresa por el trabajador en provecho propio.

La jurisprudencia (ss. 18.01.84, 16.05.85, 26.05.86, 19.01.87, 19.09.89, 04.03.91) afirma que esta causa legal de despido exige un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales, que puede provenir no sólo de conductas intencionales o dolosas sino también de la falta de diligencia, sin que resulte necesario para su apreciación la existencia de lucro personal ni la causación de daños a la empresa.

Estas notas concurren en el ilícito proceder del demandante, si tenemos en cuenta: a) la inexistente y necesaria autorización de sus superiores a tal fin, b) su forma de ejecución, facilitada por su categoría profesional de jefe administrativo en funciones de secretario general y por realizarse en despacho de su uso exclusivo, c) su contenido, con claro desprestigio para la naturaleza pública y fines deportivos de la FGP para la que trabajó, así como eventual y evidente perjuicio en la dignidad de los destinatarios de la actividad empresarial, d) su prolongación temporal.

- Por el contrario, el despido no fue represalia por su disconformidad con decisiones previas y específicas de la empresa, es decir, no vulneró la denominada garantía de indemnidad que, según el TC (ss. 21/92, 266/93, 180/94), es el derecho de cualquier trabajador a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica por la defensa previa de sus intereses o por la emisión de opiniones sobre la actividad empresarial, como expresión del principio a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 C

En efecto, las causas que sobre el particular alega el trabajador (su destitución como secretario general, su disconformidad con el nombramiento de gerente y con la contrata-

ción del hijo del anterior presidente de la FGP) son notoriamente anteriores al despido y sin relación con el titular de la empresa en la fecha del mismo que, por cierto, le había restituido en la secretaría de la FGP (hecho probado 3°).

5ª.- La dilación indebida del proceso no es apreciable porque, como se desprende de nuestro fundamento tercero, la actividad judicial de instancia fue continuada, ininterrumpida y estuvo motivada por el aseguramiento del objeto de pericia así como por los numerosos requerimientos de los litigantes sobre la prueba técnica respectiva, lo cual justifica que el tiempo transcurrido entre las fechas de demanda y juicio (09.09.02 y 10.01.03) excediera la previsión legal del artículo 82.1 LPL en relación con el 103 y siguientes del mismo código.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de don J.S.L.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, de 11 de febrero de 2003 en autos nº 521/2002, que confirmamos.

3633 Recurso núm. 1.872/03

S.S. DESPEDIMIENTO PROCEDENTE POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, NON PODÉNDOSE CONSIDERAR PRESCRITA A FALTA IMPUTADA Ó TRABALLADOR Ó TRATARSE DUNHA FALTA DE CARÁCTER CONTINUADO.

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

A Coruña, a treinta de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.872-03 interpuesto por don R.E.L.M. contra la sen-

tencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 304/02 se presentó demanda por don R.E.L.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandada CONSELLERÍA DE POLÍTICA TERRITORIAL OBRAS PÚBLICAS E VIVENDA DE LA XUNTA DE GALICIA (COTOP) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintitrés de enero de dos mil tres 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 actor presta servicios para la demandada con una antigüedad que data de 01.12.84, ostentando la condición de personal laboral fijo, la categoría profesional de auxiliar administrativo, grupo IV, categoría 1, y percibiendo una remuneración de 2.080,66 euros mensuales incluida la prorrata de gratificaciones extraordinarias. SEGUNDO.- El día 24.02.02 la demandada comunicó por escrito al demandante lo siguiente: "Con esta data o Excmo. Sr. Conselleiro da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública dictou a seguinte resolución: "O Consello da Xunta de Galicia, en sesión celebrado o día 8 de febreiro de 2002, por proposta da Consellería da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública de 6 de febreiro de 2002, acollendo a proposta da instructora do expediente enviada pola Consellería de Política Territorial, Obras Públicas de Vivenda, de resolución do expediente disciplinario instruído a don R.E.L.M., adoptou o Acordo de: "Impoñe-la sanción de despedimento a don R.E.L.M., contratado laboral fixo da Xunta de Galicia, da categoría 1 do grupo IV, como consecuencia do expediente disciplinario instruído ó mesmo". En cumprimento do devandito acordo do Consello da Xunta de Galicia, e de conformidade co previsto no artigo 49 do vixente Convenio Colectivo único e nos artigos 49, 54 e 55 do Real Decreto Legislativo 1/1995, do 24 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, e no uso das competencias que lle atribue o artigo 13.2 da ley 4/1998, do 26 de maio, da función pública de Galicia, e demais normativa concordante, a consellería da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración Pública: RESOLVE.- Primeiro.- Levar a

efecto o Acordo adoptado polo Consello da Xunta de Galicia o día oito de febreiro de dous mil dous, consistente no despedimento de don R.E.L.M., contratado laboral fixo da Xunta de Galicia, da categoría 1 do Grupo IV, destinado no Servicio Provincial de Transportes de Ourense, dependente da Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda. Segundo.- O despedimento terá efectos do día da notificación da presente resolución ó interesado. Contra a presente resolución poderá interpoñer reclamación previa á vía judicial laboral perante esa consellería, no prazo de vinte días a contar desde o seguinte ó da recepción da notificación da presente resolución, do xeito establecido no artigo 69 da lei de Procedemento Laboral". O que lle comunico para o seu coñecemento e ós efectos procedentes. TERCERO.- Formulada reclamación previa fue desestimada por resolución de 18.04.02. CUARTO.- El día 19.10.01 la Delegación Provincial de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda, acuerda instruir expediente sancionador contra el demandante don R.E.L.M. a causa de diversas irregularidades cometidas, según la demandada, por el demandante en el ejercicio de sus funciones; entre otras la "utilización particular do teléfono oficial fora da xornada laboral en horario nocturno e fins de semana para chamadas a liñas novecentos". La incoación del expediente fue notificada al Presidente del Comité de empresa el día 26.10.01 y al demandante el día 26.10.01, el demandante prestó declaración ante la instructora del expediente el día 08.11.01 (folios 71 al 76 ambos inclusive); con fecha 20.11.01 la instructora del expediente disciplinario incoado al demandante formula pliego de cargos en los que figuran "A utilización particular do teléfono oficial fora da xornada laboral en horario nocturno e fins de semana para chamadas a liñas novecentos"; la instructora calificó los hechos imputados al actor como falta muy grave, lo que deberá sancionado con el despido; de dicho pliego de cargos se dio traslado al demandante y al Presidente del comité de Empresa el día 22.11.01. El Comité de Empresa formuló escrito de alegaciones el día 12.12.01 y el día 05.12.01 la instructora del expediente emite propuesta de resolución notificada al actor el día 12.12.01 el día 11.12.01 al comité de Empresa. La Consellería de Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública dictó resolución el día 08.02.02 al expediente sancionador proponiendo el despido del demandante por causas de falta grave, resolución confirmada por el Consello de la Xunta de Galicia el día

19.02.02. En dicha resolución se impone la sanción de despido al demandante por la utilización indebida de teléfono público durante la jornada laboral, por haberse dado traslado al Ministerio Fiscal, de los demás hechos imputados al demandante por considerar que son constitutivos de delito. QUINTO.- El demandante dispone desde el año 1994 de la llave de las oficinas en las que presta sus servicios. SEXTO.- El demandante efectuó llamadas telefónicas utilizando teléfonos de la oficina en la que prestaba sus servicios a teléfonos "novecentos", a concursos de televisión, siempre fuera de la jornada laboral de trabajo, hechos que vienen produciéndose desde el año 1996 por lo que en este año por sus superiores jerárquicos se le recomienda se someta a tratamiento médico, a lo que accede el demandante y una vez reincorporado al trabajo, vuelve a seguir realizando llamadas a dichos teléfonos desde teléfonos de la oficina en la que presta sus servicios y, concretamente, en los meses de febrero, junio, julio, agosto y 1, 15, 16, 26, 28, 29 y 30 de septiembre de 2001. SÉPTIMO.- Como diligencia para mejor proveer se practicó pericial médica consistente en un dictamen pericial emitido por el psiquiatra Dr. Q.Y. que figura aportado al proceso (folios 440 y 441). OCTAVO.- El demandante no ostenta cargo sindical de clase alguna. NOVENO.- El demandante agotó la vía previa administrativa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda presentada por don R.E.L.M., DEBO DECLARAR Y DECLARO PROCEDENTE el despido del demandante realizado por la demandada con efectos de 24.02.02".

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 dictada en la instancia declara procedente el despido del Sr. don R.E.L.M. Recurre de la misma el demandante en solicitud de lo literal siguiente: " ... declare, con carácter previo la nulidad de la sentencia por las razones que se exponen en el apartado 1º del presente recurso, y con carácter subsidiario, declare la improcedencia del despido ... con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración de improcedencia ...". A tales efectos, la parte

formula los tres motivos de recurso siguientes: al amparo del art. 191.A LPL y para reponer los autos al momento de dictarse sentencia, denuncia infracción del art. 97.2 LPL en relación con el art. 248.3 LOPJ y art. 24 CE (motivo 1º); y al amparo del art. 191.C LPL y para que se declare la improcedencia del despido, denuncia la infracción del art. 60.2 del ET en relación con el art. 49.8 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral al Servicio de la Xunta de Galicia, DOG de 28.12.94 (motivo 2º), y (motivo 3º) la del art. 49.3.C.11 y 49.4.C del Convenio Colectivo citado y art. 54.1 y 2, d en relación con el art. 56.1 y 2 del E.T.

SEGUNDO.- Interesa el demandante la nulidad de la sentencia recurrida denunciando que la misma presenta incongruencias omisivas esenciales generadoras de indefensión. En concreto, dice la parte que en demanda se alegaban una serie de circunstancias cada una de la cuales pudiera dar lugar “a la nulidad del expediente disciplinario, con la consiguiente declaración de improcedencia del despido”, señalando las infracciones del art. 49 del Convenio Colectivo cuando exigía como primera actuación recibir declaración al inculpado, la elaboración del pliego de cargos y su notificación al actor, la notificación de la propuesta de resolución a la sección sindical de la CIG y comisión paritaria del Convenio, y asimismo denunciando que la sanción estaba firmada por persona sin competencia y la prescripción de la falta; sin embargo, concluye el recurrente, “lo cierto es que el Juzgador a quo omite, tanto en la declaración de H.P. como en la propia fundamentación jurídica, cualquier mención a lo dicho”, haciendo hincapié asimismo en la deficiente motivación de la sentencia como causante de indefensión y en el art. 120.3 CE. De ahí la infracción que de los arts. 97.2 LPL, 248.3 LOPJ y 24 CE, con mención asimismo del art. 209.3 LEC y Jurisprudencia constitucional, denuncia. En la demanda la parte, efectivamente, argumentaba que el expediente sancionador tramitado por la demandada, por incumplimiento de las exigencias contenidas en el art. 49.1, apartados B, C, D, G y H del Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia, era nulo, que la sanción estaba “rubricada” por persona sin competencia al efecto conforme al art. 49.5 del Convenio, y se invocaba la prescripción de la falta imputada.

TERCERO.- Acerca de la nulidad de la sentencia por incongruencia y ausencia de

motivación, debe considerarse doctrina constitucional y jurisprudencial concreta de la que este Tribunal Superior de Justicia se ha hecho eco en diversas ocasiones.

En la STC 136/98 (29 de junio) literalmente se indica que «desde la STC 20/1982, hemos declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SSTC 177/1985, 191/1987, 88/1992, 369/1993, 172/1994, 311/1994, 111/1997 y 220/1997)». Y añade el intérprete máximo de la Constitución que «el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y petitum–. Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el thema decidendi. La congruencia es compatible sin embargo, con la utilización por el órgano judicial del principio tradicional del cambio del punto de vista jurídico expresado en el aforismo *iura novit curia* en cuya virtud los Jueces y Tribunales no están obligados, al motivar sus sentencias, a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes STC 88/1992, por todas».

Y asimismo afirma el TC que «a partir de este planteamiento general, hemos distinguido dos tipos de incongruencia y precisado las condiciones para apreciar su existencia. La llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*, que 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 en el ámbito de la jurisprudencia ordinaria, mantiene el Tribunal Supremo (así, sentencias de 21.01.99 R. 4.031/96, 15.04.99 R. 651/96, 11.05.99 R. 2.165/96, 13.05.99 R. 1.847/96, 30.06.99 R. 2.804/97, 04.11.99 R. 4.180/99, 22.02.00 R. 438/00, 20.03.00 R. 5.096/96, 20.03.00 R. 2.568/98, y 30.09.00 R. 1.712/97) que la cuestión de incongruencia ha de resultar de un juicio comparativo entre la pretensión ejercitada en la demanda y los términos del fallo combatido, y no existe tal vicio interno –incluida la exhaustividad o plenitud como requisito interno de la sentencia– cuando entre dicha pretensión y la resolución judicial existe una máxima concordancia y correlatividad, que afecte tanto a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal, como a la acción ejercitada; habiendo precisado la misma doctrina que la congruencia no exige una respuesta prolija y pormenorizada a las argumentaciones de las partes, sobre todo en el supuesto de fallo desestimatorio, en cuanto éste supone una denegación de todas y cada una de las pretensiones deducidas en la demanda (SSTS 04.11.97 Ar. 8.025 y 12.07.93 Ar. 5.670).

A partir de este contexto, no aprecia la Sala en la resolución de autos la infracción que se denuncia en el recurso al amparo del art. 191.A LPL.

CUARTO.- La sentencia dictada en la instancia, si bien pudiera haber dado una respuesta más exhaustiva y pormenorizada a las cuestiones que el recurrente planteaba en demanda al respecto del expediente disciplinario tramitado y conexas y la prescripción, lo cierto es que, tanto en H.P. como en la Fundamentación Jurídica, las afronta y resuelve, todas ellas, cierta y suficientemente; máxime siendo el fallo desestimatorio de la demanda con declaración de procedencia del despido, con lo que en sí mismo supone de explícita denegación de la pretensión contenida en la demanda y de sus argumentaciones.

Al respecto, la sentencia recurrida declara en sus H.P. las condiciones laborales y sindicales del actor (H.P. 1º Y 8º), la comunicación de despido y quien lo acordó (H.P. 2º), el expediente sancionador instruido y sus trámites (H.P. 4º), y la conducta del actor acreditada en términos de la imputación disciplinaria causante de su despido (H.P. 5º, 6º y 7º). En concreto y respecto del expediente disciplinario, se declara quien y cuando lo inicia, la notificación de la incoación, la declaración del actor y su fecha, la formulación del pliego de cargos y a quien y cuando se dio traslado, alegaciones del comité, propuesta de resolución y a quien y cuando se notificó ... Y en su Fundamento Jurídico, la sentencia argumenta expresiva y suficientemente en torno a que los hechos “vienen produciéndose desde el año 1996, lo que determinó que en fecha no precisa del año 1996 se le recomendase por sus superiores jerárquicos que se sometiese a tratamiento médico, lo que hizo el demandante, pero al reincorporarse a su trabajo, volvió a repetir su actuación anterior lo que obligó a la demandada a incoar expediente disciplinario ...”; a que el demandante “reconoció en el expediente disciplinario que realizó las llamadas ...”; a que estos hechos “constituyen una falta muy grave ... el hecho que la demandada no hubiese adoptado con anteriores medida disciplinaria contra el demandante, no atenúa, en modo alguno, su conducta porque, en definitiva, se trata de una actitud de la demandada en beneficio del actor ... y al no conseguirse tal cambio, la demandada se ve obligada a incoar expediente administrativo sancionador contra el demandante, expediente en el que se han respetado todas las garantías procedimentales, adoptándose por el Conelleiro de Presidencia la decisión de despedir ...”.

Se pone así de relieve que la sentencia recurrida no presenta omisiones o defectos determinantes de su nulidad, debiendo ser rechazado el motivo de recurso formulado al amparo del art. 191.A de la L.P.L. En concreto: A) La sentencia de instancia resuelve lo alegado en torno a defectos esenciales en el expediente disciplinario, pues si en H.P. explicita pormenorizadamente y con sus fechas la tramitación en él habida, en el Ftº. Jurídico se afirma que se respetaron “todas las garantías procedimentales”. Y precisamente, ello supone respuesta a la invocación efectuada del art. 49.1 B, C, D, G y H del Convenio Colectivo en tanto que declarándose en el H.P. 4º (el recurso no formula motivo para revisar los H.D.P.) que la incoación del expediente fue notificada

al presidente del comité y al actor el 26.10.01, que este prestó declaración ante la instructora el 08.11.01, que el 20 siguiente se formuló pliego de cargos, que del mismo se dio traslado al actor y al presidente del comité el 22.11.01, que el Comité formuló alegaciones y la instructora emitió propuesta de resolución en diciembre, ésta notificada al actor y Comité, y que la Consellería de Presidencia resolvió el 08.02.02 proponiendo el despido, confirmada la resolución por el Consello de la Xunta de Galicia el 19.02.02 imponiendo la sanción de despido por los hechos que se dicen en el H.P. 4º, la cual fue notificada al actor el día 24 siguiente como dice el H.P. 2º, resulta que el propio invocado art. 49.I del Convenio –aportado a autos– determina que la omisión del procedimiento aquí descrito, incluyendo el traslado a la comisión paritaria –que, aparte de aparecer notificándosele la propuesta de resolución, en todo caso y según el art. 49.H es a los meros efectos estadísticos y de información– “determinará la nulidad del expediente cuando produzca indefensión del interesado”. Indefensión en modo alguno apreciable de conformidad con los H.D.P. y cuando, como dice la sentencia recurrida, se han respetado todas las garantías legales e incluso el demandante aparece reconociendo lo imputado en el expediente disciplinario. B) Tampoco falta realmente respuesta a la invocación relativa a la notificación de la propuesta de resolución a la sección sindical de la CIG, art. 49.g del Convenio Colectivo (aparte, art. 55.1 ET), puesto que en los H.D.P. (de los cuales no se interesa revisión alguna vía art. 191.B L.P.L.) no se declara pertenencia (afiliación) al sindicato y/o su conocimiento por la demandada (acerca de lo que, además, la resolución de la Xunta que desestimó la reclamación previa –Folio 354– dice que la circunstancia no fue alegada en ningún momento) y a lo largo del expediente hubo notificaciones al Presidente del Comité de Empresa, recordándose que también respecto de tal requisito el art. 49.I del Convenio prevé su trascendencia cuando hubiese indefensión. C) Respecto de la “rubrica” de la sanción y el art. 49.5 del Convenio, la sentencia da respuesta expresa en Ftºs. de derecho al efecto, siendo H.P. que tras la propuesta de resolución de la instructora, la Consellería oportuna dictó resolución proponiendo el despido y el Consello de la Xunta de Galicia lo asumió, así explicitándose en la comunicación del despido al actor (H.P. 2º), siendo evidente que ello cumple las exigencias del art. 49.5 del Convenio Colectivo (que prevé como órgano competente para imponer el despido, el Con-

sello de la Xunta por propuesta del Conselleiro en materia de función pública). La comunicación de la resolución de la desestimación de la reclamación previa, si bien suscrita por el subdirector Xeral de Réxime Jurídico e Relacions Laborais, transcribe la resolución dictada por el Conselleiro de Presidencia. Y D) Finalmente, la sentencia recurrida también se pronuncia sobre la prescripción, aparte del fallo mismo. Y es que en su argumentación (anteriormente ya transcrita) queda expresada la existencia de una falta continuada, de una conducta del actor reiterada en el tiempo y que llega, y así se dice en los H.P., hasta el 30.09.01 (H.P. 6º), de tal modo que declarándose probado asimismo que en 19.10.01 ya la demandada acuerda instruir expediente disciplinario al actor, resulta concluyente que, la sentencia recurrida, en hechos y derecho, está rechazando explícitamente la prescripción alegada, al margen de lo escueto y pobre de la argumentación utilizada. Resuelta en tales términos la prescripción, no cabe acudir a la nulidad de la sentencia por incongruencia omisiva o déficit esencial de motivación, sin perjuicio de que quepa combatir la decisión por la vía del art. 191.B y C L.P.L.

En definitiva, lo planteado por el recurrente al amparo del art. 191.A L.P.L. no es susceptible de provocar la nulidad interesada, no apreciándose la infracción que denuncia en el motivo. Lo procedente al respecto resulta ser la formulación de una denuncia de la posible infracción por la vía del art. 191.C L.P.L.; sin embargo, la parte solo plantea por esta vía la cuestión de la prescripción (motivo 2º) y ya (motivo 3º) la de la inexistencia de causa de despido por falta de gravedad y culpabilidad en la conducta de que se trata. Esto, junto con lo que quedó razonado anteriormente sobre lo declarado probado acerca del expediente, las comunicaciones habidas dentro del mismo, la ausencia en H.P. de constancia o conocimiento de militancia sindical, órgano decisor de la sanción ... y lo dispuesto en el art. 49.I y 5 del Convenio Colectivo, lleva a concluir que no obstan al mantenimiento del pronunciamiento recurrido las objeciones de demanda acerca del art. 49.1.B, C, D, G y H del Convenio y demás conexo, sin que en modo alguno hubiese existido al hilo de la incoación, tramitación o resolución del expediente sancionador tramitado indefensión para el demandante-recurrente.

QUINTO.- La infracción que del art. 60.2 E.T. en relación con el actor 49.8 del Con-

venio Colectivo se denuncia en el 2º motivo al amparo del art. 191.C LPL para sostener la prescripción de la falta no resulta acogible.

Argumenta la parte, en esencia, que “siendo conocidos los hechos que dan lugar al despido del actor, ya desde el año 1996 (ordinal 6º del la DHP), por ello la Administración demandada necesariamente tendría que haberlo despedido, a lo sumo, en marzo de 2001, fecha en la que tuvo un conocimiento pleno, cabal y consciente de las irregularidades invocadas como causa de despido. Por ello al haber iniciado el expediente disciplinario el 19.10.01, a nuestro entender la falta habría prescrito ...”.

Sin embargo, los H.D.P. –no impugnados en Suplicación- ponen de relieve (H.P. 5º y 6º) que el demandante, personal laboral fijo de la demandada, auxiliar administrativo, que disponía de la llave de las oficinas en las que prestaba servicio, “efectuó llamadas telefónicas utilizando teléfonos de la oficina en la que prestaba sus servicios a teléfonos “novecientos”, a concursos de televisión, siempre fuera de la jornada normal de trabajo, hechos que vienen produciéndose desde el año 1996 por lo que en este año por sus superiores jerárquicos se le recomienda se someta a tratamiento médico, a lo que accede el demandante y una vez reincorporado al trabajo, vuelve a seguir realizando llamadas a dichos teléfonos desde teléfonos de la oficina en la que presta sus servicios y, concretamente, en los meses de febrero, junio, julio, agosto y 1, 15, 16, 26, 28, 29 y 30 de septiembre de 2001”.

Así pues, se está en presencia de una conducta infractora homogénea y de carácter continuado, con unos últimos actos cometidos por el actor, aparte de en ciertos meses precedentes desde febrero (de ahí que el recurrente alegue el mes de marzo de 2001 como el de inicio de la prescripción), en los días 1, 15, 16, 26, 28, 29 y 30 de septiembre de 2001, de tal modo que el cómputo prescriptivo ha de comenzar en el momento en que tiene lugar el último incumplimiento; en el caso, el día 30.09.01.

Este Tribunal, en sentencias como las de fechas 27.10.93, 10.11.97 ... 13.3.02, ha dejado puntualizado que en la regulación de la prescripción (art. 60.2 ET) se suele distinguir un plazo de 60 días para las faltas muy graves–denominado prescripción “corta”–, contados desde la fecha en que el empresario –o quien tenga la potestad de sancionar- tuvo conoci-

miento de la comisión de la falta, y otro de seis meses–denominado de prescripción “larga”– contados desde la fecha en que se haya cometido la falta, haya o no tenido el empresario conocimiento de su comisión. Pero la dificultad surge para fijar el “dies a quo” o comienzo del computo del plazo de la prescripción larga cuando se trata de lo que jurídicamente se conoce como una “conducta continuada”, esto es, constituida por una pluralidad de acciones prolongadas en el tiempo, que obedecen a una unidad de propósito y que vulneran bienes jurídicos de la misma o análoga naturaleza. La regla general en estos casos es atender al último incumplimiento (STS de 15.06.90 Ar. 5.465).

Cosa distinta es que cuando se trate de operaciones fraudulentas y/o efectuadas clandestinamente la jurisprudencia haya declarado que no comienza el plazo prescriptivo hasta que se obtenga el conocimiento pleno de lo efectuado, que normalmente vendrá dado por el resultado de la investigación practicada ... En el caso presente, al margen de la ocultación habida y de lo ocultable o no de lo realizado por el actor, lo cierto es que lo por él llevado a cabo se trata de una conducta infractora continuada, prolongada en el tiempo y de carácter homogéneo en cuanto a propósito y vulneración de bienes jurídicos de idéntica o similar naturaleza, si bien manteniendo cada acto ejecutado su propia dimensión disciplinaria, de tal modo que en lo relativo a la prescripción se ha de atender al último incumplimiento habido, al último de los hechos constitutivos de infracción.

No hay, pues, prescripción, dado que si el plazo al efecto para las faltas muy graves (art. 60.2 E.T. y 49.8 del Convenio) es el de 60 días a partir de la fecha en que la Administración tuvo conocimiento de su comisión..., quedando interrumpidos por cualquier acto propio del expediente instruido (art. 49.8 del Convenio), resulta que el actor ha venido realizando las llamadas telefónicas que motivaron el despido durante el mes de septiembre de 2001, la última el día 30, incoándose el expediente disciplinario (obligado según el art. 49 del Convenio) el día 19.10.01, y sancionándose en plazo (en febrero de 2002) tras su culminación.

En ningún caso, por lo razonado, incide en la prescripción el hecho de que la conducta transgresora del actor proviniese de 1996, debiéndose valorar a lo sumo en términos de excusa a la procedencia de la sanción

de despido, de proporcionalidad entre conducta y sanción. Si bien se deja ya puntualizado que no existió por parte de la demandada permisividad valorable a los presentes efectos o condonación para con la conducta del actor de llamar desde la oficina a teléfonos “novecientos” y a concursos de televisión ..., sino una paciente comprensión en aras de evitar la actuación disciplinaria si el actor rectificaba su conducta y pasaba a cumplir sus obligaciones laborales; como queda inequívocamente expresado en el H.P. 6º, cuando se declara que los superiores del actor le recomendaron al efecto se sometiese a tratamiento médico, lo que aceptó el actor, siendo adoptado el despido cuando tras reincorporarse este al trabajo, vuelve a llevar a cabo, de modo continuado, la conducta de transgresión precedente.

SEXTO.- En el último motivo del recurso el demandante argumenta, en síntesis final, que su conducta “no puede, en modo alguno, constituir causa de despido ni constituye ningún incumplimiento grave y culpable, o de constituirlo su gravedad no alcanza el grado necesario para que proceda acordarse un despido cuando, a tenor de la normativa mencionada, pudieran ser impuestas otras sanciones también previstas en el III Convenio Colectivo ...”, aduciendo previamente que si bien “han resultado probadas las causas en que la empleadora fundamenta su decisión, carecen estas de la entidad y gravedad suficientes ...” y la teoría gradualista.

La conducta llevada a cabo por el actor, objeto del expediente disciplinario e imputada para su despido, ya ha quedado explicitada en el fundamento precedente, la utilización particular y no autorizada del teléfono oficial fuera de jornada laboral para llamadas a líneas “900” y concursos de TV, y ello de forma continuada, últimamente (H.P. 6º) los días 1, 15, 16, 26, 28, 29 y 30.09.01. Semejante conducta encuentra adecuado encaje, aparte de en el art. 54.1 y 2.d del E.T., en el art. 49.3.C. 11 del Convenio Colectivo, en cuanto implica fraude, verdadera deslealtad y abuso de confianza en el desempeño laboral. Así lo pone de relieve la conducta en sí misma, con inequívoco contenido intrínseco de gravedad; concurriendo asimismo la culpabilidad oportuna, máxime cuando el informe siquiátrico a que alude el H.P. 7º explicita que el actor “no presenta menoscabo de su libertad volitiva manteniendo capacidad discerniente general sobre lo legal y lo ilegal ...”. Y en

absoluto cabe apreciar falta de proporcionalidad en la sanción impuesta.

Este Tribunal ha venido reiterando que la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (SSTS 04.03.91 Ar. 1.822 y 28.06.88 Ar. 5.486), partiendo de la idea cardinal de que los «más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano» (STS de 21.03.88 Ar. 2.333), de tal forma que en la valoración de esta conducta no cabe emplear meros criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos), aplicando un planteamiento que no sólo sea individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de manera gradualista y buscando la necesaria proporción ante la infracción y sanción; pero ello partiendo de la idea cardinal de que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio básico de la buena fe, que es elemento normativo delimitador del contenido obligacional derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta arreglada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro, conforme evidencian los arts. 5.a y 20.2 ET (SSTS 31.10.84 Ar. 5.360, 18.12.84 Ar. 6.408, 27.02.87 Ar. 1.133, 02.07.87 Ar. 5.060, 16.03.88 Ar. 1.950, 21.03.88 Ar. 2.333, 18.07.88 Ar. 6.171, 31.10.88 Ar. 8.189, 16.01.90 Ar. 128, 28.02.90 Ar. 1.248, 06.04.90 Ar. 3.121, 24.09.90 Ar. 7.040, 21.02.91 Ar. 854, 04.03.91 Ar. 1.822, 16.05.91 Ar. 4.171, 02.04.92 Ar. 2.590, 10.12.92 Ar. 10.074...).

El tipo de conducta de que se trata, su acreditado carácter contumaz, el desvalor que supone en cuanto comportamiento infractor y desleal de deberes laborales sustanciales (art. 5 E.T.), lo injustificable en sí mismo de la tal conducta..., no puede llevar sino a considerar debidamente proporcionada la sanción de despido impuesta. Tanto más cuanto que la demandada no adoptó tal sanción sino después de haber dado al trabajador las oportu-

nas posibilidades en orden a rectificar su conducta, proponiéndole ella misma el sometimiento a tratamiento, siendo tras el fracaso de todo ello que pasó a sancionar la conducta infractora del actor al volver a producirse, sin que tampoco existieran razones excusantes en lo relativo a la imputabilidad. Como se dijo anteriormente, en ningún momento la demandada adoptó una postura para con el actor de permisividad o licencia tácita, sino que ciertamente le exigió que cambiase el comportamiento laboral posibilitándolo a través de una baja para sometimiento a tratamiento médico, pero sin renuncia o abdicación disciplinaria alguna, ni de presente ni de futuro, de tal manera que con absoluta legitimidad y justificación, en tiempo y forma oportunos, sancionó cuando el demandante, tras su reincorporación laboral, cometió nuevos actos infractores merecedores de la sanción de despido por gravedad y culpabilidad y conforme al E.T. y Convenio Colectivo.

Por consiguiente, no existe la infracción que finalmente se denuncia del art. 49.3.C.11 y 4.C del Convenio Colectivo y de los arts. 54.1 y 2.d y 56.1 y 2 del E.T., procediendo el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don R.E.L.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense de fecha 23.01.03 en autos nº 304/02 seguidos por despido a instancias de la parte recurrente frente a la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda-Xunta de Galicia, confirmamos la sentencia recurrida.

3634 Recurso núm. 2.048/03

S.S. PROCEDENCIA DA ACCIÓN DO TRABALLADOR PARA A RESCISIÓN INDEMNIZADA DO SEU CONTRATO, CONCURRINDO CIRCUNSTANCIAS QUE LEXITIMABAN A SÚA FALLA DE ASISTENCIA Ó TRABALLO.

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

A Coruña, a treinta de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.048/2003 interpuesto por "H.G.G., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.G.B. en reclamación de RESCISIÓN CONTRATO siendo demandado "H.G.G., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 796/2002 sentencia con fecha veintiocho de enero de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"Primero.- Don J.G.B., mayor de edad, con DNI número ..., trabajó para la empresa demandada "H.G.G., S.L.", domiciliada en ..., con la categoría de Ayudante y retribución mensual de 635,43 Euros, incluido prorrateo de pagas extras, más 57,59 de plus de transporte, en virtud de varios contratos de trabajo sucesivos de duración determinada 8 ramo de prueba de la empresa) que se dan por reproducidos. Segundo.- El actor solicita la rescisión de su contrato de trabajo, en base a los motivos siguientes: " El día 24 de septiembre ocurrieron los siguientes hechos: cuando ese día estaba trabajando en la empresa, sobre las 14,05 horas uno de los propietarios, L.G., me solicitó que lo acompañara al almacén, a lo que accedí, acompañándome también los otros dos propietarios, hermanos del anterior, E. y R. Al llegar al almacén, los propietarios cerraron la puerta, y me preguntaron quién era el que robaba allí. Y concretamente L.G. cogió un palo, y me intimidó, presionando con él en la barriga, haciendo intención de clavarlo. Al mismo tiempo, los llamados E. y R., me sujetaban por los brazos, y uno de ellos me cogió con ambas manos por el cuello. Al mismo tiempo me insultaban diciendo "hijo de puta, cabrón, ladrón" y cosas por el estilo. A continuación los jefes hicieron venir a otros dos empleados, P. y J. a los jefes hicieron las mismas

preguntas, contestando éstos que no sabían nada. A continuación los tres jefes comenzaron a agredir al compañero P.A., al que tiraron al suelo, propinándole L.G. diversos golpes con el palo, mientras los otros dos le daban patadas en el suelo. A continuación los jefes nos dejaron encerrados con candado en el almacén a D., a P. y a mí, hasta las 15,30, en que abrieron la puerta y nos dejaron marchar.” Tercero.- El 24 de septiembre de 2002, el Sr. E.G.G., miembro socio de la empresa “H.G.G., S.L.”, como consecuencia de la presunta falta de determinados materiales en la empresa, llamó al demandante para que subiese al almacén, situado en las dependencias que la empresa tiene en el número ..., que constan de un bajo, en el que hay una tienda, una entreplanta, otra planta superior y encima de ésta un almacén al que se accede por unas escaleras desde dicha planta superior. Allí, en el almacén, se encontraban los tres hermanos. Don E., don L., éste portaba un palo, y don R., socios de la empresa, preguntando a trabajador por los materiales, llamándole ladrón, hijo de puta y empujándole. Llamaron después a otro trabajador llamado D., haciéndole las mismas preguntas y también llamándole con las mismas frases y posteriormente a otros dos trabajadores P. y J. a los que hicieron las mismas preguntas. A P. le empujaron hacia un pasillo entre unas estanterías, donde le dieron patadas y le tiraron al suelo. Uno de los trabajadores, J.L.P. se fue y quedaron el demandante y otros dos en el almacén, oyendo ruidos de cierre en la puerta del mismo, viendo la puerta baja, pero sin comprobar que la puerta estaba cerrada. Esto ocurrió sobre las dos horas, cuando los trabajadores tenían que salir al haber cumplido el horario de trabajo y hasta las 13,30 horas no volvieron los dueños de la empresa, que abrieron y les dejaron marchar. Cuarto.- El actor, el día 26 de septiembre, fue al médico de la Seguridad Social, que le diagnosticó “Ansiedad”. El mismo día de los hechos, por la tarde, llamaron al actor y al día siguiente también, pidiéndole perdón, contestando el trabajador que se sentía mal y que no sabía si iría. El día 30 le llamaron para cobrar, diciéndole que aún en caso de que no volviera que pasara por allí. Quinto.- El trabajador, el día 3 de octubre, presentó en la Comisaría de Policía denuncia, que obra al folio 15 y se da por reproducida, y en la que consta diligencia de remisión al Juzgado de Instrucción número 5 de Vigo. Sexto.- El día 5 de octubre, se hace entrega al trabajador demandante del siguiente telegrama fechado el día anterior: “ Don

L.G.G., en representación de la empresa “H.G.G., S.L.”, ruega a don J.G.B., le justifique las faltas de asistencia al trabajo los días 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de septiembre de 2002 y el 1, 2 y 3 octubre de 2002. En caso de no hacerlo, entenderemos que rescinde la relación laboral con esta empresa de forma voluntaria, cursando la empresa la baja en la seguridad social por dicho motivo”. Séptimo.- El actor presentó demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje e Conciliación, el 18 de octubre, celebrándose el acta el 4 de noviembre, que resultó sin efecto. El 8 de noviembre tiene entrada en el Decanato de los Juzgados de Vigo, la presente demanda de RESCISIÓN DE CONTRATO. Octavo.- Por estos mismos hechos, se presentó demanda ante el Juzgado Social número Uno de Vigo, por el trabajador don P.A.F., y sobre rescisión de contrato, cuya demanda fue estimada en sentencia de 29 de noviembre de 2002.”

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

“FALLO: Que desestimando las excepciones alegadas en la contestación a la demanda, y estimando la demanda planteada por don J.G.B., contra la empresa “H.G.G., S.L.”, debo declarar y declaro rescindido el contrato de trabajo que ligaba a ambas partes, condenando a la empresa demandada a que abone al trabajador una indemnización de 45 días por año de servicio, que asciende a la cantidad de DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN ERUROS CON NUEVE CÉNTIMOS (2.821,09 Euros.)

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.- 1.- Se recurre la sentencia que declaró haber lugar a la extinción del contrato por voluntad del trabajador, con dos motivos que se destinan al examen del Derecho y en los que se mantiene la inexistencia de la relación laboral en el momento en que se hace el pronunciamiento rescisorio, denunciándose –respectivamente– la infracción (a) de los arts. 49.1.j, 50 y concordantes del ET, y (b) de los arts. 54.1 y 54.2.a del ET.

2.- Son incuestionados HDP: (a) sobre las 14 horas del 24.09.02, los tres socios «hermanos» de la demandada llamaron al actor al almacén, allí le preguntaron por el autor de un robo de neumáticos, le llamaron «ladrón» e «hijo de puta», amenazándole con un palo y empujándole; (b) la acción se repitió «a presencia de aquél» con otros tres empleados, a uno de los cuales golpearon, y a todo ellos dejaron encerrados hasta que a las 15,30 horas les dejaron marchar; (c) ese mismo día 24.09 y el posterior 30.09, los propietarios le llamaron pidiéndole perdón y el trabajador les responde que no sabía si volvería; (d) el 26.09 se le diagnosticó «ansiedad»; (e) el 03.10 presentó denuncia en la Comisaría de Policía; (f) el 05.10, se le envía telegrama para que justifique las faltas de asistencia al trabajo, comunicándole que «en caso de no hacerlo, entendemos que rescinde la relación laboral con esta empresa de forma voluntaria, cursando la Empresa la baja en la Seguridad Social»; y (g) se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC el 18.10, celebrándose sin efecto el acto el 04.11 y formulándose demanda por rescisión de contrato el 08.11.

SEGUNDO.- 1.- Tal como tenemos recordado en precedentes ocasiones –SSTSJ Galicia 30.09.02 R. 4.189/02, 25.01.02 R. 6.212/01, 30.05.01 R. 2.265/01, 30.04.98 R. 755/98 y 18.04.97 R. 1.232/97– la doctrina jurisprudencial «ha matizado sobre el ejercicio de la facultad resolutoria del nexo laboral por voluntad del trabajador, en el sentido de que, salvo casos excepcionales [...], no cabe que éste resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que el trabajador solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar, la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento (SSTS de 22 de octubre [Ar. 5.878], 26 de noviembre de 1986 [Ar. 6.516], SSTS 18 de julio de 1990 [Ar. 6.425] y SSTS de 23 de abril de 1996 [Ar. 3.403]), salvo como, antes se ha dicho y, ahora ser repite, que la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento» (STS 08.11.00 Ar. 1.419; y sobre la excepción última, también STS 07.11.89 Ar. 8.019).

Y con más detalle lo explica la STS 22.05.00 Ar. 4.623, al decir que «mal puede acordarse la resolución de un contrato inexistente en el momento en que se efectúa tal pronunciamiento. El éxito de la acción basada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, como ha puesto de manifiesto la constante doctrina de esta Sala contenida en sentencias, entre otras, de 22 de octubre y 26 de noviembre de 1986 (Ar. 5.878 y Ar. 6.516), 12 de julio de 1989 (Ar. 5.461), 18 de julio de 1990 (Ar. 6.425) o el auto de 11 de marzo de 1998 (Ar. 2.561). Ha de tenerse en cuenta el carácter constitutivo que la sentencia tiene en estos supuestos en los que, de prosperar la acción, se declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta. Y este principio no se ve alterado por el hecho de que el trabajador haya sido despedido, después de presentada la papeleta de conciliación y antes de celebrarse el juicio, como ha ocurrido en el presente supuesto. Durante el período que media entre la presentación de la demanda de extinción y la fecha del juicio el trabajador puede ser despedido si ha realizado actos que merezcan tan grave sanción. De otro modo el trabajador quedaría facultado para cualquier tipo de infracción sin que el empresario tuviera la paralela posibilidad de sancionarlo por ello». Doctrina jurisprudencial que también reitera el ATS 24.05.00 Ar. 4.629, que insiste en el carácter constitutivo de la sentencia que acuerda la extinción del contrato.

TERCERO.- 1.- Lo anteriormente indicado no significa, sin embargo, en que la acción ejercitada en autos haya de fracasar porque el contrato se hubiese extinguido «antes de la sentencia de instancia e incluso con precedencia al ejercicio de la acción» por abandono del trabajador.

2.- Tenemos recordado en ocasiones precedentes –así, SSTSJ Galicia 13.06.02 R. 2.658/02, 11.06.99 R. 2.133/99 y 10.02.98 R. 5.361/97– que es inconcuso criterio jurisprudencial que para entender extinguido el contrato de trabajo por dimisión o abandono del trabajador es preciso que conste su voluntad explícita e inequívoca de dar por finalizada su relación de trabajo, sin que reste asomo de duda sobre el propósito de los actos y sin que pueda ser sostenida aquella voluntad en base a indicios o censurables presunciones, siquiera puede manifestarse de manera expresa o ser deducida de hechos o actos

que la demuestren. Tal como indican las SSTS 15.11.02 Ar. 2.003/507, 27.06.01 Ar. 6.840 y 21.11.00 Ar. 2001/1.427, «la dimisión exige como necesaria una voluntad del trabajador «clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito; puede ser expresa o tácita; pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes, es decir, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance» (STS 10 diciembre 1990 Ar. 9.762)»; lo que alguna otra resolución del Alto Tribunal –STS 29.03.01 Ar. 3.410– califica de «voluntad incontestable».

3.- Y en el supuesto objeto de debate no es mantenible la existencia de esa indudable voluntad de abandono, puesto que la ausencia al trabajo tenía la excepcional justificación de que el obrero entendía –razonablemente– comprometida su integridad psico-física si volvía a su puesto de trabajo, tomándose unos días para averiguar la salida legal que podía tener tan desagradable situación y decidiendo –finalmente– optar por la extinción indemnizada de su contrato, en causa a incumplimiento empresarial. En momento alguno consta voluntad –no viciada– de abandono, por lo que el primer motivo de la censura normativa ha de decaer.

CUARTO.- 1.- La misma suerte desestimatoria corresponde a la segunda de las infracciones denunciadas, que obviamente se hace con carácter subsidiario, y por la que se alega que la relación laboral ya se hallaba extinguida por despido a la fecha en que se accionó por el trabajador, demandando la extinción de su contrato.

2.- Tal como tenemos recordado en precedentes ocasiones –SSTSJ Galicia 02.05.03 R. 1.158/03, 31.03.01 Ar. 457, 15.05.99 R. 1.773/99, 30.10.97 R. 3.878/97, 08.10.91 R. 3.529/91, 29.08.91 R. 3.518/91 ...–, la figura del despido se caracteriza legal y doctrinalmente por la voluntad del patrono de concluir el vínculo laboral, definiéndosela como «extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario» o como «acto unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo».

Con ello no hacemos sino seguir el significado –material– que defiende la doctrina unificada (así, entre muchas otras, SSTS 24.05.95 Ar. 4.001; 29.11.93 Ar. 9.091 y 27.07.93 5.992), al decir que «la expresión des-

pido no debe entenderse en principio constreñida al de origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun fundado en causa ajena al incumplimiento contractual de éste»; y que igualmente mantenía la doctrina del extinguido Tribunal Central de Trabajo, cuando afirmaba que «el despido existe desde que se manifiesta la voluntad unilateral del empresario de tener por extinguido el contrato» (así, SSTCT 20.06.84 Ar. 5.495 y 01.02.84 Ar. 830).

2.- Si conforme a lo dicho se trata –pues– de un concepto que se caracteriza no sólo por la presencia de la citada voluntad empresarial extintiva, sino por su inmediata consecuencia de impedir la prestación de servicios, en el caso de autos no puede sostenerse la existencia de despido, siendo así que la carta que la Empresa dirige al actor en 05.10 se limita a anunciar que entenderá la falta de noticias y/o justificación de las ausencias como un abandono voluntario; pero lo cierto es que no llega a comunicar en momento alguno que efectivamente tiene por extinguida la relación laboral y que procede a darle de baja en la Seguridad Social.

Y aunque consideramos que el trabajador hubiese sido más prudente accionando por despido ante la ambigua comunicación, de todas formas entendemos que las consecuencias derivables de esa ambigüedad han de valorarse en el marco en que se producen los hechos –actuación violenta de los socios, llamadas posteriores al trabajador pidiendo perdón por lo acaecido ...–, y que en tales circunstancias toda duda razonable en cuanto a la interpretación de las conductas no puede favorecer a la parte que desencadena el proceso incumpliendo elementales obligaciones del contrato.

En consecuencia y no discutiéndose la concurrencia –por demás evidente– de causa «para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato»,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por «H.G.G., S.L.», confirmamos la sentencia que con fecha 28.01.03 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cinco de los de Vigo, a instancia de don J.G.B., y por la que se acogió la demanda formulada.

3635 Recurso núm. 1.788/03

S.S. DESPEDIMENTO PROCEDENTE POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, Ó TERSE ACREDITADO A REALIZACIÓN POR PARTE DA DESPEDIDA DE ACTIVIDADES INCOMPATIBLES COA SITUACIÓN DE BAIXA POR INCAPACIDADE TEMPORAL EN QUE SE ATOPABA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a treinta e uno de abril de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.788/03, interpuesto por “E.C.I., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña C.A.A. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado “E.C.I., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 811/02 sentencia con fecha 24 de diciembre de 2002, por el Juzgado de referencia que estimó la demanda, en su pretensión subsidiaria.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- La actora prestó servicios laborales para la Empresa demandada desde el 29 de noviembre de 1976, con la categoría profesional de Profesional de 1ª y salario anual de 21.674,83 euros con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras.- 2.- A medio de carta de fecha 23 de septiembre de 2002 fue despedida alegando Tengo la obligación de comunicarle que ésta empresa ha tomado la decisión de sancionarle por *FALTA MUY GRAVE en razón a los siguientes hechos: Desde el pasado día 24 de abril y hasta el 19 de septiembre del presente año, ha estado en situación de Incapacidad, padeciendo, -según sus propias manifestaciones-, un dolor intenso en brazo derecho y en espalda, que le impide rea-*

lizar cualquier tipo de trabajo e incluso dormir, requiriendo reposo y tratamiento con antiinflamatorios.- Hemos podido comprobar, que el día 28 de agosto de 2002 sobre las 10,55 horas de la mañana, fecha en que estaba de baja, ha estado realizando trabajos agrícolas, que suponen un esfuerzo físico notable, en la propiedad que Ud. Tiene en la localidad de ... (Lugo). Así, se ha observado, como se desplazaba a pie y con una boz en la mano a una finca distante un kilómetro y medio de su casa, y una vez en ella, agacharse y levantarse reiteradamente para cortar maíz, agrupando en una esquina de la finca lo cortado, sin que al realizar dichas flexiones se le notase molestia o dolor.- También, el miércoles 4 de septiembre de 2002, se puede apreciar sobre las 10,25 horas, que realiza labores propias de una explotación agropecuaria tales como: transportar en una carretilla hierba para las vacas y esparcirla con un rastrillo, llevar un cubo a la parte trasera de su casa, o limpiar una cuadra.- De todo ello queda manifiesto un incumplimiento grave y consciente de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, que, si bien queda en suspenso durante la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad, ello no implica la desaparición de la exigencia de buena fe y diligencia, que en este caso ha de manifestarse mediante el estricto seguimiento de los tratamiento indicados para su curación y en la transmisión correcta y sincera de los síntomas que detecta al facultativo, sin incurrir en ningún caso en actuaciones contrarias a lo prescrito y demostrativas de una clara discrepancia entre lo indicado a los profesionales médicos y la situación real de la personal.- Estas conductas se encuentran tipificadas como FALTAS MUY GRAVES en el artículo 52 apartado 3 y 13 respectivamente, del vigente Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (simulación de enfermedad o accidente y trasgresión de la buena fe contractual).- 3.- La actora causó baja en fecha 24 de abril de 2002 por prolapso hemorroidal habiendo ingresado ese día en urgencias en el C.H. Juan Canalejo de A Coruña cuyo parte de asistencia obra en autos y se da aquí por reproducido. En fecha 28 de mayo de 2002 acude al especialista por dolor anal solicitándose colonoscopia para el 31.10.02 que no se puede realizar siendo citada de nuevo para el 10.12.02.- 4.- Existen partes de confirmación de baja de fechas 28.04.02, 05.05.02, 12.05.02, 19.05.02, 26.05.02, 02.06.02, 09.06.02, 16.06.02, 23.06.02, 30.06.02, 07.07.02, 14.07.02, 21.07.02, 28.07.02, 04.08.02, 11.08.02, 18.08.02, 25.08.02, 01.09.02, 08.09.02, 15.09.02 y alta de

19.09.02 en donde consta el mismo diagnóstico de prolapso hemorroidal. En el parte de 7 de julio de 2002 aparece junto a dicho diagnóstico el de lumbalgia. En el siguiente parte de 14.07.02 aparece el diagnóstico el de lumbalgia. En el siguiente parte de 14.07.02 aparece el diagnóstico de Lumboartrosis y vuelve aparecer el diagnóstico de lumbalgia en el parte de confirmación de 8 de septiembre de 2002 así como en el parte de alta. La actora estuvo de baja en las fechas y por las causas que constan en Informe emitido por su médico de cabecera obrante en autos.- 5.- En fecha 2 de septiembre de 2002 la actora fue a entregar parte de baja de fecha 01.09.02 a la médico de empresa Doctora Palacios quien hizo constar por escrito de fecha 02.09.02, por pedírselo el Jefe de Personal, que la actora comenta que tenía dolor intenso de brazo derecho así como en espalda que le impide dormir.- 6.- En fecha 04.07.02 se le realiza RM en la región lumbosacra con resultado de Discretos cambios degenerativos y mínima listesis en el espacio L4L5 siendo visitada ese día por el Doctor Sr. P.- 7.- El día 28 de agosto de 2002 sobre las 10,55 horas de la mañana la actora estuvo realizando trabajos agrícolas, en la propiedad de unos familiares en la localidad de ...(Lugo) desplazándose a pie y con una hoz en la mano a dicha finca distante un kilómetro y medio de su casa, y una vez en ella, estuvo una hora agachándose y levantándose para cortar maíz, agrupando en una esquina de la finca lo cortado.- También, el miércoles 4 de septiembre de 2002, sobre las 10,25 horas, que realiza labores propias de una explotación agropecuaria tales como: transportar en una carretilla hierba para las vacas y esparcirla con un rastrillo, llevar un cubo a la parte trasera de su casa, o limpiar una cuadra.- 8.- La médica de cabecera doctora C.C. prescribió antidepresivos a la actora debido a problemas laborales de la misma por cuanto la empresa quería rescindir su relación laboral. Así la empresa reconoce que en el año 2000 existió una propuesta de rescisión que la trabajadora no aceptó.- 9.- El día 23 de octubre de 2002 se celebró el acto de conciliación administrativo con resultado de SIN AVENENCIA”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, debo estimar y estimo las pretensiones subsidiarias de la demanda, y califico como improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa “E.C.I., S.A.” a que readmita inmediatamente a

doña C.A.A. en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a la extinción de la relación laboral con abono a la parte actora de una indemnización de 70.631,28 euros y cuya extinción se entenderá producida en la fecha del cese efectivo del trabajo.- Dicha opción deberá ejercitarse en el término de 5 días a partir de la notificación de esta Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado. Transcurrido dicho término sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión.- En el caso de que la elección fuera a favor de la readmisión, condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, tomándose en consideración a tal efecto el salario que se estima acreditado en Hecho Probado 1º, y teniendo en cuenta la limitación que establece el art. 57.1 del ET y que hasta la fecha ascienden a la cantidad de 5.539,32 euros”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima las pretensiones subsidiarias de la demanda y califica como improcedente el despido de la demandante, condenando a la empresa demandada, “E.C.I., S.A.” a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la patronal condenada, construyéndolo a través de un solo motivo de Suplicación, en el que, al amparo del art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, censura la resolución que combate achacándole aplicación incorrecta del art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y de las normas de la jurisprudencia mencionadas en los fundamentos de derecho de la resolución impugnada, al realizar una aplicación errónea del momento en que se tiene acreditado cuando estaba la actora bajo prescripción médica de lumbalgia; argumentando, esencialmente, después de transcribir, fragmentariamente, situaciones fácticas recogidas en la sentencia recurrida y razonamientos del juzgador, con especial referencia a los diagnósticos médicos de la baja de la demandante, que ha quedado debidamente

acreditada la existencia de una clara trasgresión de la buena fe contractual, de conformidad con lo señalado en el precepto que invoca como infringido; estimando que la conducta de la actora debe tipificarse en el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, porque la realización de trabajo por parte de aquélla durante la situación de incapacidad temporal representa un quebranto del deber de buena fe contractual, que impone la obligación de no entorpecer la curación y mucho más la de no simular la enfermedad.

