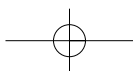
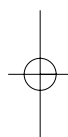
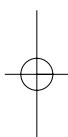


SENTENZAS E AUTOS

REVISTA
GALEGA
DE
SOCI



3782 Recurso núm. 5.880/03

S.S. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE DE TRABALLADOR A PROBA, DADO QUE A LIBERDADE DE DESISTIMENTO DO EMPRESARIO DURANTE O PERÍODO DE PROBA NON PODE ADMITIRSE EN TERMOS ABSOLUTOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a doce de enero de dos mil cuatro

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. 5.880/03, interpuesto por "M.D., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña F.S.V. en reclamación de despido, siendo demandado "M.D., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 324/03 sentencia con fecha 18.08.03, 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 doña F.S.V. trabaja para la entidad demandada desde el 27.03.03, con la categoría profesional de ayudante de cocina con un salario mensual de 925,64 euros. SEGUNDO.- La actora en fecha 08.04.03 recibe un telegrama por el que se le comunica que la empresa prescinde de sus servicios por no superar el período de prueba, 4/4/03. TERCERO.- Con fecha 25 de abril de 2003 fue celebrado acto de conciliación sin avenencia entre las partes."

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

presentada por doña F.S.V. contra la demandada "M.D., S.L.", debo declarar y declaro improcedente el despido del actor llevado a cabo por la demandada en fecha 4 de abril de 2003 y en consecuencia condeno a la citada empresa a que a su opción readmita al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le indemnice en la cantidad de 30,85 euros en concepto de indemnización, así como a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 30,85 euros/día, advirtiéndole que la antedicha opción deberá efectuarse por la empresa demandada ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación 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.- Contra la sentencia de instancia, que estimando la demanda interpuesta por doña F.S.V. frente a la empresa "M.D., S.L." sobre despido, declaró la improcedencia del mismo y condenó a la empresa demandada "a que, a su opción, readmita al trabajador (sic) en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le indemnice en la cantidad de 30,85 Euros en concepto de indemnización, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia a razón de 30,85 Euros/día, advirtiéndole que la antedicha opción deberá efectuarse por la empresa demandada ante este Juzgado en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución".

Frente a dicha resolución se alza en suplicación la Entidad demandada, articulando su recurso en atención a cuatro motivos, de los cuales, los dos primeros, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, los dirige a la revisión del relato histórico, en tanto que, en los motivos tercero y cuarto, interesa el examen de la normativa aplicada en la sentencia "a quo", solicitando, en el suplico del recurso, que se revoque la Sentencia de instancia y se desestime la demanda con absolución de la empresa demandada.

SEGUNDO.- En el motivo primero del recurso, con amparo procesal en el artículo

191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la empresa demandada que se adicione un nuevo hecho probado en el que se recoja lo siguiente: "La trabajadora y la entidad demandada tenían suscrito contrato laboral de carácter indefinido, a tiempo completo, de fecha 25 de marzo de 2003, estableciéndose un período de prueba de un mes", a cuyo efecto invoca la documental constituida por el contrato de trabajo que obra al folio 19 de los autos, que, revistiendo virtualidad en grado asaz para sustentar la modificación, por adición, que pretende la demandada, determina que dicha pretensión debe ser acogida y ha de añadirse al relato histórico de la sentencia impugnada un nuevo ordinal con el texto antes referido.

TERCERO.- Asimismo, en el ámbito de la revisión fáctica, solicita la empresa recurrente que se modifique parcialmente el hecho probado primero y se haga constar, en lugar de la mención "salario mensual de 925,64 Euros" lo siguiente: "salario mensual de 629,13 Euros y de 733,98 Euros incluyendo la parte proporcional de pagas extras".

Invoca, en pro de sus intereses de revisión, en un documento que, asevera, "adjunta a efectos ilustrativos con el presente recurso" y por más que, de interesarle, debió de haber propuesto la incorporación a los autos de dicho documento al proponer y aportar prueba en la instancia, lo que no efectuó entonces, sin que sea ahora, dada la fecha de inserción del referido Convenio en los periódicos oficiales y la de celebración del juicio, momento procesal oportuno a tal efecto, es lo cierto que no se ha demostrado la concurrencia de error de valoración que justificase la modificación fáctica pretendida, por lo que ha de permanecer inalterado, en su redacción original, el hecho probado primero de la resolución de instancia.

CUARTO.- En el motivo tercero del recurso, en sede jurídica, denuncia la infracción del artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores y en el motivo cuarto, denuncia la vulneración del artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores.

En síntesis, asevera la empresa recurrente, por lo que atañe al motivo tercero, que no invocó causa distinta en su manifestación en el acto del juicio por cuanto en la comunicación escrita de resolución de la relación laboral no explicitó causa alguna, por no ser exigible, limitándose a invocar la no superación del período de prueba y, asimismo, en lo

atinente al motivo cuarto, establece la parte demandada que si el Juzgador apreció que existió dimisión por parte de la actora, por cuanto declara, afirma la demandada, su contradicción con la causa de comunicación escrita, debió decretar la extinción de la relación laboral por dicho motivo.

QUINTO.- No ha de tener acogida la denuncia de infracción a que se contrae el motivo tercero pues, a la luz de lo establecido en el relato histórico de la resolución impugnada, a medio de telegrama fechado el día 08.04.03, la empresa comunicó a la trabajadora su baja en la misma por no superar período de prueba, señalando como fecha de efectos el día 04.04.03, sin que conste que hubiese tenido lugar episodio o comportamiento alguno que, de alguna forma, justificase la postura adoptada por la empresa, y si bien no puede negarse que es prerrogativa del empresario la adopción de la medida en cuestión, esto es, la rescisión del contrato durante el período de prueba, no puede soslayarse que la libertad de desistimiento del contrato de trabajo en período de prueba, consagrada en el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, no puede entenderse en términos absolutos, debiendo ampararse en consideraciones que no resulten ajenas a las actividades laborales que constituyen el objeto de la prueba, amen de los supuestos, de violación de los derechos fundamentales o en que se aprecie la concurrencia de fraude, de manera que, tal estado de cosas, devendría asaz para el acogimiento de las pretensiones de la parte actora, máxime cuando, en el acto del juicio, la empresa, como señala el Juez de instancia, hace referencia a un supuesto, que no demostrado, abandono o dimisión de la trabajadora, lo que, asimismo, determina el rechazo de la censura jurídica a que se contrae el motivo cuarto, pues el Juzgador "a quo", en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, no está afirmando, como pretende la parte recurrente, que se haya evidenciado la concurrencia de una dimisión o abandono de la trabajadora, sino que se limita a dejar constancia de que la empresa, después de comunicar a la actora la baja en la misma por no haber superado el período de prueba, invoca en el juicio la solicitud voluntaria de la baja por parte de la trabajadora, de manera que, las consideraciones a que llega la resolución impugnada, declarando la concurrencia de despido improcedente, no se han visto desvirtuadas en el recurso y, por ende, con desestimación del mismo, ha de ser confirmada la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por la empresa "M.D., S.L." contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Ourense, de fecha 18 de agosto de 2003, en autos nº 324/03, sobre despido, instados por doña F.S.V., confirmamos la resolución de instancia.

3783 Recurso núm. 6.503/03

S.S. DEREITOS FUNDAMENTAIS. INEXISTENZA DE PROBA PARA APRECIAR ACOSO MORAL

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a doce de enero de dos mil cuatro

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. 6.503/03 interpuesto por doña M.C.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.C.F. en reclamación de tutela derechos fundamentales siendo demandado "R., S.A.", "M.T. ETT S.A.U.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 333/03 sentencia con fecha 9 de octubre 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: Doña M.C.F. prestó servicios para "R., S.A." desde el 2 de julio de 1998 con la categoría profesional de Secretaria de Dirección percibiendo un salario mensual de 758,91 euros. Su contratación se realizó a través de la empresa "M.T. ETT S.A.U."- SEGUNDO.- La actora realizaba la función de abrir y registrar la correspondencia de entrada y salida, comunicación de dicha correspon-

dencia a la administración, llevar la agenda de los cargos de la empresa, contratar reservas de viajes y de hoteles del personal y redactar escritos.- TERCERO.- El 4 de julio de 2002 la actora recibió una comunicación de "R., S.A." en la que se le indicaba que al finalizar los trabajos para los que fue contratada, se le notificaba que a partir del día 19 de julio de 2002 causará baja en la empresa.- CUARTO.- La actora interpuso demanda de despido contra la Consellería de Cultura-Xunta de Galicia-Dirección Xeral de Telecomunicación e Audiovisual, "M.T. ETT S.A.U.", y "R., S.A."- QUINTO.- El día 24 de septiembre de 2002 tuvo lugar en el Juzgado de lo Social número 1 de esta ciudad el acto de conciliación derivado del despido. En ese acto la actora desistió de su demanda respecto de "R., S.A." y de la Consellería demandada, y alcanzó un acuerdo con la empresa "M.T. ETT S.A.U.", en virtud del cual esta empresa le abonó 7.475,72 euros en concepto de indemnización, liquidación y saldo, y 427 euros en concepto de incapacidad temporal desde el día 19 de julio. Se le reconoció la categoría de Secretaria de Dirección y la improcedencia del despido. - SEXTO.- Don I.O.L. ocupa una Dirección Xeral en la Xunta de Galicia, con despacho oficial en la sede de la Administración Autonómica en San Caetano-Santiago. Es miembro del Consejo de Administración de "R., S.A."- SEPTIMO.- El Sr. I.O.L. no ocupa despacho en la sede de "R., S.A.", sita en el Edificio Multiusos de San Marcos. En el tiempo en que la actora prestó servicios en la misma el Sr. O. acudió a la empresa unas cuatro veces. En estas ocasiones no despachaba ni con la actora ni con ningún otro trabajador de la empresa, solamente con los que ocupaban órganos de dirección, como el Sr. P. o el Sr. A. - OCTAVO.- El Sr. P. sufre una penosa dolencia que provocó que estuviera en situación de baja médica en diversas ocasiones. En estos períodos la actora seguía realizando sus funciones normalmente con la inercia de su experiencia. - NOVENO.- La idea de la necesidad de prescindir de los servicios de la actora la maduró el Consejo de Administración de "R., S.A." en el mes de marzo de 2002, fundada especialmente en la circunstancia de que el cargo de Gerente de la empresa estaba vacante por lo que los servicios de Secretaria de Dirección se consideraban prescindibles. - DECIMO.- El día 15 de junio, con motivo de la huelga general, hubo trabajadores de la empresa "R., S.A.", como doña M.P.L., que no acudieron a trabajar, sin que la empresa tomase medidas de represalia por este motivo. La empresa ofreció a los trabajadores que no iban

a secundar la huelga que acudiesen a trabajar en un vehículo de la empresa para evitar que sus automóviles personales fueran saboteados. La actora acudió ese día a trabajar en el vehículo de la empresa que la pasó a recoger por su domicilio. Con motivo de la huelga, la cafetería de la empresa no prestó servicio, por lo que los trabajadores acordaron llevar su comida de casa y comer todos juntos.- UNDECIMO.- El día 27 de junio de 2002 el Sr. A. informó a todos los trabajadores de la empresa que al día siguiente vendrían trabajadores contratados para limpiar el archivo. Les pidió a todos que ayudaran y les sugirió que trajesen ropa informal para no estropearla.- DUODECIMO.- El día 28 de junio la actora bajó al archivo y se negó a colaborar en las tareas de limpieza. Otros trabajadores como doña Mª.C.F.L. bajaron al archivo y participaron en su limpieza.- DECIMOTERCERO.- El Sr. A. comunicó al Sr. I.O. la negativa de la actora a colaborar en las tareas de limpieza, señalándole también que le había contestado con muy mala educación. El Sr. O. requirió a la actora para que acudiese a su despacho en San Caetano. Esa misma mañana la actora acudió al despacho y tuvo una entrevista con el Sr. O. el cual le llamó la atención por su actitud. Posteriormente volvió a la sede de "R., S.A.". Por la tarde, sobre las 16 o 17 horas la actora sufre un desmayo, atendiéndola doña Mª.C.F.. No fue trasladada al Hospital.- DECIMOCUARTO.- Debido a los problemas que existían con el sistema de abastecimiento en la empresa, la Sra. Mª.C.F., que compartía despacho con la actora, decidió traer un radiador de su domicilio.- DECIMOQUINTO.- La actora padece desde hace tiempo la enfermedad de Crohn. Desde el 22 de agosto de 2002 recibe tratamiento en la Sección de Psiquiatría del Hospital de Conxo de Santiago, con el diagnóstico de trastorno mixto depresivo-ansioso. DECIMOSEXTO.- La actora acudió al servicio de Urgencia el 8 de julio de 2002 por dolor abdominal, vómitos y diarrea en paciente con enfermedad de Crohn. Fue de nuevo atendida en ese servicio el 6 de agosto de 2002 por un trastorno adaptativo con reacción mixta ansioso-depresiva. El 20 de agosto de 2002 acudió al mismo Servicio diagnosticándosele una crisis de ansiedad.- DECIMOSEPTIMO.- El 29 de noviembre de 2002 tuvo lugar el acto de conciliación que acabó sin acuerdo.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que en la demanda interpuesta por doña M.C.F. contra "R., S.A." y

“M.T. ETT S.A.U.”, y rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento y entrando en el fondo del asunto, debo desestimar la demanda y absolver a las demandadas.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que desestimando la demanda interpuesta por doña M.C.F. frente a “R., S.A.” y “M.T. ETT S.A.U.” con la intervención del Ministerio Fiscal, rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento, absolvió a las demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas, se alza en suplicación la parte actora que, al efecto, articula su recurso en atención a tres motivos, en el primero de los cuales, con amparo procesal en el artículo 191 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia “la infracción de las normas y garantías del procedimiento que producen indefensión”; mientras que en el segundo y tercer motivos, con apoyo en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, solicitando en el suplico del recurso que se dicte sentencia por la que se revoque la de instancia y se estime íntegramente la demanda, condenando a la demandada según los pedidos de la misma.

SEGUNDO.- En el motivo primero, con amparo en el apartado a) del artículo 191, la parte actora recurrente hace constar que “acepta los hechos probados”, excepto los comprendidos entre el séptimo y el decimotercero, los cuales habrán de variarse conforme a lo que se razonará en el motivo siguiente”, según reza literalmente el cuerpo del motivo en cuestión, siendo así que, por mas que el apartado a) del referido artículo 191 de la Ley Adjetiva Laboral esta dirigido a la subsanación de situaciones de indefensión generadas por infracción de normas o garantías procedimentales sin que el drástico remedio de la nulidad de actuaciones sea vía adecuada cuando se pueda subsanar la omisión fáctica ex artículo 191 b) de la propia Ley de Procedimiento, no puede soslayarse que la parte actora, no solo omite en el suplico del recurso cualquier alusión a la nulidad de lo actuado con reposición de los autos al momento en que se hubiese producido la infracción de normas o garantías,

sino que haciendo hincapié en su discrepancia con los ordinales séptimo a decimotercero del relato histórico - lo que no sería susceptible de incardinarse en el ámbito del meritado apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral sino en el apartado b) del propio artículo - se remite a “lo que se razonará en el motivo siguiente”, en el que no solicita revisión fáctica alguna sino que denuncia la infracción de las normas a que se refirió, todo lo cual determina la desestimación del motivo primero del recurso.

TERCERO.- En el motivo segundo, con apoyo en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción, por no aplicación, de los artículos 1.256 y 1.266 del Código Civil y de los artículos 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 120.3 de la Constitución Española, 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, arguyendo, en esencia, que “el Juzgador no basa su fallo en prueba alguna convincente, sacando la conclusión del conjunto global de la prueba, pero fundamentalmente en una intuición personal”.

No ha de tener éxito la censura jurídica a que se contrae el motivo segundo del recurso, pues si la doctrina Jurisprudencial reiterada viene aseverando que no puede fundamentarse la revisión en el simple alegato de inexistencia de pruebas demostrativas del hecho declarado probado (sentencias del Tribunal Supremo, entre tantas otras, de 03.06.85, 15.07.86, 15.07.87, 27.03.90, siempre, claro está, que exista un mínimo de actividad probatoria, sentencia del Tribunal Supremo de 21.03.90) y que es facultad del Juzgador de instancia la valoración e interpretación de la prueba llevada a cabo en autos, no puede prevalecer una alegación de prueba negativa frente a una valoración probatoria hecha por el Juzgador (sentencias del Tribunal Constitucional de 14.01.86, 10.11.86, 05.02.87, 23.05.88, entre otras), tales razonamientos son aplicables al presente supuesto en el que, arguyendo el recurrente que el Juzgador de instancia no basa su fallo en prueba alguna convincente, tal manifestación carece de apoyo o sustento asaz para su acogida pues, como se desprende de lo actuado, la Juzgadora “a quo”, llevó a cabo una valoración y hermenéutica de los diversos elementos de prueba llevados a cabo en el proceso, en uso de las facultades que, al efecto, le confiere la normativa vigente, singularmente el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin que sea dado a la parte sustituir el objetivo e imparcial criterio

del Juzgador por el subjetivo e interesado de la propia parte, de manera que, en atención a lo expuesto y no evidenciándose la concurrencia de conculcación o vulneración de la tutela judicial efectiva, deviene procedente el rechazo de la denuncia de infracción a que se contrae el motivo segundo del recurso interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia de instancia.

CUARTO.- La parte actora dedica el tercero de los motivos que integran su recurso a la denuncia de infracción, por no aplicación, de los artículos 4.2.d) y e) del Estatuto de los Trabajadores y 15 de la Constitución Española, aseverando, en síntesis, que el supuesto de hecho a que se contrae el presente procedimiento, tiene su encaje en la figura del mobbing o acoso moral en el trabajo.

La propia suerte desestimatoria que los motivos anteriores ha de acompañar al presente motivo y es que, inalterados los hechos probados que constituyen el relato histórico de la resolución de instancia, tampoco ha logrado la parte actora recurrente desvirtuar los razonamientos contenidos en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada de manera que habiendo llegado la Juez de instancia a la consideración de que no existió situación alguna de acoso moral a la trabajadora, ningún tipo de trato humillante, vejatorio ni mínimamente grosero por parte del Sr. O. ni de ningún otro trabajador o directivo de la empresa en relación con la actora, aseverando, la Juez de instancia, que "las pruebas consisten esencialmente en la declaración de los supuestos implicados y otros integrantes del escenario laboral de la demandante", añadiendo que "la intermediación de las referidas pruebas permitió captar falta de rigor en la declaración de la supuesta víctima, contradicciones, contradicciones e incluso una especie de ideas de persecución,...y frente a esta impresión, los testimonios de la demandada y el principal imputado, Sr. I.O., fueron convincentes firmes y serenas", efectuando, a continuación, la Juzgadora de instancia una exhaustiva exposición y concienzudo análisis de la prueba, sin que las consideraciones a que llega, antes referidas, hayan sido desvirtuadas o conculcadas por la parte recurrente lo que determina la desestimación del recurso interpuesto por la demandante y la confirmación de la sentencia de instancia que rechazó la demanda rectora del procedimiento, absolviendo a las interpeladas de las pretensiones allí contenidas.

En consecuencia,

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por doña M.C.F. contra la sentencia de fecha 9 de octubre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, en los autos nº 333/03, instados por aquella frente a "R., S.A." y "M.T. ETT S.A.U." con la intervención del Ministerio Fiscal, confirmamos la resolución de instancia.

3784 Recurso nº 2.623/01

S.S. ALTA INDEBIDA. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ENTRE TRABAJADORAS DE LIMPEZA E CONCELLO. RESOLUCIÓN DE CONCESIÓN POR PARTE DA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a quince de enero de dos mil cuatro

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 2.623/01 interpuesto por TGSS, doña A.F.S., doña E.R.G. y doña L.R.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 459/00 se presentó demanda por Ayuntamiento de Lugo en reclamación de alta/baja en la Seguridad Social siendo demandados el INSS, TGSS, doña E.R.G., doña A.F.S. y doña L.R.P. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha dieciséis de octubre de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El Excmo. Ayuntamiento de Lugo, recibe con fecha 8 de marzo de 2000 comunicación de la Tesorería General de la Seguridad Social poniendo en su conocimiento que como consecuencia de la comuni-

cación efectuada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, de fecha 13 de abril de 2000, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social procede al alta de oficio de doña E.R.G., doña A.F.S. y doña L.R.P.. SEGUNDO.- En fecha 2 de junio de 2000 la Inspección de Trabajo informa que girada visita los días 7 y 8 de febrero de 2000 al Centro de Servicios Sociales M., se comprueba que prestan sus servicios las trabajadoras, que antes prestaban servicios en "L.N., S.A.", doña A.F.S., doña E.R.G. y doña L.R.P.. TERCERO.- En fecha 14 de diciembre de 1999 el Excmo. Ayuntamiento de Lugo comunica a la empresa "L.N., S.A." que el 31 de diciembre de 1999 finaliza la prórroga del contrato de los servicios de limpieza del Centro Social "M. II". CUARTO.- Con fecha 29 de diciembre de 1999 el Excmo. Ayuntamiento de Lugo se dirige a la empresa "L.N., S.A." comunicándole que la Comisión de Gobierno, con fecha 29 de diciembre de 1999 acordó prorrogar el contrato con la empresa "L.N., S.A." por un período de un mes, finalizando el 31 de enero de 2000. QUINTO.- En fecha 15 de febrero de 2000 el Excmo. Ayuntamiento de Lugo acuerda comunicar a la empresa "L.N., S.A.", que tal y como se había solicitando en fax de 4 de febrero de 2000, le fueran entregadas las llaves de las instalaciones que venían limpiando. "L.N., S.A." comunica en escrito de 25 de febrero de 2000 que las llaves de las instalaciones le fueron solicitadas por personal de la empresa a las codemandadas. No se procedió a la entrega de llaves por parte de las codemandadas. SEXTO.- Se presentó reclamación previa el 24 de mayo de 2000, que fue desestimada en resolución de fecha de salida 6 de junio de 2000".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y entrando en el fondo del asunto, estimando la demanda presentada por el Excmo. Ayuntamiento de Lugo contra la Tesorería General de la Seguridad Social, doña E.R.G., doña A.F.S. y doña L.R.P., debo declarar y declaro nula y sin efecto el alta de oficio referida a las codemandadas doña E.R.G., doña A.F.S. y doña L.R.P., condenando a las demandadas a estar y pasar pro esta declaración".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por TGSS y doña E.R.G., doña A.F.S. y doña L.R.P. siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a

este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, tras estimar la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, estima la demanda interpuesta por el Excmo. Ayuntamiento de Lugo, declarando nula y sin efecto el alta de oficio referida a tres trabajadoras codemandadas. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social y por la representación letrada de las tres trabajadoras anteriormente mencionadas, al objeto de obtener su revocación, y de que se declare correcta el alta de oficio acordada por la TGSS, formulando al efecto, cada uno de los recurrentes y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, dos motivos de Suplicación, destinando el primero a la revisión de los hechos declarados probados y dedicando el segundo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida. Dada la coincidencia que existe en ambos recursos tanto en relación con la revisión fáctica, como en relación con la normativa jurídica denunciada, procede el examen conjunto de ambos recursos.

SEGUNDO.- En cuanto a la revisión de hechos pretendida, ambos recurrentes interesan la modificación del hecho probado segundo, para que se adicione al mismo la jornada laboral de las codemandadas, en el sentido de añadir que doña A.F.S., realiza una jornada de 20 horas semanales, doña E.R.G., también 20 horas semanales y doña L.R.P. 5 horas semanales.

No procede acoger la revisión interesada por los recurrentes por una doble consideración: En primer lugar, porque el éxito de la revisión exige que las modificaciones o adiciones que se postulen, tengan relevancia a los fines del recurso, y virtualidad para alterar el signo del fallo, y en el presente caso la revisión interesada resulta totalmente irrelevante para la decisión del litigio, siendo así que para la procedencia o no del alta de las demandantes en la Seguridad Social, es intrascendente el número de horas de su jornada laboral. Y de otra parte, porque el documento en que sustenta la revisión ya fue valorada por la Magistrada de instancia, y no se puede sustituir so objetivo e imparcial criterio por la subjetiva versión de las partes recurrentes.

TERCERO.- En el motivo destinado a censura jurídica, la Tesorería General de la Seguridad Social denuncia aplicación indebida de los artículos 13 y 100.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 3 y 26 del Real Decreto 84/96 y del artículo 52.2 de la Ley 8/88 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, argumentando, en esencia, que existiendo una relación laboral por cuenta ajena, el obligado a solicitar el alta del trabajador es el empresario, y si se incumple con esta obligación la TGSS deberá practicarla de oficio en la forma prevista en el art. 84/96, añadiendo que si se constata a través de la actuación de la Inspección de Trabajo, la existencia de relación laboral entre el Ayuntamiento de Lugo y las codemandadas, la actuación de la TGSS dando de alta de oficio a éstas, resulta plenamente ajustada a derecho.

Por su parte, las trabajadoras codeemandadas denuncian la misma infracción normativa que la TGSS, y aducen los mismos argumentos, insistiendo que las codemandadas prestaban servicios en el centro de trabajo, sin que obre prueba en contra que desvirtúe tal afirmación fáctica de la Inspección de Trabajo.

Partiendo de los inalterados hechos de la sentencia impugnada, la censura jurídica no puede prosperar, es lo cierto que la Inspección de Trabajo giró visita los días 7 y 8 de febrero de 2000, al Centro de Servicios Sociales M. II, comprobando que en el mismo se encontraban prestando servicios las tres trabajadoras –más arriba citadas-, levantando acta y dando cuenta de su contenido a la Tesorería General de la Seguridad Social a los efectos del alta en el Régimen General de las trabajadoras codeemandadas por su presunta vinculación laboral por cuenta ajena con el Concello de Lugo. Ahora bien, dicho dato objetivo hay que valorarlo en su justo contexto, y es que las tres trabajadoras demandadas habían prestado servicios en dicho Centro como empleadas de la empresa “L.N., S.A.” en virtud de contrato de concesión del servicio de limpieza suscrito entre el Concello de Lugo y la citada empresa, relación que finalizó el día 31 de enero de 2000, siendo requerida la empresa por fax de fecha 4 de febrero de 2000 para que procediese a la devolución de las llaves de las instalaciones en las que venía efectuando labores de limpieza por haber finalizado la relación contractual entre ambos, emitiéndose por la Alcaldía decreto notificado a la empresa “L.N., S.A.” sobre asunción por el Concello del servicio de limpieza de dicho Centro, a través

del sistema de colaboración social, obrando en las actuaciones oficio de la Jefe de Servicio de Contratación (folio 58 de los autos), solicitando a la empresa anteriormente indicada la entrega de las llaves de los Centros de Servicios Sociales “M. II” y del de la calle ..., y en el oficio de la empresa “L.N., S.A.” de fecha 25 de febrero de 2000 (folios 66 y 67 de autos) también se hace referencia a las reclamaciones de las llaves de dichos Centros efectuadas por el Sr. Alcalde, que, al parecer, continuaban en posesión de las que habían sido trabajadoras de la citada empresa de limpieza.

Y dándose ésta circunstancias, no resulta procedente convalidar a través de los Tribunales de Justicia una actuación claramente fraudulenta de las trabajadoras, que sin que conste haber recibido orden alguna de prestación de servicios por parte del Ayuntamiento de Lugo, decidieron voluntariamente continuar con su actividad de limpieza, pese a que su empresa les había comunicado que el día 31 de enero de 2000 finalizaba la relación contractual con el Ayuntamiento demandante, y sin contar con el consentimiento del Ente Municipal, sino todo lo contrario, pues el Concello insistió en recuperar las llaves de los Centros Sociales y en asumir el servicio de limpieza a través del sistema de colaboración social, pese a ello, aquellas trabajadoras, al menos los días 7 y 8 de febrero del año 2000, fechas en las que se giró visita por la Inspección de Trabajo, decidieron continuar con la prestación de servicios. Y si esta forma de asumir la continuidad con el servicio de limpieza entrañaba o no una subrogación empresarial, con obligación del Concello de subrogarse en los derechos y condiciones de las trabajadoras demandadas, es una cuestión que exigía el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes por parte de dichas trabajadoras, no constando si se han o no ejercitado, sin que dicha cuestión pueda ventilarse en el presente procedimiento.

CUARTO.- En los recursos también se denuncia infracción del artículo 52.2 de la Ley 8/1988, para hacer referencia a la de presunción de veracidad de que gozan las actas de la Inspección de Trabajo, pero tal presunción es «*iuris tantum*», esto es, admite prueba en contrario. Y es que, la presunción de veracidad de que se habla está sometida a condicionantes específicos, tales como que la dicha presunción sólo se extiende a los hechos comprobados por el Inspector, que no abarca apreciaciones o deducciones, que la percepción debe ser directa y han de indicarse las fuentes de conocimiento de los hechos... (SSTS 4 de

marzo de 1993, 3 de octubre de 1990, RJ 1990\7.425, 18 de enero de 1991 RJ 1991\1.508. En el presente caso, aun siendo cierta la comprobación constatada en las actas, sin embargo, no pueden tener los efectos pretendidos por los recurrentes, so pena de amparar una actuación en fraude de ley, pues es claro que a la vista de la conducta de las trabajadoras no procede el alta de oficio llevada a cabo por la Tesorería General de la Seguridad Social, habiendo quedado válidamente destruida la presunción, por cuanto resulta evidente que, al menos en aquellas fechas en las que se giró visita por la Inspección, las trabajadoras no mantenían una relación por cuenta ajena con el Concello demandante.

En consecuencia, y dada la inexistencia de relación laboral por cuenta ajena de las tres trabajadoras codemandadas con el Concello de Lugo, esta Entidad no tenía la obligación de comunicar a la Administración de la Seguridad Social la afiliación y alta de las mismas, obligación que viene establecida en el artículo 100.1 de la citada Ley de la Seguridad Social y artículo 102.1 de la misma, en relación con el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, cuyo artículo 35.1.2º párrafo segundo admite expresamente la posibilidad de que las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social efectúen las altas de oficio como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero que en este caso, y por las razones que se dejan expuestas, no procede aplicar.

En consecuencia, deben desestimarse los recursos de la TGSS y de las tres trabajadoras codemandadas y dictarse un pronunciamiento confirmatorio de la Sentencia impugnada. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social y por la representación letrada de las trabajadoras doña E.R.G., doña A.F.S. y doña L.R.P., contra la Sentencia de fecha 16 de octubre de 2000, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Lugo, en autos seguidos a instancia del Excmo. Ayuntamiento de Lugo, frente a la Tesorería General de la Seguridad Social y frente a las tres recurrentes antes mencionadas, sobre alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3785 Recurso núm. 5.774/03

S.S. PROCEDENCIA DO ACOLEAMENTO DA EXCEPCIÓN DE CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO, VISTA A DATA EN QUE O TRABALLADOR ACTOR TIVO COÑECEMENTO FIDEDIGNO DE QUE FORA DESPEDIDO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a quince de enero de dos mil cuatro

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. 5.774/03 interpuesto por doña M.L.D.R. 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.L.D.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "T.F., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 146/03 sentencia con fecha 28 de marzo de 2003 por el Juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: 1º).- La actora, doña M.L.D.R., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, vino prestando sus servicios para la empresa "T.F., S.L.", dedicada a la actividad de comercio de flores y plantas, de menos de 25 trabajadores, con las siguientes circunstancias laborales: Antigüedad: 02.01.02, categoría profesional: florista, salario bruto mensual: 698,72 euros, incluida prorratea de pagas extras. La actora no ostenta ni ostentó la representación de los trabajadores.- 2º) La relación laboral se inició por contrato de trabajo de duración determinada, desde 02.01.02 hasta el 01.07.02 para atender circunstancias de mercado. Este contrato fue objeto de prórroga de 02.07.02 a 01.01.03.- 3º)

La empresa dirige escrito en fecha 16.12.02 del siguiente tenor literal: "Con la presente le comunicamos que el próximo día 01.01.03 finaliza el contrato, que tenía suscrito con esta empresa desde el 02.01.02 con la categoría de Aux. florista y de acuerdo al Estatuto de los Trabajadores, artículo 49, ponemos en su conocimiento a todos los efectos que el próximo día 02.01.03 quedará extinguida la liquidación y finiquito por los conceptos adeudados hasta esa fecha- y para que surta los efectos necesarios, firmo la presente por duplicado en ella fecha y lugar indicados arriba".- 4º) en fecha 23.12.02 la actora inicia un periodo de incapacidad temporal por lumbociática izquierda en relación a su estado de gestación. El 03.02.03 causa alta por pasar maternidad.- 5º) El 27.12.02 la empresa demandada realizó transferencia a favor de cuenta de la actora por importe de 705,83 euros, figurando el concepto de nómina de diciembre y finiquito.- 6º) en el escrito de fecha 16.12.02 en el que se comunica la finalización del contrato consta en el recibí la fecha 09.01.03.- en la fecha en que se inicia la incapacidad temporal 23.12.02, ya se había comunicado a la trabajadora el vencimiento del contrato, en reunión mantenida con ella.- 7º) Se presentó papeleta de conciliación el 24.01.03, celebrándose el preceptivo acto el 07.02.03."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, apreciando de oficio la caducidad de la acción, debo desestimar y desestimo la demanda presentada por doña M.L.D.R. contra la empresa "T.F., S.L.", absolviendo a la demandada de todas las pretensiones formuladas en la demanda."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte actora se interpone recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que acogiendo la excepción de "caducidad", absolvió a la empresa demandada "T.F., S.L.", sobre reclamación de despido efectuada frente a la misma. Y dicha representación, 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 declare la nulidad de la Sentencia recurrida, y se repongan los autos al momento anterior a dictarse Sentencia para que se dicte nueva resolución entrando a resolver, con plena libertad de criterio, el fondo del asunto planteado, denunciando infracción del artículo 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores. Se alega por la parte recurrente, en esencia, que la carta de cese le fue entregada a la actora el día 9 de enero de 2003, y que esta fecha es la que debe ser considerada como "dies a quo" para el cómputo del plazo de caducidad, sin que se pueda otorgar valor alguno a los previos comentarios sobre la fecha en la que se cumpliría el término final del contrato de trabajo.

SEGUNDO.- Del incombustible relato fáctico se desprende que la actora fue contratada por la empresa demandada el 2 de enero de 2002, estipulándose una duración de la relación laboral por un periodo de seis meses, y al término de la vigencia de esta relación el 1 de julio de 2002, dicho contrato fue objeto de una prórroga de igual duración, finalizando el 1 de enero de 2003. Con fecha 16 de diciembre de 2002, la empresa remitió a la trabajadora comunicación de preaviso de cese, poniendo en su conocimiento que la relación laboral se extinguiría a todos los efectos el día 2 de enero de 2003; y la trabajadora tuvo conocimiento de esta circunstancia con anterioridad al 23 de diciembre de 2002, si bien no recibió la carta hasta el día 9 de enero de 2003. La empresa demandada con fecha 27 de diciembre de 2002 procedió a transferir a la cuenta de la trabajadora el importe de 705,83 euros, en concepto de salarios del mes de diciembre de 2002 y finiquito. La recurrente presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC el 24 de enero de 2003, celebrándose el acto de conciliación el 7 de febrero de 2003 con resultado de sin avenencia, e interponiendo la demanda el día 13 siguiente.

Partiendo de las fechas y datos que anteceden, es claro que concurre la excepción de caducidad invocada, puesto que el ejercicio de la acción de despido está sometida al perentorio plazo de veinte días que tanto el artículo 59.3 del ET como el 103.1 de la LPL califican de caducidad a todos los efectos. En el presente caso, y tomando como "dies a quo" el de la fecha de la extinción del contra-

to, el 1 de enero de 2003, en la fecha de presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC el día 24 del mismo mes, ya habían transcurrido 19 días de los 20 días hábiles de que disponía la actora para el ejercicio de la acción por despido. Con la presentación de la solicitud de conciliación, se suspende el plazo de caducidad, que según dispone el artículo 65.1 de la LPL, se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación, en este caso, el día 8 de febrero, último día hábil para interponer demanda dentro del plazo legal referido, y como la demanda no se interpuso hasta el día 13 siguiente, resulta evidente que había transcurrido con exceso el fatal plazo de la caducidad legalmente estipulado.

No puede aceptarse la argumentación de la recurrente, en el sentido de que no conoció la extinción del contrato hasta la recepción de la carta de cese, el día 9 de enero de 2003. Ciertamente, el despido es un acto jurídico recepticio, por lo que, en principio, y como regla general, habrá que estar no a la fecha de emisión de la carta, sino a la de su recepción por el trabajador. En el presente caso, esa recepción se produjo el día 9 de enero de 2003 (hecho probado 6º), pero la actora con anterioridad al 23 de diciembre de 2002 tuvo conocimiento del contenido de la carta de cese, así se declara probado también en el hecho 6º, siendo puesta a su disposición en el centro de trabajo, negándose a recogerla hasta el día que figura en el recibí, esto es, el día 09.01.03, y siendo ello así, no puede dejarse al arbitrio de las partes la determinación de los plazos, sin que exista dato alguno que justifique tal demora en la recepción, lo que equivaldría tanto como dejar en manos de una de las partes de la relación, la fijación de los plazos para el ejercicio de la acción. En consecuencia, no puede aceptarse la pretendida infracción jurídica que se denuncia, al haberse aplicado correctamente por la juzgadora "a quo" los ya citados artículos 59.3 del ET y 103 de la LPL. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo impugnado. Por todo ello:

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la actora doña M.L.D.R., contra la Sentencia de fecha 28 de marzo de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social núm. tres de Lugo, en los presentes autos sobre despido, tramitados a instancia de

la citada recurrente, frente a la empresa "T.F., S.L.", debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha Sentencia.

3786 Recurso núm. 4.556/03

S.S. PROCEDENCIA DA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO A INSTANCIA DO TRABALLADOR, AO CONCORRER TODOS OS PRESUPOSTOS CONFIGURADORES DO ACOSO MORAL OU «MOBBING».

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

A Coruña, a dieciséis de enero de dos mil cuatro

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. 4.556/03 interpuesto por doña M.T.R.S. y doña M.T.S.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.T.R.S. y doña M.T.S.R. en reclamación de rescisión contrato siendo demandado "C.A.V., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 142/03 sentencia con fecha diecisiete de junio 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.- Doña M.T.R.S., con D.N.I. número ... y doña M.T.S.R., con D.N.I. número ..., ambas mayores de edad, vienen prestando servicios para "C.A.V., S.L.", domiciliado en la C/...-Vigo, con la categoría de Profesoras Titulares, desde el 01.09.65 la primera de ellas y desde el 02.07.86 la segunda, y con un salario, respectivamente, de 1.972,13 € y de 1.568,64 € mensuales.- 2º.- Con fecha 15.07.02, las actoras presentaron demanda contra la misma empre-

sa ("C.A.V., S.L."), por violación de derechos fundamentales ("mobbing"), ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, el cual dictó sentencia de 1 de agosto de 2002, estimando la demanda. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por ambas partes, ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 8 de abril de 2003, que estimó parcialmente el recurso de las actoras, desestimando totalmente el recurso de la demandada empresa, confirmando la sentencia de 1ª Instancia, salvo la cuantía indemnizatoria, siendo para doña M.T.R.S. de 22.000 € y para doña M.T.S.R. de 11.000 €. La sentencia establece unos derechos probados, que se dan por reproducidos. Esta sentencia ha sido recurrida en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, sólo en lo referente a la indemnización.- 3º.- La demandada, en los meses de febrero y marzo de este año, presenta ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia diversos escritos, relatando una serie de actos y aportando escritos, obran a los folios 201 a 214 y se dan por reproducidos.- 4º.- Las actoras, con fecha 17 de febrero de 2003, denunciaron ante la Inspección de Educación de Vigo, los hechos que figuran a los folios 219 a 222; doña M.T.S.R. denunció ante la Comisaría de Policía sobre unos hechos, folios 225 y 226.- 5º.- Los padres de X.F.B. remitieron copia de escrito de declaración a la Dirección del Colegio, siguiente: "Que el cambio de su hijo del centro escolar es una decisión única y exclusivamente de ellos, basada en variaciones laborales y personales que sólo a ellos atañen; eximiendo de cualquier tipo de responsabilidad, tanto a la Dirección y al Claustro del centro escolar "Colegio A." de Vigo, como a la maestra a cargo de la clase de 2º de primaria de dicho colegio". Asimismo los padres de A.R.F.G., y otros más remitieron los escritos que obran a los folios 227 a 231 inclusive.- 6º.- Las actoras remitieron FAX a la Dirección del Colegio, solicitando adopción de medidas legales, sobre el mantenimiento de orden y disciplina.- 7º.- Las trabajadoras han sido objeto de consulta del Psiquiatra, prescribiendo baja por síndrome ansioso depresivo en relación con el trabajo.- 8º.- El 8 de enero de este año 2003, las demandantes se reincorporaron a su trabajo, en el Colegio A., después de un período de baja laboral, fueron destinados a "segundo y a cuarto" por la Directora. Al incorporarse pidieron información a las sustitutas, que las remitieron al tablón y que la programación la tenía en casa.- 9º.- A partir del 15 de enero, y en fechas sucesivas, se presenta escritos de padres de alumnos contra doña M.T.R.S., folios 421 y siguientes. Varias

de esas cartas han sido realizadas por la misma máquina y autor (informe Pericial Grafocrítico, folios 361 y siguientes).- 10º.- El 16 de enero se levanta acta de la Junta Directiva, folios 454 y 455. No consta asistencia de las actoras. El 7 de febrero se levantó otra acta de la Junta Directiva, folios 456 y 457, tampoco consta asistencia de las demandantes.- 11º.- Con fecha 31 de enero varias madres solicitaron de la Presidenta de la APA, convocatoria de reunión con los padres de 2º curso de primaria.- 12º.- El día 21 de febrero, nueva acta de la Junta Directiva, folios 459 y 460. No consta asistencia de las demandantes.- 13º.- La Directora del Colegio remitió a la Inspección de Educación escrito y carta de los padres de alumnos, folios 461 a 468.- 14º.- El día 10 de febrero, la madre de un alumno, doña M.R.F.M., presentó denuncia ante la Comisaría de Policía de Vigo-Centro, y también doña M.J.V.M., contra doña M.T.R.S. Antes, el día 31, la había presentado don C.M.M.C., contra dicha profesora. Fueron enviadas al Juzgado correspondiente.- 15º.- El día 6 de febrero se celebra reunión de los padres de alumnos de 2º de primaria, en el aula de 5º de primaria, con doña M.T.R.S., a la que asistió la Directora del Centro, la Jefa de Estudios y una representante de la APA. Pretendía asistir a la reunión la hija de doña M.T.R.S., pero el equipo directivo del Colegio y la presidente de la APA se opusieron. La Directora informa a los reunidos sobre quejas, verbales y por escrito, a la Dirección: Insultos, zarandeos fuertes, sacarles de clase, que no interviene cuando hay peleas, no corregir debidamente los deberes y libretas, comentarios en horas de clase sobre viajes, y comentarios sobre suspensión de empleo y sueldo durante 14 días. Explicó la Directora, que la Xunta había dicho que el asunto lo arreglasen dentro del Centro, indicando la potestad de la empresa de expedientar a la profesora y sancionarla. Esto último se había decidido en el claustro de profesores el día 20 de enero de 2003. Se preguntó a doña M.T., por un padre, si estaba capacitada para ser profesora y tratar con los niños, contestando que sí y explicando que ya había solicitado la rescisión de su contrato, volviéndola a solicitar en la reunión, y la Dirección expone que es una decisión que debe tomar la empresa y no doña M.T., y que no se va a hacer por la empresa. Dos madres de alumnos manifestaron su contento con dicha profesora, que sus hijos están contentos y que hay un niño que enseña el culo a los compañeros, hace gestos obscenos y dice palabrotas y eso sí les preocupa. Otro padre manifiesta que su hijo nunca

ha sido objeto de malos tratos; si le gustaría más orden en clase. Se dijo que a los niños problemáticos de la clase de 2º de primaria, antes de la reincorporación de doña M.T., se les solía sacar de clase, pero que esta medida no le es permitida a doña M.T.R.S. por la Dirección. Algunos padres indignados piden explicaciones a la Sra. R., sobre un castigo a un niño, de ponerlo de rodillas con los brazos en cruz, la dicha Sra. jura que no ha sido ella y algunos alumnos aclara que eso fue en clase de un profesor de inglés. La Directora, al terminar la reunión, dice a doña M.T. que lo que tiene que hacer al volver a las clases después de la sanción es dar las asignaturas que corresponda, sin insultar y nada más.- 16º.- Doña M.T. mantuvo una reunión con doña G.L., que había sido limpiadora del Colegio hasta diciembre de 2002, comentando dicha Sra. L. que algunos padres de la APA y la Dirección del Colegio le estaban preparando “una de miedo”, de quejas y malos tratos.- 17º.- En la Peluquería “M.K., S.L.”, cuya propietaria es madre de un niño de 2º de primaria del Colegio A., la dueña y otras dos señoras y una chica, comentaron sobre la reunión del anterior día, y que esa mañana había ido doña M.T. por fuera del Colegio; que la peluquera le había dado una hoja, y que la Directora le había dicho que no hiciera caso, que doña M.T. estaba loca, que debía denunciarla ante el Juzgado. Al despedirse dijeron “una ya está, ahora vamos a por la otra”.- 18º.- A los folios 98 y siguientes hasta el 147, consta Expediente seguido en la Delegación en relación con las denuncias de varios padres y madres contra doña M.T.R.S., que se da por reproducido.- 19º.- El día 6 de febrero de 2003, por medio de acta notarial, se comunica a doña M.T.R.S. expediente disciplinario, que se da por reproducido.- 20º.- El Inspector de Educación, designado por la Consellería, para supervisar el Colegio A. elaboró informe, que consta en el Expediente señalado, que reconoce, ratificando su contenido, en el que considera como responsable a doña M.T. Convocó a los padres de los alumnos y a los alumnos, recibiendo declaración. No sometió a contradicción la información, ni recabó ninguna otra prueba.- 21º.- El 20 de febrero la Directora comunica, por medio de testigos, a doña M.T. el aviso que obra al folio 499, y de la misma manera el que obra al folio 500, en que se recuerda que la expulsión de los alumnos fuera de su aula, además de ser contraproducente, no tiene cobertura legal, dándose por reproducido. El 11 de abril se comunica el que obra al folio 502.- 22º.- Las actora dirigieron escritos a la

Dirección, impugnando por nula la convocatoria a Claustro de Profesores.- 23º.- El 26 de febrero de 2003, se realiza acta de reunión del Equipo Directivo, cuyo contenido se da por reproducido (folios 508 y 509).- 24º.- El 19 de marzo nuevo acta del Equipo Directivo, que se da por reproducido (folios 510 y 511) y otra del 20 de marzo, también por reproducida (folio 512).- 25º.- El 1 de abril de 2003, la APA dirige escrito al Colegio A., sugiriendo que se contrate un profesional para todos aquellos niños del curso 2º de primaria, cuyos padres no quieran que sus hijos sigan recibiendo clase de doña M.T.R.S.”