SEGUNDO.- La situación de hecho sometida a debate y ahora en trance decisorio, extraída del inmodificado, por incombato, relato histórico de la sentencia recurrida, consiste en: A) La demandante prestó servicios para la empresa demandada, desde el 29 de noviembre de 1976, con la categoría de Profesional de 1ª y salario anual de 21.674,83 euros, incluida parte proporcional de pagas extras. B) Fue despedida, a medio de carta de fecha de fecha 23 de septiembre de 2002, con el siguiente contenido: Tengo la obligación de comunicarle que ésta empresa ha tomado la decisión de sancionarle por *FALTA MUY GRAVE en razón a los siguientes hechos: Desde el pasado día 24 de abril y hasta el 19 de septiembre del presente año, ha estado en situación de Incapacidad, padeciendo, -según sus propias manifestaciones-, un dolor intenso en brazo derecho y en espalda, que le impide realizar cualquier tipo de trabajo e incluso dormir, requiriendo reposo y tratamiento con antiinflamatorios.- Hemos podido comprobar, que el día 28 de agosto de 2002 sobre las 10,55 horas de la mañana, fecha en que estaba de baja, ha estado realizando trabajos agrícolas, que suponen un esfuerzo físico notable, en la propiedad que Ud. Tiene en la localidad de ... (Lugo). Así, se ha observado, como se desplazaba a pie y con una hoz en la mano a una finca distante un kilómetro y medio de su casa, y una vez en ella, agacharse y levantarse reiteradamente para cortar maíz, agrupando en una esquina de la finca lo cortado, sin que al realizar dichas flexiones se le notase molestia o dolor.- También, el miércoles 4 de septiembre de 2002, se puede apreciar sobre las 10,25 horas, que realiza labores propias de una explotación agropecuaria tales como: transportar en una carretilla hierba para las vacas y esparcirla con un rastrillo, llevar un cubo a la parte trasera de su casa, o limpiar una cuadra.- De todo ello queda manifiesto un incumplimiento grave y consciente de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo,*

que, si bien queda en suspenso durante la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad, ello no implica la desaparición de la exigencia de buena fe y diligencia, que en este caso ha de manifestarse mediante el estricto seguimiento de los tratamientos indicados para su curación y en la transmisión correcta y sincera de los síntomas que detecta al facultativo, sin incurrir en ningún caso en actuaciones contrarias a lo prescrito y demostrativas de una clara discrepancia entre lo indicado a los profesionales médicos y la situación real de la personal.- Estas conductas se encuentran tipificadas como FALTAS MUY GRAVES en el artículo 52 apartado 3 y 13 respectivamente, del vigente Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (simulación de enfermedad o accidente y trasgresión de la buena fe contractual). C) La actora causó baja en fecha 24 de abril de 2002 por prolapso hemorroidal habiendo ingresado ese día en urgencias en el C.H. Juan Canalejo de A Coruña cuyo parte de asistencia obra en autos y se da aquí por reproducido. En fecha 28 de mayo de 2002 acude al especialista por dolor anal solicitándose colonoscopia para el 31.10.02 que no se puede realizar siendo citada de nuevo para el 10.12.02. D) Existen partes de confirmación de baja de fechas 28.04.02, 05.05.02, 12.05.02, 19.05.02, 26.05.02, 02.06.02, 09.06.02, 16.06.02, 23.06.02, 30.06.02, 07.07.02, 14.07.02, 21.07.02, 28.07.02, 04.08.02, 11.08.02, 18.08.02, 25.08.02, 01.09.02, 08.09.02, 15.09.02 y alta de 19.09.02 en donde consta el mismo diagnóstico de prolapso hemorroidal. En el parte de 7 de julio de 2002 aparece junto a dicho diagnóstico el de lumbalgia. En el siguiente parte de 14.07.02 aparece el diagnóstico el de lumbalgia. En el siguiente parte de 14.07.02 aparece el diagnóstico de Lumboartrosis y vuelve aparecer el diagnóstico de lumbalgia en el parte de confirmación de 8 de septiembre de 2002 así como en el parte de alta. La actora estuvo de baja en las fechas y por las causas que constan en Informe emitido por su médico de cabecera obrante en autos.

E) En fecha 2 de septiembre de 2002 la actora fue a entregar parte de baja de fecha 01.09.02 a la médico de empresa doctora P. quien hizo constar por escrito de fecha 02.09.02, por pedírsele el Jefe de Personal, que la actora comenta que tenía dolor intenso de brazo derecho así como en espalda que le impide dormir. F) En fecha 04.07.02 se le realiza RM en la región lumbosacra con resultado de Discretos cambios degenerativos y mínima listesis en el espacio L4L5 siendo visitada ese

día por el doctor Sr. P. G) El día 28 de agosto de 2002 sobre las 10,55 horas de la mañana la actora estuvo realizando trabajos agrícolas, en la propiedad de unos familiares en la localidad de ... (Lugo) desplazándose a pie y con una hoz en la mano a dicha finca distante un kilómetro y medio de su casa, y una vez en ella, estuvo una hora agachándose y levantándose para cortar maíz, agrupando en una esquina de la finca lo cortado.- También, el miércoles 4 de septiembre de 2002, sobre las 10,25 horas, que realiza labores propias de una explotación agropecuaria tales como: transportar en una carretilla hierba para las vacas y esparcirla con un rastrillo, llevar un cubo a la parte trasera de su casa, o limpiar una cuadra. H) La médico de cabecera doctora C.C. prescribió antidepressivos a la actora debido a problemas laborales de la misma por cuanto la empresa quería rescindir su relación laboral. Así la empresa reconoce que en el año 2000 existió una propuesta de rescisión que la trabajadora no aceptó.

Fijada, del modo que queda indicado, la situación litigiosa, procede ahora analizar y decidir acerca de si la misma debe ser productora del efecto jurídico proclamado en la sentencia recurrida, cual es el de improcedencia del despido de la trabajadora demandante; o si, por el contrario, el calificativo que debe asignarse al despido en el proceso cuestionado habrá de ser el de procedente, como pretende la parte demandada-recurrente.

Por reiterada, constante y uniforme doctrina jurisprudencial se ha venido proclamando, en interpretación de la trasgresión de la buena fe contractual a que se refiere el art. 54. 2. d), del Estatuto de los Trabajadores, que quien durante la baja por enfermedad trabaja por cuenta propia o ajena transgrede la buena fe contractual, incurriendo en causa de despido -sirvan como muestra de esta doctrina la recogida, entre otras muchas, en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1985, 21 de marzo de 1989 y 18 de diciembre de 1990-; regla ésta que solo en caso de especiales circunstancias que hacen desaparecer la gravedad o culpabilidad de la conducta del trabajador puede dejar de regir -sentencia de 29 de enero de 1986-, y que trabajar estando en situación de baja por enfermedad entraña, en principio, una conducta que además de ser constitutiva de fraude a la Seguridad Social, representa una dolosa y grave trasgresión de la buena fe contractual, que justifica el despido; siendo indiferente que la actividad esté o

no remunerada, que sea por cuenta propia o ajena, así como su mayor o menor intensidad o frecuencia, ya que con ello se incumple un deber básico respecto de la empresa y se produce un lucro en perjuicio de fondos públicos -sentencias de 22 de diciembre de 1986 y 25 de julio de 1990-.

La aplicación al supuesto que ahora se resuelve de la doctrina jurisprudencial que queda indicada, necesariamente habrá de conducir a estimar que la decisión extintiva de la relación jurídico-laboral adoptada por la empresa demandada-recurrente encuentra la adecuada subsunción normativa dentro del ya citado art. 54, nº 2, letra d), del Estatuto de los Trabajadores, puesto que la demandante, ahora recurrida, encontrándose en situación de incapacidad temporal -que inició el día 24 de abril de 2002 por prolapso hemorroidal-, como se relata en el hecho probado número tres de la sentencia recurrida, y, como se recoge en el hecho probado número cuatro, en la parte de confirmación de fecha 7 de julio de 2002 aparece el diagnóstico de lumbartrosis y vuelve aparecer el diagnóstico de lumbalgia en la parte de confirmación de 8 de septiembre de 200, así como en el de alta, llevó a cabo los trabajos a que se remite el apartado G) del párrafo que precede -que transcribe literalmente el contenido del hecho probado número 7 de la sentencia recurrida-, resulta evidente que la realización de dichos trabajos, en días en que se encontraba en situación de incapacidad temporal, no solo por prolapso hemorroidal, sino también por lumbalgia, en modo alguno pueden estimarse como aconsejables para las dolencias que la trabajadora padecía, sino más bien deben conceptuarse como perjudiciales, singularmente respecto a la dolencia lumbar.

Por todo lo expuesto, en opinión coincidente, además, con los criterios mantenidos por esta Sala, entre otras, en sentencias de 27 de julio de 1993 -recurso núm. 3.166/93- y 17 de marzo de 2000 -recurso núm. 581/2000-, procede conceptuar la conducta de la actora-recurrida como constitutiva de trasgresión de la buena fe contractual, grave y culpable, en aplicación de lo preceptuado en el art. 54.1 y 2 d) del Estatuto de los Trabajadores, declarando la procedencia del despido litigioso, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1, párrafo segundo, de la Ley Adjetiva Laboral, con las consecuencias previstas en los arts. 55.7 del citado Estatuto y 109 de la mencionada Ley

Procesal. Procediendo, por ello, 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, desestimatorio de la pretensión decidida en la demanda, con los efectos jurídico-procesales previstos en el art. 201.1 de la repetida Ley Rituraria.- En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de "E.C.I., S.A." contra la sentencia que, con fecha veinticuatro de diciembre de dos mil dos, ha sido dictada por el Juzgado de lo Social número uno de A Coruña, en proceso promovido por doña C.A.A., frente al recurrente, con revocación de la misma y desestimando la demanda rectora del debate, debemos declarar y declaramos procedente el despido cuestionado y extinguido el contrato que vinculaba a la actora con la empresa demandada, sin derecho, por parte de aquélla, a indemnización ni salarios de tramitación; y en consecuencia, absolvemos a la empleadora interpelada de cuanto se postula en el escrito inicial de la controversia.

3636 Recurso nº 9.598/1998

S.CA. TRABALLADORES PERCEPTORES DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO CONTRATADOS SEN COMUNICAR ANTES A ALTA Á SEGURIDADE SOCIAL. SANCIÓN POR NON SER CONFORME A DEREITO DAR DE ALTA O MESMO DÍA EN QUE SE INICIAN AS RELACIÓNS LABORAIS E DESPOIS DO COMEZO DA ACTIVIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Carlos Fernández López

A Coruña, a dos 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 9.598/98, pende de

resolución ante esta Sala, interpuesto por don M.R.F., como administrador de la entidad "R.R., L.", domiciliado en ... (Pontevedra), representado por la procuradora doña Mª.M.U.G.C. y dirigido por la letrada B.F.F., contra resolución de 21.09.98 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra sobre acta de infracción número 1.658/97. Expediente 5.633/98. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es SEIS MIL DIEZ EUROS (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 mayo de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna en este recurso la resolución de 21.09.98 de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales por la que se desestimó el recurso ordinario formulado por la entidad mercantil "R.R., SL" contra una resolución anterior de la autoridad periférica de Pontevedra en Vigo, a través de la cual se le impuso a aquélla una sanción consistente en una multa pecuniaria de 1.000.002 pesetas (6.010,13 euros) por la comisión de una infracción muy grave por haber dado ocupación a dos trabajadores perceptores de prestaciones de desempleo sin comunicar antes el alta en la Seguridad Social; la resolución de primer grado dio como probados los

hechos consignados en el acta levantada por dos controladores laborales que, según lo comprobado en la visita girada a media mañana del día 10.09.97 a la obra que ejecutaba esa empresa, en la posterior comparecencia de un representante en las oficinas administrativas y en la documentación aportada al expediente, llegó a la conclusión de que aquella tenía a su servicio en la fecha de la visita a dos trabajadores que venían percibiendo las prestaciones por desempleo sin haberlos dado de alta previamente, ya que ésta se produjo al final de la mañana del mismo día de la visita.

En el escrito de demanda se pretende la declaración de nulidad de la resolución impugnada y de la sancionadora de que trae causa, lo que se apoya en la desafortunada redacción del precepto aplicado, que tiene por finalidad evitar el disfrute fraudulento de las prestaciones de desempleo, que no se compatibilizaron pues fueron dados de alta los dos trabajadores el mismo día en que iniciaron las obras de albañilería para cuya urgente conclusión fueron contratados.

A esa pretensión se opone la Abogacía del Estado, que sostiene que la conducta infractora imputada se ha cometido y, por ello, debe ser sancionada.

SEGUNDO.- 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 qué 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 el artículo 32.3.1 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real decreto 84/1986, de 26 de enero, donde se dispone la obligación del empresario de comunicar el alta de sus trabajadores, en modelo oficial, “con carácter previo al comienzo de la prestación”, a lo que se

añade que “en los casos excepcionales en que no hubiere podido preverse con antelación dicha iniciación, si el día o días anteriores a la misma fueren inhábiles o si la prestación de servicios se iniciare en horas asimismo inhábiles, deberán remitirse, con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, por telegrama, fax o por cualquier otro medio electrónico, informático o telemático, los documentos para el alta inicial o sucesiva debidamente cumplimentados o, si ello no fuere posible por no disponer de los modelos reglamentarios, se remitirán, asimismo, con carácter previo y por dicho medio o cualquier otro procedimiento electrónico, informático o telemático, los datos que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, todo ello con la advertencia de que, en caso de incumplimiento, se practicará el alta de oficio y se exigirán las responsabilidades al empresario infractor.

Censura la demanda en apoyo de su pretensión que el precepto aplicado es desafortunado porque contiene dos tipos diferentes y que su finalidad es evitar el disfrute fraudulento de las prestaciones de desempleo, situación que no se ha producido. Pues bien, es verdad que los trabajadores de la empresa demandante no llegaron a compatibilizar el trabajo con las prestaciones por desempleo y puede ser cierto que la finalidad del artículo 29.3.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, sea evitar la situación fraudulenta arriba descrita, pero ni ese precepto resulta desafortunado por el hecho de tipificar simultáneamente dos contravenciones ni, en consecuencia, esta circunstancia puede servir para anular la resolución sancionadora; en efecto, aquél precepto tipifica como infracciones muy graves de los empresarios en materia de prestaciones de desempleo tanto “la connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones de desempleo”, como “dar ocupación a trabajadores titulares de las prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social”, que son dos conductas diferentes aunque se contemplen en un mismo precepto y el que aquí se ha aplicado es el segundo comportamiento.

Pero ese tipo de infracción debe ser correctamente interpretado y no lo es la conclusión a que llega la demanda, ya que no puede sostenerse que se actuó conforme a derecho cuando se dio de alta a los dos trabajadores el mismo día en que iniciaron sus prestaciones laborales, ya que el alta tiene que ser previa y no posterior, como ya se ha indicado; es cierto

que se pueden presentar las circunstancias excepcionales a que se ha hecho mención, pero ello no evita que el alta se deba practicar con antelación al inicio del trabajo, lo que no significa que sea el día anterior, ya que puede serlo el mismo día pero antes del comienzo de la actividad, circunstancia que, además, debería acreditarse por los medios excepcionales ya descritos, que no han sido los utilizados por la empresa, que ha empleado el modelo de alta habitual y normalizado presentado en la Administración número 36 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra en Vigo unas horas después de haberse girado la visita de inspección, tal y como afirma, con valor probatorio, el acta; por lo demás, no sólo no aporta la empresa prueba alguna de las circunstancias excepcionales por las que se produjo el alta del trabajador el mismo día en que comenzó a trabajar –siquiera un rato antes–, sino que tampoco resulta creíble que ese incumplimiento se hubiera producido por razones de urgencia en acabar la obra para la que se disponía de licencia desde siete meses antes, pues en el acta se indica que junto con los trabajadores desempleados que afirmaron comenzar a trabajar precisamente el día de la visita sólo había ocupado un aprendiz, circunstancia no negada de adverso, con lo que resulta ya probada la comisión de la infracción contemplada en el artículo del artículo 29.3.2 de la LISOS y de ello se concluye que deba desestimarse el recurso y confirmarse la adecuación a derecho del acto recurrido.

TERCERO.- 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 representación de don M.R.F., como administrador de la entidad “R.R., S.L.”, contra resolución de 21.09.98 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de Pontevedra sobre acta de infracción número 1658/97, dictada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, y, en consecuencia confirmamos la resolución sancionadora por ser adecuada a derecho; no se hace imposición de costas.

3637 Recurso núm. 1.598/03

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL INEXISTENTE. CAMBIO DE TRANSPORTE DE EMPRESA POR SERVICIOS PÚBLICOS. EXTINCIÓN DE CONDICIÓN MÁIS BENEFICIOSA POR APLICACIÓN DO PRINCIPIO REBUS SIC STANTIBUS.

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

A Coruña, a seis de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.598/03 interpuesto por “L.R., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dous de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 217/2002 se presentó demanda por LA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) y COMISIONES OBRERAS (CC.OO.) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandada “L.R., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de enero de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- En fecha 15 de marzo pasado, se presentó en este Juzgado demanda de Conflicto Colectivo, interpuesta por la Central sindical “Confederación Intersindical Galega”, contra la Empresa “L.R., S.A.”, a fin de que ésta se avenga a reconocer el derecho del personal afectado a seguir beneficiándose del servicio de transporte colectivo en autobús dispuesto por la demandada desde la ciudad de Ourense al centro de trabajo sito en el Polígono Industrial de ..., en las mismas condiciones en que se venía haciendo, y, en caso de no avenencia, se condene a la empresa a instaurar y mantener dicho servicio declarando la medida efectuada por la empresa, en Febrero pasado, de suprimir tal derecho, nula o en su

caso injustificada. 2.- El presente Conflicto Colectivo afecta al personal de la empresa demandada "L.R., S.A." que habiendo prestado servicios para la misma con anterioridad al 31.12.86, fue trasladado del centro de trabajo sito en la C/ ... de esta ciudad a las instalaciones del Polígono de ... (Ourense). 3.- Dicho personal, como consecuencia del traslado del centro de trabajo indicado, vino disfrutando un derecho regulado en el art. 26 del convenio colectivo de "L.R., S.A." que establece literalmente: "la empresa correrá con el transporte del personal al centro de trabajo, que tendrá carácter colectivo, desde Ourense hasta las instalaciones del Polígono de San Criprian das Viñas...". 4.- La empresa demandada asumió en 1986, como consecuencia del traslado del centro de trabajo desde Ourense a las instalaciones del Polígono de ..., el compromiso de proporcionar, a los trabajadores afectados, un medio de transporte colectivo, que en la práctica, desde entonces, se vino haciendo mediante un autobús dispuesto por la empresa, que recogía al personal en la ciudad, y lo llevaba a las instalaciones de la empresa, dejándolos a las puertas de la misma. Dicho autobús dispuesto por la empresa seguía el siguiente itinerario C/Juan XXIII, alameda, Jardín de Posio y empresa; y viceversa; siendo el mismo itinerario para todos los turnos de trabajo. 5.- En fecha 4 de febrero pasado, la empresa demandada, entregó al personal afectado un escrito del siguiente tenor literal: "Con motivo del cambio de funcionamiento en el servicio de transporte de personal, con derecho al mismo, le comunico que desde el próximo día 7 de febrero el servicio se prestará mediante medios propios de la empresa y el servicio regular de pasajeros de Ourense de Transportes, indicándoles en nota adjunta horarios y paradas. En caso de tener que hacer uso del servicio de "Ourense de Transportes", puede solicitar a la empresa la cantidad que supone el uso del citado servicio mediante anticipo semanal o bien, una vez realizado el gasto, repercutirlo en la empresa. Para cualquier aclaración o información adicional puede ponerse en contacto con el Sr. N.". La nota adjunta al escrito reseñado establece distintos horarios de salida e itinerarios, nota que figura incorporada a autos, teniendo aquí su contenido por reproducido. 6.- Tras dicha comunicación, el personal de la sección de montaje e infografía y dibujo, del turno con horario de entrada a las 20 horas, así como del turno con horario de salida a la misma hora, no dispone de servicio de transporte colectivo, efectuando el desplazamiento de Ourense al

centro de trabajo y viceversa, durante los días de semana, a través del servicio de línea regular del autobús, el cual efectúa la parada a unos 100 metros de las instalaciones de entrada de la empresa; abonándoles la empresa a los trabajadores afectados, el importe del billete. En domingos y festivos se efectúa el desplazamiento de dicho personal, a través del servicio de taxi. 7.- El número concreto de trabajadores de la sección de montaje e infografía y dibujo, del turno con horario de entrada a las 20 horas y salida a la misma hora, que tras la comunicación indicada, no dispone de transporte colectivo, asciende a 9 trabajadores (7 de montaje, 2 de infografía y 1 de dibujo). 8.- El coste diario del transporte público de los trabajadores a que referencia el anterior hecho asciende a 13,50 € - 405 € mensuales. El coste anual del transporte colectivo que la codemandada tenía contratado con la empresa "A.A., S.A." en enero del 2002, asciende a 1.652 € mensuales. 9.- Figura incorporado a autos fotocopia del informe de Auditoría de la Empresa demandada correspondiente al año 2001, 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 LA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.) Y COMISIONES OBRERAS (CC.OO.) contra la empresa "L.R., S.A." sobre conflicto colectivo, debo condenar y condeno a la citada empresa a instaurar y mantener el servicio de transporte desde el centro de la ciudad de Ourense hasta el centro de trabajo sito en el Polígono Industrial de ..., en las mismas condiciones que ha venido realizando hasta el 4 de febrero pasado, declarando injustificada la decisión empresarial efectuada."

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.- 1.- Conforme al relato de instancia que en este trámite no se cuestiona, los parámetros fácticos del presente Conflicto Colectivo son los que a continuación se indican:

a.- Con motivo del traslado de su centro de trabajo desde Ourense al Polígono de ...

en 1986, la empresa demandada asumió el compromiso de proporcional un medio de transporte colectivo, lo que ha venido haciendo con un autobús dispuesto por la demandada, con un mismo itinerario para todos los turnos de trabajos (Juan XIII-Alameda-Jardín de Posio-Empresa), que concluía a la puerta del centro de trabajo.

b.- En el vigente Convenio Colectivo, el art. 26 dispone que «la empresa correrá con el transporte del personal al centro de trabajo, que tendrá carácter colectivo, desde Ourense hasta las instalaciones».

c.- A partir del 07.02.02, los 10 trabajadores de la sección de Montaje e Infografía y Dibujo, con turnos de entrada y salida a las 20 horas, no disponen del autobús de la empresa y deben realizar el desplazamiento (1º) durante los días laborables en línea regular de autobús, que los deja a 100 metros del centro de trabajo, y (2º) en domingos y festivos en taxi. En uno y otro caso los gastos son atendidos por la Empresa, alcanzando con el nuevo sistema la suma de 405 euros mensuales, en tanto que con autobús de la Empresa el coste mensual ascendía a 1.652,78 euros/mes.

d.- La situación económica de la Empresa es deficitaria, hasta el punto de que en Informe de Auditoría correspondiente al año 2001 expone que «con independencia de que esté abierta inspección fiscal referida a los cuatro ejercicios procedentes, con «contingencias fiscales y legales que no es posible cuantificar objetivamente» el patrimonio social se encuentra reducido «a una cantidad inferior a la mitad de su capital» y que la supervivencia de la empresa «depende fundamentalmente, de que se mantengan los resultados de explotación positivos obtenidos en los últimos ejercicios y de que disponga de los recursos financieros suficientes para financiar sus actividades futuras y liquidar sus pasivos».

2.- Planteado Conflicto Colectivo por la CIG y CCOO, la sentencia de instancia fue estimatoria y condenó a la empresa a mantener el servicio de transporte en los términos precedentes al 07.02.02. Y tal pronunciamiento se recurre, con denuncia de interpretación errónea del art. 26 del Convenio de Empresa, en relación con el art. 41 ET y con el principio de intangibilidad de las condiciones más beneficiosas.

SEGUNDO.- 1.- Siquiera por pura claridad expositiva ha de recordarse –con la STSJ Galicia 21.06.02 R. 2.821/02– que la modifica-

ción sustancial de las condiciones de trabajo que refiere el art. 41 ET simplemente «es ejemplificativa y no exhaustiva» (así, STS 03.04.95 Ar. 2.905), de manera que no toda variación de las materias enumeradas en el precepto ha de ajustarse necesariamente a sus prevenciones –por no ser sustancial– y muy contrariamente han de hacerlo otras decisiones empresariales –sustanciales– relativas a materias no referidas por la norma. Con ello viene a reconocerse que la cuestión nodular –a efectos de aplicar o no el art. 41 ET– es que la modificación revista cualidad de «sustancial», concepto –éste– jurídico indeterminado que ha de precisarse a la vista de las circunstancias concretas, a falta de regla legal alguna al respecto (STS 21.03.89 Ar. 2.111), y aunque se haya sostenido que la sustancialidad es predicable más de la modificación operada que de la condición de trabajo afectada (STS 09.04.01 Ar. 5.112), la jurisprudencia ha proclamado que aquella calificación –sustancialidad de la modificación– se reserva a las que sean de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral en términos tales que pasen a ser otros de modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del «ius variandi» empresarial (STS 22.06.98 Ar. 5.703 y 11.12.97 Ar. 9.163, que recogen citas de las SS 03.12.87 Ar. 8.822 y 17.07.86 Ar. 4.181).

Pues bien –seguíamos diciendo en la STSJ Galicia 21.06.02 R. 2.821/02, anulatoria de la primera que en instancia fue dictada en el presente Conflicto Colectivo–, el hecho de que la empresa hubiese decidido que el transporte colectivo del personal de determinada sección y turno haya de realizarse en servicio regulares de autobuses o taxi, con abono –incluso anticipado– por parte de la patronal, es decisión ciertamente cuestionable pero no integra modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de manera que –en forma diversa a como entendió la sentencia de instancia– era innecesario haberla tomado por los cauces y tras las negociaciones previstos en el art. 41 ET, por tratarse de alteración «no significativa» desde la perspectiva del art. 41 ET. Y ello aún a pesar de que la STS 16.04.99 Ar. 4.429 hubiese calificado de sustancial la supresión del servicio de autocar, porque en el presente supuesto no se suprime el transporte a cargo de la Empresa, sino que únicamente se varía el medio a utilizar.

TERCERO.- Se trata ahora, pues, de dilucidar si la medida empresarial es razonable o si con ella se desconoce el principio de intangibilidad de la condición más beneficiosa disfrutadas (en adelante CMB), tal como argumenta la decisión recurrida. En otras palabras, si la decisión objeto de litigio tiene cabida en el ejercicio regular del llamado poder dirección y del «ius variandi»; siquiera ello determine que con carácter previo haya de calificarse jurídicamente el beneficio contemplado en el art. 26 del Convenio Colectivo y que esta operación presuponga delimitar el concepto y caracteres de la CMB.

CUARTO.- 1.- En anteriores hemos señalado –por ejemplo, en SSTSJ Galicia 26.06.99 R. 2.500/99 y 26.12.02 R. 4.593/99– que para sostener la existencia de una CMB, que no es identificable con el simple beneficio, es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de manera que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual «en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho» y se pruebe, en definitiva, «la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo»; y que es precisamente la incorporación al nexo contractual de ese beneficio la que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, por lo que se mantiene el principio de intangibilidad unilateral de las CMB adquiridas y disfrutadas, que se traduce en que la CMB tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior –legal o pactada colectivamente– más favorable que modifique el «status» anterior en materia homogénea (SSTS 16.09.92 Ar. 6.789, 20.12.93 Ar. 9.974, 21.02.94 Ar. 1.216, 25.01.95 Ar. 410, 31.05.95 Ar. 4.012, 18.01.96 Ar. 3.249, 08.07.96 Ar. 5.758, 28.04.97 Ar. 3.551, 08.07.97 Ar. 6.253, 11.03.98 Ar. 2.562 y 09.04.02 Ar. 6.154), porque en nuestro ordenamiento jurídico rige –desde el Ordenamiento de Alcalá– el principio espiritualista en la perfección de los contratos, lo que quiere decir que de cualquier forma que el hombre quiera obligarse, queda obligado, y como los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, desde entonces obligan –art. 1.258 CC– no sólo al cumpli-

miento de lo pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (STS 27.05.98 Ar. 4.933).

2.- De otra parte también se ha de señalar (SSTSJ Galicia 25.09.96 R. 4.153/96, 02.06.98 R. 1.857/98 y 26.06.99 R. 2.500/99) que también es pacífico criterio de los Tribunales –fuera de alguna resolución excepcional, como la STS de 17.05.80– que la figura aludida de condición más beneficiosa tiene naturaleza personal y su disfrute es individual, debiendo tener siempre un origen contractual, rechazándose que pueda traer causa en una norma estatal o convencional (Convenio Colectivo), pues en puridad no puede hablarse de derechos adquiridos a partir de una norma y frente a otra que la deroga, de manera que cuando una norma deroga a otra se suprimen todas las condiciones de trabajo que hubieran traído causa en la primera y que hasta entonces se hubieran disfrutado, habida cuenta de la naturaleza normativa que al Convenio le atribuye el art. 37.1 de la propia CE («La ley garantizará [...] la fuerza vinculante de los convenios») y de que el posible respeto de las mejoras contenidas en el Convenio bloquearía de hecho toda la política de regulación de condiciones de trabajo y complicaría extraordinariamente la planificación de las Empresas, creando dos tipos de trabajadores (los regidos por las mejores anteriores condiciones de trabajo y los que se disciplinan por las inferiores posteriores).

3.- Y conforme a las resoluciones precedentemente indicadas (SSTSJ Galicia 26.06.99 R. 2.500/99 y 26.12.02 R. 4.593/99), una vez nacida la CMB, fuera de aquellos instrumentos novatorios o extintivos que no suscitan cuestión alguna –norma, pacto colectivo o acuerdo individual– el empresario no puede suprimir, minorar o alterar la CMB si no es por el cauce del art. 41 ET (STS 19.03.01 Ar. 4104), de tratarse de una modificación sustancial, o mediante el ejercicio del poder de dirección empresarial si no ostentase aquella cualidad, siendo invocable en ambos supuestos la cláusula *rebus sic stantibus* –implícita en los contratos onerosos como excepción al principio *pacta sunt servanda*–, por virtud de la cual se admite la revisión del contenido contractual –al que no hay que olvidar se incorpora la CMB– en aquellos casos en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevisibles resulta extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto (STS 11.03.98 Ar. 2.562), pero en el

bien entendido –la doctrina jurisprudencial es coincidente en su aplicación restrictiva– de que «la supresión de la misma, por aplicación del principio antes citado [...] sólo estaría justificada, si dados los términos en que se concedió, la interpretación de la cláusula en donde se estableció, realizada a cabo de acuerdo con el artículo 1.281 del CC, dada su naturaleza contractual, en relación con las consecuencias producidas por aplicación de la reforma legal en dicha materia, lleva a la conclusión de haberse alterado los condicionamientos tenidos en cuenta por el empresario para su concesión (STS 04.07.94 Ar. 6.335).

QUINTO.- 1.- De los presupuestos de hecho que se han referido al principio de esta sentencia resulta claro que los trabajadores que venían prestando servicios para la demandada con anterioridad al 31.12.86 ingresaron en su patrimonio, como CMB, el derecho a su transporte en medio «colectivo» a cargo de la Empresa; el compromiso asumido al efecto por la empleadora aparece nitidamente destacado en el relato de los HDP y ni tan siquiera ha sido cuestionado. Como tampoco cabe duda que el art. 26 del vigente Convenio Colectivo de Empresa, no aporta nada nuevo a los beneficiarios de la citada CMB, como no sea la mera normativización del derecho, preexistente –y persistente– al propio Convenio.

2.- Con la misma claridad creemos puede afirmarse: (a) que no son identificables los términos «transporte colectivo» (objeto de la CMB) y «transporte público» (el proporcionado en la actualidad por la Empresa), pues la proximidad de ambos conceptos no llega a equipararlos, de manera que la decisión empresarial que es objeto de debate alteró –sin duda– la CMB que ostentan el grupo de trabajadores afectados; (b) que la mala situación económica en que la Empresa se encuentra a la presente fecha, hasta el punto de que la reducción del patrimonio obliga a reponer el capital social o a disolverse, hace imprevisiblemente onerosa una CMB reconocida en fechas financieramente más favorables, y el importante ahorro que para la Empresa supone el cambio del transporte colectivo al público (1.248 euros/mes y 14.973 euros/año) tiene escasa repercusión en el disfrute del beneficio por parte de los trabajadores (el servicio de taxi, de los domingos y festivos, les deja a las puertas del centro de trabajo, lo mismo que hacía el transporte colectivo; y el autobús tiene la parada a cien metros del lugar de trabajo), por lo que la decisión adoptada se nos presenta como razo-

nable medida de dirección –entre otras muchas que lógicamente habrán de adoptarse– y regular ejercicio del *ius variandi* para sanear una economía maltrecha, y que claramente se adopta ante la variación de las condiciones respecto a las fechas en que el beneficio había sido reconocido unilateralmente por el empresario (año 1986). En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por “L.R., S.A.”, revocamos la sentencia que con fecha 22.01.03 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Ourense, y desestimamos el Conflicto Colectivo formulado por la “CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.)” y de “COMISIONES OBRERAS (CC.OO)” absolviendo a la parte demandada.

3638 Recurso núm. 2.088/03

S.S. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE, Ó MEDIAR FINIQUITO NULO POR VICIO DO CONSENTAMENTO E SUCESIÓN DE EMPRESAS.

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

A Coruña, a seis de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.088/03 interpuesto por “N.A.T.C.O.N., S.L.” 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.R.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “N.A.T.C.O.N., S.L.” y “S.A.P.C.N., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 851/02 sentencia con fecha veintiséis de diciembre de dos mil dos por el

Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

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

"I.- Don M.R.P., mayor de edad, con D.N.I. nº ..., vino prestando servicios, como Oficial 2ª Prevencionista, en el centro de trabajo de la empresa H.J.B., en servicios de Prevención, Riesgos Laborales y contra Incendios, en las siguientes circunstancias. a) Desde el 13-7-99, por cuenta de "S.A.P.C.N., S.L.". b) Desde el 02.11.01 por cuenta de "N.A.T.C.O.N., S.L.". II.- "N.A.T.C.O.N., S.L.", fue constituida mediante escritura pública otorgada el día 5 de septiembre de 2001 por doña P.P., de nacionalidad Tailandesa, y don J.M.G.P. con un capital de 6.000 euros dividido en 6.000 participaciones de 10 euros cada una suscrito 4.500 por ello y 1.500 por él, siendo nombrada ella administradora, el objeto de la sociedad la formación en la prevención de riesgos laborales, el ejercicio de esa actividad y el comercio y equipamiento de material de prevención laboral y seguridad y que su domicilio quedaba fijado en ..., Vigo./ III.- Que mediante escritura pública de 5 de septiembre de 2001 la administradora otorgó amplísimos poderes a favor del otro socio, su esposo. IV.- Don J.J.R.B., que venía prestando servicios para "S.A.P.C.N., S.L.", como coordinador y conocía al Sr. G.P. por ser socios, comentó con éste la situación de "S.A.P.C.N., S.L.", y el Sr. G. le dijo que la daba trabajo él y éste contactó con don J.R.C.G., que había prestado servicios para dicha empresa del 16 de abril al 11 de mayo de 2001 y del 27 de junio al 31 de agosto, y se lo presentó al Sr. G. que la encargó a don J.R.C.G. que buscara personal, contactando éste y contratando la nueva empresa "N.A.T.C.O.N., S.L." el día 5 de octubre a don J.R. como director técnico, a don J.J. como coordinador y supervisor y a otros 4 trabajadores que hasta el 4 de octubre como don J.J. habían prestado servicios para "S.A.P.C.N., S.L.", salvo uno que lo había hecho hasta el 30 de septiembre de 2001; "N.A.T.C.O.N., S.L.", tenía a fecha 18 de enero de 2002 un total de 17 trabajadores de los que 10 fueron empleados de "S.A.P.C.N., S.L." V.- "N.A.T.C.O.N., S.L.", presta para H.J.B. un servicio igual al que hasta el 4 de octubre prestó "S.A.P.C.N., S.L.", en el mismo buque en el que lo hacía la primera y en otro más, pero con nuevo contrato suscrito entre aquéllas. VI.- H.J.B. notificó por telegrama de 04.10.01 a "S.A.P.C.N., S.L."

la rescisión de la contrata; "S.A.P.C.N., S.L." envió al actor de vacaciones regresando el 28.10.01, fecha en la que se le comunicó que si quería seguir trabajando, debía cesar voluntariamente en "S.A.P.C.N., S.L." y firmar nuevo contrato con "N.A.T.C.O.N., S.L.", lo que así hizo el actor; lo mismo se le dijo a su compañero Sr. G.F. al volver de vacaciones. VII.- "S.A.P.C.N., S.L." no tenía material propio, sino que el utilizado (extintores, vibrantes, lanzas de agua, etc.) eran de H.J.B.; cuando el 05.10.01 empezó a prestar servicios "N.A.T.C.O.N., S.L.", a medio de contrato de esa fecha, lo hizo con el mismo material de H.J.B., aún cuando actualmente han comprado algún material propio. Sin embargo, ambas empresas proporcionaban a los trabajadores buzos con su nombre, y medios de protección personal. VIII.- "S.A.P.C.N., S.L." tenía 18 trabajadores, y despidió en mayo a 10, de los que tres desistieron, integrándose luego en "N.A.T.C.O.N., S.L."; el despido de los otros siete fue declarado improcedente, optando la empresa por la readmisión, salvo en el caso del delegado de empresa y que optó por la readmisión y en trámite de ejecución solicitó la ampliación contra H.J.B. y "N.A.T.C.O.N., S.L.", que no fue estimada según Auto de 30.01.02, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. IX.- El personal de las contratas de prevención y Servicios contra incendios cuenta con un Coordinador que recibe instrucciones del personal del Servicio de Prevención de Barreras. X.- Con fecha 16.06.02 el actor sufrió accidente no laboral siendo baja médica por "esguince cervical", siguiendo tratamiento rehabilitador y siendo alta médica el 15.10.02. XI.- El 16.10.02 el actor recibió carta que decía: "Encontrándose usted en situación de I.T., por accidente NO laboral, y, por ende, suspendido sus contrato con esta empresa, ha tenido conocimiento la dirección de que en esta situación está usted trabajando en horario de noche, entre otros lugares, en el bar denominado "...", en Pontearreas. Este extremo ha sido confirmado por la empresa en distintas ocasiones y, concretamente, en los días 11, 12 y 13 de los corrientes. Estos hechos constituyen una transgresión de la buena fe contractual, por lo que la dirección de la empresa ha decidido sancionarle con el despido. Sanción de despido que se producirá con efectos del 15 de los corrientes. Además, esta conducta, ya por sí constitutiva de despido, aparece agravada por el hecho de haber sido sancionado por falta muy grave, amén de las amonestaciones. XII.- El demandante es uno de los dos socios del Bar "...",

que atende personal contratado al efecto, aunque el demandante y su socio hacen labores de Gerencia y Administración; el actor fue en la tarde-noche de los días 11 y 12 de octubre hasta el Bar, tomando una consumición y ausentándose antes de cierre. XIII.- El salario del actor era de 1.590,66.- Euros mensuales, con prorrateo de pagas extras”.

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

“FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de don M.R.P., declaro improcedente el despido de que fue objeto el 16.10.02, condenando a “N.A.T.C.O.N., S.L.”, a que en el plazo de cinco días opte entre el abono de una indemnización de SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON QUINCE CÉNTIMOS (7.754,15 €), o la readmisión de la actora a su puesto de trabajo, con abono en este último caso de los salarios dejados de percibir desde el despido a razón de 53,02 € diarios, sin perjuicio de la compensación de las prestaciones de desempleo que la actora hubiera podido percibir del Instituto Nacional de Empleo. Se absuelve a “S.A.P.C.N., S.L.””

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada -“N.A.T.C.O.N., 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.- La parte demandada, vendida 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 (1) la infracción de los artículos 44 y 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, al considerar la existencia de dimisión del trabajador en la empresa saliente, con la consiguiente imposibilidad de apreciar una sucesión en su relación laboral, (2) la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al considerar la ausencia de una transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y (3) la infracción del artículo 9.3 de la Constitución española y del artículo 222.4 de la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al considerar la existencia de cosa juz-

gada en cuanto a la sucesión empresarial, cuestión abordada en la Sentencia de 10.05.02, Recurso 1.811/2002, de esta Sala de lo Social. Opuesto a estas denuncias jurídicas, el trabajador demandante solicita, con desestimación del recurso de suplicación, la confirmación íntegra, por sus propios fundamentos y por otros añadidos, de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Respecto a la infracción de los artículos 44 y 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, al considerar la existencia de dimisión del trabajador en la empresa saliente, con la consiguiente imposibilidad de apreciar una sucesión en su relación laboral, la denuncia es inabordable, ya que, aunque si un trabajador finiquita su relación laboral con la empresa saliente no puede reclamar a la entrante la continuidad de una relación laboral extinguida, esto, como depende de la validez del finiquito -el finiquito no puede disponer de derechos indisponibles, artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, y, en todo caso, su validez depende de la ausencia de vicios del consentimiento, artículo 1.266 del CC-, no le impide al trabajador impugnar su validez en juicio de despido, ni esa posibilidad de impugnación se pierde si entre el finiquito en la empresa saliente y la contratación en la empresa entrante no ha transcurrido el plazo de caducidad de la acción de despido -de 20 días, artículo 59.3 del ET-, de ahí que, en momento posterior, se pueda entrar a analizar la validez del finiquito, y, en el caso de autos, es evidente que fue forzado -“se le comunicó que si quería seguir trabajando debía cesar voluntariamente en “S.A.P.C.N., S.L.” y firmar nuevo contrato con “N.A.T.C.O.N., S.L.”, lo que así hizo el actor”, Hecho Probado Sexto-, y, en legal consecuencia, inválido al mediar uno de los vicios de consentimiento de los contratos -artículo 1.266 del CC-, aparte de que, si efectivamente concurriese una subrogación empresarial, difícilmente el finiquito permitiría disponer, a lo menos si no se establece una compensación expresa -y no ha sido el caso-, del derecho a la continuidad en el trabajo -artículo 3.5 del ET-.

TERCERO.- Respecto a la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al considerar la ausencia de una transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, la denuncia se argumenta al considerar no ha existido una sucesión de empresa frente a la solución dada en la sentencia de instancia -estimatoria de la demanda rectora de actuaciones-, y, situada la

cuestión entre esos márgenes, conviene recordar, ante todo, que, de conformidad con el apartado 2 de dicho artículo, introducido a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, “a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”, definición tomada de la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977, modificada a través de las Directivas 98/50/CE, de 29 de junio de 1998, y 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001.

La exigencia de afectación de una entidad económica con identidad conservada, “entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”, nos sitúa claramente en la idea de empresa-organización frente a la de empresa-actividad, y, si examinamos la jurisprudencia comunitaria inspiradora del concepto recogido en la norma comunitaria e inspirador de la norma española, nos ratificamos en esa idea de empresa-organización, y no de empresa-actividad, afirmándose, por ejemplo, en la Sentencia de 26.09.00, Caso Mayeur, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que “la mera circunstancia ... de que la actividad ejercida por el antiguo y el nuevo empresario sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica”, aunque esto no impide que, a los efectos de verificar si se transmite una empresa-organización, se atienda globalmente a la totalidad de las circunstancias del caso concreto, y así se afirma en la citada decisión:

“Es importante recordar que para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad ... el Juez nacional debe tomar en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, en las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una even-

tual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente”.

Otra decisión en una línea argumental similar –aparte las citadas escrupulosamente por la juzgadora de instancia anteriores a estas ahora citadas y, en todo caso, a tener como reproducidas– es la Sentencia de 25.01.01, Caso Oy Liikenne Ab, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, donde, atendiendo a las circunstancias del caso –se trataba de la adjudicación administrativa de la explotación de una línea local regular de autobuses a una empresa sustituyendo a otra empresa anterior–, se concluye que “en una situación como la del litigio principal, la Directiva 77/187 no se aplica cuando no existe transmisión de elementos materiales significativos entre las dos empresas antes mencionadas”, porque, “en un sector como el transporte público regular por autobús, en el que los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad, el hecho de que no se transmitan del antiguo al nuevo concesionario en una medida significativa dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que ésta no conserva su identidad”.

CUARTO.- Hechos declarados probados e incombados que, a los efectos de decidir si existe o no una sucesión de empresa, resultan relevantes, y aparenta conveniente en este momento recordar, son los siguientes:

a) Que ““N.A.T.C.O.N., S.L.” presta para H.J.B. un servicio igual al que hasta el 4 de octubre prestó “S.A.P.C.N., S.L.”, en el mismo buque en el que lo hacía la primera y en otro más, pero con nuevo contrato suscrito entre aquéllas” -Hecho Probado Quinto-.

b) Que “H.J.B. notificó por telegrama de 04.10.01 a “S.A.P.C.N., S.L.” la rescisión de la contrata” -Hecho Probado Sexto-.

c) Que ““S.A.P.C.N., S.L.” no tenía material propio, sino que el utilizado (extintores, vibrantes, lanzas de agua, etcétera ...) eran de H.J.B.; cuando el 05.10.01 empezó a prestar servicios “N.A.T.C.O.N., S.L.”, a medio de contrato de esa fecha, lo hizo con el mismo material de H.J.B., aún cuando actualmente han comprado algún material propio. Sin embargo, ambas empresas proporcionaban a los trabajadores buzos con su nombre, y

medios de protección personal” -Hecho Probado Séptimo-.

d) Que “S.A.P.C.N., S.L.” *tenía 18 trabajadores, y despidió en mayo a 10, de los que tres desistieron, integrándose luego en “N.A.T.C.O.N., S.L.”; el despido de los otros siete fue declarado improcedente, optando la empresa por la readmisión, salvo en el caso del delegado de empresa que optó por la readmisión, y en trámite de ejecución solicitó la ampliación contra H.J.B. y “N.A.T.C.O.N., S.L.”, que no fue estimada según autos de 30.01.02 (del JS 1 de Vigo), confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia*” -Hecho Probado Octavo-.

e) Que “*el personal de las contratas de prevención y servicios contra incendios cuenta con un coordinador que recibe instrucciones del personal del servicio de prevención de H.J.B.*” -Hecho Probado Noveno-.

QUINTO.- Algunos de los expuestos hechos probados -los relativos a la transmisión de elementos personales- no fueron considerados, por sí solos, decisivos -y la Sala se atiene a esa consideración- en un asunto litigioso anterior -entre otro demandante, trabajador de la empresa saliente, no de la entrante, para decidir, en trámite de ejecución de sentencia de despido, la empresa obligada a readmitir- decidido en la Sentencia de 10.05.02, Recurso 1.811/2002, de esta Sala de lo Social, donde se dice que “*no se estima como suficiente para entender que “N.A.T.C.O.N., S.L.” se hizo cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que “S.A.P.C.N., S.L.” había destinado al cumplimiento de la contrata, el hecho de que contratarse al mismo coordinador y supervisor de aquella; ni que contratarse, igualmente, como director técnico a una persona que también había prestado servicios en “S.A.P.C.N., S.L.”... ni que contratarse, en un principio, a otros cuatro trabajadores “S.A.P.C.N., S.L.” y posteriormente a otros más, hasta llegar a 10, de los 17 que formaban la plantilla, pues, ni la contratación se extendió a toda ésta, ni consta acreditado -salvo en el caso del coordinador y supervisor-, que la competencia de los contratados fuere decisiva para la ulterior marcha de “N.A.T.C.O.N., S.L.”.* Pero esta decisión judicial no tomó en consideración -sin duda no lo pudo hacer por no haber sido alegadas, probadas y/o decididas en la instancia- las demás circunstancias concurrentes en una valoración globalizada.

SEXTO.- Considerando la totalidad de los expuestos hechos probados -en el Fundamento de Derecho Cuarto-, y no solo de los relativos a la transmisión de los elementos personales -como se explica en el Fundamento de Derecho Quinto-, y a la vista del concepto legal de sucesión de empresa, con las especificaciones derivadas de la jurisprudencia comunitaria -Fundamento de Derecho Tercero-, y siguiendo asimismo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo -cuestión sobre la cual se volverá en el Fundamento de Derecho Séptimo-, la Sala comparte la decisión de la juzgadora de instancia de apreciación de existencia de una sucesión empresarial, al haberse transmitido entre la empresa saliente y la empresa entrante una entidad económica con identidad conservada, conclusión alcanzada después de una valoración, realizada globalmente, de la totalidad de las circunstancias concurrentes en el supuesto de este litigio concreto, en atención, valorando en detalle, a lo siguiente:

1º.- Se ha producido una transmisión de elementos patrimoniales de trascendental relevancia en la medida en que, tanto el material utilizado por la empresa saliente como el material utilizado por la empresa entrante, salvo la ropa individual de trabajo y los equipos de protección personal, son de la empresa principal, y, a través de ésta, se transmitieron de una a otra empresa contratista -Hecho Probado Sexto-. Algunas precisiones adicionales son necesarias. En primer lugar, lo transmitido es el uso para la actividad empresarial, ya que, atendiendo a la mecánica de las relaciones existentes, la propiedad la mantiene la empresa principal, quien -con la indudable compensación de un menor precio de la contrata- le facilita en uso el material a las empresas contratistas. Y, en segundo lugar, la transmisión no se produce de manera directa entre ambas contratistas, sino con intermediación de la empresa principal, lo que, sin embargo, no desfigura la existencia de sucesión empresarial -véanse, en este sentido, las Sentencias de 07.03.96, Casos Mercks y Neuhuys, de 11.03.97, Caso Sözen, y de 25.01.01, Caso Oy Liikenne Ab, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, donde se afirma, a los efectos de la sucesión de empresas, la innecesariedad de relaciones directas entre la entrante y la saliente-.

Pensemos, en suma, que, si la empresa principal no facilitase material a las empresas contratistas, éstas deberían adquirirlo, y, si la empresa entrante utilizase el material adqui-

rido por la saliente, la transmisión de elementos patrimoniales sería indudable, de ahí que, frente a una realidad -como la del caso de autos- donde la empresa entrante utiliza el material utilizado por la empresa saliente, las relaciones jurídicas existentes entre la empresa principal y las empresas contratistas, debidas a decisiones de corte empresarial -en consecuencia unilaterales-, no enturbian esa realidad en perjuicio del trabajador: lo trascendental es la utilización, por la empresa contratista entrante, del mismo material utilizado por la saliente, al margen de cuales sean las relaciones jurídicas entre ambas contratistas o de cada una de ella con la empresa principal.

2º.- Los elementos materiales transmitidos, a la vista del objeto de la contrata, deben ser, al margen de cuál sea su entidad económica, siempre suficientes -salvo si admitiésemos, lo cual no es presumible, que, por la empresa principal, se vulneran las normas sobre salud laboral- para el cumplimiento de las actividades de un servicio de prevención propio -destacar, además, que, de acuerdo con los hechos declarados probados, el material proporcionado por las empresas contratistas se refería a la ropa de trabajo y a los equipos de protección individual de sus propios trabajadores, de donde, en ningún caso, se trataba de elementos materiales referidos al objeto de la contrata-, y, en línea con lo afirmado, no debemos olvidar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, Reglamento de los Servicios de Prevención, *“el servicio de prevención propio constituirá una unidad organizativa específica”* -apartado 1-, y que *“los servicios de prevención propios deberán contar con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa”* -apartado 2, párrafo 1-.

Amparando estas normas reglamentarias, el artículo 31, apartado 2, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, señala -y así nos lo recuerda la juzgadora de instancia- que *“se entenderá como servicio de prevención el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados”*. Si un servicio de prevención

es una organización de medios humanos y materiales, su concepto conecta, de modo evidente, con el concepto de entidad económica entendida en el sentido expresado en el apartado 2 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

3º.- Otras dos circunstancias a considerar, aunque su relevancia sea menor, es la identidad de actividades de las empresas contratistas y la ausencia de solución de continuidad entre la salida de la una y la entrada de la otra, circunstancias indiciarias de la existencia de una puesta a disposición, por la empresa principal, de unos elementos materiales organizados susceptibles de una inmediata explotación.

4º.- A los elementos expuestos se deberá añadir la transmisión de personal que, si por sí sola no era decisiva, es un dato añadido a los recién expuestos, y que, valorados globalmente, nos llevan, como se dijo, a la sucesión de empresa.

Resumiendo, (1) los trabajadores de la empresa contratista entrante han utilizado idénticos elementos materiales a los utilizados por los trabajadores de la empresa contratista saliente, (2) esos elementos materiales, junto con los personales, deberán constituir, por imperativo legal, una unidad organizativa específica, (3) presumiblemente susceptible de una inmediata explotación, y (4) se ha producido, además, una importante transmisión de medios humanos.

SÉPTIMO.- Numerosas ocasiones a lo largo del escrito de formalización del recurso de suplicación, la empresa recurrente manifiesta, directamente o indirectamente, su opinión de que, de haberse seguido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y no la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se habría llegado a solución diferente. Pero la Sala no comparte esta opinión. La solución alcanzada de existencia de sucesión de empresa en un supuesto donde, aparte de una parte importante del personal -aunque esto por sí solo no sea decisivo-, se transmiten de la empresa contratista saliente a la entrante elementos patrimoniales suficientes -suficientes por propio imperativo legal- para la actividad de servicio de prevención propio, entendemos se podría fundar, sin citar siquiera la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por todas, véase la reciente Sentencia de 12.12.02, Recurso 764/2002, del

Tribunal Supremo, estimatoria de la existencia de una sucesión de empresas en un supuesto de externalización del servicio de cocina y de limpieza de un colegio a través de un arrendamiento de locales, enseres y electrodomésticos susceptibles de ser inmediatamente explotados. Ciertamente, en el caso de autos falta, o a lo menos no está probada, la existencia de un arrendamiento, pero la dinámica arrendaticia está implícita en la cesión, por la empresa principal, de los elementos materiales constitutivos del servicio de prevención a cambio del menor precio de la contrata, y, lo que es mucho más trascendental, lo transmitido, como ocurre en el caso citado, es una entidad susceptible de ser inmediatamente explotada.

OCTAVO.- Respecto a la infracción del artículo 9.3 de la Constitución española y del artículo 222.4 de la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al considerar la existencia de cosa juzgada en cuanto a la sucesión empresarial, cuestión abordada en la Sentencia de 10.05.02, Recurso 1.811/2002, de esta Sala de lo Social, denuncia inacogible, (1) en primer lugar, porque falta la triple identidad de sujetos -el demandante difiere en éste y en el anterior proceso, e igualmente difiere el empleador, aquí es la empresa entrante y allí era la empresa saliente, aunque ambas se encuentran demandadas en ambos juicios-, objeto -lo discutido ahora es la antigüedad del demandante y entonces era la empresa obligada a readmitir al trabajador- y causa de pedir, imprescindible a los efectos de aplicar la cosa juzgada, tanto en su sentido negativo de non bis in idem -artículo 222.1 de la LEC-, como en su sentido positivo de prejudicialidad -artículo 222.4 de la LEC-, y (2) en segundo lugar, porque, aunque ciertamente se vulnera el principio de seguridad jurídica si, en distintas resoluciones, los órganos judiciales afirman y niegan, al mismo tiempo, unos hechos determinados, no se vulnera si, en virtud de la prueba practicada, se generan diferentes relatos fácticos, e incluso se realizan distintas calificaciones jurídicas, salvando siempre la apreciación de cosa juzgada -doctrina aplicada al proceso laboral en la Sentencia 158/1985, de 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional-. Tales argumentaciones han sido correctamente aplicadas -y, además, correctamente explicadas- por la juzgadora de instancia, lo cual lleva, por la desestimación de este último motivo jurídico y por la desestimación de la totalidad de los motivos jurídicos anteriores, a la confirmación de su sentencia.

NOVENO.- Se acordará lo procedente en cuanto al depósito para recurrir y en cuanto a los aseguramientos prestados de conformidad con el artículo 202 de la Ley de Procedimiento Laboral, e igualmente en cuanto a costas de este recurso de suplicación, de conformidad con el artículo 233 de la referida Ley.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Entidad Mercantil "N.A.T.C.O.N., S.L." contra la Sentencia de 26 de diciembre de 2002 del Juzgado de lo Social número 3 de Vigo, dictada en juicio seguido a instancia de don M.R.P. contra la recurrente y contra la Entidad Mercantil "S.A.P.C.N., S.L.", la Sala la confirma íntegramente, y, en legal consecuencia, condenamos a la recurrente (1) a la pérdida del depósito para recurrir, (2) al mantenimiento de los aseguramientos prestados, hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la sentencia se resuelva la realización de dichos aseguramientos, y (3) al abono de las costas de este recurso de suplicación, cuantificando en 300 euros los honorarios del letrado de la parte demandante.

3639 Recurso núm. 2.199/03

S.S. CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO, Ó NON TERSE ACCIONADO TEMPORÁNEAMENTE TRALA SOLICITUDE DE DESIGNACIÓN DE ABOGADO DE OFICIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a seis de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.119/03, interpuesto por don A.M.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.M.M. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado "P.N., S.L." y don X.M.C.G., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 925/02 sentencia con fecha 31 de enero de 2003, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "El demandante don A.M.M., mayor de edad y con documento de identidad ..., prestó servicios para el empresario individual don X.M.C.G., dedicado a la actividad de construcción, desde el día 2 de octubre de 2001 mediante contrato temporal para obra determinada consistentes en realización de obras en Vigo, con la categoría profesional de peón, contrato en el que se subrogó "P.N., S.L." el día 1 de febrero de 2002, empresa cuyo administrador es don X.M.C.G.. El día 1 de julio de 2002 el demandante y la referida sociedad limitada suscribieron contrato de igual clase para una obra sita en Madrid, percibiendo el trabajador un salario mensual de 864,80 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias y 70,80 de plus extrasalarial por mes efectivamente trabajado, siendo cesado el día 25 de octubre por fin de contrato, lo que se le preavisó el día 7.- Segundo.- El actor prestó servicios además de en las obras contratadas, en una obra en A Coruña, obra ésta que no consta que hubiese terminado cuando se le cesó, por lo que demanda por despido. Tercero.- El día 20 de noviembre el actor solicitó designación de abogado de oficio, cuya designación le fue notificada el día 4 de diciembre. Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 26 de noviembre, la misma tuvo lugar el día 5 de diciembre con el resultado de sin efecto. Cuarto.- El demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que apreciando de oficio la excepción de caducidad y sin entrar en el fondo del asunto, debo desestimar y desestimo la demanda que por despido ha sido interpuesta por don A.M.M. contra la empresa "P.N., S.L." y don X.M.C.G., a los que absuelvo en la instancia".

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.- Ante la sentencia de instancia –que, apreciando de oficio la caducidad de la acción de despido ejercitada, no entró a conocer en el fondo del asunto y desestimó la demanda-, formula recurso de suplicación el actor, por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por interpretación inadecuada, de los artículos 21.5 de la L.P.L., 16 de la Ley 1/1996, de Justicia Gratuita y 24.1 de la Constitución, en relación con el 59.3 del ET.

SEGUNDO.- El recurso no es viable, ya que, si se tiene en cuenta, por una parte, que, según se expone en la relación fáctica de la sentencia de instancia, el actor, después de ser cesado por la empresa codemandada "P.N., S.L.", el 25 de octubre de 2002, por fin de contrato –circunstancia ésta que se le preavisó el día 7 anterior-, solicitó designación de abogado de oficio el 20 de noviembre del mismo año, para accionar por despido; y, por otra, que, según se indica en fundamentación jurídica, teniendo en cuenta entre otras, laS fechas del cese y de su comunicación –25 de octubre de 2002-; la de 20 de noviembre del mismo año, en que el demandante solicitó la designación de abogado de oficio, para accionar por despido –lo que comportaba, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.4 del TRLPL y en el 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la suspensión del plazo de caducidad de veinte días hábiles para el ejercicio de la misma, previsto en el artículo 59.3 del ET; y la de presentación de la demanda –11 de diciembre de 2002-; transcurrió, en exceso, dicho plazo de prescripción; resulta que carecen de fuerza las alegaciones, que en contra de la presencia de la caducidad de la acción contra el despido ejercitada, formula el recurrente, pues, si bien es cierto que éste presentó una solicitud de intervención de abogado de oficio el 6 de noviembre de 2002 –cuando aún no había transcurrido el plazo de caducidad- para litigar contra "P.N., S.L.", ello no fue para accionar contra dicho despido, sino para hacerlo en materia de salarios y de liquidación del contrato; y, si bien es cierto que el plazo transcurrió por un estrecho margen, ello no autoriza a efectuar la interpretación flexible, dirigida a la no admisión de la caducidad, que se pretende; y ello,

ya no sólo porque se trata de un instituto, que está establecido, precisamente, para garantizar la seguridad jurídica, que no lo permite; sino también, porque no aparece ninguna justificación decisiva para la tardanza, una vez que el demandante tuvo tiempo suficiente para hacerlo, desde que se le preavisó, incluso, el cese, por fin de contrato, el 7 de octubre de 2002 –o sea, en una fecha claramente anterior a la de 25 de octubre, en que tuvo lugar y se le notificó en forma-; no existe base para rectificar lo acordado al efecto por el Juez “a quo”.

Por lo expuesto

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por don A.M.M., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, en fecha 31 de enero de 2003, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3640 Recurso núm. 2.180/03

S.S. DESPEDIMIENTO OBXECTIVO NULO, Ó TERSE ACREDITADO UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DA FIGURA DO GRUPO DE EMPRESAS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a seis de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.180/2003 interpuesto por “T.U., S.L” y “G.T.M., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.D.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “T.U.,

S.L.” y otros en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 656/2002 sentencia con fecha diecinueve de febrero de dos mil tres 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.D.C., mayor de edad, con DNI ... ha venido prestando servicios para la demandada “T.G., S.A.” con antigüedad del 1 de octubre de 1975. El 1 de diciembre de 1997 “T.G., S.A.” vendió sus activos sociales a “T.U., S.L”. El demandante percibió indemnización por despido de “T.G., S.A.” el 11 de septiembre de 1997, pero continuó prestando sus servicios sin solución de continuidad en el mismo centro de trabajo para “T.U., S.L” y “G.T.M., S.A.” y percibiendo de esta última demandada la diferencia entre lo que obtenía en concepto de desempleo y sus salarios anteriores. El 16 de marzo de 1998 suscribió contrato de trabajo con “T.U., S.L”, nueva titular de la explotación, con la categoría profesional consignada en el contrato de peón ayudante pero realizando las funciones de jefe de primera, categoría a la que corresponde un salario mensual según convenio de 1.406,19 euros, con inclusión del prorrateo de las pagas extras. Desde septiembre de 1995, y hasta el momento del despido, el demandante y su esposa han residido en la vivienda situada en el centro de trabajo, incluso durante la realización de obras de reforma en el centro de trabajo. El demandante y su esposa (cuya categoría consignada en el contrato era peón de 1ª) eran en el momento del despido los únicos trabajadores del centro de trabajo. Segundo.- El 15 de octubre de 2002 le fue notificada carta de despido con el siguiente contenido: “Muy Sr. Nuestro: Por la presente venimos en comunicarle la decisión adoptada por la dirección de esta Empresa, de rescindir el contrato de trabajo que le une a la misma, procediendo a su extinción, dada la necesidad objetivamente acreditada de amortizar su puesto de trabajo por causas económicas, organizativas y de producción, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 51.1 del citado cuerpo legal. Las causas que fundamentan esta decisión son las siguientes: La disminución continuada de clientes, circunstancia ésta que re corta significativamente los ingresos previstos necesarios para la buena marcha de

la actividad de esta patronal, y que consecuentemente han generado unos resultados que hacen totalmente inviable la continuidad de su persona en el puesto de trabajo que hasta ahora ha venido desarrollando. Para poder seguir ofreciendo el servicio mínimo que se le exige a una empresa de este tipo, haya que reestructurar las funciones de cada puesto de trabajo, por lo que los trabajadores que existen en la Empresa se encargarán de realizar las mismas, sin que ello suponga un mayor esfuerzo económico para esta empresa, y sí en otro caso, un alivio. Por consiguiente nos vemos en la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas objetivas fundamentando dicha necesidad, en razones económicas, organizativas y de producción. Con esta decisión empresarial de reajuste se pretende tutelar la eficacia y competitividad de la empresa, permitiéndonos así garantizar la viabilidad futura de la misma y la pervivencia del empleo que tenemos bajo nuestra responsabilidad. La reorganización llevada a cabo ha vaciado de contenido el puesto de trabajo que se pretende amortizar, pues seguir sosteniendo el mismo llevaría a esta Empresa a una situación de desequilibrio que no se podría resistir sin perjuicio del servicio a prestar, de la eficacia en la gestión, y de la pervivencia de los puestos de trabajo del resto de la plantilla. Estando integrada la plantilla de esta Empresa por dos trabajadores, con esta decisión no se superan los límites legales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores. La extinción del contrato de trabajo y la relación laboral tendrá efectos el próximo día 15 de octubre del corriente año. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 citado cuerpo legal, tiene a su disposición la cantidad legal correspondiente, en concepto de indemnización fijada en el apartado b) del número 1 del citado artículo, que se le ofrecen en este acto. Se ruega sírvase firmar el duplicado de la presente, a los meros efectos de su conocimiento". Con la entrega de esta comunicación la demanda no puso a disposición del demandante la indemnización legalmente prevista.

Tercero.- Tras el despido del demandante y de la otra trabajadora del centro de trabajo, la actividad del centro ha continuado a través de la contratación de nuevos trabajadores. Cuarto.- Se intentó sin efecto la preceptiva conciliación ante el SMAC."

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

"FALLO: Que, estimando la demanda presentada por don J.D.C. contra "T.U., S.L", "T.G., S.A." Y "G.T.M., S.A." debo declarar y declaro la nulidad de la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo que unía a las partes, condenando a las demandadas "T.U., S.L" y "G.T.M., S.A." a estar y pasar por dicha declaración y, en consecuencia, a la readmisión inmediata del demandante en su puesto de trabajo que unía a las partes, condenando a las demandadas "T.U., S.L" y "G.T.M., S.A." a estar y pasar por dicha declaración y, en consecuencia, a la readmisión inmediata del demandante en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, así como al abono de una sanción pecuniaria de 300 euros y al de los honorarios del letrado de la parte contraria. Se absuelve a la demandada "T.G., S.A." de la pretensión instada en su contra.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara la nulidad de la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo que unía a las partes; frente a ella las empresas demandadas interponen recurso de suplicación y al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.b) de la L.P.L., pretende revisar la relación fáctica de la sentencia a la vista de la prueba documental practicada en el Juicio Oral, en el sentido de suprimir del HDP primero la frase: "continuó prestando sus servicios sin solución de continuidad en el mismo centro de trabajo para "T.U., S.L" y "G.T.M., S.A." y percibiendo de esta última demandada la diferencia entre lo que obtenía en concepto de desempleo y sus salarios anteriores".

La revisión no prospera primero por que ni contiene concepto jurídico alguno ni predetermina el fallo como alega el recurrente y segundo porque no se alega prueba documental ni pericial que justifique la supresión o el error del juzgador de instancia en la valoración de las mismas, a quien corresponde conforme al art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso pretende modificar la antigüedad

del actor, por que en el HDP 1º- la antigüedad del actor, que en aquélla se dice es de fecha 1 de octubre de 1975, y que “T.U., S.L.” entiende ha de ser fijada en el día 16 de marzo de 1998 (día del otorgamiento del contrato de trabajo suscrito por el actor con aquella mercantil — folio 395 y su vuelto) o, subsidiariamente, en el día 12 de diciembre de 1997 (fecha del documento obrante al folio 59).

Pese a las alegaciones del recurrente y sus valoraciones de la testifical practicada, la revisión no prospera por que el HP 1º de la sentencia dice: El demandante don J.D.C., mayor de edad, con DNI ... ha venido prestando servicios para la demandada “T.G., S.A.” con antigüedad del 1 de octubre de 1975. El 1 de diciembre de 1997 “T.G., S.A.” vendió sus activos sociales a “T.U., S.L.”. El demandante percibió indemnización por despido de “T.G., S.A.” el 11 de septiembre de 1997, pero continuó prestando sus servicios sin solución de continuidad en el mismo centro de trabajo para “T.U., S.L.” y “G.T.M., S.A.” y percibiendo de esta última demandada la diferencia entre lo que obtenía en concepto de desempleo y sus salarios anteriores. El 16 de marzo de 1998 suscribió contrato de trabajo con “T.U., S.L.”....

La sentencia no declara la antigüedad del demandante en “T.U., S.L.” sino en “T.G., S.A.”, es por tanto un dato objetivo que está acreditado y que no tiene por que ser suprimido, ni cambiado por la pretensión del recurrente.

TERCERO.- En su tercer motivo y también vía de revisión pretende suprimir en el HDP primero, in fine, la expresión “Desde septiembre de 1995, y hasta el momento del despido, el demandante y su esposa han residido en la vivienda situada en el centro de trabajo, incluso durante la realización de obras de reforma en el centro de trabajo” ..., que por razones de coherencia con lo sostenido por la parte recurrente en el motivo de recurso anterior se propone su sustitución por los siguientes términos: ... “Desde septiembre de 1995, y hasta el momento del despido habido en “T.G., S.A.”, el demandante y su esposa residieron en la vivienda situada en el centro de trabajo, volviendo a residir nuevamente en ella en marzo de 1998, tras finalizar el cierre del centro de trabajo por causa de la realización de obras de reforma en el mismo. A fecha 10 de marzo de 2000 el actor residía con su esposa en ... “.

Tampoco esta prospera por que como alega el propio recurrente la Magistrado funda esta afirmación en la prueba testifical, la cual es inhábil a los efectos revisorios en virtud de lo dispuesto en el art. 191 b) LPL que solo se refiere a la documental y pericial, ello aparte de que la redacción alternativa propuesta contiene la afirmación de que a 10 de marzo el actor vivía en ..., afirmación no tiene relevancia, por que el documento en el que se hace no tiene por finalidad acreditar dicho extremo, sino llevar a cabo una inspección sanitaria.

CUARTO.- También al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.b) de la L.P.L. se pretende modificar en el HDP Primero, in fine, la categoría del actor, que en aquélla se dice es de jefe de primera, y que “T.U., S.L.” entiende es la de peón ayudante, de conformidad con el contrato de trabajo obrante al folio 395 y su vuelto.

Y como consecuencia de dicha modificación se pretende modificar el salario de dicha categoría por el de peón y que ascendería a 1.223 euros.

La revisión prospera, porque a falta de otra prueba, la documental consistente en el contrato de trabajo, debe prevalecer sobre cualquier otra disquisición, y en el se consigna que su categoría es la de peón; además ni se ha acreditado una especial responsabilidad en sus funciones, ni que fueran de dirección o control del resto de los trabajadores, cuando solo eran dos.

QUINTO.- Ya en sede jurídica y al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.c) de la L.P.L., denuncia la no aplicación, de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la LPL en relación a lo prevenido en los artículos 103.2 y 64.2.b) del citado cuerpo legal y 59 del ET.

Al folio 30 de las actuaciones obra la comparecencia, de fecha 19.12.02, por la que el demandante solicitó la suspensión de la vista a celebrar en dicho día a fin de ampliar la demanda contra “T.G., S.A.”, lo que verificó el 23.12.02 (folio 32) ampliándola no sólo contra la anterior mercantil sino también contra “G.T.M., S.A.” y alega el recurrente que no puede encontrar cobertura en lo dispuesto en los artículos 64.2.b) y 103.2 de la LPL, pues para ello se requiere, que el error en persona del empresario sea totalmente involuntario y proceder de un desconocimiento real de la personalidad del verdadero empresario. Lo que según el recurrente no se daba y por lo

mismo la acción frente a esa empresa estaría prescrita.

No admitimos tales manifestaciones por ser cuestión nueva, ya que no fue ni denunciada, ni alegada en la instancia.

SEXTO.- En cuanto a la denuncia de aplicación indebida del art.44 del Estatuto de los Trabajadores, así como de la llamada doctrina del levantamiento del velo, por entender que no hay grupo de empresas entre “T.U., S.L.” y “G.T.M., S.A.”, ni responsabilidad solidaria, la denuncia no se admite por cuanto: La doctrina jurisprudencial acuñada parte de la idea de que «no cabe sentar pautas o criterios de carácter general» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990 [RJ 1990/3.946]) y del principio general de la independencia y no comunicación de responsabilidades entre las sociedades integrantes del grupo, sobre la base de que, los vínculos de gestión económica y organizativa, no alteran por sí mismos y en todo caso, la consideración de las sociedades como entidades autónomas o separadas, dotadas de personalidad jurídica propia y por ello, independientes entre sí y responsables limitadamente en el ámbito de su actuación; y así se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990 (RJ 1990/233), «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»; 3 de mayo de 1990, «que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política económica de colaboración, no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales» o la de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7.045), que distingue entre «el fenómeno, lógicamente rechazable, de la pura diferenciación formal con fines defraudatorios de los intereses laborales en juego y el de la efectiva existencia de unidades empresariales independientes, por más que en éstas se produzca coincidencia en los elementos de dirección o participación empresarial», ya que, como recordaba esta Sala en Sentencias de 21 de septiembre de 1992 (AS 1992/4.376) y 1 de junio de 1994 (AS 1994/2.534), entre otras, «para que pudiera nacer la obligación solidaria de responder frente a los trabajadores de una empresa del grupo, es necesario que el grupo de empresas haya actuado en fraude de ley, haciendo una utilización abusiva de la perso-

nalidad jurídica independiente de cada una de las entidades en perjuicio de los trabajadores, de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio en base al cual las empresas establezcan una trama jurídica que disfrace situaciones de hecho en las que en realidad se actúe como una sola entidad empleadora, bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad jurídica independiente, por lo que sólo cabe deducir responsabilidad solidaria frente a los trabajadores de todas las empresas del grupo cuando se haga un uso torticero y fraudulento de las normas legales, pero no cabe exigir tal responsabilidad, cuando el grupo de empresas actúa conforme a derecho, pues es perfectamente legítima la constitución de tales grupos para operar en el mercado».

También la recogida en STS de 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1.062) “frente al principio general de la independencia y no comunicación de las responsabilidades entre sociedades integradas en un grupo, en el orden laboral, se admite la búsqueda del empresario “real”, a través de la figura del denominado “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica, declarando una comunicación de las responsabilidades empresariales entre sociedades pertenecientes a un grupo siempre que concurran algunas circunstancias específicas, entre las cuales cabe destacar: 1.- confusión de plantillas o única plantilla; 2.- confusión de patrimonios sociales o caja única; 3.- apariencia externa de unidad empresarial y, 4.- cuando las sociedades actúan sometidas a una dirección unitaria.

Igualmente el propio Tribunal Constitucional declaró –sentencia núm. 46/1983, de 27 de mayo (RTC 1983/46)- que pertenece a la específica función de la jurisdicción laboral resolver quién es el «empresario verdadero» y quién opera como «empresario aparente» para eludir gravosas consecuencias de orden laboral, «y ello, con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos».

En el presente supuesto, entre las sociedades recurrentes concurre una dirección única, los accionista son los mismos en ambas sociedades y el administrador único; existe confusión patrimonial por cuanto no solo se le pagó al actor el complemento salarial por “G.T.M., S.A.”, sino que las obras del centro de trabajo de “T.U., S.L.” las pagó también aquella, (folios 205 a 268-5 de la documental de la propia demandada), consecuentemente se dan

los indicios precisos para considerar responsables solidarias a ambas mercantiles por actuar fraudulentamente.

Por ello, y en lo que se refiere a la aplicación del art.44 del Estatuto de los Trabajadores ha sido correcta puesto que entre las empresas "T.G., S.A." y "T.U., S.L." se dieron los requisitos necesarios para que operase la sucesión empresarial que son: a) Autonomía. b) Continuidad.

a) La unidad productiva que se transmite ha de constituir un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotado de la suficiente autonomía funcional (TS 23.02.94, RJ 1.227). A su vez, la unidad productiva en el contexto del ET art.44 se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario, para ser susceptibles de una explotación económica independiente capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado (TS 27.10.94).

b) Y la sucesión requiere una continuidad en la actividad y en la prestación de servicios. Como consecuencia de ello, la relación laboral no se extingue por el cambio de titularidad y el nuevo empresario se subroga en los derechos y obligaciones del empresario anterior, pasando los trabajadores a ser empleados de la cesionaria.

Por ello se ha respetar la antigüedad del demandante, por que como señala la sentencia recurrida, siguió prestando servicios sin solución de continuidad y percibiendo la diferencia entre lo que percibía del desempleo y sus salarios, y el contrato temporal suscrito con posterioridad con "T.U., S.L." es fraudulento y no tenía otra finalidad que eludir la aplicación y consecuencias del citado Art. 44.e) impedir al actor consolidar su antigüedad.

Además, supondría una renuncia de derechos que prohíbe el Art.3 del Estatuto de los Trabajadores al decir: 5). Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

7- Por último se denuncia la aplicación errónea del art. 97.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. La sentencia recurrida impone la multa por que entiende que hay mala fé en la actuación de la demandada por la inconsis-

tencia de su postura, al haber admitido en conclusiones la nulidad de la extinción del contrato del demandante.

Entendemos que la denuncia prospera, porque es cierto que admitió la nulidad del despido, pero había otras cuestiones que eran discutibles y defendibles y además alguna se admite vía de este recurso, como la aplicación de la responsabilidad solidaria por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo o el tema la antigüedad del demandante y la sucesión empresarial. Por ello no concurre la temeridad cuando le asiste un derecho legítimo que defender y le ampara el art. 24 CE que consagra el derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

Por lo expuesto y al haberse producido alguna de las infracciones denunciadas,

Fallamos

Que estimado parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por "T.U., S.L." y "G.T.M., S.A.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, con fecha 19.02.03, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución declarando que la categoría del actor es la de peón y el salario de 1.223 euros, no procediendo la aplicación del art. 97.3 y confirmando la sentencia en cuanto al resto de los pronunciamientos.

3641 Recurso núm. 2.413/03

S.S. INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALLADOR, Ó TERSE ACREDITADO POLA EMPRESA A RAZOABILIDADE DA SÚA DECISIÓN EN MATERIA DE MOVILIDADE FUNCIONAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a seis de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.413/03 interpuesto por don D.V.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don D.V.L. en reclamación de TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado "T.E., S.A." y con intervención del MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 88/03 sentencia con fecha diecinueve de febrero del dos mil tres por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"1.- Don D.V.L., con D.N.I. número 36.012.389, viene trabajando para "T.E., S.A." en Vigo, como Encargado de Grupo de Redes, con una retribución anual, en el año 2002, de 33.473,70 euros, más incentivos como coordinador de TAC'S, desde el 01.01.99. 2.- El 20 de junio de 1997, la empresa convocó proceso selectivo para TAC, Area de Atención Técnica al Cliente, a la que accedieron diversos empleados de "T.E., S.A." (16), así declarados aptos por la Comisión de Evaluación en Pontevedra, para la actividad de venta, instalación y mantenimiento de productos y servicios comercializados: SIM profesional; línea RDSI, configuración PC para acceso a Internet, centralitas Década, Netcom, Neris, Movi 8 y Centrex. 3.- La convocatoria señalaba: "3. Características del puesto.- 3.1 funciones: Actividades de instalación y mantenimiento de productos y servicios (actuales y futuros) comercializados por Unidad de Negocio de Gran Público.- 6. Condiciones de trabajo. El personal seleccionado percibirá un incentivo variable en función de la consecución de objetivos colectivos y/o individuales. - Este párrafo fue precisado por nota informativa publicada el 30 de Junio del mismo año (1997), en los siguientes términos: 2. A partir de 1998 esta previsto implantar un sistema de incentivos, variable en función de objetivos de calidad, productividad y fidelización, pudiendo alcanzar el 20% de la retribución anual correspondiente". El plan de incentivos, entre otros particulares, señala: "1. Individuales: 500 ptas. por cliente y año de mantenimiento en cartera,

hasta alcanzar el máximo razonable (2.500-3.000 líneas de clientes por TAC), con pérdida del 5% por cada 1% de cartera perdida en el período anual; se repartirá a partes iguales entre el personal acoplado al centro.- 3. Límite máximo: Para TAC'S y personal técnico del centro la cuantía no podrá sobrepasar el 20% del salario anual correspondiente a cada empleado." 4.- Para los coordinadores de TAC'S con mando directo se señalaba, en concepto de incentivo por fidelización un 5% del incentivo global que reciban los TAC'S. La cuantía máxima a percibir por ese concepto no puede sobrepasar el 10% del salario anual correspondiente a cada empleado. 5.- La empresa no ha reconocido los TAC'S ni les ha abonado incentivo alguno. El actor ha planteado demandar ante el Juzgado Social nº3 de Vigo, que dictó sentencia el 23.12.02, a su favor, si bien se halla recurrida en Suplicación. El día 4 de junio de 2002, compareció como testigo en procedimiento instado por los TAC'S. 6.- La comisión de Empleo del Convenio Colectivo 2001-2002, en acta de reunión del día 3-10-02, pone de manifiesto la figura del Encargado, e informa sobre proyectos eficientes. 7.- La Comisión Provincial de Gestión de Pontevedra, en acta de reunión extraordinaria de Vigo, fecha 11.12.02, hace presentación Proyecto Optima (consta como documento a los folios 61 a 93 y se da por reproducido). Los folletos explicativos del proyecto se difundieron en las oficinas de la empresa. 8.- el Coordinador de Empresas, Sr. G.G., realizó informe sobre los cambios realizados, para adoptar el Plan Optima (folios 57 a 60 que se dan por reproducidos) 9.- El actor, que tenía a su cargo un grupo de 15 personas, que eran TAC'S, ha quedado como Jefe (Mando) de un grupo de 10, en que ninguno de ellos es TAC o no accedió al concurso. La empresa ha reorganizado a los operarios -OAPS- en cinco grupos de 10 personas, con un mando cada grupo.

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

"FALLO: Que desestimando la demanda deducida por don D.V.L., contra "T.E., S.A.", debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones de la demanda, declarando la inexistencia de la vulneración denunciada."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte don D.V.L. 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 actora se interpone recurso de suplicación contra la sentencia que desestimó su pretensión sobre Tutela de Derechos Fundamentales en la que se solicitaba se declare que se han vulnerado los derechos de tutela judicial efectiva, de comunicar o recibir libremente información veraz y de libertad de expresión y, en consecuencia, se declare radicalmente nula la conducta empresarial de remover al actor de la coordinación de los TAC'S de la provincia de Pontevedra, ordenando el cese de tal conducta y la reposición al momento anterior a aquella decisión, condenado, además a la empresa a que le abone la cantidad de 3.347,37 euros por el daño causado; pretendiendo como primer motivo de recurso y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados y en concreto la adición de un nuevo ordinal, del tenor literal siguiente: "la empresa no había abonado a los TACS de la provincia los incentivos correspondientes a los años 1998 a 2001 por ello plantearon sendas demandas ante los juzgados de lo Social de Vigo reclamando los incentivos correspondientes a los años 1998-1999 y 2000 (procedimientos número 55/01 del JS nº 5, y 203/02 del JS nº 3). Ambas demandas fueron estimadas por Sentencias respectivamente de 16.04.01 y de 23.12.02". Adición que si bien se acepta, al estar acreditada por la documental, (folio 47 de los autos) es irrelevante de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho.

SEGUNDO.- Como segundo motivo - sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción de los artículos 24.1. 20.1.d) y 20.1 a) de la C.E. en relación con el artículo 179.2 de la L.P.L.; alegando sustancialmente, que se habían vulnerado los derechos fundamentales, a la tutela judicial efectiva, a comunicar o recibir libremente información en su vertiente de "indemnidad", (garantía genérica del ejercicio de cualquier derecho fundamental o libertad publica) y a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, sin que por la empresa se hubiera ofrecido una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, al haberse pro-

cedido a su remoción en el puesto de trabajo lo que comportaba una pérdida de incentivos como coordinador, y ello como represalia, a sus reclamaciones de salarios y de haber actuado como testigo.

El problema que se suscita en la presente litis consiste en determinar, si, -como se sostiene por la parte actora- se conculcan derechos fundamentales, al haberse producido una remoción en su puesto de trabajo, que comportó una pérdida de incentivos como coordinador y ello fue como represalia a sus reclamaciones de salario y de haber actuado como testigo, o, si por el contrario, -como se sostuvo por el magistrado de instancia y por la empresa demandada- no se ha producido violación de ningún derecho fundamental, existiendo razones empresariales objetivas y suficientes para adoptar las medidas acordadas, con conocimiento de los trabajadores y de la comisión de empleo

Como antecedentes de la cuestión litigiosa y así se desprende del inalterado relato fáctico de hechos probados, debe destacarse los siguientes A) el actor don D.V.L., con D.N.I. número ..., viene trabajando para "T.E., S.A." en Vigo, como Encargado de Grupo de Redes, con una retribución anual, en el año 2002, de 33.473,70 euros, más incentivos, como coordinador de TAC'S, desde el 01.01.99. B) El 20 de junio de 1997, la empresa convocó proceso selectivo para TAC, Área de Atención Técnica al Cliente, a la que accedieron diversos empleados de "T.E., S.A." (16), así declarados aptos por la Comisión de Evaluación en Pontevedra, para la actividad de venta, instalación y mantenimiento de productos y servicios comercializados: SIM profesional; línea RDSI, configuración PC para acceso a Internet, centralitas Década, Netcom, Neris, Movi 8 y Centrex. C) La convocatoria señalaba: "3. Características del puesto.- 3.1 funciones: Actividades de instalación y mantenimiento de productos y servicios (actuales y futuros) comercializados por Unidad de Negocio de Gran Público.- 6. Condiciones de trabajo. El personal seleccionado percibirá un incentivo variable en función de la consecución de objetivos colectivos y/o individuales. - Este párrafo fue precisado por nota informativa publicada el 30 de Junio del mismo año (1997), en los siguientes términos: 2. A partir de 1998 esta previsto implantar un sistema de incentivos, variable en función de objetivos de calidad, productividad y fidelización, pudiendo alcanzar el 20% de la retribución anual correspondiente". El plan de incentivos, entre otros particula-

res, señala: “1. individuales: 500 ptas. por cliente y año de mantenimiento en cartera, hasta alcanzar el máximo razonable (2.500-3.000 líneas de clientes por TAC), con pérdida del 5% por cada 1% de cartera perdida en el período anual; se repartirá a partes iguales entre el personal acoplado al centro.- 3. Límite máximo: Para TAC’S y personal técnico del centro la cuantía no podrá sobrepasar el 20% del salario anual correspondiente a cada empleado.” D) Para los coordinadores de TAC’S con mando directo se señalaba, en concepto de incentivo por fidelización un 5% del incentivo global que reciban los TAC’S. La cuantía máxima a percibir por ese concepto no puede sobrepasar el 10% del salario anual correspondiente a cada empleado. E) La empresa no ha reconocido los TAC’S ni les ha abonado incentivo alguno. El actor ha planteado demandar ante el Juzgado Social nº3 de Vigo, que dictó sentencia el 23.12.02, a su favor, si bien se halla recurrida en Suplicación. El día 4 de junio de 2002, compareció como testigo en procedimiento instado por los TAC’S. F) La comisión de Empleo del Convenio Colectivo 2001-2002, en acta de reunión del día 03.10.02, pone de manifiesto la figura del Encargado, e informa sobre proyectos eficientes. G) La Comisión Provincial de Gestión de Pontevedra, en acta de reunión extraordinaria de Vigo, fecha 11.12.02, hace presentación Proyecto Optima. Los folletos explicativos del proyecto se difundieron en las oficinas de la empresa. H) El Coordinador de Empresas, Sr. G.G., realizó informe sobre los cambios realizados, para adoptar el Plan Optima. I) El actor, que tenía a su cargo un grupo de 15 personas, que eran TAC’S, ha quedado como Jefe (Mando) de un grupo de 10, en que ninguno de ellos es TAC o no accedió al concurso. La empresa ha reorganizado a los operarios –OAPS- en cinco grupos de 10 personas, con un mando cada grupo.

Esto sentado, la censura jurídica formulada no puede merecer favorable acogida, así no se da esa supuesta infracción del artículo 179.2 de la L.P.L. en el que se señala. “...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.” La existencia de “indicios” no supone sin mas que se ha producido la violación de un derecho fundamental, puesto que la regulación de la carga de la prueba a que este precepto se contrae, en modo alguno puede provocar la

destrucción de la presunción de inocencia que proclama la constitución, ya que la postura de los litigantes en la modalidad procesal de la tutela de los derechos de libertad sindical, en este caso de, otros derechos fundamentales, no se modifican en lo referente a la práctica probatoria, puesto que es al accionante a quien incumbe probar, en primer término, los hechos fundamentadores de la pretensión ejercitada en la demanda, aunque, efectivamente, con la particularidad de que la prueba de la parte actora, normalmente consistirá en presunciones, a fin de constatar la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, o de algún derecho fundamental, como exige el precepto que se glosa, pero, en ningún caso queda exonerado el demandante de la aportación de medios probatorios tendentes a acreditar la concurrencia de aquellos indicios, y así se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1986 al decir “... el demandante es el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando alega la existencia de una discriminación o lesión de un derecho fundamental”. No se da pues en el trámite del proceso seguido en las presentes actuaciones la figura jurídico-procesal de la inversión de la carga de la prueba, por lo que la norma de referencia acto seguido a la constatación de indicios, añade, que corresponderá al demandado “la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”; pudiendo, pues, la actividad probatoria desplegada por el demandado dirigirse a demostrar que el comportamiento que se le achaca como constitutivo de lesión de derechos fundamentales, no es merecedor de tal calificativo, o ya a constatar la concurrencia de circunstancias justificativas de su conducta que impidan atribuir a la misma la conceptualización de ilegítima, gozando en definitiva el demandado, de todas las garantías procesales, sin merma alguna de los derechos que el citado precepto de la Carta Magna proclama.

Por lo que en aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos y a la vista de los hechos que se han declarado probados, en que la empresa ha demostrado que la modificación en las condiciones de trabajo del actor tienen su fundamento en la aplicación del llamado “Plan optima” de implantación nacional y amplia difusión en el colectivo de trabajadores de “T.E., S.A.” que afectó no solo, (o no espe-

cialmente al actor), sino a todos los trabajadores de su misma situación en la localidad y a nivel nacional, en virtud del que, el actor que tenía a su cargo un grupo de quince personas que eran TAC'S ha quedado como jefe de un grupo de diez en que ninguno de ellos es TAC, habiendo reorganizado a los operarios -OAPS- en cinco grupos de diez personas con un mando cada grupo, con la finalidad, de que todos sepan de todo, para el caso de sustituciones, urgencias, o imposibilidad, siguiendo las decisiones de la empresa sobre técnicas organizativas o de producción, aun cuando ello supuso para el actor la pérdida de incentivos, ello no implica indicio de represalia, al haberse probado la existencia de razones empresariales suficientes para acordar las medidas acordadas con exposición y conocimiento de los trabajadores y de la comisión de empleo para el convenio colectivo aplicable (fundamentación jurídica con valor de hecho probado); sin que el hecho de que pudiera existir conflictividad con la empresa, al haber presentado demanda en reclamación de incentivos, suponga indicio de represalia, pues, de seguirse este criterio la empresa se vería impedida de adoptar una sola medida que afectase a un trabajador, que en algún momento de su vida hubiese acudido a la jurisdicción laboral. En todo caso si la empresa hubiere frustrado una posibilidad de devenir incentivos debería revisarse por la vía de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 138 de la L.P.L.), y nunca a través del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales (art 181 de la L.P.L). De todo ello se infiere que el recurso debe de ser desestimado, por no existir vestigio alguno -ni siquiera indiciario- de lesión de derechos fundamentales, protegidos en los artículos 24.1 20.1 d) y 20.1 de la Constitución Española, en relación con el 179.2, de la L.P.L. y cuyo amparo tiene adecuada vía procesal en los arts. 175 a 182 de la L.P.L. En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don D.V.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, de fecha diecinueve de febrero del dos mil tres, dictada en autos núm. 88/03 seguidos a instancia de don D.V.L. contra "T.E., S.A." sobre TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3642 Recurso núm. 4.434/00

S.S. PRESTACIÓNS A FAVOR DE FAMILIARES. CARENCIA DE MEIOS PROPIOS DE VIDA E DEPENDENZA ECONÓMICA. INGRESOS, RENDAS, PENSIÓNS E SUBSIDIOS POR DEBAIXO DO SMI. COMPATÍBEL CON ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL.

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

A Coruña, a seis de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.434/00 interpuesto por INSS y TGSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 56/00 se presentó demanda por don J.S.P. en reclamación de PRESTACIÓN FAVOR FAMILIARES siendo demandado el INSS y TGSS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha doce de mayo de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor, don J.S.P., nacido el día 22 de noviembre de 1944, soltero, hijo de don P.S.R. y de doña R.P.F., fallecida el 21 de septiembre de 1999 y beneficiaria de una pensión de jubilación del Régimen Especial Agrario, convivió con su madre desde el año 1971 hasta el fallecimiento de aquélla el 21 de septiembre de 1999. El actor figura de alta en el Régimen Especial Agrario desde el 1 de diciembre de 1995. SEGUNDO.- El actor solicitó prestación a favor de familiares el 13 de octubre de 1999, que fue denegada en resolución de la D.P. del INSS de fecha 8 de noviembre de 1999 por no reunir el requisito de carencia de medios propios de vida y dedicación prolongada al cuidado del causante. TERCERO.- Se presentó reclama-

ción previa contra la resolución de 8 de noviembre de 1999, en fecha 30 de noviembre de 1999, que fue desestimada el 29 de febrero de 2000. CUARTO.- No consta que se haya presentado declaración del impuesto sobre la rentas de las personas físicas correspondiente al ejercicio 1998. El Secretario del Ayuntamiento de ... (Lugo), certifica que examinados los listados del I.B. de naturaleza rústica, urbana, actividades económicas y vehículos, don J.S.P., figura por el concepto de rústica con un valor catastral de 113.441 pesetas, de urbana con una casa y valor catastral de 169.485 pesetas de un vehículo marca ...".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por don J.S.P. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaro el derecho del actor a percibir la pensión a favor de familiares con efectos y en la cuantía legalmente establecida".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- La sentencia de instancia declaró el derecho del actor -nacido en 1944 y afiliado al REA como trabajador por cuenta propia- a percibir prestación en favor de familiares, declarando probado que no consta que el actor haya presentado declaración de IPF y que «El Secretario del Ayuntamiento de ... (Lugo) certifica que examinados los listados del IB de naturaleza rústica, urbana, actividades económicas y vehículos don J.S.P., figura por el concepto de rústica con un valor catastral de 113.441 pesetas, de urbana con una casa y valor catastral de 169.485 pesetas [y] de un vehículo marca ...».

Lo que complementa con el argumento de que lo anteriormente indicado «no es significativo de que cuente [el actor] con medios propios de vida que permitan alcanzar unos ingresos que garanticen un mínimo de subsistencia».

SEGUNDO.- Se rechaza la censura jurídica que el recurso hace, y ello en base a las siguientes consideraciones:

1ª.- Con carácter general tenemos indicado en precedentes ocasiones -SSTSJ Galicia de 18.10.99 R. 3.556/96, 05.05.00 R. 352/97, 23.10.00 R. 1.245/97, 07.12.01 R. 3.624/98, 14.11.02 R. 159/00 y 22.02.03 R. 4.989/99-, que la «la función de todo sistema de Seguridad Social, conforme al mandato del artículo 41 de la Constitución Española [...] consiste en garantizar a todos los ciudadanos asistencias y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad»; y «el problema consiste en determinar cuándo existen esos límites, de acuerdo con los criterios del legislador y no del subjetivo del interesado» (SSTS 14.10.91 Ar. 7.659 y 23.02. 98 Ar. 1.850).

2ª.- Más en concreto, tratándose de prestaciones a Favor de Familiares, se ha de reiterar doctrina jurisprudencial constantemente invocada por la Sala (SSTSJ Galicia 17.02.98 R. 1.901/95, 12.03.98 R. 2.458/95, 16.06.98 R. 4.613/95, 12.02.99 R. 708/96, 16.04.99 R. 1.419/96, 20.05.99 R. 2.461/96, 19.11.99 R. 4.395/96, 05.05.00 R. 352/97, 23.10.00 R. 1.245/97, 02.11.01 R. 2.622/98, 07.12.01 R. 3.694/98, 29.06.02 R. 1.310/99, 07.11.02 R. 4.997/99, 14.11.02 R. 159/00 y 22.02.03 R. 4.989/99) y relativa a que una razonable interpretación del art. 176. 2 LGSS/94 lleva a considerar -en hermenéutica flexible, acorde a la equidad y ajustada al espíritu de la norma- que la falta «de medios propios de vida» y la «dependencia económica» aludidas por el citado precepto, así como la expresión «vivir a expensas» utilizada por la normativa precedente y complementaria, no puede identificarse con la total inexistencia de recursos económicos o absoluta indigencia, de manera que se halla dentro del campo de acción de la normativa legal quien tiene una mínima capacidad económica con la que pueda participar en la economía de la unidad familiar de manera secundaria y coadyuvante (SSTS de 09.11.92 Ar. 8.791, 09.07.93 Ar. 5.558, 19.07.93 Ar. 5.739 y 27.04.94 Ar. 3.463), quedando únicamente excluidos como posibles beneficiarios quienes en sus ingresos, rentas, pensiones o subsidios superen el SMI, por considerarse que la política social y económica del Estado cifra en aquella dicha cuantía el límite de supervivencia, por considerarla un mínimo para atender a las necesidades más elementales de la vida (SSTS de 27.04.94 Ar. 3.463, 12.03.97 Ar. 3.389, 09.12.98 Ar. 10.496 -dictada en Sala General, correctora de criterio anterior-, 18.01.99 Ar. 809, 25.06.99 Ar. 5.785, 03.03.00 Ar. 2.594 y 27.03.00 Ar. 3.422); es más, de esta forma y por una razonable vía interpretativa, quedaría

en muchos casos enervado –incluso– el requisito adicional de no tener derecho a pensión del Estado, Provincia o Municipio o a prestaciones periódicas de la seguridad Social, siempre y cuando su importe no alcance el SMI (SSTS 09.02.98 Ar. 1.646, 09.12.98 Ar. 10.496, 18.01.99 Ar. 809, 03.03.00 Ar. 2.594); aunque en este caso, obviamente ha de optar el beneficiario entre una y otra prestación, por aplicación de la incompatibilidad de pensiones establecida en el –hoy vigente– art. 122.1 LGSS.

3ª.- Como consecuencia de la doctrina precedentemente expuesta, no parece cuestionable afirmar que el derecho a la prestación o subsidio en Favor de Familiares es perfectamente compatible –también– con el alta en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, pero en el bien entendido que la afiliación presupone en principio que el trabajo determinante de la inclusión constituye medio de vida, hasta el punto de que el solicitante de la prestación sea el que deba acreditar la insuficiencia de los ingresos para satisfacer las más perentorias necesidades de subsistencia y con ella la necesidad de la pensión o subsidio, conforme a los principios que informan la distribución de la carga de la prueba –antes en el art. 1.214 CC y ahora en el art. 217 LEC– (entre otras muchas, y en línea con la más usual doctrina de Suplicación, las SSTSJ Galicia de 30.09.93 R. 606/92, 07.07.94 R. 4.367/92, 06.10.94 R. 4.702/92, 25.09.96 R. 1.157/94, 05.04.97 R. 4.505/94, 12.03.98 R. 2.458/95, 16.06.98 R. 4.613/95, 12.02.99 R. 708/96, 16.04.99 R. 1.419/96, 20.05.99 R. 2.461/96, 19.11.99 R. 4.395/96, 02.11.01 R. 2.622/98, 07.12.01 R. 3.624/98, 29.06.02 R. 1.310/99, 07.11.02 R. 4.997/99, 14.11.02 R. 159/00 y 22.02.03 R. 4.989/99).

4ª.- La aplicación de la precedente doctrina al caso de autos nos lleva a acoger la censura normativa que se hace en el recurso, porque lo que realmente hace la decisión de instancia recurrida es invertir la carga probatoria anteriormente indicada, al entender que los datos –certificaciones impositivas– obrantes en autos no acreditan ingresos superiores a los que darían derecho a la prestación postulada, siendo así que con tal planteamiento olvida que para acceder a la prestación solicitada por parte de trabajador en activo en el REA, en realidad éste habría de demostrar de forma fehaciente –conforme se ha razonado más arriba– que sus ingresos son inferiores al límite legal de subsistencia. Y en consecuencia,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, revocamos la sentencia que con fecha 12.05.00 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Lugo, y desestimamos la demanda presentada por don J.S.P., absolviendo a la parte demandada.

3643

Autos núm. 1/03

S.S. CONFORMACIÓN DA COMISIÓNS NEGOCIADORA. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. NECESIDADE DE DEMANDAR A TODAS AS ORGANIZACIÓNS SINDICAIS IMPLICADAS NA ATRIBUCIÓN DUNHA PERCENTAXE DE REPRESENTATIVIDADE. ANULACIÓN DE ACTUACIÓNS. LITISPEN-DENZA.

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

A Coruña, a nueve de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los autos 1/03 seguidos a instancia de la UNION SINDICAL OBRERA (USO) contra la CIG, UGT, COO, FETICO, SECTOR COMERCIO ALIMENTACIÓN DE LA PROVINCIA DE LA CORUÑA.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 21 de marzo de 2003 se presentó en este Tribunal demanda interpuesta por la UNION SINDICAL OBRERA (USO) frente la Confederación Intersindical Galega (CIG), Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO), Federación Independiente Traballadores do Comercio (FETICO) y Representación Empresarial del Sector Comercio de Alimentación (A.S.A.C) con la suplica de que se dicte sentencia que

reconozca la obligación de los demandados de constituir la comisión negociadora del Convenio Provincial de A Coruña de Comercio de alimentación e hincar las negociaciones del mismo así como el derecho que asiste a la demandante a formar parte de las mismas.