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

“FALLO: Que desestimando la demanda planteada por doña M.T.R.S. y doña M.T.S.R. contra “C.A.V., S.L.”, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de las pretensiones de la demanda”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimando la demanda planteada por doña M.T.R.S. y doña M.T.S.R. contra “C.A.V., S.L.” y absuelve a dicho demandado de las pretensiones contenidas en demanda.

Se alza en suplicación la representación procesal de las actoras interponiendo recurso en base a un único motivo, 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 infracciones jurídicas, en concreto denuncia infracción por no aplicación del artículo 50.c) del ETT, alegando en esencia que si bien la sentencia de instancia estima que si bien sigue dándose la situación de acoso moral en las personas de las actoras, entiende que esta presión no es ejercida de manera clara y contundente por la empresa, sino que se realiza a través de la organización de padres (APA) y al no existir relación laboral entre la APA y las trabajadoras accionantes no cabe acceder a la res-

cisión interesada; lo cierto es que estiman las recurrentes que resulta probada la existencia de un hostigamiento por parte de la empresa que es canalizado a través de diversos padres de alumnos, (APA) justamente los de segundo de primaria y cuarto de primaria cuyos profesoras resultan ser las actoras, cuya función docente les fue impuesta por la dirección del centro tras la reincorporación de la IT, a su vez con posterioridad a la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo sobre acoso moral, resultando clara y evidente la conexión entre empresa y APA; por todo lo cual solicita la estimación del recurso interpuesto, la revocación de la sentencia de instancia y que se dicte otra por la que se declare extinguido el contrato de trabajo, y se condene a la empresa demandada al abono a las actoras de las indemnizaciones correspondientes al despido improcedente.

Que, la esencia del mobbing, la tendenciosidad del comportamiento abyecto, es la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador (abandono laboral o en su defecto la baja médica). Este elemento teológico, es fundamental tenerlo siempre presente en toda definición de mobbing, pues si algo caracteriza a éste es el objetivo: que la persona se elimine laboralmente, mediante su ataque psicológico. De aquí se extrae, que el repudio por parte de la conciencia social laboral, deriva de dos vías, tanto por buscar la denigración laboral, como por buscar la autoeliminación. La denigración laboral es algo que está prohibido por el ordenamiento jurídico y es conocido. Tal concepto es más amplio que la referencia antedicha del vacío laboral, pero se estima que comprende mejor todos los supuestos posibles de tendenciosidad, los cuales no siempre pasan por esta arma del vacío laboral. A su vez la búsqueda de la denigración laboral, es una acepción que se queda en la esfera laboral, con lo que también parece más acertado que la referencia a la patología, a la búsqueda del daño psicológico. La búsqueda de la autoeliminación es su aspecto esencial, y es especialmente repugnante para la moral social colectiva, tanto por las consecuencias que tiene para la víctima, como por su cobardía. En lugar de plantear el conflicto de forma que se resuelva con las reglas laborales vigentes (indemnización por despido improcedente, acuerdo pactado para la extinción de la relación laboral... etc.), se busca alcanzar un acto unilateral del adversario, con la obvia pretensión de sortear su amparo legal. Una vez que es el propio sujeto pasivo de la presión, quien solicita el abandono del puesto de trabajo –definitivo o médico–; el objetivo

del mobbing se ha cumplido, y el fraude a la ley se ha consumado. Resumiendo todo lo anterior en una sola frase, que resuelve a su vez la litis, esta sería: Mobbing es la presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral”.

Que para la adecuada resolución del presente recurso ha de partirse de los hechos que constan en el inalterado y aceptado relato fáctico de la sentencia de instancia y que esencialmente y a los efectos que aquí interesa resaltar consisten en los siguientes: 1.- Que las actoras doña M.T.R.S. y su hija doña M.T.S.R. que viene prestando servicios para el Colegio A. de Vigo con la categoría de profesoras titulares desde el 01.09.65 la primera y desde el 02.07.86 la segunda, y con un salario de 1.972,13 Euros y de 1.568,64 euros mensuales, con fecha de 15.07.02 presentaron demanda contra la empresa (“C.A.V., S.L.”) por violación de derechos fundamentales (mobbing) ante el juzgado de lo social nº 3 de Vigo, el cual dictó sentencia de 1 de agosto de 2002 estimando la demanda; y recurrida en suplicación dicha sentencia ante el TSJ de Galicia, la sala de lo social, con fecha de 8 de abril de 2003 dictó sentencia estimando parcialmente el recurso de las actoras desestimando el recurso de la empresa demandada confirmando la sentencia, salvo en la cuantía indemnizatoria, siendo para doña M.T.R.S. de 22.000 euros y a doña M.T.S.R. de 11.000 euros; sentencia recurrida ante el TS en unificación de doctrina en lo referente a la indemnización. 2.- Las actoras en febrero de 2003 presentaron denuncias ante la inspección de trabajo y ante la comisaría de Vigo los hechos a los que se refieren los folios que se citan. 3.- Las actoras remitieron Fax a la dirección de centro, del colegio, solicitando la adopción de medidas legales, sobre el mantenimiento del orden y la disciplina. 4.- El 8 de enero de 2003, las demandantes se reincorporaron al trabajo, en el colegio A., tras un período de baja laboral, y fueron destinadas a “segundo y a cuarto” por la directora, al incorporarse pidieron información a sus sustitutas, que les remitieron al tablón y que la programación la tenían en casa. 5.- A partir de 15 de enero y en fechas sucesivas se presentaron escritos de padres de alumnos contra M.T.R.S. Varias de estas cartas han sido realizadas por la misma máquina y autos. 6.- Con fecha de 31 de enero varias madres solicitaron de la presidenta de la APA, convocatoria de reunión con los padres de 2º curso de primaria. 6.- La Directora del colegio remitió a la inspección de educación escrito y carta de los padres de alumnos. 7.- El día 10 de febrero, la madre de un alumno, doña

M.R.F.M., presentó denuncia ante la comisaría de policía de Vigo-centro, y también doña M.J.V.M., contra doña M.T.R.S. antes, el día 31, la había presentado don C.M.M.C. contra dicha profesora, denuncias enviadas al juzgado correspondientes. 8.- El día 6 de febrero de 2003 se celebra reunión de los padres de alumnos de 2º de primaria, en el aula de 5º de primaria con doña M.T.R.S. a la que asistió la directora del centro, la jefa de estudios y una representante de la APA, pretendía asistir a la reunión la hija de doña M.T.R.S., pero el equipo directivo del centro y la presidenta de la APA se opusieron. La directora informa a los reunidos sobre quejas verbales y por escrito a la dirección: insultos, zarandeos fuertes, sacarles de clase, que no interviene cuando hay peleas, no corregir debidamente los deberes y libretas, comentarios en clase sobre viajes y comentarios sobre suspensión de empleo y sueldo durante 14 días. Explicó la directora que la Xunta había dicho que el asunto lo arreglasen dentro del centro, indicando la potestad de la empresa de expedientar a la profesora y sancionarla, lo cual se había decidido en el claustro de profesores del día 20 de enero de 2003. Dos madres de alumnos manifestaron su contento con dicha profesora, otro padre manifiesta que su hijo nunca había sido objeto de malos tratos, si bien le gustaría mas orden en la clase, se dijo que a los niños problemáticos de la clase de 2º de primaria, antes de la reincorporación de doña M.T.R.S., se les podía sacar de la clase, pero esta medida no le es permitida a doña M.T.R.S. por la dirección, algunos padres indignados piden explicaciones a la Sra. R. sobre un castigo a un niño, de ponerlo de rodillas con los brazos en cruz, y la citada Sra. jura que no ha sido ella y algunos alumnos aclaran que eso fue en clase de un profesor de ingles. La directora al terminar la reunión, dice a doña M.T. que lo que tiene que hacer al volver a las clases después de la sanción es dar las asignaturas que correspondan, sin insultar y nada más. 9.- Doña M.T. mantuvo una reunión con doña G.L., que había sido limpiadora del colegio hasta diciembre de 2002, comentando dicha Sra. L. que algunos padres de la APA y la dirección del colegio le estaban preparando "una de miedo" de quejas y malos tratos. 10.- En la Peluquería "M.K., S.L.", cuya propietaria es madre de un niño de 2º de primaria del colegio A., la dueña y otras señoras y una chica, comentaron sobre la reunión del anterior día, y que esa mañana había ido doña M.T., por fuera del colegio; que la peluquera había dado una hoja, y que la directora había dicho que no le hiciera caso, que doña M.T. estaba loca, que debía denunciarla ante el juzga-

do. Al despedirse dijeron "una ya está ahora vamos a por la otra". 11.- Se ha seguido expediente en la delegación, en relación con las denuncias de varios padres y madres contra doña M.T.R.S. 12.- El día 6 de febrero de 2003, por medio de acta notarial se comunica a doña M.T.R. expediente disciplinario. 13.- El Inspector de educación designado por la Consellería para supervisar el colegio A. elaboro informe, que consta en el expediente, que reconoce ratificando su contenido, en el que considera como responsable a doña M.T., convocó a los padres de los alumnos y a los alumnos, recibiéndoles declaración. No sometió a contradicción la información ni recabo ninguna otra prueba. 14.- El 20 de febrero de 2003 la directora comunica, por medio de testigos a doña M.T. varios avisos, entre ellos el que le recuerda que la expulsión de los alumnos fuera del aula, además de ser contraproducente, no tiene cobertura legal. 15.- Los días 26 de febrero y 19 de marzo se realizan actas de reunión del equipo directivo, y el día 1 de abril de 2003, la APA dirige escrito al colegio A., sugiriendo que se contrate un profesor para todos aquellos niños del curso de 2º de primaria, cuyos padres no quieran que sus hijos sigan recibiendo clases de doña M.T.R. 16.- las trabajadoras han sido objeto de consulta del psiquiatra, prescribiendo baja por síndrome depresivo en relación con el trabajo. Que asimismo en la fundamentación jurídica de la sentencia consta, aunque con indudable valor fáctico, que tanto la entidad demandada como los profesores, manifestaron su contrariedad con la actora M.T.R., aunque también con su hija, en el aspecto de trato con los niños alumnos, y en determinados aspectos valorativos de las calificaciones.

De los citados hechos consta sin ningún genero de dudas que tras la reincorporación de las actoras tras la sentencia estimatoria sobre "mobbing" se han agudizado y multiplicado las quejas de la APA, sobre todo de algunas madres, dando lugar a que la directora haya convocado reuniones del equipo directivo, dando traslado de las denuncias a la Consellería y sancionando a la actora con suspensión de empleo y sueldo de 14 días, siendo asimismo de destacar que llama la atención que se haya producido un expediente administrativo y el Inspector realice un informe y extraiga unas conclusiones, cuando únicamente tomo declaración a los padres denunciantes y a los hijos de estos, sin contrastar tales declaraciones ni practicar ninguna prueba, que asimismo las quejas lo son de algunas madres siempre las mismas y la mayoría aparecen redactadas por la misma maquina, se convoca

una reunión de los padres de alumnos y la dirección del colegio no permite la entrada de la hija de la actora, se leen los cargos contra ella, si bien algunas madres están conformes y contentas con la manera de enseñar y actuar de la actora, incluso se le achacan castigos, algunos de los cuales son inciertos, siendo también de destacar que resulta cuando menos extraño que todas las quejas contra la actora sin mas se tramiten y trasladen a la Consellería "sin ningún filtro" averiguación o consulta, de lo que se infiere una cierta connivencia entre la APA, o al menos una parte de la APA y la dirección del centro, la APA, o más bien algún grupo de padres denuncian a la profesora ante la policía, e incluso animan a los niños a que cuenten lo que hacen sus maestras para así denunciarlas se les advierte que están preparando su vuelta e incluso se sorprende una conversación entre varias madres, en una peluquería donde se ataca a doña M.T. e incluso se vierten amenazas; y de todo ello se desprende a juicio de la sala que aun cuando la APA no forma parte de la administración del colegio, el hecho de denunciar unos hechos a la dirección de colegio y a la policía, así como poner de manifiesto lo que se va a hacer contra las profesoras, a partir de la reincorporación de ellas al colegio tras dictarse sentencia estimando la demanda de estas frente a la empresa por vulneración de derechos fundamentales, pues antes no le llegaban ninguna queja y la facilidad con que ahora le llegan y se admiten esas denuncias, supone no solamente una cierta conformidad con la actividad de esas personas de la APA, para importunar a las actoras, sino una autentica connivencia mediática, máxime si tenemos en cuenta la existencia de una sentencia favorable a las demandantes que no se cumplió, al menos en parte (no se ha convocado claustro ni se ha leído la sentencia), y como consecuencia de todo ello, las actoras sufren una presión sobre, un comportamiento severo, sintiéndose victimas, llegando a tener un tratamiento psicológico y así resulta de los partes de baja y pericial. Presión que se manifiesta con palabras y actos de las madres de niños y de algunos de los miembros de la APA, presión que comienza cuando vuelven a las clases en enero, tras su periodo de IT; estimando la sala, al contrario que el juzgador a quo, que la conexión APA-colegio resulta palmaria (pareciendo por otro lado lógico que no sea la empresa quien realice el hostigamiento abiertamente ante la existencia de una sentencia ya condenatoria por tal motivo) y así resulta como se ha expuesto, de las propias afirmaciones que con indudable

valor fáctico se contiene en la sentencia, tales como, que a raíz de la sentencia de mobbing y de la vuelta al colegio de las actoras, se han agudizado y multiplicado las quejas de la APA sobre todo de algunas madres, dando lugar a que la directora haya convocado reuniones del equipo directivo,... que asimismo el inspector el expediente administrativo, realice un informe y saque unas conclusiones tan duras, cuando contesta a las preguntas, y se limita a tomar declaración a los padres de alumnos y a los alumnos hijos de esos padres, sin contrastar tales declaraciones, ni practicar ninguna prueba, que asimismo la mayoría de las quejas de las madres aparecen redactadas por la misma maquina, y todas las quejas se tramitan sin más sin ningún filtro averiguación o consulta, e incluso se anima a los niños a que cuenten lo que hacen sus maestras y se les incita para que las denuncien; por todo lo cual la sala estima que existe una vinculación clara y directa entre APA y empresa en el sentido intencionado de acosar a las demandantes con la finalidad perseguida de obtener el que las víctimas cesen en la actividad laboral que desempeñan, de lo que cabe concluir, atendiendo al sentido teleológico de las cosas, que si la búsqueda o fin pretendido es la extinción de la relación laboral, sólo a la empresa le puede beneficiar, pues sólo con ella existe vínculo laboral, no con la APA, resultando probada la existencia de un hostigamiento por parte de la empresa, que es canalizado a través de diversos padres de alumnos, justamente los de 2º y 4º de primaria, los cursos cuyos profesores resultan ser las actoras, cuya función docente en dichos cursos les fue impuesta por la dirección del centro tras la reincorporación de la IT, y tras la sentencia condenatoria dictada por el juzgado sobre vulneración de derechos fundamentales, hostigamiento tendencioso con la clara finalidad de que las actoras cesen en la actividad laboral, finalidad que es de la empresa, pues en definitiva sólo a ella le beneficia, y que el centro se apoya en la APA para conseguir su finalidad –extinción del vínculo contractual– y al no haberlo entendido así, pese a entender la sentencia que existe hostigamiento frente a las actoras, pero no del centro, sino de la APA, procede la estimación del recurso interpuesto, la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demanda y se declara extinguido el contrato de trabajo que unía a las actoras con la empresa, condenando a esta al abono de las indemnizaciones correspondientes al despido improcedente.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña M.T.R.S. y doña M.T.S.R. contra la sentencia de fecha diecisiete de junio de dos mil tres, dictada por el Juzgado de lo Social número Cinco de Vigo, en proceso promovido por las recurrentes frente al “C.A.V., S.L.”, con revocación de la sentencia de instancia y estimación de la demanda, se declara extinguido el contrato de trabajo, condenando a la empresa al abono de las indemnizaciones correspondientes al despido improcedente.

3787 Recurso N° 6.149/03

S.S. DESPEDIMIENTO PROCEDENTE, AO SE ACREDITAR A EXISTENCIA DE OFENSAS VERBAIS GRAVES CON PUBLICIDADE A COMPAÑEIROS DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Jesús Outeiriño Fuente

A Coruña, a diecinueve de enero de dos mil cuatro

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 n° 6.149/03, interpuesto por la Letrada doña M.S.C.R., en nombre y representación de “A.E., S.L.U.”, contra sentencia del Juzgado de lo Social N° Tres de los de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos n° 324/03 se presentó demanda por don J.B.N., sobre despido, frente a “A.E., S.L.U.” En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de julio de 2.003 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 viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 12 de diciembre de 2002, con categoría profesional de Conductor, percibiendo un

salario en nómina de 27,24 euros. SEGUNDO.- El día 22 de abril de 2003 se procedió por la empresa a la apertura de un expediente contradictorio previo a la sanción en relación con la imputación de unos determinados hechos, dándole traslado al trabajador con fecha 23 de abril de 2003, a lo que contestó por escrito, afirmando que “los hechos que se me imputan del día 26 de marzo no son ciertos. Para eso no hay más que comprobar mis partes de trabajo de ese día y el tacógrafo del vehículo que tenía asignado y con el que estuve trabajando. Estos documentos pido que se incorporen al expediente para sus efectos posteriores, solicitando que se me dé traslado de los mismos. Ese día no pasó absolutamente nada que no pase infinidad de veces en la empresa, sin que en ningún momento se produjeran insultos o malos tratos a persona alguna y mucho menos a doña M.C. Los hechos que se me imputan del día 9 de abril para nada son ciertos, pues ni discutí con don F.V. ni le insulté, ni le grité”. Este mismo día la instructora del expediente contradictorio y a la vista del anterior escrito, requirió a la empresa “A.E., S.L.U.” para que a la mayor brevedad posible aporte la siguiente documentación, con el fin de unirla al expediente: parte de trabajo de don J.B.N. correspondiente al 26 de mayo de 2003. Tacógrafo del vehículo asignado a don J.B.N. correspondiente al 26 de mayo de 2003, documentos que fueron incorporados al expediente. En fecha 9 de mayo se dio trámite de audiencia al Sindicato “C.I.G.”, al que pertenece el trabajador, para efectuar las alegaciones que estime oportunas, contestando el Sindicato mencionado que en el proceso sancionador no se están siguiendo las normas de procedimiento sancionador, ni las garantías mínimas de defensa, audiencia y alegaciones. El día 22 de mayo de 2003 se redacta el resumen de lo actuado en el expediente contradictorio, acompañando propuesta de resolución, en el sentido de que por “A.E., S.L.U.” se proceda al despido disciplinario de don J.B.N. En la empresa no existe comité de Empresa ni otro Delegado de personal. Durante la tramitación del expediente estuvo suspendido de empleo y sueldo. TERCERO.- El día 26 de mayo el trabajador recibió burofax que como carta de despido tiene el siguiente contenido: “Por medio de la presente carta se le informa que la Dirección de la empresa “A.E., S.L.U.” ha decidido proceder a su despido disciplinario, con efectos desde el día de hoy. Los hechos cometidos por usted son los que a continuación se relacionan: “Que el día 26 de marzo de 2003, doña M.C.A. (responsable de transmi-

tir al personal las órdenes que recibe por parte de la Dirección) se dirigió a don J.B.N. para indicarle que debía desplazarse a Vigo para realizar un trabajo que no admitía demora. Al regreso de este servicio con el camión porta-contenedores, don J.B.N. se dirigió a su compañera doña M.C.A. con las siguientes expresiones: “no sirves para nada, eres una inútil, la empresa tiene que contratar a gente más preparada, vete a tomar por culo”. Todo esto fue dicho a gritos ante la presencia de otros dos compañeros de trabajo, don P.A.S. y don F.V.E. Comunicados estos hechos a la Dirección de la empresa, no obstante se decidió darle un plazo prudencial para ver si se trataba de un incidente aislado y el trabajador se disculpaba ante sus compañeros, rectificando su actitud. Viendo que esto no ocurría se decidió amonestarle para que modificase su actitud. El encargado de trasladarle la intención de la empresa fue don F.V., reaccionando el trabajador de malas maneras, negando los hechos que le eran imputados, gritando e insultando a su compañero, llegando a llamarle incluso “lameculos”. Estos gritos llegaron a oídos del Administrador de la Sociedad, que en esos momentos se encontraba celebrando una reunión. Al día siguiente, con fecha 9 de abril de 2.003 y cuando don F.V. y doña M.C.A. se encontraban trabajando en las oficinas de la empresa, don J.B.N. irrumpió en el local de forma violenta para “aclarar el tema con M.”, y a las advertencias de don F.V. de que no era el lugar ni el modo de solucionar el conflicto, reaccionó nuevamente con gritos, con las siguientes expresiones: “eres un lameculos y todo el mundo sabe que eres un parásito que no sirve para nada y que sólo estás en la empresa para joder al personal”. Todo ello en presencia de los trabajadores don J.Z. y doña T.D.” Dada su condición de Delegado de Personal de esta empresa, con fecha 22 de abril de 2003 se procedió a la iniciación del correspondiente Expediente Contradictorio previo a la sanción, dándole traslado del mismo con fecha 23 de abril de 2003. El citado expediente se tramitó con cumplimiento de las exigencias legales del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, con especial atención a la fase de audiencia y práctica de prueba propuesta por el interesado y audiencia al sindicato al que pertenece, toda vez que en esta empresa no existe Comité de Empresa ni otros Delegados de personal. Con fecha 22 de mayo de 2003, la Instructora del expediente, doña V.S.M., comunicó a esta empresa la finalización del expediente contradictorio, en el que se contiene las siguientes conclusiones: a.-

Que las alegaciones realizadas por don J.B.N. se limitan a negar la realidad de los hechos que le son imputados. b.- La prueba práctica a instancias del trabajador no desvirtúa el relato de hechos que da origen a la incoación del expediente contradictorio. c.- Los hechos imputados al trabajador pueden ser constitutivos de una infracción muy grave y culpable de los deberes contractuales del trabajador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 54.2, c) del Estatuto de los Trabajadores, por la que cabe imponer al trabajador la sanción de despido disciplinario. En consecuencia, y visto que con la tramitación del expediente no se han desvirtuado los hechos que dieron lugar a su iniciación, se procede a su despido, toda vez que es fundamental para la buena marcha de la empresa el lograr que entre todos los integrantes de la misma exista respeto hacia los demás, respeto que usted no ha demostrado con una actitud reiterada que perjudica el buen ambiente de trabajo”. CUARTO.- El día 26 de marzo de 2003 la responsable de la empresa de transmitir al personal las órdenes y encargos que recibe de la dirección, doña M.C.A. indicó al actor que debía desplazarse a Vigo a cargar unos contenedores, servicio que finalmente no pudo realizarse por causas no imputables al trabajador. Al regreso de la localidad citada se dirigió a su compañera doña M.C.A., en presencia de otros dos compañeros, don F.V. y don P.A., diciéndole “no sirves para nada, eres una inútil, la empresa tiene que contratar gente más preparada”. Por estos hechos la dirección de la empresa decidió amonestar al trabajador, siendo el encargado de transmitir esta intención don F.V. Al momento de hacerlo y en el despacho de este último el demandante negó los hechos que le eran imputados, gritando a su compañero que era un “lameculos”. Al día siguiente, con fecha 9 de abril de 2003, don F.V. y doña M.C.A. se encontraban en las oficinas de la empresa, entrando don J.B.N. para aclarar el tema con la citada, manifestándole don F.V. que no era el lugar y el modo de solucionar el problema, reaccionando el demandante gritándole “eres un lameculos y todo el mundo sabe que eres un parásito que no sirve para nada y que sólo estás en la empresa para joder al personal”, todo ello en presencia de los trabajadores don J.Z. y doña T.D. QUINTO.- En fecha 11 de julio de 2003 se celebró el preceptivo acto de Conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, sin avenencia”.

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

siguiente: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por don J.B.N. frente a la entidad "A.E., S.L.U.", declaro improcedente el despido del trabajador mencionado, y en su consecuencia, condeno al empresario a su readmisión en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con el abono de los salarios de tramitación previstos en esta resolución o, a elección del trabajador, al abono de las siguientes cantidades: a) Una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 42 mensualidades, resultando un total de 132 días trabajados y ascendiendo la indemnización a 503 euros. b) Una cantidades en concepto de salarios de tramitación desde la fecha de 22 de abril de 2003 hasta la notificación de la sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, siendo el salario diario de 30,91 euros".

Por Auto de 11.08.03 se aclaró la anterior sentencia en sentido de establecer que la antigüedad que figura en el hecho probado primero debe de ser la de 12 de diciembre de 2001, corrigiendo igualmente el fallo en su punto a), que deberá recoger que son 497 los días trabajados, ascendiendo, pues, la indemnización a la cuantía de 1.893,24 €.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, aclarada por auto de 11 de agosto de 2003, estima la demanda, declara improcedente el despido del actor y condena a la empresa demandada "A.E., S.L.U.", a que en el plazo de cinco días, y según la elección del trabajador, readmita a éste en las mismas condiciones que tenía antes de producirse su despido, o bien le indemnice en la cantidad de 1893,24 euros, con abono en ambos casos de los salarios de tramitación, a razón de un salario diario de 30,91 euros, desde la fecha del despido y hasta la notificación de la referida sentencia.

Decisión ésta contra la que recurre la empresa demandada articulando un único motivo de suplicación, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el que denuncia infracción

por vulneración de lo dispuesto en los arts. 9.3, 24.1 de la Constitución y 54.2 c) del ET, y ello por entender que en el presente caso concurre la citada causa de extinción del contrato de trabajo, y así ha quedado plenamente acreditado en el acto del juicio y recogido en los hechos probados alegados por la empresa como causa de despido, reconociéndose en la sentencia de instancia la veracidad de todas las imputaciones hechas al trabajador, y la gravedad de las mismas. No obstante, sorprendentemente, el Juzgador entiende que talas hechos, aún siendo impropios de una correcta relación laboral, no son suficientes para proceder al despido, con la justificación de que se trata de "hechos puntuales sin que se hayan producido más problemas con estos u otros compañeros del trabajador". Avala la tesis de la recurrente, a su juicio, una prolífica y abundante jurisprudencia. Así: 1.- Es evidente que con incidentes como los ocurridos se transgrede la armonía que debe reinar entre las personas que conviven en la empresa: tanto entre compañeros (recordar que tanto doña M.C.A. como don F.V. manifestaron que el actor les había faltado al respeto).

2.- En cuanto a la entidad de los insultos pronunciados, decir a alguien que es un "inútil", que no sabe realizar su trabajo (cuando de la prueba practicada no se desprende ninguna negligencia en la labor de doña M.C.A.), o que se vaya "a tomar por culo", no son expresiones amistosas, y exceden de lo que se puede considerar un lenguaje coloquial admisible en el ámbito laboral. Atributos como "parásito" o "lameculos" son expresiones totalmente vejatorias no sólo para quien las recibe, sino objetivamente hablando.

3.- El animas iniurandi, afirma la recurrente, es más que obvio. Y más aún en lo que se refiere a la actitud del trabajador para con don F.V., pues si bien es cierto no es superior directo del trabajador, el hecho de que fuera designado por la empresa para transmitirle la sanción le convierte, en el representante de la empresa, y, aunque sólo sea momentáneamente, en superior jerárquico del demandante. No debe olvidarse, que en ningún momento se produjo una discusión, por mínima que fuera, entre las partes, pues es evidente que en un instante de enfado cualquiera puede decir algo improcedente: pero en el caso que nos ocupa, todo lleva al convencimiento de que don J.B.N., sin motivo alguno, se alteró en varias ocasiones, reaccionando violentamente ante algo que no deja de ser un mero inconveniente.

SEGUNDO.- La censura jurídica que se denuncia debe prosperar en función de las siguientes consideraciones:

1.- Consta acreditado y así se desprende del relato fáctico que el actor vino prestando servicios para la empresa demandada desde el 12 de diciembre de 2002, ostentando la categoría profesional de conductor y percibiendo un salario en nómina de 927,24 euros. Asimismo, consta también probado que el día 26 de marzo de 2003, doña M.C.A., responsable de la empresa de transmitir al personal las órdenes y encargos que recibe de la dirección, indicó el actor que debía desplazarse a Vigo a cargar unos contenedores, servicio que finalmente no pudo realizarse por causa no imputables al trabajador. Al regreso de la localidad citada se dirigió a su compañera doña M.C.A., en presencia de otros dos compañeros, don F.V. y don P.A., diciéndole “no sirves para nada, eres una inútil, la empresa tiene que contratar gente más preparada”. Por estos hechos la dirección de la empresa decidió amonestar al trabajador, siendo el encargado de transmitir esta intención don F.V. Al momento de hacerlo y en el despacho de este último el demandante negó los hechos que le eran imputados, gritando a su compañero que era un “lameculos”. Al día siguiente, 9 de abril de 2003, don F.V. y doña M.C.A. se encontraban en las oficinas de la empresa, entrando don J.B.N. para aclarar el tema con la citada, manifestándole don F.V. que no era el lugar y el modo de solucionar el problema, reaccionado el demandante gritándole “eres un lameculos y todo el mundo sabe que eres un parásito que no sirves para nada y que solo estás en la empresa para joder al personal”, todo ello en presencia de los trabajadores don J.Z. y doña T.D.

2.- Según reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero, 7 de mayo y 24 de septiembre de 1990, Ar. 1.248, 3.971 y 7.040, o 16 de mayo de 1991, Ar. 4.171), el enjuiciamiento del despido debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto, pues el despido, como máxima sanción que cabe en el marco de la relación laboral, debe reservarse para aquellos comportamientos graves y culpables de especial significación que encajen dentro de los supuestos que el Estatuto de los Trabajadores contempla, siendo necesario para calificar su procedencia conjugar todos los factores de relevancia, como son la existencia de dolo o

culpa, la intensidad de la falta, las circunstancias concurrentes de toda índole y, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1991, tratándose de la imputación de ofensas verbales, ha de atenderse para determinar su alcance disciplinario a las expresiones utilizadas, la ocasión en que éstas se vierten, su proyección dentro del ámbito laboral y las circunstancias concurrentes en las personas implicadas, lo que también debe entenderse aplicable a las ofensas físicas.

3.- Y en el presente caso, la conducta del demandante, atendidas todas las circunstancias concurrentes, debe reputarse con la entidad y gravedad suficiente como para calificar de procedente la decisión extintiva empresarial al amparo del art. 54.1 y 2.c) del ET; precepto éste que tipifica como causa de despido, “las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajen en la empresa o a los familiares que convivan con ellos”. Y es que en el presente caso, las expresiones vertidas por el actor a sus dos compañeros de trabajo, primero a doña M.C.A., responsable de la empresa de transmitir al personal las órdenes y encargos de la dirección, a la que tildó de “inútil”, y acto seguido a don F.V. al que llamó “lameculos” en el momento en que le manifestaba la intención de la empresa de amonestarle, evidencian una clara falta de respeto a la dignidad y al honor de dos compañeros de trabajo, máxime cuando el incidente con doña M.C.A. se produjo en presencia de otros dos trabajadores de la empresa.

Por otro lado, si bien esas palabras empleadas y las expresiones proferidas pudieran reputarse fruto de una situación de acaloramiento o enfado momentáneo que permitiese apreciar una situación atenuatoria, es lo cierto que la posterior conducta del demandante, “observada al día siguiente”, lejos de permitir apreciar una situación para él mas favorable, revelan la entidad y gravedad de los hechos descritos desde el momento, en que ya cesado el acaloramiento inicial y transcurrido un tiempo suficiente, se presentó en las oficinas de la empresa donde se encontraban don F.V. y doña M.C.A. “para aclarar el tema” con esta última, y como su compañero don F.V. le manifestase que “no era el lugar y modo de solucionar el problema”, reaccionó gritándole “eres un lameculos y todo el mundo sabe que eres un parásito que no sirves para nada y que solo estás en la empresa para joder al personal”, todo ello en presencia de otros dos trabajadores. Consecuentemente, dada la indudable entidad ofensiva de las expresiones vertidas y

su proyección dentro del ámbito laboral, debe concluirse que la decisión de la empresa, al despedirle por estos hechos, no rompió la regla de proporcionalidad que ha de observarse entre infracción y sanción. La decisión extintiva fue, por tanto, incorrectamente calificada por el juzgador "a quo" como constitutiva de despido improcedente, pues habiendo incumplido el actor -de forma grave y culpable- con su obligación de respeto a la consideración debida a la dignidad de otros dos compañeros de trabajo, a los que ofendió de forma verbal, procede estimar el recurso, revocar el fallo impugnado y declarar el despido procedente convalidando la extinción de su contrato de trabajo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (arts. 55.7 ET y 110 de la LPL). En razón a lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada "A.E., S.L.U.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pontevedra con fecha 24 de julio de 2003, en los presentes autos sobre despido, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, con desestimación de la demanda interpuesta por el actor don J. B. N., debemos declarar y declaramos la procedencia de su despido y, en consecuencia, convalidamos la extinción de su contrato de trabajo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

3788 Recurso núm. 6.156/03

S.S. NULIDADE DO PERÍODO DE PROBA ACORDADO, AO DESEMPENAR XA O ACTOR AS MESMAS FUNCIÓNS CON ANTERIORIDADE BAIXO OUTRA MODALIDADE CONTRACTUAL, O QUE PROVOCA A IMPROCEDENCIA DO DESPEDITO DECRETADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a veinte de enero de dos mil cuatro

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. 6.156/03, interpuesto por "I.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 M.A.L. en reclamación de despido, siendo demandado "I.S., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 553/03 sentencia con fecha 09.10.03, 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.A.L., mayor de edad y con D.N.I. núm. ..., vino prestando servicios para la empresa "I.S., S.A.", dedicada a la actividad de hotel, desde el día 1 de mayo de 2003, con la categoría profesional de recepcionista, con jornada de 24 a 8 horas y un salario mensual de 950,82 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, haciéndolo en virtud de contrato temporal eventual por circunstancias de la producción con duración del 1 de mayo al 30 de septiembre y siendo el objeto del contrato "Atender un incremento de tareas como consecuencia de una mayor demanda de servicios de clientes en la época de verano. SEGUNDO.- Por medio de carta de fecha 24 de junio, notificada al actor el día 26, que hizo constar "No conforme, recibida", la empresa le comunicó que "con fecha 30 de junio de 2003 daremos por rescindida la relación laboral que hasta ahora nos unía con usted, por no haber superado el período de prueba..." TERCERO.- Considera el demandante que su contrato fue fraudulento por no existir el incremento de tareas que se hizo constar como objeto y causa del mismo y que la cláusula de período de prueba también fue nula porque ya había prestado antes los mismos servicios para la empresa, por lo que estima que su cese constituye un despido contra el que reclama en el presente procedimiento. CUARTO.- El hotel demandado considera temporada alta de junio a septiembre y en ese período se contrataba a alguien que hiciese funciones de recepcionista por la noche y al recepcionista fijo de noche se le asignaba en esa temporada turno de mañana o de tarde. QUINTO.- El actor prestó servicios para la empresa demandada del 1 de mayo al 30 de septiembre de 2001 en virtud de contrato eventual para "Atender incremento de tareas en la actividad de

la empresa”, siendo entonces su categoría profesional la de ayudante de recepción. SEXTO.- Tanto en el año 2001 como en el 2003 el demandante prestaba servicios de noche, estando él solo, debiendo atender el teléfono; en el 2003 debía asignar habitaciones y facturar a los clientes que se iban del hotel en su franja horaria de trabajo, funciones que no debía realizar en el año 2001 aunque tampoco las hizo en el 2003. En el año 2003 fue contratado por su experiencia. SEPTIMO.- El demandante permaneció en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común del 28 de junio al 8 de julio de 2003. Desde el 30 de junio no percibió prestaciones por desempleo ni estuvo dado de alta como trabajador o autónomo en ningún régimen de la Seguridad Social. OCTAVO.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 16 de julio, la misma tuvo lugar el día 29 con el resultado de sin avenencia. NOVENO.- El demandante no es ni fue representante legal de los trabajadores.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don M.A.L., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 30 de junio de este año por parte de la empresa “I.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 del trabajador o abonarle una indemnización de 285,23 euros, opción que deberá ejercitar mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, así como a que, en ambos casos, le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución a razón de 38,03 euros diarios, salarios que se compensarán con la prestaciones por incapacidad temporal en el período del 30 de junio al 8 de julio, y advirtiéndole a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entenderá que procede la readmisión.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que declaró improcedente el despido del actor, y condenó a la empresa demandada

a optar por su readmisión, o por abonarle una indemnización de 285,23 €; con abono, en todo caso, de los salarios dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta la notificación de la resolución, a razón de 38,03 € diarios, que se compensarán con las prestaciones, percibidas por IT, en el periodo comprendido entre 30 de junio y 8 de julio de 2003-, formula recurso de suplicación la citada empresa, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por una parte, por interpretación errónea, del artículo 14.1 del ET, y, por otra, de los artículos 56 del ET y 111 de la L.P.L.

SEGUNDO.- Se argumenta, en primer lugar, por la empresa recurrente, que es correcto el cese del actor, por no haber superado el periodo de prueba, porque, es perfectamente legítima la estipulación tercera, párrafo segundo, del contrato de trabajo suscrito entre las partes, pactando un periodo de tal tipo de dos meses de duración, una vez que, se determina en el artículo 14.1 del ET, que podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración, que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos, y que, en defecto de éstos no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores; y porque, aunque es cierto que el demandante había prestado servicios para la empresa demandada, con anterioridad a la relación laboral, cuya extinción se discute, como ayudante de recepción, en virtud de un contrato de trabajo eventual, desde el 1 de mayo al 30 de septiembre de 2001, y que, en el último apartado del artículo 14.1 del ET se establece que será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación; lo cierto es que fueron distintas las funciones, realizadas por el actor, como ayudante de recepción, con ocasión del primer contrato, entre el 1 de mayo y el 30 de septiembre de 2001, y como recepcionista, con ocasión del segundo contrato, con duración pactada del 1 de mayo al 30 de septiembre de 2003; pero, no compartiéndose por la Sala tal apreciación, ya que, por una parte, habiéndose concertado ambos, para prestar sus servicios el actor, de noche, estando solo y debiendo de atender al teléfono, es evidente que la identidad de funciones, en uno y otro caso, fue manifiesta; y, por otra, aunque existan ligeras diferencias en cuanto al concreto cometido a desempeñar en ambas ocasiones,

dado que, si bien en el año 2003 debía asignar habitaciones y facturar a los clientes, que se marchaban del hotel en su franja horaria de trabajo, no había tenido tales obligaciones en el año 2001, no procede dar a las mismas la importancia, que pretende la recurrente, para llegar a la conclusión de que el trabajador no había desempeñado las mismas funciones en la empresa cuando estuvo contratado en el año 2001, porque las tareas a desarrollar como ayudante de recepción o como recepcionista, son, en teoría, prácticamente las mismas, al estar la diferencia solamente en el grado de responsabilidad con que se llevan a cabo, toda vez que el recepcionista, debe actuar con iniciativa propia, y al ayudante de recepción le corresponde colaborar en dichas tareas; y dado que, además, la circunstancia de que, como recepcionista, tuviere la obligación de asignar habitaciones y facturar a los clientes, que se marchaban en la franja horaria de su trabajo, y como ayudante de recepción no; no tiene, en este caso concreto, un interés relevante, pues es notorio que, la franja horaria hotelera, que va de las 24 a las 8 horas, es, por su ubicación nocturna y por coincidir normalmente con el descanso, de movimientos escasos en dichos sentidos –lo prueba el hecho de que, según se afirma en la relación fáctica de la resolución impugnada, no tuviere el actor que realizar actividad, en tal sentido, durante el tiempo de una y otra contratación; no cabe aceptar tal argumentación.

TERCERO.- Sostiene la empresa recurrente, en segundo lugar, y con carácter subsidiario a la alegación anterior, que el módulo salarial a tener en cuenta para fijar los importes de la indemnización y de los salarios de tramitación, no debe ser el equivalente a 38,03 € diarios, que señala el Sr. Juez “a quo” en la sentencia, sino a 31,69 €, al corresponderse éste con el del último mes de trabajo; pero, si se tiene en cuenta que, en el artículo 31 del Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de Pontevedra para el año 2003, aplicable a la relación laboral que es objeto de análisis, se establece que “las horas trabajadas entre las 0 y las 8 horas tendrán la consideración de nocturnas y consecuentemente se retribuirán con un incremento del 25% sobre la cuantía del salario base que se deriva de las tablas de niveles salariales del anexo I, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza”; y que no resultó acreditado que el salario se hubiere establecido, atendiendo a que el trabajo concertado fuere nocturno, pues, en la sentencia de instancia, se

señala al respecto que “le abona sólo el sueldo base y pagas extras correspondientes a su categoría”, sin que la empresa recurrente hubiere desvirtuado adecuadamente tal afirmación; tampoco existe base, en esta ocasión, para aceptar dicha alegación.

CUARTO.- Sostiene, finalmente, la recurrente que, en el caso de no prosperar su argumentación, relativa a que el despido fue procedente, debe limitarse el abono de los salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta el día 30 de septiembre de 2003, que era el de la finalización del contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, celebrado, en principio, entre las partes, al que la empresa puso fin indebidamente, cuando lo rescindió, con efectos de 30 de junio de 2003, con el pretexto de no haber superado el actor el periodo de prueba; procede estimar el recurso en este concreto extremo y efectuar la consiguiente rectificación en el fallo de la resolución impugnada.

Por lo expuesto

Fallamos

Que, con estimación en parte del recurso de suplicación, planteado por “I.S., S.A.”, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº1 de Vigo, en fecha 9 de octubre de 2003, debemos rectificar y rectificamos el fallo de la misma, en el extremo de acordar que los salarios de tramitación se abonen al actor, desde la fecha de despido “hasta el 30 de septiembre de 2003”; y debemos confirmarlo y lo confirmamos en lo restante.