Por providencia de 24.03.03 se admitió a trámite y se señaló el día 7 de mayo para los actos de conciliación y juicio, que fueron suspendidos a petición del sindicato Unión General de Trabajadores de Galicia fijándose como nuevo día para los mismos el 28 de mayo siguiente, fecha en que tuvo lugar el acto de juicio.

Abierto el acto, la parte actora se ratificó en su demanda, oponiéndose las demandas por los motivos que constan en autos.

Recibido el juicio a prueba, la actora propuso documental lo mismo que la UGT Y FETICO, que fueron declaradas pertinentes y tuvieron lugar con el resultado que en su caso se hará mención. Las demás partes no propusieron prueba alguna.

En conclusiones, las partes insistieron en sus pretensiones y las elevaron a definitivas, quedando los autos a la vista para sentencia.

Hechos declarados probados

1º.- Que en fecha 21.03.03 tuvo entrada en la Oficina de Registro de este Tribunal demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Unión Sindical Obrera (USO) contra la Confederación Intersindical Galega (CIG), la Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO), la Federación Independiente de Trabajadores del Comercio (FETICO) y la representación empresarial del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de A Coruña.

2º.- En 23.05.02, los Sindicatos codeemandados convocaron a la Asociación de Empresarios demandada para que en reunión de 11/Junio se constituyese la Mesa Negociadora del Convenio, lo que no tuvo lugar por existir dudas respecto de la representatividad correspondía a USO o bien era atribuible a USO-GALICIA. Reunión fallida que nuevamente se produjo en convocatoria de 03.12.02, esta vez a instancia de USO y con presencia de USO-GALICIA.

3º.- En las elecciones a representantes de los trabajadores en el sector de alimenta-

ción en la provincia de A Coruña, el número de Delegados obtenidos fue el siguiente:

Nombre del Sindicato	Número de Delegados
Unión General de Trabajadores (UGT)	35
Comisiones Obreras (CCOO)	47
Confederación Intersindical Galega (CIG)	11
Unión Sindical Obrera (USO)	71
Independientes (GT)	2
Federación Independiente Trabajadores del Comercio (FETICO)	50

4º.- El día 06.04.02 se constituyó el Congreso extraordinario del Consejo Nacional USO-GALICIA, en el que se resolvió (a) la plena desvinculación, desconfederación o desadhesión de la Confederación USO, (b) integración plena en la organización Unión Sindical de Trabajadores de Galicia (USTG), con pérdida de su personalidad jurídica y aportación de todo su patrimonio.

5º.- En 15.06.02, USO formuló demanda –en su modalidad de impugnación de los estatutos de los Sindicatos– contra la Unión Nacional de Galicia de la Unión Sindical Obrera (USO-GALICIA), instando la nulidad de aquellos acuerdos; demanda que fue rechazada por la STSJ Galicia 31.10.02 –Autos 6/02–, en causa a inadecuación procedimental.

6º.- En fecha 29.07.02 la Confederación USO formuló nueva demanda, que esta vez ya fue estimada por la STSJ Galicia 24.10.02 –Autos 8/02–, en la que se declaró la nulidad de los acuerdos de integración de USO-GALICIA en la Unión Sindical de Trabajadores de Galicia (USTG). Sentencia que no es firme, por estar recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Recuerda la doctrina unificada (SSTS 11.04.02 Ar. 6.008 y 17.02.00 Ar. 2.050) que «el denominado litisconsorcio pasivo necesario no viene impuesto por una norma legal expresa, sino que en la mayoría de los casos se hace precisa la relación litisconsorcial por reglas de formación jurisprudencial. A cuyo tenor es necesario extender la

demanda a todas aquelas personas o entidades a las que pueda afectar lo debatido en el proceso [...] y a esto es precisamente a lo que tiende el artículo 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa, y en este caso concreto no hay disposición legal que otra cosa establezca».

2.- Y esta misma doctrina sostiene que no ofrece dudas la posibilidad de estimar el litisconsorcio pasivo, aún para el supuesto de que no se hubiera opuesto formalmente la excepción, pues se trata de un presupuesto procesal que afecta de un modo directo a las garantías del proceso y que implica el derecho a la tutela judicial proclamado en el art. 24 CE y, por tanto, atañe al orden público del proceso y debe ser analizado de oficio por el órgano jurisdiccional (SSTC 16/1999, de 22/febrero y 25/1991, de 11/febrero).

3.- En el caso objeto de examen, en que USO se arroga una representatividad que también se atribuyen la USTG e incluso la propia USO-Galicia (así, por ejemplo, en la prueba de la UGT, el documento que con fecha 04.12.02 remite USO-Galicia a la patronal y a las restantes representaciones sindicales), es claro que el debate acerca de quién de ellas ha de formar parte de la Mesa Negociadora del convenio colectivo no puede llevarse a cabo sin que estos dos últimos Sindicatos –USTG y USO-Galicia– sean parte en el proceso, siendo así que habrán de verse afectados por lo que se debate y por lo que en su caso se resuelva sobre el fondo en el presente proceso, dándose la sorprendente circunstancia de que los mismos fueron precisamente demandados en los Autos 6/2002 y 8/2002, ya resueltos por esta Sala y pendiente el último de ellos de recurso ante el Tribunal Supremo.

Defecto que en un adecuado orden procesal es de apreciar con carácter previo a otra anomalía –también acogible de oficio, a falta de oportuna alegación de parte como excepción–, cual es la litispendencia, determinada por no estar resuelto con carácter firme lo que es presupuesto de la presente acción: la válida desvinculación de USO-Galicia respecto de la Confederación USO, y su correcta integración en la USTG. Anomalía que nos parece oportuno adelantar ya en esta senten-

cia, por las consecuencias que inevitablemente habrá de comportar.

SEGUNDO.- 1.- El haber apreciado la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal no deja resuelto en su integridad el problema, siendo así que se ha suscitado el dilema de si tal apreciación ha de conducir a desestimar la demanda, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo, o bien ha de llevar a que se anule actuaciones a efectos de que la parte pueda subsanar el defecto.

2.- Tras algunos titubeos, la doctrina unificada –STS 05.05.00 Ar. 2.772– se ha decantado por criterio ya expuesto en SSTs de 20.11.96 Ar. 8.667, 27.12.88 Ar. 9.921, 22.12.88 Ar. 9.892, 21.11.88 Ar. 8.828, 14.10.88 Ar. 7.812 y 15.12.87 Ar. 8.942, apoyándose al efecto en doctrina del Tribunal Constitucional, para la que el art. 81.1 LPL constituye un «claro mandato dirigido al juzgador para advertir de oficio de los defectos en que pueda haber incurrido la demanda y que puedan ser subsanados» (STC 16/1999, de 22 de febrero), pues «se trata, no de una mera facultad sino de una auténtica obligación legal del órgano judicial dirigida a garantizar que los importantes derechos de fondo debatidos en una demanda laboral no resulten ineficaces por el juego riguroso y formalista de la falta o defecto de los requisitos formales que pudiera imputársele a aquélla» (STC 335/94, de 19 de diciembre); a lo que añadir que si bien «es en la fase de admisión de la demanda cuando ha de tener lugar el requerimiento, también propugna la jurisprudencia que la inadvertencia inicial no precluye la obligación del órgano judicial de poner de manifiesto en un momento procesal posterior los defectos observados» (STC 25/1991, de 11 de febrero).

Más específicamente y con mayor detalle, la STS 15.12.87 Ar. 8.942 –citada por la ya referida STS 05.05.00 Ar. 2.772– argumenta que una correcta interpretación del art. 72 LPL (hoy art. 81) «impone solamente al Magistrado de instancia el examen de oficio de la concurrencia de todos los requisitos generales que en los distintos escritos de demanda exige el precedente artículo 71, para advertir a la parte de los defectos u omisiones en que haya incurrido aquél, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días, bajo apercibimiento de archivo de los autos, pero no le compele a controlar “ab initio” el cumplimiento de todos los presupuestos procesales exigibles, entre ellos la indagación de las personas que por ser titulares aparentes de un derecho susceptible

de ser desconocido deben ser traídas al proceso, entre otras razones porque su conocimiento anticipado al momento de presentación de la demanda se hace imposible en ocasiones y sólo en fases más avanzadas del procedimiento, una vez realizada la actividad probatoria, se revela la necesidad de su vocación a juicio».

En consecuencia y siguiendo también precedentes de esta misma Sala (Sentencias de 08.10.99 R. 3.920/99, 13.05.99 R. 1.801/96, 11.05.99 R. 2.165/96, 10.12.98 R. 4.391/98, 30.11.98 R. 4.232/98, 10.11.98 R. 4.901/95, 23.10.98 R. 4.469/95, 22.09.98 R. 3.139/98, 19.05.98 R. 5.264/95, 12.09.97 R. 4.321/94, 22.10.96 R. 2.933/94 ...) respecto de la apreciación de oficio del defecto y de su obligada consecuencia de anular actuaciones,

Fallamos

Que sin entrar a conocer la cuestión de fondo suscitada por la UNIÓN SINDICAL OBRERA frente a la Confederación Intersindical Gallega (CIG), la Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO), la Federación Independiente de Trabajadores del Comercio (FETICO) y la representación empresarial del Sector de Comercio de Alimentación de la provincia de A Coruña, apreciamos de oficio defectuosa constitución de la relación jurídica procesal y anulamos actuaciones desde la providencia de admisión a trámite de la demanda, al objeto de conceder a la parte accionante el plazo de cuatro días a partir de la notificación de esta sentencia para subsanar la demanda, corrigiendo la falta de reclamación frente a la Unión Sindical Obrera de Galicia (USO-GALICIA) y la Unión Sindical de Trabajadores de Galicia (USTG), con la advertencia de que en caso contrario se procederá –sin más trámite– al archivo de la demanda.

3644 Recurso núm. 2.220/03

S.S. APLICACIÓN DISCRIMINATORIA DE PRECEPTO DE CONVENIO COLECTIVO. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. RELACIONES ENTRE O PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO E O PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS.

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

A Coruña, a diez de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.220/03 interpuesto por empresa “A., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 87/03 se presentó demanda por SINDICATO COMISIONES OBRERAS (CC.OO) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandada la empresa “A., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 28 de febrero de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- La central Sindical Comisiones Obreras promovió conflicto colectivo contra la empresa “A., S.A” por afectar a los trabajadores del centro de trabajo de la empresa sito en ... en número aproximado de 120 trabajadores (18 hombres y unas 100 mujeres) teniendo como objeto de controversias la aplicación del art. 8.3 del texto refundido de todos los pactos colectivos anteriores del personal de limpieza de la ciudad sanitaria “Juan Canalejo” de A Coruña y que expone lo siguiente: “Mensualmente se pagará la cantidad de 1.200 pesetas al personal masculino del Hospital Juan Canalejo que realiza guardias (domingos, festivos) por el concepto de ropas de abrigo, y también se pagará a todos aquellos trabajadores que, por motivos de trabajo, no descansen la libranza del tercer sábado en sábado, sino que vienen gozando la libranza de los sábados de un modo quincenal (encargados, personal femenino del turno de tarde de la Escuela de Enfermería y el personal del hospital de Oza). En el momento en que estos trabajadores gocen la libranza como lo vienen haciendo los demás trabajadores, dejarán de percibir dicha cantidad. Dicha cantidad no será ni absorbible ni compensable por ningún otro concepto.”. 2.- El convenio colectivo de la empresa “L.A.” – titulado como Texto Refundido de todos los pactos colectivos anteriores del personal de

limpieza de la ciudad sanitaria “Juan Canalejo” de A Coruña- que la fecha de su firma era la empresa concesionaria del servicio de limpieza de la Ciudad Sanitaria Juan Canalejo, constituye hoy el marco normativo convencional del personal objeto del presente conflicto, al suceder la empresa “A., S.A.” a aquella otra en el mismo servicio. 3.- Se realizó comparecencia ante la Delegación Provincial de A Coruña el 15.01.03, con el resultado de “sin avenencia” y cuya acta se tiene por reproducida en su totalidad. 4.- El proceso se inició mediante comunicación de la autoridad laboral en la que se expone: “No se está a juzgar en el presente procedimiento la ilegalidad de dicha disposición, ya que un pronunciamiento de esa naturaleza debe ser solicitada siguiendo los cauces procesales del procedimiento de impugnación de convenios colectivos. Lo que aquí se está a dilucidar es si la aplicación del convenio en cuestión contiene alguna discriminación por razón de sexo, como se deduce del escrito presentado por el promotor del conflicto.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por CCOO contra la empresa “A., S.A.”, debo declarar y declaro que la aplicación del art. 8.3 del Convenio Colectivo de la empresa Limpiezas Abeto –titulado texto refundido de todos los pactos colectivos anteriores del personal de limpieza de la Ciudad Sanitaria Juan Canalejo de A Coruña, publicado en el BOP de 08.02.95, contiene discriminación por razón de sexo, debiendo abonarse las cantidades expuestas en el art. 8.3 tanto al personal masculino o femenino que realice los presupuestos de hecho de la referida norma, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por tal declaración.”.

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

fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre “A., S.A.” en solicitud de que se declare la nulidad de la sentencia recurrida o, subsidiariamente, se revoque la misma “previa declaración de nulidad del tercer párrafo del art. 8º del Convenio Colectivo “L.A.” por ser discriminatorio por razón de sexo, lo declare inaplicable y que no producirá efecto alguno por ser discriminatoria la eventual aplicación de dicho párrafo”. A estos

efectos formula la recurrente los siguientes motivos: al amparo del art. 191.A LPL, denuncia infracción del art. 97 LPL y 218.1 LEC, por incongruencia de la sentencia recurrida; al amparo del art. 191.A LPL, denuncia infracción del art. 97.2 LPL y 24 CE, por figurar en el HDP.4º conceptos jurídicos predeterminantes del Fallo y, en otro caso, vía art. 191.B LPL, se revise el HP.4º; al amparo del art. 191.B LPL, interesa la revisión el HP.2º; y al amparo del art. 191.C LPL denuncia infracción de.l art. 17.1 ET y 14 CE y de la STS de 12/2/02.

SEGUNDO.- Dice el recurrente en el primer motivo del recurso que la parte dispositiva de la sentencia dictada en la instancia contiene un pronunciamiento no pedido (en cuanto condena a abonar) y omite otro solicitado en la litis, el de la declaración previa de nulidad del propio art. 8.3 del Convenio Colectivo por contener una discriminación prohibida por el art. 17 del ET. A este respecto, la parte termina el motivo insistiendo en que en el acto de Juicio “solicitó la declaración previa de la nulidad de la cláusula, para extraer de esa declaración de nulidad la consecuencia de que su aplicación es nula y ello de acuerdo...”.

No siendo decisivamente relevantes para la resolución de lo que así se plantea los motivos 2º y 3º del recurso, en esencia ambos relativos a los HDP, en el motivo 4º y último del recurso la empresa viene a retomar la cuestión que, desde otra perspectiva, vino a dejar expuesta en el primer motivo. Dice la parte al hilo de denunciar la infracción del art. 17.1 ET y 14 CE que no se está en presencia de una cláusula de un Convenio “en sí no discriminatoria que es aplicada discriminatoriamente en razón al sexo por la empresa. Contrariamente a ello la discriminación por razón del sexo constituye el cuerpo de la cláusula y además, dicha discriminación se produce... en ambos sentidos...”.

TERCERO.- Subyace en la argumentación del recurrente una problemática procedimental. La sentencia dictada con la instancia, a partir de que no se está en un proceso de impugnación de Convenio Colectivo, en sus fundamentos jurídicos 2º y 3º menciona diferencias entre el proceso de Conflicto Colectivo y el de impugnación de Convenio Colectivo y afirma que las normas al efecto son, incluso, de orden público, si bien para considerar acto seguido que “tal y como se plantea el conflicto colectivo, el mismo no se refiere a la legalidad del convenio o de algún artículo, sino si el

mismo, en su aplicación, contiene alguna discriminación por razón de sexo, por lo que el procedimiento se considera adecuado en este sentido, no pudiendo resolverse, como pretende la empresa, sobre la nulidad del art. 8.3 del Convenio Colectivo, que podrá hacerse en el procedimiento adecuado". La Sala, sin embargo llega a otras consideraciones al respecto.

CUARTO.- CC.OO promueve frente a la empresa "A., S.A." el proceso de Conflicto Colectivo presente de conformidad con lo dispuesto en el art. 156 LPL y siendo su objeto "la aplicación discriminatoria" del art. 8.3 del Convenio Colectivo de que se trata, denominado Texto Refundido de todos los pactos colectivos anteriores del personal de limpieza de la ciudad sanitaria "Juan Canalejo" de A Coruña, F. 10 y siguientes, BOP de 08.02.95, y que no fue suscrito por el Sindicato actor y "A., S.A.", sino por la empresa entonces afectada "L.A." y los trabajadores, en cuyo sentido también resulta explícito el HDP.2º. Asimismo, en la comunicación de inicio del procedimiento de Conflicto Colectivo remitida al Juzgado por la Delegación Provincial – Consellería de Xustiza, Interior y Relacións Laborais, se hace constar que "no se está a juzgar en el presente procedimiento la ilegalidad de dicha disposición, ya que un pronunciamiento de esa naturaleza debe ser solicitado por los cauces procesales del procedimiento de impugnación de Convenios Colectivos...", y que "se deduce de lo actuado que, con independencia de la ilegalidad por discriminatorio del art. 8 del Convenio Colectivo en cuestión, su aplicación es igualmente discriminatoria...". El referido art. 8.3 del Convenio dispone lo siguiente "Mensualmente se pagará la cantidad de 1.200 pesetas al personal masculino del Hospital Juan Canalejo que realiza guardias (domingos, festivos) por el concepto de ropas de abrigo, y también se pagará a todos aquellos trabajadores que, por motivos de trabajo, no descansen la libranza del tercer sábado en sábado, sino que vienen gozando la libranza de los sábados de un modo quincenal (encargados, personal femenino del turno de tarde de la Escuela de Enfermería y el personal del hospital de Oza). En el momento en que estos trabajadores gocen la libranza como lo vienen haciendo los demás trabajadores, dejarán de percibir dicha cantidad. Dicha cantidad no será ni absorbible ni compensable por ningún otro concepto."

Si bien el art. 151.1 LPL dispone que se tramitarán a través del proceso de conflictos colectivos las demandas que afecten a intere-

ses generales... y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo..., y el art. 161.1 (capítulo IX. De la impugnación de Convenios Colectivos) que la impugnación de un Convenio Colectivo "por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros...", es lo cierto que el art. 151.2 LPL establece que "también se tramitará en este proceso –en alusión al de Conflictos Colectivos- la impugnación de Convenios Colectivos de conformidad con lo dispuesto en el capítulo IX del presente Título"; y el art. 161.3 LPL dispone, en armonía con ello, que cuando la autoridad laboral no insta la impugnación del Convenio o este ya hubiera sido registrado la impugnación del mismo podrá instarse directamente por los legitimados al efecto "por los trámites del proceso de conflicto colectivo". Sin embargo, esta remisión que se hace al proceso de conflicto colectivo es –y así lo ha declarado el TS en sentencias como las de 12.02.96, 25.03 y 11.06.97- 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... y la propia sentencia, no siendo además acumulables las acciones de conflicto colectivo y de impugnación de Convenio (art. 27 LPL).

Esto significa que, a pesar de que la impugnación del Convenio podría realizarse por los interesados a través del proceso de Conflicto Colectivo, en el caso presente no se efectúa tal cosa, ni por formulación en sí misma ni por presencia de las partes obligadas..., de tal manera que no es factible en este proceso abordar y resolver lo que es propio del de impugnación de Convenio Colectivo, no estando siquiera en él el Ministerio Fiscal (art. 163 LPL). No cabe, pues, lo que resolvía la STS de 11.06.97 (RJ. 5.393), que rechazó la excepción de inadecuación de procedimiento acogida por el TSJ de oficio, pero dejando argumentado lo siguiente: "... es cierto que la Sala de instancia, al estimar de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento en sus razonamientos transcribe la doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en las Sentencias de 10 de mayo de 1995 (RJ 1995/3.758), 12 de febrero de 1996 (RJ 1996/1.011) y 25 de marzo de 1997 (RJ 1997/2.617), que tiene declarado, que cuando como aquí sucede, lo que se está impugnando es un acuerdo colectivo, naturaleza que nadie discute tiene el Acuerdo de autos, debe tramitarse por la modalidad proce-

sal regulada en los artículos 161 a 164 de la LPL, pues si bien el artículo 161.3 invocado por el recurrente, establece que en supuestos como el presente la impugnación puede instarse a través “de los trámites del proceso de conflicto colectivo”, como ha señalado esta Sala con reiteración, esta 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 de juicio y la propia sentencia; ahora bien, si como también aquí sucede, y se hace constar en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, “el contenido de la demanda y su “petitum” es equivalente a la de impugnación de convenio colectivo” reuniendo por lo demás los requisitos enumerados en el art. 162 de la LPL, propio de dicho proceso, estando citado el Ministerio Fiscal, concretándose la legislación y los extremos que se consideren conculcados en el Acuerdo, relacionando y demandándose a los representantes integrantes de la Comisión Negociadora del Convenio acompañándose el Acuerdo y copias, el hecho de que formalmente la demanda se denomine de conflicto colectivo, no puede ser determinante para en este caso se estime la inadecuación de procedimiento...”.

QUINTO.- Desde la diferenciación procedimental dicha, imperativa ex lege, la cuestión aquí planteada en torno al art. 8.3 del Convenio Colectivo no permite separar o diferenciar discriminación en su aplicación o interpretación y examen de legalidad intrínseca. Lo que se está cuestionando y planteando en el proceso es también y en todo caso la legalidad del precepto en sí mismo, en su propia formulación, y no una cuestión distinta autónoma y/o diferenciable de ella de aplicación-interpretación. La petición del Conflicto Colectivo sólo es entendible y atendible –con verdadera acción al efecto- a partir de la aplicación del precepto del Convenio de que se trata; y lo que se pide en la demanda y se hace por el Juzgador, al margen de cómo se denomine formalmente, es también innovar la previsión de Convenio, no censurar una inaplicación o aplicación –interpretación del precepto. Y ello impone, se sostenga lo pretendido por la parte actora o lo alegado por la empresa, la misma vía de la impugnación del Convenio y/o en todo caso respetando sus exigencias propias en cuanto a partes obligadas..., quedando aquí vedado el examen de la cuestión por no

cumplirse las mismas. En suma, si en este proceso, tal como se ha planteado, con y frente a quien, está vedado examinar la legalidad del convenio, esto es, la posible nulidad por ilegalidad de precepto del Convenio en cuestión, también lo está conocer de y resolver la pretensión de demanda, resultando así inadecuado el procedimiento y en todo caso imposibilitándolo la ausencia de partes obligadas al efecto. La consecuencia ha de ser, y en ello se ha de traducir el resultado del recurso interpuesto y sus alegaciones fundamentales, el acogimiento ex officio de una inadecuación de procedimiento y falta litisconsorcial, al imponer la materia en cuestión lo propio de la impugnación de convenio, en cuyo contexto será factible el examen y resolución de todo lo necesario en orden a lo que se plantea.

Por lo razonado,

Fallamos

Que conociendo del recurso de suplicación interpuesto por la empresa “A., S.A.” contra la sentencia dictada en fecha 28.02.03 por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña en autos de proceso de Conflicto Colectivo seguidos bajo el nº 87/03 a instancia del Sindicato CC.OO., revocamos dicha sentencia por apreciar de oficio la inadecuación del procedimiento seguido y defecto litisconsorcial, desestimando la demanda y absolviendo en razón de ello y sin perjuicio de las acciones oportunas a ejercitar en el modo legalmente correspondiente.

3645 Recurso núm. 2.097/03

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. XESTIÓN INDIRECTA DO SERVIZO DE LIMPEZA. INTERPRETACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. CONCEPTO DE SERVIZO PORTUARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luís Martínez López

A Coruña, a once de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.097/2003, interpuesto por don J.B.C. por el Comité de Empresa de la “Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 301-2002 se presentó demanda por don J.B.C., en su calidad de miembro del Comité de Empresa de la “Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián” y actuando en nombre y representación del mismo en reclamación de Conflicto Colectivo siendo demandados la AUTORIDAD PORTUARIA DE FERROL-SAN CIPRIAN y EMPRESA “C., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de enero de 2003 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- El demandante, don J.B.C., fue designado el día 18 de abril de 2002 por el Comité de Empresa de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián para que emprendiese acciones legales conducentes a plantear conflicto colectivo sobre la privatización del servicio de limpieza de la Autoridad Portuaria. 2.- El día 10 de agosto de 2001, se reúne la Dirección con el Comité de Empresa con el objeto de deliberar sobre la externalización del Servicio de Limpieza que hasta el momento se venía realizando por personal de la Autoridad Portuaria, en concreto se ocupaban de ese trabajo dos empleadas: Doña J.M.G., de categoría profesional, peón nivel 1 y doña M^a.C.R.C., de categoría profesional, peón nivel 1. La primera accedió a la jubilación, siendo sustituida mediante la contratación de un auxiliar de administración, nivel 6, con carácter temporal, por un año. La segunda trabajadora pasó a desempeñar funciones de ordenanza. 3.- La empresa calculó el coste del servicio de limpieza durante el año 2000 en 7.944.965 ptas., y analizando las tarifas existentes en el mercado, de empresas especializadas en trabajos de limpieza de edificios, llegó a la conclusión de que el importe aproximado que puede suponer para la Autoridad Portuaria la realización por parte de dichas empresas, de los mismos trabajos realizados por la Autoridad Portuaria es de 6.400.000 pts (precios del año 2001).- 4. El 14 de septiembre de 2001 se celebra una nueva

reunión Dirección-Comité de Empresa para tratar sobre la gestión indirecta del servicio de limpieza, sin que por las partes se llegue a ningún acuerdo. 5.- El día 28 de septiembre de 2001 la Autoridad Portuaria anuncia la apertura de un concurso abierto ordinario para licitar la contratación de trabajos de limpieza en sus edificios. El Presupuesto base de licitación o canon de explotación es de 48.080 euros, iva incluido.- 6.- En fecha 4 de octubre de 2001, el Comité de Empresa acuerda por unanimidad solicitar a la Comisión Paritaria, en base a lo dispuesto en la Disposición Final primera a) del vigente I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del estado y Autoridades Portuarias, que medie en este conflicto al fin de paralizar el proceso ya iniciado, por parte de la empresa y Consejo de Administración, de concurso del servicio de limpieza de este Puerto. 7.- El día 30 de octubre de 2001 se reúnen en Madrid, previa convocatoria, los miembros de la Comisión Paritaria del I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias al objeto de abordar el Orden del Día correspondiente a dicha convocatoria: “Conflicto colectivo en la Autoridad Portuaria de Ferrol sobre aplicación de la Disposición Final del I Convenio Marco”. La reunión concluye sin acuerdo entre las partes. 8.- El día 18 de octubre de 2001 se reúne la mesa de contratación y adjudicación del concurso para la limpieza de edificios de la Autoridad Portuaria que decide por unanimidad proponer al Órgano de Contratación de la Autoridad Portuaria que el concurso sea declarado desierto, lo que así acuerda el Presidente por Resolución de 25 de octubre de 2001. 9.- Por Resolución de fecha 2 de noviembre de 2001, el Presidente de la Autoridad Portuaria acuerda la tramitación del expediente de “Limpieza de edificios en el Puerto de Ferrol” por el procedimiento de adjudicación directa. 10.- Por Resolución de fecha 26 de noviembre de 2001, el Presidente de la Autoridad Portuaria acuerda adjudicar las obras comprendidas en el Proyecto: “Limpieza de edificios de la Autoridad Portuaria” a la empresa “C., S.A.” en la cantidad de 48.563,20 euros (I.V.A. incluido), y en un plazo de ejecución de un año. 11.- En fecha 1 de diciembre de 2001, don G.G.C., en su calidad de Presidente de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián, de una parte, y don J.J.R.H., actuando en representación de “C., S.A.”, de otra, suscriben un contrato de arrendamiento de servicios que tiene por objeto la realización por la empresa adjudicataria del servicio de limpieza de los edificios de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián, contrato que obra

incorporado en el ramo de prueba de la empresa codemandada y cuyo contenido se da por reproducido. 12.- Por R.D. 1.590/1992 de 23 de diciembre se acuerda que la administración del Puerto de San Ciprián en la Provincia de Lugo, adscrito a la Comisión Administrativa del Grupo de Puertos, corresponderá a la Autoridad Portuaria de Ferrol, denominándose desde entonces Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián sucediendo a la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos en la titularidad del patrimonio de este Organismo en la provincia de Lugo y quedando subrogada en su misma posición en las relaciones jurídicas de las que esta fuera parte respecto del Puerto de San Ciprián, adscribiéndose igualmente los correspondientes bienes de dominio público y los incluidos en las zonas I y II de las aguas del Puerto. 13.- La Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián se rige por el I Convenio marco de relaciones laborales de puertos del Estado y Autoridades Portuarias y definición de puestos de trabajo, cuya Disposición Final I establece lo siguiente: “a) Prestación de servicios, jubilaciones anticipadas y voluntarias. Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias afectadas por este Convenio Marco se comprometen a mantener la prestación de los servicios que actualmente se presten en régimen de gestión directa, siempre que los mismos se realicen, sin menoscabo de su calidad, y en términos de rentabilidad y competitividad con otras modalidades de prestación de los mismos, y de acuerdo con criterios de racionalidad en la organización del trabajo y en el funcionamiento de las operaciones portuarias. A tal fin se propondrán las medidas necesarias que permitan una adecuada prestación de los servicios portuarios, mediante el régimen de gestión directa de los mismos, o bien excepcionalmente, mediante la aplicación del sistema de gestión indirecta en aquellas circunstancias en las que las Autoridades Portuarias puedan carecer de la rapidez, la especialidad y el estímulo necesarios. Cuando los Entes Públicos o los representantes legales de los trabajadores consideren que un Servicio no se está prestando en las condiciones establecidas en los párrafos anteriores, se establecerán a petición de cualquiera de las partes, las oportunas negociaciones, que tendrán por objeto analizar la viabilidad y competitividad de los servicios prestados en régimen de gestión directa. De no llegarse a un acuerdo entre las partes en un plazo de 15 días a partir del comienzo de las negociaciones, éstas elevarán su informe a la Comisión Paritaria, quien deberá pronunciarse en un plazo de 10 días. Las referidas negociaciones,

se realizarán bajo el objetivo de un aprovechamiento óptimo de las instalaciones y del tiempo de trabajo disponibles, analizando los elementos que inciden en la misma. Entre otros y a título enunciativo: adecuación de las infraestructuras, movilidad funcional, cualificación profesional, complementos salariales, sistemas de trabajo, flexibilidad horaria, seguridad. (...)”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento formulada por la codemandada Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián y empresa “C., S.A.” frente a la demanda interpuesta por el Comité de Empresa de la citada Autoridad Portuaria y desestimando también dicha demanda debo declarar y declaro no haber lugar a ella, absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas 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

ÚNICO.- La pretensión deducida en la demanda sobre conflicto colectivo promovida por don J.B.C. en calidad de miembro del Comité de Empresa y actuando en nombre y representación del mismo, tenía por objeto solicitar la declaración de nulidad de la decisión de la Autoridad Portuaria de Ferrol – San Ciprián de contratar el servicio de limpieza de las instalaciones del centro de trabajo del puerto de Ferrol a la empresa “C. S.A.”, por considerar que tal decisión no se ajusta a lo dispuesto en el I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias. La sentencia de instancia desestima la demanda entablada y contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la representación letrada del demandante para denunciar, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L., la infracción por aplicación errónea de los dispuesto en el artículo 66 de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, al considerar que el servicio de limpieza de las instalaciones portuarias es una actividad de prestación que tiende a la consecución de los fines que las autoridades portuarias se asignan por la presente ley, y por lo tanto debe recibir la misma consideración que el resto de los servicios portuarios, quedando encuadrada en la

descripción que la ley 27/1992 de Puertos del estado y Marina Mercante hace de los servicios citados. También denuncia la infracción de lo dispuesto en la disposición final primera del Convenio Colectivo aplicable, al no seguirse el procedimiento establecido en el mismo para la externalización de un servicio.

Para una mejor comprensión de la cuestión debatida es preciso partir de los siguientes datos y circunstancias: a) En el centro de trabajo del puerto de Ferrol se efectuaba la limpieza de sus instalaciones por personal de la misma, en concreto se ocupaban de dicho trabajo dos empleadas con la categoría profesional de peón, nivel 1, una de las cuales accedió a la jubilación y la otra pasó a desempeñar funciones de ordenanza. El día 10 de agosto de 2001 se llevó a cabo una reunión de la Dirección con el Comité de Empresa al objeto de deliberar sobre la externalización del servicio de limpieza, sin alcanzarse un acuerdo. Con el mismo resultado y por idéntico motivo, esto es tratar sobre la gestión indirecta del servicio de limpieza, se celebró una nueva reunión el 14 de septiembre de 2001; b) El día 27 de septiembre de 2001 la Autoridad Portuaria anuncia la apertura de un concurso abierto ordinario para licitar la contratación de trabajos de limpieza en sus edificios. En fecha 4 de octubre de 2001, el Comité de Empresa acuerda por unanimidad solicitar a la Comisión Paritaria, en base a lo dispuesto en la Disposición Final primera a) del vigente I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del estado y Autoridades Portuarias, que medie en este conflicto al fin de paralizar el proceso ya iniciado, por parte de la empresa y Consejo de Administración, de concurso del servicio de limpieza de este Puerto. El día 30 de octubre de 2001 se reúnen en Madrid, previa convocatoria, los miembros de la Comisión Paritaria del I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias al objeto de abordar el Orden del Día correspondiente a dicha convocatoria: "Conflicto colectivo en la Autoridad Portuaria de Ferrol sobre aplicación de la Disposición Final del I Convenio Marco". La reunión concluye sin acuerdo entre las partes. El día 18 de octubre de 2001 se reúne la mesa de contratación y adjudicación del concurso para la limpieza de edificios de la Autoridad Portuaria que decide por unanimidad proponer al Órgano de Contratación de la Autoridad Portuaria que el concurso sea declarado desierto, lo que así acuerda el Presidente por Resolución de 25 de octubre de 2001. Por Resolución de fecha 2 de noviembre de 2001, el Presidente de la Autori-

dad Portuaria acuerda la tramitación del expediente de "Limpieza de edificios en el Puerto de Ferrol" por el procedimiento de adjudicación directa y c) Por resolución de fecha 26 de noviembre de 2001, el Presidente de la Autoridad Portuaria acuerda adjudicar las obras comprendidas en el proyecto: "Limpieza de edificios de la Autoridad Portuaria" a la empresa "C., S.A." en la cantidad de 48.563,20 euros y un plazo de ejecución de un año.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si la externalización del servicio de limpieza de las instalaciones del centro de trabajo del Puerto de Ferrol, llevada a cabo por la Autoridad Portuaria de Ferrol – San Ciprián, es contraria y conculca lo establecido en la Disposición Final Primera del Convenio Colectivo Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, como propugna la parte demandante y en base a lo cual pide se declare la nulidad de tal decisión; o por el contrario, como ha entendido la sentencia de instancia, la norma que se denuncia infringida no es de aplicación al supuesto de autos, de modo que la decisión de externalizar el servicio de limpieza de las oficinas, aseos y otras dependencias del Puerto de Ferrol, forma parte de las facultades integradas en la libertad de la empresa, siempre que se respeten los límites y condicionantes establecidos por las normas laborales en garantía de los derechos de los trabajadores.

La Disposición Final Primera del Convenio aludido dispone que "Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias afectadas por este Convenio Marco se comprometen a mantener la prestación de los servicios que actualmente se prestan en régimen de gestión directa, siempre que los mismos se realicen, sin menoscabo de su calidad, y en términos de rentabilidad y competitividad con otras modalidades de prestación de los mismos, y de acuerdo con criterios de racionalidad en la organización del trabajo y en el funcionamiento de las operaciones portuarias. A tal fin se propondrán las medidas necesarias que permitan una adecuada prestación de los servicios portuarios, mediante el régimen de gestión directa de los mismos, o bien excepcionalmente, mediante la aplicación del sistema de gestión indirecta en aquellas circunstancias en las que las Autoridades Portuarias puedan carecer de la rapidez, la especialización y el estímulo necesarios". A continuación se establecen las negociaciones que han de llevarse a cabo entre los Entes Públicos y los representantes

legales de los trabajadores cuando se considere que un servicio no se está prestando en las condiciones establecidas.

Cuando el citado texto está aludiendo a los servicios portuarios sin duda se está refiriendo a aquellas actividades encomendadas por ley a la Autoridad Portuaria para el cumplimiento de sus fines, pues así viene definido tal concepto en el invocado artículo 66 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de Puertos del Estado y Marina Mercante, en el que se define y delimita aquel concepto, al señalar que son servicios portuarios, las actividades de prestación que tiendan a la consecución de los fines que a las Autoridades Portuarias se asignan por la presente ley y se desarrollan en su ámbito territorial. Añadiendo, además, que en todo caso tendrán este carácter los siguientes: El practica-je. El remolque portuario. La disponibilidad de las zonas de fondeo y la asignación de puestos de fondeo. El amarre y desamarre de los buques, atraque, y, en general, los que afecten al movimiento de las embarcaciones. El accionamiento de esclusas. La puesta a disposición de espacios, almacenes, edificios e instalaciones para la manipulación y almacenamiento de mercancías y vehículos y para el tránsito de éstos y de pasajeros en el puerto. La puesta a disposición de medios mecánicos, terrestres o flotantes para la manipulación de mercancías en el puerto. El suministro a los buques de agua y energía eléctrica y de hielo a los pesqueros. La recogida de basuras y la recepción de residuos sólidos y líquidos contaminantes procedentes de buques, plataformas u otras instalaciones fijas situadas en la mar. Los servicios contra incendios, de vigilancia, seguridad, policía y protección civil portuarios, sin perjuicio de los que correspondan al Ministerio del Interior o a otras Administraciones Públicas. Las labores de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías objeto de tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria, se regularán y ejercerán de acuerdo con su normativa específica. Asimismo, corresponde a las Autoridades Portuarias prestar el servicio de señalización marítima en el ámbito geográfico que se les asigne. Las actividades y servicios prestados por las Autoridades Portuarias se registrarán por las normas del Derecho privado.

Por eso cuando la Disposición Final Primera del Convenio Colectivo aplicable menciona los servicios portuarios se está refiriendo a todos y cada uno de los arriba mencionados, prestados por las Autoridades Portuarias, entre los que no se encuentra, como no podía ser de

otro modo, las tareas de limpieza de oficinas, aseos y otras dependencias de los propios centros de trabajo, pues dicho cometido no se encuentra entre los fines asignados por ley a las Autoridades Portuarias, cuyos objetivos generales son, según el artículo 36 de la repetida Ley 27/1992 de 24 de noviembre de Puertos del Estado y Marina Mercante: a) La realización, autorización y control, en su caso, de las operaciones marítimas y terrestres relacionadas con el tráfico portuario y de los servicios portuarios para lograr que se desarrollen en condiciones óptimas de eficacia, economía, productividad y seguridad, sin perjuicio de la competencia de otras autoridades. b) La ordenación de la zona de servicio del puerto y de los usos portuarios, en coordinación con las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo. c) La planificación, proyecto, construcción, conservación y explotación de las obras y servicios del puerto, y el de las señales marítimas que tengan encomendadas, de acuerdo con la planificación general, especificaciones y coordinación que establezca Puertos del Estado. d) La gestión del dominio público portuario y de señales marítimas que le sea adscrito. e) La optimización de la gestión económica y la rentabilización del patrimonio y de los recursos que tengan asignados. f) El fomento de actividades industriales y comerciales relacionadas con el tráfico marítimo o portuario. g) La coordinación de las operaciones de los distintos modos de transporte en el espacio portuario.

Por ello cuando la sentencia de instancia desestima la pretensión deducida en el escrito rector de anular la medida adoptada por la Autoridad Portuaria de Ferrol – San Ciprián, al considerar que la norma que se invoca no es aplicable a la decisión adoptada por la demandada de externalizar la limpieza de las oficinas, aseos y otras dependencias del puerto de Ferrol, ha de estimarse correcta y ajustada a derecho, lo que conlleva la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

En consecuencia,

Fallamos

Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por don J.B.C. por el Comité de Empresa de la “Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de Ferrol, de fecha 20 de enero de 2003, confirmando la expresada resolución.

3646 Recurso núm. 1.503/03

S.S. DETERMINACIÓN DO SALARIO REGULADOR DA INDEMNIZACIÓN CORRESPONDENTE A DESPEDIMENTO DECLARADO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a doce de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.503/2003 interpuesto por DEMANDANTE Y DEMANDADO contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.A.O.A. y otros en reclamación de DESPIDO siendo demandado doña D.N.L. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 162/2002 sentencia con fecha cuatro de noviembre del 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 don M.A.O.A. prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada doña D.N.L., dedicada a la actividad de ambulancias y con domicilio en Santiago, con antigüedad desde el uno de febrero de mil novecientos noventa y seis, con categoría profesional de conductor de ambulancias y percibiendo un salario mensual de ochocientos cincuenta y ocho euros con cuarenta y cuatro céntimos (858,44 euros), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. Segundo.- Que don J.C.F.P. prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada doña D.N.L., dedicada a la actividad de ambulancias y con domicilio en Santiago, con antigüedad desde el uno de febrero de mil novecientos noventa y seis, con categoría profesional de conductor de ambu-

lancias y percibiendo un salario mensual de ochocientos sesenta y cuatro euros con cincuenta y un céntimos (864,51 euros), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. Tercero.- Que don F.M.M.G. prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada doña D.N.L., dedicada a la actividad de ambulancias y con domicilio en Santiago, con antigüedad desde el ocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco, con categoría profesional de conductor de ambulancias y percibiendo un salario mensual de ochocientos setenta y tres euros con seis céntimos (873,06 euros), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras./ Cuarto.- Que don F.M.M.G. y don M.A.O.A. prestaban sus servicios en el puesto base de ambulancias de Riveira y don J.C.F.P. en el puesto base de ambulancias de Boiro, siendo la jornada de todos ellos de 10 a 14 horas y de 18 a 22 horas. Quinto.- Que don M.A.O.A. se encontraba tomando un refrigerio en la cafetería del Hospital Comarcal del Barbanza durante su jornada laboral del día tres de mayo de dos mil uno, imponiéndole la empresa sanción por la comisión de faltas graves del artículo 3, subapartados 3 y 6, de amonestación por escrito y cinco días de suspensión de empleo y sueldo, por abandono de puesto de trabajo sin causa justificada y desobedeciendo las órdenes e instrucciones internas de la empresa y agotada la vía previa, el actor presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, siendo turnada al Juzgado nº 2 y dictándose sentencia en fecha catorce de septiembre de dos mil uno, Autos 508/2001, por la que se desestimada la demanda y se confirmaba la sanción impuesta. Sexto.- Que acudiendo don M.A.O.A., el actor, en su jornada laboral a la cafetería del Hospital Comarcal del Barbanza, la empresa le notificó al actor boletines de sanción por la comisión de los siguientes hechos y con las siguientes sanciones: 1º boletín: Abandonar el día nueve de mayo de dos mil uno su puesto de trabajo dieciocho minutos antes de la finalización de su turno vespertino de guardia sin mediar aviso o justificación de ningún tipo. Encontrarse los días nueve y dieciocho de mayo de dos mil uno tomando sendos refrigerios en la Cafetería del Hospital Comarcal del Barbanza, durante su turno de guardia, abandonando su puesto de trabajo sin causa justificada y desobedeciendo las órdenes e instrucciones internas de la empresa. Sanción: Amonestación por escrito y con días de suspensión de empleo y sueldo por cada una de las faltas cometidas.- 2º boletín: Abandonar los días seis y siete de junio de

dos mil uno su puesto de trabajo catorce y nueve minutos respectivamente antes de la finalización de su turno matutino de guardia sin mediar aviso o justificación de ningún tipo. Abandonar los días diecisiete y dieciocho de junio de dos mil uno su puesto de trabajo diez minutos respectivamente antes de la finalización de su turno vespertino de guardia sin mediar aviso o justificación de ningún tipo. Sanción: Amonestación por escrito y cinco días de suspensión de empleo y sueldo por cada una de las faltas cometidas.- 3º boletín: encontrarse los días dieciséis y diecisiete de junio de dos mil uno tomando sendos refrigerios en la Cafetería del Hospital Comarcal Del Barbanza, durante su turno de guardia, abandonando su puesto de trabajo sin causa justificada y desobedeciendo las órdenes e instrucciones internas de la empresa. Sanción: Amonestación por escrito y diez días de suspensión de empleo y sueldo.- 4º boletín: Encontrarse el día diecisiete de junio de dos mil uno a más de doscientos metros de la ambulancia destinada al servicio del 061 que constituye su centro de trabajo y de la que debe encontrarse lo más próximo posible a la misma al ser la misma en la que se reciben los avisos de la central de Urgencias de 061 que constituye su centro de trabajo y de la que debe encontrarse lo más próximo posible a la misma al ser la misma en la que se reciben los avisos de la Central de Urgencias de 061, desobedeciendo órdenes expresas de la empresa en tal sentido, así como desobedeciendo las órdenes de la fundación 061. Sanción: Amonestación por escrito y cinco días de suspensión de empleo y sueldo, y agotada la vía administrativa, el actor presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de esta Ciudad, siendo turnada al Juzgado nº 2, dictándose sentencia, en fecha dieciséis de octubre de dos mil uno, Autos 555/2001, por la que se desestimada la demanda y se confirmaban las sanciones impuestas. Séptimo.- Que en fecha catorce de septiembre de dos mil uno don M.A.O.A. se encontraba en su turno matutino de guardia en el Hospital comarcal d el Barbanza en la cola para solicitar cita previa, siendo reprendido por don F.C.N., representante de la demanda y abandonando inmediatamente la cola; seguidamente se dirigió a la cafetería del centro, donde el representante de la empresa le sacó varias fotos, momento en el que el actor se dirigió a él pidiendo que no le sacara fotos, entablándose una discusión y abandonando el actor poco después la cafetería. En la cafetería del Hospital se encontraban en aquel momento varios empleados de la demanda, entre ellos

algún conductor, teniendo prohibida la entrada solamente don M.A.O.A., don J.C.F.P. y don F.M.M.G. Octavo.- Que don M.A.O.A. fue Delegado de personal en la empresa, hasta el ocho de marzo de dos mil uno, día en que fue removido, nombrándose para sustituirle a don J.I.M.. Noveno.- Que la demandada no intruyó a don M.A.O.A. expediente contradictorio. Décimo.- Que en fecha seis de febrero de dos mil dos la demandada entregó a don M.A.O.A. carta de despido, con efectos desde su recepción, con base en los anteriores hechos. Décimoprimer.- Que el día diecinueve de enero de dos mil dos y tras llegar a la base de prestar un servicio, sobre las 22,45 horas don J.C.F.P., cuando se encontraba prestando servicios, haciendo una llamada telefónica con su móvil, entablándose una conversación con su compañero don M.A.O.A., en el curso de la cual dijo que “no trabajaba para ningún payaso” y que “los que estaban a su lado eran unos subnormales e incompetentes”, estando presentes varios compañeros, al día siguiente veinte de enero de dos mil dos. Don F.C.N. fue a pedirle explicaciones, sin que el actor se disculpara. Duodécimo.- Que en fecha seis de febrero de dos mil dos la demandada notificó al actor carta de despido, con efectos desde su recepción, por la comisión de faltas muy graves de insultar al empresario y a sus compañeros en conversación telefónica mantenida el diecinueve de enero de dos mil dos y sobre las 21,45 horas y de no rectificar el día veinte de enero de dos mil dos, cuando le fueron exigidas explicaciones, añadiendo nuevos insultos. Décimo Tercero.- Que don F.M.M.G. sufrió un accidente de tráfico el veintitres de diciembre de dos mil y sobre las 23 horas, cuando se encontraba conduciendo una ambulancia de la empresa destinada al servicio de urgencias médicas 061, cuando se dirigía a atender una urgencia, colisionando con otro vehículo al saltarse una raya continua para adelantarla, resultando tres heridos leves, siendo condenado por sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Noia, de fecha dieciocho de enero de dos mil dos, como autor de una falta de lesiones imprudentes, con condena solidaria de la Aseguradora M. y subsidiaria de la empresa. El actor fue asistido por abogado designado por él, al no hacerse cargo la empresa de su defensa, siendo defendida ésta por otra Letrada. La empresa y la compañía de seguros no recurrieron la sentencia, haciéndolo en cambio el actor, estando pendiente de resolución el recurso de apelación. Decimocuarto.- Que otros conductores de la empresa han sufrido accidentes de

tráfico, conduciendo ambulancias de la empresa, incluso en un caso por saltarse un semáforo, no habiendo llegado ninguno de los casos a juicio por haberse alcanzado acuerdos y no habiendo sido despedido ni sancionado ninguno de ellos. Decimoquinto.- Que en fecha seis de febrero de dos mil dos la empresa notificó a don F.M.M.G. carta de despido, con efectos desde la fecha de su recepción, por haber sido condenando penalmente el uno de febrero de dos mil dos, por una falta de lesiones imputables al no respetar las más elementales normas de circulación, adelantando a un vehículo que estaba parado en el centro de la calzada con el intermitente puesto. Decimosexto.- Que don J.C.F.P. y don F.M.M.G. no han ostentado la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del despido. Decimoséptimo.- Que durante el ejercicio de sus funciones como Delegado de Personal, don M.A.O.A. realizó varias denuncias por incumplimientos de la empresa, habiéndose levantado por la Inspección de trabajo y de la Seguridad Social actas de liquidación de cuotas, presentando los actores demandas en reclamación de horas extras. Decimoctavo.- Que en fecha cuatro de marzo de dos mil dos, tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y conciliación con el resultado de celebrado sin avenencia.”

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

“FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don M.A.O.A. contra doña D.N.L., debo declarar y declaro la procedencia del despido efectuado, convalidando la decisión extintiva de la relación laboral, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, y absolviendo a la demandada de los pedimentos contenidos en la misma; estimando parcialmente la demanda formulada por don J.C.F.P. y don F.M.M.G., contra doña D.N.L., debía de declarar y declaraba la improcedencia de los despidos efectuados, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte, en término de cinco días, a contra desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, entre readmitir a los actores en sus puestos de trabajo y en las mismas condiciones que tenían antes de los despidos, o abonarles las siguientes cantidades, en concepto de indemnización por despido: a don J.C.F.P. la de siete mil ochocientos seis euros con veintisiete céntimos (7.806,27 euros)

y a don F.M.M.G. la de nueve mil ciento sesenta y seis euros con cincuenta céntimos (9.166,50 euros), y a que les abone, en todo caso, de las siguientes cantidades, en concepto de salarios de tramitación a don J.C.F.P. la de siete mil ochocientos diez euros con veintidós céntimos (7.810,22 euros), devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de veintiocho euros con ochenta y dos céntimos (28,82 euros) desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia y a don F.M.M.G. la de siete mil ochocientos ochenta y seis euros con diez céntimos (7.886,10 euros), devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de veintinueve euros con diez céntimos (29,10 euros) desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia, desestimando la demanda formulada, en cuanto al superior salario regulador reclamado y la solicitud de condena en costas, absolviendo a la demandada de los citados pedimentos.”

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.