3789 Recurso nº 6.344/03

S.S. S.S. IMPROCEDENCIA DA RESCISIÓN DE CONTRATO INSTADA POLO TRABALLADOR, DADA A FALLA DE ACREDITACIÓN DE PREXUÍZO PARA A SÚA FORMACIÓN PROFESIONAL OU MENOSCABO DA SÚA DIGNIDADE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a vinte de enero de dos mil cuatro

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 6.344/03 interpuesto por don J.M.C.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 418/03 se presentó demanda por don J.M.C.V. en reclamación de rescisión contrato siendo demandado "M.F.Q., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha nueve de octubre 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.- Don J.M.C.V. viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 1 de diciembre de 1970, con la categoría profesional de delegado-visitador-médico, y un salario mensual de 2.823 euros con inclusión de la prorrata de pagas extras. La empresa le asignó al trabajador la zona de Santiago desde el inicio de la relación laboral. SEGUNDO.- La empresa demandada se dedica a la actividad química. TERCERO.- Las funciones del actor consisten en visita médica. Es miembro de la asociación de Visitadores médicos, y realiza su trabajo conforme a la programación de la Asociación, realizada de acuerdo con las Circulares de la Xunta de Galicia, y que es personal e intransferible. Las circulares citadas no exigen el requisito de ser miembro de la Asociación de visitadores médicos para ejercer dichas funciones. CUARTO.- La empresa propuso en el año 2002 al actor el pase a la situación de jubilación anticipada, pero este se negó. QUINTO.- El día 8 de abril el acto tuvo una entrevista con el jefe de delegados, Sr. H.V., quien le comunicó que iban a contratar a un delegado que le servirá de apoyo, pues consideraban que la zona de Santiago precisaba de una mayor publicidad. Don J.M.C.V. le contestó que ya lo sabía. A continuación la empresa inició el proceso de selección del nuevo delegado, recayendo la elección sobre el Sr. J.M.O., que inició su actividad en el mes de junio de 2003. SEXTO.- El día 16 de junio de 2003, el actor intentó acceder al programa informático para la elaboración de sus reports, pero le fue imposible el acceso. Contactó con

la Delegación en A Coruña para preguntar que sucedía, y desde la delegación le remitieron el 23 de junio un correo electrónico en el que se le indicaba: "Como sabes hay otro delegado (J.M.O.) que hace una zona similar a la tuya. La idea es actuar como espejo con los mismos productos y así reforzar nuestra presencia en esa zona. Por limitaciones de la base de datos de fichero informático, éste sólo lo puede tener una persona y como tú tienes más experiencia, se lo hemos metido a el para que le sirva de guía. Este ha sido el motivo de que te desapareciese el fichero del ordenador. Para hacer los reports, te envío unos impresos como los de antes para que cubras tus reports a mano. Has de hacer uno por día. Todos los demás lo seguirás haciendo por ordenador es decir: programación hoja de gasto, mensajes, por lo tanto has de seguir transmitiendo con wams y con lotus. Tienes alguna duda me llamas. Un saludo. H.V.". SÉPTIMO.- A partir de recepción del referido correo electrónico, el actor realizó sus reports manualmente. OCTAVO.- El sistema de premios para los delegados-visitadores de la empresa demandada consiste en abonar a cada delegado la misma cuantía independientemente del número de los que se integren con la delegación. La regulación de los premios se establece de forma global e indivisible. NOVENO.- En fecha no determinada, estando cuatro visitadores médicos en el centro de salud de Ribeira, incluido el actor, se presentó al Sr. J.M.O. anunciando que era delegado médico de "M.F.Q., S.A." en la zona. DÉCIMO.- El día 3 de julio de 2003 tuvo lugar el acto de conciliación que finalizó sin efecto. UNDÉCIMO.- En el último año el actor no ejerció la condición de delegado de personal o miembro del comité de empresa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que debo desestimar la demanda interpuesta por don J.M.C.V. contra la empresa "M.F.Q., S.A.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda por entender que no hay causa de rescisión al no haber acreditado el demandante que la empresa incurriera en incumplimientos graves de las obligaciones

que le correspondían derivadas de la relación laboral con el propio actor.

Frente a ella el propio demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la revisión de los hechos declarado probados y en concreto del hecho tercero que dice: Las funciones del actor consisten en la visita médica. Es miembro de la asociación de Visitadores médicos, y realiza su trabajo conforme a la programación de la Asociación, realizada de acuerdo con las Circulares de la Xunta de Galicia, y que es personal e intransferible. Las Circulares citadas no exigen el requisito de ser miembro de la Asociación de visitadores médicos para ejercer dichas funciones.

Para que se suprima el siguiente párrafo: Las Circulares citadas no exigen el requisito de ser miembro de la Asociación de visitadores médicos para ejercer dichas funciones.

Y se redacte de la siguiente manera: "La circular de la Xunta establece que es necesaria una organización de la visita médica para evitar ingerencias en las funciones habituales del centro a la vez que garantice el acceso a la transparencia de información de una manera correcta. Por ello Los Visitadores Médicos deberán acreditar su condición mediante el correspondiente carné oficial, autorizado por el Servicio Gallego de Salud y cuya presentación será obligatoria en todas las visitas que realicen a las estructuras de Atención Primaria.

Al objeto de que la visita se realice de una forma regular y ordenada, se establecerá un calendario mensual para cada institución, en donde consten las fechas y los laboratorios a quién corresponde la visita. Los visitadores que no estén asociados, lo pondrán en conocimiento de la Dirección Provincial del ámbito donde pretenden desarrollar sus funciones, al objeto de que se les acredite para la realización de la visita y se les incluya en los calendarios, en los lugares y fechas en que existan vacantes.

Por cada Institución, se autorizará un máximo de cuatro laboratorios al día y un visitador por Laboratorio, no pudiendo superar cada laboratorio más de cinco visitas anuales en cada centro. (Salvo información complementaria y primera visita). Los responsables del control de la visita de cada institución comunicarán a la Inspección farmacéutica, los laboratorios que han alcanzado las cinco visitas máximas establecidas.

El incumplimiento de las normas establecidas dará lugar a las pertinentes actuaciones en relación con la concesión de dichas autorizaciones."

La revisión no se admite porque la documental propuesta en su apoyo y consistente en la circular del Servicio Galego de Saúde 1/92, no contradice el HDP impugnado sino que lo corrobora al señalar que puede haber visitadores no asociados y como deben actuar y además porque, confunde el recurrente lo que son los medios prueba y elementos de convicción, con el carácter fáctico de la narración histórica y tales documentos ya han sido valorados por el juez de instancia sin que pueda sustituirse la facultad que le corresponde al mismo con la subjetiva y particular versión del recurrente.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso y al amparo del art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 50 del Estatuto de Los Trabajadores. Y no aplicación de la Circular 1/92 de la Consejería de Sanidade.

La S.TS de de 08.02.93 RJ (1993/749) y la de 26.07.90, citando las de 05.03.85 (RJ 1985\1.277), 21.09.87 (RJ 1987\6.234), 23.04.85 (RJ 1985\1.907) y 16.09.86 (RJ 1986\4.983) sostienen que «la extinción del contrato de trabajo que autoriza y prevé el núm. 1 del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, requiere un doble requisito, por una parte que la empresa unilateralmente introduzca una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, por otra que esta modificación redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de la dignidad; si no concurre esta doble circunstancia... la sola y desnuda modificación sustancial de las condiciones de trabajo, podrá dar lugar en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el art. 41 núm. 3 del propio Estatuto, pero no a la extinción del contrato de trabajo, asimilada en cuanto a las indemnizaciones que prevé el citado art. 50».

Todo ello es significativo de que la frase del art. 41 núm. 3 del Estatuto de los Trabajadores que dice «sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 50» ha de ser entendida en el sentido de que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sea o no autorizada, si perjudica al trabajador, genera los derechos que el propio art. 41 reconoce, siendo preciso para que entre en juego la aplicación

del art. 50, que el 41 no excluye, que redunde en perjuicio de la formación o de la dignidad del trabajador.

Así conforme a esta doctrina no basta con que el trabajador manifieste su desacuerdo con el nuevo sistema de trabajo que le impone la empresa, sino que, para obtener la resolución del contrato con la indemnización del art. 50 núm. 2 del Estatuto de los Trabajadores es preciso además que concurra un perjuicio para la formación o un menoscabo de la dignidad del trabajador que aquí no se justifica, por ello el recurso no prospera porque de los HDP en la sentencia de instancia no resulta la existencia de una MSCT en perjuicio de la credibilidad con sus clientes, ni menoscabo de su dignidad por el hecho de contratar un nuevo visitador médico para la zona, ni porque el sistema informático se le haya pasado al nuevo y tenga que hacer los reports a mano, ya que no hay perjuicio con respecto a sus clientes, ni con la Asociación de visitantes. El salario no se le ha modificado ni ha habido perjuicio económico.

Alega el demandante que hay un incumplimiento de la circular 1/92 de la Consellería de Sanidade, pero dicho incumplimiento de existir no puede justificar, ni fundamentar la rescisión del contrato del actor, ya que es visitador y mantiene una relación laboral con la demandada y no es garante de las instrucciones del Sergas, ni de la legalidad de la actividad de la empresa salvo que le perjudique, que entendemos que no es el caso, o al menos no se ha acreditado, y de proceder alguna sanción o corrección por el incumplimiento de la circular recaería en la empresa y no por su actividad que la viene desarrollando como lo venía haciendo y dentro de los límites y conforme a los programas que le impone su propia asociación, por eso insistimos que el posible incumplimiento de la circular por parte de la empresa no justifica la rescisión del contrato, cuando consta que el trabajo lo realiza conforme a la programación de la asociación y que es personal e intransferible.

Desde otro punto de vista se alega que la demandada transfirió el acceso del fichero informático al nuevo trabajador por lo que tiene que realizar gran parte de sus labores a mano y ello dificulta el trabajo. La propia redacción y contenido de sus alegaciones en el recurso impide la estimación de la demanda, porque a dicha actuación por parte de la empresa se le dio una explicación que acepta y que si bien es cierto que le puede dificultar

el trabajo, no se lo impide, ni se lo hace tan gravoso que pueda considerarse que se ha producido una MSCT como para justificar la rescisión, porque como recoge la sentencia de instancia, no le impide realizar sus reports diarios sino que los ha seguido haciendo aunque manualmente y es la única consecuencia acreditada de esta causa de rescisión invocada, que por lo mismo no se admite.

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 desestimación del recurso dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

Fallamos

Que desestimado el recurso de suplicación interpuesto por don J.M.C.V. contra la sentencia de fecha 09.10.02, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, en el Procedimiento nº 418-03 sobre rescisión de contrato debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3790 Recurso nº 6.101/03

S.S. SUCESIÓN DE EMPRESA EXISTENTE, A PESAR DO CARÁCTER NON TRANSPARENTE DO CAMBIO DE TITULARIDADE, QUE DETERMINA A EXISTENCIA DUN DESPEDIMENTO PROCEDENTE CON DEREITO DO TRABALLADOR DESPEDIDO A PERCIBIR SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

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

A Coruña, a veintiuno de enero de dos mil cuatro

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 6.101/03, interpuesto por don M.E.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 169-03 se presentó demanda por doña M.I.V.F. en reclamación de despido siendo demandados don M.E.V. y doña E.L.D. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de julio 2003 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 parte demandante, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, presta servicios a tiempo completo con carácter indefinido para don M.E.V., con antigüedad de 1998, categoría profesional de dependiente, en la cafetería "C.C." sita en la calle ... de Lugo, y con salario de 630, 62 euros mensuales con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias.- La empresa demandada se dedica a la actividad de hostelería.- SEGUNDO.- Desde el 01.09.98 hasta el 03.10.02 la actora ha venido prestando sus servicios ininterrumpidos como dependiente en la cafetería el "C.C." para doña E.L.D., habiendo suscrito las partes dos contratos de trabajo a tiempo parcial en fecha 01.09.98 y 13.01.99.- Durante el antedicho periodo la actora figuró de alta en la Seguridad Social por cuenta de doña E.L.D.- TERCERO.- En fecha 03.10.02 la trabajadora recibió carta de despido de doña E.L.D. del siguiente tenor literal: "Por medio de la presente ponemos en su conocimiento que a partir del día 03 de octubre de 2002, queda Vd. despedida de esta empresa por razones tipificadas en el art. 54 apartado 2 del Estatuto de los Trabajadores: El incumplimiento por una disminución continuada y voluntaria del trabajo normal o pactado.- Lo cual ponemos en su conocimiento a los efectos oportunos, significándole que tiene a su disposición la liquidación que le corresponde en las oficinas de esta empresa".- CUARTO.- El 08.10.03 la actora y don M.E.V. suscribieron contrato de trabajo por tiempo indefinido y jornada completa para desarrollar funciones de dependiente en la cafetería el "C.C." sito en la Calle ... de Lugo.- La trabajadora fue dada de alta en la Seguridad Social por don M.E.V. con efectos de 08.10.02.- QUINTO.- Entre el 03.10.02 y el 08.10.02 la demandante continuó trabajando en la cafetería "C.C."- SEXTO.- Don M.E.V. notificó a la actora, en fecha 15.01.02, carta de despido con el siguiente contenido: "Por medio de la presente ponemos en su conocimiento que a par-

tir del día 14 de enero de 2003, queda Vd. despedida, de esta empresa por las razones, tipificadas en el art. 54 apartado 23 del Estatuto de los Trabajadores: El incumplimiento por una disminución continuada y voluntaria del trabajo normal o pactado.- Lo cual ponemos en su conocimiento a los efectos oportunos, significándole que tiene a su disposición la liquidación que le corresponde en las oficinas de esta empresa, así como la documentación necesaria para solicitar las prestaciones por desempleo".- La actora fue dada de baja por don M.E.V. en la Seguridad Social el mismo día 15 de enero.- SÉPTIMO.- Doña E.L.D. pidió cita en la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia para que la actora renovara su carné de manipuladora de alimentos, renovación que realizó el 02.10.02.- OCTAVO.- Los demandados están unidos por vínculo matrimonial siendo el régimen económicos que rige el matrimonio el de separación de bienes desde el año 1997.- NOVENO.- El arrendamiento del local donde se desarrolla el negocio el "C.C.", así como, el suministro eléctrico y teléfono del local donde éste se ubica, y la licencia municipal para el ejercicio de la actividad aparecen contratados o concedida, ésta última a nombre de don M.E.V. desde los meses de septiembre (el contrato de arrendamiento del local) y octubre de 2002 (luz y teléfono), a excepción de la licencia de actividad que se concedió en abril de 2003.- DÉCIMO.- Con anterioridad a octubre de 2002, don M.E.V. al mediodía algunas veces servía consumiciones y atendía la cafetería de su mujer.- UNDÉCIMO.- La actividad de la cafetería no se interrumpió en ningún momento en octubre de 2002, prestando servicios en ella la demandante entre el 03.10.02, fecha del primer despido, y el 08.10.02, fecha del contrato con don M.E.V.- DUODÉCIMO.- El 17 de enero de 2003 don M.E.V. depositó en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo la cantidad de 399,39 euros en concepto de indemnización por despido improcedente de la actora, solicitando se tuviera por efectuado dicho depósito en tiempo y forma a los efectos del art. 56.2 del ET, y se dispusiera la entrega de su importe a la misma en caso de que manifestara su aceptación.- DÉCIMOTERCERO.- El 18.01.03 se notificó a la trabajadora demandante el depósito de lo 399,30 euros ante el Juzgado de lo Social nº 1, mediante entrega de telegrama enviado por don M.E.V. del siguiente tenor literal: "le comunicamos que con fecha 17.01.03, consignamos para su disposición y ante el Juzgado de lo Social nº 1, el importe

de 399,39 euros, correspondientes a su indemnización por despido tal y como establece el art. 56 apartado 2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores".- DÉCIMO CUARTO.- La actora ha estado inscrita como demandante de empleo en el Servicio Gallego de Colocación desde el 04.10.02 al 24.10.02 figurando como causa de la baja "baja coloc. present. cont. sin oferta previa", y posteriormente desde el 20.01.03.- DÉCIMO QUINTO.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación de los trabajadores en la empresa.- DÉCIMO SEPTIMO.- La parte actora, con fecha 24.01.03 formuló petición de conciliación ante el SMAC. El acto fue celebrado el 07.02.03 compareciendo ambas partes, y concluyó como "sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de modificación sustancial de demanda y estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña M.I.V.F. contra doña E.L.D. y don M.E.V., debo declarar y declaro improcedente el despido aquí enjuiciado, y del que fue objeto la parte demandante el 15.01.03, y que debo condenar y condeno a don M.E.V. a que en el plazo de cinco días, contados a partir de la notificación de esta Sentencia, opte por readmitir a la parte demandante en su puesto de trabajo o por indemnizarla con la cantidad de 4.177,73 €, con la advertencia de que de no ejercitar la opción dentro del plazo indicado, mediante escrito o comparecencia en este Juzgado, se entenderá que procede la readmisión del trabajador, y cualquiera que sea el sentido de la referida opción, debo condenar y condeno a la empresa demandada don M.E.V. a que, además, abone a la parte actora el importe de los salarios de tramitación desde el día siguiente al del despido hasta el día en que se notifique esta sentencia, ambos inclusive, o hasta que hubiese encontrado otro empleo si al colocación fuera anterior a esta sentencia y se probare por el empresario lo percibido, para su descuento, a razón de 21.02 euros brutos al día, y la mantenga en situación de alta en la Seguridad Social durante el período correspondiente a tales salarios, y que debo absolver y absuelvo a doña E.L.D., de todas las pretensiones contra ellas formuladas."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada don M.E.V. 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 demandada, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas. Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se pretende modificar, en el Hecho Probado Primero, la antigüedad de la demandante, de 01.09.98 a 08.10.02, modificación predeterminante de la cuestión jurídica, de ahí su rechazo, aunque sí se admite la solicitud revisora subsidiaria tendente a eliminar la referencia a la antigüedad, ya que, si la revisión es predeterminante del fallo, lo es asimismo el relato judicial, debiendo añadirse que, en los restantes hechos probados, se contienen datos fácticos suficientes como para resolver la cuestión jurídica sobre la antigüedad.

SEGUNDO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, la parte recurrente denuncia (1) la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, (2) la infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores -denuncia jurídica sin entidad propia debiendo entenderse en relación con la anterior-, y (3) la infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Opuesta a las expuestas denuncias jurídicas, la trabajadora demandante, ahora recurrida, solicita, en su escrito de impugnación del recurso de suplicación, la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

TERCERO.- Con relación a la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la primera denuncia jurídica de infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, lo pretendido es modificar la indemnización correspondiente a despido improcedente al considerar, por ausencia de una sucesión empresarial, la antigüedad derivada del último contrato existente entre la trabajadora demandante y la empresa demandada -de 08.10.02, Hecho Probado Cuarto-, y no del primero -de 01.09.98, Hecho Probado Segundo-. La cuestión es, en resumen, si media sucesión de empresa.

Destaquemos, ante todo, que, de conformidad con el apartado 2 del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, 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 eventual 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".

CUARTO. Hechos declarados probados –no combatidos en recurso– relevantes a efectos de solución de estas denuncias jurídicas son los siguientes:

a) Que *"desde el 01.09.98 hasta el 03.10.02 la actora ha venido prestando sus servicios ininterrumpidamente como dependiente en la cafetería "C.C." para doña E.L.D., habiendo las partes suscrito dos contratos a tiempo parcial en fecha 01.09.98 y 13.01.99... durante el antedicho periodo la actora figuró de alta en la Seguridad Social por cuenta de doña E.L.D."* –Hecho Probado Segundo–.

b) Que *"en fecha 03.10.02 la actora recibió carta de despido de doña E.L.D."* –Hecho Probado Tercero–.

c) Que *"el 08.10.03 (sic, es 2002) la actora y don M.E.V. suscribieron contrato de trabajo por tiempo indefinido y a tiempo completo para desarrollar funciones de dependiente en la cafetería "C.C."... la trabajadora fue dada de alta en la Seguridad Social por don M.E.V. con efectos de 08.10.02"* –Hecho Probado Quinto–.

d) Que *"entre el 03.10.02 y el 08.10.02 la demandante continuó trabajando en la cafetería "C.C."* –Hecho Probado Sexto–.

e) Que *"Don M.E.V. notificó a la actora, en fecha 15.01.03, carta de despido"* –Hecho Probado Sexto–.

f) Que *"Doña E.L.D. pidió cita en la Consellería de Sanidade e Servizos Sociais de la Xunta de Galicia para que la actora renovara su carné de manipuladora de alimentos, renovación que realizó el 02.10.02"* –Hecho Probado Séptimo–.

g) Que *"los demandados están unidos por vínculo matrimonial siendo el régimen económico que rige el matrimonio el de separación de bienes desde el año 1997"* –Hecho Probado Octavo–.

h) Que *"el arrendamiento del local donde se desarrolla el negocio "C.C.", así como el suministro eléctrico y teléfono del local donde éste se ubica, y la licencia municipal para el ejercicio de la actividad aparecen contratados o concedida, ésta última, a nombre de don M.E.V. desde los meses de septiembre (el contrato de arrendamiento de local) y octubre de 2002 (luz y teléfono), a excepción de la licencia de actividad que se concedió en abril de 2003"* –Hecho Probado Noveno–.

i) Que “con anterioridad a octubre de 2002, don M.E.V. al mediodía algunas veces servía consumiciones y atendía la cafetería de su mujer” –Hecho Probado Décimo-.

j) Que “la actividad de la cafetería no se interrumpió en ningún momento en octubre de 2002, prestando servicios en ella la demandante entre el 03.10.02, fecha del primer despido, y el 08.10.02, fecha del contrato con don M.E.V.” –Hecho Probado Undécimo-.

k) Que “la actora ha estado inscrita como demandante de empleo en el Servicio Galego de Ocupación desde el 04.10.02 al 24.10.02 figurando como causa de la baja “baja coloc. present. cont. sin oferta previa”, y posteriormente desde el 20.01.03” –Hecho Probado Décimo Cuarto-.

QUINTO. Partiendo de estos hechos declarados probados, es preciso distinguir entre los llamados –en la terminología de nuestra doctrina científica- cambios transparentes y no transparentes en la titularidad de la empresa: mientras en los primeros la sucesión de la empresa se manifiestan en un título jurídico explícito fácilmente identificable, en los segundos ese título existe, pero se oculta, en todo o en parte, con la finalidad de evitar la aplicación de la normativa sobre sucesión de empresas. En estos casos, en la doctrina judicial, de acuerdo con el artículo 6.4 del Código Civil, se aplica el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores sobre la base de la técnica de los indicios, utilizando, como tales, circunstancias de hecho como, entre otras derivadas de la amplia casuística, el mantenimiento de la actividad en los mismos locales, o la asunción total o parcial de la plantilla, o las conexiones existentes entre la nueva y la vieja empresa.

A juicio de la Sala y en el caso de autos, se encuentran indicios claros –tan claros como para poder ser llamados directamente pruebas plenas- de sucesión empresarial: la actividad ha continuado sin interrupción alguna en el mismo centro de trabajo –Hecho Probado Undécimo-, siempre bajo idéntica denominación social –Hechos Probados Segundo y Cuarto-, utilizando el mismo número de teléfono –Hecho Probado Noveno, en relación con folios 70 y 72-, sin haberse modificado los elementos de producción a salvo los cambios de titularidad en diversos contratos de suministro –Hechos Probados Noveno y Undécimo-, y manteniéndose la relación laboral de la trabajadora, ya que, aunque en la apariencia fue despedida y vuelta a contratar, en la realidad –y esto es lo único importante: la apariencia

sólo es la cobertura del fraude- en ningún momento dejó de prestar sus servicios –Hecho Probados Quinto y Undécimo-.

Conviene incidir, en cuanto al argumento utilizado en la formalización del recurso de suplicación de no existir relaciones directas entre la empresaria saliente y el empresario entrante –argumento sorprendente si consideramos son matrimonio, Hecho Probado Octavo-, que, a los efectos de la apreciación de sucesión empresarial, lo relevante es la transmisión de una organización productiva, aunque no existan relaciones directas entre cedente y cesionario, sino con intermediación de un tercero arrendador o empresario principal en un supuesto de contratas –véanse, en este sentido, las Sentencias de 07.03.96, Casos Mercks y Neuhuys, de 11.03.97, Caso Sützen, y de 25.01.01, Caso Oy Liikenne Ab, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas-.

De todos modos, la Sala manifiesta sus dudas en cuanto a la realidad de ausencia de relaciones directas entre la empresaria saliente y el empresario entrante –aunque, como se acaba de decir, sea algo irrelevante-, ya que, si examinamos los hechos declarados probados, observaremos como la empresaria saliente realizó determinadas gestiones beneficiosas para el empresario entrante –Hecho Probado Séptimo-, o el empresario entrante mantuvo durante meses la explotación del local con la licencia municipal de ejercicio de la actividad de la empresaria saliente –Hecho Probado Noveno-. Todo esto, unido a la apariencia de ruptura de la relación laboral –manifestada a través de un ficticio despido y de una nueva contratación laboral- nos ratifica en la idea de una burda maniobra en perjuicio de los derechos de la trabajadora demandante que, según el artículo 6.4 del Código Civil, debe ser corregida.

En conclusión, se rechaza totalmente la denuncia jurídica relativa a la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la primera denuncia jurídica de infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, debiéndose confirmar, en este aspecto, la sentencia de instancia.

SEXTO. Con relación a la segunda denuncia jurídica de infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, se concreta en el devengo de los salarios de tramitación, admitido en la sentencia de instancia, en consonancia con lo solicitado en demanda, y negado en la tesis de la empresa, naturalmente impugnada por la trabajadora recurrida, discu-

sión desenvuelta alrededor de lo establecido en la norma citada como infringida –de acuerdo con la redacción introducida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre- en los siguientes aspectos:

“En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna. A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación”.

A los efectos de solucionar esta denuncia jurídica, se debe considerar (1) que “el 17.01.03 don M.E.V. depositó en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de lo Social 1 de Lugo la cantidad de 399,99 euros en concepto de indemnización por despido improcedente de la actora, solicitando se tuviera por efectuado dicho depósito en tiempo y forma a los efectos del artículo 56.2 del ET, y se dispusiera la entrega de su importe a la misma en caso de que manifestara su aceptación”, y (2) que “el 18.01.03 se notificó a la trabajadora demandante el depósito... mediante entrega de telegrama enviado por don M.E.V. del siguiente tenor literal: *Le comunicamos que con fecha 17.01.03 consignamos para su disposición y ante el Juzgado de lo Social 1, el importe de 399,39 euros, correspondientes a su indemnización por despido tal y como establece el artículo 56 apartado 2 del TR del ET*” –Hechos Probados Duodécimo y Décimo Tercero-.

Pues bien, en el caso de autos, no se aplica, a juicio de la Sala, la detección de los salarios de tramitación del despido (1) porque la empresa, con anterioridad a la consignación, no ha reconocido expresamente la improcedencia del despido, ni en la conciliación previa administrativa ni en la carta dirigida a la trabajadora, y (2) porque, aunque con-

signó una cuantía dineraria en concepto de indemnización de despido improcedente en el Juzgado de lo Social, dicha cuantía dineraria –de 399,99 euros- es notablemente inferior a la establecida legalmente –de 4.177,73 euros-, circunstancias ambas que, a la vez de justificar el rechazo de la trabajadora, deslegitiman la posición de la empresa que, a través de esa consignación, pretende la asunción de una solución legalmente incorrecta.

Naturalmente, si la diferencia entre ambas indemnizaciones –la consignada judicialmente y la legalmente correcta- obedeciera a un error aritmético o material, demostrativo de la buena fe de la empresa, sería irrelevante, pero este no es el caso de autos, donde la diferencia entre ambas indemnizaciones –la consignada judicialmente y la legalmente correcta- es demostrativa de la existencia de una cuestión litigiosa que debe ser resuelta en juicio contradictorio, con la consecuencia de que, según quien tenga la razón, los salarios de tramitación serán determinados –si la razón la tiene el empresario- o no –si la razón la tiene el trabajador-, y, en el caso de autos, la razón se le ha dado al trabajador en cuanto a esa cuestión litigiosa concretada en si mediaba sucesión de empresa.

Rechazada la segunda denuncia jurídica de infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, y, como anteriormente se había rechazado la denuncia jurídica relativa a la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la primera denuncia jurídica de infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, la sentencia de instancia será totalmente confirmada con las consecuencias legalmente establecidas en cuanto a depósitos, consignaciones y costas de la suplicación –de conformidad con lo dispuesto en los artículos 202 y 233 de la Ley de Procedimiento Laboral-.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don M.E.V. contra la Sentencia de 14 de julio de 2003 del Juzgado de lo Social número 3 de Lugo, dictada en juicio seguido a instancia de doña M.I.V.F.doña E.L.D., la Sala la confirma íntegramente, y, en consecuencia, condenamos al recurrente a la pérdida de los depósitos y consignaciones, y a las costas de la suplicación, cuantificando en 300 euros los honorarios de letrado de la demandante recurrida.

3791 Recurso núm. 6.316/03

S.S. NULIDADE DO DESPEDIMENTO DECRETADO, AO ACREDITARSE REPRESALIA POR EXERCITAR O TRABALLADOR O SEU DEREITO Á TUTELA XUDICIAL EFECTIVA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Outeiriño Fuente

A Coruña, a veintiuno de enero de dos mil cuatro

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. 6.316/03 interpuesto por "T.O., S.L." 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.O. en reclamación de despido siendo demandado la empresa "T.O., S.L." en su día se celebró acto de vista con intervención del Ministerio Fiscal, habiéndose dictado en autos núm. 610/03 sentencia con fecha doce de agosto 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 actora prestaba servicios profesionales por cuenta y dependencia de la empresa demandada con la antigüedad de 19 de junio de 2000, ocupando la categoría profesional de Oficial de 3ª y percibiendo un salario de 757,64 euros brutos incluido el prorrateo de pagas extras prestando sus servicios laborales en el momento del despido. 2.- La empresa demandada a medio de burofax de fecha 18 de junio de 2003 recibido por la actora el 19 de junio de 2003 comunica a la actora que, "esta empresa ha adoptado la decisión de extinguir su contrato de trabajo por causas objetivas, motivado por la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas de la producción. La causa de la misma viene como consecuencia del descenso progresivo de la producción en la empresa. En consecuen-

cia, y en virtud de lo anterior, nos vemos en la inevitable obligación de amortizar su puesto de trabajo por las causas expuestas, puesto que el mismo queda sin contenido. Todo ello con efectos del próximo día 17 de julio de 2003, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.1 del E.T. Le comunicamos que tiene a su disposición en las oficinas de nuestra empresa la indemnización legalmente establecida en el art. 53.1.b) del ET que asciende a la cantidad de mil quinientos quince euros (1.515,00)." 3.- Por Burofax de fecha 18 de julio de 2003 la empresa comunica a la actora que esta empresa reconoce la improcedencia del despido que por causas objetivas le fue notificado mediante burofax el día 18 de junio de 2003, y con efectos del 17 de julio de 2003. Asimismo le comunicamos que tiene a su disposición en las oficinas de nuestra empresa la indemnización legalmente establecida por despido por causas objetivas, todo ello según lo dispuesto en la D.A. 1ª de la Ley 63/1997 de 26 de diciembre establecida para contratos de fomento de empleo, y calculada a razón de 33 días de salario por año de servicio, cantidad que asciende a 2.531,43 euros. 4.- El Sindicato U.G.T. presentó preaviso de elecciones sindicales en fecha 30 de abril de 2003 y cuyo calendario electoral de fecha 30 de mayo de 2003, como fecha de fin de presentación de candidaturas el 2 de junio de 2003 y fecha de votación de 3 de junio de 2003. La actora se presentó como candidata por el Sindicato U.G.T., siendo la única candidata del referido sindicato y concurriendo a las elecciones con otra única candidata del sindicato CC.OO., S.N.P. quién trabaja en la empresa ejerciendo funciones de encargada. La candidata elegida resultó ser ésta última quién en días previos a la votación se dirigió a varias empleadas de la empresa, entre ellas a M.F.Z.G. diciendo que la votaran a ella ya que la empresa quería echar a la actora. 5.- En fecha 8 de mayo de 2003 la empresa comunicó a la actora la imposición de una sanción por la comisión de una falta grave motivada por una continua y grave desobediencia a los mandos y una inobservancia de los reglamentos y órdenes de servicio que lleva acarreada una disminución voluntaria de su rendimiento de trabajo que afecta gravemente a la producción diaria, al tratarse de una confección en serie de prendas de vestir. Agravada ésta última falta con la proliferación de insultos contra la dirección de esta empresa. Esta indisciplina se manifiesta en los continuos desplantes y en el caso omiso que usted practica a las órdenes que le transmite la encargada de esta empresa, en virtud del poder que le otorga su categoría profesional, agravada con los insultos e injurias pro-

feridos en el día de ayer a la dirección de esta empresa. 6.- La actora presentó en fecha 12 de junio de 2003 demandada impugnando la referida sanción habiéndose celebrado el acto de conciliación administrativa el 6 de junio de 2003 con el resultado de Sin Efecto. 7.- La empresa comunicó a la actora que disfrutaría de vacaciones coincidiendo con el período de elecciones sindicales habiéndoselo comunicado días antes de la fecha de disfrute./ 8.- El día 15 de julio de 2003 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de intentado Sin Avenencia”.

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

“FALLO: Que estimando la demanda formulada por la parte actora debo estimar y estimo las pretensiones de la demanda, y califico como nulo el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa “T.O., S.L.” a que readmita inmediatamente a la actora en el puesto de trabajo que venía desempeñando antes de reproducirse el despido, y condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido (17 de julio de 2003) y que hasta la fecha de la presente Resolución ascienden a 656,5 euros”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario y por el Ministerio Fiscal. 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 formulada por la actora, declara la nulidad de su despido y condena a la demandada “T.O., S.L.” a que inmediatamente la readmita en el puesto de trabajo que venía desempeñando antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (17.07.03) y hasta la de dicha sentencia, ascendiendo en esa fecha a 656,5 euros.

Y contra esta decisión recurre la empresa demandada, articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.a) de la LPL, en el que interesa la nulidad de actuaciones por infracción del art. 218 de la LEC, en relación con el art. 209, 2º, 3º y 4º de la misma ley, por entender que, a su juicio, existe incongruencia entre lo solicitado en

demanda y lo resuelto por la sentencia recurrida, por cuanto el despido nulo se fundamenta única y exclusivamente por la decisión de la trabajadora de tomar parte en un proceso electoral, presentándose como candidata a delegada de personal, y, pese a ello, la sentencia de instancia declara la nulidad del despido por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante.

El motivo es claro que no puede prosperar, pues la afirmación que contiene no es exacta a la vista de lo consignado por la parte actora en el hecho tercero de su demanda, en el que se dice que el despido debe calificarse tajantemente como nulo, *toda vez que el mes pasado, la trabajadora fue sancionada impugnándole la comisión de unos hechos totalmente falsos y que la impugnación de la misma está pendiente de resolución judicial*, lo que pone de manifiesto la invocación de una segunda causa de nulidad de la decisión extintiva empresarial por vulneración de otro derecho fundamental, que -como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación-, en ningún caso ha sido ajena al debate en el acto de juicio, por lo que su examen en la sentencia mal puede interpretarse como incongruencia vulneradora del art. 218 LEC o, en último término, como alteración sustancial de los términos en los que el debate ha sido planteado, sin que en ningún momento se hubiese producido quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y, mucho menos, indefensión.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.b) de la LPL, formula la recurrente un segundo motivo de suplicación en el que interesa la modificación de los hechos probados tercero y sexto, y la adición de un nuevo hecho séptimo, así como que se introduzca un nuevo párrafo en este último, todo ello con los contenidos siguientes:

*El hecho tercero, para que se le adicione un tercer párrafo que exprese: “Dicha cantidad fue consignada en 21.07.03, en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de lo Social número Tres de La Coruña” (Folios 50 a 52).

*El hecho probado sexto para que se le adicione al final: “Dicha demanda recayó en el Juzgado de lo Social número Cuatro de La Coruña, encontrándose actualmente pendiente de señalamiento y sin que todavía hayan sido emplazadas las partes”.

*El nuevo séptimo, -pasando el actual y el octavo de la sentencia a denominarse

octavo y noveno respectivamente- para que se redacte haciendo constar que: "La empresa demandada ha seguido una trayectoria negativa desde el ejercicio 1999, que le ha llevado a unas pérdidas de 9.928,66 € en el ejercicio 2001, y que han aumentado a 25.830,31 € en el ejercicio 2002".

*El segundo párrafo del citado Hecho Probado haciendo constar que: "A la empresa demandada le fue concedida mediante Resolución de la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude de 28.03.01, ayuda por importe de 400.000 ptas., por la Contratación indefinida de la trabajadora demandante doña M.A.O., con base en la relación laboral iniciada con fecha 19.06.00 (folios 35 y 36).

La adición del hecho tercero, interesa en primer término, debe prosperar, por resultar así del recibo de consignación obrante al folio 51 de las actuaciones.

Por el contrario, procede rechazar la adición del hecho sexto, por cuanto la documental que se cita en su apoyo ha sido presentada con el escrito de recurso, tratándose de una certificación que la recurrente ha podido aportar al acto de juicio, ello aparte de que lo sustancial ya consta en el hecho impugnado.

Respecto a la adición de un nuevo hecho -que sería el séptimo- y a la introducción en el mismo de un nuevo párrafo, no resultan admisibles, porque las pérdidas que ahora pretenden hacerse constar constituyen un hecho nuevo que en absoluto consta en la carta de despido, cuya introducción en el proceso no resulta admisible en esta fase de suplicación. En todo caso, la juzgadora de instancia ya razona cumplidamente que el informe pericial -en que pretende apoyarse la revisión- ha sido elaborado con posterioridad a la decisión extintiva empresarial, siendo su fecha la de 7 de agosto de 2003.

TERCERO.- Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL, denuncia la recurrente infracción del art. 55.5 del ET, en relación con el art. 108 de la LPL y 24 de la CE, así como infracción por inaplicación del art. 52.c) y 55.1 del ET, y de la doctrina jurisprudencial y de suplicación que cita, todo ello sobre la base de sostener que la vaga argumentación que efectúa la demandante en su escrito de demanda, acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en modo alguno puede considerarse como indicio suficiente que justi-

fique la inversión de la carga de la prueba. Así según constante doctrina del TC, no es suficiente la alegación de discriminación, sino que la demandante debe acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción de discriminación (entre muchas, sentencias del TC 266/93 [RTC 1993\266], 82/97 [RTC 1997\82], 87/98 [RTC 1998\87] y del TS de 07.03.97 [RJ 1997\1.632] y 25.03.98 RJ 1998\3.012]). En el caso presente no existen tales indicios, por lo que no puede producirse la traslación de la carga de la prueba al empresario.

A su juicio, el hecho de que la actora hubiese sido sancionada con anterioridad a la extinción por la empresa de la relación laboral, no puede confundirse con la "garantía de indemnidad" de que puedan gozar los trabajadores, cuando previamente han efectuado una reclamación contra la empresa en reconocimiento de sus derechos, en cuyo caso entiendo de la jurisprudencia que pueda existir una violación de la tutela judicial efectiva. En el presente caso, la reclamación previa que efectúa la actora contra la empresa, deriva de una sanción disciplinaria que le ha sido impuesta, y no de una reclamación efectuada en reconocimiento de sus derechos contra la empresa. Por tanto, según la recurrente, la actuación de la empresa con la extinción contractual realizada no conculca la "garantía de indemnidad" de la trabajadora, ni supone una represalia por una posible reclamación de derechos de la actora. Más bien al contrario, con el criterio seguido por la juzgadora lo que se conculca es el derecho de la empresa a sancionar a sus empleados por causas disciplinarias, con lo cual -situación que en modo alguno concurre en el presente caso-, se podría llegar a la situación ilógica de que un empleado que ha sido reiteradamente sancionado, nunca podría ser despedido por una falta posterior, por lo que, a su juicio, debe desestimarse la demanda y declararse el despido procedente por las causas objetivas invocadas por la empresa.

La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar por las siguientes razones:

1.- Es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la que viene señalando 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 17/2003, de 30 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 66/2002, de 21 de marzo; 90/1997, de 6 de mayo; 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).

2.- Y en el caso presente la decisión extintiva aparece adoptada respecto de la actora obedeciendo a lesión de un derecho fundamental tal como correctamente ha apreciado la Magistrada de instancia. Así, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida se desprende que con fecha 8 de junio de 2003 la demandante fue sancionada por comisión de una presunta falta grave, tal como se relata en el hecho probado, contra la que la trabajadora presentó demanda impugnando la referida sanción en fecha 12 de junio de 2003, y ello tras haberse celebrado

el correspondiente acto conciliatorio ante el SMAC el día 6 de junio anterior, con el resultado de "sin efecto".

En 18 de junio de 2003, a medio de burofax recibido al día siguiente, la empresa comunicó a la actora la decisión de extinguir su contrato de trabajo por causas objetivas, en base a la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por causas de la producción, con efectos de 17 de julio siguiente. Por su parte, en 18 de julio de 2003, mediante un segundo burofax, le comunica que reconoce la improcedencia del despido, participándole que tiene a su disposición la indemnización legalmente establecida en caso de despido por causas objetivas, calculada a razón de 33 días de salario por año de servicio, afirmando que dicha cantidad asciende a 2.531,43 euros.

3.- No ofrece duda que la decisión extintiva empresarial, producida escaso tiempo después de la impugnación judicial de una sanción, comporta un evidente indicio de que dicha decisión pudo responder a una represalia frente al legítimo ejercicio de una acción judicial por parte de la trabajadora, con desplazamiento a la empleadora de la carga de probar las causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión por ella adoptada. Sin embargo, sobre los hechos relacionados en la carta de despido nada se ha acreditado por la empresa tal como se desprende del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, pues no sólo no se ha aportado ningún dato respecto de la necesidad de amortizar el puesto de trabajo de la actora por causas de la producción, sino que tampoco se concreta cuáles son esas supuestas causas y, además, el 18 de julio de 2003 se reconoce expresamente por la empresa la improcedencia de su decisión extintiva. Es evidente, por tanto, que esa penuria probatoria unida a la proximidad temporal entre la impugnación de la sanción de la empresa y el despido de la trabajadora en base a unas supuestas causas objetivas, evidencian que la extinción de su contrato respondió a una indebida reacción del empresario frente al ejercicio legítimo 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), con vulneración por parte de la empleadora de la denominada garantía de indemnidad, lo que permite concluir que la Magistrada de instancia calificó de forma correcta y ajustada a derecho la decisión extintiva empresarial, como constitutiva de despido nulo con los efectos legales inhe-

rentes a la misma (arts. 55 ET y 113 LPL). Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo impugnado.

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

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandada "T.O., S.L.", contra la sentencia de fecha 12 de agosto de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social nº1 de A Coruña, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia de la demandante doña M.A.O., frente a la referida empresa y siendo parte también el Ministerio Fiscal, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

3792 Recurso núm. 5.948/03

S.S. DESPEDIMIENTO MERAMENTE IMPROCEDENTE, NON ACREDITÁNDOSE A EXISTENCIA DE ACOSO MORAL OU PSICOLÓXICO AO TRABALLADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a veintidós de enero de dos mil cuatro

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. 5.948/03 interpuesto por doña M.L.F.P. Y "Fundación C.J.C." 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 doña M.L.F.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "Fundación C.J.C." y Ministerio Fiscal en su día

se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 432/02 sentencia con fecha 31 de julio de 2003 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Que la actora comenzó a prestar servicios por cuenta de la empresa demandada "Fundación C.J.C.", con domicilio en ..., con antigüedad desde el 11.05.98, con categoría profesional de Titulada Superior, realizando funciones de Bibliotecaria y con un salario mensual, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, de 1.406,37 euros.- 2º) Que en el mes de abril de 2001 y con motivo de la presentación de una denuncia contra don C.J.C., por plagio, en la Ciudad de Barcelona, se le indicó por el Gerente de la Fundación que pusiera inmediatamente a su disposición el manuscrito de la novela "La Cruz de San Andrés", siendo buscado por la actora y varios compañeros de trabajo sin que apareciera, encontrando la actora, dentro de un paquete envuelto en papel de estraza, folios escritos a máquina con anotaciones manuales en sus márgenes y notas en papeles sueltos sin catalogar, dejando el paquete encima de mesa de oficina, sin comprobar la totalidad de su contenido y ausentándose al día siguiente para participar en un programa de televisión, para lo que se le había concedido el pertinente permiso. Ese día unas compañeras de trabajo descubrieron que el contenido del paquete era un mecanografiado de la novela "La Cruz de San Andrés", siendo llamada la actora al programa de televisión por el Gerente de la Fundación don T.C., para preguntarle por el manuscrito.- 3º) Que la actora y el Sr. Gerente de la Fundación habían tenido hasta entonces una relación muy fluida, cambiando desde entonces, reduciéndose el ámbito de actuación de la actora a una oficina, siendo trasladada la actora el 17.09.01 a una sala no habilitada para visitas, sin ordenador ni teléfono, con un bote de pegamento para ir pegando ex libris en los libros y el 25.09.01 se trasladó a la actora a una sala anexa a la de calderas, en el edificio denominado el palomar, por tener en su parte superior un palomar, realizado sobre un proyecto de arquitectura realizado en el año 2000, encomendándosele en exclusiva la colocación de ex libris en gran número de obra pertenecientes al Legado del Sr. G.N.- 4º) que en fecha 08.10.01, la actora causó baja médica por enfermedad con el diagnóstico de Síndrome Depresivo, causando alta por Inspección Médica el 27.05.02. reincorporándose a su trabajo el 28.05.02, cuya entrega

se pospuso por la situación de baja médica de la actora, en la que se le indicaba su despido son efectos desde el día de su fecha, con base en los siguientes hechos: En el pasado mes de abril y siendo la Bibliotecaria encargada, se le indicó la necesidad inmediata de que pusiera a disposición del Gerente de la Fundación el manuscrito de la novela "La Cruz de San Andrés", que le había sido requerido por un 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, indicando a pesar de ello y durante varios días que desconocía el paradero de dicha obra, a pesar de la búsqueda realizada por ella misma y otro personal de la Fundación, siendo encontrado posteriormente y coincidiendo con una ausencia suya, en su mesa de trabajo por sus compañeros lo que supone una transgresión de la buena fe contractual y un abuso de confianza en el desempeño de su trabajo; el 31 de julio, víspera de sus vacaciones, fue sorprendida en plena jornada laboral 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 transvasar fichas bibliográficas, a los nuevos equipos informáticos, se perdieron más de 18.000 fichas bibliográficas, que suponían tres años de trabajo, tanto de la bibliotecaria como de algunos becarios, siendo requerida para que intentara su recuperación, negándose rotundamente a ello y alegando que no era informática, pese a que en su currículum incluía una formación de 385 horas en cuatro cursos distintos de informática y aseguraba ser experta en doce sistemas y programas informáticos para la gestión de bibliotecas, cuando posteriormente y con 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 había asegurado en varias ocasiones que eran irre recuperables, suponiendo un gasto extraordinario para la Fundación que superaban las 150.000 pesetas, 901,52 euros.- 5º) Que en fecha 08.10.02 la actora fue diagnosticada por su médico de cabecera doctor O.V., de una depresión reactiva secundaria a probable acoso moral, siendo derivada de Neurología y a la Unidad de Salud Mental.- 6º) Que en el Servicio de Neurología la actora fue asistida por el Facultativo don J.V., especialista en Neurología y presidente de la Asociación Gallega contra el acoso moral, quien diagnosticó síncope vasovagales en probable relación con situación de

acoso psicológico laboral.- 7º) Que en la Unidad de Salud Mental fue diagnosticada por el Facultativo don S.A.R., especialista en Psiquiatría, de Trastorno mixto depresivo-ansioso de tipo reactivo (CIE 10ª OMS-CIE-f41.2), siendo tratada de forma ambulatoria a base de antidepresivos y ansiolíticos y practicándose psicoterapia por la Psicóloga adscrita a la Unidad de Salud Mental doña Y.C.C., con realización de diversos test, presentando un perfil de mujer amante del peligro, con fortaleza física y psíquica, que se enfrenta a los problemas de la vida y con aptitudes para las relaciones sociales, con competencia e independencia de criterio, describiendo su ambiente laboral como un lugar donde la urgencia o la presión en el trabajo domina la actividad diaria, percibiendo un alto grado de control o medida en los que jefes utilizan las reglas y las presiones para mantener controlados a sus empleados, teniendo una percepción de apoyo bajo en su ambiente laboral y la sensación de que la autonomía laboral se encuentra por debajo de la media.- 8º) Que en julio de 2000, la actora sufrió un accidente de tráfico, presentando politraumatismos, presentando pérdida de conciencia y de memoria, lagunas mentales, cefaleas y dificultad en el habla, siendo tratada con gran cantidad de analgésicos y presentando un trastorno mixto de ansiedad, agravado con crisis de angustia. Anteriormente fue tratada con antidepresivos por cuestión sentimental.- 9º) Que la actora es Licenciada en Geografía e Historia, especialidades arte Moderno y Contemporáneo, Geografía, Artes e Historia de Galicia y archivista y Bibliotecomía. Está en posesión de certificados de 12 certificados de cursos variados y 6 específicos en informática, tres de ellos referidos a gestión de Bibliotecas; habla y escribe Francés, Catalán y Gallego y habla Portugués, domina a nivel de usuario, hasta doce sistemas informáticos y aplicaciones.- 10º) Que la actora tenía una gran relación personal con el Gerente de la "Fundación C.J.C.", Sr. C., que se rompió a raíz de lo ocurrido en la búsqueda del Manuscrito de la Obra "La Cruz de San Andres", llegado el Sr. Gerente a señalarle, por escrito, la prohibición de acceder directamente a su despacho y que todo lo que tuviera que tratar con él pasara a través de su secretaria.- 11º) 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.- 12º) Que en fecha 13.06.02 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y conciliación de Santiago de Compostela, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de la

demandada.- 13º) Que la actora se encuentra trabajando desde agosto de 2002 en otra empresa.”

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 “Fundación C.J.C.”, en cuanto a su petición subsidia-ria, debía declarar y declaraba la improcedencia del despido de la actora, condenando a la 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 la sentencia, entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenía antes del despido, con abono de la cantidad de 3.047,20 euros, en concepto de salarios de tramitación devengados hasta la fecha en que la actora comenzó a prestar servicios para otra empresa, o abonarle la cantidad de 8.542,44 euros, en concepto de indemnización por despido, imponiendo a la demandada sanción pecuniaria en cuantía de 180,3 euros, desestimando la demanda formulada, en cuanto a su petición principal de declaración de nulidad del despido, absolviendo a la demandada del citado pedimento.

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.- Recurren ambas partes, actora y demandada, la sentencia de instancia que estimó la pretensión subsidiaria de la demanda declarando la improcedencia del despido de que había sido objeto la actora, solicitando ambos recurrentes la revocación de dicha resolución postulando la demandante que se declare la nulidad de la decisión patronal, y pretendiendo la empleadora la declaración de procedencia de la decisión extintiva adoptada, para ello, ambos recurrentes, instan la revisión de los hechos declarados probados al objeto de que se modifiquen, y comenzando por el recurso de la actora, al amparo del art. 191.b) LPL pretende alterar los ordinales 3º), 4º) y 8º) proponiendo que se adicione lo siguiente al final del TERCERO: “... Dichos traslados de doña M.L.F.P. a dependencias de trabajo totalmente aisladas fueron ordenados por el Gerente de la Fundación, a los efectos de impedir que tuviera relación alguna con sus compañeros y para vaciar su trabajo de las

funciones propias de Bibliotecaria y con evidente ánimo de provocar que la trabajadora abandonara su puesto de trabajo, consiguiéndolo al provocar en la actora la existencia de una depresión derivada de la situación de aislamiento tanto personal respecto de los compañeros de trabajo como ficha en relación al normal desarrollo de su trabajo enmarcándose dicha conducta en una manifestación de acoso moral en el trabajo”.

Para el CUARTO, propone, la adición al final de lo siguiente: “... no consta prueba alguna que demuestre que la carta de despido se hizo en la fecha 05.10.01”.

Para el OCTAVO, que se adicione: “No obstante, dichos hechos no repercutieron en su actividad laboral sin que estuviera dada de baja laboral y sin que repercutiera en la actividad laboral que le era propia”.

Por la empleadora recurrente, si bien con cita del apartado A) del art. 189 LPL, se insta la revisión del ordinal SEGUNDO de probados, al objeto de que se sustituya en el último párrafo la expresión que contiene de “... era un mecanografiado de la novela...” por la de “... era el manuscrito original de la novela...”, así como el apellido del Gerente de la fundación que aparece como -C.- por “C.”.

No procede ninguna de las propuestas de revisión postuladas, ni de la actora ni de la demandada, por cuanto, conforme a reiterada doctrina recaída en interpretación del art. 191.b) y art. 194.3, ambos de la LPL, la revisión del relato judicial exige (STS de 25.03.98) los siguientes requisitos: 1.º Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2.º Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura. 3.º Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; la anterior doctrina aplicada al caso de autos determina que, los motivos de referencia no cumplen con el segundo de los requisitos, pues ninguno de los recurrentes señala documento, con eficacia probatoria y con posibilidad de variar el significado del fallo, de donde derive el error imputado al Juzgador de instancia, que configuró los hechos probados, conforme las facultades que le otorga el art. 97.2 LPL, y, atendiendo, al conjunto de prueba practicada, por lo que no pudiendo la Sala rea-

lizar una nueva valoración conjunta del total material probatorio obrante en los autos, ni realizar la búsqueda de los documentos que pudieran sustentar los motivos fácticos, se impone rechazar las revisiones propuestas. A mayor abundamiento, la parte actora, la primera de sus propuestas es claramente valorativa, contiene conceptos jurídicos predeterminantes del fallo que se postula, por lo que no cabría tal redacción; en cuanto a la segunda propuesta, tampoco cabe pues en el relato fáctico solo se acogen hechos no la ausencia de los mismos, siendo al respecto reiterada la doctrina que establece (entre otras las STS de 26 de marzo de 1996, 26 de septiembre de 1995, 21 de junio de 1994, 21 de marzo de 1990, 21 de diciembre de 1989, 15 de julio de 1987, 15 de julio de 1986, 3 de junio de 1985), que no cabe sustentar una revisión fáctica en base a una “presunta falta de prueba acreditativa de la versión judicial”, por lo que la adición decae. En cuanto a la adición que se propone para el octavo incurre en iguales defectos que los anteriores, es valorativa y de índole negativo.

En cuanto a la propuesta de la demandada, incurre en el defecto primeramente indicado de no señalar documento o pericia del que resulte el error del Juzgador de instancia, al tiempo que es realmente intrascendente para este litigio que el documento hallado sea un manuscrito o una copia mecanográfica, ya que no se enjuicia dicho documento, ni su valía o trascendencia sino la conducta imputada a la actora, sobre su actuación al hallar un documento, sin que conste – cual pretende la recurrente en su argumentación al motivo -, que la actora fuera una técnica en la obra de don C.J.C., que le permitiera a simple vista determinar si unos documentos son un manuscrito original de dicho autor o no, por lo que se rechaza la modificación.

SEGUNDO.- En sede jurídica, la parte actora, en primer lugar denuncia la infracción de normas y garantías procesales que han producido indefensión, señalando que existe nulidad de actuaciones, no obstante tal invocación carece de: a) cita del precepto procesal que la ampare; b) cita de la norma procesal infringida y motivación de la indefensión producida; c) suplico coherente con tal argumentación (reposición de los autos al momento de haberse cometido la infracción), por tanto tal motivo, no puede ser atendido sin mayor razonamiento. En segundo lugar, sin cita de precepto procesal que ampare el motivo, señala la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, citando los arts. 14 y 15 de la CE, y la jurisprudencia del TC en mate-

ria de inversión de la carga de la prueba en materia de derechos fundamentales y de la jurisprudencia sobre el acoso moral o psicológico, en el trabajo, procediendo a transcribir diversas resoluciones de esta Sala y otros TSJ sobre la inversión de la carga de la prueba, olvidando el recurrente que a tenor de lo establecido en el art. 1.6 Código civil solo constituye Jurisprudencia la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, por lo que los criterios de los distintos Tribunales Superiores de Justicia no alcanzan dicho valor, al margen de la importancia que, como precedente vinculante, conlleve para el propio Tribunal que la haya dictado, por lo que, las alegaciones que contiene han de ser analizadas bajo el amparo el art. 191.c) LPL, en relación con la denuncia que efectúa de la infracción del art. 179.2 LPL, argumentando, en conjunto, que la actora acreditó la existencia de indicios racionales de vulneración de sus derechos de igualdad en el trabajo y no discriminación (art. 14 CE) y del derecho a la integridad moral (art. 15 CE), se produce la inversión de la carga de la prueba que conlleva la obligación de la patronal demandada de acreditar que la decisión extintiva es ajena a aquellas vulneraciones, por lo que estima, que no habiéndose desvirtuado aquellos indicios debió acogerse su pretensión de declaración de nulidad del despido.

El motivo no puede ser atendido por cuanto, si bien el art. 179.2 LPL establece que “una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, precepto aplicable por la remisión que efectúa el art. 181 LPL a los preceptos anteriores, sin embargo, no basta la mera alegación de vulneración de derechos fundamentales para producir tal efecto, sino que se impone al actor la carga de acreditar unos indicios mínimos y racionales de vulneración de tales derechos, así, entre otras STS 07.03.97, lo que viene a exigirse del demandante, no es la mera alegación formal de hechos, de los que se deduzca la violación, sino la acreditación, al menos, de indicios racionales de que la conducta imputada a la parte demandada puede ser tachada de ilegalidad o discriminatoria, sin que baste, al efecto indicado probatorio, la afirmación de la existencia o apariencia de violación, debiendo entenderse que los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es diferente al significado del término ‘sospechoso’, que no es sino

imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia (STS 25.03.98 y 23.09.96), y del relato histórico probado, resultan los siguientes extremos: a) que la actora mantenía una “gran relación personal con el gerente de la demandada; b) Que en abril del 2001 el Gerente dio instrucciones para que se localizara el manuscrito de la novela “La Cruz de San Andrés”, que fue buscado por la actora y otros compañeros sin que apareciera; c) Que la actora halló un paquete en el fallado del edificio que contenía folios escritos a máquina con anotaciones; d) que la actora, con autorización, se ausentó del trabajo sin comprobar el contenido del paquete que había hallado, que luego fue considerado como la novela objeto de búsqueda; e) que a partir de este momento el trato del gerente hacia la actora fue variado, prohibiéndole el acceso directo su despacho y que lo que hubiese de tratar con él que lo dirigiera a través de su secretaria; f) Que en el mes de septiembre se perdieron 18.000 fichas bibliográficas al ser traspasadas a los nuevos equipos informáticos; g) que la actora en el 17 de septiembre fue trasladada una sala no habilitada para recibir visitas sin teléfono ni ordenador y el 25 de dicho mes se la traslado a una sala anexa a la de calderas del edificio conocido como el Palomar, encomendándosele como tareas la colocación de ex libris en gran número de obras pertenecientes al legado de G.N.; h) La actora en julio del 2000 había sufrido un accidente de tráfico con politraumatismos siendo tratada con analgésicos y presentando trastorno mixto de ansiedad, agravado con crisis de angustia, anteriormente había sido tratada con antidepresivos por cuestión sentimental; i) el 08.10.02 fue diagnosticada de depresión reactiva secundaria a probable acoso moral hincando incapacidad temporal de la que fue dada de alta el 28.05.03 fecha en la que fue despedida. De los anteriores hechos no se puede colegir, en forma alguna, la existencia de actos indiciarios que exterioricen, que la facultad organizativa del empleador ha sido utilizada en forma discriminatoria frente a la actora, vulnerando el derecho a la igualdad o a la integridad moral de la demandante, sino que, del iter temporal en como acaecen (primero, una negligencia de la actora que se preocupa de asistir a un concurso mas que de dejar cumplida la tarea encomendada, después, la presunta fiesta previa al inicio de vacaciones, y por último, la pérdida de las fichas sin que pueda recuperarlas pro sí misma), se llega a la conclusión de que la dirección patronal toma la decisión de apartarla de las tareas de responsabilidad que venía desempeñando por considerar que existe por parte de la actora una desatención manifiesta de su tra-

bajo, y si bien, salvo la fiesta previa a vacaciones que no consta acreditada, los hechos imputados aparecen como ciertos, aunque exentos de responsabilidad en la actora (la pérdida de fichas) y de la gravedad que se le atribuye por la empleadora (localización del manuscrito), permiten alejar de dicha patronal la intencionalidad vulneradora de derechos fundamentales de la demandante, por mas que sean inadecuados para fundar la medida de despido, inadecuación que justifica la declaración de improcedencia de tal decisión, mas no permite alcanzar la calificación de nulidad, pues de dichas medidas empresariales no puede hilarse la consecuencia psiquiátrica que se pretende dados los antecedentes de tal índole que concurren en la demandante, por ello se desestima el motivo.

TERCERO.- En cuanto a la empleadora recurrente, esta con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia diversas infracciones: A) En primer lugar invoca la infracción por no aplicación de los arts. 54 y 56 LET en relación con los arts 1.265 y 1.266 del Código civil, así como de los arts. 359 LEC, 120.3 CE y 248 LOPJ y 97.2 LPL, argumentando que la resolución de instancia carece de fundamentación en lo relativo a la fijación del relato fáctico y que se limita a transcribir documentos sin señalar si el contenido es cierto o falso, habiendo acudido el juzgador de instancia a la valoración conjunta del total material probatorio obrante en los autos. B) En segundo lugar la infracción del art. 54.2.b) LET y STS de 04.03.91, en relación con los arts. 20. LET, 7.1 y 1.258 del Código civil, así como diversas resoluciones de los TSJ que señala, argumentando que el quebrantamiento de la buena fe contractual y la confianza entre las partes, no es susceptible de graduación y que la conducta de la actora quebranta la confianza patronal por lo que se debió declarar procedente el despido.

En cuanto a la primera de las denuncias no puede ser atendida, basta el examen de fundamento de derecho tercero de la resolución recurrida para constatar una prolija y extensa argumentación judicial, en instancia, en relación con el objeto del litigio, las imputaciones efectuadas, las acreditadas y las no probadas, con la consecuencia inherente en cada caso en relación con el resultado probatorio obtenido por la parte demandada ahora recurrente, a quien incumbía acreditar los hechos imputados en la carta de despido y desvirtuar las alegaciones de la parte actora, y así, de los tres hechos imputados en la carta de despido, razona el juzgador de instancia que el segundo (fiesta) no resulta probado, sobre este extremo la recurrente nada señala a lo

largo de su extenso recurso por lo que se entien-
de que admite la aseveración judicial de falta de
prueba sobre tal imputación; en cuanto a la pér-
dida de las fichas informáticas, se admite la reali-
dad de la misma, lo que niega el juzgador de
instancia es que tal pérdida le sea imputable a la
actora, argumentando, que fue debida al cambio
de programa informático por lo que en la pérdi-
da no se le puede exigir responsabilidad a la
actora, y en la recuperación (exigida por la recu-
rente), si bien la actora goza de preparación
informática cualificada, tal preparación es a nivel
de usuario de los programas informáticos y apli-
caciones, mas la recuperación de datos extravia-
dos en un cambio de programa informático,
parece exceder de los conocimientos exigibles a
nivel de usuario, por lo menos la parte recurren-
te, tendría que haber acreditado con la pericial
oportuna que tal recuperación debería ser de
conocimiento de la actora en función de los títu-
los exhibidos por la misma en la materia, prueba
que no se aportó. Expuesto lo anterior solo
queda un hecho, de los imputados, acreditado y
que el juzgador de instancia valora, por tanto no
puede sostenerse la incongruencia de la resolu-
ción recurrida o la falta de fundamentación en la
misma, al tiempo que no se observa en que se
pudo haber vulnerado los arts. 1.265 y 1.266 del
Código civil sobre el consentimiento y el error
invalidante des mismo; ni aparece vulneración
alguna sobre la estructura de la sentencia recurri-
da ni de las reglas en la valoración de la prueba
obstante en los autos (art. 97.2 LPL), al tiempo
que tampoco se observa cual es el defecto que
se imputa en relación con la forma de dicha
resolución, ni en cuanto a la fundamentación de
la misma (art. 120 CE), desestimándose este pri-
mer motivo de recurso.

En cuanto al segundo de los motivos,
infracción de los arts. 54.2.b), y d) del Estatuto,
postulando la declaración de procedencia del
despido, tampoco puede ser acogido dicho
motivo, por cuanto, de los tres hechos imputa-
dos en la carta de despido, uno no resulta pro-
bado (fiesta previa a vacaciones), el otro no
resulta acreditado que fuera consecuencia de un
acto realizado por la actora (pérdida de fichas) y
sin que puede calificarse como desobediencia a
las ordenes del empresario la manifestación de
no ser capaz de recuperarlas, pues, como ya se
indico anteriormente, no ha probado la emplea-
dora que, con los títulos que invocó la actora
esta tuviera o debiera disponer de conocimien-
tos suficientes y adecuados para realizar dicha
recuperación, sin que a ello sea óbice que otra
becaria de la empresa con la ayuda de un técni-
co de la empresa instaladora del sistema infor-

mático recuperase dichos archivos, consecuen-
temente, solo una imputación se mantiene, con-
sistente en la negligencia en el desempeño de
su trabajo, mas no toda negligencia puede ser
justificar un despido, sin que quepa calificar los
hechos de la manera que mas le convenga a la
parte recurrente, pues la negligencia no es mas
que la falta de diligencia exigible de ordinario
en la realización de una tarea, por tanto gradua-
ble en atención a la mayor facilidad o dificultad
en la ejecución, en atención a circunstancias de
tiempo, lugar y condición de la persona imputa-
da, siendo plenamente aplicable la teoría gra-
dualista, por ello, no constando que la actora
hubiera sido sancionada con anterioridad, no
habiéndose producido perjuicio alguno a la
empresa, siguiendo la teoría gradualista conteni-
da en STS de 28 de enero de 1984, 16 de julio y
2 de octubre de 1986 y de 5 de marzo de 1987
entre otras, según la cual ha de darse proporci-
onalidad y adecuación entre el hecho imputado y
la sanción impuesta, no cabe sancionar, la falta
de diligencia de la actora -consistente, realmen-
te, en no comprobar de forma concreta y meti-
culosa el contenido de lo que había hallado en
el desván antes de hacer uso del permiso que
tenía concedido, habiéndose comprobado, de
forma inmediata por otros trabajadores tal
hallazgo, y visto que la urgencia de la búsqueda
no impedía la ausencia de la actora, tal como se
le autorizó-, con la sanción de tal gravedad
como la de despido impuesta, y sin que pueda
transformarse una falta de diligencia en un aten-
tado a la lealtad empresarial, a la probidad o a
la confianza pues ni se le imputó en la carta de
despido, ni existen indicios de que la actora
hubiera tomado conocimiento del contenido de
aquellos documentos y pretendiera ocultarlos, o
retrasar su hallazgo para perjudicar a su princi-
pal o con motivos espurios, por ello la declara-
ción de improcedencia se ajusta a la legalidad
vigente, desestimándose el motivo planteado.

CUARTO.- En relación con el recurso
de la empresa ha de adicionarse dos cuestio-
nes, la primera, relativa a la unión de los docu-
mentos/pericia que se adjuntan con el recurso,
para rechazarlos en tanto en cuanto, la pericial
no cabe en esta alzada y en cuanto a los docu-
mentos que se unen ni se presentan en la debi-
da forma, esto es, peticionando su unión al
recurso, señalando la causa que justifica tal
unión y razonando el motivo por el que no
fueron aportados en la instancia siendo docu-
mentos de la parte que obraban en su poder, al
tiempo que ninguna conclusión se puede extra-
er de ellos, como no sea el juicio de intencio-
nes que la presentante extrae de tales docu-

mentos y los conocimientos que atribuye a la actora sobre el autos de los mismos para imputarle una intencionalidad quebrantadora de la buena fe que no le imputó en la carta de despedido por ello se rechaza su unión a los autos; la segunda, relativa a la sanción que se le impone en instancia por no acudir al acto de conciliación ante el SMAC, que ni siquiera se ataca en esta alzada, para confirmarla en su integridad.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 202.4 LPL la desestimación del recurso implica la pérdida del depósito constituido para recurrir, manteniéndose los aseguramientos prestados hasta hacer efectivas las cantidades objeto de condena, y asimismo de conformidad con el art. 233.1 de dicho texto procesal deben imponerse las costas del recurso a la empleadora recurrente, condenándola al pago de la suma de 200 €, en concepto de honorarios del letrado de la parte actora impugnante del recurso.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimamos los recursos de suplicación formulados por ambas partes demandante y demandada contra la sentencia dictada el 31.07.03 por el Juzgado de lo Social Nº1 de Santiago en autos Nº 432-2002 seguidos a instancia de doña M.L.F.P. contra la "Fundación C.J.C." y Ministerio Fiscal sobre despido, resolución que se mantiene en su integridad.

3793 Autos nº. 11/03

S.S. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. DE CARÁCTER COLECTIVO. MODIFICACIÓN DE XORNADA E NON DE HORARIO.

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

A Coruña, a veintitrés de enero de dos mil cuatro

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los Autos nº. 11/03, seguidos a instancia de Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia contra Fundación Centro de Transfusión de Galicia (CTG), siendo el objeto del litigio conflicto.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 14 de noviembre de 2003 tuvo entrada en esta Sala de lo Social demanda de Conflicto Colectivo formulada por el Sindicato Nacional de CC.OO de Galicia, contra la Fundación Centro de Transfusión de Galicia (CTG), acordándose por diligencia de ordenación requerir al representante del Sindicato demandante, para que en el plazo de 3 días presentase el original debidamente firmado, lo que se verificó el día 26. Admitida a trámite la demandas, se citaron a las partes para comparecer al acto de juicio, que tuvo lugar el día 15 de enero del presente año, representando al Sindicato demandante, el letrado don F.E.F. y a la Fundación CTG, el Letrado don J.G.C. Abierto el acto, la parte actora se afirma y ratifica en su demanda; asimismo, alegó como otro motivo adicional de nulidad, la incompetencia de quien acordó la modificación para acordar esa modificación. Por el representante de la parte demandada, se argumenta indefensión en cuanto al alegato formulado en el acto del juicio, y sobre el fondo de la demanda se opone, aunque reconoció que entre el Comité y la empresa se llegó a un acuerdo horario. Recibido el juicio a prueba, por la parte actora se propuso documental y testifical, y por la demandada, documental, que fueron declaradas pertinentes, acordándose unir la documental a las actuaciones, previo traslado a la contraria y la práctica de la restante. En trámite de conclusiones, las partes insisten en sus pretensiones, alegando la actora que su ampliación no supone una modificación sustancial de la demanda, ya que sólo se amplía la fundamentación jurídica, quedando el juicio visto para sentencia.

En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

Hechos probados

PRIMERO.- Mediante Acuerdo entre la Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia y el Comité de Empresa, con fecha de 14.02.01 y efectos de 01.03.01, se establecieron las siguientes condiciones de trabajo:

"Primero. El personal del Servicio de Hemodonación realizará una jornada continuada, bien en turno de mañana o bien en turno de tarde, con el siguiente horario ... Para las unidades móviles: Jornada de mañana: De 9 a 16 horas. Jornada de tarde: De 14 a 21 horas ... Por necesidades del servicio y con el fin de conseguir una mejor adaptación a las disponibilidades de los donantes, la empresa, en virtud de su poder organizativo y directivo, queda facultada, sin limitación alguna, a cambiar el horario de las unidades móviles para fijarlo, durante los meses de mayo a septiembre: Jornada de mañana: De 9 a 16 horas. Jornada de tarde: De 14 a 22 horas. El exceso que se desprende de esta jornada será compensado con descanso dentro de los tres meses siguientes. El CTG organizará la distribución de dicha compensación".

"Tercero. La jornada ordinaria de trabajo, para adecuarse a la disponibilidad de los donantes y, atendiendo a la particularidad de determinadas colectas, podrá ampliarse por la empresa hasta nueve horas diarias. En este caso el exceso de jornada sobre las siete horas será compensado en descansos, dentro de los tres meses siguientes".

"Quinto. Respecto de los conductores, su horario en el turno de mañana se iniciará quince minutos antes, y en el turno de tarde finalizará quince minutos antes, y en el turno de tarde finalizará quince minutos después. Cuando se trate de jornada única, la misma se iniciará quince minutos antes y finalizará quince minutos después. Cuando este exceso alcance una jornada ordinaria se compensará con descanso dentro de los tres meses siguientes".

SEGUNDO.- Con fecha 30.07.03 la Fundación Pública Centro de Transfusiones de Galicia aceptó el presupuesto de limpieza integral de la empresa S., durando el contrato de 08.09.03 a 07.01.04. La empresa de limpieza comunicó a la empleadora el personal adscrito y los horarios de trabajo.

TERCERO.- Por Nota Interna de Responsable de Hemodonación y Aféresis al Personal de Hemodonación y Aféresis se programó la limpieza semanal periódica de las Unidades Móviles en los siguientes términos: *"a) La limpieza semanal deberá realizarse en horario de 6:45 a 8:45 AM en los días fijados en UM-13 Santiago, UM-12 Pontevedra, UM-11 Vigo y UM-10 (Coruña). Lunes: Limpieza de UM-10 Coruña. Martes: Limpieza de UM-13*

Santiago. Miércoles: Limpieza de UM-11 Vigo. Jueves: Limpieza de UM-12 Pontevedra. El acceso a locales será facilitado por un conductor de CTG, que abrirá, encenderá generador de UM y cerrará UM tras finalizar limpieza interna. b) La limpieza semanal deberá realizarse en horario de 12:45 a 14:45 AM en los días fijados en UM-1 Ferrol, UM-5 Vigo, UM-6 Lugo y UM-9 Orense en que podrá realizarse de 9:00 a 10:00 en los días fijados. Lunes: Limpieza de UM-1 Ferrol. Martes: Limpieza de UM-7 Coruña. Jueves: Limpieza de UM-5 Vigo. Viernes: Limpieza de UM-9 Orense y UM-6 Lugo. El acceso a locales será facilitado por personal de cada taller (Coruña, Vigo y Orense), que abrirá y cerrará UM tras finalizar limpieza interna. En Ferrol y Lugo será el personal de Unidad de Donantes dependiente de CTG el encargado de facilitar el acceso a UM. Excepcionalmente en colectas extraordinarias de mañana, se podrá realizar limpieza de UM-7 y UM-5 en horario de 6:45 a 8:45, (y) previamente será comunicado este cambio por CTG a empresa S. (empresa de limpieza). Se comenzará con este programa de limpieza a partir del lunes día 15 de septiembre de 2003".

CUARTO.- Las dos horas trabajadas de más como consecuencia del adelantamiento del horario de trabajo se compensan con descansos.

QUINTO.- En las elecciones sindicales celebradas el año 2002 se contabilizaron en el centro de trabajo de Santiago de Compostela 105 electores, en el centro de trabajo de Vigo 24 electores, en el centro de trabajo de A Coruña 22 electores, en el centro de trabajo de Pontevedra 16 electores, en el centro de trabajo de Ferrol 12 electores, en el centro de trabajo de Ourense 8 electores, y en el centro de trabajo de Lugo 7 electores. El total asciende a 192 electores.

SEXTO.- En los Presupuestos para el año 2003 de la Fundación Pública Centro de Transfusión de Galicia se especifican 175 trabajadores en plantilla en el año 2002, de los cuales 17 son conductores, y se prevén 186 trabajadores en plantilla para el año 2003, de los cuales 18 son conductores.

SÉPTIMO.- En los ingresos mensuales de las retenciones a sus trabajadores del impuesto de la renta de las personas físicas, la empresa declaró, en febrero de 2003, 209 perceptores, en marzo de 2003, 213 perceptores, en abril de 2003, 226 perceptores, en mayo de 2003, 220 perceptores, en junio de 2003, 226

perceptores, en julio de 2003, 235 perceptores, en agosto de 2003, 235 perceptores, y en septiembre de 2003, 238 perceptores.

OCTAVO.- En los boletines mensuales de cotizaciones sociales a la Tesorería General de la Seguridad Social, la empresa declaró, en febrero de 2003, 209 trabajadores, en marzo de 2003, 213 trabajadores, en abril de 2003, 218 trabajadores, en mayo de 2003, 211 trabajadores, en junio de 2002, 226 trabajadores, en julio de 2003, 235 trabajadores, en agosto de 2003, 235 trabajadores y en septiembre de 2003, 238 trabajadores.

NOVENO.- Al momento de planteamiento del conflicto colectivo, los trabajadores con categoría profesional de conductor son diecinueve –destinados cuatro en cada unidad móvil de A Coruña y de Vigo, y dos en cada unidad móvil de Ferrol, Lugo, Ourense, Pontevedra y Santiago de Compostela, habiendo otro conductor más con funciones propias de trabajador correturnos–.

DÉCIMO.- Interpuesto procedimiento de conflicto colectivo ante la Dirección Xeral de Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, comparecieron a 11.11.03 las partes legitimadas, alegando la empresa *“(a) non se trata de un conflito colectivo, por non alcanzar o número de traballadores afectados na porcentaxe do 10%, tal como se establece no escrito de promoción do conflito; polo tanto tería que tratarse o tema como un conflito individual; (b) a situación actual pode ter un carácter transitorio; (c) tamén, con carácter transitorio, compensaránse dúas horas por cada hora de traballo realizado”*. No alcanzado el acuerdo, se concluyó el acto con el resultado sin avenencia.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1. La demanda de conflicto colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo se sustenta en la afectación de la jornada de trabajo establecida en un acuerdo o pacto colectivo, y, en atención a esa afectación, se considera la existencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4.1 del Estatuto de los Trabajadores, *“deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración a inferior a quince días”*, y, faltando las consultas en el caso de autos, se sostiene la nulidad del acuerdo modificatorio.

Asimismo, en el acto del juicio oral, se ha alegado, como otro motivo adicional de nulidad, la incompetencia de quien acordó la modificación para acordar esa modificación.

2. Frente a esa demanda, la empleadora excepciona, con carácter de procesal, la inadecuación de procedimiento, al considerar que, si existe una modificación sustancial de condiciones de trabajo, sólo afecta al horario, de modo que, al no alcanzarse los umbrales de trabajadores afectados establecidos en el artículo 41.2.IV del Estatuto de los Trabajadores, la modificación sería de carácter individual. En todo caso y sobre el fondo, niega la sustancialidad de la modificación de condiciones, que, a su entender, se encuentran dentro del ámbito del llamado *ius variandi* fuerte –artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores–, o, como mucho, es una movilidad funcional –artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores–. Por lo demás, se argumenta indefensión en cuanto al alegato, realizado en el acto del juicio oral, de vicio de incompetencia.

SEGUNDO.- 1. La cuestión clave en la solución de las cuestiones centrales suscitadas en este litigio es si la modificación de condiciones de trabajo afecta al horario de trabajo o a la jornada de trabajo. Tal cuestión es trascendental en la determinación de si concurre la sustancialidad en la modificación de las condiciones laborales. Circunstancia fáctica decisiva en la valoración del carácter sustancial es el sistema de compensación de las horas adicionales de trabajo realizado –dicha compensación es un dato indiscutido y que, además, ratificó, a repreguntas de la empleadora, el testigo del sindicato demandante, de ahí su declaración como probada en el Hecho Probado Cuarto–. Otras circunstancias fácticas a considerar son el texto del pacto sobre jornada –Hecho Probado Primero– y el del acuerdo modificatorio –Hecho Probado Segundo–, e igualmente los términos de la posterior oferta empresarial de avenencia en el procedimiento administrativo de conflicto colectivo –Hecho Probado Décimo–.

2. Si la modificación es de horario, los datos fácticos derivados de la documental obrante en las actuaciones –los presupuestos de la empleadora, los formularios electorales, los documentos fiscales y los boletines de cotización, aportados en el ramo de prueba de la demandada y sustento probatorio de lo recogido, respectivamente, en los Hechos Probados Quinto, Sexto, Séptimo y Octavo–, y, aún considerando el número de conductores afectados

derivados de la testifical del sindicato demandante, de cuya veracidad no dudamos –sustento probatorio de lo recogido en el Hecho Probado Noveno–, nos sitúan en una modificación que, aunque fuere sustancial, sería individual –artículo 41.2.IV del Estatuto de los Trabajadores–. Pero si la modificación es de jornada, no juegan los umbrales establecidos estatutariamente, de donde sería colectiva en cuanto afecta a un “acuerdo o pacto colectivo” –artículo 41.2.III del referido Estatuto–.

TERCERO.- 1. Conviene aclarar, antes de continuar las razones jurídicas, que, para alcanzar la afirmación de que, si la modificación fuese de horario, la modificación sería individual, la Sala ha considerado, a los efectos de calcular el volumen de la empresa, (1) que se debe atender al cómputo a nivel de empresa, no a nivel de centro de trabajo, en atención a la literalidad del artículo 41.2.IV del Estatuto de los Trabajadores, donde se habla de empresa, (2) que se deben considerar, no sólo los trabajadores fijos de plantilla, sino también los temporales, que, salvo los efectos derivados de la naturaleza de su contrato, se equiparan a los indefinidos –artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores–, y (3) que se debe tomar, como referente temporal, el momento de planteamiento del conflicto colectivo, obviando cambios posteriores de plantilla, y, en cuanto a los anteriores, se pueden considerar criterios correctores en atención a promedios anuales –en términos semejantes al artículo 72 del Estatuto de los Trabajadores–.

2. Atendiendo a estos criterios, en el caso de autos, donde existen, en el momento de planteamiento del conflicto colectivo, 19 trabajadores afectados de un total en la empresa de 238 trabajadores –aún atendiendo al promedio del año anterior, siempre han sido más de 190 trabajadores–, computando trabajadores indefinidos y temporales, no se alcanza el 10% de trabajadores de la empresa.

CUARTO.- 1. La distinción entre jornada y horario de trabajo no es, ni en términos teóricos ni en términos prácticos, fácil, y, a los efectos de su distinción, debemos partir de lo afirmado en la Sentencia de 26.06.98, Recurso 4.621/1997, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, donde, con cita de doctrina anterior, se afirma que *“los conceptos de jornada, sea diaria, mensual o anual, y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre ambos es la jornada la que presenta una mayor relevancia y trascendencia, por*

cuento que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar, dentro del lapso temporal de que se trate; el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma a respetar la duración de la jornada estatuida”.

2. De este modo, las modificaciones sustanciales de la jornada de trabajo se refieren a la duración, modificando a más o a menos esa duración –aunque está cuestión está, en buena medida, excluida de la aplicación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, a la vista de lo dispuesto en el artículo 12.4.e) del referido Estatuto–, o a la distribución de la jornada dentro del periodo de referencia, mientras la modificación de las horas a trabajar en el periodo de determinación de la jornada de trabajo –que puede ser diario, semanal, mensual o anual de acuerdo con la norma de regulación de la jornada– afecta al horario.

QUINTO.- Partiendo de los hechos declarados probados y atendiendo a la doctrina recién expuesta, la Sala considera, en el caso de autos, la existencia de una modificación de la jornada de trabajo, y ello en atención a lo siguiente:

1º. En primer lugar, porque se produce, de manera directa, una ampliación de la jornada ordinaria de trabajo en cómputo diario de dos horas de duración, debiéndose aclarar que, de conformidad con lo establecido en el pacto de empresa sobre jornada, la jornada se regula en cómputo diario, sin poder superar las siete horas diarias o, dentro de determinadas circunstancias de hecho, las nueve horas diarias, circunstancias de hecho ajenas al caso en autos enjuiciado.

Ciertamente, este incremento de jornada en cómputo diario no se ha acreditado suponga –a causa del mecanismo de compensación del exceso– un incremento de jornada en cómputos superiores establecidos en otras regulaciones, pero, y en este aspecto se debe hacer insistencia, el pacto de empresa sobre jornada atiende al periodo de cómputo diario en beneficio de los trabajadores, de ahí la necesidad de tomar ese mismo periodo de cómputo.

La circunstancia de producirse ese incremento de jornada en cómputo diario solo una vez cada dos semanas con relación a cada

uno de los trabajadores afectados pierde, justamente al considerar el periodo de cómputo diario, relevancia a efectos decisorios del conflicto colectivo, debiéndose añadir que, en los supuestos de trabajadores correturnos, no necesariamente se tratará de un solo incremento de jornada en un periodo de referencia bisemanal.

2º. En segundo lugar, porque la jornada se flexibiliza en términos más amplios a los establecidos en el pacto de empresa sobre jornada, donde solamente dentro de determinadas circunstancias de hecho la jornada ordinaria de siete horas diarias se puede incrementar a nueve horas diarias y el exceso se compensa en los tres meses siguientes, mientras, en el caso de autos, la flexibilización queda, en sus términos concretos, a la decisión empresarial.

La Nota Interna de Responsable de Hemodonación y Aféresis al Personal de Hemodonación y Aféresis no contiene alusión alguna a la compensación del exceso de jornada en cómputo diario y solamente en la oferta de la empresa en el procedimiento de conflicto colectivo ante la Dirección Xeral de Relaciones Laborais de la Xunta de Galicia se reconoce la posibilidad de una compensación del exceso de jornada en cómputo diario, aunque no se concretan sus términos.

De este modo, los trabajadores no intervienen –a través de la participación de sus representantes legales en un acuerdo con la empresa sobre la jornada de trabajo– en la determinación de las condiciones de compensación del exceso de jornada en cómputo diario, determinación que, a falta de mayores precisiones, se convierte en una facultad de la empresa flexibilizadora de la jornada de trabajo excluida del poder negociador de los representantes de los trabajadores.

SEXTO.- Si la modificación afecta a la jornada de trabajo, circunstancia esencial en el sinalagma propio del contrato de trabajo y condicionante de la vida total del trabajador, y esa modificación determina, en una parte, una ampliación de la jornada diaria de trabajo, y, en otra parte, una flexibilización de la jornada excluida del poder negociador de los trabajadores, debemos considerar es sustancial, y si supone la alteración de lo regulado en un pacto o acuerdo colectivo, al margen de a cuantos trabajadores afecte, es de carácter colectivo, de donde, en suma, es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo que, habiéndose realiza-

do sin respetar las normas legales de procedimiento, se debe calificar de nula –artículo 138.5.II de la LPL–.

SÉPTIMO.- No se aprecia temeridad en las partes litigantes como para imponer las costas –según artículo 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral–.

Fallamos

Estimando la demandada interpuesta por el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia contra la Fundación Pública Centro de Transfusiones de Galicia, se declara la nulidad de la decisión empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con derecho de los afectados a la reposición en la situación anterior a esa decisión.

3794 Recurso núm. 6.147/03

S.S. PROCEDENCIA DO DESPEDITO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL, SEN QUE ESTA MEDIDA POIDA CONSIDERARSE DESPROPORCIONADA, DADA A ENTIDADE DO INCUMPRIMENTO CONTRACTUAL DO TRABALLADOR.

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

A Coruña, a veintiséis de enero de dos mil cuatro

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. 6.147/03 interpuesto por don J.R.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.R.L. en reclamación de despido siendo demandados las empresas “S.S., S.L.” y “J., S.L.” y el Fondo de Garantía Salarial en su día se celebró acto de

vista, habiéndose dictado en autos núm. 787/02 sentencia con fecha 2 de septiembre de 2003 por el Juzgado de referencia que desestimó la pretensión principal de la demanda y la pretensión subsidiaria de la demanda.