QUINTO.- Con fecha 27 de mayo de 2003 se dictó Auto por esta Sala acordando que se unan a las actuaciones la copia de la sentencia recaída en autos 619/00 del Juzgado de lo Social nº Uno de Santiago de fecha 02.05.02 aportada por la parte actora; la documental relativa a los autos 66/02 del Juzgado de lo Social nº Dos de Santiago, solicitada por la demandada y la copia de la sentencia dictada en autos 588/01 del Juzgado de lo Social nº Uno de Santiago de 11.11.02 y certificación que la acompaña, a instancia de la parte actora.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia declara la procedencia del despido del actor don M.A.O.A. e improcedentes los de los también actores don J.C.F.P. y don F.M.M.G. con sus consecuencias correspondientes, si bien desestima estas demandas en cuanto interesaban un superior salario regulador y costas. Frente a ella interponen recurso los tres demandantes y la propia demandada doña D.N.L. con los contenidos que acto seguido se expresan.

Los demandantes formulan en su recurso y al amparo del art. 191.b) y c) LPL motivos interesando la revisión de los HP 1º, 2º, 4º, 3º y 6º y denunciando la infracción de

los arts. 26.1 y 56.2 ET y 36 ET y 13 y 20 del Convenio Colectivo de aplicación (apartado A), de los arts. 54.2 B y 55.4 y 60.2 ET y 38 del Convenio C. dicho (apartado B), y de doctrina jurisprudencial “que garantiza la indemnidad de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos”. Y por derivación de ello solicitan se declare improcedente el despido de don M.A.O.A. con los efectos oportunos sobre el salario regulador de 910,18 euros, y se incrementen las cuantías de indemnizaciones y salarios de tramitación de los otros dos demandantes como concretan a partir del salario regulador de 910,18 euros para don J.C.F.P. y 1283,02 para don F.M.M.G.

La demandada formula en su recurso y al amparo del art. 191.c) LPL un motivo denunciando la infracción de los arts. 54.1 y 2.c) en relación con el art. 55.4 ET y doctrina jurisprudencial que cita, en virtud de lo cual solicita, con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia, se declare procedente el despido del actor don J.C.F.P.

SEGUNDO.- Interesan los actores –recurrentes la revisión de los HP 1º, 2º y 3º en sus incisos finales a fin de que se rectifique en ellos el salario declarado del modo siguiente: El H.P. 1º: “... y percibiendo un salario mensual de 910,18 euros, con inclusión de la p/p de pagas extras”; el H.P. 2º: “... y percibiendo un salario mensual de 910,18 euros, con inclusión de la p/p de pagas extras”; y el H.P. 3º: “... y percibiendo un salario mensual de 1283,02 euros, con inclusión de la p/p de pagas extras”. En conexión con esta última revisión aparece la que asimismo se interesa del H.P. 4º, relativa al inciso final del mismo y para que quede redactado como sigue: “... siendo la jornada de don M.A.O.A. y don J.C.F.P. de 10 a 14 horas y de 18 a 22 horas; y la de don F.M.M.G. de 14 a 18 y de 22 a 2 horas”.

TERCERO.- La revisión que de los HP 1º, 2º y 3º se ha dejado dicha, en lo relativo –todas ellas- a una modificación del salario para incrementarlo en un 3,7%, no procede. El fundamento de tales revisiones radica en la alegación de que el magistrado de instancia no ha aplicado la previsión contenida en el convenio de aplicación, obrante a los folios 22 a 30, al salario de los actores, que dice ha de ser el del 2001 incrementado con el IPC real más un punto, aduciendo que sí constan las tablas actualizadas y el IPC real, que cifra en el 2,7% más un punto, en total el 3,7% “y ello tal y como en su día se puso de manifiesto en el Fundamento Jurídico VI del escrito de deman-

da”. Además de ello, en los motivos revisores se cita el art. 13 del Convenio y su Anexo I, pero sin ninguna otra indicación o invocación documental o disposiciones. La empresa se opone denunciando, entre otras cosas, que no hay documento alguno en el proceso, que “el único documento que consta en Autos que se refiere al salario ... es el Convenio colectivo del sector ... en el que se establecen las tablas salariales correspondientes al año 2001, sin publicar, como sí había sucedido en los Convenios anteriores, las Tablas del año 2002, con el IPC previsto, y sin que exista ningún otro documento que permita extraer la conclusión a la que pretende llegar la parte actora, cual es que el IPC real ...”.

Este Tribunal tiene reiteradamente dicho que el recurso de Suplicación es extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo, y a tales efectos son invocables documentos y pericias, y exclusivamente en tanto que tales pruebas –documentos y pericias- evidencien por sí mismos el error sufrido en la instancia, de manera que –por ello- a los efectos modificativos del relato de hechos siempre son rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (SSTS de 17-octubre-90 Ar. 7929 y 13-diciembre-90 Ar. 9784), hasta el punto de que –precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia, entre otras, de 03.03.00, 14.04.00, 15.04.00...)

Consecuentemente, la revisión que de los HDP 1º, 2º y 3º se pretende según lo antes expuesto no resulta viable. No se invoca prueba documental y/o pericial al efecto, mencionándose solamente el convenio colectivo del sector y las Tablas del Anexo I correspondientes al año 2001. De ello, y del Fundamento Jurídico 6º de la demanda, no se puede extraer en Suplicación la afirmación fáctica de la parte, lo que en su día puso de manifiesto la sentencia recurrida; ésta, en su Fundamento Jurídico 1º, concluye la imposibilidad, a partir

del contenido del proceso, del concepto de que se trata: "...al no haberse publicado tablas actualizadas ni constar el IPC real, el cálculo sobre el fijado en las tablas salariales del 2001, por lo que debe estar al que figura en las hojas de salarios aportadas por la empresa y señalado para cada uno de los actores en los HP 1º, 2º y 3º de esta sentencia". En suma, se declaran probados los salarios últimos percibidos por los demandantes al tiempo de sus despidos con base a los recibos salariales aportados, sin que pueda darse lugar a la revisión tal como se pretende al faltar en la propia invocación el necesario fundamento probatorio de conformidad con lo dispuesto en el art. 191.b) LPL. Sin perjuicio de ello y del mantenimiento de los HDP, la invocación del convenio tiene vertiente jurídica, por la vía del art. 191.c) LPL.

Sin embargo, la revisión que del HP 4º se insta relativa a que la jornada de don F.M.M.G. (la de los otros dos actores se mantiene igual que la declarada en la instancia) era de 14 a 18 y de 22 a 2 horas, sí procede. Y es que acredita que tal era su jornada la invocada documental de los folios 117 y siguientes y 123 y siguientes, referida a sentencias firmes en cuyos HP y en épocas traspolables al caso se declara el horario en la empresa que invoca este demandante. Aparte de ser oportuna en términos de art. 191.b) la documental invocada, incluso en la impugnación del recurso no se viene a cuestionar ciertamente el horario pretendido. La repercusión jurídica de esta modificación fáctica en torno al salario y por derivación del art. 20 del convenio, ha de examinarse definitivamente en términos de art. 191.c) LPL, a cuyo efecto y en términos del salario reflejado en HP respecto de este actor procede dejar hecha la salvedad fáctica de que en el salario que de don F.M.M.G. se declara en el HP 3º no va incluida la retribución específica por trabajo nocturno del Convenio, que en su caso implicaría un incremento por cada hora de trabajo desde las 22 horas de un 10% sobre salario base y plus ambulanciero; que a partir de ello y de la nomina aportada y los propios cálculos de cuantificación de recurso (apartado d del motivo 2º), pero sin el incremento del 3,7% para el 2002, supondría un "plus de nocturnidad" de 284,29 mes al tiempo y a los efectos que aquí interesa.

CUARTO.- Interesa por último la parte actora recurrente se revise el HP 6º en su inciso final de modo que donde dice: "... dictán-

dose sentencia en fecha 16.10.01, Autos 555/2002, por la que se desestimaba la demanda y se confirmaban las sanciones impuestas", pase a decir: "... dictándose sentencia, en fecha 16.10.01, Autos 555/2001, por la que se desestimaba la demanda y se confirmaba la sanción impuesta por incumplimiento de la prohibición de la empresa de entrar en la cafetería".

Se alega al efecto precisamente la sentencia dictada por el Juzgado Santiago 2 el día 16.10.01 en los autos 555/01 (folios 44 y siguientes). Y lo que aparece resolviendo referida sentencia es desestimar la demanda mediante la que don M.A.O.A. impugnaba concretas sanciones, que el propio HDP 6º de la sentencia recurrida declara que le fueron impuestas por la empresa, las que además reflejaba en su HP 3º la sentencia del Juzgado que se invoca para la revisión, de tal modo que al ser su fallo desestimatorio íntegro de la demanda y con absolución de la empresa "de todas las pretensiones deducidas en su contra", al margen de cualquier otra consideración y en términos de este procedimiento, la afirmación –conclusión del Juzgador de instancia es procedente, con el consiguiente rechazo del motivo revisor.

QUINTO.- En lo relativo a las infracciones jurídicas formuladas en ambos recursos al amparo del art. 191.c) LPL, procede examinarlas conjuntamente en aquello que impliquen problemática común; a partir de que la demandada empresa, mediante su recurso solo interesa la declaración de procedente del despido del actor don J.C.F.P., de tal modo que la improcedencia del despido del actor don F.M.M.G. ha devenido firme por decretado en la instancia y no impugnado ya en Suplicación, limitándose el recurso de la parte actora a solicitar para todos los demandantes mayores indemnizaciones y salarios de trámite por un superior salario computable, al margen por supuesto de interesar también la improcedencia del despido del actor don M.A.O.A., que la sentencia recurrida declara procedente.

En este contexto, y al hilo de la infracción normativa que denuncian los actores en el primer motivo de su recurso formulado vía art. 191.c) LPL, el Tribunal considera inviable la misma en orden a entender desvirtuado en Suplicación el óbice que ha llevado a la decisión del Juzgador de Instancia. Este, que en todo caso toma en consideración el salario que venían percibiendo los actores al tiempo de sus despidos, lo hace por deriva-

ción de que (Fundamento Jurídico 1º de la sentencia recurrida) a estas fechas, y en el proceso no es factible otra toma en consideración"... al no haberse publicado tablas actualizadas ni constar el IPC real, el cálculo sobre el fijado en las tablas salariales del 2001, por lo que debe estarse al que figura en las hojas salariales aportadas", que son los salarios que se venían percibiendo, reflejados en los HP 1º, 2º y 3º de la sentencia dictada en la instancia. Siendo así, y sin que en suplicación se justificase por el cauce previsto al efecto otra cosa ni se invocase disposición fuera de los preceptos dichos del ET y convenio de autos, como hace hincapié la empresa al hilo de impugnar el recurso de los actores (insistiendo en que no hay en Autos más tablas que las de 2001 y ningún documento acerca del IPC real argüido), el motivo de que se habla no prospera.

Cuestión diferente es la del incremento relativo al "plus de nocturnidad" respecto del actor don F.M.M.G. Y es que declarado probado que al tiempo del despido su jornada laboral era de 14 a 18 y de 22 a 2 horas, de conformidad con el art. 20 del Convenio, con previsión de eficacia al respecto a partir del 01.01.02, el trabajador debe ser retribuido con el incremento que dice el precepto por cada hora de trabajo entre las 22 y las 6 horas, en el caso del actor, 4 horas. El incremento se traduce sobre el salario que venía percibiendo conforme el HP 3º y que sobre los cálculos (no rebatidos en abstracto por la empresa) que expone en el recurso este demandante sobre los conceptos procedentes, sin admitir el incremento pretendido del 3,7%, da un denominado "plus de nocturnidad", a añadir al salario mes (754,61 f. 264) de 284,29 , que más el correspondiente prorrateo de pagas extras (a las que alude el art. 17 del convenio) supone un salario mes total a efectos del despido de 1.212,05 . No es atendible en este aspecto la impugnación de la empresa, pues sobre una previsión de convenio clara y vinculante y de factible aplicación y cálculo per se, no puede invocarse la litigiosidad del concepto como obstáculo al efecto, al margen de que existan diferentes reclamaciones en torno al mismo por impagado.

Esto se traduce en la estimación parcial del recurso de don F.M.M.G., rectificando lo fijado en la instancia por indemnización y salarios de tramite (pero a partir de sus mismos presupuestos de antigüedad y periodos de tiempo) por las sumas siguientes de acuer-

do con el salario que se dejó anteriormente cuantificado: por indemnización 12.726 ; y los salarios de trámite a razón del salario día de 40,40 .Como consecuencia de ello, procede dar a la empresa nueva opción, conforme dispone el art. 111.b) LPL

SEXTO.- Respecto del despido de don M.A.O.A., que la sentencia de instancia declara procedente, se impone el examen de los apartados B Y C del motivo 3º del recurso de los demandantes, formulado al amparo del art. 191.c) LPL.

Al respecto consta lo siguiente, que el recurso no desvirtúa: 1- El Sr. don M.A.O.A. fue despedido mediante carta de 06.02.02, que obra al folio 31 y en la que, en esencia, se le imputaba, a partir de las sentencias dictadas por derivación de sanciones a él impuestas en autos 508/01- Juzgado nº 2 de Santiago y 555/01- Juzgado nº 2 de Santiago y la pendiente de dictar en autos 364/01- Juzgado nº Uno de Santiago, que el día 14.09.01 se encontraba en turno matutino de guardia y fue sorprendido por el representante de la empresaria y superior jerárquico don F.C.N., quien le llamó la atención por no encontrarse en su puesto de trabajo, dirigiéndose acto seguido a la cafetería del Hospital y se dispuso a tomar "un refrigerio", momento en el que don F.C.N. sacó una cámara de fotos, ante lo que "Ud. se levantó del sitio en el que se encontraba y dirigiéndose a don F.C.N. lo amenazó con la siguiente frase: "como me saques a foto espárrache". 2) En Autos 508/01 y 555/01 juzgado nº 2 de Santiago se desestimó la demanda que había interpuesto don M.A.O.A. frente a sanciones que le impuso la empresa como dicen los HDP 5º y 6º. 3)- El día 14.09.01 sucedió lo que relata la sentencia recurrida en su HDP 7º: Que en fecha catorce de septiembre de dos mil uno don M.A.O.A. se encontraba en su turno matutino de guardia en el Hospital comarcal del Barbanza en la cola para solicitar cita previa, siendo reprendido por don F.C.N., representante de la demanda y abandonando inmediatamente la cola; seguidamente se dirigió a la cafetería del centro, donde el representante de la empresa le sacó varias fotos, momento en el que el actor se dirigió a él pidiendo que no se sacara fotos, entablándose una discusión y abandonando el actor poco después la cafetería. En la cafetería del Hospital se encontraban en aquel momento varios empleados de la demandada, entre ellos algún conductor, teniendo prohi-

bida la entrada solamente don M.A.O.A., don J.C.F.P. y don F.M.M.G.". Y 4)- Don M.A.O.A. (HDP 8º) fue delegado de personal en la empresa hasta el 08.03.01, en que fue removido, siendo nombrado otro trabajador para sustituirle.

A partir de ello, resulta que la sentencia recurrida rechaza la alegación de demanda de interesar la improcedencia del despido por no haberse tramitado expediente contradictorio (Ft.J. 2º) y su restante argumentación de inexistencia de causa de despido (Ft. J. 3º).

Esta declaración de procedencia del despido de don M.A.O.A. se estima correcta por las siguientes consideraciones: A) No se reproduce en suplicación la cuestión de la falta de expediente contradictorio, quedando en todo caso incólume el razonamiento del juzgador al respecto dado que don M.A.O.A. fue removido del cargo de delegado de personal el 08.03.01. B) Se alega ahora en suplicación la prescripción de la falta por haber transcurrido más de 60 días desde la comisión hasta la sanción (art. 60.2 ET y art. 38 del Convenio). Sin embargo, como denuncia la empresa en la impugnación del recurso y al margen incluso de los razonamientos que expone en orden a que en todo caso debía operar el plazo de 6 meses, lo cierto es que en la instancia no se alegó la referida prescripción; como se constata en la demanda y acto de juicio (folios 1 y siguientes y 174 a 177), no considerándola por ello la sentencia recurrida, que en relación con este demandante (Fts. J. 2º y 3º) se limita a abordar lo por este alegado para sostener la improcedencia de su despido, es decir, la falta de expediente y la insuficiencia de lo imputado como causa de despido. De este modo, la alegación de prescripción es extemporánea y una inadmisile cuestión nueva. Incluso la jurisprudencia así lo considera respecto de la caducidad, que al igual que la prescripción no puede ser alegada por las partes en vía de recurso de suplicación si no lo ha sido en el proceso de instancia, ni siquiera aquella sino fue tampoco apreciada de oficio (SSTS de 24.11.88, 30.05.90...). C) La conducta que se declara llevó a cabo don M.A.O.A. el día 14.09.01 y objeto de imputación en la carta de despido propicia causa de despido. Por la conducta en sí misma de, hallándose en su turno de guardia, realizar lo que ya quedó anteriormente expuesto, yéndose asimismo a la cafetería y permaneciendo en ella a pesar de tenerlo prohibido expresamente y haber

sido también sancionado anteriormente por ello, propiciándose en todo caso lo que dice el juzgador de instancia. Esto provoca una falta muy grave del art. 54.2.b) ET; en sí misma, y también en todo caso por reiteración de faltas graves al haber sido sancionado anteriormente, en un año, por faltas graves como se dice en los HP 5º y 6º, confirmadas judicialmente, pues acuerdo con el art. 38 del Convenio de aplicación (folio 29 Vº) es falta muy grave la reincidencia en faltas graves, "dos de la misma naturaleza y tres de distinta naturaleza, cuando hayan mediado sanciones por las mismas, en el período de un año". Se produce así la tipificación de falta muy grave que dice la sentencia recurrida, conforme al art. 54.2.B ET en relación con el propio convenio, a partir de lo que no obsta a la sanción de despido el que el art. 38 de aquel no aluda expresamente al despido y d) No impiden, asimismo, la procedencia del despido las alegaciones que se contienen en el apartado C del tercero de los motivos del recurso en torno a la garantía de indemnidad de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos, aduciendo las actuaciones de don M.A.O.A. frente a la empresa, las acciones entabladas... Si bien consta que don M.A.O.A. fue delegado de personal y que existieron diversas reclamaciones y demandas entre actores y empresa (HP 17 y documental aportada, incluida via suplicación), esto no justifica ni desvirtúa la realidad de que, conforme a los HDP, don M.A.O.A., además de haber sido removido de su cargo representativo, incurrió en diversos incumplimientos sancionados por la empresa y confirmados judicialmente y que protagonizó ciertamente conducta última constitutiva de causa de despido, sin que de los mismos sea afirmable o deducible una conexión valorable entre el referido despido y su conducta representativa y reclamaciones judiciales habidas (estas sean de signo salarial o de modificación de condiciones), revelando a lo sumo fricciones en el contexto de la relación laboral sin la dimensión pretendida, que en ningún caso llevó a la propia parte a pretender la nulidad de los despidos. En definitiva, no se acredita conexión valorable entre las reclamaciones habidas y los despidos, y desde luego tales reclamaciones no justifican la conducta probada de don M.A.O.A. ni inciden en su entidad y tipicidad como justa causa de despido de conformidad con el Convenio colectivo y los arts 54.2. B y 55.4 ET; como ha resuelto la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- Respecto al despido de don J.C.F.P., declarado improcedente en la instancia y objeto de recurso por parte de la empresa en orden a que sea considerado precedente, consta lo siguiente: 1.- Don J.C.F.P. fue despedido en 06.02.02 imputándole (HP 12) insultar al empresario y a sus compañeros el 19.01.02 sobre las 21,45 horas y no rectificar al día siguiente cuando le fueron exigidas explicaciones “añadiendo nuevos insultos”. Y 2.- Lo declarado probado al efecto (HP 11), y a lo que ha de estarse, resulta ser lo siguiente: “El día 19.01.02 y tras llegar a la base de prestar un servicio, sobre las 22,45 horas don J.C.F.P., cuando se encontraba prestando servicios, haciendo una llamada telefónica con su móvil, entablándose una conversación con su compañero don M.A.O.A., en el curso de la cual dijo que “no trabajaba para ningún payaso” y que “los que estaban a su lado eran unos subnormales e incompetentes”, estando presentes varios compañeros, al día siguiente veinte de enero de dos mil dos don F.C.N. fue a pedirle explicaciones, sin que el actor se disculpara”.

La sentencia dictada en la instancia, si bien considera la relatada conducta de don J.C.F.P. como censurable, no la estima (Fundamento Jurídico 4º) de suficiente gravedad para constituir falta muy grave sancionable con despido, sino, a lo sumo, “reprochable como falta grave del subepígrafe 1 del art. 38 del Convenio Colectivo”. Valoración ésta que el Tribunal comparte. A partir de que es reiterada doctrina que la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta (SSTS 04.03.91 Ar. 1.822 y 28.06.88 Ar. 5.486), partiendo de la idea cardinal de que los «más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano» (STS de 21.03.88 Ar. 2.333), de tal forma que en la valoración de esta conducta no cabe emplear meros criterios objetivos, sino que han de ponderarse de manera particularizada todos los aspectos concurrentes (subjetivos y objetivos), aplicando un planteamiento que no sólo sea individualizador y por ello valorativo de las peculiaridades de cada caso concreto, teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias coetáneas, sino que enjuicie la infracción de

manera gradualista y buscando la necesaria proporción ante la infracción y sanción.

Y es que si bien don J.C.F.P. dijo las frases que se recogen en el hecho probado 11, ello sucedió en el curso de la conversación que por teléfono y exclusivamente con don M.A.O.A. mantenía, de tal manera que aquel no insultó directamente al representante de la empresa y a compañeros de trabajo, primando el contexto propio de una conversación entre los dos interlocutores. Además, si bien al día siguiente don J.C.F.P. no se disculpó, pesando de nuevo el contexto de la situación del día anterior, en modo alguno hubo nuevos insultos o una actitud cierta de reiteración de lo precedente. En definitiva, valorando la conducta en sí, su contenido y contexto, no es concluible la entidad intrínseca y culpabilidad propias de las faltas muy graves y sancionables con despido. Como ha resuelto el juzgador de instancia y no desvirtúa la empresa a través de su recurso.

OCTAVO.- Por consiguiente, se estima en parte del recurso del demandante don F.M.M.G., con rechazo en todo lo restante del interpuesto por la parte actora; y se desestima el interpuesto por la empresa, a quien se imponen las costas de su recurso, impugnado por la contraparte. Únicas costas que proceden (art. 233 PL).

Fallamos

Que estimando en parte el recurso interpuesto por el demandante don F.M.M.G. y desestimándolo en lo restante, así como el también interpuesto por los otros dos demandantes don M.A.O.A. y don J.C.F.P. y por la empresaria demandada doña D.N.L., revocamos la sentencia dictada con fecha 04.11.02 por el Juzgado de lo Social nº Uno de Santiago en Autos nº 162/02 exclusivamente en el sentido de rectificar la cuantía de los salarios de trámite e indemnización que fija respecto del demandante don F.M.M.G., sustituyendo: la cantidad de 9.166,50 € por indemnización por la de 12.726 €, y la de 7.886,10 € devengados por salarios de tramitación hasta la sentencia de instancia más el haber diario de 29,10 € desde ésta hasta su notificación por la de 10948,4 € y haber diario de 40,40 €, pudiendo la empresa cambiar el sentido de su opción dentro de los 5 días siguientes al de la notificación de conformidad con lo dispuesto en el art. 111b).Y confirmamos los restantes pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia.

3647 Autos núm. 8/01

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DO SISTEMA RETRIBUTIVO SEN TRÁMITE DE CONSULTAS. NULIDADE DA MESMA.

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

A Coruña, a trece de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes autos de conflicto colectivo, número 8/2001, iniciado por comunicación a este Tribunal de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, delegación provincial de La Coruña, a instancia del Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia (CCOO), representado por el letrado don F.M.R., contra la empresa "S.C., S.A.", representada por el letrado don J.G.R.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El 23 de julio de 2001, el Sindicato Nacional de CCOO de Galicia dirigió escrito a la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, delegación provincial de La Coruña, con el fin "se sirva admitirlo y con él instado Conflicto Colectivo de Trabajo, citando a las partes al preceptivo acto de conciliación en el que la Empresa se avenga a revocar y dejar sin efecto la reducción de la 'gratificación voluntaria' de aquellos trabajadores que la percibían, reponiendo a los mismos en la cuantía que la venían cobrando con anterioridad a 30.06.01".

La conciliación se intentó sin avenencia.

SEGUNDO.- El 15 de noviembre de 2001 la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, delegación provincial de La Coruña, remitió a este Tribunal comunicación de conflicto colectivo.

Dicha comunicación fue registrada con fecha de entrada del día 21 de noviembre de 2001; la providencia del mismo día convo-

có a las partes para celebrar conciliación y juicio a las 10 horas del 11 de diciembre de 2001.

Tales actos se celebraron en la hora y fecha indicadas; las litigantes no llegaron a acuerdo alguno, expusieron lo que a su derecho convino y tras la práctica de prueba documental-, elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales; los autos quedaron vistos para sentencia.

TERCERO.- Esta Sala por sentencia de 17 de diciembre de 2001 decidió: "Desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia contra "S.C., S.A.", al apreciar la excepción de inadecuación del procedimiento alegada por la empresa demandada, sin decidir la cuestión litigiosa de fondo planteada en aquélla".

CUARTO.- La Sala de lo Social del Tribunal Supremo por sentencia de 25 de septiembre de 2002 decidió: "Estimamos el recurso de casación interpuesto por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2001 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en proceso de conflicto colectivo instado por dicho sindicato contra "S.C., S.A.". Declaramos que el proceso de conflicto colectivo es el adecuado para conocer la cuestión planteada. Casamos y anulamos la sentencia impugnada. Devuélvanse las actuaciones a la sala de procedencia para que dicte nueva sentencia resolviendo el fondo del asunto. Sin costas".

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a esta Sala, se archivaron por error el 19 de febrero de 2003.

El 19 de mayo de 2003 la Sra. Secretaria dictó la siguiente diligencia de ordenación: "Habiéndose archivado por error los presentes autos, sin haberlo acordado, y toda vez que se encuentran pendientes de dictar sentencia por esta Sala por haber anulado la de instancia el Tribunal Supremo se pasan al magistrado Ponente para la resolución que proceda".

La providencia de 23 de mayo de 2003 decidió: "Dada cuenta, visto el contenido de la anterior diligencia y en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2002 dictada en los presentes autos, se señala para votación y fallo el día 6 de junio de 2003. Notifíquese a las partes la presente resolución y la diligencia referida".

Hechos probados

PRIMERO.- “S.C., S.A.” abonó a algunos de sus trabajadores una gratificación voluntaria, cuyo importe redujo en virtud de absorción salarial a partir de la nómina del mes de junio de 2001, incluída ésta; tal reducción no fue precedida de acuerdo con la representación laboral ni de los trámites legales previstos respecto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

SEGUNDO.- La gratificación voluntaria, de cuantía diversa, con la aminoración efectuada, no uniforme, la perciben los empleados de la demandada, aproximadamente unos cien, de distintas categorías profesionales, que prestan servicios en diversos centros de trabajo sitos en la provincia de La Coruña.

TERCERO.- “S.C., S.A.” se rige por el Convenio Colectivo del Sector del Comercio de Alimentación de la provincia de La Coruña para el año 2001, que fue publicado en el Boletín Oficial provincial respectivo del 9 de agosto de dicho año.

La vigencia temporal de tal pacto, firmado por CCOO, es desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2001.

CUARTO.- En los meses de mayo, junio y julio de 2001, algunos de los trabajadores afectados mantuvieron igual salario, otros percibieron remuneración inferior y otros retribución superior.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El «ius variandi» que los artículos 5.c) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) atribuyen al empresario está sujeto a importantes limitaciones, entre ellas la de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, que el artículo 41 ET define teniendo en cuenta el tipo de modificación más que su entidad o importancia, al establecer que tendrán aquella consideración las que incidan sobre determinados aspectos de la relación laboral, cuales son jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración, de trabajo y de rendimiento, y funciones en los términos del artículo 39 ET.

La lista no es exhaustiva sino ejemplificativa, por lo que no comprende todas las modificaciones que son o pueden ser sustanciales, ni atribuye este carácter a cualquier alteración de las materias tipificadas, de ahí que para apreciar una determinada modifica-

ción sustancial o no habrá que atender no sólo a la materia sobre la que verse sino también a las características mismas de dicha modificación en su triple vertiente de importancia cualitativa, su alcance temporal y eventuales compensaciones.

El apartado 2 del artículo 41 ET distingue y define modificaciones de carácter individual y de carácter colectivo, mientras que el apartado 4 de la misma norma fija el procedimiento para que estas últimas puedan ser implantadas por el empresario, cauce que precisa del previo agotamiento de un período de consultas de duración no inferior a quince días, con los representantes de los trabajadores, y cuyo objeto ha de ser el examen de las causas motivadoras de la decisión empresarial, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos y la adopción de las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias sobre los trabajadores afectados; durante estas consultas las partes están obligadas a negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, que exige la conformidad de la mayoría de la representación social.

SEGUNDO.- La aplicación de estos principios lleva a estimar la demanda, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1ª.- Las partes no dudan de la naturaleza sustancial de la decisión empresarial litigiosa, reducción del importe de la gratificación voluntaria percibida por algunos trabajadores; además, la medida altera un aspecto importante (retributivo) de la relación laboral que invoca la jurisprudencia (ss. 06.02, 03.04.95).

2ª.- La demandada actuó de forma unilateral, porque no observó el descrito procedimiento del artículo 41 ET.

Sin perjuicio del artículo 26.5 ET e incluso del carácter de la gratificación voluntaria, las negociaciones del convenio colectivo provincial del sector (comercio de alimentación) para el año 2001 no suplen esa omisión, como ocurre en otros supuestos (p.ej. TTSSJJ Navarra s. 22.05.01, Valencia s. 18.05.00), si tenemos en cuenta que su ámbito excede el de la propia empresa, que no contiene regla específica sobre el particular e, igualmente, que tanto los efectos de la decisión empresarial (desde la nómina de junio de 2001) como la reclamación del sindicato actor (de 23.07.01, antecedente de hecho 1º) acontecieron antes de su publicación (09.08.01), lo que desvirtúa su eficacia retroactiva (a partir 01.01.01, art. 2).

3ª.- Cuestión diversa a la actual es la que eventualmente pueda surgir de una conducta similar pero realizada después de la vigencia-publicación del convenio colectivo aplicable; será entonces cuando, oportunamente, puedan ser ponderadas las facultades de compensación-absorción salarial conferidas por ley (art. 26.5 ET) a la empresa y la naturaleza de condición más beneficiosa o no de la gratificación voluntaria.

4ª.- En definitiva, la demandada modificó unilateralmente un elemento sustancial (remuneratorio) del contrato, sin dar cumplimiento al trámite de consultas previsto en el artículo 41.4 ET, inobservancia que provoca la nulidad de esa medida según el artículo 138.5 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos la demanda de conflicto colectivo del Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia contra "S.C., S.A.", declaramos nula la reducción de la gratificación voluntaria que la empresa demandada abonaba a los trabajadores afectados, reponiéndoles en la cuantía percibida con anterioridad al 30 de junio de 2001.

3648 Sentencia núm. 190/03

S.S. IRRECURRENTE EN CANTO Ó FONDO DAS SENTENZAS DITADAS EN MATERIA DE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓNS DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a catorce de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 190-2003, interpuesto por don J.L.R.P. y las empresas "G.G.M.A., S.L." y "C.P.R., S.A." contra la

sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 380-2002 se presentó demanda por don J.L.R.P. en reclamación de Modificación Condiciones de Trabajo siendo demandadas las empresas "G.G.M.A., S.L." y "C.P.R., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de julio 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.- Que el actor ha venido prestando servicios para las demandadas, con la categoría profesional de Encargado, y con un salario mensual con prorrateo de pagas extras de 3.018,55 euros, teniendo su centro de trabajo en ..., y el siguiente horario habitual: de lunes a viernes de 8 a 15 horas y de 17 a 21 horas; y los sábados alternos de 8ª 13 horas.- SEGUNDO.- Que en fecha 05.02.02 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 2 en cuyos hechos probados PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO se dispone lo siguiente: "PRIMERO: El actor don J.L.R.P. vino prestando sus servicios para la Empresa "G.G.M.A., S.L." desde el 05.06.67 con la categoría profesional de encargado y debiendo percibir un salario mensual de 502.245 pesetas (3.018,55 euros) con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias. SEGUNDO: El horario de trabajo del actor era el siguiente: de lunes a viernes de 8 a 15 horas y de 17 a 21 horas y los sábados alternos de 8 a 13 horas. TERCERO: Con efectos de 01.01.02 la empresa "C.P.R., S.A." sucedió en la actividad a la Empresa "G.G.M.A., S.L." recibiendo el actor comunicación de 20.12.01 en el sentido siguiente: "Por la presente ponemos en su conocimiento que a partir del día 1 de enero de 2002 la empresa "C.P.R., S.A." sucederá en al actividad a la empresa "G.G.M.A., S.L." En consecuencia, a partir de tal fecha, pasará Vd. a integrarse en la plantilla de dicha Empresa, realizando la prestación de sus servicios para la misma, respetando los derecho y situaciones laborales que tiene Vd. adquiridos hasta esa fecha en la actual Empresa, y específicamente su antigüedad en la misma; quedando por tanto subrogados en tales obligaciones la empresa cesionaria".- TERCERO.- En el fallo de la referida Sentencia asimismo se dispone: Que estimando la demanda interpuesta por el actor don

J.L.R.P. debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado por la empresa "G.G.M.A., S.L." condenando a las empresas "G.G.M.A., S.L." y "C.P.R., S.A." a que de forma solidaria, y en el plazo de CINCO DIAS, opten entre la readmisión inmediata del actor, en las mismas condiciones existentes con anterioridad, o el abono de 21.094.290 pesetas (126.779,21 euros) en concepto de indemnización, más, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución y que asciende a 16.741 pesetas día (100,62 euros/día). Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que contra la misma cabe RECURSO DE SUPPLICACION, a anunciar dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la Sentencia, ante este Juzgado, del que conocerá en su caso, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, tal como establecen los artículos 187 y ss. del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 521/1990 de 27 de abril.- Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.- CUARTO.- En fecha 9 de abril de 2002, se comunicó mediante escrito, por al empresa al demandante modificación de las condiciones de trabajo con base en las razones que en el mismo se contienen y al amparo del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores dicho escrito obra en autos y se da aquí por reproducido.- QUINTO.- La demandante mediante escrito de fecha 08.04.02 solicitó la ejecución del fallo de la Sentencia ya referida, al amparo de lo dispuesto en el art. 278 de la Ley de Procedimiento Laboral solicitando asimismo la celebración de la comparecencia prevista en dicho artículo y una vez celebrada la misma que se dictase auto resolviendo lo procedente en derecho. Por auto del Juzgado de lo Social nº 2 se acordó no haber lugar a la celebración de la comparecencia solicitada, por tratarse la cuestión a ventilar de modificación sustancial de condiciones de trabajo y remitiendo al juzgador al procedimiento especial previsto en la Ley de Procedimiento Laboral.- SEXTO.- Contra el referido auto se interpuso recurso de reposición por el demandante, que fue desestimado por otro de fecha 6 de mayo de 2002, y contra el que se interpuso recurso de suplicación por la parte actora en fecha 14.05.02, el cuál por providencia de la misma fecha se tuvo por anunciado en tiempo y forma y admitido a tramite, se encuentra en la actualidad pendiente de resolución por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda deducida por don J.L.R.P. contra las empresas "G.G.M.A., S.L." y "C.P.R., S.A." y estimando la excepción de litispendencia alegada, debo absolver y absuelto a la parte demandada de todos los pedimentos contenidos en aquella, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto." Con fecha 20 de setiembre de 2002 se ha dictado Auto de aclaración, cuya Parte Dispositiva es del tenor literal siguiente: "NO HA LUGAR A LA ACLARACION SOLICITADA."

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

QUINTO.- Con fecha 10 de marzo de 2003, por la parte actora se presentó escrito de desistimiento, acordándose por Diligencia de Ordenación de 11 de dicho mes y año requerir al demandante a fin de comparecer en esta Sala de lo Social para ratificarse en dicho escrito, notificándose dicho diligencia con fecha 17 y sin que conste que se haya personado para dar cumplimiento a lo interesado en dicha Diligencia de Ordenación.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda y estimando la excepción de litispendencia alegada, absuelve a la parte demandada de todos los pedimentos contenidos en aquélla, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto. Frente a este pronunciamiento interponen recursos ambas partes, que los construyen al amparo del art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral.

SEGUNDO.- En el recuso del demandante se argumenta, esencialmente, que en el asunto litigioso se ejercita una acción dirigida a impugnar una modificación sustancial de condiciones por modificación del horario del actor, y al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3, párrafo tercero, del Estatuto de los Trabajadores, en relación con lo dispuesto en el art. 58 de la Ley de Procedimiento Laboral, y que en los autos nº 909/99 del Juzgado de lo Social nº dos de A Coruña, se siguió proceso por despido entre el actor y las demandadas, habiendo solicitado la ejecución del fallo de la sentencia por posible admisión irregular, al

amparo de lo dispuesto en el art. 277.1.c) de la Ley de Procedimiento Laboral; por lo que entiende el recurrente que no se da en el presente supuesto la identidad requerida de acciones, hechos y pretensiones para apreciar la excepción de litispendencia, que por ello, ha sido apreciada indebidamente; solicitando la revocación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos al Juzgado de procedencia para que se dicte una nueva resolviendo el fondo de la cuestión litigiosa.

TERCERO.- En el recurso de la parte demandada se achaca a la sentencia de instancia infracción, por violación, de lo dispuesto en el número 4 del art. 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, que transcribe literalmente; aduciendo que el auto que desestimó la aclaración de la sentencia indica, en su razonamiento jurídico que “No ha lugar a la aclaración de la sentencia solicitada por cuanto que al haber sido apreciada la excepción de litispendencia no se ha resuelto sobre el fondo del asunto y cabe interponer suplicación”; añadiendo el recurrente que el hecho de que se aprecie una excepción procesal, en este caso litispendencia, no implica que contra la sentencia dictada en un determinado procedimiento quepa recurso de suplicación, el que solamente procede cuando así esté previsto en la Ley, y las únicas excepciones que podrían existir vendrían dadas por su inclusión en alguno de los apartados del art. 189.1 de la citada Ley Procedimental, cuyo contenido reproduce “ad pedem litterae”, lo mismo que las argumentaciones de varias resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, Cataluña, Cantabria y Castilla-La Mancha. Por todo ello, la demandada que recurre entiende que la tesis del juzgador de que si cabe recurso de suplicación cuando no se entra en el fondo del asunto, está huérfana de cualquier tipo de fundamentación jurídica y la jurisprudencia es asimismo unánime en este sentido; solicitando, en definitiva, que se dicte nueva sentencia por la que revocando la de instancia mantenga sus pronunciamientos, declarando que contra la misma no cabe recurso de suplicación.

CUARTO.- En la demanda rectora del proceso se ejercita una acción que deriva de una decisión empresarial de modificación esencial de condiciones de trabajo, que plantea el demandante, como trabajador individual; estando, por ello, la pretensión deducida, sometida a la modalidad procesal prevista en el art. 138 de la Ley Rituaria Laboral; cues-

tion ésta sobre la que son coincidentes las posiciones de los litigantes, sin existir divergencia alguna, al respecto, entre ellos. Y el citado precepto, en su número 4, párrafo segundo, claramente dispone que la sentencia que recaiga en dicha modalidad procesal no tendrá recurso. En principio, pues, y en cuanto al fondo de la temática litigiosa, la sentencia de instancia no tendría acceso, atendiendo a la legalidad ordinaria en la materia, a la Suplicación.; mas, la temática que, en el recurso, se plantea por la parte demandada, está referida a la decisión del juzgador “a quo”, de admitir el recurso por haber dado acogida en la sentencia a la excepción de litispendencia, como así lo manifiesta el juzgador en el razonamiento jurídico único del auto que denegó la aclaración de la sentencia. Ante todo, debe ponerse de manifiesto que en el auto aclaratorio no se invoca norma procesal alguna que pudiera justificar la concesión de recurso; omisión que, así bien, se observa en la sentencia, en la que ninguna razón o fundamento se hace a la posibilidad de recurrirla en Suplicación; limitándose en su parte dispositiva a admitir su impugnación. Procede, pues, analizar el recurso de la patronal demandada, con carácter prioritario respecto al de la parte actora. Y partiendo, como queda dicho, de la irrecurribilidad de la sentencia, en aplicación de la legalidad ordinaria, resta ahora acudir a si el supuesto litigioso -admisión de la excepción de litispendencia- resulta encuadrable dentro de alguno de los casos excepcionales que autorice, pese a la inexistencia ordinaria de recurso, la posibilidad de su interposición; debiendo acudirse a lo normado en el art. 189 de la Ley Adjetiva Laboral; mas, dentro de los supuestos de excepción que contempla no se encuentra situación alguna que admitiera la posibilidad de recurrir; y las dudas que pudieran suscitar los apartados d) y f) del citado precepto, como alega la parte demandada en su recurso, quedarían disipadas por su propio contenido, al referirse a procedimientos distintos y a la competencia.

QUINTO.- Por lo que queda expuesto, procede dar acogida a la censura jurídica que se hace en el recurso de la empresa demandada y rechazar la que se formula en el recurso del demandante y, en consecuencia, a la estimación del recurso de aquélla, declarando que sentencia de instancia no puede tener acceso al recurso que ha interpuesto la parte actora, por lo que procede declarar la inadmisibilidad del mismo y, consecuentemente, la firmeza de dicha resolución. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de las empresas demandadas “G.G.M.A., S.L.” y “C.P.R., S.A.”, y desestimando el formulado por el demandante don J.L.R.P., contra la sentencia de fecha veinticuatro de julio de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de A Coruña, en proceso sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, debemos declarar y declaramos que, por razón de la materia, no procede recurso de Suplicación contra la referida sentencia y, en consecuencia, se declara firme dicha resolución.

3649 Sentencia núm. 2.245/03

S.S. RESCISIÓN DE CONTRATO. INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL. SOCIOS E MEMBROS DO CONSELLO DE ADMINISTRACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a catorce de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey
ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.245/03, interpuesto por don C.G.A. y don E.P.G. 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 C.G.A. y don E.P.G., en reclamación de RESCISIÓN DE CONTRATO, siendo demandada la empresa “M.I.N., S.A.” e Intervención Judicial de la Suspensión de Pagos de la empresa “M.I.N., S.A.”, en las personas de don J.R.M., doña P.S.A. y don J.R.P.B. e “I.P., S.L.”, “N.S., S.L.” y el Fondo de Garantía Salarial, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 392/02 sentencia con fecha 12 de diciembre de 2002, por el Juzgado de referencia que estimo la excepción de falta de jurisdicción por razón de la materia invocada por el Fogasa.

dicción por razón de la materia invocada por el Fogasa.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Los demandantes han venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa “M.I.N., S.A.” con la antigüedad, categoría y salarios siguientes:

Nombre	Antigüedad	Categoría	Salario
G.A., C.	20-8-01	Ingeniero	3.144,55 euros
P.G., E.	1-4-74	Jefe de Obra	3.253,93 euros

SEGUNDO.- La empresa “M.I.N., S.A.”, viene reiteradamente efectuando retrasos continuados en el abono de los salarios a los demandantes, adeudándole en la actualidad los salarios correspondientes a los meses a don C.G.A., meses de agosto del 2001 hasta diciembre del 2001, pagas extras de julio y diciembre de 2001, así como los meses de enero a abril del 2002.- A don E.P.G., se adeudan las mensualidades de agosto 2001 a diciembre del 2001, la paga extra del 2001 y los meses desde enero del 2002 hasta abril del 2002.- TERCERO.- El Registro Mercantil de La Coruña, remitió a petición de este Juzgado, certificación de los Estatutos de la empresa “M.I.N., S.A.”, en cuyos estatutos se hace constar lo siguiente: Artículo 3.- La Sociedad tiene por objeto el montaje y reparación y conservación de bienes de equipo, maquinaria utillaje en buques o en factorías y el montaje de instalaciones y estructuras metálicas en general, así como la conservación y reparación de aquéllas, el prefabricado de piezas y las demás operaciones preparatoria complementarias y subsiguientes a las anteriores.- Artículo 5.- El capital social seguirá siendo de 27.000.000 de pesetas, representado por 2.700 acciones nominativas de 10.000 pesetas cada una de ellas, el capital social está íntegramente suscrito y desembolsado. – Artículo 10.- La Sociedad será regida por la Junta General de Accionistas y administrada y gobernada por el Consejo de Administración.- Artículo 17.- El Concejo se Administración se compondrá de un número de miembros no inferior a tres ni superior a nueve. Para ser consejero es necesario ser accionista con derecho a la asistencia a la Junta General. Los consejeros ejercerán su cargo por cinco años y serán nombrados por la Junta General en la forma prevista en artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas.- Artículo 23.- El Consejo de Administración ostentará la representación de la sociedad tanto judicial como extrajudicialmente y podrá

acordar y realizar cuanto estime conveniente para la gestión de los negocios asuntos e intereses sociales. A tal fin, además de los actos de obligación, administración extraordinaria, gravamen, enajenación, disposición y riguroso dominio a través de toda clase de actos y contratos, tanto nominados o innominados, onerosos y gratuitos respecto a muebles, inmuebles y derecho de toda clase, entre las facultades inherentes al Consejo de Administración están a) ordenar la marcha general de la Sociedad y su organización.- b) establecer sucursales, agencias y representaciones y delegaciones.- c) conocer y dirigir el curso de los negocios sociales y marcha y situación económica, determinando la inversión de los fondos que resulten disponibles.- d) Acordar las convocatorias de Juntas Generales que podrá hacer por sí solo el Presidente, rendir cuentas y presentar balances a la Junta General, ejercer las facultades que ésta conceda al Consejo, pudiendo delegarlas en uno o más consejeros delegados o en una comisión ejecutiva.- e) Nombrar y separar al personal de la Sociedad, con fijación de sus retribuciones e indemnizaciones, determinación de su trabajo y garantías que se han de prestar.- f) Realizar con arreglo a los estatutos toda clase de operaciones relativas al objeto social y cuantos negocios estime convenientes al mismo.- g) Ejecutar los acuerdos de la Junta General y del propio Consejo.- h) Comparecer ante toda clase de Autoridades, Tribunales, Juzgados, Oficinas y Dependencias de cualquier clase, ramo o jurisdicción en toda clase de procesos, expedientes y procedimientos, sean civiles, laborales, contenciosos administrativos, penales o de cualquier otro orden judicial o administrativo, Nombrar abogados y procuradores con poder general o especial para pleitos.- Artículo 24.- El Consejero Delegado tendrá las atribuciones que quiera conferírle el Consejo, y expresamente las siguientes: a) Las que correspondan al Consejo de Administración, excepto las señaladas en las letras d e i.- b) Abrir y cancelar cuentas corrientes y disponer de sus fondos, cheques de pago y documento análogo, librar, aceptar, negociar, descontar, avalar, endosar, intervenir, pagar y protestar letras de cambio, cheques, pagarés, cartas órdenes de crédito y demás documentos mercantiles en toda clase de entidades bancarias y análogas.- c) Tomar parte en concursos, subastas y concursos – subasta, hacer en ellas proposiciones, pujas o modificaciones y constituir y retirar al efecto las correspondientes fianzas.- CUARTO.- En fecha 22.08.96 se celebró Junta General Extraordinaria de Accionistas, de “M.I.N., S.A.”, en la que se adoptó por

unanimidad el Acuerdo de modificar el artículo 26 de los Estatutos de la citada mercantil, que quedará redactado del siguiente modo: *“La retribución de los consejeros por su labor al frente de la Sociedad será de doscientas cincuenta mil pesetas netas mensuales. Los asistentes acordaron por unanimidad facultar a don L.A.G. para que comparezca ante Notario a fin de elevar a escritura pública los acuerdos adoptados. Una vez terminada la reunión se levantó la correspondiente acta.”* QUINTO.- En fecha 09.06.00, en Junta General Ordinaria de la Sociedad, se tomó el siguiente Acuerdo por unanimidad: *El nuevo Consejo de Administración reunido en este acto acuerda por unanimidad nombrar los cargos del Consejo de Administración de la siguiente forma: Presidente del Consejo y Consejero Delegado, E.P.G.- Consejeros Delegados don E.P.G. y don E.V.L.- Secretario del Consejo de Administración, don L.A.G.- Consejeros y Vocales del Consejo, C.G.A. y E.V.L. y J.L.R.V.-* Los integrantes del citado Consejo de Administración se mantuvieron en sus cargos hasta su cese y revocación por Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ferrol, una vez declarada la empresa en estado legal de suspensión de pagos.- SEXTO.- En fecha 12 de septiembre de 2002, los interventores de la suspensión de pagos de la empresa “M.I.N., S.A.”, emitieron certificación del tenor literal siguiente: *Que la composición actual de los socios de dicha Empresa, con su porcentaje de capital social correspondiente a cada uno de ellos, es de: E.P.G. con el 23,22%.- L.A.G. con el 4,15%.- M.D.V. con el 15,07%.- C.G.A. con el 10,07%.- G.P.G. con el 1,78%.- J.L.R.V. y herederos de T.G. con el 15,67%.- E.V.G. con el 16,07%.- E.V.P. con el 6,74%.- J.F.T.V. y herederos de T.V. con el 3,89%.- A.R.V. y herederos de C.F. con el 3,33%.- Total capital 100%.-* SÉPTIMO.- La empresa demandada se dedica a realizar montajes auxiliares en el sector naval y se rige por el Convenio de Siderometalurgia de la Provincia de La Coruña.- OCTAVO.- La empresa “M.I.N., S.A.”, se encuentra en estado legal de suspensión de pagos declarada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ferrol nº 3.- NOVENO.- En fecha 31.05.02, se celebraron ante el SMAC las actas de conciliación administrativa previa referentes a los actores con el resultado de intentada sin efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, en las demandas deducidas por don C.G.A. y don E.P.G. contra la

empresa “M.I.N., S.A.” e Intervención Legal de la Suspensión de Pagos de “M.I.N., S.A.” y FOGASA, en reclamación sobre RESOLUCIÓN DE CONTRATO, debo estimar y estimo la excepción de falta de jurisdicción por razón de la materia invocada por el FOGASA, absolviendo a los demandados en la instancia de la pretensión formulada en su contra en los escritos rectores de los autos, haciendo saber a los demandantes, que el orden jurisdiccional competente para el examen de su reclamación es el orden jurisdiccional civil”.

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 estima la excepción de incompetencia de jurisdicción, por razón de la materia, invocada por el FOGASA, absolviendo a los demandados en la instancia y haciendo saber a los demandantes que el orden jurisdiccional competente para el examen de la reclamación es el civil. Frente a este pronunciamiento interponen recurso los actores, dedicando el primero de los motivos de Suplicación a la revisión de hechos probados de la sentencia recurrida, y al amparo del art. 191.b) de la Ley Procesal Laboral, solicitan que el ordinal Noveno de la sentencia recurrida quede redactado del siguiente modo: “NOVENO.- En fecha 31.05.02, se celebraron ante el SMAC los preceptivos actos de conciliación referentes a los actores, con el resultado de “SEN AVINZA, respecto a demandada “M.I.N., S.A.”, e INTENTA-DA SEN EFECTO respecto do resto das demandadas. “M.I.N., S.A.” contestó a la papeleta de demanda que se avén o solicitado na súplica da papeleta, desexando manifestar que non pode aboar a cantidade xa que a empresa concóntrase neste momento en suspensión de pagos. Y en el mencionado “suplico” se pedía que, teniendo por recibida esta papeleta de demanda, con sus copias, tenga a bien citar en legal forma de comparecencia a las partes, a fin de que “M.I.N., S.A.” y demás codemandadas del Grupo se avengan a reconocer el derecho que (tenemos) a solicitar –y obtener- la extinción contractual por (nosotros) interesada, y a que, como consecuencia (en el caso de don C.G.A.), indemnice (n) con la cantidad de 97.496,77 euros” (y 136.665,06 en el caso de don E.P.G.)”. Se accede a ello, por así eviden-

ciarse de la prueba documental que obra a los folios 4 y 19 de los autos, certificaciones de las actas de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, invocada por los recurrentes en apoyo de la petición revisora.