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

“PRIMERO.- El demandante don J.R.L., ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la demandada, empresa “S.S., S.L.”, con una antigüedad desde 07.10.99, categoría profesional de Oficial 1º y percibiendo un salario mensual en nómina de 1.039,42 Euros brutos o 979,00 euros netos, incluida la prorratea de pagas extras y fuera de nómina una cantidad variable en promedio aproximado mensual de 23.000 pesetas o 138,23 euros en concepto de gasolina, dietas y horas extras. SEGUNDO.- El demandante suscribió con la empresa “S.S., S.L.”, un contrato de duración determinada, modalidad obra o servicio determinado en fecha 05.10.99, siendo la causa de temporalidad del mismo “La realización de trabajos de construcción en obras teniendo la misma autonomía y sustantividad propia, dicho contrato se extinguió por finalización de la obra en fecha 30 de septiembre de 2002. TERCERO.- En fecha 30 de septiembre de 2002 el demandante suscribió recibo de finiquito, cuya firma se reconoció en el acto del juicio del tenor literal siguiente: Don J.R.L., con NIF: ... declara que en este momento percibe de la empresa “S.S., S.L.” con NIF ... la cantidad de 1.458,57 euros, a su favor por los servicios prestados en la misma hasta el día de hoy con la categoría de oficial 1ª por los conceptos que a continuación se detallan: Devengos. Indemnización. Total 1.458,57 euros. Líquido a percibir: 1.458,57 Euros. Con el percibo de dicha cantidad declara hallarse completamente saldado y finiquitado, por todos y cuantos devengos salariales le pudieran corresponder por razón de trabajo por cuenta de la mencionada empresa, no teniendo más que pedir ni reclamar por concepto salarial alguno, hasta el día de la fecha que causó baja de la misma, quedando totalmente rescindidas sus relaciones laborales que lo unían con la empresa. Se pone en su conocimiento el derecho que le asiste a solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el acto de la firma del recibo de finiquito. En ... a 30 de septiembre de 2002. QUINTO: El demandante suscribió en fecha 1 de octubre de 2002 con la empresa “J., S.L.” un nuevo contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo,

modalidad obra o servicio determinado en la cual se pactó una jornada de trabajo de 40 horas semanales de Lunes a Viernes, siendo la causa de temporalidad del mismo “la realización de obras en Ferrol, Calle ..., teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa”. Asimismo se pactó la duración del contrato se extenderá desde 01.10.02 hasta fin de obra. SEXTO.- En los estatutos de la sociedad “S.S., S.L.” que se inscribió en el Registro Mercantil en fecha 28 de diciembre de 1993, constan los siguientes extremos: -Capital social, se fija en la suma de 2.000.000 de ptas. Dividido en 2.000 participaciones, siendo socios de la misma el matrimonio compuesto por don J.L.S.S. y doña M.A.F.P., cada uno con 1.000 participaciones. -domicilio y objeto social se estableció en la C/ ...- A Coruña, el objeto social es promoción y ejecución de obras en fincas rústicas y urbanas, en general subconstrucción, reparación, rehabilitación, conservación, mantenimiento de trabajo de albañilería e instalaciones relacionadas con la misma fontanería, gas, electricidad y acondicionamiento térmico y acústico. -administrador único don J.L.S.S. SÉPTIMO.- En los estatutos de la sociedad “J., S.L.”, que se constituyó en fecha 18 de junio de 1996, constan los siguientes extremos.-capital social, se fija en la suma de 500.000 distribuidas en 500 participaciones sociales, siendo socios suscriptores el matrimonio formado don J.L.S.S. y doña M.A.F.P., cada uno de los cuales cuenta con 250 participaciones. -Domicilio y objeto social, el domicilio se fija en la C/ ...-A Coruña, la Sociedad tiene por objeto la promoción, adquisición, enajenación y explotación de fincas rústicas y urbanas en forma de renta, arriendo o de cualquier otra que permita el ordenamiento jurídico, así como el desarrollo de actuaciones de gestión inmobiliaria en beneficio propio o a favor de terceros. Las actividades enajenadas podrán ser realizadas por la sociedad, ya directamente, ya indirectamente, incluso mediante su participación en obras sociedades de objeto idéntico o análogo. -Administrador único: Don J.L.S.S. NOVENO.- La empresa “J., S.L.” en fecha 9 de diciembre de 2002 entregó al actor carta de despido del tenor literal siguiente: “Procedemos a ratificar el despido que de forma verbal le fue comunicado por la dirección de esta empresa el pasado día 5 de diciembre del año en curso, con efectos desde ese mismo día, imputándole los siguientes incumplimientos contractuales graves y culpables: transgresión de la buena fe contractual por trabajar por cuenta propia o ajena en la misma actividad que desarrolla esta

empresa, con la cual tiene Vd. suscrito contrato de trabajo y utilizando, además, los medios materiales de trabajo que esta empresa le ha facilitado para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo en la misma (ropa de faena en la que está impreso el logotipo de una de nuestras empresas), lo que puede inducir a error y hacer pensar que el trabajo que Vd. estaba realizando era por cuenta de dicha empresa cuando no era así. Los hechos que ocasionan este despido han tenido lugar los días 23 y 30 de noviembre de 2002 en jornada de mañana y de su comisión tiene esta empresa pruebas fehacientes. Los anteriores hechos constituyen el incumplimiento contractual grave y culpable que define el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores. Esta medida será ejecutiva en la fecha señalada, por no ser Vd. ni representante legal de los trabajadores ni delegado sindical, no constarle a esta empresa su afiliación sindical; y todo ello sin perjuicio del ejercicio de las acciones que le correspondan de conformidad con lo establecido en el art. 59.3 del estatuto de los trabajadores. Significándole que tiene a su disposición en las oficinas de esta empresa, la liquidación de haberes correspondiente, así como la documentación pertinente". DÉCIMO.- Los días 22 y 30 de Noviembre de 2002, el demandante junto con los también trabajadores M.F.M. y J.M.M., prestaron servicios de construcción en la obra Chalet particular en construcción para don J.C., en el término municipal de Ares, con ropa de trabajo de "S.S., S.L." y empleando caballetes, taladros y material de construcción de "J., S.L.", percibiendo por dicho trabajo, que se realizó en sábados la suma de 100 euros por cada Sábado trabajado, sin recibo de salarios y en dinero negro. UNDÉCIMO.- El demandante y el trabajador don J.M.M. empezaron a trabajar en fecha 13.02.02 para la empresa "N., S.L." DUODÉCIMO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores. DECIMOTERCERO.- Las empresas demandadas se dedican a la actividad de Construcción y se rigen por el Convenio Provincial del Sector de la Provincia de la Coruña. DECIMOCUARTO.- En fecha 10 de diciembre de 2002 se presentó ante el SMAC papeleta de conciliación previa, que se celebró en fecha 20 de diciembre de 2002, con el resultado de intentada sin efecto, en la cual se hizo constar lo siguiente: "Abierto el acto la parte demandante se ratifica en su demanda. La empresa demandada "S.S., S.L." manifiesta que esta empresa niega en absoluto los hechos que se le atribuyen, puesto que en la

actualidad la demandante no tiene ninguna vinculación laboral con esta empresa puesto que la misma finalizó por fin de contrato en fecha 30.09.02 y fue debidamente liquidada y finiquitada. La demandada "J., S.L." manifiesta que es cierto que esta empresa despidió al actor verbalmente en fecha 05.12.02, poniendo también verbalmente en su conocimiento los hechos en que se basaban tal decisión empresarial, significándole que le remitiría la correspondiente carta de despido, lo que se llevó a efectos por carta de fecha 09.12.02 que le fue remitida por Burofax en fecha 10.12.02, carta que se ratifica en este acto y se ofrece al demandante la cantidad correspondiente devengados de 5 días de diciembre liquidación, saldo y finiquito por importe total líquido de 269,93 euros. El demandante en replica manifiesta que no está de acuerdo con el ofrecimiento económico de la liquidación que se efectúa, toda vez que estamos ante un despido nulo o improcedente además en la cantidad ofrecida no figura el dinero negro".

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

"FALLO: 1.- Que debo desestimar y desestimo la pretensión principal de la parte actora de declaración de nulidad de despido efectuado en fecha 09.12.02, al no haberse acreditado causa de discriminación ni represalia de clase alguna en la decisión extintiva empresarial. 2.- Que, con confirmación de la decisión extintiva empresarial de fecha 09.12.02 y con desestimación de la pretensión subsidiaria en la demanda deducida por don J.R.L., contra las empresas "S.S., S.L." y "J., S.L." y FOGASA, en reclamación sobre despido, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 09.12.02 constituye un despido que debe ser calificado como procedente, absolviendo a todos los demandados de la pretensión formulada en su contra en el escrito rector de los autos".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el demandante en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que declara procedente el despido adoptado el 09.12.02, se estime la

demanda declarando la nulidad o subsidiariamente la improcedencia del despido efectuado con sus correspondientes consecuencias. A estos efectos y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los HP 1º, 2º, 3º y 10º (motivos 1º al 4º) y denuncia la infracción del art. 26.1 del ET (motivo 5º) y (motivo 6º) del art. 24 y 14 CE en relación con el art. 55.5 E.T., o subsidiariamente de los arts. 21.1 y 54.d del ET.

SEGUNDO.- Interesa el recurrente se revise el HP 1º en cuanto a la antigüedad, de modo que ésta sea no desde el 07.10.99 sino desde el 05.10.99, y el salario, de modo que -por congruencia- se declare el último percibido señalado en demanda de líquido de 1.004,55 Euros, si bien dice que el salario líquido percibido en noviembre de 2002 fue de "nómina 905,02 + tiket 192,97 = 1.097,99 euros", consecuencia de que percibió por nómina 979-(8,80+65) y por ticket 253,07 € - 10.000 pesetas para gasolina, 60,10 € = 192,97 €.

Al respecto, procede lo siguiente:

A) Es oportuno rectificar como se pide la fecha de la antigüedad en la empresa, que no es desde 07.10.99 sino desde el 05.10.99. Aparte de que lo dice la propia sentencia en su Fundamento Jurídico 2º (si bien en otro lugar del mismo se vuelve a equivocar en la fecha), lo justifica la documental invocada al efecto obrante a los folios 28 (contrato de trabajo), 35 (vida laboral), 41, 43 y otros (nóminas).

Y B) en lo que atañe a la revisión del salario, con el contexto de la prueba documental de los folios 36 a 59, la parte alega en concreto las cuantías percibidas por el demandante en el mes anterior a su despido, noviembre de 2002, reflejadas en el "ticket" del folio 36 y la nómina del folio 37, de lo que concluye el salario percibido en tal mes y solicita su reflejo en HP como anteriormente se dejó dicho, si bien aceptando como salario líquido el expresado en demanda (1.004,55 €).

Referida documental lo que acredita es que el trabajador percibió en el mes anterior a ser despedido, noviembre de 2002, en nómina el salario total mes líquido de 979 euros, como se dice en el motivo revisor y ya se declara en el HP 1º de instancia junto a un bruto de 1.039,42 €, constando asimismo en la nómina citada -y como también se señala en el texto revisor- que de tal montante 8,80 y 65 euros correspondían a "des. her." y "plus Tra", que caso de descuento de aquel total darían el

salario mes líquido que también dice el texto revisor de 905,02. Y fuera de nómina, lo que acredita el "ticket" del folio 36 es que el actor también percibió en noviembre de 2002 la suma de 253,07 euros que asimismo se dice en el texto revisor, pero no se acreditan ciertamente los conceptos concretos a que obedecían, solo figurando en el ticket y escrito con bolígrafo al lado de la suma de 10,000 la palabra "gasolina" y que como tal descuenta el recurrente. Por consiguiente, valorando también la dificultad intrínseca concurrente acerca del salario (incluso en la demanda se fijó un salario distinto al ahora argumentado por la parte), como la íntegra documental que se invoca en el motivo no justifica fehacientemente y como resulta exigible en suplicación error en el imparcial criterio judicial de instancia cuando, valorando toda la prueba practicada en el proceso, declara en el HP 1º y aparte del salario mensual en nómina, el que el actor percibía fuera de nómina en concepto de gasolina, dietas y horas extras "una cantidad variable en promedio aproximado mensual de 23.000 ptas o 138,23 € ..." (equivalencia correcta y a la que hay que estar aunque luego en el Fto. J. 2º se aluda erróneamente a 162,89 €), procede mantener esta declaración probada y admitiendo la revisión interesada en lo oportuno, declarar también que el demandante percibió en noviembre de 2002 el salario mes en nómina que se dejó expresado y fuera de nómina la cantidad antes dicha y en la concreta forma que se dejó anteriormente consignada; hecho a adicionar éste que siendo objeto de petición, resulta cualitativamente distinto del declarado en la instancia de lo percibido fuera de nómina en promedio mensual ... y que ha de ser valorado en sus consecuencias en su caso y en su momento en términos jurídico-laborales. El promedio aproximado mensual al que acude el juzgador viene explicado a partir de su valoración probatoria, de que las cantidades percibidas fuera de nómina eran distintas, los tickets no especificaban conceptos y no se hizo posible diferenciar que cantidades correspondían a dietas, horas extras..., siendo sustancial en tales casos el imparcial criterio judicial fundado en sus facultades legales en orden a valorar alegaciones y prueba y cuyo criterio a la hora de fijar el hecho no cabe variar en este recurso extraordinario.

TERCERO.- Interesa la parte recurrente se revise el HP 2º de modo que pase a declarar lo siguiente: "O demandante suscribió coa empresa "S.S., S.L." un contrato de duración

determinada, modalidade Obra ou servizo determinado en data 05.10.99, sinalándose no mesmo como centro de traballo a obra ubicada na estrada ... Narón (folios 27 e manifestamente o 28), posteriormente ambas partes notifican ao INEM a modificación do Centro de Traballo, que pasa a ser na rúa ... de Ferrol (folio 30), rexistro de Entrada no INEM de 10.11.99; variando de novo o centro de traballo ao Polígono ... en Narón (folio 31), rexistro de Entrada no INEM o 18.12.01. Este inicial contrato datado o 05.10.99, dase por extinguido o 30.09.02 por fin de obra" (Según o certificado de empresa obrante ao folio 32)".

En puridad, nada trascendente encierra el texto revisor respecto del HP 2º de instancia, que declara que el actor suscribió con "S.S., S.L." contrato de obra determinada en 05.10.99 y su causa, así como que se extinguió por fin de la obra en 30.09.02. A partir de ello, incorporando el texto revisor la documental en que se funda la revisión, procede acoger el motivo exclusivamente para adicionar al HP de instancia lo siguiente que fehacientemente acredita la documental invocada: que en el contrato se señalaba como centro de trabajo la obra sita en Estrada ... Narón, acreditándolo el contrato mismo (F. 27 y 28); que posteriormente las partes notificaron al INEM que el centro de trabajo pasaba a ser en calle ... de Ferrol, en 10.11.99 (documental folio 30), y luego (documental folio 31) en Polígono ... en Narón, en 18.12.01.

En estos términos se admite la revisión interesada.

CUARTO.- Solicita asimismo la parte se añada al final del HP 3º lo siguiente: "Este recibo de finiquito es distinto al previsto en el Convenio colectivo (art. 44 y Anexo II del mismo, con plenos efectos liberatorios (F. 69 y 75), careciendo además de sello y firma de la organización empresarial correspondiente".

No se admite la adición. A partir de que el HP 3º de instancia ya declara que en 30.09.02 el demandante suscribió recibo de finiquito, "cuya firma se reconoció en el acto de juicio", y transcribe su contenido, el texto que se pretende añadir es puramente conclusivo-argumentativo y propio del examen del derecho aplicado, no fáctico, hasta el punto de que tampoco se alega otra documental que el propio Convenio colectivo. Por encima, en el Fundamento Jurídico 2º de la sentencia de instancia se argumenta que el tal finiquito "no surte efecto sobre la cadena contractual...".

En suma, al margen de la cuestión jurídica que pueda suscitarse en el contexto del art. 191.c) LPL, la revisión interesada no procede.

QUINTO.- Por último, interesa el demandante la revisión del HP 10º con el fin de que en él se rectifique la fecha señalada del día "22" por la del día "23" y se suprima la expresión "material de construcción".

La sustitución del día 22 por el 23 es oportuna, pues lo admite la empresa en la impugnación y se deduce el error en el día de la carta de despido y del Fto. J. 5º de la sentencia de instancia.

Por el contrario, no procede la supresión que se dejó dicha. Se alega al efecto la carta de despido (folio 26), que no es prueba que ampare la supresión fáctica interesada, e incluso en términos jurídicos de imputación disciplinaria, que es la verdadera dimensión del motivo y no tanto fáctica, aparte de a la postre intrascendente dado lo imputado, la carta habla de un amplio-prácticamente omni-comprendido- "medios materiales de trabajo...". También se alude a la testifical y confesión practicadas en juicio, que no es prueba apta para revisar HP conforme al art. 191.b) y 194 LPL y cuya valoración corresponde al imparcial criterio judicial en función de la inmediación. A partir de todo ello y sin perjuicio de lo que en términos de examen del derecho se considere y concluya al respecto de la imputación disciplinaria, debe mantenerse la valoración judicial que de alegación y pruebas se ha hecho, plasmándola en los HDP, considerando que al juez de instancia 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 la 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 (art. 191.b) y 194 LPL)

obran en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo».

SEXTO.- Al amparo del art. 191.C LPL denuncia el demandante la infracción del art. 26.1 ET realmente para insistir que su salario legal es el que dejó expuesto al hilo de interesar la revisión del HP 1º, estando vinculada la cuestión del salario con la infracción que denuncia en el siguiente motivo ya en función de solicitar la declaración de despido como nulo o improcedente, en cuyo caso también sería preciso considerar definitivamente el salario a los efectos de las consecuencias de tal declaración. El interés de la parte existente en la infracción que del art. 26.1 ET señala está en principio satisfecho con la revisión fáctica que al efecto se operó en el HP 1º y con la reconducción de la cuestión jurídica que subyace en términos del motivo siguiente y del salario regulador caso de concluir que el despido del demandante es nulo o improcedente al resultar consecuencial a esta declaración, con la argumentación añadida en todo caso y en términos de art. 26.1 ET de que aunque la retribución se perciba fuera de nómina, sin cotizar... la acreditada debe ser considerada; otra cosa es la naturaleza salarial o extrasalarial no computable a los presentes efectos de las percepciones, constando en el caso de autos que lo percibido por el actor fuera de nómina no eran cantidades iguales y no aparecen cuantitativamente concretados y explicitados del modo debido los conceptos de las mismas, tampoco en el mes de noviembre de 2002.

Con este contexto, lo oportuno es examinar la infracción que de los arts. 24 y 14 CE en relación con el art. 55.5 ET se denuncia para sostener la existencia de un despido nulo por alegar que el despido es una acción de represalia (por la demanda de que se le abonase el salario de modo legal) y discriminatorio (porque a M.F.M. no se le despidió a pesar de su misma participación en los hechos); o la del art. 21.1 y 54.d ET para reclamar en todo caso la improcedencia del despido alegando ser "la medida sancionadora adoptada desproporcionada".

SÉPTIMO.- De conformidad con los HDP, el demandante, que prestó servicios primero para la empresa "S.S., S.L." y luego para "J., S.L." (dedicadas a construcción) como señalan los HDP 1º a 7º, subyaciendo una relación laboral indefinida y un grupo empresarial entre ambas como dejó establecido la sentencia recurrida en su Fto. J. 2º, fue despedido -reite-

rando- ratificando de manera oportuna decisión verbal previa (también en el SMAC)- mediante carta de "J., S.L." de fecha 09.12.02 e imputándole -HP 9º- trabajar los días 23 y 30.11.02 en jornada de mañana por su cuenta en la misma actividad que desarrollaba la empresa "y utilizando, además, los medios materiales de trabajo que esta empresa le ha facilitado para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo en la misma...". Y efectivamente, conforme al HDP 10º en estos días dichos el demandante "junto con los también trabajadores M.F.M. y J.M.M., prestaron servicios de construcción en la obra Chalet particular en construcción para don J.C., en el término municipal de Ares, con ropa de trabajo de "S.S., S.L." y empleando caballetes, taladros y material de construcción de "J., S.L.", percibiendo por dicho trabajo, que se realizó en sábados la suma de 100 euros por cada Sábado trabajado, sin recibo de salarios y en dinero negro". Asimismo consta en el Fundamento Jurídico 5º de la sentencia recurrida (aunque en lugar inadecuado, con su correspondiente valor legal fáctico) que para realizar los trabajos dichos no se contaba con autorización de la empresa demandada ni se enteró a ésta de ello; y que el trabajador de "J., S.L." antes mencionado M.F.M. "puso en conocimiento de la empresa la situación de concurrencia desleal de él mismo y de su compañero, comprometiéndose con esta a no prestar servicios los sábados y cesando en su actividad concurrente de inmediato", mientras que el trabajador J.M. pidió la baja voluntaria en "J., S.L."

Se deriva de todo ello el rechazo de la infracción normativa que se examina; de las alegaciones de que el despido fue una acción de represalia, por la demanda de que se abonara al actor el salario de modo legal -derecho a la indemnidad-, y también discriminatorio, al no haber sido despedido el testigo M.F.M. "que tiene idéntica participación en los hechos que el demandante".

OCTAVO.- Como ha venido recogiendo este Tribunal en diversas ocasiones, es doctrina del T.Co 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, 88/1985, 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 exis-

tencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales. Cier-to que no basta la mera afirmación de la exis-tencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de probarse indi-ciariamente la existencia de aquella causa (SSTC 266/1993 y 21/1992), tal como expresa-mente disponen los arts 96 y 179.2 de la vigen-te 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 fundamenta-les, sino tan sólo probar que el despido obede-ce a motivos razonables, extraños a todo pro-pósito 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 des-pido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien cubrir un despido discrimina-torio bajo el pretexto de pequeños incumpl-mientos 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 dere-cho fundamental.

En concreto, se produce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la causa del despido es la represalia contra la persona que lleva a cabo el ejercicio de una acción judicial (TCo 140/99, 168/99). La S.TCo 199/2000 remitiéndose a la S.TCo 140/99, dice 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 pre-paratorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas... 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 obte-ner la tutela de sus derechos (SS.TCo 7/93, 14/93, 54/95.....)”. Y citando S TCo 7/93, afirma que “...si la causa del despido hubiera sido real-mente una reacción... por el hecho de haber ejercitado una acción judicial... la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula...”. Incluso en relación a los términos de una ejecu-toria dice esta sentencia que “ante eventuales supuestos de comportamiento fraudulento o impeditivo de la eficacia de una resolución judi-cial firme, el órgano judicial “viene obligado

por imperativo del art. 24.1 CE a adoptar las oportunas medidas de reacción, en orden a asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial (SSTC 125/87...)”.

NOVENO.- En autos no hay indicio valorable alguno de la existencia de móvil dis-criminatorio en la decisión extintiva empresa-rial de 09.12.02. Por un lado, el demandante –como se dice en el FJ. 3º de la sentencia recurrida- percibía los conceptos retributivos de dietas, gasolina... fuera de nómina del mismo modo que sus compañeros de trabajo, sin que se acreditase denuncia escrita ante la empresa o ante la autoridad laboral ni acción entablada al respecto, no expresando los HDP una postura del actor valorable ciertamente a los efectos de que se trata (incluso en el Ft. J. 3º de la sentencia recurrida se alude a una tácita asunción de la situación). De otro, la empresa despidió sin relación alguna con refe-rida situación retributivo –salarial, haciéndolo por motivos disciplinarios netos y acreditados y concurriendo, como luego definitivamente se dirá, justa causa de despido, la prevista en el art. 54.2.d E.T.

En definitiva, ninguna “represalia” sub-yace en la decisión empresarial de despedir ni con ella resultó afectada la garantía de indem-nidad que se dejó anteriormente comentada.

Tampoco existe la discriminación ale-gada. Aparte de lo ya dicho y de que en la demanda –hecho 3º- solo se aducía el carácter “represivo” del despido por reclamar el abono del salario en nómina, ratificada en el acto de juicio (F. 228 y ss.), en materia de igualdad es doctrina constitucional –en especial STC 76/90- que no toda desigualdad de trato supo-ne una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce solo aquella desi-gualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razo-nable... En el caso resulta que si bien los días 23 y 30.11.02 trabajaban por su cuenta y con medios de la empresa no solo el actor y otro que luego cesó voluntariamente en la deman-dada, sino también M.F.M. y éste no fue des-pedido de la empresa, resulta que referido tra-bajador, aparte los factores personales y labo-rales propios e ínsitos en su relación con la empresa y por esta también considerados, puso en conocimiento de la demandada la situación de concurrencia, se comprometió con esta a no prestar servicios los sábados y cesó de inmediato en su actividad concurren-te; conducta propia para con la empresa que

no comunicable al demandante –del que en este sentido nada se declara–, propicia factores diferenciales ciertos respecto del actor y pone de relieve que la diversa decisión empresarial no obedeció a consideraciones discriminatorias de clase alguna, sino valorativas de actitudes y actuaciones diferentes que en todo caso suponen suficiente justificación –en términos de art. 14 CE– a la misma.

DÉCIMO.- Finalmente, tampoco resulta admisible la alegación de improcedencia del despido, aduciéndose al efecto que se trata de una medida sancionadora “desproporcionada...” y la infracción de los arts. 21.1 y 54.d ET.

La conducta probada del actor (HDP 10º y Ft. J. 5º de la sentencia recurrida) no solo ha sido trabajar retribuidamente para sí los días 23 y 30.11.02 en la construcción de un chalet de un particular, sino también hacerlo empleando medios materiales de trabajo de la empresa “J., S.L.” y de “S.S., S.L.”, dedicadas a la construcción, tanto ropa de trabajo como caballetes, taladros..., todo ello sin conocimiento ni autorización de ambas empresas. Y esta conducta –también aunque no se considere el empleo de “material de construcción” en sentido estricto propio (si bien la carta de despido contiene una amplia imputación al respecto), pues se empleó ropa de trabajo, caballetes..., como asimismo califica el Juzgador de instancia en el Ft. Jurídico 5º de la sentencia recurrida, constituye una transgresión de la buena fe contractual y un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales. No es ya la concurrencia con la actividad de las empresas demandadas (acerca de lo cual argumenta y razona la sentencia recurrida), sino la utilización indebida al efecto de los medios de trabajo de estas empresas, lo que incluía la ropa de trabajo, con todo lo que ello implica. Esta integral conducta, imputada en la carta del despido cuya decisión se impugna en el proceso y declarada probada en la instancia, explicita la infracción manifiesta por parte del trabajador demandante de deberes contractuales-laborales de signo esencial y revestidos de la gravedad y culpabilidad propias del art. 54.2.d) del ET. La sentencia recurrida justifica la procedencia del despido también en una transgresión de la buena fe contractual (que imputaba expresamente la empresa para el despido); nítidamente producida cuando el trabajador, además, utiliza sin conocimiento ni autorización ropa de trabajo e instrumental de la empresa para realizar para sí trabajos retribuidos, como así se declara probado. El Juzgador de instancia también se hace eco a estos efectos de diversa doctrina jurisprudencial, señalando

do en concreto a través de la STSJ. Madrid de 25.04.02 que la conducta del trabajador de usar material de la empresa indebidamente abusando de la confianza depositada en él, justifica el despido al confundir lo ajeno con lo propio, disponiendo de medios al margen de su finalidad... Concorre, pues, la causa de despido imputada, incardinable en el art. 54.2.d) ET, no siendo acogibles las argumentaciones del recurso al efecto.

Por consiguiente, resulta inviable la pretensión del demandante de declarar el despido nulo o improcedente según en concreto interesa y, por ello, sin necesidad de otro análisis o examen, procede rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia de instancia, siendo procedente el despido y llevando consigo los efectos previstos en el art. 55.4 y 7 del ET.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.R.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo social nº1 de Ferrol de fecha 02.09.03 en autos nº787/02 seguidos a instancias del recurrente frente a las empresas “J., S.L.”, “S.S., S.L.” y el FOGASA, confirmamos la sentencia recurrida.

3795 Recurso núm. 6.227/03

S.S. NATUREZA INDEMNIZATORIA DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN, PARA OS EFECTOS DE RESPONSABILIDADES POR CONTRATAS E SUBCONTRATAS.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a vinte e seis de enero de dos mil e catro

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. 6.227/03 interpuesto por Cruz Roja Española y el demandante contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.B.V. en reclamación de despido siendo demandado Cruz Roja Española y SASEMAR en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 91/03 sentencia con fecha siete de julio 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.- Que el demandante don M.B.V. vino prestando sus servicios para la demandada Cruz Roja Española con antigüedad de 11.04.95, con la categoría profesional de patrón, percibiendo un salario mensual de 994,02 euros mensuales con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias. Segundo.- Que el actor suscribió con la demandada Cruz Roja diversos contratos de duración determinada para obra o servicio determinado, como consecuencia de los convenios de cooperación inicialmente establecidos en el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, y posteriormente, con la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR) como entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Obras Públicas, Transportes, y Medio Ambiente a quién se adscribieron los medios materiales de la Dirección General de la Marina Mercante, y en virtud de los cuales Cruz Roja Española se comprometía a prestar en los términos previstos en aquellos el servicio de salvamento marítimo. Siendo el primero que se afirma desde el 11.04.95 como contrato de duración determinada para obra o servicio determinado suscrito entre las partes el día 11.04.95, cuya duración se extendería desde el 11.04.95 hasta el fin del servicio, teniendo por objeto dicho contrato “la realización de funciones de patrón de Base de Cruz Roja Española en Finisterre, así como las tareas de apoyo al buen funcionamiento de la misma, al amparo del convenio suscrito entre la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR) y Cruz Roja Española para el año 1995” el segundo celebrado fue un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado suscrito entre las partes el día 05.02.96, cuya duración se extendería desde el 05.02.96 hasta el fin del servicio, teniendo por objeto dicho contrato “la realización de funciones de mantenimiento de la embarcación de clase “A” en la de base de Cruz Roja Española en Finisterre, así como las tareas de apoyo al buen funcionamiento de la misma, al amparo del conve-

nio suscrito entre la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR) y Cruz Roja Española para el año 1996. El tercer contrato celebrado fue un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado suscrito entre las partes el día 01.01.97, cuya duración se extendería desde el 01.01.97 hasta el 31.12.97, teniendo por objeto dicho contrato “la realización de funciones de mantenimiento de la embarcación de clase “A” en la de Base de Cruz Roja Española en Finisterre, así como las tareas de apoyo al buen funcionamiento de la misma, al amparo del convenio suscrito entre la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR) y Cruz Roja Española a para el año 1997”. El cuarto contrato celebrado fue un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado suscrito entre las partes el día 02.01.98, cuya duración se extendería desde el 02.01.98 hasta el 31.12.98, teniendo por objeto dicho contrato “la realización de funciones de mantenimiento de la embarcación de Nivel “A” en la de Base de Cruz Roja Española en Finisterre, así como las tareas de apoyo al buen funcionamiento de la misma, al amparo del convenio suscrito entre la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR) y Cruz Roja Española para el año 1998”. El quinto celebrado fue un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado suscrito entre las partes el día 01.01.99, cuya duración se extendería desde el 01.01.99 hasta el 31.12.99, teniendo por objeto dicho contrato “la realización de funciones de mantenimiento de la embarcación de nivel “A” en la de Base de Cruz Roja Española en Finisterre, así como las tareas de apoyo al buen funcionamiento de la misma, al amparo del convenio suscrito entre la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR) y Cruz Roja Española para el año 1999”. El sexto contrato celebrado fue un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado suscrito entre las partes el día 01.01.00, cuya duración se extendería desde el 01.01.00 hasta el 31.12.00, teniendo por objeto dicho contrato “la realización de funciones de mantenimiento de la embarcación de Nivel “A” en la de base de Cruz Roja Española en Finisterre, así como las tareas de apoyo al buen funcionamiento de la misma, al amparo del convenio suscrito entre la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR) y Cruz Roja Española para el año 2000”. El séptimo contrato celebrado fue un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado suscrito entre las partes el día 01.01.01, cuya duración se extendería desde el 01.01.01 hasta la duración de la obra o servicio el 31.12.01, teniendo por objeto dicho con-

trato "la realización de funciones de mantenimiento de la embarcación de Nivel "A" en la de Base de Cruz Roja Española en Finisterre, así como las tareas de apoyo al buen funcionamiento de la misma, al amparo del convenio suscrito entre la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR) y Cruz Roja Española para el año 2001". El octavo contrato celebrado fue un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, cuya duración se extendería desde el 01.01.02 hasta el 31.12.02, teniendo por objeto dicho contrato "la realización de funciones de mantenimiento de la embarcación de Nivel "A" en la de Base de Cruz Roja Española en Finisterre, así como las tareas de apoyo al buen funcionamiento de la misma, al amparo del convenio suscrito entre la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR) y Cruz Roja Española para el año 2002". Tercero.- Cruz Roja Española es una institución humanitaria de carácter voluntario e interés público, que según sus estatutos-publicados en el BOE de 17 de diciembre de 1987, tiene por objeto el desarrollo de actividades orientadas a la consecución de fines específicos tales como atención a las personas y colectivos que sufren, protección y socorro de las personas afectadas por accidentes, catástrofes y otros riesgos y siniestros colectivos y sucesos similares, así como la prevención de los daños causados por los mismos, servicios asistenciales y sociales, atención de situaciones de riesgo, etc, y en general, cualquier otro tipo que la institución desarrolle para el mejor cumplimiento de los fines, entre los cuales se encuentra la actividad de salvamento marítimo. Cuarto.- En la fecha de la comunicación de cese al demandante 31.12.02 no se había comenzado a revisar el borrador del plan de acción para el año 2003, en el que finalmente no se incluiría la zona de Finisterre, motivo por el cual tampoco se conocía en el momento de comunicación si el servicio de salvamento incluiría la embarcación o la base marítima en la que prestaba servicios la actora. Además se daba la condición de no ser apto para la navegación del buque LS-AA-4 (conocido por "C.") donde prestaba sus servicios el demandante, conforme el certificado de navegabilidad de la Dirección General de la Marina Mercante del Ministerio de Fomento, donde se indica que el buque deberá de proceder a la renovación de toda la chapa con espesor inferior A 5 milímetros, así como la deficiencia en los ejes de cola. Las condiciones de navegabilidad de las naves ya se preveía en el inicial Convenio de Cooperación suscrito entre el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones (Dirección General de la Marina

Mercante) y la Cruz Roja Española, como condición para que pudiesen prestar los servicios de salvamento correspondiente. En este sentido se hubo de dar de baja en el septiembre de 2001 el buque LS-AA 1 con base en Finisterre (conocido por "A.") que fue sustituido por el LS-AA-4 (conocido por "C."), que hoy asimismo, se encuentra inutilizado, no disponiendo l hoy demandada Cruz Roja Española en la actualidad de buques o embarcaciones que pueden prestar los servicios de salvamento marítimo en sustitución de dicha nave en Finisterre, toda vez que los citados buques –en los que venía prestando sus servicios el actor, eran propiedad de SASEMAR quién los cedía para los fines sociales que prestaba la Cruz Roja sin ánimo de lucro en dicha zona en ejecución de los referidos convenios. Quinto.- Consta en el libro diario de navegación del Buque conocido por "A." LS-AA1-folio 2-94 lista 8ª, procedente del folio 1775 lista 4ª del distrito Marítimo de A Coruña, que el demandante durante los meses de junio a diciembre de 1993, prestó servicios de salvamento en dicho buque, unas veces en calidad de patrón de la embarcación y otras como mecánico, para la Cruz Roja del Mar de Finisterre. Sexto.- En fecha 05.02.03 se celebró acto de conciliación ante el SMA con resultado de sin avenencia."

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

"FALLO: Que estimando la demanda promovida por don M.B.V. contra la empresa Cruz Roja Española y SASEMAR debo declarar y declaro Improcedente el despido efectuado a la actora en fecha 31.12.02 condenando a la demandada Cruz Roja Española a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o el abono de la cantidad de 14.297,55 Euros en concepto de indemnización y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la readmisión que al día de hoy ascienden a la suma de 6.229,19 Euros. Absolviendo a la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo (SASEMAR).

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y demandada Cruz Roja Española 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 improcedencia del despido de que ha sido objeto el demandante con fecha 31.12.02. Frente a ella el propio demandante y demandado interponen recurso de suplicación y al amparo del art. 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral pretenden la revisión de los hechos declarado probados y con amparo procesal correcto denuncian la normativa jurídica aplicada.

Dadas las características del presente litigio y los dos recursos que contra la sentencia de instancia se formulan, habremos de resolver en primer lugar el planteado por el actor, referido a la pretensión por él ejercitada con carácter principal, pues, su eventual prosperidad, llevaría como consecuencia automáticamente la desestimación del interpuesto por la demandada, que también examinaremos.

Así y al amparo del artículo 191.b) Interesa la modificación del HH DD PP Primero para sustituir la expresión: "Que el demandante don M.B.V. vino prestando sus servicios para la demandada Cruz Roja Española con antigüedad de 11.04.95"

Por la expresión: "Que el demandante don M.B.V. vino prestando sus servicios para la demandada Cruz Roja Española con antigüedad de junio de 1993"

La revisión se admite porque en el HDP 5º de la sentencia de instancia se recoge la afirmación de que prestó servicios desde junio de 1993, fecha que el juez de instancia tiene en cuenta para señalar la indemnización por el despido, por lo que es la antigüedad que le reconoce la propia sentencia, aunque como luego veremos también procede la revisión de este hecho 5º y por ello no procede admitir la revisión que de este mismo hecho 1º pretende la demandada al señalar que la antigüedad es de 01.01.02, ya que tal afirmación, cierta porque así consta en el contrato suscrito en el año 2002, no contradice el hecho de que con anterioridad el demandante ya venía prestando servicios desde 1993 y por lo mismo no puede ser revisado en el sentido pretendido por el recurrente-condenado.

SEGUNDO.-Como segundo motivo del recurso pretende el demandante en el HDP 1º la sustitución del salario mensual de 994,02 € por el de 1.114,47 €, ya que el Convenio Colectivo de la Asamblea Provincial de la Cruz Roja Española de A Coruña, 2002-2004, en su

artículo 25, establece un incremento del 5% del salario base por cada trienio y a la vista de que, reconocida por el Juzgador de Instancia una antigüedad de junio de 1993, no se tiene en cuenta tal complemento salarial, pese a constar en el convenio colectivo y relacionarse con la antigüedad reconocida.

Así, a un salario base sin prorrateo de extras de 830,66 Euros, (según las nóminas del actor) deberíamos incluir un 5% por cada trienio de antigüedad, y constando que en fecha de 31.12.02, la antigüedad era de nueve años, (tres trienios o un 15%), lo que generaba un complemento de 124,60 Euros, por lo que el salario con Prorrateo de pagas extras (dos pagas) es de 1.114,47 Euros.

La revisión se admite y con los cálculos efectuados por el demandante ya que no han sido impugnados de contrario.

TERCERO.- Ambas partes pretenden la revisión del HDP 5º que dice: Consta en el libro diario de navegación del Buque conocido por "A." LS-AA1-folio 2-94 lista 8 procedente del folio 1.775 lista 4 del distrito Marítimo de A Coruña, que el demandante durante los meses de junio a diciembre de 1993, prestó servicios de salvamento en dicho buque, unas veces en calidad de patrón de la embarcación y otras como mecánico, para la Cruz Roja del Mar de Finisterre.

Para que según el demandante diga: "que el demandante, desde el mes de junio de 1993, prestó servicios de salvamento en dicho buque, en calidad de patrón y motorista de la embarcación, para la Cruz Roja del Mar..."

Y según el demandado: "Consta en el libro diario de navegación del Buque conocido por "A." LS-AA 1-folio 2-94 lista 8, procedente del folio 1.775 lista 4" del distrito Marítimo de A Coruña, que el demandante durante los meses de junio a diciembre de 1993, prestó servicios de salvamento en dicho buque, como voluntario, unas veces en calidad de patrón de embarcación y otras como mecánico, para la Cruz Roja del Mar de Finisterre. Los citados servicios, y dada su condición de voluntario, los prestó durante dicho periodo sin percibir ningún tipo de remuneración o contraprestación".

Citando en su amparo el documento unido a los autos con el Recurso de suplicación que como hemos dicho no puede admitirse su unión a autos al no ser de los del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral y por lo mismo no hay en autos prueba alguna

de tal afirmación. Y por lo mismo admitimos la revisión del demandante ya que en el Rol de despacho y navegación se constata la existencia de trabajos realizados con posterioridad a diciembre de 1993 y en el diario de navegación del también "A." consta que siguió embarcado después de diciembre de 1993.

CUARTO.- Por último en esta vía de revisión se insta la adición al HDP 4º que "En virtud del Plan Nacional de Salvamento 2002 a 2005, ratifica la titularidad de los buques y establece la obligación de SASEMAR de conservar las unidades de intervención rápida y su reposición de ser necesario, incluidas aquellas cedidas a la Cruz Roja, entre las que se encuentra la Unidad correspondiente a la Base de Finisterre, en la que realizaba sus labores el actor, para lo que se establece la correspondiente previsión presupuestaria"

La revisión no se admite, ya la pretendida redacción no resulta de la documentación alegada de forma manifiesta y clara; y es correcta la declaración de instancia.

QUINTO.- En sede jurídica el demandante denuncia la interpretación errónea del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores ya que la sentencia de instancia no tuvo en cuenta a la hora de calcular el Salario del actor, pese a reconocerle una antigüedad de junio de 1993, que ello generaba la existencia de tres trienios o, lo que es lo mismo, un complemento de antigüedad del 15% del salario base.

La denuncia se admite porque ya hemos declarado probado el salario prorrateado de 1.114,47 €/mes, lo que supone un salario día de 37,15 €. Y por ello la indemnización ascenderá a 16.020,51 Euros, y los salarios de tramitación de 6.984,01 Euros desde la fecha del despido (31.12.02) hasta la fecha de la sentencia (07.07.03).

Por que así el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias como las de 18 de mayo (RJ 1992\3.564) y 20 de junio de 1992 (RJ 1992\4.602), 29 de marzo (RJ 1993\2.218), 21 de septiembre (RJ 1993\6.892), 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8.539) y 17 de marzo de 1998 (RJ 1998\2.682) (rec. 2.484/1997) ha señalado que «siempre que en las series de contratos temporales masivos que responden a una misma relación laboral, cuando cualquiera de ellos carece de causa o resulta inválido por contravenir las disposiciones impuestas en su regulación propia con carácter necesario la relación laboral deviene en indefinida, cualquiera que sea el contrato temporal de los celebrados,

el defectuoso, por aplicación de los artículos del Estatuto de los Trabajadores 15.1.7 y 3.5. Y por ello, las novaciones aparentes de los contratos temporales posteriores al inválido, carecen de valor para transformar en temporal una relación indefinida ya constituida como tal entre las partes». Y aunque el fraude se produzca en el último de los contratos temporales suscritos, la solución no sería diferente pues así lo señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de abril de 1999 (RJ 1999\4.424) al afirmar que «terminado injustamente el último de los contratos, juegue a la hora de calcular la indemnización por despido improcedente, todo el tiempo de servicio a que alude el artículo 56.1 a) del ET, con inclusión del que se prestó al amparo de precedentes contratos temporales, de los que cabe, en principio, predicar la regularidad». Partiendo de tal premisa y por lo que respecta al tema de la antigüedad la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999\4.414), seguida por otras posteriores como la de 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999\7.540) (rec. 4.936/1998) y la de 15 de febrero de 2000 (RJ 2000\2.040) (rec. 2.554/1999) señala que «el tiempo de servicio a que se refiere el artículo 56.1 a) del ET sobre la indemnización del despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma. Tal situación de continuidad no se produce en la sucesión de contratos temporales cuando,... entre uno y otro contrato media una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido». Criterio seguido con anterioridad por el propio Tribunal Supremo en sentencias de 12 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8.684), 10 de abril de 1995 (RJ 1995\3.034) y 22 de junio de 1998 (RJ 1998\5.785), recaídas en procesos en los que se discutía la cuantificación del complemento de antigüedad.

De modo que si se aplica la doctrina expuesta al presente caso, resulta que la antigüedad a tener en cuenta a efectos de calcular la indemnización que corresponde percibir al trabajador en virtud de la declaración de improcedencia del despido, es la de junio de 1993.

La imposición de nuevas cuantías en la indemnización conlleva la aplicación del artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral pudiendo el demandado-condenado ejercitar nuevamente su opción.

SEXTO.-La afirmación contenida en el párrafo anterior conlleva la desestimación de

los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto del recurso del demandado puesto que no se trataba de trabajos familiares o de colaboración (art. 1.3.d) e g) sino que lo eran por cuenta ajena, con contrato verbal y de naturaleza indefinida, afirmaciones que hace la sentencia de instancia y que no han sido destruidas a través de la revisión por la demandada, al no haberse acreditado en forma el carácter de trabajos de voluntariado.

Y tampoco hay infracción de la doctrina del TS que la sentencia de instancia recoge, por que no puede ser de aplicación al ser y constituir los trabajos realizados en 1993 relación laboral por cuenta ajena, que no se desnaturaliza, ni pierde su carácter por la contratación posterior de carácter temporal.

Por último y respecto del motivo sexto la denuncia de la infracción del artículo 218 de la LEC tampoco prospera porque la sentencia de instancia recoge en los hechos y la fundamentación jurídica el porque de la calificación del despido y la posible incongruencia entre el HDP 1º y la fundamentación jurídica, se salvó con la revisión pedida por el demandante-recurrente.

SEPTIMO.- Por ultimo el demandante denuncia la infracción por no aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores al pretender la condena solidaria de la Cruz Roja y SASEMAR.

Pero conforme a reiterada doctrina jurisprudencial la condena de la empresa principal SASEMAR que actuaría como empresario principal, no puede extenderse a las consecuencias del despido que ha efectuado la contratada Cruz Roja. Así, las de 14.07.98 (RJ 1998/8.544); 09.12.99 (RJ 1999/9.718); 23.01.01 (RJ 2001/2.062), establecen que: los salarios de tramitación constituyen un concepto jurídico propio con vertientes que los asimilan a los salarios y a la indemnización, lo cierto es que la doctrina de esta Sala en Sentencia de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991\3.907) dictada en Sala General atendiendo a finalidad perseguida por los mismos, declara expresamente: «La figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de despido y durante la instrucción del despido correspondiente». Esta doctrina, como la propia Sentencia citada razona, había sido ya

esbozada por la de 29 de enero de 1987 (RJ 1987\174 y RJ 1987\175) y las de 27 de febrero, 30 de abril y 11 de mayo de 1990 (RJ 1990\1.240 y RJ 1990\3.511), y ha sido seguida por las de 2 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10.050) y 19 de mayo de 1994 (RJ 1994\4.284). Rompiendo esta línea jurisprudencial se dicta la Sentencia de 7 de julio de 1994 que se inclina por la naturaleza salarial de los salarios de trámite, Sentencia aislada pues en la dictada en 14 de marzo de 1995 (RJ 1995\2.010), que es objeto de especial consideración en la sentencia impugnada por el presente recurso, vuelve a declararse de modo explícito la misma doctrina que ha sido literalmente transcrita.