SEGUNDO.- Con amparo en el art. 191, letra c), de la Ley Adjetiva Laboral, se construye el segundo, y último, de los motivos, en el que se achaca a la sentencia recurrida violación, por aplicación indebida o equivocada, de los arts. 1.3 del Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto, y 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, así como de la jurisprudencia que los interpreta, y por inaplicación e interpretación errónea del art. 50.1.b) y 2 y el art. 56.1.a), ambos del citado Estatuto de los Trabajadores; e igualmente, denuncian violación,, por inaplicación o aplicación incorrecta, del art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en conexión con las reglas de la sana crítica y, por consiguiente, el art. 24 de la Constitución.

La situación de hecho sometida a debate consiste en: A) Los demandantes don E.P.G. y don C.G.A., son socios de la empresa codemandada “M.I.N., S.A.”, siendo la participación del primero del 23,22% y la del segundo del 10,07% en el capital social de la misma, ascendiendo éste a 27.000.000 de pesetas, representado por 2.700 acciones nominativas de 10.000 cada una. B) La empresa tiene por objeto el montaje, reparación y conservación de bienes de equipo, maquinaria, utillaje en buque o en factorías y el montaje de instalaciones y estructuras metálicas en general, así como la conservación y reparación de aquéllas, el prefabricado de piezas y las demás operaciones preparatorias complementarias y subsiguientes a las anteriores. C) El demandante don E.P.G., por los servicios que prestaba como Jefe de Obra venía percibiendo 3.253,93 euros mensuales y don C.G.A., como Ingeniero, percibía 3.144,55 euros mensuales; además, cada uno de ellos percibía doscientas cincuenta mil pesetas mensuales; el abono de esta última cantidad se acordó en la Junta General Extraordinaria de Accionistas de la empresa “M.I.N., S.A.”, celebrada el 22 de agosto de 1996, en la que por unanimidad se modificó el art. 26 de los Estatutos de la misma, en cuyo acuerdo se determinó que la retribución de los Consejeros por su labor al frente de la Sociedad sería de doscientas cincuenta mil pesetas netas mensuales. D) La Junta General Ordinaria de la Sociedad, en

fecha 9 de junio de 2000, adoptó, el siguiente Acuerdo: El nuevo Consejo de Administración reunido en este acto acuerda por unanimidad nombrar los cargos del Consejo de Administración de la siguiente forma: Presidente del Consejo y Consejero Delegado, E.P.G.- Consejeros Delegados E.P.G. y E.V.L.- Secretario del Consejo de Administración, L.A.G.- Consejeros y Vocales del Consejo, C.G.A. y E.V.L. y Jo.L.R.V.- Los integrantes del citado Consejo de Administración se mantuvieron en sus cargos hasta su cese y revocación por Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ferrol, una vez declarada la empresa en estado legal de suspensión de pagos.”

Fijada, del modo que queda expuesto, la situación sometida a debate, y decisión ahora, resta determinar si el enjuiciamiento y decisión de la misma corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social, como sostiene la parte recurrente; o si, por el contrario, su conocimiento debe atribuirse al orden jurisdiccional civil, como proclama la sentencia recurrida. La disyuntiva debe resolverse optando por este última tesis, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en los recurrentes: a) El demandante don E.P.G., venía ostentando el cargo de Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado de la entidad mercantil codemandada, “M.I.N., S.A.” teniendo amplísimas facultades para y poderes para contratar personal, despedirlo, asignar retribuciones, representar a la sociedad, abrir cuentas corrientes, disponer de las mismas comparece ante toda clase de Tribunales y Organismos Estatales y Autonómicos, con una participación en el capital social del 23,22%. b) El demandante don C.G.A. ostentó hasta su cese la condición de Consejero y Vocal del Consejo de Administración de la citada sociedad, desempeñando funciones de Gerencia y Dirección de la misma y con una participación social del 10,07%; c) La actores-recurrentes, dada su condición de miembros del Consejo de Administración de la repetida sociedad, percibían desde el 22 de agosto de 1996, por acuerdo de la Junta General Extraordinaria de Accionistas por sus tareas de Gerencia al frente de la misma, una remuneración mensual neta de 250.000 pesetas, más la participación en beneficios, derivada de su condición de accionistas, en función del resultado económico de cada ejercicio anual.

Las circunstancias antedichas necesariamente habrán de conducir a considerar, en criterio coincidente con el del representante

del Ministerio Fiscal, que el vínculo jurídico que ha unido a los accionantes con la empleadora-codemandada “M.I.N., S.A.”, era de naturaleza mercantil; estando, por tanto, excluida del ámbito regulado en la normativa laboral, en aplicación de lo normado en el art. 34.2.1 de la Ley 50/1998,, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en relación con el art. 9.2 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; sin que obste a tal consideración el hecho de que los recurrentes hubieran desempeñado diversas funciones en la empleadora demandada, teniendo en cuenta la amplitud de las facultades representativas que se les habían conferido, las que obligan a estimar la inexistencia de las requisitos de obligado concurso para el surgimiento de una relación jurídico-laboral, singularmente el de prestar sus servicios por cuenta ajena.

TERCERO.- Por lo expuesto, procede rechazar la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don C.G.A. y don E.P.G., contra la sentencia de fecha doce de diciembre de dos mil dos, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso sobre resolución de contrato, promovido por los recurrentes frente a la empresa “M.I.N., S.A.”, la Intervención Judicial de la suspensión de pagos de la misma, en las personas de don J.R.M., doña P.S.A. y don J.R.P.B., las empresas “I.P., S.L.”, “N.S., S.L.” y el Fondo de Garantía Salarial, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3650 Sentencia núm. 2.716/00

S.S. CONCEITO DE AFEITACIÓN XERAL. CRITERIOS. ESIXENCIA DE ALEGACIÓN E PROBA DE PARTE. INACCESIBILIDADE AO RECURSO DE SUPLICACIÓN. VOTO PARTICULAR: FLEXIBILIZACIÓN DOS CRITERIOS.

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

A Coruña, a dieciséis de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.716/2000 interpuesto por doña M^a.J.R.R. y otras contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M^a.J.R.R. y otras en reclamación de P. XUNTA siendo demandado CONSELLERIA DE SANIDADE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 674/99 sentencia con fecha catorce de enero de dos mil por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

“Primero.- Que las actoras vienen prestando servicios por la Consellería de Sanidade e Servicos Sociais da Xunta de Galicia como personal laboral en virtud de contrato de interinidad celebrado al amparo del R. D. 2.104/84, con la categoría profesional de “auxiliar de clínica”. Segundo.- Que las actoras perciben por su trabajo un salario que se divide en los siguientes conceptos: sueldo base IP Gallego, sin que perciban retribución alguna en concepto de antigüedad. Tercero.- Que las actoras solicitan se les reconozca el plus de antigüedad al amparo del art. 27 (b-1) del vigente Convenio Colectivo Único de la Xunta de Galicia, así como el abono de los atrasos correspondientes y generados en concepto de dichos trienios desde un año a contar desde la interposición de la reclamación previa. Cuarto.- Que las actoras interpusieron reclamación previa en fecha 27.05.99, la cual fue desestimada.”

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

“FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña M^a.J.R.R., doña N.S.C., doña A.M.B.Z., doña B.N.A. y doña M.L.G.F.,

contra la CONSELLERIA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS DA XUNTA DE GALICIA, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de los pedimentos contenidos en la demanda.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La pretensión objeto de debate va referida a reconocimiento de complemento de antigüedad y abono de diferencias por tal concepto, a favor de trabajadores temporales de la Xunta de Galicia.

Pero en todo caso, con una cuantificación –en el Suplico– que ostensiblemente es inferior a las 300.000 pts –1.803 euros– referidas en el art. 189.1 LPL, ya que la reclamación se ciñe al importe de los atrasos devengados desde la fecha de presentación de la reclamación previa; y el alcance económico del derecho también es inferior –en cómputo anual– a la indicada cuantía límite.

Asimismo ha de destacarse que ni en demanda ni acto de juicio se hizo referencia alguna a la afectación general de la cuestión debatida, y que la decisión de instancia tampoco aludió a tal extremo, siendo desestimatoria de la demanda e indicatoria de contra ella cabía interponer recurso de Suplicación, frente al que –anunciado y formalizado– no se ha interpuesto impugnación.

SEGUNDO.- 1.- El art. 189.b LPL exige para que proceda recurso de Suplicación –fuera de otras excepciones que nada tienen que ver con el supuesto de autos– que la cuantía litigiosa exceda de 300.000 pesetas –hoy 1.803 euros– o que «la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes».

Y tal como recuerda constantemente esta Sala en los supuestos de reclamaciones de derecho que sean cuantificables económicamente o de reclamaciones de cantidad en forma de prestación periódica, la cuantía litigiosa no se determina en función de la regla 6.^a del art. 489 LEC/1881 –art. 251.7^a

LEC/2000— ni se calcula por el importe de la condena, sino en exclusiva atención a la diferencia anual que comporta la cantidad solicitada en demanda, dejando siempre a salvo —SSTS 12.02.94 Ar. 1.031 y 25.06.02 Ar. 8.930— un posible ánimo fraudulento (SSTS 20.12.93 Ar. 9.973, 12.02.94 Ar. 1.031, 09.12.94 Ar. 7.046, 06.04.95 Ar. 2.917, 30.01.02 —Sala General— Ar. 3.765, 31.01.02 Ar. 4.273, 05.02.02 Ar. 4.277 y 25.06.02 Ar. 8.930).

2.- Por otra parte, la doctrina unificada sobre la interpretación del requisito de «afectación general» puede sintetizarse en los siguientes puntos: a) la «afectación general» comporta la exigencia de que exista «una situación real de litigio sobre la cuestión debatida por parte de todos o un gran número de los trabajadores o beneficiarios comprendidos en el campo de aplicación de la norma, es decir, que es necesario que la interpretación se perciba como controvertida por un grupo significativo de personas», no bastando para ello que la norma sea susceptible de aplicación en masa, pues en tal caso determinados conflictos, como los de Seguridad Social, tendrían siempre acceso a la suplicación; b) la «afectación general» es un hecho, consistente en «el nivel de litigiosidad real existente sobre la cuestión discutida en el proceso», y, por tanto, está necesitado en todo caso de alegación y, además, de prueba salvo que se trate de un hecho notorio o de existir conformidad de las partes; c) las referidas alegaciones y, en su caso, prueba deberán efectuarse exclusivamente en el proceso seguido ante el Juzgado de lo Social, con reflejo en el acta del juicio y en la sentencia; d) la conformidad de las partes sobre la existencia de «afectación general» puede ser rechazada por el Juez «razonando por qué no es clara esa afectación general que las partes admiten»; e) la notoriedad debe ser necesariamente alegada por la parte, no pudiéndola aportar de oficio el Juez, y la existencia de notoriedad ha de referirse al momento en que se dictó la sentencia de instancia y no a un momento posterior; f) en cuanto a los medios para probar la afectación general, se indican, entre otros, que cuando verse sobre prestaciones de carácter público de la Seguridad Social «puede acudir a certificaciones de los organismos afectados o a la confesión de éstos por vía de informe» y en materia laboral «basta que lo certifiquen los servicios de conciliación, aparte de la confesión de la empresa» (SSTS 30.10.02 R. 2.371/2001; 23.10.02 Ar. 10.918; 22.10.02 Ar. 2003/1373; 09.07.02 Ar. 9.211; 16.05.02 Ar. 6.776; 18.04.02 Ar. 7.526; 12.04.02 Ar. 6.472;

08.04.02 Ar. 5.316; 21.03.02 Ar. 5.992; 12.03.02 Ar. 5.141; 26.02.02 Ar. 4.644; 11.02.02 Ar. 3.596; 31.01.02 Ar. 4.273; 24.01.02 Ar. 2.696; 17.01.02 Ar. 2.513; 12.12.01 Ar. 2.978; 31.01.02 Ar. 4.273; 12.12.01 Ar. 2.978; 05.11.01 Ar. 2002/8.361).

3.- Por otro lado no cabe omitir que las normas de procedimiento son de orden público y de derecho necesario, al tener carácter imperativo y escapar del poder de disposición de las partes y del propio órgano jurisdiccional (STC 90/1986), y desde el momento en que el principio de legalidad obliga a los Tribunales a velar por la pureza en la aplicación de las disposiciones procesales, precisamente por ello corresponde al órgano de Suplicación comprobar de oficio si se dan los requisitos de acceso al recurso (SSTC 347/1993, 58/1993, 109/1992, 143/1992, 144/1992, 164/1992, 165/1992), tal como ya desde antiguo ha venido recordando la Jurisprudencia ordinaria (SSTS 24.03.71 Ar. 1.134, 25.01.72 Ar. 315, 10.02.72 Ar. 491, 24.03.72 Ar. 1.219, 20.06.72 Ar. 3.177, 30.06.75 Ar. 2.115), hasta el punto de que de no cumplirse las condiciones requeridas —entre otras las de la generalidad, en los términos expuestos— para acceder al recurso de Suplicación, procede decretar de oficio la nulidad de toda actuación posterior a la sentencia indebidamente recurrida; y así lo tiene manifestado proclamado la doctrina unificada para supuestos idénticos al de autos, anulando sentencias de este Tribunal Superior en demandas sobre reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad por el complemento de antigüedad (así, SSTS 06.02.02 Ar. 9.882; 18.04.02 Ar. 7.526; 31.01.02 Ar. 4.273; 05.11.01 Ar. 2002/8.361; 09.07.01 Ar. 9.581; 05.07.01 Ar. 7.308; y 15.02.01 Ar. 2.525)

4.- Todo lo anteriormente indicado ha de traducirse en que siguiendo la doctrina jurisprudencial referida y que últimamente es objeto de estricta aplicación (así, aparte de las ya indicadas, SSTS 08.03.01 Ar. 3.171, 15.02.01 Ar. 2.525, 04.12.00 Ar. 10.415, 27.07.00 Ar. 6.640, 06.03.00 Ar. 2.599; 07.03.00 Ar. 2.605; 20.03.00 Ar. 2.867; 21.03.00 Ar. 2.873; 21.03.00 Ar. 2.875; 28.03.00 Ar. 3.132; 31.03.00 R. 3.142), declaremos la falta de competencia funcional de la Sala para conocer del recurso formulado y la improcedencia de éste, siendo así que la reclamación de autos no alcanzan el tope legal de los 1.803 Euros y tampoco concurre el requisito de afectación general que se ha estudiado.

Fallamos

Que ni por razón de la cuantía ni en base a la materia procede recurso de Suplicación contra la sentencia que con fecha 14.01.00 ha sido dictada en los autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Uno de los de A Coruña, seguidos contra la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVIZOS SOCIAIS DE LA XUNTA DE GALICIA y a instancia de doña M^a.J.R.R., doña N.S.C., doña A.M.B.Z., doña B.N.A. y doña M.L.G.F.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. Don LUIS-FERNANDO DE CASTRO FERNÁNDEZ, en la sentencia dictada en el Recurso n^o 2.716/00, procedente del Juzgado de lo Social n^o Uno de los de A Coruña (Autos n^o 674/99), y al que adhieren los Magistrados Ilmos Srs. Antonio González Nieto, Antonio Outeiriño Fuente, Elías López Paz y Fernando Lousada Arochena.

Con todo respeto para los compañeros de la Sala, discrepo de su criterio mayoritario y entiendo que este Tribunal debiera haber entrado a conocer el recurso formulado; y ello aun a pesar de la doctrina unificada existente sobre el requisito de la «afectación general» como llave de acceso al recurso de Suplicación (art. 189.1.b LPL); y también a pesar de que en manera alguna cuestiono la fuerza vinculante de la jurisprudencia, cuando menos en los términos que algún autor denomina vinculación «persuasiva», ya que no jurídicamente exigible, por el exclusivo sometimiento del juez a las fuentes del ordenamiento jurídico, entre las que no se encuentra la doctrina jurisprudencial (art. 1.1 CC). Y me muevo a tal conclusión las siguientes consideraciones:

1^a.- Si bien la unidad de la doctrina tiene por objetivo la seguridad jurídica y éste es un valor inherente al Estado de Derecho (art. 9.2 CE), no lo es menos que el presupuesto de tal valor es la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 1.1 CE), de manera que la seguridad –procesal– de un criterio uniforme en materia de acceso al recurso –léase «afectación general»– creo debe ser objeto de interpretación no formalista –flexible– en los supuestos, sobre todo, en que sea patente la desigualdad en la aplicación de la norma material (en concreto, el art. 27.1 del Convenio Laboral Único de la Xunta de Galicia) por parte del Juzgado de instancia.

2^a.- Esa discordancia –en el orden sustantivo– que existe en la materia objeto de debate (devengo del complemento de antigüedad por personal temporal al servicio de la Xunta de Galicia) entre la decisión recurrida desestimatoria, el criterio mayoritario de esta Sala y el finalmente impuesto en la doctrina unificada, se evidencia en numerosas sentencias de este Tribunal Superior y –lo que es decisivo– en las SSTs 22.12.01, 21.03.02 Ar. 3.817 y 07.10.02 Ar. 10.912 (siquiera esta última referida al personal laboral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares).

3^a.- La exigencia jurisprudencial de alegación, acreditación y declaración –en la instancia– del componente de generalidad, se me presenta inaceptablemente rigorista en el singular supuesto de autos, ya que los centenares de reclamaciones judiciales –porque cientos son los recursos ya decididos y no menos los pendientes de resolver– sobre el mismo extremo hacen del todo comprensible que los litigantes y la propia sentencia de instancia descuiden el tratar de forma expresa un punto que resulta sobrentendido para los protagonistas procesales. Y ello es cierto hasta el punto de que en las presentes actuaciones, como en muchas otras, a pesar de no hacerse declaración judicial alguna de generalidad, ni siquiera la parte demandada –favorecida en instancia– pone objeción alguna a la procedencia del recurso; recurso que ella misma formula de forma habitual en la misma materia cuando el fallo es adverso a sus intereses.

4^a.- También me parece oportuno resaltar el natural desconcierto –cuando menos– que a los interesados debe producirles el hecho de que a unos trabajadores les sea reconocido el derecho y muy contrariamente se les niegue a otros, quizás compañeros de oficina o de dependencia laboral; e incluso que a un mismo reclamante se le admita la demanda respecto de algún periodo y se le rechace respecto de otro; y ello en función del Juzgado o –antes, hasta que la doctrina unificada proclamó el derecho al devengo– de la sección de la Sala a que el asunto hubiese sido turnado. En tales circunstancias resulta utópico pensar que los ciudadanos afectados puedan quedar convencidos de la justicia y corrección de la decisión judicial (objetivo innegable de la función jurisdiccional y derivable de la obligada tutela), pese a negárseles que la desigualdad en la aplicación de la Ley pueda ser corregida por la vía del recurso de Suplicación; y ello lógicamente ha de incidir

—en forma claramente negativa— en el deseable prestigio de los Tribunales.

Por ello considero que debió haberse admitido el recurso interpuesto por doña M^aJ.R.R. y otras y revocado la sentencia de instancia, estimando la demanda y reconociendo el derecho reclamado a disfrutar completamente de antigüedad.

3651 Sentencia núm. 2.238/03

S.S. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE, POR EXTEMPORÁNEA EXTINCIÓN DE CONTRATO PARA OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS FRAUDULENTAMENTE CONCERTADO POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a diecisiete de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.238/2003 interpuesto por TRAGSEGA 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 doña S.O.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandadas las empresas TRAGSEGA y TRAGSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 640/2002 sentencia con fecha 21 de octubre de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“PRIMERO.- La actora, doña S.O.R. cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, ha prestado servicios para la empresa demandada TRAGSA desde el día 2 de enero de 2002 y con la

empresa TRAGSEGA desde 1 de abril con la categoría profesional de Licenciada en Veterinaria. El salario mensual era en el momento del cese de 1.648,13 euros mensuales con prorrateo de pagas extraordinarias. El centro de trabajo era la Provincia de Lugo. La trabajadora demandante y la empresa demandada TRAGSA firmaron el día 2 de enero de 2002 un contrato de trabajo, del que figura copia en los ramos de prueba de ambas partes, bajo la modalidad de “duración determinada” para la realización de una obra o servicio determinado, concretado en la cláusula Séptima del contrato como “la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. ACREDITACIÓN Y APTITUD SANITARIA PARA EL MMOVIMIENTO PECUARIO ANUALIDAD 2002”. En la cláusula Sexta del mismo contrato se establecía que la duración del contrato se extendería “desde el 02.01.02 hasta la finalización de los trabajos de la categoría y especialidad del trabajador dentro del servicio”. El día uno de abril de 2002 se firmó entre TRAGSEGA un documento de subrogación y novación del contrato de trabajo al que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, mediante el cual esta empresa se subroga en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato, sustituyendo la empresa signataria, como parte empresarial, a la Empresa TRAGSA el documento de subrogación figura unido por fotocopia al ramo de prueba de cada una de las partes por lo que se tiene aquí por reproducido. SEGUNDO.- El grupo TRAGSA está constituido por las sociedades: TRAGSA, matriz del grupo y al que da nombre, TRAGSATEC, TRAGSEGA y PTP en España, TRAGSA en Portugal y CYTASA-DECYPAR en Paraguay. TRAGSA es una sociedad estatal especializada en el desarrollo rural, en la conservación de la naturaleza y en la prestación de servicios de emergencia, fue constituida en 1977, al personar como sociedad anónima un órgano del entonces Instituto Nacional de reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA), su Parque de Maquinaria. TERCERO.- El día 22 de julio la empresa comunicó verbalmente a la trabajadora su cese. Mediante comunicación escrita, fechada y recibida por la demandante también el día 22 de julio, y con efectos para el día 26 de julio de 2002, se le comunicó lo siguiente: “Muy Sra. Mía: Conforme a lo establecido en el art. 8.1 del Real Decreto 2.720/908 de 18 de Diciembre, y en consecuencia con el contenido de la Cláusula Séptima de su contrato de trabajo, le comunico que el próximo día 26 de julio de 2002 causará baja en esta empresa por

la finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratado. A partir de la fecha indicada le será practicada la correspondiente liquidación y finiquito. Será indispensable que antes haya hecho entrega del material y equipo propiedad de la empresa que obra en su poder al coordinador provincial. Deseo expresarle mi mayor consideración por los servicios prestados". La trabajadora percibió la cantidad de 1.845 euros con 42 céntimos en concepto de liquidación y finiquito. CUARTO.- El día 3 de enero de 2002 la Consellería da Política Agroalimentaria e desenvolvemento Rural de la Xunta de Galicia ordenó a la empresa TRAGSA la prestación del servicio de "Investigaciones sanitarias y trabajos de campo del programa de sanidad animal del año 2002". Las condiciones a las que había de ajustarse la realización del servicio fueron las siguientes: 1.- El trabajo se realizará conforme al pliego de cláusulas técnico-facultativas y 2.- El plazo de ejecución del servicio se fijaba hasta el 31 de diciembre de 2002. El pliego de prescripciones técnicas para la realización de la Asistencia Técnica cuyo objeto es la realización de las Investigaciones Sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal 2002 Galicia de fecha 3 de enero de 2002, del que obra copia en el ramo de prueba de la parte demandada, al que nos remitimos, establece los servicios concretos a desenvolver respecto de los ganados bovino, ovino y caprino e incluye, en el número de 5 de sus prescripciones, la de que el plazo de ejecución del servicio se fijaba hasta el 31 de diciembre de 2002. Figura en el ramo de prueba de la parte demandada copia del pliego de prescripciones técnicas al que se ha hecho referencia así como de las Instrucciones técnicas para la ejecución de las investigaciones sanitarias del programa de sanidad animal de 2002. Ambos documentos, por su extensión, se tienen por reproducidos. Dentro del ámbito del Servicio de Investigación Sanitaria y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal del año 2002, están comprendidas, entre otras actuaciones, las siguientes: - Comprobación de la identificación ajustada conforme a la normativa vigente. - Anotación de las marcas de identidad e actualización del censo en las fichas de corte, donde se registra también la edad, raza, aptitud, sexo y se procede a la cumplimentación de las nóminas. - tuberculización, de acuerdo con las normas técnicas que marque la dirección de los trabajos. - Realización de los servicios necesarios para la ejecución control de movimiento pecuario.

-Numeración de los tubos y posterior extracción de muestras de sangre, sus números correspondientes se anotarán en la ficha de corte, enviándose al laboratorio para que se analice. - Se cumplimentará la documentación necesaria para el traslado al matadero de los animales positivos. - Comprobación del libro de la explotación. El día 31 de julio de 2002 la Consellería antes citada emitió una Memoria Propuesta para la contratación de un servicio para control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia. En el Pliego de prescripciones técnicas para su realización se recoge que el objeto del pliego es la realización de los servicios necesarios para la ejecución del Control de Movimiento Pecuario e Investigaciones Epidemiológicas en Galicia. Con el número 5 la de que el plazo de ejecución del servicio se fija hasta el 31 de diciembre de 2002. Dentro del ámbito del Servicio para el control del Movimiento Pecuario e Investigaciones epidemiológicas de Galicia están comprendidos los servicios siguientes: - Realización de las pruebas sanitarias de diagnóstico de enfermedades animales. - Realización de anamnesis y de encuestas epizootiológicas consecutivas. - Realización de informes sobre la situación sanitaria de las explotaciones y sobre la actitud sanitaria de los animales respecto de las diversas enfermedades. - Realización de trabajos estadísticos y administrativos especialmente para las labores de seguimiento sanitario de las explotaciones ganaderas respecto a las diversas patologías de las especies animales afectadas. - Labores de control, indagación y comprobación de todos los movimientos de animales que pudieran tener contacto con las explotaciones afectas. - Supervisión y control de la realización de la limpieza y desinfección de los vehículos utilizados para el transporte de los animales. QUINTO.- El día 19 de agosto de 2002 se emitió Certificado por don G.F.R., Subdirector Xeral de Ganadería de la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvemento rural de la Xunta de Galicia un certificado en el que se expresaba: "Que con data 3 de xaneiro de 2002, por Orde do Secretario Xeral da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento rural, actuando por delegación do Conselleiro encomendóuselle ó Grupo TRAGSA a prestación do Servicio de Investigacións Sanitarias e Traballos de Campo de Programa de Sanidade Animal do ano 2002, de conformidade co disposto na Lei 66/1997, de 30 de decembro de medidas fiscais, administrativas e da orde social, así como do previsto no Real Decreto 371/1999, do 5 de marzo, disposicións

estas que recollen a posibilidade de que a Administración autonómica encomende a realización dos servizos necesarios para a consecución dos seus obxectivos, podándose realizar ben por TRAGSA ou a través de súas filiais.- Que a prestación do citado servizo polo grupo TRAGSA realizouse con plena conformidade, acorde con prego de condicións técnico-facultativas que rexían a citada prestación, alcanzándose con plena satisfacción o obxecto do contrato, polo que o día 15 de xullo de 2002 xa se tiñan decepcionado en conformidade os traballos previstos.- E para que así conste e, por petición do grupo TRAGSA e para os efectos que sexan do seu interese, expídese o presente certificado en Santiago de Compostela, a 19 de agosto de 2002".

SEXTO.- El colegio Oficial de Veterinarios de Lugo comunicó a este Juzgado el día 18 de septiembre de 2002 que los veterinarios que pertenecen a las empresas TRAGSA y TRAGSEGA, a esa fecha, continúan expidiendo Autorizaciones Sanitarias sobre animales de las especies bovina, ovina y caprina destinados a mataderos. Asimismo comunica que se han habilitado en la provincia de Lugo un grupo de diez veterinarios colegiados en otras provincias y que realizan trabajos para las empresas demandadas. SÉPTIMO.- La demandante no figura en la relación de veterinarios presentados a procesos de selección de la empresa TRAGSA del año 2002. Si figuraba en la del año 2001. OCTAVO.- El día trece de agosto de 2002 se presentó papeleta de conciliación. El acto se celebró el siguiente día treinta de agosto de 2002 con el resultado de "SEN AVINZA" respecto de la empresa TRAGSA e "INTENTADA SEN EFECTO" respecto de la empresa TRAGSEGA. NOVENO.- El Convenio Colectivo aplicable es el XII Convenio nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios técnicos publicado en el B.O.E. el día 11 de febrero de 2002. DÉCIMO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año la cualidad de representante de los trabajadores".

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

"FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda presentada por doña S.O.R. contra las empresas TRAGSEGA y TRAGSA, declarando la improcedencia del despido de que fue objeto la demandante el día veintiséis de julio de dos mil dos, condenando a al demandada TRAGSEGA a que, en el plazo de cinco días, opte por la readmisión de la trabajadora en el

mismo puesto de trabajo, en los términos expresados en el Fundamento Quinto de esta Sentencia, o por la indemnización en la cuantía MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (1.986,87 euros), debiendo abonarlo, asimismo, en caso de readmisión, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de su reincorporación. Asimismo debo absolver y absuelvo a la codemandada TRAGSA de las peticiones contra ella dirigidas en la demanda".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara improcedente el despido de que la actora había sido objeto el 22.07.02 y al que se le daban efectos de 26.07.02. Frente a ella la empresa demandada-condenada TRAGSEGA interpone recurso de suplicación y en un único motivo amparado en el art. 191c) (aunque el recurrente consigne el 191 b) por error) de la Ley de Procedimiento Laboral, alega que la sentencia recurrida infringe el art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque TRAGSEGA se constituyó el 20 de diciembre de 2001 por acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 16 de noviembre del mismo año, siendo su objeto social la realización de las actuaciones relacionadas con la ganadería que anteriormente realizaba la empresa pública TRAGSA que es su único accionista.

La nueva empresa TRAGSEGA es una filial de TRAGSA y por tanto con idéntico régimen jurídico que ésta, el cual viene definido en la ley 66/97 de medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en cuyo artículo 88 se recoge, entre otras cosas, que TRAGSA es un medio instrumental y servicio técnico de la administración; asimismo se establece que la empresa está obligada a realizar con carácter exclusivo, por si mismo o sus filiales los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes. También en el apartado 6 se recoge que los importes de las tarifas de los trabajadores deberán ser objeto de aprobación por parte de la Administración competente.

Por ello TRAGSA y en particular, por lo que afecta al presente caso TRAGSEGA, están a la orden de la Administración y de las Comunidades Autónomas; que sus cometidos vienen impuestos por éstas mediante las correspondientes órdenes y que no puede haber orden, encomienda, ni trabajo a realizar, si previamente no existe la oportuna aprobación presupuestaria, de forma que sin presupuesto de la Administración, ni TRAGSA ni TRAGSEGA pueden acometer trabajo de clases alguna, excepto los de emergencia.

La sentencia de instancia declara probado que: la demandante prestó servicios como veterinario por cuenta y orden de la empresa grupo TRAGSA, con un primer contrato desde el 02.01.02 al 31.03.02, y mediante un segundo contrato de trabajo de duración determinada para obra o servicio determinado desde el 01.04.02, si bien desde el 01.04.02 se subrogó la empresa TRAGSEGA como dice el H.P. 1º, siendo el objeto del segundo contrato “la realización de los trabajos propios de su especialidad y categoría dentro de la unidad de obra A.T. acreditación y aptitud sanitaria para el movimiento pecuario anualidad 2002”. En fecha 03.01.02 la Consellería de Política Agroalimentaria ordenó a TRAGSA la prestación de servicios de investigaciones sanitarias de trabajos de campo del programa de sanidad animal de 2002, como se dice al H.P. 4º. En fecha 22.07.02 al actor le fue comunicado que causaría baja en la empresa el día 26 siguiente de conformidad con el art. 8.1 R.D. 2.720/98 y cláusula 7 de su contrato “por la finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro del servicio para el que fue contratado”; constando al respecto que en 19.08.02 el Subdirector General de Ganadería de la Consellería de Política Agroalimentaria y Desenvolvemento Rural certifica: “Que con data 3 de xaneiro de 2002, por Orde do Secretario Xeral da Consellería de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural, actuando por delegación do Conselleiro, encomendóuselle ó Grupo TRAGSA a prestación do Servicio de Investigacións Sanitarias e Traballos de Campo do Programa de Sanidade Animal do ano 2002, de conformidade co disposto na Lei 66/1997, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, así como do previsto no Real Decreto 371/1999, do 5 de marzo, disposicións estas que recollen a posibilidade de que a Administración Autonómica encomende a realización dos servizos necesarios para a consecución dos seus obxectivos, podéndose

realizar ben por TRAGSA ou a través das súas filiais.- Que a prestación do citado servizo polo grupo TRAGSA realizouse cor plena conformidade, acorde coprego de condicións técnico-facultativas que regían a citada prestación, alcanzándose con plena satisfacción o obxecto do contrato, polo que o día 15 de xullo de 2002 xa se tiñan recepcionado en conformidade os traballos previstos. - E para que así conste e, por petición do grupo TRAGSA e para os efectos que sexan do interese, expídese o presente certificado en Santiago de Compostela, a 19 de agosto de 2002.

Por R.D. 379/77 se autorizó la constitución de TRAGSA y posteriormente la creación de TRAGSEGA, con el objeto social que se dice en el HP.2º, creándose en 20.12.01 como filial de TRAGSA y participada plenamente por ella. Aparte de lo incorporado a los HDP, consta que diversos trabajadores de TRAGSEGA vieron finalizado su contrato en julio de 2002, si bien TRAGSEGA contrató nuevos veterinarios en el propio mes de julio.

De lo anterior, a partir de la infracción denunciada en suplicación vía art. 191.c LPL ya señalado, deriva la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- En orden a los requisitos del contrato temporal (tal y como se señaló en la sentencia de esta Sala de 03.03.03) para obra o servicio determinado, regulado en los arts. 15.1 a) ET y 2 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, la doctrina unificada —SSTS 19.03.02 Ar.5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida— ha indicado que son los siguientes: «a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas».

Y la misma doctrina insiste en la necesidad de que concurren conjuntamente todos los requisitos enumerados para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho (se citan las SSTS de 21.09.93 Ar. 6.892, 26.03.96 Ar. 2.494, 20.02.97 Ar. 1.457, 21.02.97 Ar. 1.572, 14.03.97 Ar. 2.467, 17.03.98

Ar.2.682, 30.03.99 Ar. 4.414, 16.04.99 Ar. 4.424, 29.09.99 Ar. 7.540, 15.02.00 Ar. 2.040, 31.03.00 Ar. 5.138, 15.11.00 Ar. 10.291, 18.09.01 Ar. 8.446), destacando muy especialmente el que siempre se haya considerado decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, por lo que es trascendente que se cumpla la previsión del art. a) citado en orden la obligación de identificar en el contrato —con toda claridad y precisión— cuál sea la obra concreta o el servicio determinado que lo justifican, pues —STS 26.03.96 Ar. 2.494— «si no quedan debidamente identificados la obra o servicio al que el contrato se refiere, no puede hablarse de obra o servicio determinados; mal puede existir una obra o servicio de esta clase, o al menos mal puede saberse cuáles son, si los mismos no se han “determinado” previamente en el contrato concertado entre las partes; y si falta esta concreción o determinación es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral correspondiente, por cuanto que, o bien no existe realmente obra o servicio concretos sobre los que opere el contrato, o bien se desconoce cuáles son, con lo que se llega al mismo resultado» (también SSTs 22.06.90 Ar. 5.507, 26.09.92 Ar. 6.816 y 21.09.93 Ar. 6.892). Y ello siquiera la forma escrita con inclusión de ese dato no constituya exigencia «ad solemnitatem», ni tampoco sea «iuris et de iure» la presunción que establece el art. 9.1 RD 2.720/1998 para los incumplimientos formales, de manera que es destruible por prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal; más si la prueba fracasa el contrato deviene indefinido.

Tratándose de contratación por parte de la Administración Pública, si bien el Tribunal Supremo admite que se acoja a la modalidad contractual del art. 15 ET, sin embargo ha precisado que «no es posible a las Administraciones Públicas eludir el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y generadoras de derechos y obligaciones» (STS 05.07.99 Ar. 6.443). Y tal como expresa la STS 21.03.02 Ar. 5.990 —cuya doctrina reitera la sentencia de 10.04.02 Ar. 6.006— «no ha elevado pues esta Sala, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal, [...] aunque [haya puesto en ocasiones un mayor énfasis en dicho dato, porque así lo exigía el planteamiento del debate concreto.

En el caso de autos, las demandadas son Sociedades Estatales constituidas precisamente para dar cumplimiento —entre otros— a los fines públicos relativos a servicios ganaderos y veterinarios propios de las Administraciones Públicas —estatal y autonómica—, hasta el punto de que cada «servicio será considerado como ejecutado por la Consellería a través de la Sociedad TRAGSA». Y esa circunstancia determina que los citados criterios jurisprudenciales en todo caso serían aplicables a autos, mutatis mutandis; aparte de que —luego se verá— la referencia jurisprudencial incluso resulta del todo ociosa, tras la modificación del art. 52 ET operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio.

TERCERO.- Resulta de plena aplicación al caso lo que ha resuelto esta misma Sala en Sentencia dictada con fecha 28.02.03, Rec. 176/03, aunque en ella el recurrente fuera el propio demandante, por ser la sentencia desestimatoria. En dicha sentencia se considera la existencia de un despido improcedente en base a razones que a continuación exponemos, y que justifican la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

“Para justificar la válida extinción del vínculo laboral, las demandadas argumentan el agotamiento presupuestario y la finalización de la obra; para acreditar lo primero —de prueba específica inexistente— parecen remitirse a la segunda, basándose en la certificación de la Consellería—19.08.02— que tiene por cumplidos los objetivos del «Servicio de Investigaciones Sanitarias y Trabajos de Campo del Programa de Sanidad Animal del año 2000». Pero este planteamiento viene invalidado por los siguientes obstáculos:

a).- En primer lugar, que el contrato no se refiere para nada al agotamiento del presupuesto habilitante como causa extintiva, sino —pura y simplemente— a la «finalización de los trabajos de su especialidad y categoría», con lo que en autos se estaría aduciendo —de forma improcedente— motivo de extinción no previsto por las partes al contratar.

b).- En segundo término, que tal causa tampoco fue la invocada en la carta de cese —ordinal segundo de los HDP—, sino que la misma refiere tan sólo la indicada «finalización» de los trabajos para los que había sido contratado, y no hay que olvidar que en sede judicial está vedado alegar cualquier otro motivo de oposición a la demanda que previamente

no se haya indicado en la carta, conforme inequívocamente prescribe el art. 105.2 LPL, al objeto de evitar censurable indefensión para la parte demandante.

c).- El anterior resumen que se ha hecho de las actividades de las Empresas demandadas para la Consellería pone de manifiesto que para ésta y para la propia TRAGSEGA son perfectamente diferenciables el «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» (presupuesto de 3.918.598 euros) y los que se denominan «aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio» (presupuesto de 549.781.062 pesetas), «control del movimiento pecuario e investigaciones epidemiológicas en Galicia» (por importe presupuestado de 639.229,35 euros) y «asistencia técnica en acreditación de aptitud sanitaria de los animales para el movimiento pecuario y el sacrificio», pareciendo que aquella actividad que motivó la contratación de la actora bien pudiera ser lo que en su memoria de abril de 2000 TRAGSEGA denomina —diferenciándolo expresamente del Programa de Sanidad Animal— «asistencia para la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero» (presupuesto de 601.012,10 euros). Y al tener cada una de ellas respectiva Orden de realización a TRAGSA, memoria-presupuesto, y pliego de condiciones, es claro que el certificado de finalización relativo al «Programa de Sanidad Animal para el año 2002» no puede trascender —hacerse extensivo— a lo que en el contrato se califica como «Asistencia Técnica ... Acreditación Aptitud Sanitaria Mov. Pecuario y Sacrificio», y que parece corresponderse con «la inspección del estado de los bovinos vivos en explotación y expedición de certificados con destino a matadero», pero que en todo caso es diverso —lo evidencia la propia denominación oficial— al citado programa anual de Sanidad Animal.

d). - Asimismo quiere la Sala resaltar que a nuestro juicio las de mandadas se encuentran en el dilema —en su sentido propio de alternativa de dos términos con idéntica consecuencia— de que si pretenden justificar el cese de la trabajadora por la finalización del programa genérico de sanidad anual, en este caso no aparece justificada la sustantividad de su contratación y el vínculo así constituido sería indefinido, con resultado de estimar la demanda y calificar el cese como despido improcedente; y si admiten la causa «autónoma» que en el contrato se especifica, esa sus-

tantividad —con Orden y presupuesto propio, como en todas las otras actividades específicas, según hemos visto— legitimaría ciertamente la contratación, pero obligaría a acreditar la finalización de la obra singular pactada, y para tal supuesto no sería ya argumentable el cumplimiento de los objetivos del genérico Plan de Sanidad Animal, de forma que habría de llegarse a la misma consecuencia de entender que concurre despido improcedente y que haya de estimarse la demanda. Y finalmente,

e).- Se ha de poner de manifiesto que aún para el supuesto de que se admitiese el agotamiento de una dotación presupuestaria de la que nada consta —dato irrelevante, según veremos—, en todo caso la extinción del contrato de la demandante en 26.07.02 sería de por sí injustificada con arreglo a la doctrina unificada que más arriba se ha citado, una vez que el objeto del contrato —control sanitario de bovinos en movimiento y con destino a matadero, según la hipótesis que nos parece más razonable— constituye una actividad permanente y ordinaria de la Administración, hasta el punto de que sin solución de continuidad tras la extinción del contrato de la accionante —junto con otros Veterinarios más se presupuesta y ordena a TRAGSEGA la realización de idéntico cometido, dando lugar a la contratación de nuevos profesionales de la Veterinaria y entre ellos muchos de los cesados junto con la accionante.

Y en tal contexto de actividad ordinaria de la Administración —actuando a través de sociedad estatal, pero asumiendo como propia la gestión— y con mayor motivo mediando contrataciones sin solución de continuidad, en todo caso sería de aplicación la jurisprudencia a que hemos hecho referencia; incluso aunque el contrato hubiese estado vinculado formalmente a un determinado presupuesto, ya agotado a la fecha del cese...

CUARTO.- Estas consideraciones son traspolables al caso ahora enjuiciado, no apareciendo la extinción contractual invocada por finalización de los trabajos objeto del contrato como causa de extinción del mismo; por lo que procede, pues, confirmar la declaración de la existencia de un despido improcedente en la extinción contractual operada el día 26.07.02; a la que le resulta de aplicación el art. 56 ET. desprendiéndose de todo ello que la sentencia recurrida es plenamente acorde con el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no vulnera la normativa, que por la parte recurrente se invoca, procede, previa desesti-

mación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado.

En consecuencia,

Fallamos

Que desestimado el recurso de suplicación interpuesto por TRAGSEGA, contra la sentencia de fecha 21.10.02, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, en el Procedimiento nº 640-02 sobre despido debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia y auto de aclaración recurridos.

3652 Sentencia núm. 3.205/03

S.S. CRITERIOS PARA A CUANTIFICACIÓN DA INDEMNIZACIÓN PROCEDENTE EN PROCESO SOBRE VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALLADOR.

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

A Coruña, a dieciocho de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.205/2003 interpuesto por DEMANDANTE Y LA AUTORIDAD PORTUARIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña T.N.F. en reclamación de DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado AUTORIDAD PORTUARIA Y MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 104/2003 sentencia con fecha seis de marzo de dos mil tres 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 fue inicialmente

Funcionaria del Estado perteneciente al Cuerpo General Administrativo desde octubre de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1992, fecha en la se integra en la Autoridad Portuaria de La Coruña, como personal Laboral, suscribiendo contrato indefinido, el día 30 de diciembre de 1992, con la categoría de Subjefe de Sección nivel 12. Con fecha 28 de septiembre de 1995 y efectos 1 de enero del citado año, y en virtud de la entrada en vigor del I Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias es nombrada Subjefe de Sección (nuevo convenio) Nivel 12 y Grupo Profesional I -Técnicos, quedando adscrita a al U. Personal en la Dirección de Dto. Secr. Gral, actualmente como jefe de grupo. Segundo.- Desde octubre de 1998 hasta marzo de 1996 ha realizado sus funciones en el Departamento de Administración y Recursos Humanos, llegando a desempeñar el cargo de Jefe de Negociado -Nivel 14, como personal funcionario posteriormente denominado Subjefe de Sección - Nivel 12. Desde 04.06.96 hasta la actualidad, cambiando de grupo profesional pasa a prestar servicios en el Departamento de Explotación, con nivel 12, actualmente como Jefe de Grupo. En fecha 14 de enero se le comunica que con la categoría de Subjefe de Sección a extinguir, viene prestando sus servicios en el Área de Concesiones, dependiente del Departamento de Explotación. En escrito de 31 de julio de 2002 en aclaración de las funciones asignadas a su puesto de trabajo se le comunica que pertenece al Departamento de Explotación con destino en Gestión de Dominio Público, de acuerdo con lo establecido en la definición de puestos de trabajo anexa al Convenio Marco. En fecha 30 de agosto de 2002 recibe de la Dirección del Puerto comunicación significándole que a partir del próximo 2 de septiembre pasará a prestar sus funciones bajo la dependencia de la División de Operaciones y Servicios Portuarios, responsabilizándose de la ocupación de superficies no sujetas a canon, seguimiento de expedientes sancionadores relacionados con la explotación portuaria, así como de la supervisión administrativa de los expedientes de prestación de servicios portuarios. Desde la fecha indicada y hasta el 16 de octubre, fecha de la visita de la Inspección de Trabajo, a la trabajadora se la ha encomendado la comprobación de las ocupaciones continuadas conforme a la información que llega del puerto en una relación, que se concreta en un estadillo y la individualización de cada caso, contrasta los documentos para ver si hay errores. Este trabajo lo hace una vez al mes,

requiriendo un traballo entre una hora e unha hora e media. Hace los pliegos de servicios de gestión indirecta hizo uno el 15.10.02, invirtiendo un tiempo de seis horas. Tramita expedientes de ocupación continuada para lo cual dispone de una plantilla en el ordenador, con lo que, ante una solicitud del interesado se limita a cambiar los nombres y normalmente, previa llamada al comisario o a su superior se autoriza, salvo que en la solicitud se presente alguna incidencia, se lleva a registro, se da la orden para que salga al correo y se remite un correo electrónico al Departamento de Medio Ambiente comunicando la autorización. Cada expediente ocupa un tiempo de, mas o menos veinte minutos. Por último, se ocupa de la tramitación de los expedientes sancionadores a los usuarios, por ello se dispone de un modelo de propuesta de inicio, transcribiéndose únicamente el parte de incidencia del Servicio de Vigilancia, lo firma su superior y se remite a la Dirección Devuelto, se hace otro escrito según modelo que se personaliza y se le comunica al supuesto infractor, dándole un plazo para que le conteste. El tiempo requerido viene siendo de unos 15 minutos cada expediente. Según documentación recabada y presentada por la Autoridad Portuaria entre el 06.09.02 y el 15.10.02, la trabajadora ha actuado en CINCO expedientes de *ocupación continuada*; QUINCE documentos relacionados con expedientes *sancionadores*; DOS *pliegos de servicios de gestión indirecta*. Efectuando un cálculo en función de los tiempos requeridos por cada expediente y los documentos que ha tenido que tramitar, considerando que además de lo que se ha señalado puede ser necesario efectuar llamadas, hacer salidas al puerto o comunicaciones con otros departamentos, significa que la trabajadora viene teniendo una ocupación diaria en valor promedio de no mas de dos horas. En el período comprendido entre el 06.09.02 y el 15.10.02 a esta misma trabajadora se le ha encomendado la tramitación de unos diez expedientes de ocupación, seis expedientes sancionadores, unos catorce expedientes de concesión, varias propuestas de resolución de concursos y tramitación de temas diversos (desalojo de tinglado muelle de baterías, asunto de roturación, asunto feria del hombre artesano, asunto elecciones autonómicas 2001, etc.) En el escrito de remisión de dicha documentación por parte de la Autoridad Portuaria, se hace constar que la tramitación de la misma, constituye una parte de las tareas realizadas por la trabajadora. Del análisis de los trabajos realizados en los dos periodos a los

que se ha hecho referencia, se observa que el contenido del puesto de trabajo de esta trabajadora se ha reducido a unos *mínimos*, hasta el punto de que se ha dejado sin ocupación mas del 90% de la jornada. Dicha reducción afecta a la cuantía y a la cualidad o importancia de la materia sobre la que opera. Tercero.- En diciembre de 1997 la actora interesa explicaciones sobre el motivo por el que no se le abonaba el plus de nocturnidad, contestadas en nota interior de 14 de enero de 1998, en el sentido de que no constaban en la unidad la realización de horas, y tras reclamación de la actora se le indica la confirmación de la realización de aquellas y y su inmediato abono.

En junio de 1996 denuncia la incorporación de un trabajador a la unidad de personal, interesando se la informara de las funciones a realizar por aquel al ser la actora la responsable de personal. Ese mismo día se le comunica verbalmente por el Secretario de la Autoridad su pase a Concesiones, lo que hizo sin protesta. En fecha 24 de julio de 2000 denuncia la existencia de errores y posible manipulaciones en su instrumento de control de fichajes, que reitera en octubre al regreso de las vacaciones, sin que por la Autoridad Portuaria se haya contestado al citado ni tomado media correctora alguna o sancionadora. En fecha 17 de julio de 2001 solicita una certificación acreditativa del tiempo de servicios prestados en el Departamento de Explotación indicando la clase de trabajo encomendado y realizado y si lo había sido a entera satisfacción de la demandada. A esta solicitud se le contesta por certificación de fecha 18 de septiembre de 2001, obrante en autos bajo el número 19 de los documentos aportados por la actora con su demanda y que se da por reproducido. Con fecha 5 de octubre de 2001, se convoca la plaza de Responsable de Concesiones y Autorizaciones. La actora solicita el 25 de octubre su reincorporación a la Unidad de Personal antes de que el candidato seleccionado se incorporase, no teniendo contestación. El 12 de diciembre denuncia la baja de su conexión a Internet, hecha sin su conocimiento. El 28 de febrero de 2002 recibe apercibimiento (documento número 24) en el que se le recuerda que todas las salidas y entradas por asuntos particulares deberán ir acompañadas de los correspondientes fichajes debiendo informar de ello previamente a su inmediato superior con entrega al mismo de los justificantes. En escrito de fecha 13 de marzo de 2002 contesta a la solicitud de información sobre posibles errores en una factura. Cuarto.- El día 13 de mayo de 2002 la actora recibe un

correo electrónico de don E.G.G. en relación con la carpeta del asunto Dársena Deportiva de La Coruña, dirigido además a otras personas, del contesto siguiente: Como yo también estaba presente cuando le preguntaste a P. por la carpeta, puedo decir que él no dijo que se la “entregó a T.” sino que la devolvió, lo cual es cierto, porque la carpeta la tenía esta mañana M. Como ves, no se persigue nada raro, y menos crear mas problemas como este. Para evitarlos en el futuro, lo mejor es que cuando quieras revisar algo, me lo digas a mí, y lo revisamos juntos. Ahora, yo tengo el expediente, y podemos verlo cuando quieras. Don A.T. contesta con lo siguiente: La semana pasada solicité la carpeta del asunto, al día siguiente al no verme entregada volví a solicitarla indicándome que la misma estaba en posesión del Sr. G., Encontrándome hoy al Sr. G. en su despacho con usted y el Sr. A.T., le pregunto por la carpeta a lo que sorprendentemente comenta que la miró y entregó a usted al momento. No entiendo ese tipo de situaciones, ni lo que se persigue, ni entraré en ello por no corresponderme, por lo que solicito, una vez más, que por favor se me entregue la misma a la mayor brevedad posible. Gracias. El día 13 de junio de 2002, estando la actora en el despacho del Sr. S.T., entró en el mismo el Sr. J.L.P. y haciendo entrega al Sr. T. de un documento y su copia para su firma y devolución, documento que iba dirigido a la actora y no al Sr. T. El día 19 de junio el Sr. P. dirige al Sr. T. el siguiente correo: A.: Se dispone de información que indica que la trabajadora doña T.N.F. ha abandonado en el día de hoy, y durante un largo período de tiempo, la sede de la Autoridad Portuaria, sin haber fichado ni la salida ni la entrada como es obligación. Dado que la citada trabajadora depende de esa División, se solicita que a la mayor brevedad posible se haga llegar por este medio la información que al respecto se tenga. Gracias. J.L.P. En relación a la pregunta que me planteas, y no sin cierta perplejidad, te puedo informar que en todo momento he tenido conocimiento de la salida de doña T.N.F. a lo largo de la mañana. Efectivamente, en esta ocasión, lo mismo que en otras muchas, la gestión del dominio público exige salir a diferentes puntos del puerto. En unas ocasiones T. viene conmigo, y en otras tiene que ir sola. En estas últimas, incluso te informo que sale en su propio vehículo particular, ya que no se encuentra cómoda conduciendo los Jeep Cherokee. Sobre la salida de esta mañana, no tengo información precisa del tiempo que estuvo fuera, pero desde el

momento en que me aviso que salía hasta que volvimos a despachar sobre otros asuntos, no pasó mucho más tiempo que el razonablemente necesario para las tareas que tenía que realizar fuera del edificio. Sé que se le ha realizado una consulta similar a esta a J.G. sobre M., pero es importante distinguir la relación entre ambas trabajadoras y sus problemas con la empresa de los trabajos cotidianos que realizan. No todo lo que hacen está mal o está hecho con mala intención. Quiero decir, que da la impresión de que con ellas se hace un control diferente al que se hace al resto de trabajadores, cuando lo razonable sería darle a cualquiera el mismo trato. Un saludo, Angel. Quinto.- La actora presentó demanda en materia de Acoso Moral, en fecha 25 de junio de 2002, turnada al juzgado de los social 2, pero desistida en fecha 24 de julio, según la actora por cambiar de dirección letrada. Sexto.- En fecha 28 de junio de 2002 formula denuncia ante la Inspección de Trabajo, la cual levanta acta de infracción, no firme, falta de respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de las trabajadoras por parte de la empresa, que la obrar en autos se da por reproducida. Séptimo.- A la vuelta de sus vacaciones diariamente dirige un correo a don A.T.R. con el siguiente texto: “También espero que me digas qué tareas debo realizar en la jornada de hoy.” Octavo.- No se acredita la existencia de enfermedad derivada del acoso moral denunciado.”