Conforme a ello, la obligación impuesta al empresario principal, que responde durante el año siguiente a la terminación de su encargo de las obligaciones contraídas por los contratistas con sus trabajadores, por el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores se refiere «a las obligaciones de naturaleza salarial», y como se ha hecho ver los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria como razonan las múltiples sentencias ya citadas, y por ello tanto si se concluye que constituyen un concepto propio como si se admite su exclusiva naturaleza indemnizatoria, nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista principal.

Por lo expuesto y al haberse producido las infracciones denunciadas,

Fallamos

Que desestimando el Recurso de suplicación interpuesto por Cruz Roja Española y estimado parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por don M.B.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de La Coruña, con fecha 07.07.03, debemos revocar y revocamos dicha resolución y con estimación de la demanda inicial formulada por don M.B.V. debemos declarar la improcedencia del despido de que ha sido objeto el demandante, condenando a la demanda recurrente Cruz Roja Española a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia entre readmitir o a indemnizar a su elección, siendo el importe de esta indemnización la de 16.020,51 € desde la fecha del despido. Confirmando la sentencia en el resto de los pronunciamientos.

3796 Autos núm. 13/2003

S.S. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO. DEBE ESTIMARSE. ACORDO ADOPTADO SEN CONTAR COA MAIORÍA DA REPRESENTACIÓN EMPRESARIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Jesús Outeiriño Fuente

A Coruña, a veintisiete de enero de dos mil cuatro

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presente Autos sobre Impugnación de Convenio Colectivo seguidos ante esta Sala de lo Social con el nº 13/03, entre las partes, como demandante, la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL), representada por el Letrado don G.B.M., y como demandados, la Asociación de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de Pontevedra, representada por don P.D.L. y asistida del Letrado don P.L.E.R., la central sindical unión General De Trabajadores (U.G.T.), representada por el Letrado don A.P.M., la central sindical Comisiones Obreras (CC.OO.), representada por el Letrado don P.G.C., la central sindical C.I.G., representada por el Letrado don P.P.C. y el Ministerio Fiscal, Ilmo. Sr. Don J.L.C.S.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 3 de diciembre de 2003 tuvo entrada en esta Sala de lo Social la demanda presentada por la parte actora, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad con lo pedido en la misma.

SEGUNDO.- Admitida a trámite dicha demanda, se señaló para el acto de juicio el día 22 de enero pasado, en el cual las partes demandadas se opusieron a la pretensión interpuesta y, tras la práctica de la prueba propuesta y admitida, formularon sus conclusiones definitivas quedando los autos conclusos para sentencia.

Hechos que se declaran probados

PRIMERO.- Con fecha 29 de abril de 2003, tras el reconocimiento por las partes de sus respectivas representaciones, se constituyó la Comisión negociadora del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Pontevedra con la finalidad de iniciar las deliberaciones del mismo, quedando formada por 14 representantes del banco social (5 por C.I.G., 5 por CC.OO. y 4 por U.G.T., más Asesores) y por el banco económico 4 participantes (2 por la asociación demandante ASPEL y 2 por la Asociación Provincial de Empresarios de Limpiezas de Edificios y Locales de Pontevedra, más un Asesor Portavoz).

SEGUNDO.- Tras la celebración de sucesivas reuniones en las que participaron todos los integrantes de la Comisión negociadora, tanto del banco social como económico, con fecha 13 de junio de 2003 se celebró una última reunión mediadora, en la que después de un amplio cambio de impresiones los representantes de la Asociación demandante Aspel, se retiraron de la misma "haciendo expresa reserva de sus derechos en relación a la impugnación del posible Convenio colectivo que firmen el resto de los representantes en la mediación".

TERCERO.- Por Resolución de la Delegación Provincial de Pontevedra, de 8 de julio de 2003, se dispuso el registro, depósito y publicación en el Diario Oficial de Galicia, del Convenio colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales, siendo publicado en dicho Diario Oficial nº 157 de fecha 14 de agosto de 2003, figurando en el texto de la Resolución que el Pacto aparece suscrito, en representación de la parte económica, por la Asociación Provincial de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de Pontevedra, y de la parte social por las Centrales sindicales CC.OO., UGT y GIG, en fecha 01.07.03.

CUARTO.- La Asociación demandante impugna dicho Convenio interesando su nulidad.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La demanda interpuesta por la Asociación Profesional ASPEL, interesa la nulidad del Convenio colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Pontevedra, por entender que la firma del mismo únicamente por parte de la

Asociación patronal codemandada hace que adolezca de un vicio de nulidad, dado que -a su juicio- dicha patronal ha desconocido tanto su representatividad real en el sector, como la concreta capacidad decisoria que le correspondía en la Comisión negociadora, esto es, de dos bancos sobre cuatro, invocando expresamente infracción el art. 89. 3 del ET.

Y frente a esta pretensión se oponen los codemandados alegando, en síntesis, por un lado, que la Asociación de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de Pontevedra representa a la mayoría de los trabajadores del sector y, en todo caso, la Comisión negociadora ha sido válidamente constituida desde el momento en que la actora no manifestó oposición ni reserva alguna, aceptando plenamente la legitimación inicial. Y, por otro lado, que la demandante abandonó las negociaciones sin oponerse ni votar en contra, por lo que no puede hacer valer su representación de acuerdo con el criterio sentado por la STS de 13.02.01, que aplica la doctrina de los actos propios.

SEGUNDO.- En función de lo anterior, la cuestión central de la litis se concreta a resolver si la Asociación codemandada tenía legitimación negociadora o decisoria para suscribir y aprobar un Convenio colectivo de eficacia general como el ahora impugnado, a la vista de la composición de la Comisión negociadora en el banco económico, integrada -según el acta de constitución aportada como prueba documental- por 4 participantes, de los que 2 lo fueron por la asociación demandante ASPEL y otros 2 por la Asociación Provincial de Empresarios de Limpiezas de Edificios y Locales de Pontevedra. Y la respuesta, valorando la prueba documental y testifical practicadas, ha de ser una respuesta negativa en función de las siguientes consideraciones:

1.- Es doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 4 octubre 2001, RJ 2002\1418 y 5 noviembre 2002, RJ 2003\759, dictada en Sala General) la que ha venido señalando, al ocuparse de la legitimación como requisito de la negociación colectiva estatutaria o de eficacia general, que ha de distinguirse entre la *legitimación inicial*, prevista en los arts. 37.1 de la Constitución, 82 y 87 del ET y 6 de la LOLS, cualidad que ostentan los sujetos que acrediten la representatividad de empresarios y trabajadores, como presupuesto necesario para negociar, pero que no resulta suficiente por sí solo, en cuanto que nuestro

sistema positivo se sustenta sobre la base de la representación proporcional, dado el número limitado de personas físicas que pueden negociar normalmente, según lo dispuesto en el art. 88.3 del ET, fijando como máximo 15 miembros para los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa y 12 en los demás. Eso supone que la legitimación inicial debe estar completada con la denominada legitimación plena, que se determina en cada caso por el grado de representatividad acreditada para el supuesto concreto, en función de los ámbitos del convenio a negociar y de la composición de la Comisión negociadora, de tal suerte que sólo los legitimados inicialmente pueden ocupar algún puesto en la mesa de negociación, y lo harán en proporción a su representatividad real.

Y el tercer nivel de legitimación se refiere, en concreto, a la *capacidad de negociación*, que es la que se cuestiona en este caso, consistente en la cualidad de los sujetos que se pone a contribución a la hora de adoptar acuerdos válidos, de manera que *solamente alcanzarán eficacia los pactos que estén avalados por el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones*, como establece el art. 89.3 del ET, después de ser reformado por la Ley 11/1994, de 19 mayo. Dicha mayoría hay que entenderla referida al número de miembros (la mitad más uno) de cada una de las representaciones con independencia de la representatividad de cada uno de ellos, dado que la exigencia de una determinada representatividad se construye legalmente al momento de establecer la legitimación básica para negociar (art. 87) y la requerida para configurar la comisión negociadora (art. 88.1).

Como señala la citada STS de 5 de noviembre de 2002, "... lo que se contempla y valora es la decisión personal de cada uno de los componentes de cada una de las dos representaciones, y, sin atender a la intensidad de representación que les ha llevado respectivamente a formar parte de la Comisión negociadora. Como se ha dicho muy gráficamente, *la votación aquí se personaliza o individualiza*, de modo que se atiende al número de componentes de cada representación para medir la suficiencia de la votación favorable. Tal es la verdadera exigencia contenida en el precepto, que omite toda remisión al grado de representatividad concreta ostentada en el ámbito del Convenio colectivo, una vez que se ha acreditado la condición cuyo cumplimiento le ha llevado a la Comisión negociadora".

2.- Y en el supuesto enjuiciado, tras el reconocimiento por las partes de sus respectivas representaciones, esa Comisión negociadora se constituyó el 29 de abril de 2003 quedando integrada por 14 representantes en el banco social (5 por C.I.G., 5 por CC.OO. y 4 por U.G.T., más Asesores) y por 4 participantes en el banco económico, dos por la asociación demandante ASPEL y otros dos por la demandada Asociación Provincial de Empresarios de Limpiezas de Edificios y Locales de Pontevedra, sin que mediara impugnación alguna, y sin que se haya opuesto la injusta exclusión de ningún otro Sindicato o Asociación patronal.

Ejercido así este derecho, se llega a la fase de pacto, que es la contemplada y regida por el mencionado núm. 3 del art. 89 del Estatuto, y en la que *únicamente ha de cuantificarse el número de componentes de cada una de las dos representaciones para medir la suficiencia de la votación favorable*; siendo así que de los cuatro componentes de la representación empresarial, solo los dos representantes de la demandada Asociación Provincial de Empresarios de Limpiezas de Edificios y Locales de Pontevedra suscribieron el Convenio, al constar acreditado que los otros dos representantes de la parte actora - Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL)-, se retiraron de la misma "haciendo expresa reserva de sus derechos en relación a la impugnación del posible Convenio colectivo que firmen el resto de los representantes en la mediación", y ello porque, como señaló el testigo Sr. V.G., "les presentaron un acuerdo cerrado entre los Sindicatos y la Asociación provincial, por lo que decidieron no suscribir el Convenio manifestando que se reservaban el derecho de impugnarlo, ausentándose en el momento en que procedían a redactar el acta". Es obvio, por tanto, que la mayoría numérica de quienes actuaron en el banco económico no se produjo, incumpléndose así el requisito exigido legalmente para la válida adopción del acuerdo, pues la deficiente representatividad del banco empresarial determinó desde ese momento la falta de mayoría suficiente para aprobar un convenio colectivo de eficacia general o estatutaria, sin perjuicio de su posible valor como pacto de eficacia limitada o extraestatutaria, cuestión ésta que la Sala no puede abordar al no haber sido objeto de debate.

3.- En íntima conexión con lo anterior, no resulta aceptable la alegación de las partes demandadas relativa a que la actora abandonó

las negociaciones sin oponerse ni votar en contra, por lo que no podía ahora hacer valer su representación de acuerdo con el criterio sentado por la STS de 13.02.01 (Ar. 2.519), ya que dicha sentencia contempla un supuesto distinto, cual es la retirada inicial de una Asociación patronal en el momento de constitución de la Comisión negociadora y su pretensión de regresar posteriormente con un mayor grado de representación, lo cual es distinto de la actuación realizada por la actora, quien "en todo momento" participó -como integrante de la Comisión negociadora- en las sucesivas reuniones que tuvieron lugar cumpliendo con lo dispuesto en el art. 89. 1 párrafo 3 del ET, y sólo al final -en la última reunión mediadora celebrada el 13 de junio de 2003- decidió retirarse de la misma, después de un amplio cambio de impresiones, "haciendo expresa reserva de sus derechos en relación a la impugnación del posible Convenio colectivo que firmen el resto de los representantes en la mediación", y ello por las razones que expuso el testigo que declaró en el acto del juicio y que han de interpretarse como de disconformidad con el resultado de la negociación.

La vulneración de lo dispuesto en el art. 89.3 ET ha de producir la nulidad del acuerdo infractor (tomado por sólo 2 representantes de los 4 designados por el banco empresarial), en tanto que no obtuvo el "quórum" exigido para alcanzar la condición de Convenio colectivo de eficacia general o estatutaria con la que fue presentado a la Autoridad Laboral y depositado, registrado y publicado por la misma. La demanda, por tanto, ha de ser estimada en lo substancial. Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando en lo substancial la demanda de impugnación de convenio colectivo interpuesta por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza (ASPEL), contra los demandados Asociación de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de Pontevedra, las Centrales Sindicales Unión General de Trabajadores (U.G.T.), Comisiones Obreras (CC.OO.), Confederación Intersindical Galega (C.I.G.) y el Ministerio Fiscal, debemos declarar y declaramos la nulidad del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Pontevedra, publicado en el Diario Oficial de Galicia de 14 de agosto de 2003, en lo que refiere a su calidad de pacto estatutario y de eficacia general.

3797 Recurso nº 6.498/03

S.S. CONTRATO DE OBRA OU SERVIZO DETERMINADOS NON FRAUDULENTO, A EXTINCIÓN DA CAL NON CONSTITÚE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a veintinueve de enero de dos mil cuatro

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 6.498/03 interpuesto por doña C.N.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 683/03 se presentó demanda por doña C.N.V. en reclamación de despido siendo demandados TRAGSA y Ministerio de Medio Ambiente en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintisiete de octubre 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.- La actora vino prestando sus servicios para TRAGSA desde el 10 de febrero de 2003, con la categoría de peón y percibiendo un salario mensual prorrateado de 880 €. SEGUNDO.- La actora firmó contrato de trabajo por obra o servicio determinado cuyo objeto era la limpieza de residuos por vertidos del "Prestige" en Malpica, remitiéndose el resto de contrato a la legislación aplicable y esencialmente a los artículos 12 y 15 del E.T., así como al Rdto. 2.720/98 y Disposición Transitoria sexta del Rdto. Ley 5/2002. Y en la cláusula adicional reestablece lo siguiente: Por tratarse de trabajos en situaciones de emergencia, la jornada será de 40 horas semanales, cualquier día de la semana dependiendo de las horas de mareas". TERCERO.- La empresa demandada comunicó a la actora de forma verbal el día 13 de julio de 2003 y en la Playa de Malpica el

cese por finalización de su contrato. CUARTO.- Por la Secretaría de Estado de Aguas y Costas del Ministerio de Medio Ambiente se dictó resolución el 18.11.02 y ante la situación creada en el litoral de Galicia por los vertidos y posterior hundimiento del petrolero "Prestige", en ordena adoptar medidas de limpieza y recuperación del litoral ante la falta de medios humanos y recursos disponibles para acometer tal situación, se resolvió lo siguiente: "Adoptar un conjunto de medidas necesarias con carácter de emergencia consistentes en la dotación de medios humanos, materiales y técnicos suficientes. Encargar a la empresa TRAGSA en su carácter de medio propio de la administración, y por estar incluidas las actuaciones previstas dentro de su objeto social, las medidas necesarias para realizar la acción antes citada, conforme a lo establecido en el art. 72 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por R/D 2/2000, que establece la ejecución de obras de emergencia, y considerando que la situación actual provocada por el accidente sufrido por el Prestige supone un grave riesgo para la conservación de los valores naturales de litoral. Ordenar el inicio de un expediente administrativo para realizar la oportuna modificación presupuestaria declara a la retención futura de crédito por un importe de 43 millones de euros con cargo al art. 60 del Programa 514C actuaciones en la Costa, de los Presupuestos Generales del Estado, con objeto de realizar las tareas encomendadas a TRAGSA en el apartado anterior y cualquier otra que puede considerarse necesaria a realizar tanto con medios propios de la Administración como con empresas privadas". QUINTO.- Por el Comisionado de Medio Ambiente en Actuaciones derivadas de la catástrofe del buque "Prestige" se dictó resolución de 12.06.03, la cual consta en autos y se tiene aquí por reproducida, dirigida al Director Territorial de TRAGSA, e la que consta la siguiente: "A la vista de la evolución de la situación real de las playas, es evidente que hay que realizar labores de mantenimiento durante los meses de verano para recoger los residuos que se depositen en la costa, continuar con las labores de vigilancia y disponer de unas cuadrillas de hidrolimpieza que permitan abordar aquellas zonas no susceptibles de limpieza manual, así como realizar las labores de reparación y restauración del medio natural. No obstante y a la vista del todo lo aquí expuesto, debe ajustarse a la red de medios materiales y humanos para una adecuada optimización de los recursos". SEXTO.- De conformidad con la orden de

12.06.03, se realizou un programa de adecuación de equipos de limpeza en la costa de Galicia por parte de TRAGSA el 18.06.03, con el VºBº del Comisionado de Medio Ambiente, documento que consta en autos y se tiene por reproducido en su integridad, en la que consta lo siguiente. "...2. Situación Actual. En la primera quincena de junio se disponía de los siguientes trabajadores para las diferentes fases de limpieza: superficial, profunda y en rocas. Provincia de La Coruña 390 peones en playas, 191 peones de hidrolimpieza y 410 peones de cofradías en borde rocoso. Provincia de Pontevedra: 104 peones en playas. Provincia de Lugo 31 peones en playas". "3.- Situación Pre- vista... Las necesidades de personal previstas para eles de julio son las siguientes. Para la Provincia de A Coruña 208 peones en playas, 197 peones de cofradías en borde rocoso y 212 peones de hidrolimpieza, como consecuencia de las labores en las Islas Sisargas, Provincia de Pontevedra 56 peones en Playas. Provincia de Lugo 31 peones en Playas. B) Las previsiones para el mes de agosto es la siguiente: 208 peones en playas, 90 peones de hidrolimpieza y 124 peones de cofradía en borde rocoso para A Coruña... Se procedió a la reducción de 569 peones en A Coruña entre julio y agosto de 2003 siendo el calendario de reducción el siguiente: peones en Playas Coruña 182 con fecha de baja 11.7.03. Peones cofradías se redujeron para julio y agosto a 124 trabajadores. En junio estaban de este tipo 446 trabajando. Peones de Hidrolimpieza hubo en fecha 15.07.03 122 bajas. SÉPTIMO.- En la consideración final del informe de 18.06.03, se expone lo siguiente: "Esta previsión puede variar en función de la posible entrada de nuevas manchas y de la evolución de los trabajos realizados, así como la variación de condiciones meteorológicas; por lo que para una mayor adaptación a las necesidades reales debe redefinirse en los primeros días de agosto y adaptarla a la situación en ese momento dado el carácter imprevisible de la evolución y grado de afectación de la costa". OCTAVO.- En las playas de A Coruña, Malpica, Arteixo, Carballo, se han contratado, en los meses de verano, trabajadores con la categoría profesional de peón, por parte de los Ayuntamientos para la limpieza de playas en base a un concierto con el Instituto Nacional de Empleo, por haberse establecido entre el Ministerio de Medio Ambiente y los Ayuntamientos referidos. NOVENO.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. DÉCIMO.- Se celebró acto de conciliación

ante el SMAC el día 18.08.03 con el resultado de "SIN AVENENCIA".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda deducida por doña C.N.V., contra TRAGSA debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma, convalidando el cese extintivo operado a la trabajadora, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la demandante en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, y estimación de la demanda, se declare nulo o improcedente su despido con los efectos correspondientes, siendo el salario regulador mensual el de 880 euros, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y C LPL interesa la revisión del HP.1º y la adición como undécimo de uno nuevo y denuncia la infracción del art. 55.5 en relación con el 56 y 15.1.A y 3 del ET y 7 del C. Civil y 14 CE.

SEGUNDO.- Invocando el contrato de trabajo del folio 154, interesa la parte una revisión del HP.1º que se traduce en añadir al HP.1º de instancia -cuyo texto reproduce literalmente (incluido el salario mes, 880€) el motivo revisor- lo siguiente: Que la actividad en la que se desarrolla el contrato de trabajo es la de construcción.

Al folio 154 obra el contrato de trabajo suscrito por la actora en 10.02.03; y en él aparece como "actividad económica" de la empresa TRAGSA "construcción". Y tal es lo que procede incorporar al HP.1º, si bien sin perjuicio de insertarlo en y ponerlo en relación con el íntegro contenido de la sentencia recurrida en torno a TRAGSA y su actividad y la relación laboral de autos; en especial, HP.2º y 4º y Fundamento Jurídico 2º. Y es que consta y se declara en la instancia, aparte de las vicisitudes oportunas acerca de la prestación de servicios de la demandante, que TRAGSA es una empresa pública en cuyo régimen jurídico se prevé que es "medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración", que está obligada a realizar con carácter exclusivo... los trabajos que le encomiende la Admi-

nistración General del Estado..., que en su objeto social aparece también la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente o de emergencia....

TERCERO.- También interesa la recurrente la incorporación de un nuevo HP, sería el undécimo, del siguiente tenor: "Que la empresa TRAGSA reconoció la improcedencia del despido de la trabajadora M.I.E.C. en Acto de Conciliación celebrado ante el Juzgado de lo Social número Dos, en los Autos 579/2003, de fecha 8 de septiembre de 2003, siendo la causa del despido la misma que la de la actora".

La documental que al efecto se invoca, la obrante a los folios 216 a 220 de los autos, acredita que en fecha 8/9/03 tuvo lugar acto conciliatorio en autos 579/03, por despido, ante el juzgado nº 2 de A Coruña entre M.I.E.C. y TRAGSA, culminado con avenencia al reconocer TRAGSA la improcedencia del despido y ofrecer el abono de 500 euros como indemnización, saldo y finiquito (F. 217 y 218); conciliación precedida de demanda (F. 219 y 220) en la que se denunciaba un despido en 13.06.03 y que si bien no identificaba el contrato habido entre las partes, sí hacía constar que la relación procedía de 17.03.03 y como centro de trabajo, Malpica. Siendo la documental que se dice fehaciente, se acredita lo ahora expuesto y procede incorporarlo a los HDP, como HP.11º, sin perjuicio de la valoración que en términos jurídicos proceda al respecto.

CUARTO.- Al hilo de formular la denuncia de infracción jurídica que se dejó dicha, la demandante argumenta que la actividad económica de la empresa es la de construcción, que la obra o trabajos para los que fue contratada la actora no han finalizado "puesto que las mismas seguían vigentes, aunque reducidas, en el momento del despido de la trabajadora...", que el objeto del contrato no aparece suficientemente especificado o identificado, que TRAGSA reconoció la improcedencia del despido de otra trabajadora.... Y de todo ello concluye, en esencia, que el despido de la demandante "no se correspondía con la legalidad y sí con un fraude de ley al acreditarse indebidamente una apariencia de finalización de obra..", que en cambio "... se le mantiene el puesto de trabajo a otros empleados, se produciría un trato discriminatorio no querido por la CE...", para invocar, por último, el art. 15.1. A. ET y jurisprudencia al respecto y afirmar en base a todo ello que el despido debe ser declarado nulo o improce-

dente con sus oportunas consecuencias; éstas por cierto a partir del salario regulador de 880 euros, coincidente con el declarado en el HP.1º de la sentencia dictada en la instancia.

QUINTO.- La denuncia jurídica debe examinarse considerando que son fundamentales HP, los siguientes: A) La actora vino prestando servicios para TRAGSA desde el 10.02.03, como peón y salario mes prorrateado de 880 € (HP 1º). Al efecto suscribieron ambos contrato para obra o servicio determinado cuyo objeto era la limpieza de residuos por vertidos del "Prestige" en Malpica, al amparo de los arts. 12 y 15 ET, RD 2.720/98 y DT 6º RD 5/02. El contrato obra al folio 154 de los autos, con el íntegro contenido que en él consta y reflejado ya en parte en el HP 2º. B) El día 13.07.03 TRAGSA comunicó a la actora su cese por finalización de contrato (HP 3º). C) En torno a la situación creada en el litoral de Galicia por los vertidos y hundimiento del petrolero "Prestige", así como su afectación a Malpica y trabajos de limpieza en ésta, lo declarado en los HP 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, a lo que posteriormente se aludirá en concreto. Asimismo y al respecto obran concretas puntualizaciones fácticas en Fundamentos Jurídicos de la resolución de instancia. Y D) Reiterar lo adicionado en Suplicación vía art. 191.b) LPL que se dejó consignado en el Fundamento Jurídico 3º precedente.

SEXTO.- 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, 88/1985, 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. 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 contra-

rio 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 verosímelmente 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 de febrero).

Considerando referida doctrina, en el caso presente no aparece discriminación o vulneración alguna de derechos fundamentales, no cabiendo apreciar la infracción que al efecto se denuncia en el recurso.

En la demanda misma, si bien se suplicaba la declaración de nulidad del despido, no se decía nada concreto acerca de las posibles causas de tal pretensión; tampoco haciéndose en juicio (Folio 231), aunque a otros efectos se “aclarase” el hecho 2º de la demanda. Precisamente por ello, en el Fundamento Jurídico 1º de la sentencia recurrida se argumenta al respecto: “En la demanda si bien

se concreta tal petición en su suplico, ninguna referencia o alegación se recoge en el contenido de aquella que permita ni siquiera presumir la existencia de motivo discriminatorio alguno, puesto que el despido verbal no deriva en nulidad ni se alega causa discriminatoria. Por ello no es posible examinar la existencia de indicios de discriminación ante la absoluta inexistencia de alegación de aquellos...”. De este modo, como también alega TRAGSA en la impugnación del recurso, malamente se puede apreciar la discriminación e infracción constitucional alegada; so pena además de situar en cierta situación de indefensión a la demandada. En cualquier caso, de lo acreditado en el proceso no resulta ni es deducible causa para decretar en autos la existencia de un despido nulo.

A partir de un contrato temporal de obra o servicio determinado libre y efectivamente suscrito por las partes en su día, el cese dado a la demandante lo fue por finalización de contrato. Y el contexto fáctico y jurídico de discusión que tal cese plantea se agota en términos de legalidad ordinaria acerca de su procedencia como extinción contractual (art. 49 ET) o su improcedencia como despido (art. 56 ET); en ningún caso con alguna posible infracción constitucional o motivo de nulidad subyacente. La referencia que en este contexto se hace a que TRAGSA mantiene el puesto de trabajo a otros empleados resulta irrelevante a estos efectos. Circunscrita la situación al concreto contexto de la contratación de la demandante, se explica en que por el objeto de la obra o servicio de que se trataba, se requería una contratación amplia plural y a la hora de los ceses, su posible escalonamiento y diferencias al respecto resulta cuestión de legalidad ordinaria, como después se tratará definitivamente. Tanto más no cabe hablar de posible trato discriminatorio cuando la alegación de parte, además de tardía, se refiere sin concreción alguna “a otros empleados” y cuando lo que consta como actuación empresarial (HP 5º y 6º) son ceses generalizados de peones en A Coruña entre julio y agosto de 2003 con un calendario al efecto y merced a un programa de adecuación de equipos de limpieza en la costa de Galicia realizado por TRAGSA a consecuencia de resolución dictada el 12.06.03 por el Comisionado del Medio Ambiente en actuaciones derivadas de la catástrofe del “Prestige”; incluso en el Fundamento Jurídico 4º de la sentencia recurrida se dice, con su valor fáctico correspondiente, que de la testimonial de juicio se desprende que “en la semana

del 14 al 20 de julio en Malpica el número de trabajadores era cero”.

En este contexto, o a los efectos de la postulada improcedencia del despido, también resulta irrelevante la referencia que se hace a que TRAGSA reconoció la improcedencia del despido de una trabajadora en situación similar a la de la actora. No se reconduce este hecho a términos o con trascendencia de discriminación, vulneración constitucional o fraude de ley...; en sí mismo y dado que respecto de aquella trabajadora, M.I.E.C., lo que aparece es que, como lo fue la actora, resultó despedida, si bien en junio de 2003, y no consta su tipo de contratación concreta y el trabajo efectivo por ella desarrollado, no resultando situaciones iguales en la relación, los motivos... y no cabiendo extravasar el criterio de la conciliación habida, coyuntural y casuístico estricto, fuera de su contexto, y menos vinculadamente.

En definitiva, en ningún caso cabe apreciar infracción legal que posibilite el despido nulo interesado.

SÉPTIMO.- En lo que atañe a si el cese dado a la actora el día 13.07.03 constituye un despido improcedente o una finalización legítima de contrato, es de retomar argumentaciones anteriores de este propio Tribunal en torno al contrato temporal para obra o servicio determinado, de oportuna consideración también en el caso presente. En concreto, de la sentencia de este Tribunal de fecha 28.02.03 (Rc. 176/03).

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 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. 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. 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 aceituna –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.

OCTAVO.- En el caso presente y conforme a los HDP, la Sala comparte la conclusión del Juzgador de Instancia de que (Fto. Jurídico 5º de su sentencia) “no estamos ante un supuesto de despido sino de finalización del contrato por conclusión del servicio contratado”. Al respecto, proceden las siguientes consideraciones:

1) El contrato suscrito en 10.02.03 por las partes cumple las exigencias legales como contrato de trabajo de duración determinada, concretamente para obra o servicio determinado. Autorizado por los arts. 15 E.T. y RD 2.720/98, celebrado a su amparo, en dicho contrato se determinó suficientemente la obra

o servicio que constituía su objeto y causa, constatándose su autonomía y sustantividad propia. En la cláusula 6ª del contrato se dice que la obra o servicio es la limpieza de residuos por vertidos del “Prestige” en Malpica, en la cláusula 1ª que los servicios a prestar eran los de peón en recogida de residuos contaminantes y en su cláusula adicional que “por tratarse de trabajos en situación de emergencia, la jornada...”. Si bien no se hace referencia en el contrato al programa de la Administración que lo origina ante la situación creada por los vertidos del “Prestige”, como se dice en el HP.4º, lo cierto es que aparte la notoriedad pública de la actuación, aquellas cláusulas contractuales especifican oportuna y suficientemente el objeto contractual, la obra o servicio que constituía su objeto; el cual revela la naturaleza temporal de la actividad contratada y la autonomía y sustantividad de aquella obra o servicio. Se cumplen, así, en este aspecto los requisitos del contrato temporal de que se trata y que quedaron explicitados en el Fundamento precedente, tampoco cuestionándose la ocupación efectiva en tal objeto contractual.

2) A partir de la anterior confirma la naturaleza temporal del contrato, legal y real, la motivación ex ante de la contratación de la actora.

El H.P. 4º se hace eco de la resolución de la Secretaría de Estado de Aguas y Costas del Ministerio de Medio Ambiente de 18.11.02, que ante la situación creada en el litoral de Galicia por el siniestro del petrolero “Prestige” y para la limpieza y recuperación del litoral y por la falta de medios al efecto, adopta un conjunto de medidas; y entre ellas la de encargar a TRAGSA, en su carácter de medio propio de la Administración y dado su objeto social, las medidas necesarias para aquella acción. Y es que TRAGSA es una empresa pública con un régimen jurídico definido en la Ley 66/97 y R.D. 371/99, según se explica en el Fº. J. 2º de la sentencia recurrida. Destacar solamente que conforme a todo ello TRAGSA cumple servicios esenciales, está obligada a realizar con carácter exclusivo los trabajos que le encomienden las Administraciones, que tiene como objeto social también la realización de obras y tareas de apoyo técnico de carácter urgente... Al propio tiempo, se ordena la oportuna modificación presupuestaria con cargo a un programa específico con objeto de realizar las tareas encomendadas a TRAGSA.

Y es precisamente en cumplimiento de estas órdenes que TRAGSA procede a

movilizar sus medios materiales y humanos; y también a contratar temporalmente y bajo la modalidad de obra y servicio determinado. Entre otros muchos a la demandante, cuyo contrato armoniza con lo expuesto y la necesidad creada en el litoral de Galicia y cumple las exigencias legales; según quedó dicho en el apartado precedente y ratifica lo ahora expuesto, con el marco jurisprudencial especificado en el fundamento anterior.

3) Sin irregularidades constatadas en la prestación de servicios, tampoco cabe apreciarlas en la finalización contractual que TRAGSA decidió respecto de la demandante en 13.07.03, propiciando su cese en tal fecha. Lo que si bien se hizo en forma verbal, tal forma de notificación carece de trascendencia a los efectos de demanda, pues consta efectiva comunicación de cese por finalización de contrato y no hay norma imperativa que exija al efecto forma escrita y con carácter ad substantiam.

4) Si la actora fue contratada para realizar labores propias de su categoría de peón en el ámbito del programa ordenado con carácter de emergencia en noviembre de 2002 por la Administración en orden la limpieza del litoral gallego, también es la Administración (el Comisionado de Medio Ambiente) la que en 12 de junio de 2003 resuelve (H.P. 5º, 6º y 7º) que procede ya ajustar los medios materiales y humanos a la vista de la evolución de la situación real de las playas... De conformidad con la resolución de 12.06.03, TRAGSA realiza un programa de adecuación de equipos de limpieza en la costa de Galicia el 18.06.03, con el VºBº del Comisionado, en el que se recoge como "situación actual" que en la primera quincena de junio se disponía de trabajadores de limpieza en la provincia de A Coruña de 390 peones en playas..., y como "situación prevista" que las necesidades de personal previstas para julio eran en la provincia de A Coruña de 208 personas en playas..., procediéndose a la reducción de 569 peones en A Coruña entre julio y agosto de 2003 con calendario de reducciones al efecto. Al final del propio informe se decía que la previsión podía variar en función de la posible entrada de nuevas manchas, evolución de los trabajos, condiciones climatológicas...

Precisamente con arreglo a ello y por la situación del litoral gallego, a lo largo del mes de julio se fueron produciendo extinciones de los contratos temporales de los peones, también en Malpica, hasta el punto de que

como dice la Sentencia recurrida en su Ftº. de Dº. 4º, "como se desprende de la testifical vertida en el acto del juicio... en la semana del 14 al 20 de julio en Malpica el nº de trabajadores era cero". La demandante cesó el día 13 de julio de 2003, y ello, en el contexto que se dejó dicho, tanto de situación del litoral como de ejecución del programa de limpieza y su fase de agotamiento, aparece como ajustado a derecho, conforme al contrato temporal suscrito y sus normas reguladoras.

La obra o servicio determinado que constituía el objeto y causa del contrato temporal de la demandante aparece oportunamente concluido al tiempo de su cese. En armonía con que por las características de la obra o servicio, la limpieza de residuos de la playa, se imponía una reducción del personal de limpieza escalonada, pues la minoración de los residuos y/o de su flujo va imponiendo una reducción paulatina del personal. En definitiva, es legítimo que el cese de los trabajadores se produzca cuando la realización paulatina de las correspondientes unidades de obra hagan innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo reducirse este número de acuerdo con la disminución real del volumen de la obra realizada. Así ocurrió en el supuesto presente; que en el caso de Malpica ya en el mes de julio acabó siendo de cese total, puesto que, según ya se dijo, en la semana del 14 al 20 de julio el número de trabajadores ya era cero.

Y 5) Acreditado lo precedente (contrato temporal legítimo, obra o servicio determinado cierta, realización oportunamente llevada a cabo y objeto contractual cumplido y/o agotado...), el hecho de que en los meses de verano se hayan contratado en las playas de A Coruña, Malpica y otras peones por parte de los Ayuntamientos para la limpieza de playas en base a un concierto con el Instituto Nacional de Empleo y como se dice en el HP 8º, no desvirtúa lo expuesto, tratándose de conciertos distintos entre las diversas Administraciones y al margen del plan de urgencia que propicio la contratación de la actora (incluso, clausula adicional de su contrato), siendo su objeto labores de limpieza sin conexión con las de autos.

NOVENO.- Por lo expuesto, también y en lo oportuno por los argumentos de la sentencia dictada en la instancia, el recurso es inevitable, procediendo su rechazo y la confirmación del pronunciamiento desestimatorio de la demanda de despido.

Fallamos

Que desestimado el recurso de Suplicación interpuesto por doña C.N.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº3 de A Coruña de fecha 27.10.03 en Autos nº 683/03 seguidos a instancias de la recurrente frente a TRAGSA y otro, confirmamos la sentencia recurrida.

3798 Recurso nº 8.019/2000

S.CA. ACTAS DE LIQUIDACIÓN DE CUOTAS DA SEGURIDADE SOCIAL. FALLA DE COTIZACIÓN PROFESORES DE RELIXIÓN CATÓLICA DE CENTROS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN PRIMARIA ENTRE O 1 DE SETEMBRO DE 1994 E O 15 DE SETEMBRO DE 1998

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

A Coruña, a treinta de enero de dos mil cuatro

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 8.019/2000, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por el Consello de la Xunta de Galicia, representado y dirigido por el Letrado de la Xunta de Galicia, contra resolución de 30.05.00 resolutoria de recurso contra otra de la Unidad de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre actas de liquidación num. 483, 510, 551, 552 y 553/99; expts. 106 a 100/2000. Es parte la administración demandada Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña, representada por Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 58.594.156,66 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, se señaló para votación y fallo el día veintisiete de enero de 2004, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El origen de la resolución impugnada dictada por la Unidad de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la Dirección Provincial de la TGSS de Pontevedra de 7 de febrero de 2000, trae causa de las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social números 483, 510, 551, 552 y 554/99, que eleva a definitivas, levantadas a la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria por falta de cotización a la Seguridad Social de los profesores de religión católica de los centros públicos de educación primaria en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1994 al 15 de septiembre de 1998.

La demanda interesa que se anule la resolución impugnada y las actas de liquidación de que trae causa, con la consiguiente declaración de que la Xunta de Galicia no puede ser objeto de exigencia de responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones sociales, con fundamento en diversos motivos que, por resultar algunos reiterativos, deben resumirse en los siguientes: 1) que no puede ser responsables de las deudas generadas por los descubiertos generados entre los años 1994 y 1998 ya que no era personal transferido en el período a que se refieren las actas; por tanto no era empleadora de esos profesores de religión, por haberle sido transferidos aún en el año 1999, 2) que la Administración autonómica ha quedado indefensa durante la tramitación del procedimiento, 3) que debe responder la Administración General del Estado de los atrasos o indemnizaciones que procedan de la situación anterior a la transferencia del personal, 4) que fue precisamente a partir del año 1999 cuando los profesores de religión de enseñanza primaria quedaron incluidos dentro

del Régimen General de la Seguridad Social, según se estableció en la normativa sobre educación y en el Convenio sobre el régimen laboral de las persona, que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docente, están encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria, suscrito por los Ministerios de Justicia y de Educación y Cultura y el Presidente de la Conferencia Episcopal Española el 26.02.99 y 5) que en el documentos sobre la transferencia de dicho personal expresó el responsable de la Administración general del Estado la voluntad de asumir las deudas sociales que procederían de ese colectivo.

A esa pretensión muestra su oposición el Abogado del Estado, que sostiene que no resulta aplicable al caso la normativa sobre proceso de transferencias, sino la sucesión empresarial prevista en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

II.- Son muchos los argumentos que sostiene el Letrado de la Xunta de Galicia en apoyo de su pretensión anulatoria y de entre ellos debe comenzarse necesariamente por analizar el relativo (Fundamento jurídico sexto) a si la deuda era o no exigible, fuera quien fuera el deudor, ya que si, como afirma aquél, los profesores de religión quedaron incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social a partir del año 1999, no existiría deuda y, por ello quedaría anulada sin necesidad de analizar el resto de los argumentos (STS de 25.04.95).

Sobre este particular debe comenzar por recordarse –como hizo ya la Sala en el recurso núm. 7.888/2000- que la inclusión de un determinado colectivo en un régimen de aseguramiento y la obligación de cotizar son cuestiones indisponibles para las partes –aunque los empleadores tengan la condición de Administraciones Públicas-, ya que ha sido el legislador el que ha previsto con carácter general cuándo y de qué manera deben quedar comprendidos aquéllos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social y, por ello, ser dados de alta y cotizar en el régimen que corresponda de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7, 12, 15 y otros concordantes del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de julio y de modo específico en los preceptos correla-

tivos de los RD 2.398/1997, de 27 de agosto, parcialmente derogado por los RGCL; O. 19.12.77 relativos a la inclusión en dicho régimen de clérigos diocesanos españoles de la Iglesia Católica y ministros de otras religiones.

Así las cosas, no ofrece duda que si los profesores de religión son trabajadores por cuenta ajena que prestan sus servicios en las condiciones establecidas en el artículo 1.1 del TRLET, deben estar incluidos dentro del Régimen General de la Seguridad Social, pues así los dispone el artículo 7.1.a) del TRLGSS, ello con independencia de cómo sea el cauce seguido para la selección y nombramiento de ese profesorado, la participación de las organizaciones públicas interesadas, los pronunciamientos divergentes que pudieran existir en algunas resoluciones judiciales o administrativas, los compromisos adquiridos en el seno de los procedimientos de transferencias de competencias o la eventualidad de que ese profesorado sea asumido por unas Administraciones públicas u otras dentro de ejercicio de las competencias estatutarias que el ordenamiento constitucional les haya conferido.

En suma, mientras ese colectivo no sea expresamente incluido dentro de algún régimen especial de aseguramiento –lo que no ha tenido lugar aún-, deben estar incluidos dentro del Régimen General de la Seguridad Social, como así lo ha considerado la Administración demandada y se advierte con claridad de lo dispuesto en la adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, párrafo que si bien se ha introducido por el artículo 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no implica una nueva situación que haya supuesto una ruptura con la anterior, pues ni existía una disposición específica que estableciera que aquel personal estuviera sujeto a una relación distinta de la laboral por cuenta ajena, ni se contemplaba en esa última ley un régimen transitorio para dar respuesta a situaciones diferentes originadas al amparo de otra normativa, por todo lo cual debe concluirse que las liquidaciones de las cuotas sociales son procedentes, con independencia de quien fuera el sujeto deudor.

III.- No ofrece duda alguna que la deuda exigida a la Xunta de Galicia se generó antes de que ésta asumiera las competencias sobre el profesorado de religión, pues los puestos de trabajo correspondientes a ese personal laboral se traspasaron mediante el Real Decreto

1.838/1999, de 3 de diciembre, de ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Galicia por el Real Decreto 1.763/1982, de 24 de julio, en materia de educación; ello significa que si ese personal dependía de la Administración educativa estatal, aunque prestara servicios en los centros públicos de Educación Infantil y Primaria del territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, la relación laboral se mantenía con aquella Administración y no con la autonómica, pues era aquella la que gestionaba esas relaciones de puestos de trabajo, la que abonaba sus retribuciones y, en suma, la que tenía la condición de empleadora a los efectos de lo dispuesto en los artículos 103 y siguientes del TRLGSS, de lo que resulta que era la Administración General del Estado la que venía obligada a dar de alta a ese personal y cotizar dentro del Régimen General de la Seguridad Social o, lo que es lo mismo, era la deudora principal del débito exigido por el período comprendido entre los años 1994 y 1998.

Pero avanzando más en el problema litigioso debe tenerse presente –tal como entendió la Sala con ocasión de decidir el recurso núm. 7.888/2000 –“que esa obligación principal no impide que surja una solidaria en el supuesto establecido en el artículo 127.2 del TRLGSS- y no en el artículo 44 del TRLET como erróneamente afirma la Abogacía del Estado-, ya que aquel precepto establece que la empresa que suceda a otra en la titularidad de una explotación, industria o negocio será responsable solidaria en el pago de las cuotas sociales devengadas antes de la sucesión en dicha titularidad; para hacer exigible esa responsabilidad debe tenerse el procedimiento específico al que se refiere el punto 2 de la disposición adicional sexta de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del RJAPPAC, que establece que los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social se registrarán por su propia normativa, lo que conduce a tener presente lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad social, aprobado por Real Decreto 1.637/1995, de 6 de octubre, donde, a propósito de la responsabilidad solidaria, establece que el pago de la deuda irá precedido tanto de la previa declaración de dicha responsabilidad, como de la reclamación administrativa de la deuda, que son dos actos administrativos diferentes, aunque se pueden dictar en unidad de acto.

Con todo, no se puede olvidar (según se afirma en la sentencia) que esa responsabi-

lidad de la que puede ser imputada a la Administración autonómica no es exclusiva suya, sino solidaria, lo que comporta la concurrencia de, al menos, dos deudores (artículo 1.137 del Código Civil) y en el presente caso sólo aparece uno que, además, debe serlo por derivación, o al mismo tiempo de haberse exigido en débito a quien sea el deudor principal, en este caso la Administración General del Estado, por lo que en estas condiciones debe estimarse el recurso en su primera pretensión, esto es, la de nulidad de la resolución impugnada y de las liquidaciones de que trae causa”.