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

“FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por doña T.N.F., declaro que se ha vulnerado su derecho fundamental a no ser discriminada y su derecho al trabajo en tanto no se le proporciona ocupación efectiva, ordenando a la demandada AUTORIDAD PORTUARIA A CORUÑA, la adopción de forma inmediata de todas las medidas necesarias para que cese el acoso moral a que se ve sometida la actora en su prestación laboral y condenándola a abonarle en concepto de indemnización la cantidad de 3.005,09 euros. Absolviendo a la demandada del resto de las peticiones.”

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.- 1.- La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda, declarando existente la vulneración del derecho fundamental por el que se accionaba –derecho a no ser discriminada y derecho al trabajo– y condenando a la demandada a que se adoptasen «todas las medidas necesarias para que cese el acoso moral» a la trabajadora y a que se indemnizase a la misma en la cantidad de 3.005,09 euros. Sentencia de la que ambas partes litigantes discrepan, con sendos recursos de Suplicación.

SEGUNDO.- La trabajadora, en el primero de los motivos de su recurso –que es de suponer dirige a la variación del relato fáctico de instancia, porque expresamente no se demuestra disconformidad con los hechos que para el Magistrado integraban conductas de «acoso moral», indicando al respecto: «Conductas probadas de acoso moral en el trabajo que la sentencia no considera tales:

1.- Su marcha del Departamento de Administración y Recursos Humanos, propiciada sin razón y por un enfrentamiento con el Jefe de la Unidad de Personal y comenzado por éste, es una movilidad funcional que no se atiene a las causas ni a los requisitos del Convenio ni del ET (documentos 3, 4 y 5 anexos a la demanda).

2.- Se ignoran sus peticiones sobre concreción de puesto de trabajo y supuesta movilidad funcional, así como otras legítimas peticiones en materias como la formación (documentos 6, 7, 8, 20 y 23).

3.- Hay un nuevo incidente con el Jefe de la Unidad de Personal sin motivación ni fundamento, que perjudica los intereses de esta trabajadora (documentos anexos 10, 11, 12 y 13), otorgándose finalmente la razón en mi reclamación (documento 13).

4.- El especial seguimiento horario ya se percibe en el año 2000 y como tal prueba presentamos los documentos anexos a la demanda nº 15 y 16. El acoso a medio de los “fichajes” que continuó después es ya hecho probado y motivo de condena en la sentencia.

5.- El 17 de septiembre de 2001 se me prohíben los contactos con la Unidad de Personal, cuyo Jefe aparentemente me ignora dentro de la empresa, pero continúa perjudicándome en un hostigamiento del que la sentencia se hizo eco.

6.- El puesto de trabajo que ocupa la trabajadora es insólitamente convocado el 25.10.01 (documento anexo nº 20), motivo por el cual la demandante solicita lo mismo que, por coherencia, se solicitaba en el Suplico de la demanda: la incorporación a su puesto original como Responsable de la administración de personal (documentos 20 y 23).

7.- Como una persona de un nivel técnico cuyo puesto hace necesario el empleo de herramientas informáticas (webs de las Administraciones, boletines oficiales, etc...), torticeramente se desconecta a la actora de Internet (pero no de Intranet o red interna de correo). La demandada no acredita en modo alguno que sean más allá que ella y de su misma o parecida categoría los trabajadores afectados por la medida o que la misma haya respondido a una cuestión técnica u organizativa; además por parte del Juzgador se rechaza la prueba documental sobre tal extremo interesada por esta parte, ni siquiera para mejor proveer, con lo que resulta patente y acreditado (al no probar la Empresa lo contrario) que la desconexión sólo afectó a esta trabajadora, algo sin duda bastante insólito en una empresa donde la conexión a la Red externa no va despacho por despacho con módems independientes, sino con una conexión permanente vía ADSL o en aquella época RDSL, general para todo el sistema informático; es decir, se desconecta el PC de la demandante sólo para aislarla más y no se prueba por la demandada que tal medida haya afectado a más trabajadores que a ésta u obedezca a motivos técnicos. ¿Acaso es esto una medida normal de organización?. Al documento anexo 22 me remito (hecho no negado por la Empresa).

TERCERO.- 1.- Ha de reiterarse una vez más –SSTSJ Galicia 16.01.03 R. 5.384/02, 23.12.02 R. 1.744/02, 15.06.02 R. 938/99, 16.05.02 R. 1.171/99, 03.05.02 R. 944/02, 07.02.02 R. 6.499/01, 25.10.01 R. 1.458/98, 05.07.01 R. 2.775/01, 20.04.01 R. 2.851/95, 05.03.01 R. 277/01, 08.02.01 R. 5.959/00, 19.01.01 R. 5.470/00, 10.01.01 R. 2.952/98...– que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser –STSC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada en autos.

Naturaleza que se plasma en el art. 191 LPL (STC 294/1993, de 18 de octubre), cuya regulación evidencia que para el legislador es

al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: STS 12.06.75 Ar. 2.709–, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316, 326, 348 y 376 LEC, así como el art. 97.2 LPL. Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho, precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

2.- La naturaleza extraordinaria que se ha referido del recurso de Suplicación se traduce –SSTSJ Galicia 28.02.03 R. 551/00, 16.01.03 R. 5.384/02, 29.06.02 R. 1.775/99, 07.02.02 R. 6.499/01... – en:

a.- Que carezcan de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical (SSTSJ Galicia 10.01.01 R. 2.952/98, 29.03.01 R. 4.594/00, 04.04.01 R. 1.464/00, 30.05.01 R. 2.265/01, 29.11.01 R. 5.426/01, 07.02.02 R. 6.499/01, 22.02.02 R. 3.164/98, 23.12.02 R. 1.744/02...).

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 24.02.92 Ar. 1.144; SSTSJ Galicia 27.02.99 AS 5.261, 12.05.00 R. 1.748/00, 07.02.02 R. 6.499/01, 23.12.02 R. 1.744/02...).

d.- 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 (STS de 17.10.90 Ar. 7.929 y 13.12.90 Ar. 9.784), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certi-

dumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03.03.00 R. 499/00, 14.04.00 R. 1.077/00, 15.04.00 R. 1.015/97, 22.06.00 R. 2.756/00, 13.07.00 R. 1.340/97, 13.10.00 R. 2.500/97, 26.10.00 R. 4.397/00, 20.09.01 R. 3.892/01...).

e.- 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 10.01.01 R. 1.791/98, 26.01.02 R. 578/01...). Y

f.- Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada –vinculadamente– 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 (STS de 04.06.76 Ar. 3.434 y 05.07.90 Ar. 6.059; y SSTSJ Galicia 15.12.01 R. 5.948/00, 25.01.02 R. 971/01, 07.02.02 R. 6.499/01, 23.02.02 R. 2.956/98, 20.06.02 R. 1.400/99, 09.12.02 R. 5.325, 23.12.02 R. 1.744/02...).

3.- De otra parte tampoco cabe olvidar –SSTSJ Galicia 30.05.03 R. 1.510/00, 25.05.03 R. 3.688/00, 29.03.03 R. 544/00, 28.03.03 R. 2.065/00, 30.01.03 R. 5.819/02, 14.09.02 R. 4.295/01, 14.09.02 R. 4.295/01, 18.05.02 R. 5.419/98... – que en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los tér-

minos previstos en la ley (STS 22.01.98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose –incluso– la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11.12.97 Ar. 9.313, 01.07.97 Ar. 6.568, etc.). Y que en ningún caso pueden tener acceso a los HDP, manifestaciones valorativas o conceptos jurídicos que son predeterminantes del fallo, en tanto que anticipen la decisión judicial respecto de la cuestión debatida, y que –precisamente por ello– no puede acceder a la parte histórica de la sentencia, sino que en su caso tendría adecuada ubicación y razonamiento en la fundamentación jurídica (a título de ejemplo, SSTS 19.06.89 Ar. 4.811 y 07.06.94 Ar. 5.409; y SSTSJ Galicia –entre las recientes– de 25.01.03 R. 4.613/99, 22.03.03 R. 1.854/00, 27.03.03 R. 2.620/00, 11.04.03 R. 3.868/02, 26.04.03 R. 767/00, 30.04.03 R. 3.282/02 y 30.05.03 R. 3.124/00).

CUARTO.- Bien se comprende que toda esta precedente doctrina por necesidad ha de llevar a que rechacemos el motivo revisorio, porque (a) no se hace adecuada especificación de las revisiones que se propone, hasta el punto de que no se sabe con exactitud donde empieza y donde terminan las adiciones o rectificaciones que se interesan; (b) se incurre en numerosas inclusiones de conceptos valorativos y predeterminantes, de forma que se llega a un totum revolutum cuya subsanación no es cometido de la Sala, entresacando de tal prolijo motivo los posibles datos de contenido fáctico trascendente y justificado (STSJ Galicia 23.02.02 R. 2.956/98); (c) y se llega incluso a hacer afirmaciones sin indicar tan siquiera su fuente probatoria.

QUINTO.- Igual rechazo –por defectuoso– ha de hacerse respecto d el correlativo apartado del recurso formulado por la representación de la Autoridad Portuaria, siendo así que en los motivos primero y segundo van dirigidos a la revisión de los hechos que se declaran probados en los ordinales segundo y cuarto de la decisión de instancia, pero en ellos tampoco se especifica el texto definitivo que a los mismos haya de darse, se hace una

simple crítica argumental de las afirmaciones judiciales y se formula opinión acerca de la intrascendencia de algunos datos que el Magistrado hace constar en el relato fáctico. Nada que pueda considerarse ortodoxa propuesta de revisión de los HDP.

SEXTO.- A mayor abundamiento hemos de señalar otra razón adicional para rechazar la modificación fáctica defectuosamente propuesta por la Autoridad Portuaria y es la de que en el apartado –teórico– de censura jurídica, su recurso no efectúa denuncia normativa alguna, limitándose a mostrar su discrepancia respecto de la conclusión jurídica obtenida por el Magistrado y a hacer diversas consideraciones de índole fáctica, en cuyo apoyo se alude –es cierto– el art. 1.214 CC; pero la cita no va dirigida a destacar infracción de norma que se impute a la parte dispositiva de la sentencia y –por otra parte– el precepto está privado de vigencia por la Disposición Derogatoria Única LEC (Ley 1/2000, de 07 de enero).

Pues bien, la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación a que más arriba nos hemos referido también determina que la exigencia del art. 194 LPL («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») se traduzca en la necesidad de 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.

Incluso tenemos señalado en la interpretación de aquel precepto (entre las últimas, SSTSJ Galicia 30.05.03 R. 3.616/00, 09.05.03 R. 4.233/02, 06.05.03 R. 2.439/00, 28.02.03 R. 872/00, 10.02.03 R. 6.208/00...) que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende conculcado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de

ellos se reputa infringido; doctrina que obedece a la razonable consideración de que la Sala no puede indagar –de oficio– cuál sea la norma sustantiva vulnerada, porque con ello se desconocerían los principios de igualdad de partes, rogación e imparcialidad que deben presidir las actuaciones de Tribunales de Justicia, y porque la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no ampara la inacción de la parte ni puede conducir a que la actividad procesal que a aquélla corresponde sea 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 LPL, admitiéndose tan sólo la iniciativa de la Sala cuando la cita de preceptos sea un claro error material o cuando el defecto de cita específica no represente obstáculo alguno para sobreentender –por obvio– el precepto que se considera conculcado y cuya falta de referencia obedece a una simple omisión que el formalismo exigible no puede al extremo de obstaculizar el éxito del recurso.

SÉPTIMO.- 1.- En el primero de los motivos destinados al examen del derecho, el recurso de la trabajadora censura que la decisión recurrida hubiese desestimado su pretensión de que fuese repuesta como «Responsable de Administración de Personal, Gestión y/o Formación» o se le destinase a «puesto de trabajo incluido dentro del Grupo Profesional I-Técnicos, de ser imposible la exacta reposición de su puesto de trabajo, con efectivo contenido y funciones, en cualquiera de ambos casos».

Para mantener tal censura jurídica: (a) parte de la base de que «los hechos que la sentencia considera una legítima facultad de organización, no son más que una conducta de acoso moral en su comienzo, amparada por la empresa y cobijada bajo esa falsa apariencia de facultad de organización del empresario»; (b) se argumenta que la petición efectuada al respecto no es una acción autónoma por la indebida movilidad funcional, sino «más que una parte de la declaración de acoso»; y (c) a lo largo del motivo se invocan –la Sala ha de suponer que como infringidos– los arts. 18.1 CE, 39 ET y 1.101 y 1.902 CC.

2.- En el segundo de los motivos que se articulan al amparo del art. 190.c LPL, la recurrente: (a) sostiene que la indemnización «no está en modo alguno en consonancia con la vulneración de derechos acreditada»; (b) se remite a las fundamentaciones legales que sobre tal extremo se habían hecho en la

demanda, en donde constaban la cita de los arts. 180 LPL, 1.101 y 1.902 CC, 14, 15 y 35 CE, 4.2.d y 19.1 ET, 14 LPRL y de doctrina jurisprudencial; y (c) solicita que se incluyan las costas en la indemnización, argumentando para ello la STS 24.01.97, el art. 97.3 LPL, el art. 395.1 LEC.

3.- Y en el tercer motivo: (a) se afirma que la conducta de la empresa ha vulnerado sus derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la salud laboral (arts. 19.1 y 43 ET) a la igualdad y a la no discriminación en el puesto de trabajo (arts. 14 y 35 CE), y el derecho a la dignidad del trabajador y a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE, en relación con el art. 4.2.e ET); y (b) ello preordena a que la Sala acoja la petición de «ordenar la publicación de esta Sentencia en todos los Tablones de anuncios de las Autoridades Portuarias de la Comunidad Autónoma de Galicia y del Ente Público Puertos del Estado».

OCTAVO.- Desde el momento en que han fracasado –por defectuosa formulación– las revisiones fácticas propuestas por ambas partes litigantes y que también se haya rechazado –por inexistente denuncia normativa– el apartado de examen del Derecho en el recurso que formuló la demandada, es claro que –cualquiera que sea la convicción que la Sala tenga respecto de los datos que el expediente acredita y de su calificación– en el examen de las infracciones denunciadas hemos de partir necesariamente de los exactos hechos que el Magistrado declara probados y también hemos de aceptar su final conclusión de que aquéllos integran el «acoso laboral» por el que se accionaba.

Y ello con independencia de que nos resulten imprescindibles ciertos de juicios de valor sobre los hechos a la hora de tratar el tema –siempre arduo– de la indemnización de los daños y perjuicios.

NOVENO.- Sentado ello cumple rechazar la primera de las denuncias y la pretensión de que la actora sea reintegrada al puesto de trabajo en el Departamento de Administración y Recursos Humanos del que fue trasladada en la ya lejana fecha de 1996, puesto que para el Magistrado –conclusión fáctica explicitada en la fundamentación jurídica– se trató de movilidad atribuible a las facultades directivas empresariales, exenta de objetivo de hostigamiento alguno y aceptada –además– por la propia trabajadora. Pretender, como hace el recurso, que tal ejercicio de dirección integra el primer acto de acoso no

solamente es de absoluta gratuidad, por falta de prueba o indicio en tal sentido, sino que pugna contra la expresa convicción judicial.

DÉCIMO.- 1.- La doctrina unificada es constante al manifestar –SSTS 23.03.00 Ar. 3.121, 28.02.00 Ar. 2.242, 09.11.98 Ar. 8.917, 02.02.98 Ar. 1.251, 20.01.97 Ar. 620, 22.07.96 Ar. 6.381 y 09.06.93 Ar. 4.553– que «Lo que se dispone en el art. 15 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical al decir que el órgano judicial, si entendiéndose probada la violación del derecho de libertad sindical [léase “derecho fundamental”], decretará la reparación consiguiente de las consecuencias ilícitas del comportamiento [...], y en el art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral al precisar que la sentencia que declare la existencia de la vulneración de este derecho, ha de disponer “la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”, no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase».

2.- Respecto del daño moral y de su indemnización, esta Sala tiene manifestado –SSTSJ Galicia 16.03.98 Ar. 5.048 y 20.01.95 Ar. 146– que en el citado daño «se comprenden la violación de derechos de la persona, es extrapatrimonial y recae sobre intereses de afección; en nuestro ordenamiento jurídico el resarcimiento del daño moral aparece reconocido tanto en el campo legislativo como en el jurisprudencial, en este último, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala 1.ª– de 6 diciembre 1912, con fundamento en el art. 1.902 del Código Civil; reconocimiento reiteradamente mantenido en posteriores Sentencias –entre otras, las de 31 mayo 1983 (RJ

1983\2.956) y 25 junio 1984 (RJ 1984\2.403)–; incluso la doctrina científica reconoce hoy la indemnización en el ámbito obligacional, frente a la vieja tesis de que una prestación patrimonial nunca puede ocasionar daños morales; y en el terreno legislativo, además del principio consagrado en el art. 18.1 de la Constitución, la Ley Orgánica 5 mayo 1982, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone en su art. 9.º.3 «La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión legítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida...». De otro lado, para la fijación de la indemnización derivada del daño moral debe tenerse en cuenta: a) No se requiere su prueba directa, por la dificultad que ello entraña, sino demostrar la existencia del acto que, necesariamente, conlleve aquel daño; b) La fijación de su cuantía queda al arbitrio judicial, con la debida ponderación de todas las circunstancias concurrentes; c) Así como la fijación del daño material es objetiva, la determinación del daño moral y su repercusión económica es subjetiva, atendiendo a las necesidades y circunstancias del caso concreto –en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 enero 1993 (RJ 1993\515)».

3.- De otra parte, la doctrina jurisprudencial de todos los órdenes jurisdiccionales –lo mismo que la de Suplicación– viene destacando que la determinación del montante indemnizatorio es cuestión reservada en principio a la competencia del Juez «a quo» y que sólo se manifiesta censurable por vía de recurso extraordinario cuando exista error en las bases de determinación o se prescinda de las reglas de la sana crítica, por lo que el criterio de instancia ha de ser mantenido salvo en los supuestos en que el importe sea patentemente desproporcionado, arbitrario, inadecuado o irracional (SSTS de 21.02.00 Ar. 751, 20.07.98 Ar. 6.191, 15.07.95 Ar. 6.011, 27.10.89 Ar. 6.966, 23.03.87 Ar. 2.199, 23.03.87 Ar. 1.716, 08.07.86 Ar. 3.996, 26.12.84 Ar. 6.647, 24.09.84 Ar. 4.282, 03.11.83 Ar. 5.447, 05.07.83 Ar. 4.097, 21.06.83 Ar. 3.565...; y en el mismo sentido, SSTSJ Aragón 01.04.02 AS 1.965, País Vasco 30.03.01 AS 4.395, Canarias/Las Palmas: 28.03.01 AS 2.734, Comunidad Valenciana 25.01.01 AS 1.608...).

4.- En el supuesto objeto de debate en forma alguna puede calificarse la indemnización fijada en instancia (3.000,09 euros) como desproporcionada –en menos– a los hechos que la sentencia refleja y en los que el «hostigamiento» se reduce a que la actora y una compañera tienen un control de entrada y salida en el centro de trabajo que parece no es el que se ejerce sobre los demás trabajadores, y a que no se le proporciona ocupación efectiva durante toda la jornada de trabajo, sin que se hubiera acreditado –dice el Magistrado de instancia– deterioro psico-físico alguno en la trabajadora; y ello en el contexto –que la Sala no puede desconocer, a la hora de valorar la indemnización– de «enfrentamientos» e «incidentes» de la actora con el Jefe de la Unidad de Personal, como ella misma los denomina en el recurso.

UNDÉCIMO.- 1.- Igualmente mostramos nuestra disconformidad con la pretendida condena en costas e inclusión de los honorarios de Letrado, porque aún a pesar de que el proceso laboral es gratuito, los honorarios del Abogado no designado en turno de oficio son de cargo de la parte, salvo: (a) en el caso de que el empresario hubiese actuado «de mala fe o con notoria temeridad» (arts. 97.3 y 202.2 LPL), supuesto en el cual «deberá abonar [...] los honorarios de los abogados»; y (b) en los recursos de casación y Suplicación, en los que la parte vencida ha de satisfacer «los honorarios del Abogado de la parte contraria que hubiera actuado en el recurso», a menos que «goce del beneficio de justicia gratuita» (art. 233.1 LPL).

2.- Argumenta el recurso que el derecho a la indemnidad en un proceso como el de autos no queda satisfecho si la parte cuyo derecho fundamental ha sido lesionado no ve atendidos por el causante de la lesión los dispendios económicos que le supone la defensa de sus derechos. Pero frente a esta afirmación cabe argüir:

(a).- Que es doctrina jurisprudencial la de que «la condena en costas tiene por objeto resarcir a la parte a cuyo favor se establece de los gastos realizados en defensa de su derecho y no de medio de satisfacer a los profesionales sus honorarios y derechos» (STS 11.02.97 Ar. 942 y ATS 08.03.02 Ar. 3.045).

(b).- Que si para la misma doctrina, tales gastos han de ser «reales y preexistentes» (STS 03.12.96 Ar. 8.829), a ello añadimos nosotros la cualidad de «necesarios»; lo que no puede predicarse de la actuación letrada de

autos, porque la LAJG (Ley 1/1996, de 10 de enero) dispone la asistencia jurídica gratuita de los trabajadores «en el orden jurisdiccional social, para la defensa en juicio» (art. 2.d), comprendiendo tal derecho el «asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión» (art. 6.1).

(c).- Que ese argumento de la parte actora –el derecho a la indemnidad– no sería de exclusivo planteamiento en este proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, sino que –de resultar consistente– sería invocable en toda reclamación; y es claro que el legislador ha optado por solucionar la cuestión por el mecanismo de la asistencia jurídica gratuita.

3.- Ni que decir tiene que las infracciones que al efecto se denuncian nada aportan a la pretensión recurrente, pues el art. 395 LEC se refiere al allanamiento y a una presunción de mala fe que nada tienen que ver con el caso de autos; el art. 97.3 LPL ya específicamente contempla la mala o temeridad notoria como causas de abono de honorarios por parte del empresario, pero tales condiciones no has sido apreciadas por el Magistrado de instancia y la Sala las rechaza absolutamente, por tratarse de una actuación empresarial –la de autos– de escurridiza configuración fáctica y de mucha más dudosa calificación jurídica; extremo éste en el que no podemos entrar, pero que nos lleva a considerar que la oposición a la demanda no ha sido temeraria ni expresiva de mala fe.

DUODÉCIMO.- 1.- La misma suerte desestimatoria corresponde al último de los motivos, con el que –aparte de citas de derechos fundamentales y preceptos que no hacen a la concreta pretensión– se afirma conculcación del derecho a la dignidad del trabajador y a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE, en relación con el art. 4.2.e ET), que únicamente se subsana si la Sala acuerda «ordenar la publicación de esta Sentencia en todos los Tablones de anuncios de las Autoridades Portuarias de la Comunidad Autónoma de Galicia y del Ente Público Puertos del Estado».

2.- Con acierto razona el Magistrado de instancia que la medida interesada únicamente tendría sentido para el supuesto de que la conducta empresarial hubiese tenido publicidad, lo que –dice la sentencia *a quo* con

valor fáctico que necesariamente hemos de respetar como hecho declarado probado— no ha resultado acreditado; y al argumento, que hacemos nuestro, añadimos la consideración de que la desmesura del pedimento (publicar la sentencia en todos los tabloneros de anuncios de la Autoridad Portuaria de España) en nada apoya la razonabilidad —credibilidad, al fin y a la postre— de la propia demanda. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña T.N.F. y la AUTORIDAD PORTUARIA DE A CORUÑA, confirmamos la sentencia que con fecha 06.03.03 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de A Coruña, y por la que se estimó parcialmente la demanda formulada.

3653 Sentencia núm. 2.559/03

S.S. CRITERIOS PARA A DELIMITACIÓN ENTRE O TRABALLO A TRAVÉS DE CONTRATAS E A CESIÓN ILEGAL DE TRABALLADORES.

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

A Coruña, a diecinueve de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 2.559-03 interpuesto por “C.P.2010, S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 213/02 se presentó demanda por don E.F.A.H., don F.R.M.B. y don F.J.M.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el “C.P.2010, S.L.”, don A.P.B. en representación de la empresa “D.G.40, S.L.”, “I, S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dicta-

do sentencia con fecha trece de septiembre 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 los demandantes don E.F.A.H., don F.J.M.S. y don F.R.M.B., todos ellos de nacionalidad extranjera, vinieron prestando sus servicios para las demandadas “C.P.2010, S.L.”, “I, S.L.” y “D.G.40, S.L.” con antigüedad de febrero de 2000, julio de 2000 y octubre de 2000 respectivamente, con la categoría profesional de Instaladores de Gas, percibiendo un salario mensual de 841,42 Euros mes con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- Que la empresa “I, S.L.” se constituyó en el año 1999, teniendo acceso al registro mercantil de Pontevedra en fecha 26.01.99 siendo su administrador único, igualmente don A.P.B. TERCERO.- La empresa “C.P.2010, S.L.” con domicilio en Madrid, constituyó su delegación en A Coruña e inició sus actividades mercantiles, endecha ciudad en el año 1999, sobre el mes de julio, para lo cual se desplazó desde Madrid a esta ciudad el Sr. don L.M. que ostentaba el cargo de Director Comercial, comenzando las operaciones con dos comerciales, gestionándose el departamento técnico desde Madrid que era dirigido por su director don M.R. CUARTO.- La mencionada empresa “C.P.2010, S.L.” contrató en un principio la realización de trabajos de su actividad con la mercantil “I, S.L.”, emitiendo facturas mensuales por los trabajos realizados, pero sin llegar a formalizar por escrito contrato de arrendamiento de servicio u oro similar, posteriormente los mismos trabajos, y las Mismas facturas se emitieron por parte de la codemandada “C.P.2010, S.L.” respecto de la mercantil “D.G.40, S.L.”, sin que tampoco conste formalización por escrito de contrato de prestación de servicios. Las empresas “I, S.L.” y “D.G.40, S.L.” guardaban el material necesario para el ejercicio de la actividad en los locales de la delegación de “C.P.2010, S.L.” en A Coruña sitios en la calle ... Ambas empresas prestaron su actividad en exclusiva para “C.P.2010, S.L.” actuando a las órdenes del Sr. M.A., mientras duró su relación comercial. QUINTO.- Los demandantes eran instaladores de gas de interior, acudían en su jornada laboral diaria a los sitios donde les indicaba la Secretaria de la delegación de “C.P.2010, S.L.” doña P.R., bien directamente, bien a través de don A.P.B., quien a su vez les abonaba sus salarios, sacando el dinero correspondiente para su abono, de la Caja de la Mercantil

“C.P.2010, S.L.”, y haciendo firmar como prueba de su entrega a los demandantes recibos de pago, que obran en autos girados por la mercantil “C.P.2010, S.L.”, con fecha y firma de los recibientes (los demandantes). La Sra. P.R. en ocasiones también efectuaba o confeccionaba las facturas de las mercantiles “I., S.L.” y “D.G.40, S.L.” por no tener estas últimas quien se lo hiciera. SEXTO.- Los actores no fueron dados de alta en la Seguridad Social desde que iniciaron sus relaciones laborales con las demandadas y hasta la fecha del despido. Solicitaron en fecha 21 y 22 de junio de 2001, Solicitud de Permiso de Residencia y Autorización Laboral por Arraigo al amparo del art. 31.4 del R.D. 864/2001 de 20 de julio. Habiendo aportado entre la documentación correspondiente para su tramitación una Oferta de Trabajo efectuada por la empresa “D.G.40, S.L.” de fecha 20.06.01 ratificada por el Representante Legal de la misma en fecha 27 de noviembre de 2001, siéndole concedido el permiso de residencia en fecha 18.12.01, y la autorización para trabajar el 08.01.02. (obra en autos dicha documentación y se da aquí por reproducida). SÉPTIMO.- En fecha 11 de enero de 2002 el Director Comercial de la entidad “C.P.2010, S.L.” suscribe con el actor don E.F.A.H., un documento para la prestación de servicios en calidad de Autónomo, para la realización de actividades de instalación de gas, idénticas a las que venía efectuando con anterioridad (dicho documento obra en autos y se da aquí por reproducido). OCTAVO.- En fecha 05.02.02 don A.P.B. se personó en los locales de la delegación de la empresa “C.P.2010, S.L.” en A Coruña, en la calle ..., los cuales se encuentran justo al lado del local que con destino a Bar, posee la esposa del mencionado don A.P.B., exigiendo a don L.M. el abono de las cantidades que por trabajos de instalación de gas se le adeudaban, y como quiera que no hubo entendimiento, procedió a retirar de dicha delegación sus materiales, en compañía de los demandantes, a quienes solicitó ayuda, y teniendo que intervenir posteriormente los agentes de la Policía, al haberse ocasionado una altercado, que dio lugar a la intervención Policial, y posteriores actuaciones judiciales que obran en autos y se dan aquí por reproducidas. NOVENO.- En fecha 20 de febrero de 2002 la empresa “C.P.2010, S.L.” remitió a “D.G.40, S.L.” Burofax, requiriéndole para la finalización de las obras que en el mismo se relacionaban, y poniéndole de manifiesto que era conocedora del abandono de sus operarios en la realización de las obras. El representante legal de la mercantil contestó por escrito a

dicho fax, trasladándose el Sr. M.R. a La Coruña días después con el fin de lograr un acuerdo para la finalización de las obras pendientes, cosa que así se hizo, finalizándose las mismas sobre el mes de mayo. Los actores siguieron trabajando en las obras de instalación de gas pendientes con posterioridad el 5 de febrero. DÉCIMO.- En fecha 16.03.02 se celebró acto de conciliación ante el SMAC 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 E.F.A.H., don F.J.M.S. y don F.R.M.B., contra la empresa “C.P.2010, S.L.”, “I., S.L.”, “D.G.40, S.L.” y don A.P.B. debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido efectuado a los actores en fecha 15.02.02 condenando a las demandadas “C.P.2010, S.L.”, “I., S.L.” y “D.G.40, S.L.” a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte entre la readmisión de los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o el abono de la cantidad de 2.576,13 Euros en concepto de indemnización a don E.F.A.H., 2.053,99 Euros a don F.J.M.S. y 1.735,86 Euros a don F.R.M.B. y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la fecha de esta resolución que ascienden a la suma de 5.889,94 euros para cada uno de los demandantes. Absolviendo a don A.P.B. de todos los pedimentos contenidos en aquella”.

CUARTO.- Que con fechas 26.09.02, 17.10.02, 12.11.02 y 18.12.02 se dictaron Autos de Aclaración cuyas partes dispositivas son de los tenores literales siguientes:

“Que estimando la demanda promovida por don E.F.A.H., don F.J.M.S. y don F.R.M.B., contra la empresa “C.P.2010, S.L.”, “I., S.L.”, “D.G.40, S.L.” y don A.P.B. debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido efectuado a los actores en fecha 15.02.02 condenando a las demandadas “C.P.2010, S.L.”, “I., S.L.” y “D.G.40, S.L.” a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta Resolución, opte entre la readmisión de los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o el abono de la cantidad de 2.576,13 Euros en concepto de indemnización a don E.F.A.H., 2.053,99 Euros a don F.J.M.S. y 1.735,86 Euros a don F.R.M.B. y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la fecha de esta resolución que ascien-

den a la suma de 5.889,94 Euros para cada uno de los demandantes. Excepto para don E.F.A.H., que se fijan hasta el día en que comenzó a prestar servicios para la nueva empresa. Absolviendo a don A.P.B. de todos los pedimentos contenidos en aquella”.

“ACUERDA: Ha lugar a lo solicitado, y en consecuencia se aclara el fallo de la sentencia dictada en 13.09.02 así como la del auto de 26 del mismo mes, haciéndose constar que el día en que comenzó a prestar servicios para la nueva empresa, el demandante don E.F.A.H. es el 11 de abril de 2002, fecha esta última hasta donde deben de computarse los salarios dejados de percibir, como consecuencia del despido, por el trabajador referido”.

“Que estimando la demanda promovida por don E.F.A.H., don F.J.M.S. y don F.R.M.B., contra la empresa “C.P.2010, S.L.”, “I., S.L.”, “D.G.40, S.L.”, y don A.P.B. debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido efectuado a los actores en fecha 15.02.02 condenando a las demandadas “C.P.2010, S.L.”, “I., S.L.” y “D.G.40, S.L.” a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte entre la readmisión de los trabajadores en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o el abono de la cantidad de 2.576,13 Euros a don F.J.M.S. y 1.735,86 Euros a don E.F.A.H., 2.053,99 Euros a don F.J.M.S. y 1.735,86 Euros a don F.R.M.B. y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta al fecha de esta resolución que ascienden a la suma de 5.889,94 Euros para don F.R.M.B. Y para don E.F.A.H. y don F.J.M.S. al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta el 11.04.02, fecha en comenzaron a prestar servicios para otra empresa a razón de 28,047 Euros día. Absolviendo a don A.P.B. de todos los pedimentos contenidos en aquella”.

“No procede aclarar el auto recurrido”.

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por “C.P.2010, S.L.” siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- En su recurso de Suplicación frente a la sentencia que declaró la existencia de despido improcedente y condenó solidariamente a las empresas demandadas,

por apreciar cesión ilegal de trabajadores, la Empresa «C.P.2010, S.L.» se aquieta a los HDP y formula sucesivamente los siguientes motivos: (a) al amparo del art. 191.c LPL, denuncia que la sentencia de instancia incurre en infracción de los arts. 59.3 ET y 103 LPL; (b) bajo la cobertura del art. 191.a LPL, señala vulneración de los arts. 97.2 y 107 LPL, en relación con el art. 24 CE; y (c) con la protección del art. 191.c LPL, se afirma la infracción del art. 43 ET y doctrina jurisprudencial interpretativa.

2.- Por razones procesales y explicativas consideramos oportuno alterar el orden de examen de las infracciones, contemplando (a) en primer término la posible nulidad de la sentencia, (b) posteriormente la alegada existencia de fenómeno interpositorio y (a) finalmente la pretendida caducidad de la acción, dada la influencia que en ésta tiene aquél.

SEGUNDO.- Sostiene la entidad que la decisión de instancia no cumple las previsiones de los arts. 97 y 102 LPL, por cuanto que no razona adecuadamente los medios probatorios que le han llevado a hacer sus declaraciones fácticas respecto de la antigüedad, categoría profesional y salario de los actores, que recoge –exactamente– de la demanda.

Ello es cierto, pero no puede llevar a la oportunista conclusión que se pretende, siendo así que ni la recurrente ni las codemandadas han puesto en tela de juicio ninguna de las afirmaciones que al respecto se hicieron en el escrito rector de las actuaciones, siendo así que unos y otros limitaron su exclusiva defensa al alegato de falta de legitimación activa y subsidiaria caducidad. Suscitar tales cuestiones en este trámite, siquiera por la indirecta vía de alegar la nulidad de la sentencia, viene a desconocer el carácter extraordinario de la Suplicación, cuya temática a dilucidar se encuentra limitada –aparte de cuestiones procesales y de orden público– al enjuiciamiento de materias jurídicas y fácticas planteadas en instancia (a título de ejemplo, las SSTS 11.07.89 Ar. 5.453, 22.12.89 Ar. 9.261, 08.04.91 Ar. 3.256, 29.01.93 Ar. 384, 23.09.97 Ar. 6.579 y 14.05.98 Ar. 4.651; y las SSTSJ Galicia –entre las más recientes– de 10.01.02 R. 3.314/98, 18.01.02 R. 4.469/98, 23.02.02 R. 4.118/98, 07.03.02 R. 4.499/98, 19.04.02 R. 5.351/98, 16.05.02 R. 2.787/99, 21.06.02 R. 3.330/99, 21.06.02 R. 4.292/99, 29.06.02 R. 1.717/99, 07.11.02 R. 4.398/99, 13.11.02 R. 1.272/02, 26.12.02 R. 4.593/99, 14.03.03 R. 423/03 y 27.03.03 R. 800/00); e incluso porque tales datos –afirmados en demanda y aceptados por la sentencia– han de

ser calificado de «conformes», cualidad ésta que excusa de prueba avalatoria y es predicable de los alegatos fácticos que figuren en demanda o se efectúen en la contestación a ella y que la otra parte no cuestione (SSTS 29.03.58 Ar. 1.461, 29.03.84 Ar. 2.448 y 09.04.84 Ar. 2.055; SSTSJ Galicia –recientes– 04.02.00 R. 5.592/96, 13.07.00 R. 1.340/97, 18.07.00 R. 5.045/97, 30.11.00 R. 4.963/00, 25.01.01 R. 4.007/97, 20.04.01 R. 489/00 y 03.10.01 R. 2.765/98, 13.09.02 R. 3.365/02, 28.09.02 R. 1.383/99, 15.11.02 R. 4.156/99, 30.01.03 R. 5.819/02, 13.03.02 R. 1.106/02 y 30.04.03 R. 1.604/00).

TERCERO.- 1.- Tampoco es acogible la censura referida al art. 43 ET, porque en tal precepto se regula la interposición en el contrato de trabajo, que en autos apreciamos concurrente.

Y esta figura de interposición –reproducimos literalmente STS 17.01.02 Ar. 3.755– «es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios –el real y el formal– para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo –cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real– o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes.

Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21.03.97 [Ar. 2.612] y 03.02.00 [Ar. 1.601] que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio [...]

El problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 07.03.88 [Ar. 1.863]); el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12.09.88 [Ar. 6.877], 16.02.89, 17.01.91 [Ar. 59] y 19.01.94 [Ar. 352]) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la citada sentencia de 17.01.91 cuando aprecia la concurrencia de la contrata cuando «la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables», aparte de «mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección» y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11.10.93 (Ar. 7.586) que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como «característica del supuesto de cesión ilegal».

Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16.02.89 estableció que la cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la sentencia de 19.01.94 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12.12.97 (Ar. 9.315).

La actuación empresarial en el marco de la contrata, es, por tanto, un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal. Esto es lo que sucedió en el caso de los locutorios telefónicos de acuerdo con el criterio aplicado por las sentencias de 17.07.93 (Ar. 5.688) y 15.11.93 (Ar. 8.693) que llegaron a la conclusión de que, aunque el titular de la concesión del locutorio desempeñase funciones de dirección y organización del trabajo, lo hacía completamente al margen de una organización empresarial propia, pues tanto las instalaciones, como los medios de producción y las relaciones comerciales con los clientes quedaban en el ámbito de la principal hasta el punto de que, incluso, la relación del contratista encargado del locutorio con aquélla se ha calificado como laboral (sentencias de 31.10.96 [Ar. 8.186], y 20.07.99, rec. 4.040/1998).

2.- En la misma línea, la STS 17.12.01 Ar. 3.026 reproduce su antecedente de 27.10.94 Ar. 8.531 y recuerda que «el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para “la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de

la empresa”, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores». La contrata de obras y servicios de la propia actividad «sigue diciendo la precitada STS 17.12.01— no es una actuación tolerada, [...] sino una actividad legalmente regulada, en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa.

Acaso la forma más común de realizar la actividad descentralizadora, es la contrata a que se refiere el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que impone al empresario principal unas obligaciones respecto a personas con las que no ha contratado, estableciendo un régimen de excepción al mandato del art. 1.257 del Código Civil, que limita a las partes la eficacia de los contratos. Mas siendo una importante excepción del sistema civil de contratación, no se precisa que deba entenderse por «contrata», término que no corresponde a ninguna de las categorías tradicionales en el ámbito del Derecho privado, lo que dificulta la calificación. La doctrina ha entendido que, en términos generales, debe incluirse en esta figura los arrendamientos de obras y servicios recogidos en los arts. 1.588 y 1.583 del Código Civil realizados a través de una empresa.

Por otra parte el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la cesión de mano de obra, con la salvedad de la contratación a través de las empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Pero ninguno de los dos preceptos estatutarios fijan los límites entre una y otra institución: lícita contrata de obras y servicios, frente a ilegal cesión temporal de trabajadores. Y esta línea divisoria ha ido siendo precisada, en cada caso, por una doctrina jurisprudencial, fruto de una larga evolución que ha ido cercenando las conductas abusivas. En una primera fase se declaró que había cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista es una empresa ficticia o aparente. En este sentido se pronunciaron, entre las más recientes, las sentencias de 17 de julio de 1993 (RJ 1993\5.688) y 18 de marzo de 1994 (RJ 1994\2.548). La de 11 de octubre de 1993 (RJ 1993\7.586), apreció la existencia de una contrata (no cesión ilegal) por concurrir datos que acreditan la realidad y funcionamiento de una empresa y no la mera apariencia de un contratista, pues se acreditó que éste «tiene patrimonio propio, domicilio social también propio, una organización empresarial con servicios

periféricos y centrales, así como un equipo de mandos intermedios, y que incluso en el ejercicio de su actividad mercantil presta servicios de forma regular a otras empresas distintas». Mas, a partir de la sentencia de 19 de enero de 1994 (RJ 1994\352), se declaró que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio, pues, como resolvió la sentencia de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9.315), «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial». La Sentencia de 17 de julio de 1993 (RJ 1993\5.688) señalaba que «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal» y concluía en aquel caso que quién en principio aparecía como empresario de las actoras en aquel proceso, en realidad no ostenta tal condición, pues no le pertenecían los medios materiales que integraban la explotación, incluidos sus aparatos y accesorios, sino que además carecía por completo de facultades de decisión y disposición sobre ellos. Por otra parte el contratista no asumía riesgo alguno propio del carácter de empresario. Sus ingresos consistían en una cantidad fija mensual, sin estar expuesto a disminuciones o aumentos sustanciales de la misma. En este mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de 14 de septiembre de 2001 (Recurso 2.142/2000). Ciertamente es que, en empresas de actividad simple esta puesta a disposición de organización de elementos personales y materiales queda reducida a mínimas aportaciones, como ocurre en las empresas de limpieza y vigilancia, aceptándose que, por las características de la actividad, la organización puesta al servicio de la empresa comitente ha de ser necesariamente de la máxima simpleza».

3.- Y en parecido términos –siquiera más resumidamente– se manifiesta la STS 30.05.02 Ar. 7.567, al señalar que «Es doctrina consolidada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que la línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios

ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo (STS 11.07.86 [RJ 1986\4.026], 17.07.93 [RJ 1993\5.688], 11.10.93 [RJ 1993\7.586], 18.03.94 [RJ 1994\2.548] y 12.12.97 [RJ 1997\9.325], entre otras), debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general sino en relación al trabajador concreto que la solicita (STS 12.09.88 [RJ 1988\6.875] y 19.01.94 [RJ 1994\352]). De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el art. 42 del ET, mientras que los casos de contrataciones ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el 43 del ET».

4.- Doctrina la precedente de la que ya nos hicimos eco en anteriores resoluciones (así, sentencias de 30.09.02 R. 3.492/99 y 07.02.02 R. 6.499/01), recordando –por lo que se refiere al concepto y requisitos de la cesión ilegal de trabajadores– que para STS 25.10.99 Ar. 8.152 «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 17.02.93 Ar. 1.177 y 11.10.93 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 17.01.91 Ar. 58 y STS 31.01.95 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 15.11.93 Ar. 8.693, 18.03.94 Ar. 2.548 y 21.03.97 Ar. 2.612).

Y que la citada STS 25.10.99 Ar. 8152 añadía 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 19.01.94 Ar. 352 y 12.12.97 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 necesaria para el desarrollo de tal servicio».

CUARTO.- Todas las precedentes consideraciones nos llevan –tal como adelantamos– a entender que en el supuesto debatido concurre cesión ilegal de trabajadores y que la decisión recurrida no ha infringido –por aplicación indebida– el art. 43 ET.

Y ello es así, porque se declara probado –en la parte fáctica de la sentencia y en su fundamentación– que las empresas interpuestas (“D.G.40, S.L.” e “I., S.L.”) prestaron sucesivamente y en exclusiva su actividad para la principal, que las herramientas se guardaban en la delegación de “C.P.2010, S.L.”, que los trabajadores recibían las órdenes de trabajo de aquélla –directamente o a través de don A.P.B.–, que se acudía a trabajar en los lugares que por la misma se indicaban, que aunque el salario se abonaba por don A.P.B., éste previamente obtenía el dinero de la caja de la principal, a cuyo nombre figuran los recibos de pago; y que en ocasiones las facturas de las interpuestas se confeccionaban en la principal,

por no tener aquéllas oficinas. Datos todos ellos que a nuestro juicio acreditan la mera apariencia empresarial de “D.G.40, S.L.” e “I., S.L.”, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio por parte de “C.P.2010, S.L.”

QUINTO.- Y la anterior conclusión es la que consiente resolver en forma adecuada la caducidad de la acción en la que el recurso insiste.

Del relato de los HDP, que la recurrente no ha instado modificar de manera expresa y formal, siquiera a lo largo del recurso se hagan multitud de afirmaciones fácticas que contradicen las conclusiones de hecho de la Magistrada, creemos pueden destacarse los siguientes datos: (a) en 05.02.02 se produce un altercado en la Delegación de “C.P.2010, S.L.”, a resultas del cual hubo diligencias policiales y judiciales, aparte de retirar don A.P.B. de aquella delegación todos los materiales de trabajo, auxiliado por los demandantes; (b) pese a ello y hasta el 15.02.02, los actores siguieron trabajando en las obras de instalación pendientes; y (c) continuaron «las relaciones entre las empresa codemandadas, sin entrar ahora en la calificación de las mismas, hasta al menos el día 20 de febrero» en que “C.P.2010, S.L.” remite a “D.G.40, S.L.” requiriéndole para la finalización de determinadas obras.

Y de tales extremos acreditados, la Sala deduce –cualquiera a quien se deba atribuir la iniciativa: “C.P.2010, S.L.” o “D.G.40, S.L.”– que lo único indudable es que los trabajadores dejaron de prestar servicios –en contra de su voluntad– para la demandada principal en la ya referida fecha de 15.02.02; fecha que es la que debe ser considerada como del despido, acto que debe imputarse solidariamente –quienquiera que fuese el autor de la ruptura– a las tres empresas codemandadas y participantes en el fraude interpositorio. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por “C.P.2010, S.L.”, confirmamos la sentencia que con fecha 13.09.02 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de A Coruña, y por la que estimó la demanda por despido ejercitada por don E.F.A.H., don F.R.M.B. y don F.J.M.S., y se condenó a la recurrente, a “D.G.40, S.L.” y a “I., S.L.”, absolviendo a don A.P.B.

3654 Recurso nº 9.478/1998

S.CA. CONNIVENCIA ENTRE EMPRESARIO E TRABALLADOR: INDEBIDA PERCEPCIÓN DA PRESTACIÓN POR DESEMPREGO NON OBSTANTE A AXUDA QUE PARA A REINTEGRACIÓN SOCIAL DO TRABALLADOR –SUXEITO A UN TRATAMENTO DE POLITOXICOMANÍA- LLE DISPENSOU A EMPRESA QUE O CONTRATOU. ACTAS DE INSPECCIÓN: PRESUNCIÓN DE VERACIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

A Coruña, a vinte 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 9.478/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.L.B.F. en nombre de “F.A., S.L.” y J.L.N.P., representados por don R.P.L. y dirigidos por el Letrado don F.P.J., contra Resoluciones de 22.10 y 28.08.98 desestimatorias de recursos ordinarios contra otras de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre actas de infracción 124/97 y 1.667/97; expies. 6.107/98 y 6.119/98. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, 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 fun-

damentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 10 de junio de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna en el presente recurso jurisdiccional las resoluciones de 22 de octubre de 1998 y la de 28 de agosto del mismo año dictadas por la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo por la que desestima el recurso ordinario interpuesto por el trabajador por la sanción a tenor del art. 30.3.3 de la LISOS con la pérdida de prestaciones por desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas y exclusión del derecho a percibir prestaciones hasta un año, y, de otra parte estima el recurso formulado por el empleador dejando sin efecto la responsabilidad solidaria a que le vincula el fallo de la instancia dejando a salvo el procedimiento sancionador abierto contra él. En cuanto a la resolución del 28 de agosto, confirma la de la Dirección Provincial de Trabajo de 13 de marzo de 1998 confirmando por sus propios términos la sanción que impuso al trabajador derivada del Acta de Infracción num. 1.667/97 con la sanción de pérdida del Acta de Infracción num. 1.667/97 con la sanción de pérdida de percibir las prestaciones por incapacidad laboral y el reintegro de lo indebidamente percibido y exclusión del derecho a percibir prestaciones durante un año.

II.- Por todo ello solicitó la acumulación de todos los recursos para lograr una correcta y completa defensa por lo que se atiene el presente recurso a las pruebas referente al acta número 1.667/97 y 1.245/97 excluyéndose la referente a la derivada del Acta número 1.665/97 que finalizó con un procedimiento sancionador por importe de 2.000.000 ptas por infracción de las normas sociales en materia de prestaciones es imponiendo la responsabilidad solidaria del trabajador y empresa que es objeto del recurso ante esta Sala tramitado bajo el número 7870/99 y que no puede ser debatido en este proceso por ser ajeno a las peticiones que ahora ventilan aunque sean similares.

III.- En conclusión de lo actuado y del expediente administrativo se desprende que el trabajador estaba sujeto a un tratamiento de

politoxicomanía por la Institución A. contratado por el recurrente conforme lo establecido en el R.d. 2.104/84 y 2.546/94 con fecha 26 de enero de 1995 para una obra o servicio determinado por el período de 26 meses, por lo que su vida laboral como trabajador autónomo el 31 de enero de 1995 y se inició en el Régimen General el de 10 de febrero de 1998, mientras que en el período del 11 de abril de 1996 al 31 de diciembre del mismo año se dio de baja por incapacidad temporal por su estado psico-físico, lo que le daba derecho a unas prestaciones sociales indebidas que estaba percibiendo, infringiendo lo dispuesto en el art. 103 de la LGSS no obstante, la empresa con un motivo digno de alabanza le dio de alta en su Asesoría con el objeto de ayudarle a una posible reintegración social pero que es merecedora de sanción por cuanto aún cuando desempeñaba un trabajo sin cualificación profesional especializada sino simplemente burocrática y sencilla le daba derecho a percibir indebidamente las prestaciones que ahora se impugna sin tener base de cotización suficiente y ello supone no sólo la apariencia formal de un contrato sino que tampoco desvirtuó el exhaustivo relato fáctico de los controladores confirmados por la Inspección.

IV.- Sabido es que la presunción de veracidad atribuida a las actas de inspección se encuentra en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al inspector actuante, presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que el citado art. 38 se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario. Y es también reiterada la jurisprudencia, limitando la presunción de certeza a sólo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditativos por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma. En cualquier caso, esta presunción de certeza desplaza, como se acaba de señalar, la carga de la prueba al administrado, de suerte que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la inspección, tal presunción no excluye un control jurisdiccional de los medios empleados por el inspector, exigiéndose, asimismo, que el contenido de las actas, ya sean de infracción o de liquidación, determine las "circunstancias del caso" y los "datos" que hayan servido para su elaboración. No se reconoce presunción de cer-

teza a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas.

El valor probatorio de las actas de contenido similar a la que nos ocupa cumple adecuadamente las exigencias de circunstanciación establecidas en el art. 22.b) del Decreto 1.860/75, y si el detalle de los hechos y no las apreciaciones globales es imprescindible por ser, en general, el soporte del valor probatorio de las actas de la inspección de trabajo, la necesidad de ese detalle se intensifica en casos como el cuestionado en este proceso, en el que aparece acreditado la veracidad de lo consignado en las respectivas actas.

En el asunto examinado, las únicas pruebas practicadas, aparte del acta, es el informe complementario que acompaña a aquélla, y que es suficientemente esclarecedor para extraer, en un proceso lógico, la conclusión a que llega la Administración, que acredita la connivencia entre empresario y trabajador.

V.- No se hace imposición de costas art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo num. 9.478/98 interpuesto por J.L.B.F., en nombre de "F.A., S.L." y J.L.N.P., contra Resoluciones de 22.10 y 28.08.98 desestimatorias de recursos ordinarios contra otras de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre actas de infracción 124/97 Y 1.667/97; expíes. 6.107/98 y 6.119/98, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Sin imposición de costas.

3655 Recurso nº 9.492/1998

S.CA. NON COMUNICACIÓN EN TEMPO E FORMA DA ALTA DE CINCO TRABALLORES CUXO DESPEDIMENTO FOI DECLARADO POR SENTENZA IMPROCEDENTE. REHABILITACIÓN DAS RELACIÓNS LABORAIS SUSPENDIDAS COA CONSEGUINTE OBRIGA DE COTIZAR POLOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN, PERO DA QUE NON RESULTA O INCUMPRIMENTO IMPUTADO: ANTICIPACIÓN DE BAIXAS CORRECTA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a vinte de junio de dos mil dos.

En nome do 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 9.492/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "S.H., S.L.", con D.N.I. número ..., domiciliado en ..., representado por don M.P.G. y dirigido por el Letrado don J.A.F.G., contra Resolución de 10.02.98 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña sobre acta de infracción num. 996/96; expte num. 5.104/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 1.533 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 10 de junio de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución de 10 de septiembre de 1998, de la Dirección General de Ordenación de la Seguri-

dad Social, que desestimó recurso ordinario interpuesto contra resolución del Director Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña de fecha 16 de enero de 1997, por la que se impuso a la entidad recurrente sanción de multa de 255.000 pesetas, teniendo dicha resolución su origen en acta de infracción número 996/96, la cual confirma.

SEGUNDO.- En el presente caso, lo que se imputa a la entidad recurrente en la resolución sancionadora, como en la propia acta de infracción, es el no haber comunicado en tiempo y forma el alta en el Régimen General de la Seguridad Social de cinco trabajadores, consideración que trata de derivarse de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña de fecha 21 de febrero de 1996 "en la que se declara la relación laboral habida entre la titular del acta y los citados trabajadores, así como la responsabilidad solidaria de la empresa "S.H., S.L." y "R.F., S.A.".

Lo cierto, sin embargo, es que de los términos de aquella sentencia no cabe deducir la realización por la entidad recurrente de la conducta que la resolución sancionadora subsume en el supuesto-tipo de infracción previsto en el artículo 14.1.2 de la Ley 8/1988, consistente en no comunicar en tiempo y forma el alta de cada trabajador que ingresa al servicio de la empresa.

TERCERO.- En efecto, la citada sentencia declara improcedentes los despidos de los trabajadores de que aquí se trata y condena solidariamente a las empresas "S.H., S.L." y "R.F., S.A." a que opten por la readmisión de los mismos o por el pago de las indemnizaciones y salarios de tramitación correspondientes. Tal declaración judicial de improcedencia de los despidos produjo la rehabilitación de las relaciones laborales, cuyo contenido y efectos se encontraban en suspenso, con la consiguiente repercusión en la subsistencia de la obligación de cotizar por los denominados salarios de tramitación, pero de ello no resulta que se hubiere omitido por parte de la empresa recurrente la obligación de comunicar en tiempo y forma el alta de cada trabajador que ingresa a su servicio, que es premisa de hecho de la infracción. Antes bien, lo único que medió en el caso fue una circunstancial anticipación por parte de la empresa "R.F., S.A." de las bajas de los trabajadores como lógica consecuencia de sus despidos, sin perjuicio de su ulterior rehabilitación por virtud de la resolución judicial que declaró improcedentes tales despidos.

CUARTO.- Esa anticipación de las bajas de los trabajadores no se identifica con la conducta definida en el artículo 14.1.2 de la Ley 8/1988, y como quiera que es de la supuesta realidad de tal conducta de lo que ha partido la Administración demandada para fundamentar la resolución sancionadora, no cabe sino concluir que la resolución impugnada es contraria a Derecho, lo que determina la procedencia de estimar el recurso.

QUINTO.- No se aprecian méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don M.P.G., en representación de la entidad "S.H., S.L.", contra resolución de 10 de septiembre de 1998, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, que desestimó recurso ordinario interpuesto contra resolución del Director Provincial de Trabajo y Asuntos Sociales de A Coruña de fecha 16 de enero de 1997, resolución que anulamos, por contraria a Derecho; sin hacer especial condena en costas.

3656 Recurso nº 9.495/1998

S.CA. NON COMUNICACIÓN EN TEMPO E FORMA DA ALTA DUN TRABALLADOR CON CARÁCTER PREVIO Ó INICIO DA RELACIÓN LABORAL. ACTAS DE INSPECCIÓN: PRESUNCIÓN DE VERACIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

A Coruña, a vinte 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 9.495/1998, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "I.M.I., S.L.", con D.N.I. número ..., domicilia-

do en ... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado doña S.B.S., 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 num. 1.216/97; expte. Num. 17.536/97. Es parte la administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 301 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 10 de junio de 2003, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, dictada en el expediente nº 1.143/96, por la que se impone a la ahora recurrente sanción de 50.100 ptas, por infracción grave tipificada en el art. 14.1.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por no haber comunicado el empresario en tiempo y forma alta de trabajador.

La demandante sustancia el recurso en los siguientes motivos impugnatorios, tras recordar que la empresa se dedica a la fabricación, comercialización, distribución y venta de embutidos y salazones.: que la presunción de certeza de que gozan las actas de la inspección es iuris tantum, que admiten prueba en contrario.

En este caso el controlador laboral solo vio a la trabajadora trabajando, pero de esta apreciación no puede deducirse que llevaba trabajando desde la 8,30 horas el día 20 de mayo de 1997, cuando todos los indicios apuntan a que llevaba desde las 9; ella misma afirma que acudió al trabajo a las 8,30 para familiarizarse con el trabajo y la jornada de los demás empezaba a las 9 horas. Que la solicitud de alta se formalizó con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios, puesto que la Gestoría de I.R. la dio de alta a las 8,45, esto es con anterioridad a la prestación del servicio.

Frente a la regla general, la normativa aplicable -añade- permite solicitar la afiliación el primer día hábil siguiente a la prestación del servicio. En el caso concreto los empleados de la gestoría intentaron remitir la documentación legalmente requerida por fax, pero resultó imposible realizar la comunicación por problemas técnicos, por eso acudió personalmente a entregar el parte de alta, el cual está fechado el 20 de mayo de 1997.

Los hechos que se le imputan luego no son constitutivos de la infracción que se le imputa.

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.

SEGUNDO.- Constituye por consiguiente el objeto del recurso el examinar la conformidad o no a Derecho del acto administrativo por el que se impone a la entidad recurrente la sanción de referencia, por infracción al art. 29.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, al dar ocupación a una trabajadora sin darla de alta en la Seguridad Social, con carácter previo al inicio de la relación laboral. Y cuya nulidad postula su representación procesal por las consideraciones que quedan especificadas.

Del examen del expediente administrativo y procedimiento resultan los siguientes datos: Que la trabajadora acudió al trabajo el día 20 de mayo de 1997, a las 8,30 de la mañana; que la empresa presenta el día 26-de mayo de 1997 parte de alta en las Oficinas de la Inspección de Trabajo, sellado el día 20 de mayo de 1997.

El REAL DECRETO 11.09.87, núm. 1.258/1987, que regula la inscripción de Empresas y la afiliación, altas, bajas y variaciones de las personas incluidas en el campo de

aplicación del sistema de la SEGURIDAD SOCIAL, dice: Artículo 16. Afiliación a instancia del empresario. 1. Los empresarios están obligados a solicitar la afiliación a la Seguridad Social de los trabajadores a su servicio, a no ser que estuvieran ya afiliados, 2. La afiliación se formalizará a nombre de cada trabajador ante la Tesorería Territorial, Administraciones o Agencias de la Seguridad Social de la provincia en que figure identificado el Centro de trabajo, dentro del plazo máximo de cinco días naturales contados a partir de la fecha de la iniciación del trabajo. 3. La solicitud de afiliación se efectuará según modelo oficial, acompañándose fotocopia del documento nacional de identidad o documento que, a estos efectos, se declare equivalente de la persona que se pretende afiliar. No se practicará la afiliación si no va acompañada del correspondiente parte de alta en el Régimen de la Seguridad Social que proceda. 4. En aquellos Regímenes de Seguridad Social en los cuales la incorporación a un censo produce los mismos efectos que la afiliación, la petición por el empresario de la inclusión del trabajador en el mismo equivaldrá a la solicitud de afiliación.

Lo normal es que la situación de alta en el régimen respectivo coincida con el alta en el trabajo, si bien la solicitud debe formularse antes de INICIARSE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO: Orden de 17 de enero de 1994.

En el presente caso lo más que se intenta es acreditar que se dio de alta a la trabajadora el mismo día en que inició la prestación de sus servicios.

TERCERO.- La LEY 07.04.88, núm. 8/1988, de Infracciones y sanciones en el orden social dispone: Artículo 4. Prescripción de las infracciones. Las infracciones en el orden social a que se refiere la presente Ley, prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción, salvo en materia de Seguridad Social y de protección por desempleo en que el plazo de prescripción es de cinco años. Artículo 5. Concepto. Son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia laboral, de seguridad e higiene y salud laborales, tipificadas y sancionadas de conformidad a la presente Ley. Artículo 29. Infracciones de los empresarios. Constituyen infracciones de los empresarios en materia de prestaciones por desempleo.

3) Muy graves: 3.2. La connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones de desempleo, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan, así como dar ocupación a trabajadores titulares de las prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social. Se presumirá que existe connivencia en el caso de que los trabajadores perceptores de prestaciones no hayan sido inscritos en el Libro de Matrícula con carácter previo a su entrada en el trabajo. Artículo 36. Criterios de graduación de las sanciones. 1. Calificadas las infracciones, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores afectados en su caso, perjuicio causado, cantidad defraudada, como circunstancias que puedan atenuar o agravar la infracción cometida. 2. En las infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, a efectos de graduación de las sanciones, se tendrán en cuenta, además, las condiciones, formas y modalidades que se aprecien en la ejecución de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo; la permanencia o transitoriedad de los riesgos y peligros inherentes a dichas actividades; las medidas o elementos de protección colectiva o individual adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas en orden a la prevención de tales riesgos y peligros. Artículo 37. Graduación de las sanciones. 1. De conformidad a lo establecido en el artículo anterior, las sanciones podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo. 2. Las faltas leves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 5.000 a 10.000 pesetas; en su grado medio, de 10.001 a 25.000 pesetas; y en su grado máximo, de 25.001 a 50.000 pesetas. 3. Las faltas graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 50.001 a 100.000 pesetas; en su grado medio, de 100.001 a 250.000 pesetas; y en su grado máximo de 250.001 a 500.000 pesetas. 4. Las faltas muy graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 500.001 a 2.000.000 de pesetas; en su grado medio, de 2.000.001 a 8.000.000 de pesetas; y en su grado máximo, de 8.000.001 a 15.000.000 de pesetas. Artículo 38. Reincidencia. Existe reincidencia cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la reso-

lución sancionadora hubiere adquirido firmeza. Artículo 52. Contenido de las actas. 1. En las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se reflejarán:

a) Los hechos constatados por el Inspector actuante, destacando los relevantes a efectos de la tipificación de la infracción y graduación de la sanción.

b) La infracción presuntamente cometida con expresión del precepto vulnerado.

c) La propuesta de sanción, su graduación y cuantificación.

2. Las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se extiendan con arreglo a los requisitos establecidos en el apartado anterior estarán dotadas de presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en la misma, que hayan sido constatados por el Inspector actuante, salvo prueba en contrario.

“La actividad del controlador laboral es un instrumento válido y adecuado para completar y facilitar la labor inspectora, y en virtud de constante jurisprudencia (entre otras, la STS 2 de febrero de 1990, RJ 199.038, Sala Tercera, Sección Séptima), tales actuaciones alcanzan fuerza probatoria por el hecho de su aceptación por el Inspector. Conforme a la doctrina de esta Sala -SSTS 27 de septiembre, 24 de noviembre, 27 de diciembre de 1988 (RJ 1988/828, RJ 1988/952 y RJ 1988/709), 21 y 29 marzo y 6 noviembre 1989 (RJ 1989/146 y RJ 1989/797) y más recientemente la de 11 junio 1996 (RJ 1996/206), entre otras, corresponde a los controladores de empleo comprobar la actividad de las empresas y trabajadores, poniendo en conocimiento de la Inspección los hechos constitutivos de infracción y a ésta proponer las sanciones a la vista de los datos suministrados por los controladores” (S.T.S. de 24.10.97). “A este respecto, debe recordarse la reiterada doctrina de esta Sala que ha admitido la fuerza probatoria de las Actas de los Controladores Laborales, a quienes correspondía comprobar la actividad de las empresas y trabajadores, poniendo en conocimiento de la Inspección los hechos constitutivos de infracción, y a ésta proponer las sanciones a la vista de los datos suministrados por aquéllos (SSTS 2 febrero 1990, RJ 199.038, 27 diciembre 1988, RJ 1988/709, 21 y 29 marzo y 6 noviembre 1989, RJ 1989/756, RJ 1989/146 y RJ 1989/796; y 11 junio 1996, RJ 1996/206, entre otras muchas)”, (S.T.S. de 27.04.98).

CUARTO.- “En el ámbito de la actividad sancionadora, que es el objeto de análisis en el presente recurso, hay que empezar afirmando, desde la perspectiva constitucional, que el precepto del art. 38 del Decreto 1.860/1975, de 10 julio (RCL 1975/615, 1.938 y ApNDL 8.301), sobre procedimiento administrativo para imposición de sanciones por infracción de leyes sociales, así como el art. 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 abril no otorgaban a las actas de Inspección de Trabajo una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible, sino que el valor probatorio que de ellas se deduzca puede ser enervado por otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ya que nada impide que frente a las actas se puedan utilizar los medios de defensa oportunos, lo cual no supone estrictamente que se invierta la carga de la prueba, sino actuar contra el acto de prueba aportado por la parte contraria. En consecuencia, estando en juego la eficacia que deba concederse al material probatorio aportado en autos y en el expediente administrativo, este Tribunal, en reiterada Jurisprudencia, que huelga reproducir, viene señalando que la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el administrado la carga de accionar para que no se produzca la figura del acto consentido, pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales, según la cual, cada parte soporta la carga de la prueba de los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invoca a su favor”. (S.T.S. de 24.10.97). “Las Actas de la Inspección de Trabajo entre las que se encuentran las de liquidación por falta de alta a la Seguridad Social, a que se refiere el artículo 80 del Texto Refundido de 30 de mayo de 1974 (RCL 1974/482 y NDL 27361) y las de infracción, de acuerdo al artículo 38 del Real Decreto 1.860/1975, de 10 de julio (RCL 1975/615, 1.938 y ApNDL 8.301) y al 52 de la Ley 8/1988, de 7 de abril (RCL 1988/80) gozan de valor y fuerza probatoria, salvo prueba en contrario, si bien la doctrina de este Tribunal, al interpretar el citado artículo viene señalando una serie de criterios que pueden concretarse, en la limitación de la presunción de certeza a sólo aquellos hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (Sentencia de 24 de junio de 1991, RJ 1991/578), y en no reconocerse la presunción de certeza a las simples apreciaciones

globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, exigiéndose, asimismo, que el contenido de las Actas, ya sean de infracción o de liquidación, determinen las “circunstancias del caso” y los “datos” que hayan servido para su elaboración. Esta presunción de certeza desplaza, como se acaba de señalar, la carga de la prueba al administrado, de suerte que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección (Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1991, RJ 1991/707)”. (S.T.S. de 27.05.97). “Las actas de Inspección de Trabajo, gozan, según el art. 38 del Decreto 1.860/1975, de 10 julio (RCL 1975/615, 1.938 y ApNDL 8.301), de valor y fuerza probatoria, salvo prueba en contrario y, a este respecto, la doctrina de este Tribunal puede sintetizarse en los siguientes puntos:

a) La presunción de veracidad atribuida a las Actas de Inspección se encuentra en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante (Sentencias, entre otras, de 18 de enero y 18 de marzo de 1991, RJ 1991/508 y RJ 1991/183); presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE, RCL 1978/836 y ApNDL 2.875), ya que el citado artículo 38 se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba de contrario. Y es también reiterada la jurisprudencia de este Tribunal que ha limitado el valor atribuible a las Actas de la Inspección, limitando la presunción de certeza a solo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma (Sentencia de 24 de junio de 1991, RJ 1991/578). En cualquier caso, esta presunción de certeza desplaza, como se acaba de señalar, la carga de la prueba al administrado, de suerte que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la Inspección (Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1991, RJ 1991/707).

b) El análisis de los arts. 38 del Decreto 1.860/1975, de 10 julio y 52.2 de la Ley 8/1988, determina que tal presunción no excluye un control jurisdiccional de los medios empleados por el Inspector —así, en Sentencias del TS de 29 enero y 11 marzo 1992 (RJ

1992/16), de la Sección Séptima-, exigiéndose, asimismo, que el contenido de las actas, ya sean de infracción o de liquidación, determinen las “circunstancias del caso” y los “datos” que hayan servido para su elaboración.

c) Las Sentencias de 20 de abril de 1992 (RJ 1992/895) y 14 de junio de 1993 (RJ 1993/635), señalan: “Se plantea esencialmente el reiterado problema del alcance de la presunción de veracidad de las Actas de la Inspección de Trabajo, establecida en el art. 38 del Decreto 1.860/1975, sobre el particular, y como se decía, entre otras, en Sentencia de 24 abril 1991 (RJ 1991/3.327) “aun partiendo de la presunción de certeza atribuida a la primera -se refería al acta por el art. 38 del Decreto 1.860/1975-, no así al segundo -se refería, al posterior informe de la Inspección- en SSTs 10 de julio de 1981 (RJ 1981/476); 7 de abril de 1982 (RJ 1982/390); 31 de enero, 10 de febrero y 27 de junio de 1986 (RJ 1986/5, RJ 1986/04 y RJ 1986/625); 14 de abril, 29 de junio, 17 de julio y 1 de diciembre de 1987 (RJ 1987/404, RJ 1987/207 y RJ 1987/261); 23 de febrero, 4 y 21 de abril, 4 y 18 de mayo y 25 de octubre de 1988 (RJ 1988/454, RJ 1988/347, RJ 1988/390, RJ 1988/037, RJ 1988/181 y RJ 1988/867); 2 de enero, 5, 15 y 19 de marzo, 23 de abril y 25 de mayo de 1990 (RJ 1990/46, RJ 1990/017, RJ 1990/828, RJ 1990/022 y RJ 1990/138)” no reconoce presunción de certeza a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, (S.T.S. de 29.03.96). “El valor probatorio de las actas de la inspección, debe reconocerse en coherencia con la jurisprudencia de este Tribunal (SSTs 24 de enero, 28 de marzo, 6 de abril y 4 de mayo 1989, RJ 1989/36, RJ 1989/140, RJ 1989/820 y RJ 1989/6.031 o 18 de enero de 1991, RJ 1991/508), que establece, que la presunción de certeza del acta es perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que tales actas tienen el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de prueba en contrario que desvirtúe la presunción, y en el caso presente está en juego la eficacia que debe concederse al material probatorio aportado para la fijación del hecho infractor y a este respecto recuerda la STS 23 de junio de 1987 (RJ 1987/525), que la doctrina general elaborada en relación con la carga de la prueba -conforme al art. 1214 CC (hoy derogado por la nueva LEC)- puede sintetizarse, señalando que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de las normas cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, pudiendo intensificarse o atemperarse,

según los casos, en virtud del principio de buena fe procesal, y siendo así, que se está ante un procedimiento sancionador, es claro, que a la Administración incumbe la prueba de los hechos en cuya base sanciona, y por tanto, lo que hay que analizar es si la Administración ha probado o no en la forma exigida los hechos constitutivos de la infracción, y si en su caso, el afectado ha aportado o no material probatorio que desvirtúe la valoración que la Administración ha hecho a partir de la eficacia probatoria que las actas de la Inspección y de los informes complementarios tienen conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 1.860/1975 (RCL 1975/615, 1.938 y ApNDL 8.301) y a la reiterada doctrina de esta Sala”. (S.T.S. de 11.03.97).

QUINTO.- Proyectando “mutatis mutandi” la doctrina expuesta al supuesto de autos, “siendo doctrina de esta Sala, es lo cierto, que en la referida Acta de Inspección se imputa a la empresa recurrente una falta grave en su grado mínimo”, dada la índole de los hechos a que se refiere la actuación inspectora sometida a control jurisdiccional, al versar sobre la falta de alta en la Seguridad Social y no figurar inscrito en el Libro Matrícula de personal, lo que en modo alguno desvirtúa la recurrente; se trata pues de un supuesto que por su objetividad es susceptible de percepción directa por el Inspector actuante, y no se trata, por tanto, de una situación jurídica global, cuya apreciación reclame un complejo juicio de hecho y de derecho”. (S.T.S. de 29.03.96) y, continuado por resolución judicial; por lo que no habiéndose desvirtuado- se insiste- el relato fáctico de la resolución recurrida y acertada su calificación jurídica, por eludir el cumplimiento de las obligaciones que les correspondan: dar ocupación a trabajadores cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social – como en este particular caso acontece -; ha de confirmarse luego la resolución combatida.

Resta por examinar la cuantificación de la sanción que por imperativo legal para “las faltas muy graves se sancionarán con multa, en su grado mínimo, de 500.001 a 2.000.000 de pesetas; en su grado medio, de 2.000.001 a 8.000.000 de pesetas; y en su grado máximo, de 8.000.001 a 15.000.000 de pesetas y, se “graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de

trabajadores afectados en su caso, perjuicio causado, cantidad defraudada, como circunstancias que puedan atenuar o agravar la infracción cometida”; aún cuando “en lo atinente a la sanción impuesta ... el principio de proporcionalidad de las sanciones ... no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en las Sentencias del Tribunal de 26 de septiembre y 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 9.711 y 7.558), la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina esta ya fijada en las Sentencias de 24 de noviembre de 1987 (RJ 1.987, 8.240) y 15 de marzo de 1988 (RJ 1.988, 2.293), dado que toda sanción debe de determinarse en connivencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para, subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por paralela razón, la de adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción”. (S.T.S. de 01.02.96); habiéndose impuesto la sanción en el grado mínimo, no puede reputarse como desproporcionada; lo que determina la desestimación del recurso.

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

SEXTO.- 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 desestimar y desestimamos el presente recurso Contencioso- Administrativo número 9.495/1998, interpuesto por

doña S.B.S., Abogado, en nombre y representación de la entidad “I.M.I., S.L” contra la resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, dictada en el expediente nº 1.143/96, por la que se impone a la ahora recurrente sanción de 50.100 ptas, por infracción grave tipificada en el art. 14.1.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por no haber comunicado el empresario en tiempo y forma alta de trabajador; sin hacer expresa imposición de costas.

3657 Sentencia núm. 2.225/03

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO: NON CONCORRE. LEVE MODIFICACIÓN HORARIA.

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

A Coruña, a veintiuno de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.225/03, interpuesto por ORGANISMO AUTÓNOMO V.-Z. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don V.Q.F. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO, siendo demandado ORGANISMO AUTÓNOMO V.-Z., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 52/03 sentencia con fecha 8 de febrero de 2003, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Por don V.Q.F. como delegado de personal único del Organismo Autónomo V.-Z. se presentó demanda de conflicto colectivo contra éste alegando que el mismo afectaba a toda la plantilla de perso-

nal del citado Organismo, compuesta por 25 trabajadores, e impugnando el nuevo calendario laboral para el año 2003 por considerar que supone una modificación horaria e incremento de los días de trabajar en fines de semana por parte de los 16 oficiales cuidadores, solicitando que se declare nula o subsidiariamente improcedente la modificación unilateral del horario acordado por el demandado y se condene a éste a que reponga al personal afectado por el conflicto en su anterior horario de trabajo. SEGUNDO.- La plantilla laboral del Organismo Autónomo V.-Z. se compone de 22 trabajadores: 16 oficiales cuidadores, vigilantes, capataz, personal de taquillas y administrativos. TERCERO.- El horario del personal del Organismo demandado venía siendo el siguiente: verano: turnos de 7 a 13'15 y de 15 a 21'15 horas; invierno: turnos de 7 a 14'15 y 14 a 21'15 horas, con guardias los sábados, domingos y festivos por parte de oficiales cuidadores y dos trabajadores cada día a turnos en taquillas. CUARTO.- El 19 de noviembre de 2002 el presidente del Organismo demandado elaboró una propuesta de calendario laboral para el año 2003 del tenor siguiente: A) Invierno (desde el último domingo de octubre hasta el último de marzo): turno de mañana 7'45 a 15 horas excepto el capataz y una auxiliar de oficina que sería de 7 a 14'15 horas, con un mínimo de 5 oficiales cuidadores y dos personas en la oficina administrativa; tarde de 14 a 21'15 horas con dos oficiales cuidadores de mantenimiento, vigilancia y control; B) Verano: turno de mañana para cuidadores y chofer de 7 a 14'15 horas, salvo en el período de 15 de junio a 15 de septiembre ambos inclusive que sería de 7 a 13'15 horas con excepción de un oficial cuidador que sería de 9 a 15'15 horas, y oficina administrativa de 7'15 a 15 horas, salvo en el período de 15 de junio a 15 de septiembre ambos inclusive que sería de 7'15 a 14 horas con excepción de una auxiliar administrativa que sería de 7 a 13'15 horas; tardes de 14 a 21'15 horas; C) Sábados, domingo y festivos: en invierno y por la mañana de 7 a 14'15 horas, 3 oficiales cuidadores y tardes de 14 a 21'15 horas 2 oficiales cuidadores; en verano y de mañana de 7 a 14'15 horas 3 oficiales cuidadores, salvo entre el 15 de junio y el 15 de septiembre que sería de 7 a 13'15 horas con excepción de un oficial cuidador que lo haría de 9 a 15'15 horas y de tarde de 14 a 21'15 horas 2 oficiales cuidadores salvo del 15 de junio al 15 de septiembre que sería de 15 a 21'15 horas. Celebrada reunión de la Mesa de Negociación del

Calendario Laboral para el año 2003 el día 26 de noviembre, el presidente del Organismo demandado presentó dicha propuesta a los representantes del personal incluido el presidente del comité del Concello de Vigo manifestando que las modificaciones pretendían lograr un mejor funcionamiento de los servicios de V.-Z. y el delegado de personal solicitó que el asunto quedase pendiente para reunirse con el personal y comentarlo, celebrándose nueva reunión el día 18 de diciembre y el citado delegado se opuso a las modificaciones pretendidas por el Organismo demandado alegando que el personal quería seguir con el horario que venía realizando y que consideraba irrenunciable que el horario propuesto se introdujesen las siguientes modificaciones: que el chofer empezase siempre su jornada a las 7 horas, que por las tardes sólo trabajase un oficial cuidador y el capataz contase con jornada partida para controlar mejor el funcionamiento del servicio y que se mantuviese en las 7 horas el comienzo de la jornada de mañana durante todo el año, a lo que se opuso el presente del Organismo demandado alegando que incluso a las 8 era de noche en el invierno por lo que no le parecía adecuado adelantar aún más el comienzo de la jornada y que el nuevo horario mejoraba al servicio que estaba abierto a todo el público durante todo el año y que era preciso extender los turnos a sábados, domingos y festivos que era cuando se producía la mayor afluencia de visitantes. QUINTO.- El día 30 de diciembre la Comisión de gobierno da Casa do Concello aprobó el siguiente calendario laboral que fue remitido al delegado de personal el día 9 de enero. A) Invierno (desde el último domingo de octubre hasta el último de marzo): turno de mañana de 7'45 a 15 horas excepto el capataz y una auxiliar de oficina que sería de 7 a 14'15 horas, con un mínimo de 5 oficiales cuidadores aunque se mantendría el anterior horario hasta el último domingo de marzo; tarde de 14 a 21'15 horas con dos oficiales cuidadores de mantenimiento, vigilancia y control; B) Verano: turno de mañana para cuidadores y chofer de 7 a 14'15 horas salvo en el período de 15 de junio a 15 de septiembre ambos inclusive que sería de 7 a 13'15 horas con excepción de un oficial cuidador que sería de 9 a 15'15 horas, y oficina administrativa de 7'45 a 15 horas salvo en el período de 15 de junio a 15 de septiembre ambos inclusive que sería de 7'45 a 14 horas con excepción de una auxiliar administrativa que sería de 7 a 13'15 horas; tardes de 14 a 21'15 horas dos oficiales

cuidadores salvo del 15 de junio al 15 de septiembre que sería de 15 a 21'15 horas; C) Sábados, domingos y festivos; en invierno y por la mañana de 7 a 14'15 horas 3 oficiales cuidadores y tarde de 14 a 21'15 horas 2 oficiales cuidadores; en verano y de mañana de 7 a 14'15 horas 3 oficiales cuidadores salvo entre el 15 de junio y el 15 de septiembre que sería de 7 a 13'15 con excepción de un oficial cuidador que lo haría de 9 a 15'15 horas, y de tarde de 14 a 21'15 horas 2 oficiales cuidadores salvo del 15 de junio al 15 de septiembre que sería de 15 a 21'15 horas".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por el demandado y desestimando asimismo la demanda de conflicto colectivo interpuesta por don V.Q.F. en su condición de delegado de personal del Organismo Autónomo V.-Z. contra éste, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de las pretensiones contra ellos deducidas".

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.- Ante la sentencia de instancia –que desestimó la demanda, dirigida a que se declare la nulidad, o, subsidiariamente, la injustificación de la modificación unilateral del horario de trabajo, adoptada por el Organismo Autónomo demandado, con la aprobación del calendario laboral para el año 2003; y, en consecuencia, se condene a dicho Organismo a que reponga al personal afectado por el conflicto en su anterior horario de trabajo–se formula recurso de suplicación por el delegado de personal único del citado organismo, denunciando infracción, por interpretación errónea, del artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- Sostiene el recurrente que al modificación de horario y régimen de trabajo en los fines de semana y festivos, que venía rigiendo para el personal del Organismo Autónomo demandado, desde hacía más de 20 años –referente, con carácter general, a verificar turnos, en verano, de 7 a 14'15 horas, y de 14 a 21'15 horas; y, en invierno, de 7 a 15 horas, y de 14'15 a 21'15 horas; y a

realizar guardias los sábados, domingos y festivos por parte de los oficiales cuidadores-, consistente, básicamente, en retrasar la hora de inicio, y, consiguientemente, la finalización de la jornada laboral, en el horario de invierno (desde el último domingo de octubre al último de marzo) en 45 minutos; en llevar a cabo tal retraso, durante todo el año, al personal de oficinas; y en incrementar con un oficial cuidador las guardias de los sábados, domingos y festivos; constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo; pero, por la Sala, no se comparte tal apreciación, ya que, partiendo de que, si bien es cierto que pueden existir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que afecten a la materia de horario –así se reconoce en el artículo 41.1 b) del ET-, también lo es que no cabe considerar como tales todas las modificaciones, que afecten a la citada materia; lo cierto es que, en el caso que se analiza, según su criterio, el hecho de retrasar en 45 minutos el horario de entrada y salida del trabajo, no merece el calificativo de sustancial –existiría modificación sustancial, por ejemplo, en los supuestos de pasar de una jornada continuada a otra partida, de trasladar el turno de trabajo de la noche al día, o viceversa, de aumentar o disminuir el tiempo de trabajo, etc, en los que las condiciones de trabajo sufren una alteración claramente significativa; pero no cabe poner a su altura un caso como el presente, en el que se retrasa el horario de entrada y salida del trabajo en un plazo de tiempo (45 minutos), que, en todo caso, es prudencial y en el que nada resultó acreditado acerca de que, con ello, se hubieren originado, en principio, problemas serios a los afectados, con relación a su vida cotidiana.

TERCERO.- No estimándose por la Sala que hubiere existido, en la actuación empresarial anteriormente expuesta, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no hay base para acceder a las peticiones del escrito inicial, dado que, obviamente, no cabe tener por infringido, ante ello un artículo (41 del ET), que regula, precisamente las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo –el recurso, y, consiguientemente, la demanda, se rechazan, exclusivamente, por tal motivo, ya que no se comparte la argumentación, que, a mayor abundamiento, sostiene el Sr. Juez "a quo", en el sentido de que, aun admitiendo, a efectos dialécticos, la existencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se

cumplirían los requisitos, que exige al empresario el artículo 41.1 del ET, para llevar a cabo la modificación; dado que, no obstante ser necesario para ello que la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo vaya precedida de un período de consultas con los representantes de los trabajadores, de duración no inferior a quince días, que deberá versar sobre las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción 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; nada consta acerca de que el Organismo Autónomo demandado actúe en tal sentido, cumpliendo con lo dispuesto al efecto en el artículo 41.3 del ET, pues sólo se afirma, en la relación fáctica de la resolución impugnada, que el 19 de noviembre, su presidente elaboró una propuesta de calendario laboral para el año 2003; que, celebrada reunión de la mesa de negociación sobre ello, aquél presentó la propuesta a los representantes del personal, incluido el presidente del Comité del Concello de Vigo, “manifestando que las modificaciones pretendían lograr un mejor funcionamiento de los servicios de V.-Z. y el delegado del personal solicitó que el asunto quedase pendiente para reunirse con el personal y comentarlo, celebrándose nueva reunión el día 18 de diciembre y el citado delegado se opuso a las modificaciones pretendidas por el Organismo demandado alegando que el personal quería seguir con el horario que venía realizando y que consideraba irrenunciable que en el horario propuesto se introdujesen las siguientes modificaciones...”, a lo que se opuso el Presidente...; y que el día 30 de diciembre la Comisión de Gobierno de la Casa del Concello aprobó el calendario laboral, que fue remitido al delegado de personal el día 9 de enero...; y, por consiguiente, procede desestimar el recurso y confirmar el fallo de la resolución, impugnada.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por don V.Q.F., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Vigo, en fecha 8 de febrero de 2003; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3658 Sentencia núm. 2.210/03

S.S. DESPEDIMIENTO IMPROCEDENTE, Ó TERSE ACREDITADO A EXTINCIÓN DE CONTRATO TEMPORAL FRAUDULENTAMENTE CONCERTADO NO SEO DUN GRUPO DE EMPRESAS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a veintuno de junio de dos mil tres

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.210/2003 interpuesto por “T.U., S.L.” y “G.T.M., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña P.C.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “T.U., S.L.”, “T.G., S.A.” y “G.T.M., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 657/2002 sentencia con fecha veintiocho de febrero de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“1.- La demandante doña P.C.F., mayor de edad, con DNI ... ha venido trabajando para las demandadas “T.G., S.A.” desde el 14 de agosto de 1995 y para “T.U., S.L.” y “G.T.M., S.A.” desde septiembre de 1997. El 11 de noviembre de 2000 suscribió contrato con “T.U., S.L.” y el 10 de mayo de 2001 la demandante firmó con “T.U., S.L.” el finiquito de la relación laboral entonces vigente. El 15 de mayo de 2001 la demandante suscribió con “T.U., S.L.” un contrato de trabajo por obra o servicio determinado para la realización de la obra o servicio “específico de limpieza y desinfección de tanques”. 2.- El 13 de octubre de 2002 la demandante recibió carta con el siguiente contenido: “Muy Sra. Nuestra. Le participamos que el próximo día 13 del presente

mes, se dará por extinguida su relación laboral con esta Empresa, por haber finalizado los trabajos específicos en la cláusula 6ª del contrato de trabajo firmado entre las partes en fecha 15.05.01, significándole que le será devengada y abonada la liquidación finiquita que con arreglo a derecho le corresponda. Es cuanto le notificamos para su conocimiento y debidos efectos. 3.- La categoría profesional consignada en los contratos de trabajo de la demandante era de peón ayudante con un salario mensual de 788,94 euros al mes, pero realizaba las funciones de jefe de primera, a las que corresponde el salario mensual según convenio colectivo de 1.085,04 euros, con inclusión del prorrateo de pagas extras. 4.- Se intentó sin efecto la preceptiva conciliación ante el SMAC.”

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

“FALLO: Que, estimando la demanda presentada por doña P.C.F. contra las empresas “T.U., S.L.”, “T.G., S.A.” y “G.T.M., S.A.”, debo declarar y declaro la nulidad del despido de que fue objeto la demandante en fecha 13 de octubre de 2002, condenando a las demandadas “T.U., S.L.” y “G.T.M., S.A.” a estar y pasar por dicha declaración y, en consecuencia, a la readmisión inmediata de la demandante en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, así como al abono de una sanción pecuniaria de 300 euros y al de los honorarios del letrado de la parte contraria. Se absuelve a la demandada “T.G., S.A.” de la pretensión instada en su contra.”

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

1- La sentencia de instancia estima la demanda y declara la nulidad del despido de que había sido objeto la demandante con fecha 13.10.02; frente a ella las empresas demandadas interponen recurso de suplicación y al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.b) de la L.P.L., pretenden revisar la relación fáctica de la sentencia a la vista de la prueba documental practicada en el Juicio Oral, en el sentido de suprimir del HDP primero la frase: “y para “T.U., S.L.” y “G.T.M., S.A.” desde septiembre de 1997,”

La revisión no prospera porque no se alega prueba documental ni pericial que justifique la supresión o el error del juzgador de instancia en la valoración de las mismas, a quien corresponde conforme al art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral. Y por que dicha afirmación no carece de justificación por que ni el juzgador desconoce ni esta sala tampoco que en dicha fecha es cuando tuvo lugar el cambio o la transmisión de la empresa de “T.G., S.A.” a “T.U., S.L.”. Sucesión empresarial ya declarada en otra sentencia anterior y respecto de otro trabajador que es el esposo de la actora y que la sentencia de instancia corrobora en la fundamentación jurídica al declarar que la actora ha trabajado sin solución de continuidad en el centro de trabajo desde el 14.08.95.

Y además no se admiten las modificaciones propuestas por que siendo así que se basan en la falta de prueba documental justificativa de la afirmación con lo que se incurre en el abstracto y débil procedimiento de alegar amparo negativo de prueba o insuficiencia de los instrumentos probatorios para configurar el relato fáctico (a título de ejemplo, las SSTs de 01.90, Ar. 125, 31.05.90 Ar. 4.524 y 28.11.90 Ar. 8.614; SSTSJ Galicia 28.02.98, R. 722/98, 19.05.98, R. 1.362/98, 03.07.98 R. 2.268/95, 25.09.98, R. 3.375/98, 25.11.98 R. 4.263/98, 16.12.98 R.5.356/95 y 17.12.98 R. 4.717/98).

Así mismo se pretende revisar y modificar del HDP 1º la antigüedad de la actora, que el recurrente considera que opera desde el 14 de agosto de 1995, fecha de su contratación con “T.G., S.A.”, y que “T.U., S.L.” entiende ha de ser fijada en el día 15 de mayo de 2001 (día del otorgamiento del contrato de trabajo suscrito por la actora con aquella mercantil —folio 70 y 71) o, subsidiariamente, en el día 11 de noviembre de 2000 (fecha del documento obrante a los folios 67 y 68). O por último la de 16.06.99.

En el citado HDP Primero se señala que la demandante vino prestando sus servicios para “T.G., S.A.” desde el 14 de agosto de 1995 y para “T.U., S.L.” y “G.T.M., S.A.” desde septiembre de 1997. Y por lo anteriormente expuesto la revisión no prospera.

2- También vía de revisión se pretende adicionar en el HDP Primero, in fine, la expresión... ‘La actora no ha residido habitualmente en la vivienda situada en el centro de trabajo, haciéndolo en el domicilio que tiene

en ... ". Y ello por que en los folios 111, 114, 125, 126, 127, aparecen varias actas de inspección de la Consellería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Xunta de Galicia en las que puede perfectamente leerse cómo la actora señala que tiene su domicilio en ..., lugar distante unos dos kilómetros de la piscifactoría.

Tampoco esta prospera por que como alega el propio recurrente la Magistrada funda esta afirmación en la prueba testifical, la cual es inhábil a los efectos revisorios en virtud de lo dispuesto en el Art. 191 b) LPL que solo se refiere a la documental y pericial, ello aparte de que la redacción alternativa propuesta contiene la afirmación de que "vivía en ...", afirmación que no tiene relevancia, por que el documento en el que se hace no tiene por finalidad acreditar dicho extremo, sino llevar a cabo una inspección sanitaria.

3- Con referencia en el HDP 1º se pretende revisar la categoría de la actora, que en la sentencia se dice es de jefe de primera, y que "T.U., S.L." entiende es la de peón ayudante, de conformidad con el contrato de trabajo obrante a los folios 70 y 71.

Y como consecuencia de dicha modificación se pretende modificar el salario de dicha categoría por el de peón y que ascendería a 788,94 euros.

La revisión prospera, porque a falta de otra prueba, la documental consistente en el contrato de trabajo, debe prevalecer sobre cualquier otra disquisición, y en él se consigna que su categoría es la de peón-ayudante; además ni se ha acreditado una especial responsabilidad en sus funciones, ni que fueran de dirección o control del resto de los trabajadores, cuando solo eran dos.

4-En sede jurídica y al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.c) de la L.P.L se denuncia la infracción de Ley, en el sentido de no aplicación, de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la LPL en relación a lo prevenido en los artículos 103.2 y 64.2.b) del citado cuerpo legal y 59 del ET.

En efecto, al folio 24 de las actuaciones obra una comparecencia, de fecha 19-12-02, por la que la demandante solicitó la suspensión de la vista a celebrar en dicho día a fin de ampliar demanda contra "T.G., S.A.", lo que verificó el 23.12.02 (folio 26) ampliando demanda no sólo contra la anterior mercantil sino también contra "G.T.M., S.A."; la demanda dirigida contra "G.T.M., S.A." no puede encon-

trar cobertura en lo dispuesto en los artículos 64.2.b) y 103.2 de la LPL, pues para ello se requiere que el error en la persona del empresario sea totalmente involuntario y proceder de un desconocimiento real de la personalidad del verdadero empresario.

Lo que según el recurrente no se daba y por lo mismo la acción frente a esa empresa estaría caducada.

No admitimos tales manifestaciones por ser cuestión nueva, ya que no fue ni denunciada, ni alegada en la instancia, y no puede ser apreciada de oficio en esta instancia dado el carácter extraordinario del Recurso de Suplicación Sent. del TS de 03.05.90 (R J 1990/3.948) y de 14.07.86 (RJ 1986/4.124).

5- En el séptimo motivo del recurso de suplicación se denuncia aplicación indebida o errónea de la llamada "doctrina del levantamiento del velo", de creación eminentemente jurisprudencial, de cuya aplicación indirecta, sin citarla expresamente, se condena a "T.U., S.L." y "G.T.M., S.A.".

Como ya dijimos en la sentencia de fecha seis de junio de dos mil tres en la que se resolvió el despido del Sr. D.C., esposo de la actora. La doctrina jurisprudencial acuñada parte de la idea de que «no cabe sentar pautas o criterios de carácter general» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1990 [RJ 1990\3.946]) del principio general de la independencia y no comunicación de responsabilidades entre las sociedades integrantes del grupo, sobre la base de que, los vínculos de gestión económica y organizativa, no alteran por sí mismos y en todo caso, la consideración de las sociedades como entidades autónomas o separadas, dotadas de personalidad jurídica propia y por ello, independientes entre sí y responsables limitadamente en el ámbito de su actuación; y así se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990 (RJ 1990\233), «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»; 3 mayo 1990, «que una empresa tenga acciones en otra o que varias empresas lleven a cabo una política económica de colaboración, no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales» o la de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990\7.045), que distingue

entre «el fenómeno, lógicamente rechazable, de la pura diferenciación formal con fines defraudatorios de los intereses laborales en juego y el de la efectiva existencia de unidades empresariales independientes, por más que en éstas se produzca coincidencia en los elementos de dirección o participación empresarial», ya que, como recordaba esta Sala en Sentencias de 21 de septiembre de 1992 (AS 1992\4.376) y 1 de junio de 1994 (AS 1994\2.534), entre otras, «para que pudiera nacer la obligación solidaria de responder frente a los trabajadores de una empresa del grupo, es necesario que el grupo de empresas haya actuado en fraude de ley, haciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las entidades en perjuicio de los trabajadores, de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio en base al cual las empresas establezcan una trama jurídica que disfraza situaciones de hecho en las que en realidad se actúe como una sola entidad empleadora, bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad jurídica independiente, por lo que sólo cabe deducir responsabilidad solidaria frente a los trabajadores de todas las empresas del grupo cuando se haga un uso torticero y fraudulento de las normas legales, pero no cabe exigir tal responsabilidad, cuando el grupo de empresas actúa conforme a derecho, pues es perfectamente legítima la constitución de tales grupos para operar en el mercado»;

También la recogida en STS de 26 de enero de 1998 (RJ 1998\1.062) “frente al principio general de la independencia y no comunicación de las responsabilidades entre sociedades integradas en un grupo, en el orden laboral, se admite la búsqueda del empresario “real”, a través de la figura del denominado “levantamiento del velo” de la personalidad jurídica, declarando una comunicación de las responsabilidades empresariales entre sociedades pertenecientes a un grupo siempre que concurren algunas circunstancias específicas, entre las cuales cabe destacar: 1.- confusión de plantillas o única plantilla; 2.- confusión de patrimonios sociales o caja única; 3.- apariencia externa de unidad empresarial y, 4.- cuando las sociedades actúan sometidas a una dirección unitaria.

Igualmente el propio Tribunal Constitucional declaró –sentencia núm. 46/1983, de 27 de mayo (RTC 1983\46)- que pertenece a la específica función de la jurisdicción laboral

resolver quién es el «empresario verdadero» y quién opera como «empresario aparente» para eludir gravosas consecuencias de orden laboral, «y ello, con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos».

En el presente supuesto, entre las sociedades recurrentes concurre una dirección única, los accionista son los mismos en ambas sociedades y el administrador único; y existe confusión patrimonial por que no solo la documental de este procedimiento lo acredita sino en el anterior, donde consta no solo se le pagó al actor el complemento salarial por “G.T.M., S.A.”, sino que las obras del centro de trabajo de “T.U., S.L.” las pagó también aquella, (folios 205 a 268-5 de la documental de la propia demandada), por que no puede desconocerse la existencia de dicho procedimiento ya que aunque no sea vinculante, una situación o un hecho no puede ser y no ser a la vez, consecuentemente se dan los indicios precisos para considerar responsables solidarias a ambas mercantiles por actuar fraudulentamente.

Por ello procede la aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores puesto que entre las empresas “T.G., S.A.” y “T.U., S.L.” se dieron los requisitos necesarios para que operase la sucesión empresarial que son: a) Autonomía. b) Continuidad.

a) La unidad productiva que se transmite ha de constituir un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotado de la suficiente autonomía funcional (TS 23.02.94, RJ 1227). A su vez, la unidad productiva en el contexto del ET art.44 se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario, para ser susceptibles de una explotación económica independiente capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado (TS 27.10.94).

b) Y la sucesión requiere una continuidad en la actividad y en la prestación de servicios. Como consecuencia de ello, la relación laboral no se extingue por el cambio de titularidad y el nuevo empresario se subroga en los derechos y obligaciones del empresario anterior, pasando los trabajadores a ser empleados de la cesionaria.

Por ello se ha respetar la antigüedad de la demandante, por que como señala la sentencia recurrida, siguió prestando servicios sin solución de continuidad desde el 14.08.95 y los contratos temporales suscritos con poste-

rioridad con “T.U., S.L.” son fraudulentos y no tenían otra finalidad que eludir la aplicación y consecuencias del citado art. 44 e impedir a la actora consolidar su antigüedad.

Además, supondría una renuncia de derechos que prohíbe el art.3 del Estatuto de los Trabajadores al decir: 5.- Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

6.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.c) de la L.P.L., se pretende examinar el derecho aplicado en la sentencia recurrida en el sentido de no aplicación, de lo dispuesto en el artículo 55.5 del ET en relación a lo prevenido en el artículo 6.4 CC y la doctrina jurisprudencial.

El artículo 6.4 CC señala, que los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley, y no impiden la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, disponiendo el artículo 15.3 ET que los contratos temporales celebrados en fraude de ley se presumen por tiempo indefinido.

Y la parte recurrente entiende, que si de la prueba practicada no resulta acreditada la simple expiración del contrato, habrá de calificarse su extinción como improcedente y no nula.

La denuncia debe ser estimada por que el despido conforme al art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores será nulo cuando tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia por el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

Y ninguno de estos supuestos concurre en el caso de autos por lo que el despido debe ser calificado de improcedente conforme al art. 56 del Texto citado.

6- Por último se denuncia la aplicación errónea del art. 97.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. La sentencia recurrida impone la multa por que entiende que hay mala fe en la actuación de la demandada por la falta de acreditación de los trabajos consignados en el contrato, no proponiendo prueba al respecto.

Entendemos que la denuncia prospera, porque la afirmación es cierta pero no concurre la temeridad cuando le asiste un derecho legítimo que defender y le ampara el art. 24 CE que consagra el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. Cuando además hay otras cuestiones discutidas en el pleito y alguna se admite.

Por lo expuesto y al haberse producido alguna de las infracciones denunciadas,

Fallamos

Que estimado parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por “T.U., S.L.” y “G.T.M., S.A.”, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, con fecha 28.02.03, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución declarando que la categoría de la actora es la de peón y el salario de 788,94 euros, no procediendo la aplicación del art. 97.3 y declarando la improcedencia del despido de que la actora ha sido objeto con fecha 13.10.02, condenando a las demandadas “T.U., S.L.” y “G.T.M., S.A.” a que en el plazo de 5 días, opte entre la readmisión o la indemnización de 45 días por año de servicio y que asciende a 9318,14 euros y en el caso de la readmisión el abono de sus salarios de trámite hasta la fecha de la sentencia.