IV.- También interesa la demanda –añade la sentencia recaída en el citado recurso- que se declare que la Xunta de Galicia no puede ser objeto de exigencia de responsabilidad, pretensión que no puede reconocerse, toda vez que, como ya se ha avanzado, el artículo 127.2 del TRLGSS impone tal responsabilidad en los sucesores, obligación de la que quedan exonerados cuando de den las condiciones que reglamentariamente se fijan, cuando se expiden certificados “que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes”, como establece ese precepto “in fine”, lo que conduce a tener presente lo dispuesto en el artículo 10.3.b) del RGRRSS, que establece la exoneración si se extendiese certificación negativa de deudas o transcurrieren treinta días sin haberse expedido, si bien esta regla especial sólo se aplica a los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, lo que no es el caso, Pero tampoco cabe la exoneración contemplada en el segundo apartado del artículo 10.1 de ese mismo reglamento, ya que aunque se refiere a los supuestos de sucesión empresarial, en este caso de elementos personales aislados, sí permiten la continuación de la actividad, de lo que resulta que se le pueda exigir a la Xunta de Galicia esa responsabilidad judicial, sino mediante el acto administrativo revestido de las formalidades a que se ha hecho mención en el anterior fundamento de derecho”.

V.- Como ya se anticipó en la sentencia del recurso de referencia, al igual que en la presente demanda, diversos son los pronunciamientos de orden judicial que han existido respecto de la falta de dependencia y por tanto respecto de la exclusión de aquel profesorado del ámbito de organización y dirección de la persona jurídica denominada Xunta de Galicia en su condición de empleadora o empresario hasta que dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el

traspaso de competencias y servicios asumidos contenidas en el Estatuto de Autonomía efectivamente la ha sido transferido.

El art. 31 del EAG establece ciertamente que constituye una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la regulación y administración de toda la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades en el ámbito de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 27 de la CE y en las leyes orgánicas que lo desarrollan; las facultades que atribuye al Estado el art. 149.1.30 de la CE y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía.

Su traspaso y complemento de tal transferencia se ha producido en a forma que se deja dicho, esto es mediante RD 1.763/1982, de 24 de julio y RD 1.838/1999, de 3 de diciembre. Las funciones objeto de traspaso pueden sistematizarse según el primero de los citados RD. Así: a) Servicios, instalaciones, centros y personal; b) sistema educativo; c) régimen económico-financiero; d) servicios administrativos escolares y e) promoción y asistencia.

Aunque se desprende de lo dicho, el traspaso es consecuencia de la delimitación y reparto de competencias, atendiendo al objeto o materias, si bien sin delimitar cuáles de las diversas funciones públicas (legislativa, ejecutiva y judiciales) se han de ejercer sobre aquéllas, que los preceptos de la Constitución hacen.

Ciertamente en el caso de autos se completó el traspaso en materia de educación en lo referente a los profesores de religión siquiera al menos desde el punto de vista formal dependía de la Administración del estado, desde el punto de vista material ese profesorado ya prestaba sus servicios en los centros públicos de educación infantil y primaria del territorio de la Comunidad Autónoma.

Claro que –como ya señaló este mismo Tribunal en sentencia de la Sección Primera de 31 de enero de 2001, que la propia demandante evoca– si como consecuencia de garantizar según el artículo 27.3 de la CE el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, se suscribió al hilo de este precepto por el Estado Español y la Santa Sede el Acuerdo de 3 de enero de 1979 sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, ratificado posteriormente por las Cortes Españolas, en el que se dispone que los planes

educativos en los niveles de Educación Preescolar, General Básica y Bachillerato Unificado Polivalente y Grados de Formación Profesional, incluirán la enseñanza de la Religión Católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las de las demás disciplinas fundamentales, aunque no con carácter obligatorio, y que la situación económica de los citados profesores de religión católica en los distintos niveles que no pertenezcan a los cuerpos docentes del estado se concertará entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal Española, aunque el Estado Español en aplicación de ese Acuerdo dictase la Orden de 16 de julio de 1980 relativa a que las clases de religión y Moral católica serán impartidas preferentemente por los profesores del centro que sean considerados competentes y estén dispuestos a impartirla y a que sólo si no existiere número suficiente... la jerarquía eclesiástica propondrá al Delegado Provincial del Ministerio de Educación la persona que resulte idónea para designarla, y aunque con motivo de promulgarse la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, que en su Disposición Adicional Segunda– según reforma a la que ya se hizo referencia– para llenar el vacío existente en materia de retribución de los profesores que no pertenecen a cuerpos docentes se promulgará igualmente la Orden de 9 de septiembre de 1993 mediante la que se publicó el Convenio de 20 de mayo del mismo año, suscrito entre el Ministerio de Educación y Ciencia y el Ministerio de Justicia con la Conferencia Episcopal Española sobre el régimen económico de tal profesorado, asumiendo el Estado la financiación de la enseñanza de la Religión Católica en los centros de referencia... previendo su cláusula tercera la inclusión del mismo en el Régimen Especial de la Seguridad Social o por cuenta propia, al margen de reseñar –con cambio de criterio a raíz de la sentencia del TS de 27 de abril de 2000– que no estamos en presencia de una relación “sui generis”, sino ante una relación laboral por cuenta ajena, lo que conlleva que el régimen de inclusión sea el General de la Seguridad Social, en aplicación tanto del TRLSS (artículos mencionados), como en aplicación, en su caso, del RD 2.398/1997, en la parte no derogada, y O. de 19.12.97 no sólo se encontraban y se encuentran obligatoriamente incluidos en tal Régimen General de la Seguridad Social sino que pesaba y pesa sobre el empleador –estatal primero y autonómico después– la obligación de afiliarle, si fuere el caso, darle de alta y cotizar a ese régimen por el citado personal.

VI.- La cuestión que se suscita en la presente litis –ante el incumplimiento de esa obligación de afiliarle primero y darle de alta y luego de cotizar por ese profesorado por parte del empleador estatal en el periodo que se extiende hasta el momento de ser transferido a la Comunidad Autónoma- es la de ver a quién corresponde su exigencia, dada su persistencia, pese a haberse efectuado su traspaso formal a la Comunidad demandante.

Las actas de las que trae causa la resolución impugnada fueron extendidas a la Administración aquí demandante, la cual considera a la Administración Estatal como responsables en todo caso de los atrasos o cualesquiera indemnizaciones a que tuviere derecho el personal por razón de su situación con anterioridad a su traslado. Así la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/1993, de 14 de octubre de Proceso Autonómico señala que la Administración del Estado deberá regularizar la situación económica y administrativa del personal a su servicio antes de proceder a su traslado.

A esa pretensión se opone el Abogado del Estado, para quién no resulta de aplicación la normativa sobre el proceso de transferencias, sino la sucesión empresarial prevista en el art. 44 del Estatuto del Trabajador, aprobado por RD 1/1995, de 24 de marzo.

Ciertamente la Sala en la sentencia relativa al Recurso 7.888/2000, en la inteligencia de la existencia de una obligación solidaria sobre la base de lo dispuesto en el art. 1.137 del Código Civil, por así disponerlo el art. 44 del ET, pues de la conformidad con su tenor literal “el cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos inter vivos, el cedente y en su defecto el cesionario está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuere declarada delito”, acuerda en su aplicación la nulidad de la resolución impugnada sobre la base de que “no se puede olvidar que esa responsabilidad de la que puede ser imputada la administración autonómica no es exclusiva suya, sino solidaria, lo que comporta la concurrencia de, al menos dos deudores y en el presente caso solo aparece uno, que además, debe serlo por derivación, o al mismo tiempo

de haberse exigido el débito a quien sea el deudor principal, en este caso la Administración General del Estado, por lo que en estas condiciones debe estimarse el recurso en su primero pretensión, esto es, la nulidad de la resolución impugnada y de las liquidaciones de que trae causa”.

Este argumento aparece anudado a lo dispuesto en el art. 127.2 de la LGSS, demandando ambos lógicamente su correcta inteligencia para ver si es de aplicación al supuesto de autos que aquí se enjuicia, de palmaria similitud por tanto, con el que se ha decidido en el recurso núm. 7.888/2000.

En el Fundamento de derecho cuarto de la sentencia dictada en ese recurso de afirmación, en efecto, que: “También interesa la demanda que se declare que la Xunta de Galicia no puede ser objeto de exigencia de responsabilidad, pretensión que no puede ser objeto de exigencia de responsabilidad, pretensión que no puede reconocerse, toda vez que, como ya se ha avanzado, el artículo 127.2 del TRLGSS impone tal responsabilidad en los sucesores, obligación de la que quedan exonerados cuando de den las condiciones que reglamentariamente se fijan, cuando se expiden certificados “que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes”, como establece ese precepto “in fine”, lo que conduce a tener presente lo dispuesto en el artículo 10.3.b) del RGRSSS, que establece la exoneración si se extendiese certificación negativa de deudas o transcurrieren treinta días sin haberse expedido, si bien esta regla especial sólo se aplica a los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad, lo que no es el caso, Pero tampoco cabe la exoneración contemplada en el segundo apartado del artículo 10.1 de ese mismo reglamento, ya que aunque se refiere a los supuestos de sucesión empresarial, en este caso de elementos personales aislados, sí permiten la continuación de la actividad, de lo que resulta que se le pueda exigir a la Xunta de Galicia esa responsabilidad judicial, sino mediante el acto administrativo revestido de las formalidades a que se ha hecho mención en el anterior fundamento de derecho”.

VII.- Ahora bien, el referido art. 127.2 de la LGSS ha de interpretarse junto con lo dispuesto en el art. 126, entre otros, que se hallan ubicados dentro del capítulo III regulador de la acción protectora en materia de Seguridad Social.

Dispone ciertamente el art. 126 –relativo a la responsabilidad en orden a las prestaciones que la integran– que “Cuando se haya causado derecho a una prestación por haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 124 de la presente Ley, la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión o, en su caso, a los servicios comunes. El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva. No obstante lo establecido en el apartado anterior, las entidades gestoras, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos, incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios; el indicado pago procederá, aún cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas entidades, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medidas en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a dicho pago.

El anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y medio el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las Entidades gestoras, Mutuas o Servicios. En todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las Mutuas o empresas declaradas responsables de aquéllas incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo a que se refiere el artículo 123 de esta Ley.

Los derechos y acciones que, por subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios, correspondan a aquellas Entida-

des, Mutuas o Servicios frente al empresario declarado responsable de prestaciones por resolución administrativo o judicial o frente a las Entidades de la Seguridad Social en funciones de garantía, únicamente podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativo o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario.

Cuando, en virtud de lo dispuesto en este número, las Entidades gestoras, las Mutuas y, en su caso, los Servicios comunes se subrogaren en los derechos y acciones de los beneficiarios, aquéllos podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiere seguido para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación. 4. Corresponderá a la Entidad gestora competente la declaración, en vía administrativa de la responsabilidad en orden a las prestaciones cualquiera que sea la prestación de que se trate, así como de la Entidad que, en su caso, deba anticipar aquélla o constituir el correspondiente capital coste.

Ciertamente los Aps. 3 párr. 2º, 3º y 4º y ap. 4 fueron añadidos por art. 34.3 de Ley 24/2001, de 27 de diciembre (RCL 2001, 3.248).

VIII.- El art. 127, relativo a supuesto especiales de responsabilidad en orden a las prestaciones, preceptúa lo siguiente: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980, 607), para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de ésta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuere declarado insolvente.

No habrá lugar a esta responsabilidad subsidiaria cuando la obra contratada se refiera exclusivamente a las reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda.

2. En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las “prestaciones” causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en

los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo.

Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes.

3. Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.

Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, el Instituto Nacional de la Salud y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsables o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente Ley.

Para ejercitar el derecho al resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Entidad Gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o empresarios, tendrán plena facultas para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados al efecto del artículo 104 del Código Penal (RCL 1973, 2.255)".

IX.- El art. 126 establece luego con carácter general la responsabilidad en orden a las prestaciones por haber cumplido las condiciones del art. 124, mientras que en el art. 127 establece esa responsabilidad en supuestos especiales, siendo dichas prestaciones el contenido de la acción a través de la cual la Seguridad Social atiende situaciones de necesidad cuya cobertura tiene encomendada.

Si el art. 41 de la CE no es explícito en cuanto a la determinación de tales situaciones, no lo es más respecto a la acción protectora, limitándose a decir que ésta consistirá en la asistencia y prestaciones sociales suficientes, bipartición no muy precisa que seguramente quiere aludir a las dos grandes modalidades clásicas de prestaciones de la Seguridad Social: las económicas y las consistentes en servicios, entre ellos los sanitarios.

Queda fuera de toda duda que las prestaciones de la Seguridad Social –estos es las entregas dinerarias (directas o hechas efectivas a través de entidades de crédito: RDL 39/1978, de 5.12) o los servicios en que consiste su acción protectora– son el eje y razón de ser del sistema de la Seguridad Social.

Las prestaciones han de ser satisfechas por Entidades Gestoras y Mutuas de Accidentes en régimen de liquidación o por el empresario –en calidad tanto de colaborador en la gestión del régimen general, como por haber incumplido sus deberes de afiliación, alta, bajas o cotización–, teniendo la consideración legal de créditos privilegiados y gozando de las prerrogativas propias de los privilegios salariales.

El art. 127.2 establece –como queda transcrito– que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las “prestaciones” causadas antes de dicha sucesión. La misma responsabilidad se establece entre el empresario cedente y cesionario en los caso de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso o no lucrativo.

Reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad para los adquirentes.

X.- Por tanto la responsabilidad de referencia se contrae al pago de las prestaciones y “no al incumplimiento de las condiciones a que se refiere el art. 124 de la LGSS, - que es lo que aquí se discute–”, en una interpretación según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados ambos preceptos atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de los mismo a tenor del art. 3 del Código Civil.

Por consiguiente aunque el art. 44 del Estatuto del Trabajador y los arts. de referencia de la LGSS contemplen un supuesto de responsabilidad solidaria, pues sólo la obligación tendrá ese carácter cuando así se establezca a tenor del art. 1.137 del Código Civil, tal precepto no sería de aplicación en el supuesto de autos, aunque así lo haya entendido la Sala en la sentencia del recurso de referencia, y no será de aplicación según la propia Jurisprudencia del TS –Sala de lo Social– contenida en sentencia de 30 de octubre de 1999 sobre la base de lo dispuesto en la DA 1ª de la LPA o sobre la base de no estar ante una transmisión de empresa en el marco de una relación laboral, sino ante una transferencia de funciones entre Administraciones Públicas según sentencia del propio Tribunal de 19 de junio de 1989.

Ciertamente ya el desaparecido TCT en sentencia de 25 de mayo de 1982 estimó que no hay sucesión de empresa cuando se da una cotitularidad patronal respecto de los trabajadores.

En el presente caso queda fuera de toda duda la realidad de una transferencia de funciones entre administraciones públicas y la existencia de esa cotitularidad en materia de educación, pese a ser asumida de acuerdo con el art. 31 del EAG –anteriormente transcrito– como competencia exclusiva, pues tres son los límites que en el mismo vienen impuestos a esta competencia autonómica en principio exclusiva: a) el genérico derivado del respeto a los derechos y libertades fundamentales en materia de educación que se recogen, como hemos visto, en el art. 27 de la CE y en las leyes orgánicas que lo desarrollan; b) el impuesto por la reserva de competencia exclusiva a favor del Estado que se recoge en el art. 149.1.38 de la CE en relación con la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y con las normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la CE, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia y c) el específico exigido por la alta inspección del Estado, que sin embargo no impide a la Comunidad Autónoma que pueda disponer de sus propios servicios de inspección, sin que a ello sea óbice lo establecido en el art. 27.20 del EAG y art. 148.1.17 de la CE a tenor del cual la Comunidad dispone de competencia exclusiva en materia de promoción y enseñanza de la lengua gallega.

Por consiguiente, si como se afirmó ya, los preceptos constitucionales de delimitación de competencias, art. 148 y 149, hacen el reparto atendiendo a los objetos o materias, como consecuencia de la distribución territorial del poder que se operó sobre la base del art. 137 en relación con el art. 2, entre otros, de la CE, pero sin delimitar cuáles de las diversas funciones públicas (legislativas, ejecutivas o judiciales) se han de ejercitar sobre aquellas materias a que se refieren sendos preceptos constitucionales, las ejecutivas encuentran su delimitación precisa en los acuerdos de transferencia realizados por las Comisiones Mixtas de representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas (previstas en las Disposiciones Transitorias de los Estatutos) y que finalmente se aprueban por Reales Decretos. Sólo a partir de éstos será posible determinar, en casos dudosos, el alcance del ámbito de gestión realmente asumido por la Comunidad Autónoma.

XI.- En el caso de autos el RD de transferencia, 1.838/1999, de 3 de diciembre de ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados por el Real Decreto 1.763/1982, de 24.07.82 (RCL 182/3.433 y ApNDL 6.694), en materia de educación aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía de Galicia (RCL 1981/ 990; ApNDL 6.673), por el que se amplían las funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma de Galicia por el Real Decreto 1.763/1982, de 24 de julio (RCL 1982, 3.433; ApNDL 6.694), en los términos allí especificados.

En consecuencia quedaron ampliadas las funciones y servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de Galicia, así como los medios y los créditos presupuestarios correspondientes que figuran en las relaciones adjuntas al propio Acuerdo de la Comisión Mixta y que se incluyen como Anexo al presente Real Decreto, en los términos y condiciones que en él se especifican.

El artículo 4 señala que los créditos presupuestarios que se determinen con arreglo a la relación número 1 serán transferidos por el Ministerio de Educación y Cultura a los conceptos habilitados en la Sección 32 de los Presupuestos Generales del Estado destinados a financiar los servicios asumidos por las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado

hasta que no concluya el período de homologación.

Al personal que ocupe dichos puestos le será de aplicación el régimen retributivo que, por asimilación al profesorado interino dependiente de la Administración del Estado, establece el artículo 93 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (RCL 1998, 2.063 y RCL 1999, 1.204), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Anexo).

Destaca en ese Anexo la valoración de las cargas financieras de los servicios traspasados.

Durante el periodo transitoria, la financiación se efectuará en función del coste efectivo de cada año, mediante transferencia de los créditos pertinentes desde la Sección 18 «Ministerio de Educación y Cultura» a la Sección 32 «Entes Territoriales».

Si la Comunidad Autónoma ejerce —en este caso de forma compartida— esas competencias en materia de educación y para ello necesita recursos materiales y humanos, igualmente necesita recursos económico-financieros, que en este caso según anexo al RD de transferencia se le proporcionan mediante transferencia de créditos en función del coste efectivo de cada año pertenecientes a la Sección 18 y a través de la Sección 32, tras la valoración de las cargas financieras de los servicios traspasados, por lo que en la valoración de cargas ha tenido que sopesarse el incumplimiento de la obligación de dar de alta y cotizar por el profesorado de referencias y en su caso exigir la pretendida regularización que prevé la Disposición Adicional 1ª de la LPA, no cabe oponer luego que la silente obligación cuyo pago pendía corresponde al Estado en virtud de tal Disposición ni tampoco que a tenor del Convenio que la Ministra de Justicia y Educación y Cultura firman con la Conferencia Episcopal Española el 26.02.99, cláusula quinta, 2, según la cual, transitoriamente, en tanto no se lleve a cabo el traspaso, el Estado asume respecto de esos profesores la financiación de la enseñanza de la religión católica en los Centros Públicos de Educación Infantil, de Educación Primaria y de Educación Secundaria, pues, al margen de que una vez traspasada la materia de educación tanto al respecto del Concordato del Estado Español con la Santa Sede como al Convenio o Convenios con la Conferencia Episcopal Española, como organización propia, junto con otras, de la Iglesia Romano o Estado Vaticano, viene impuesto a las Comunidades Autónomas según

interpretación que se hace del art. 93 de la CE, que las hace destinatarias en sus materias del cumplimiento de tratados y resoluciones emanadas de organismos internacionales o supranacionales (forma de participación descendente); cosa distinta es que en los acuerdos de transferencia realizados por las Comisiones Mixtas de representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas (previstas en las Disposiciones Transitorias de los Estatutos) se hayan dejado a salvo de la asunción de cargas posibles deudas derivadas de sentencias judiciales y resoluciones administrativas de orden social, relacionadas con estos profesores, con independencia de cual fuere la Administración educativa competente en el momento en que dichas deudas hayan tenido su origen, por la Administración del Estado, pues si entre la documentación que acompaña a la demanda figura como documento número 3 el Acta 33 de la reunión de la Comisión Mixta de Transferencias, de 08.10.99, según la cual interviene el Secretario de la Comisión por la Comunidad Autónoma solicitando que sean asumidas por la Administración del Estado, a continuación intervino el Director General de Cooperación Autonómica para indicar que esa es la voluntad de la Administración del Estado, y que a tal fin se constituirá un grupo de trabajo para estudiar su posible instrumentalización, por lo que tal exigencia se inserta en el seno de las denominadas relaciones entre Administraciones Públicas, que se han de inspirar en los principios que se contemplan en los arts. 4 y ss. de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, a tenor de los cuales “las administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y en consecuencia deberán prestar la cooperación y asistencia activas que las otras administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias”, al margen de preservar el principio de autonomía financiera (art. 156.1 de la CE) y al margen de concretar el principio de solidaridad, en los términos que ciertamente reconoce la LOFCA, en desarrollo de la Constitución, a tenor de cuya regulación la financiación dependiente del Estado si en determinados supuestos está condicionada, en otros tal financiación es incondicionada, siendo pues en el seno de esas relaciones donde le corresponde a la Administración demandante exigir la efectividad de aquella instrumentalización mediante la consiguiente celebración de convenios en los que se plasma aquella voluntad, cuyo hipotético incumplimiento, tras los trámites o diligencias de tipo preliminar a que alude el art. 44 de la Ley 29/1998, y promoción del oportuno litigio

entre administracións cabría dilucidar en esta vía xurisdiccional por aplicación del art. 10.g); ergo la Administración demandante no puede enervar el cumplimiento de las obligaciones que se interesan de la misma bien por serle transferidos los créditos correspondientes o bien porque le corresponde exigir aquella instrumentalización.

En atención pues a lo que precedentemente se razona se está en el caso de concluir con la DESESTIMACIÓN del presente recurso contencioso-administrativo, al sufrir, por lo que se viene afirmando el criterio mantenido en la sentencia del recurso 7.888/2000, con estimación parcial de la demanda, un giro radical, puesto que no procede anular la resolución impugnada ni tampoco las actas por falta de alta y cotización de las que deriva ni tampoco procede decretar –como igualmente se suplica– la no exigencia de responsabilidad de la Xunta por el incumplimiento de las obligaciones de alta y cotización en la Seguridad Social respecto de los maestros de religión de Educación Primaria en los períodos a que se refieren.

XII.- No concurren méritos para hacer una expresa condena en costas (artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa), ni tampoco cabe interponer contra esta sentencia recurso de casación pues, a pesar de que la liquidación objeto de impugnación supera el límite legal, es doctrina reiterada (AaTS de 06.04.99, 07.06.99 ó 13.12.99) que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración a los efectos de abrir la segunda instancia son las cuotas mensuales, en atención a que se autoliquidan e ingresan por el obligado mes a mes y no por períodos distintos y en el presente caso ninguna de esas cuotas supera el límite del artículo 86.2.b) de la referida LRJCA.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos en su totalidad el presente recurso contencioso-administrativo número 8.019/2000 interpuesto por la Xunta de Galicia contra la resolución de la Unidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de la TGSS de Pontevedra de 07.02.00, elevando a definitivas las actas de liquidación números

483, 510, 551, 552 y 553/1999, levantadas a la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria por falta de alta y cotización a la Seguridad Social respecto de los profesores de religión católica de los centros públicos de educación primaria en el período comprendido entre el 1 de septiembre (rectius 1 de junio de 1994 a 14 de septiembre de 1998) a 15 de septiembre de 1998.

3799 Recurso núm. 6.451/03

S.S. IMPROCEDENCIA DA EXCEPCIÓN DE CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO, AO SE DEBER APLICAR A REITERADA DOCTRINA XURISPRUDENCIAL RELATIVA AO DESPEDIMENTO TÁCITO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a treinta de enero de dos mil cuatro

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. 6451/03 interpuesto por “C., S.A.” y “P.I., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don B.P.N. en reclamación de despido siendo demandado “C., S.A.”, “P.C.I., S.L.”, “C.P.V., S.A.”, “P.I., S.L.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 46/03 sentencia con fecha catorce de Agosto 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 B.P.N. con D.N.I. ... viene prestando servicios para la empresa “C., S.A.” desde el 1 de mayo de 1995 al haberse subrogado la demandada en la empresa “A.S., S.A.” con la categoría profesional de Inspector de Servicios y cobrando un salario de 1.187,44

euros incluido el prorrateo de pagas extra. A primeros de enero y mediante llamada telefónica de otros compañeros de trabajo se enteró que habían dado de baja en la Seguridad Social a varios trabajadores. Puesto en contacto con la sede de la empresa en Barcelona, la contestación que recibe es que ya no trabaja en la empresa, no facilitando más explicaciones. En fecha 31 de octubre de 2002 se cursó baja del demandante ante la Seguridad Social mecanizada con causa baja no voluntaria. En fecha 12 de diciembre de 2002, mediante el Sistema Red y siendo el titular de la autorización la empresa demandada en la provincia de Málaga (Marbella), se tramitó baja del demandante siendo la causa de la baja voluntaria. El delegado nacional de "C., S.A.", don F.S. fue el que se ocupó de la baja mencionada, no procediendo su despido porque desconocían ciertos datos, comunicando el día 19 de diciembre de 2002 a la Dirección General de la Policía el cese del Sr. don B.P.N. en todas las actividades de seguridad privada relativas a la empresa de seguridad "C., S.A." El demandante continuó prestando servicios en el mes de diciembre para la demandada realizando inspecciones de servicios en la mercantil "D.F., S.A." y en la mercantil "C.V." en el depósito de explosivos. SEGUNDO.- La demandada y "P.C.I., S.L." tienen el mismo domicilio en Barcelona y el mismo administrador único, don J.S.A., teniendo prácticamente el mismo objeto social en lo que a servicios de seguridad se refiere. "P.C.I., S.L." está formada por los hermanos A. y M.H.R. al 50% siendo administrador único don A.H.R. "C.P.V., S.A." está formada por don M.H.H. y sus hijos mencionados anteriormente, teniendo el mismo administrador único, siendo a su vez los hermanos citados los apoderados de las empresas primeramente citadas. Don J.S.A., en su calidad de administrador única de "C., S.A." y "P.C.I., S.L." otorgó poder mediante escritura pública a don A.J.H.R. para ejercitar las más amplias facultades. El domicilio en la provincia de Pontevedra de las empresas "C., S.A." y "P.C.I., S.L.", cuya sede central se encuentra en Barcelona, es ..., donde tienen su sede social y domicilio las otras dos empresas demandadas. La empresa "C.P.V., S.A." ha tenido de alta un total de 70 afiliados distintos, de los que 16 prestaron anteriormente servicios en "C., S.A." y en "P.C.I., S.L.", 34 en "C., S.A." y 9 en "P.C.I., S.L.". "P.C.I., S.L." ha tenido 143 afiliados de los cuales 25 estuvieron en "C., S.A." y 89 en "P.I., S.L.". Finalmente ha existido trasvase de trabajadores entre "C.P.V., S.A." y "P.C.I., S.L." TERCERO.- En fecha 20 de enero de 2003 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servi-

cio de Mediación Arbitraje y Conciliación sin avenencia, habiendo sido presentada papeleta de conciliación el día 10 de enero de 2003."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando la demanda interpuesta por don B.P.N. frente a las empresas "C., S.A."; "P.I., S.L."; "P.C.I., S.L." y "C.P.V., S.A." declaro improcedente el despido del trabajador mencionado, y en su consecuencia condeno al empresario a su readmisión en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con derecho a los salarios dejados de percibir en los términos previstos en el artículo 57 del E.T. según la redacción dada al mismo por el R.D.L. 6/02 desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, o a su elección, al abono de una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 42 mensualidades, resultando un total de 2.783 días trabajados y una indemnización de 13.580,74 euros, siendo el salario diario de 39,58 euros. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia en la secretaría de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, en espera de su firmeza. En el supuesto de optar por la readmisión o la indemnización, se entenderá que procede la primera. En todo caso deberá mantener en alta del trabajador en la Seguridad Social durante el periodo de devengo de los salarios de tramitación."

CUARTO.- Con fecha veintisiete de agosto de dos mil tres se ha dictado auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente. "Estimando parcialmente la aclaración solicitada por el Letrado don J.D.G. en nombre y representación de representación de "C., S.A." se aclara la sentencia dictada el 14 de agosto de 2003, en el sentido de establecer en su fallo que la responsabilidad de las empresas es solidaria y corrigiendo el R.D.L. citado en el mismo, debiendo de figurar el R.D.L. 5/02"

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte "C., S.A." y "P.I., S.L." siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, con fecha 3 de diciembre de 2003 se presentó por la representación de "C., S.A.", escrito y documentos que solicita se incorporen a los presentes autos, dándose traslado a las demás partes con el resultado que obra en las actuaciones y se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En la parte dispositiva de la sentencia de instancia de fecha 14 de agosto de 2003 se recoge textualmente: “Estimando la demanda interpuesta por don B.P.N. frente a las empresas “C., S.A.”; “P.I., S.L.”; “P.C.I., S.L.” y “C.P.V., S.A.” declaro improcedente el despido del trabajador mencionado, y en su consecuencia condeno al empresario a su readmisión en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con derecho a los salarios dejados de percibir en los términos previstos en el artículo 57 del E.T. según la redacción dada al mismo por el R.D.L. 6/02 desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, o a su elección, al abono de una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 42 mensualidades, resultando un total de 2783 días trabajados y una indemnización de 13.580,74 euros, siendo el salario diario de 39,58 euros. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia en la secretaria de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, en espera de su firmeza. En el supuesto de optar por la readmisión o la indemnización, se entenderá que procede la primera. En todo caso deberá mantener en alta del trabajador en la Seguridad Social durante el periodo de devengo de los salarios de tramitación.”. Posteriormente por auto de 27 de agosto se estimó parcialmente la aclaración solicitada por el Letrado Sr. J.D.G. en nombre y representación de “C., S.A.” se aclara la sentencia dictada el 14 de agosto de 2003, en el sentido de establecer en su fallo que la responsabilidad de las empresas es solidaria y corrigiendo el R.D.L. citado en el mismo, debiendo de figurar el R.D.L. 5/02”.

Frente a dichas resoluciones interponen recurso de suplicación los representantes legales de “C., S.A.” y de “P.I., S.L.”

Con carácter previo al análisis de los recursos de suplicación formulados procede pronunciarse acerca de la presentación de los documentos referidos en el escrito de fecha 3 de diciembre de 2003 por la representación letrada de “C., S.A.”, pretendiendo su incorporación a los autos; acordando la Sala la inadmisión de los mismos al no reunir los requisitos exigidos en el artículo 270 de la L.E.Civil ya que por la fecha que consta en ambos documentos es claramente apreciable que pudieron y debieron ser presentados antes de la fecha señalada para la celebración de juicio.

Por la representación letrada de la primera se postula, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L., la reposición de los autos al momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento, desglosando el primer motivo en los siguientes apartados: 1) inadmisión a trámite de la demanda porque el demandante fue requerido, con apercibimiento de ser tenido por desistido, para que en el plazo legal acreditara el intento de conciliación ante el SMAC, lo que a su juicio no ha sido cumplido por cuanto el escrito presentado por la actora el 24.02.03 no acredita el intento de conciliación previo ante el SMAC. Citando al efecto la infracción del artículo 66.2 y 81.2 de la L.P.L.; 2) infracción de lo dispuesto en el artículo 273 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en los artículos 268 y 324 del mismo texto legal, así como lo dispuesto en los artículos 90 y 94.1 de la L.P.L., en relación con lo dispuesto en el artículo 24 de la CE y vulneración del principio de tutela judicial efectiva, alegando que dicha representación procesal solicitó diversos medios de prueba documental y habiéndose practicado, no se le ha dado traslado a esta parte, y la falta de conocimiento de la recepción de dichos documentos le provoca la más absoluta indefensión y 3) incongruencia omisiva, denunciando la infracción del artículo 24.1 en relación con el artículo 120.3 de la CE e infracción de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la L.P.L. al no efectuar la sentencia de instancia pronunciamiento alguno respecto a la baja no voluntaria de fecha 31.10.02, así como que la resolución carece de toda motivación que sustente el fallo.

Por lo que atañe al apartado 1 contrariamente a lo postulado existe una providencia del Juzgado de instancia de fecha 24 de febrero (folio 8) teniendo por subsanado el defecto de forma aludido y, además, en la propia prueba documental presentada por la parte demandada, en concreto al folio 335 Tomo segundo, existe copia del acta de conciliación ante el SMAC, conciliación que terminó con el resultado de sin efecto, por incomparecencia de la conciliada.

Por lo que respecta a la alegación del apartado 2) señalar, en primer lugar, que ni se le ha privado de su derecho a la tutela judicial efectiva ni ha existido indefensión, cuando dicha parte ni siquiera ha hecho constar en el acta de juicio expresa y formal protesta; pues a las partes intervinientes compete actuar con la debida diligencia “sin que puedan alegar indefensión quien se coloca a si mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente

exigible" (por todas, STC 172/2000, de 26 de junio). Pues solo son susceptibles de causar indefensión los errores imputables al órgano judicial, pero no aquellos otros que se deban única y exclusivamente a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia del recurrente o de los profesionales que lo representan o defienden (SSTC 112/1993, de 29 de marzo, 18/1996, de 12 de febrero y 78/1999, de 26 de abril). Así pues la nulidad pretendida, por supuesta indefensión, ha de venir rechazada de plano. Pero es que además los motivos aducidos merecen el más absoluto rechazo. Pues respecto a la primera alegación, dicha prueba documental, solicitada por las partes y admitida por la Juzgadora "a quo", obra unida a los autos y a disposición de las partes, a las que se les dio traslado tal y como consta en acto de juicio y buena prueba de ello es que la parte recurrente "C., S.A.", no reconoce los documentos presentados por la actora con los números 1, impugna el número 2, documento 6 en cuanto que es un certificado sin autoría se impugna igualmente.

En cuanto a la tercera alegación, carece de relevancia alguna cuando, además el Juzgador de instancia después de recoger tal circunstancia en el hecho probado primero, llega a la conclusión razonada de que "...durante el mes de diciembre el actor siguió trabajando, no siendo hasta primeros de enero cuando a través de comentarios con otros compañeros tuvo conocimiento de que había sido dado de baja en la empresa...".

En el segundo motivo, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la L.P.L., aduciendo caducidad por haber presentado la demanda fuera de plazo y por no haberse evacuado el trámite de conciliación previa.

Por lo que respecta a esta última cuestión nos remitimos a lo anteriormente expuesto al analizar las excepciones, en concreto la primera de inadmisión a trámite de la demanda; y en cuanto a la caducidad señalar que en aquellos supuestos de despido tácito el "dies a quo" a partir del cual comienza a contar el plazo es aquel en el que el trabajador tiene conocimiento efectivo del despido; en el presente caso es a primeros de enero cuando, tras oír comentarios de otros compañeros tuvo conocimiento de que había sido de baja en la empresa. Como la papeleta de conciliación fue presentada ante el SMAC el día 10.01.03, teniendo lugar la misma el día 20.01.03 con el resultado de sin avenen-

cia y, presentada la demanda el día 30.01.03, es evidente que la acción no ha caducado.

SEGUNDO.- En los motivos tercero, cuarto y quinto la recurrente postula, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L., la revisión de los hechos declarados probados de la resolución recurrida, en concreto de los siguientes: a) del ordinal primero para el que propone el siguiente texto alternativo: "Los actos a los efectos de antigüedad ha permanecido adscrito como trabajador de la empresa "C., S.A.", dedicada a la actividad de Seguridad, conforme a una antigüedad de 01.04.98, Categoría Vigilante de Seguridad. Percibiendo un salario conforme al Convenio Colectivo de 883,48 Euros (...mensuales con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias a los efectos de la posible indemnización de despido que pudiera corresponderle, excluido el plus transporte dada su naturaleza no salario conforme al art. 26 ET...)". Que puesto en contacto con la sede de la empresa en fecha 12.12.02 en Barcelona le es manifestado que ya no trabaja en la empresa" previamente el 31.10.02 la mercantil demandada curso baja en la seguridad social con idénticos efectos, siendo la causa de dicha baja voluntaria. El actor nunca trabajó para "C., S.A." en la provincia de La Coruña; b) se añada un nuevo hecho del siguiente tenor literal: "Don B.P.N. fue dado de baja no voluntaria ante la T.G.S.S., en el número de cuenta de cotización ... en fecha 31 de octubre de 2002, número de cuenta de cotización cuyo epígrafe corresponde a la provincia de Pontevedra. Fue cursada alta en fecha 01 de noviembre de 2002 al 12 de diciembre de 2002 en el número de cuenta de cotización de "C., S.A.", nº ..., correspondiente al número de cuenta de cotización de La Coruña. Correspondiendo el epígrafe 15 a la referida provincia, en ningún momento dicho trabajador prestó sus servicios en la provincia de La Coruña." y c) la supresión del hecho probado tercero, interesando quede redactado de la siguiente forma: "El actor pese haber sido requerido en fecha 12.02.03 para que acreditara el intento de conciliación previa ante el SMAC por el Juzgado no atendió dicho requerimiento".

La modificación pretendida respecto a la antigüedad, categoría y salario percibido, no puede encontrar favorable acogida ya que dichas cuestiones fueron hechos incontrovertidos en el pleito en tanto que ni han sido discutidas ni han sido objeto de oposición por la parte demandada en el momento procesal oportuno.

Resulta totalmente irrelevante señalar en la resultancia fáctica el número de cuenta

de cotización, así como que existiese una baja a fecha 31.10.02, por cuanto existe una nueva alta y posterior y definitiva baja en fecha 12.12.02, de la que el actor por cierto no tuvo conocimiento hasta primeros de enero, por comentarios de los compañeros y que pudo constatar al solicitar el informe de vida laboral.

Tampoco se accede a la revisión del ordinal tercero, por lo arriba expuesto al analizar el motivo de inadmisión a trámite de la demanda y existir constancia documental de que en fecha 20 de enero de 2003 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación sin avenencia, habiendo sido presentada papeleta de conciliación el día 10 de enero de 2003.

TERCERO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado denuncia la recurrente la infracción de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, en relación con lo dispuesto en el artículo 49.a del Estatuto de los Trabajadores y con lo dispuesto en el artículo 44, apartados 1 y 2 del precitado texto legal alegando, en esencia, que no se acreditó de forma alguna la existencia de dicha decisión unilateral extintiva y al no haber existido ruptura alguna de la relación laboral, nos encontramos – dice – que existe una manifiesta falta de acción y derecho para reclamar por despido.

Al respecto solo cabe añadir a lo arriba expuesto que indiscutida la existencia de la relación laboral con la codemandada recurrente y permaneciendo inalterado el ordinal primero hemos de convenir que estamos ante un despido tácito, como pone de relieve la sentencia de instancia, pues ha quedado debidamente probado que cuando el trabajador, una vez que conoció la baja en la Seguridad Social y se puso en contacto con la empresa, esta le comunicó que ya no trabajaba para la misma.

En el motivo séptimo y último del recurso, al amparo del mencionado artículo 191.c) de la L.P.L. denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 26.2 del ET en relación con el artículo 68.5 de la norma paccional, interesando se aclare la sentencia en lo referente al salario del actor a los efectos indemnizatorios que serían de 11.939,30 euros.

El motivo ha de venir rechazado de plano, pues es conveniente recordar que no se ha accedido a la revisión solicitada ya que dichas cuestiones fueron hechos incontrovertidos en el pleito en tanto que ni han sido discutidas ni han sido objeto de oposición por la parte demandada en el momento procesal oportuno.

CUARTO.- En el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de “P.I., S.L.”, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L. solicita la reposición de los autos al momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento, desglosando el presente motivo en los siguientes apartados: a) que no se ha acreditado el intento de conciliación previo ante el SMAC, por lo que de conformidad con el artículo 81.2 debió dictarse auto por el que se acordara el archivo de la demanda y b) que el Juzgador de instancia no cumple el mandato contenido en el artículo 97.2 de la L.P.L. al considerar que condena a la recurrente a soportar los efectos de un despido de un trabajador que no ha prestado sus servicios para la misma, fundamentando su condena en el hecho segundo de los declarados probados en la sentencia y de cuya redacción no se desprende ningún vínculo con el actor, por lo que – añade – debe declararse la nulidad de todo lo actuado para que por el Juzgador “a quo” se motive suficientemente la sentencia y en especial se reseñen las razones por las que llega a la conclusión de que mi representada debe ser también condenada en esta litis.

Por lo que respecta a la alegación del apartado a) nos remitimos a lo anteriormente dicho al analizar el recurso de suplicación de “C., S.A.”, al tratarse del mismo motivo y sustentarse en idénticos argumentos. En cuanto a la argumentación expuesta en el apartado b) basta la mera lectura de la resolución recurrida para llegar a la conclusión de que la sentencia está lo suficientemente motivada y que la condena solidaria de las codemandadas se encuentra debidamente razonada y justificada al conformar un grupo de empresas. Pues además de lo que se declara probado en el hecho segundo de la resolución recurrida, en la fundamentación jurídica de dicha resolución se declara que “C., S.A.” y “P.C.I., S.L.” comparten el mismo domicilio, tienen el mismo objeto social y una misma dirección, existiendo flujo de trabajadores de una a otra plantilla, siendo los administradores de aquellas, los hermanos H., los que crearon las empresas demandadas “P.C.I., S.L.” y “C.P.V., S.A.”, que asumieron la mayoría de los trabajadores de las primeramente citadas...lo que justifica la responsabilidad del grupo...”.

QUINTO.- Al amparo del apartado b) del repetido artículo 191 de la L.P.L. solicita la recurrente la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, en concreto que se adicione un nuevo hecho probado del siguiente-

te tenor literal: "El demandante no ha permanecido en alta en la Seguridad Social para "P.I., S.L." en ningún momento de su vida laboral, ni ha percibido salario alguno de esta".

Tal consideración resulta a todas luces irrelevante si tenemos en cuenta que la condena solidaria de las codemandadas viene motivada por conformar un grupo de empresas.

SEXTO.- Al amparo del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L. denuncia la recurrente la interpretación indebida del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 41.1 del mismo texto legal y la doctrina sentada por el TS en sentencia de fecha 15.04.99, en relación con los artículos 324 y 1.389 del C.C. y 928 del Código de Comercio, tendentes a hacer valer la excepción procesal de la falta de legitimación pasiva que con relación a mi representada entendemos converge en este procedimiento. También se denuncia la infracción de los artículos 1 y 44.1 del ET.

Ya se ha dicho anteriormente que la condena solidaria de las codemandadas se encuentra justificada al concurrir los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para declarar la existencia de grupo de empresas. Y las contundentes afirmaciones hechas por el Juzgador de instancia en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, con valor de hecho probado, para apreciar la existencia de grupo ni siquiera han sido combatidas por la parte recurrente que se limita a hacer una serie de consideraciones que carecen del menor efecto práctico así como a invocar una doctrina que, por lo ya expuesto, no resulta aplicable al caso de autos.

SEPTIMO.- En el último motivo del recurso se denuncia la infracción de los artículos 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y 103.1 de la L.P.L., aduciendo la caducidad de la acción por haber presentado la demanda fuera de plazo y por no haber sido tenido por evacuado el trámite de conciliación previa, ya que si el actor fue despedido el día 12.12.02 el día a quo para presentar su demanda por despido finalizaría el día 08.01.03.

Ya se ha dicho anteriormente al analizar la caducidad alegada por la otra parte recurrente y basada en los mismos argumentos, que en aquellos supuestos de despido tácito, como ya ha sido calificado el de autos, el "dies a quo" a partir del cual comienza a contar el plazo es aquel en el que el trabajador tiene conocimiento efectivo del despido. Y en el presente caso es a primeros de enero cuando, tras oír comentarios de otros compa-

ñeros tuvo conocimiento de que había sido de baja en la empresa. Como la papeleta de conciliación fue presentada ante el SMAC el día 10.01.03, teniendo lugar la misma el día 20.01.03 con el resultado de sin avenencia y presentada la demanda el día 30.01.03, es evidente que la acción de despido ejercitada por el trabajador no había caducado.

En consecuencia, por todo lo expuesto es procedente la desestimación de los recursos de suplicación formulados y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por "C., S.A." y "P.I., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra, de fecha catorce de Agosto de dos mil tres, dictada en autos núm. 46/03 seguidos a instancia de don B.P.N. contra "C., S.A.", "P.C.I., S.L.", "C.P.V., S.A.", "P.I., S.L.", sobre despido, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3800 Recurso nº 9.162/1998

S.CA. REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPREGO DE TRABAJADORES INTEGRANTES DE DOTACIÓN. SUSPENSIÓN DE FAENAS POR 50 DÍAS. EFICACIA TEMPORAL DA RESOLUCIÓN QUE PUXO FIN AO PROCEDEMENTO DE REGULACIÓN TEMPORAL: DENDE A DATA EN QUE SE DICTOU. AVARÍA NOS CIGÜEÑAIS DO MOTOPESQUEIRO NON SUBSUMIBLE NO SUPOSTO DE FORZA MAIOR E SI COMO AVARÍA COMÚN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a treinta de enero de dos mil cuatro

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 9.162/98, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por el Instituto Social de la Marina, representado y dirigido por el Letrado de la Seguridad Social, contra resolución de 15.07.98 estimatoria de recursos contra otra de la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de Lugo sobre expediente número 7/98. Es parte la administración demandada Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada por el Letrado de la Xunta de Galicia. La cuantía del asunto es 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, se señaló para votación y fallo el día veintinueve de octubre 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 por el Instituto Social de la Marina, mediante el presente recurso contencioso-administrativo, resolución de 15 de julio de 1998 de la Dirección Xeral de Relacións Laborais de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, que estimó recursos ordinarios interpuestos contra resolución de 17 de febrero de 1998 de la Delegación Provincial de Lugo de aquella Consellería.

SEGUNDO.- Son antecedentes más significativos del recurso los siguientes:

En fecha 30 de enero de 1998, la entidad "P.R.B., S.L.", propietaria del buque pesquero "M.P.", presentó solicitud de regulación temporal de empleo que afectaba a once trabajadores integrantes de la dotación del mismo, por haber sufrido éste el día 13 de enero de 1998 una avería en los cigüeñales, lo que obligaba a suspender las faenas de pesca por un tiempo aproximado de cincuenta días.

La Delegación Provincial de Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, por medio de resolución de 17 de febrero de 1998, autorizó, con efectos desde la fecha de tal resolución, la suspensión, por un período de cincuenta días, de las relaciones laborales que afectaban a dichos trabajadores.

Interpuestos recursos ordinarios contra la anterior resolución, fueron dichos recursos estimados por resolución de 15 de julio de 1998 de la Dirección Xeral de Relacións Laborais de aquella Consellería, acordando otorgar eficacia retroactiva a la regulación temporal de empleo a partir del día 16 de enero de 1998, por considerar que concurrían en el caso los requisitos señalados en el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Contra tal resolución se interpuso por el Instituto Social de la Marina el presente recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- La cuestión litigiosa se contra a determinar si la resolución que puso fin al procedimiento de regulación temporal de empleo debe producir efectos desde la fecha en que se dictó, como pretende la recurrente, o bien, por el contrario, si esos efectos han de producirse desde la fecha en que se produjo la avería, como se acuerda en la resolución impugnada.

Sobre ello debe comenzarse señalando que, conforme resulta de lo previsto en los artículos 15 y 19 del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, las resoluciones administrativas expresas recaídas en el procedimiento de regulación de empleo producirán efectos desde la fecha en que se dicten salvo que en ellas se disponga otra posterior, siquiera si la suspensión de los contratos de trabajo tuviere por causa motivadora la existencia de

fuerza mayor, la resolución surtirá efectos desde la fecha del hecho causante.

En el caso que aquí se examina, no es sólo que la propia resolución impugnada haya considerado ya que al suspensión de los contratos no deriva de un supuesto de fuerza mayor, sino que en ningún caso puede ser subsumida la avería en los cigüeñales des motopesquero en el supuesto de fuerza mayor previsto normativamente para que la resolución acordando la suspensión surta efectos desde la fecha del hecho causante, pues, como señala reiterada jurisprudencia, la fuerza mayor se caracteriza por dimanar fatalmente de fuerzas externas, como son movimientos sísmicos, rayos, inundaciones o fenómenos de naturaleza análoga, esto es, de sucesos imprevisibles e inevitables que excedo de los tenidos en cuenta en el curso normal de la vida y extraño, en contemplación al caso que se examina, al poder de previsión de la empresa propietaria del buque, a cuyo cuidado debe proveer.

CUARTO.- En consecuencia, y debiendo ser considerada la avería en los cigüeñales del motopesquero como una avería común en la actividad empresarial de que se trata y que debe ser prevenida, non tratándose tampoco de un acacimiento exterior, procede resolver la cuestión a favor de la tesis mantenida por la parte recurrente, en e sentido de que la resolución que puso fin al procedimiento de regulación temporal de empleo debe producir efectos desde la fecha en que se dictó.

Es cierto que la resolución impugnada se apoya en el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme al cual "Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas", pero es igualmente cierto que dicho precepto legal no es de aplicación al caso, por cuanto el acto aquí impugnado no se ha dictado en sustitución de otro anulado ni existían en la fecha a la que se retrotrae la eficacia del acto los supuestos de hecho necesarios para que la resolución que puso fin al procedimiento de regulación temporal de empleo debiera producir efectos desde la fecha en que se dictó.

QUINTO.- Procede, por lo expuesto, la estimación del recurso, sin que se aprecien méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Instituto Social de la Marina contra resolución de 15 de julio de 1998 de la Dirección Xeral de Relacións Laborais de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, que estimó recursos ordinarios interpuestos contra resolución de 17 de febrero de 1998 de la Delegación Provincial de Lugo de aquella Consellería, y anulamos, por contraria a Derecho, la resolución impugnada en cuanto otorga eficacia retroactiva a la regulación temporal de empleo a partir del día 16 de enero de 1998, debiendo la resolución que puso fin al procedimiento de regulación temporal de empleo producir efectos desde la fecha en que se dictó.

3801 Recurso núm. 6.028/03

S.S. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ENTRE AS PARTES, AO MEDIAR TRABALLO AMIGABLE EXCLUÍDO DO ÁMBITO DE APLICACIÓN DA LEXISLACIÓN LABORAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a dos de febrero de dos mil cuatro

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. 6.028/03 interpuesto por doña T.S.B. 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.S.B. en reclamación de despido, siendo demandado MICO-

AS, don M.T.M., ASMIOR y don S.G.R. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 473/03 sentencia con fecha veintitrés de julio de dos mil tres por el Juzgado de referencia que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva, desestimó la demanda.

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

“PRIMERO.- Por resolución del Gobernador Civil de la Provincia de A Coruña, de fecha 30 de marzo de 1992, se inscribe la Asociación denominada MICOAS de A Coruña, cuyos fines recogidos en los Estatutos serían los de fomentar la unión y hermandad entre los minusválidos, fomentar la cultura entre ellos, integrarlos en el ámbito deportivo buscando su adaptación, recabar ayuda de los Poderes Públicos para conseguir sus fines, etc. SEGUNDO.- En acta de 16 de abril de 1996, se reúne la Asamblea General Extraordinaria para elegir a la junta directiva, recayendo en las siguientes personas: Presidente, don M.T.M. Vicepresidente, don J.A.O., Secretaria, doña T.S.B. TERCERO.- La actividad única y fundamental de la asociación ha venido siendo la venta y distribución del denominado Cupón del Minusválido en combinación con el sorteo de la ONCE. El demandado don M.T.M. fue condenado por la Audiencia Provincial de Pontevedra junto con otras personas, en sentencia de 29 de marzo de 1996, como autores de un delito de contrabando, derivado de la venta del citado cupón a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor, además de las accesorias correspondientes y multa de 167.000.000 pts. En esta sentencia se determina la ilegalidad de la actividad desempeñada, venta del cupón del minusválido, por no estar autorizada administrativamente. CUARTO.- La actora fue pareja de hecho con el demandado don M.T.M. durante 13, rompiéndose la misma a primeros del presente año. Como Secretaria de la Asociación realizaba en ésta labores administrativas, fundamentalmente relacionadas con la venta del cupón señalado. Para ello por las tardes iba a la sede de la Asociación, aproximadamente de cinco a siete, en donde atendía llamadas o gestiones tanto de vendedores como clientes, incluso barriendo o limpiando la sede de aquella. No existe constancia de sometimiento a directrices o instrucciones de miembros de la directiva de la asociación distintas a las derivadas de su cargo de Secretaria de la misma. Tales funciones según los Estatutos redacción de las actas de la reu-

nión de la Junta Directiva, y de las Asambleas Generales Ordinarias y Extraordinarias. Tendrá a su cargo el Archivo de la Asociación y tendrá actualizado el libro registro de asociados. En concepto de gastos de colaboración en la actualidad 210 euros mensuales y con anterioridad 20.000 pts y 25.000 pts. QUINTO.- El día 9 de mayo pasado don M.T.M. le dijo a la actora que no volviera a aparecer por la sede de la Asociación. SEXTO.- No se acredita ni consta relación laboral con el resto de las demandadas. SÉPTIMO.- Se celebró acto conciliatorio previo sin avenencia”.

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

“FALLO: Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de las demandadas, MICOAS, ASMIOR, don M.T.M. y don S.G.R., declarando la inexistencia del contrato de trabajo de doña T.S.B., las absuelvo 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, siendo remitidos al Ministerio Fiscal quien los devolvió en fecha veintiuno de enero de dos mil cuatro junto con el informe, que sobre cuestión de competencia, se le había solicitado.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia acoge la excepción de falta de legitimación pasiva de los demandados MICOAS, ASMIOR, don M.T.M. y don S.G.R., declarando la inexistencia de contrato de trabajo de la actora doña T.S.B., absolviéndolos de la pretensión deducida en la demanda. Frente a dicha resolución, interpone recurso la representación letrada de la demandante, formulando dos motivos de Suplicación, el primero, por el cauce del apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, al objeto de que se declare la nulidad de la sentencia de instancia, y se repongan los autos al estado en el que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, y el segundo motivo se articula por el cauce del apartado b) del citado artículo, destinado a la revisión de los hechos declarados probados.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos, la parte recurrente denuncia infrac-

ción de los artículos 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como del artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 1.1 y 3.c) del Estatuto de los Trabajadores, argumentando, en esencia, que la resolución recurrida priva a la actora de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y que el error en la valoración de la prueba, motiva que el Magistrado “a quo” haya estimado la excepción de inexistencia de relación laboral entre la actora y las demandadas. Y para tratar de demostrar la existencia de la relación laboral entre ambos, la parte recurrente efectúa una particular valoración de la prueba a través de seis apartados, haciendo especial hincapié en las tareas que, a su juicio, la demandante realizaba en la sede de la Asociación en circunstancias de subordinación y dependencia, considerando como anecdóticas las realizadas como Secretaria de la Asociación tras su nombramiento en el año 1996. Finalmente, en otros cuatro apartados, la recurrente hace otro particular comentario sobre los razonamientos de la resolución impugnada, que tacha de erróneos, tratando de discernir entre la venta ilegal del cupón que efectúan algunos de los asociados, de las tareas que venía realizando la actora para la Asociación demandada.

La Sala aprecia la nulidad de la sentencia, aunque por razones distintas de las invocadas en el motivo del recurso. En efecto, el fallo de la sentencia acoge la excepción de falta de legitimación pasiva de todos los demandados, declarando la inexistencia de contrato de trabajo de la actora, absolviendo a aquellos de la pretensión deducida en la demanda sobre reclamación por despido, razonando en el primero de los fundamentos de derecho que la demandante era miembro de la directiva de la Asociación de Minusválidos de A Coruña, que no tenía una relación de dependencia ni recibía instrucciones de ningún órgano superior, consecuentemente, sí se admite y razona que no existió relación laboral, se debió apreciar de oficio la excepción de incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la cuestión litigiosa, dándose una incongruencia interna de la sentencia, entre lo razonado y la decisión adoptada.

Por ello, con carácter previo al examen del recurso de la trabajadora, y por afectar al orden público procesal, la Sala debe analizar y examinar preferentemente la competencia de esta Jurisdicción Social para conocer “ratione materiae” de la cuestión que se ventila en esta “litis”; cuestión ésta que no ha

sido alegada directamente por los demandados (aunque al contestar a la demanda, se opusieron negando la relación laboral, por lo que, tácitamente se está invocando la falta de jurisdicción social para conocer de la cuestión litigiosa), pero sin que ello impida que se pueda examinar de oficio por el Tribunal, dada la facultad (o deber) que tienen los órganos judiciales de examinar todas aquellas cuestiones que afectan al orden público procesal, por la naturaleza de derecho necesario absoluto de las normas rectoras del proceso y atendido el principio de legalidad (artículo 9.3 de la Constitución) que lo preside. Y en el examen de dicha cuestión de competencia, esta Sala goza de plena libertad, sin tener que sujetarse a los presupuestos y concretos motivos de recurso, sin someterse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y con amplitud en el examen de toda la prueba practicada, para decidir, fundadamente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes (SS. TS, entre otras, 16.02.90; Ar. 1.099, 04.07.97 Ar. 2.466).

TERCERO.- Y para determinar este extremo, la Sala goza de plena libertad –como antes se dijo–; y tras un examen de todos los medios probatorios, se acepta el relato probatorio de la sentencia de instancia, salvo lo declarado en el hecho probado sexto por ser predeterminante del fallo, y a la vista de estos hechos la Sala considera, coincidiendo con el razonado informe del Ministerio Fiscal, que no ha existido relación laboral entre la actora y la Asociación de Minusválidos, ni con ninguna de las personas físicas demandadas, por lo que esta jurisdicción es incompetente para conocer de la reclamación que se ventila en este litigio. La relación laboral exige la concurrencia de las notas de ajeneidad y dependencia a las que se refiere el artículo 1.1º Estatuto de los Trabajadores, esto es, que exista una prestación de servicios contratada y que se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, por tanto, con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma (STS 16 de febrero de 1990, RJ 1990/1.099); ya que no es suficiente para la configuración de la relación laboral, la existencia de un servicio o actividad determinada y su remuneración por la persona a favor de quien se presta para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo

necesario para que concurra que, el trabajador se halle comprendido en el círculo organista rector y disciplinario del empleador de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (SSTS de 7 de noviembre de 1985, RJ 1985/5.378, de 9 de febrero de 1990, RJ 1990/886). Así pues, para que sea efectiva la presunción favorable a la existencia del contrato de trabajo, que establece el artículo 8.1º Estatuto de los Trabajadores, es preciso que concurran los requisitos antes apuntados. En el presente caso, no se ha constatado que existiese una prestación de servicios de la actora para ningunos de los demandados, y la acreditación de dicha circunstancia correspondía a la demandante, sin que resulte aceptable tratar de descargar toda la carga probatoria en la empresa, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencias de 18 abril de 1988 (RJ 1988/2.982) y 22 de mayo de 1989, la demostración de la existencia misma de la relación laboral corresponde a quien la alega.

Y aplicando esta doctrina al presente caso, es evidente que no resultó justificada la existencia de relación y de actividad laboral alguna que permita afirmar que existiese entre las partes ahora litigantes un vínculo que pueda ser calificado como propio de un contrato de trabajo, porque tal como se declara probado en el hecho cuarto, la actora estuvo unida sentimentalmente con el codemandado don M.T.M. (presidente de la Asociación) hasta primeros del año 2003, ostentaba el cargo de Secretaria de la Asociación de A Coruña, que no tiene fines lucrativos, colaborando con dicha Asociación, a cuya sede acudía por las tardes, durante dos horas, percibiendo en concepto de gastos de colaboración la cantidad de 210 euros mensuales, sin que conste la existencia de sometimiento a directrices o instrucciones de ningún miembro de la directiva de la Asociación. No tenía horario fijo, ni obligación de asistir a la sede de la Asociación, lo que hacía en su calidad de Secretaria de la misma y no como personal contratado por aquella. Todo ello supone la nulidad de la resolución recurrida, por no venir atribuido el conocimiento de la cuestión litigiosa a esta Jurisdicción. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº tres de esta Capital, de fecha 23 de julio de 2003, dictada

en los presentes autos sobre reclamación por despido tramitados a instancia de la actora doña T.S.B., frente MICOAS, ASMIOR, don M.T.M. y don S.G.R., debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida. Y apreciando 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 y sin entrar a conocer del fondo del asunto, previniendo a la demandante que puede hacer uso de su derecho ante la jurisdicción civil.

3802 Recurso núm. 6.502/03

S.S. CONDICIÓN RESOLUTORIA DO CONTRATO DE TRABALLO ESTABLECIDA EN CONVENIO COLECTIVO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a dos de febreiro de dos mil cuatro

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. 6.502/03, interpuesto por "A.T.E., 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 don M.P.L., don J.P.F. y don A.D.A. en reclamación de despido, siendo demandado "A.T.E., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 573/03 sentencia con fecha 30.09.03, 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 M.P.L. inició su relación laboral con la empresa demandada a medio de contrato de fecha 4 de abril de 2000, eventual por circunstancias de la producción, como consecuencia de atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos

con la categoría de teleoperador y duración desde esa fecha hasta el 04.05.00. El objeto de dicho contrato era el incremento de llamadas en el servicio de información telefónica de "T.E., S.A." (1003) como consecuencia de tráfico estacional que se presta en la plataforma de A Coruña. En fecha 5 de mayo de 2000 se suscribe una 1ª prórroga desde esa fecha hasta el 2-6-2000. En fecha 19 de junio de 2000 suscriben las partes un contrato de obra o servicio determinado con la categoría de teleoperador y duración desde esa fecha hasta fin de obra y cuyo objeto es el de atender el servicio de atención telefónica de "T.E., S.A." (1003) según firma de contrato con el cliente de fecha 08.10.98 que se presta en la Plataforma de A Coruña. El salario percibido por el actor en el mes de mayo de 2003 ascendió a 866,51 euros al mes incluido el prorrateo de pagas extras. El promedio de su salario según la empresa asciende a 896,22 euros. 2.- El actor don J.P.F. inició su relación laboral con la empresa demandada a medio de contrato de fecha 23 de marzo de 2000, eventual por circunstancias de la producción, como consecuencia de atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos con la categoría de teleoperador y duración desde esa fecha hasta el 23.04.00. El objeto de dicho contrato era el incremento de llamadas en el servicio de información telefónica de "T.E., S.A." (1003) como consecuencia de tráfico estacional que se presta en la plataforma de A Coruña. En fecha 24 de abril de 2000 se suscribe una 1ª prórroga desde esa fecha hasta el 21.05.00. En fecha 5 de junio de 2000 suscriben las partes un contrato de obra o servicio determinado con la categoría de teleoperador y duración desde esa fecha hasta fin de obra y cuyo objeto es el de atender el servicio de atención telefónica de "T.E., S.A." (1003) según firma de contrato con el cliente de fecha 08.10.98 que se presta en la Plataforma de A Coruña. El salario percibido por el actor en el mes de mayo de 2003 ascendió a 896,24 euros al mes incluido el prorrateo de pagas extras. 3.- El actor don A.D.A. suscribió en fecha 22 de marzo de 2000 un contrato de obra o servicio determinado con la categoría de teleoperador y duración desde esa fecha hasta fin de obra y cuyo objeto es el de atender el servicio de atención telefónica de "T.E., S.A." (1003) según firma de contrato con el cliente de fecha 08.10.98 que se presta en la Plataforma de A Coruña. El salario percibido por el actor en el mes de mayo de 2003 ascendió a 844,21 euros al mes incluido el prorrateo de pagas extras. 4.- La Empresa demandada remitió carta al Comité de Empresa de A Coruña en fecha 14 de mayo de 2003 en la que comunica que a tenor de lo

dispuesto en el art. 17 del vigente Convenio Colectivo Estatal para el sector de Telemarketing, la Dirección de esta empresa les comunica que va a efectuar una reducción de obra en el servicio "1003" contratado con "T.E., S.A.", que afectará a 41 operadores y 1 auxiliar administrativo, al haberse reducido el servicio en más de un 50% como consecuencia de la liberalización del servicio. A este porcentaje hay que añadir la disminución en el volumen del tráfico entorno al 52,54% de las llamadas, lo que ha obligado a reestructurar el servicio con la intención de conservar el empleo en la compañía, como e ha detallado a la representación estatal social de la Empresa por parte de la Dirección. En fechas 10 de marzo de 2003, 24 de marzo de 2003, 28 de marzo de 2003 y 14 de mayo de 2003 la empresa demandada remitió comunicaciones a los Comités de Empresa de Valencia, Cáceres, Madrid y otra vez Valencia respectivamente con el contenido que obra en las mismas y acompañando los documentos que obran en autos y que se dan aquí por reproducidos (documentos 48 a 52 de la empresa). 5.- A medio de carta de fecha 14 de mayo de 2003 la demandada procedió a notificar a los actores la finalización de sus contratos de trabajo con efectos del 29 de mayo de 2003 al amparo de lo establecido en el art. 17 del Convenio Colectivo del sector en relación con el art. 49.1.c) del E.T. por haberse reducido la obra específica para la que fue contratado y por la que estaba trabajando, siendo esta carta la comunicación de la finalización de su contrato de trabajo. Dicha reducción de obra tiene su fundamento en la disminución del volumen de obra servicio información telefónica a la que se encontraba adscrito/a, y por ello tenga que reducirse a pesar de los continuos esfuerzo que esta empresa ha realizado para mantener el mismo volumen de actividad. 6.- El Comité de Empresa de "A.T.E., S.A." Coruña presentó denuncia contra la Empresa en base a los hechos que figuran en la misma a la que se unieron los documentos que se acompañan y que se dan aquí por reproducidos por obrar unida a los autos. 7.- La Empresa "E.T., S.A." y la Empresa "T.E., S.A." suscribieron en fecha 8 de octubre de 1998 el contrato para la prestación de Servicios de Teleoperación para la realización del proyecto "Atención Servicio de Información 1003" y cuyo contenido se da aquí por reproducido por obrar unido a los autos como prueba de la empresa (documento nº 34). Asimismo en fecha 24 de agosto de 1999 las anteriores empresas suscribieron el control específico que obra unido a los autos en la prueba de la empresa (documento nº 35). En fechas 13.12.99 y 28.12.99 se adjudicó por "T.E., S.A." a

"E.T., S.A." la ampliación de los trabajos de Teleoperación Servicio 1003 conforme a los documentos nº 36 y 37 del ramo de prueba de la demanda y que se dan aquí por reproducidos. En fecha 12 de enero de 2000 se suscribe entre las anteriores empresas contrato para la Atención del Servicio de Información Nacional 1003 (documento nº 38 de la empresa) así como la prórroga el 18.04.00 (documento nº 39 de la empresa). En fecha 21 de enero de 2000 la empresa "E.T., S.A." cambió su denominación social a la de "A.T.E., S.A." 8.- En fecha 30 de mayo de 2000 la empresa "A.T.E., S.A." y la empresa "T.E., S.A." otorgan cláusula adicional al contrato 9900002163 para la prórroga del Servicio de Atención 1003 (documento nº 40 de la demandada). 9.- Que en abril de 2003 se liberalizó el servicio de información telefónica y como consecuencia de la misma se produjo una disminución del tráfico cifrada por la Empresa "T.E., S.A." en un 50% en abril de 2003 respecto al año anterior según comunicación que efectúa dicha empresa a la demandada en fecha 15 de abril de 2003. La facturación de la empresa demandada a "T.E., S.A." fue de 1.482.787,78 euros en enero de 2003; de 1.261.719,47 euros en febrero de 2003; de 1.212.853,83 euros en marzo de 2003; de 638.515,98 euros en abril de 2003 y de 440.220,80 euros en mayo de 2003. 10.- El número de llamadas recibidas y atendidas por la demandada desde diciembre de 2002 a junio de 2003 es el que figura en el certificado emitido por la empresa "T.E., S.A." en fecha 12 de agosto de 2003 y que se da aquí por reproducido. 11.- El actor don M.P.L. presta servicios para la empresa "C.C., S.L." desde el 09.06.03 a 23.06.03 y desde el 24.06.03 hasta la fecha. Que el actor don A.D.A. presta servicios para la empresa "C.G., S.A." desde el 21 de julio de 2003. 12.- El día 1 de julio de 2003 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de sin efecto."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, debo estimar y estimo íntegramente las pretensiones de la demanda, y califico como improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa "A.T.E., S.A." a que readmita inmediatamente a don M.P.L., don J.P.F. y don A.D.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 que asciende a las siguientes cantidades: don M.P.L., 4.688,26 euros; don J.P.F., 4.587,78 euros; don A.D.A., 4.459,80 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 fuera el sentido de la opción condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, tomándose en consideración a tal efecto el salario que se estima acreditado en Hecho Probado 1º, y teniendo en cuenta la limitación que establece el art. 57.1 del E.T. y que hasta la fecha ascienden a las siguientes cantidades: don M.P.L., 209,09 euros; don J.P.F., 3.592,28 euros; don A.D.A., 1.463,28 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.- Ante la sentencia de instancia –que declaró improcedente el despido de los tres demandantes, por parte de la demandada "A.T.E., S.A." –, formula recurso de suplicación ésta, en primer lugar, por la vía del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, interesando, a través de cuatro motivos, varias revisiones fácticas de aquélla; a continuación, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por aplicación indebida, del artículo 56 del ET, y, por violación e interpretación indebida, del 17 del II Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing, en relación con la jurisprudencia, que se cita; y, finalmente, por la misma vía que la anterior, alegando infracción del artículo 26.1, en relación con el 50.2, del ET.

SEGUNDO.- Procede hacer constar lo siguiente, en lo que concierne a las revisiones fácticas, interesadas en el recurso:

A) Que procede aceptar las que se solicitan, con relación al hecho probado segundo de la sentencia de instancia –centradas en que se señale, con relación al salario de don J.P.F., que "...el salario percibido por el actor durante los meses de enero a abril de 2003, según el promedio de los mismos, asciende a la cantidad de 819,30 €, siendo así que la retribución de 869,24, corresponde a la nómina del mes de mayo, en el que se inclu-

yen los conceptos de vacaciones, partes proporcionales de pagas e indemnización de fin de contrato”, y, respecto al de don A.D.A., que “... el salario percibido por el actor en los meses de enero a abril de 2003, según el promedio, asciende a la cantidad de 834,73 €, correspondiendo la cantidad de 844,21 € a la nómina de liquidación del mes de mayo, en el que se incluyen las cantidades correspondientes a vacaciones, parte proporcional de extra de junio e indemnización de fin de contrato”, al ser, tal como resulta de la prueba documental, que se cita en su apoyo (las correspondientes nóminas de uno y otro) ciertas.

B) Que, también es acogible, la adición fáctica, que se pretende en el segundo motivo del recurso –consistente en hacer constar “que, conforme acredita el certificado de vida laboral del trabajador don M.P.L., con fecha 9 de junio de 2003, fue contratado y se encuentra trabajando en el momento de la celebración del acto del juicio, en la empresa “C.C., S.L.” En relación con el trabajador don J.P.F., el mismo se encuentra percibiendo las prestaciones por desempleo desde el día 11 de junio de 2002, y con relación al trabajador don A.D.A., estuvo percibiendo las prestaciones de desempleo desde el 02.06.03 hasta el 20 de julio del mismo año, habiendo encontrado empleo y encontrándose trabajo en la empresa “C.G., S.A.”, a partir del 21.07.03, situación en la que continúa hasta el momento de expedición del certificado de vida laboral-, dado que, por una parte, consta su certeza de la prueba documental, que se cita en su apoyo (las certificaciones de la vida laboral de los actores), y, por otra, sirve para completar, en sentido positivo, lo que al efecto se expone en el hecho probado 11 de la resolución impugnada.

C) Que no es viable la revisión, interesada en el tercer motivo del recurso –dirigida a que se adicione a la relación fáctica de la resolución impugnada, un nuevo hecho probado, que afirme: “Que la caída del tráfico atendida por “A.T.E., S.A.” tras la liberalización del servicio fue de un 74,50% de promedio durante el mes de abril y de un 78,87 % en el mes de mayo, con respecto a la totalidad de las 4 plataformas que operaban en apoyo y en la actividad de la atención de dicho servicio, siendo así que la disminución operada en los meses de abril y mayo, y en las distintas Plataformas fue la siguiente; en Madrid-Getafe un 80,49% en abril y un 86,37% en mayo; en Coruña un 59,87% en abril y un 69,24% en mayo; y en Valencia un 80,27% en abril y un 80,96% en mayo. Por lo que respecta ala reducción y

extinción de contratos de los trabajadores que prestaban servicios en las 4 Plataformas, queda acreditado que la Plataforma de Madrid que tenía un total de 212 trabajadores, de los que 116 era por obra o servicio determinado, quedó reducida a 37 trabajadores, todos ellos con contrato indefinido, la Plataforma de Cáceres que tenía un total de 97 teleoperadores, quedó sin ningún teleoperador y totalmente cerrada, la plataforma de Valencia que tenía un total de 404 trabajadores con 236 contratos de obra o servicio y 40 por circunstancias de la producción, quedó reducida a un total de 181 trabajadores, de los que 122 eran por contrato por tiempo indefinido, y la Plataforma de Coruña que tenía un total de 94 teleoperadores, de los que 62 lo eran con contrato de obra o servicio determinado y 32 indefinidos, quedó reducida a un total de 36 de los que 17 lo eran con contrato por tiempo indefinido”, pues contiene apreciaciones valorativas- cálculos de tantos por ciento, en la caída del tráfico telefónico de la demandada, tras la liberación del servicio, calificación jurídica de contratos, etc., que no cabe alcanzar por el cauce de un motivo (apartado b) del artículo 191 del TRLPL), que tiene como único objeto la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

Y D) Que, finalmente, tampoco es aceptable, por razones obvias, derivadas de su contenido, la adición fáctica, que se pretende en el cuarto motivo del recurso –dirigida a que se afirme: “Que con anterioridad a la celebración del acto del juicio, y por los Juzgados de lo Social nº 15 de Valencia, 6 y 10 de la misma localidad, Juzgado de lo Social nº 1 de Cáceres y Juzgado de lo Social nº 7 de Madrid, se dictaron las sentencias, que obran a los folios 323 a 370 de autos, cuyo contenido, en relación con los hechos declarados probados, se da por reproducido”, dado que, basta con observar su contenido, para inferir que no se trata de un hecho declarado probado propiamente dicho (artículos 248.3 de la LOPJ y 97.2 del TRLPL).

TERCERO.- Sostiene la empresa demandada, en el quinto motivo del recurso, entre otros extremos, que cumplió, y respetó, con relación a al extinción de los contratos de trabajo de los actores, todos los requisitos, exigidos al efecto en el artículo 17 del II Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing, pues dispone que “podrá extinguirse el contrato de obra o servicio determinado en aquellos supuestos en que por disminución real del volumen de obra o servicio contratado, resulte innecesario el número de trabajadores contrata-

dos para la ejecución”, porque se produjo una disminución real del volumen del servicio, por una circunstancia, totalmente ajenas a ella, como fue la liberación de un servicio, que realizaba en régimen de monopolio; y que, aunque dicho cumplimiento fuese discutible, nunca deberían ser sus consecuencias, las declaraciones de despido llevadas a cabo, y su calificación como improcedentes, pero, no compartiéndose por la Sala –tal como ya sucedió con anterioridad, mediante la sentencia, de 19 de diciembre de 2003, que resolvió un caso análogo a los que son objetos de análisis-, tal apreciación, ya que, si bien es cierto el contenido, expuesto, del artículo 17 del Convenio Colectivo citado, también lo es que, a continuación, dispone, que “dicha disminución deberá acreditarse fehacientemente a la representación legal de los trabajadores, previamente a la extinción de los contratos, para que los mismos puedan expresar su opinión”, y que ninguno de estos requisitos se acreditó debidamente, porque, como se indica en la sentencia de instancia, no se demostró, mediante la prueba practicada, la disminución del volumen de la obra o servicio en la plataforma de A Coruña –se pretende por la empresa recurrente, a través del escrito de recurso, una valoración probatoria distinta de la que efectúa la Sra. Juez “a quo”, pero lo cierto es que, como ésta dice, no se acreditó que la disminución del número de trabajadores fuere proporcional a la disminución real, experimentada en el volumen del servicio en las fechas de las notificaciones de las extinciones de las relaciones laborales; y, en todo caso, no se dio cumplimiento al extremo relativo a que dicha disminución del volumen de la obra o servicio, debería ser acreditada a la representación de los trabajadores, previamente a la extinción de los contratos, pues consta en la resolución impugnada, que la empresa notificó, en la misma fecha (14 de mayo de 2003), las correspondientes comunicaciones al Comité de Empresa de A Coruña y a los actores-; nada cabe objetar, ante el evidente incumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 17 del Convenio Colectivo, a la decisión de la Juzgadora de instancia, de calificar los despidos de los demandantes como improcedentes, dado lo dispuesto en el art. 55.4 y 1 del ET- se afirma en él, por un parte, que será improcedente el despido, entre otra causa, cuando su forma no se ajusta a lo establecido en el apartado 1 de este artículo (4); y, por otra, que el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, y que, por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias

formales para él (1)-; y, por lo tanto, procede desestimar el motivo.

CUARTO.- Se pretende –con carácter subsidiario, para el supuesto de que no se estime, como así sucede, el anterior- en el quinto motivo del recurso, que debe computarse, a efectos de fijar las indemnizaciones de los demandantes don J.P.F. y don A.D.A., no los salarios, que se dicen percibido por ellos, en la resolución impugnada, sino los que se señalan en el primer motivo de recurso; y, como se aceptaron, según ya se expuso, las pertinentes revisiones fácticas, debe ser acogido tal extremo, efectuando las correspondientes modificaciones en el fallo de la resolución impugnada; y estimando al efecto el motivo.

Por lo expuesto

Fallamos

Que, con estimación en parte del recurso de suplicación, planteado por la empresa “A.T.E., S. A.”, contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº1 de A Coruña, en fecha 30 de septiembre de 2003, debemos rectificar y rectificamos el fallo de la misma, en el único extremo de declarar que las indemnizaciones, acordadas en favor de don J. P. F. y de don A. D. A., deberán ser calculadas, teniendo en cuenta la percepción, por parte del primero de un salario mensual de 819,30 €, y del segundo, de 834,73 €; y debemos confirmarlo y lo confirmamos en lo restante.

3803 Recurso núm. 6.394/03

S.S. NULIDADE DO DESPEDITO DECRETADO, POR ACOSO MORAL Á TRABALLADORA DEMANDANTE. COMPATIBILIDADE DE INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA COA CONDENA Á READMISIÓN E AO ABONO DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a tres de febrero de dos mil cuatro

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. 6.394/03 interpuesto por el Concello de B. 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.J.B.P. en reclamación de despido siendo demandado el Concello de B. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 740/03 sentencia con fecha trece de octubre 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:

“1º.- La demandante, presta sus servicios a tiempo completo para le Concello de B., con antigüedad de 22 de abril de 1999, ostentando categoría profesional de Técnico de Desenvolvemento Económico y Social, con centro de trabajo en la Casa del Concello en B., y salario de 2.486,09 euros al mes con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias (82,87 euros día). No ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores en la empresa. 2º.- El 14 de julio de 2003 fue entregada a la actora, por conducto notarial, comunicación de la Corporación empleadora del siguiente tenor literal: “Decreto.- En B., a 11 de Xullo de 2003. Visto o acordo adoptado pola Comisión de Goberno na sesión do día 10 do presente mes, e que resulta do seguinte tenor literal: “6.- Acordos que procedan en relación coa situación da traballadora dona M.J.B.P. Por este órgano de goberno municipal na súa sesión de pasado 2 de maio de 2003 acordouse: Encarregar á Técnico de Desenvolvemento Económico e Social deste Concello a realización dos seguintes estudos: 1.- Expectativas de futuro dos sectores agrícola e gandeiro do Concello de B.. 2.- B. na reserva da biosfera, signo da súa incidencia económica neste Concello. Por dona M.J.B.P., o pasado día 27 de xuño, antes de marcharse de vacacións, manifestou aos señores Tenentes de Alcaldes, que na referida sesión desta Comisión propuxeron a realización dos citados traballos, que nesa data (27.06.03) os traballos encomendados non estaban realizados. A Comisión toma así

mesmo coñecemento de que pola alcaldía foron facilitados os mellores materiais solicitados, así como os permisos para ausentarse do Concello ca fin de recabar a información que se estimaron convenientes. Ante esta situación e á luz dos feitos que se deixan relatados e con fundamento dos mesmos, a Comisión de goberno, por unanimidade, e en votación ordinaria acorda: Proponer ao Sr. Alcalde-Presidente a extinción da relación laboral diste Concello coa traballadora dona M.J.B.P. Esta Alcaldía atendendo á proposta da Comisión de goberno, no exercicio das competencias que me confire a vixente lexislación sobre o réxime local, tomou a decisión de extinguir a relación laboral que se mantiña con dona M.J.B.P., polo que se procede ao seu despedimento debido a que os traballos que lle foran encomendados por acordo da citada comisión de data 2 de maio do presente ano, a pesares do tempo transcorrido, non foron realizados, sen que tampouco se efectuara aportación ningunha, limitándose a manifestar e recoñecer expresamente esta situación antes da súa marcha de vacacións, a pesares de que por este organismo se lle deron todo tipo de facilidades para a súa execución, non só de tipo material, senón tamén concedéndoselle os permisos que solicitou por escrito para ausentarse a fin de recabar información que Vostede consideraba conveniente, polo que entendemos que incurriu Vostede nas causas de despedimento previstas no artigo 54.1, apartados b) e D) do Real Decreto Lexislativo 1/1995, de 24 de marzo, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores. O que se pon en coñecemento aos efectos oportunos, manifestándolle que o citado despedimento terá efectividade a partir de data da notificación do presente escrito. Comunícaselle así mesmo que a liquidación de soldadas devengadas no mes de xullo, así como a prorata de pagas extraordinarias e calquera outro concepto que na citada liquidación deba incluírse, estará á súa disposición nas oficinas municipais. Contra esta resolución pode vostede interpoñer, ante esta alcaldía, a reclamación previa á vía laboral, de conformidade co establecido polos artigos 120 e 125 da Lei 30/1992, de 2 de novembro, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, en relación cos artigos 69 e 103 do Real Decreto Lexislativo 2/1995, de 7 de abril, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Procedemento Laboral, no prazo que se establece nesta última. Contra a resolución expresa ou presunta da citada reclamación poderá exercitar as accións pre-

vistas na xurisdición laboral, ante o órgano, na forma e prazos na mesma regulados". 3º.- La actora inició su actividad en el Concello de B. con contrato de duración determinada de 22.04.99. En 01.02.01 firma contrato indefinido con igual categoría profesional que el anterior, en calidad de Técnico en Desarrollo económico y social. 4º.- Entre las actividades encomendadas a la actora en su puesto de trabajo durante los años de 1999 a 2001 inclusive se encontraba el desarrollo del parque industrial de B., así como, la organización de cursos y eventos culturales (cabalgata de Reyes por ejemplo), no así desde el 2002 hasta la fecha. 5º.- En abril de 2001 el Concello de B. aprobó la adquisición de un equipo informático, con procesador Intel Pentium III entre otros elementos, para el departamento de desarrollo económico y social. 6º.- Durante el periodo de trabajo de la actora en el Concello que va desde 1999 a 2001, el Alcalde del mismo, don J.P.R., desarrolló un sentimiento amoroso hacia la actora, que manifestaba abiertamente a la misma. Dirigió en dicho periodo a la demandante notas manuscritas del siguiente tenor literal: "quérote entrañablemente", "idolátrate", "quérote polos vivires", "para mín eres ata a dor mais fonda", o "quérote con toda a miña alma". 7º.- Dicho sentimiento amoroso no era correspondido por la actora, y le era manifestado contra su voluntad, convirtiéndose en una situación estresante continua en el ámbito laboral para la trabajadora, que le ocasionó un Trastorno Depresivo Mayor. Consecuencia de dicha patología estuvo de baja médica desde el 23.05.01 hasta el 26.04.02. A la fecha del juicio la demandante sigue en tratamiento psiquiátrico al persistir la patología en menor grado, estando la misma relacionada con el ámbito laboral como causa constante de sufrimiento para la trabajadora. 8º.- Tras reincorporarse al trabajo en abril de 2002 la actora ha disfrutado de los permisos y vacaciones solicitados al Concello. 9º.- En fecha 03.01.03 se acuerda por la Alcaldía de B. dirigir a la actora la siguiente comunicación: "habiéndose constatado por esta Alcaldía diversos incumplimientos de la jornada de trabajo establecida, con falta de puntualidad a la hora de entrada al trabajo, así como faltas injustificadas de asistencia, como ha sido la del día 27 de diciembre de 2002, a medio de la presente pongo en su conocimiento a efectos meramente informativos, que el artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores, tipifica dichos incumplimientos como faltas, cuya sanción también se contempla en la norma citada". 10º.- La actora se encuentra general-

mente en el trabajo cuando llegan sus compañeras de trabajo a la Alcaldía, antes de las 9:00 horas. 11º.- Previa petición de la actora de 09.01.03, el Concello contesta en fecha 3 de abril de 2003 a misma, señalando como tareas y horario de la jornada laboral a realizar las siguientes: "As tareas a realizar por Vd. son todas as comprendidas no ámbito do posto de traballo para que foi contratada, é decir, todas aquelas funcións relativas ao desenvolvemento económico e social do Concello, inherente á creación e desenvolvemento do parque empresarial de B.". Se da el resto del documento por reproducido y cierto al obrar con el nº 7 en el ramo de prueba de la actora. 12º.- Por acuerdo de 02.05.03 de la Comisión de Gobierno del Concello se acordó encargar a la actora los siguientes estudios: -Expectativas de futuro de los sectores agrícolas y ganaderos del Concello de B. -B. en la Reserva de la biosfera, signos de su incidencia económica en este Concello. 13º.- Dichos estudios fueron encargados a la actora sin otra indicación que su título y sin plazo determinado de entrega. 14º.- En fecha 15.05.03 se instaló un equipo informático en el despacho de la actora adecuado para su trabajo. El remplazado era obsoleto. 15º.- La actora solicitó y obtuvo permiso para ausentarse del trabajo a los efectos de recopilar información sobre los trabajos encomendados los días, 8, 13 y 20 de mayo y 5 de junio de 2003. Solicitó información de la Consellería de Política Agroalimentaria relativa a dichos trabajos el 23.05.03. 16º.- En fecha 16.06.03 se le concedieron a la actora vacaciones del 30 de junio al 15 de julio de 2003 ambos inclusive. 17º.- El 24 de abril de 2003 tuvo entrada en el Concello escrito de la actora en el que pone en conocimiento del Ayuntamiento las circunstancias de su situación laboral. Se da por cierto y reproducido el contenido de tal documento al obrar con el número 24 A del ramo de prueba de la parte actora. 18º.- Por la Comisión de Gobierno en sesión extraordinaria de 10.07.03 se acordó por unanimidad proponer la extinción de la relación laboral del Concello con la actora, al no tener finalizados a 27.06.03 los trabajos encomendados el 02.05.03, pese a haber sido facilitado a la misma los medios materiales solicitados y los permisos necesarios para recabar información. Los trabajos encomendados a la actora no estaban acabados a la fecha de la anterior sesión extraordinaria. 19º.- El despacho donde trabaja la actora tiene una ventana a la calle, mesa, silla, estantería, ordenador y teléfono. 20º.- El despacho de la actora es individual, pero dos días a la semana era ocupado por el

arquitecto del Concello, hasta que se remitió a éste a la sala de sesiones no constando en que fecha se produce el cambio. 2º.- El Alcalde de B. en una ocasión recriminó de manera brusca a la actora delante de dos personas que se encontraban en su despacho pidiendo información, diciéndole que ella no debía hacer esa tarea. Tras ello el Alcalde pegó un portazo. 22º.- Por la actora se ha agotado la vía administrativa previa”.

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

“FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por doña M.J.B.P., contra el Concello de B., debo declarar y declaro nulo el despido de que fue objeto la actora el 14 de julio de 2003, condenando al Concello demandado a estar y pasar por esta declaración así como a la inmediata readmisión del trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de su despido, con abono de la cantidad que resulte igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, y al pago a la trabajadora de la cantidad de 32.706,7 euros en concepto de indemnización por los daños morales causados a la demandante”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte demandada la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos y declaró nulo el despido de la actora, solicitando la revocación de la misma y la desestimación íntegra de las pretensiones en su contra deducidas o, subsidiariamente, se declare improcedente el despido de la actora para lo cual, admitiendo el relato fáctico de dicha resolución, en sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia como infringidos, en primer lugar, el art. 55.3, 4 y 5 LET en relación con el art. 108 LPL, y en segundo lugar, el art. 56 LET en relación con el art. 180 de la LPL y con los arts. 1.101 y 1.124 del Código civil, argumentando en el primer motivo que el acoso moral no puede ser interpretado en sentido amplio sino restrictivo al objeto de evitar que se convierta tal tipo de acusación en un instrumento

de acoso y que en el supuesto enjuiciado no existe situación intimidatoria alguna en relación con la actora, no existen actos de hostigamiento, ni humillaciones hacia la demandante, estimando como dato significativo que nunca se efectuara denuncia alguna, ni siquiera hacia el portavoz de la oposición, en relación con la pretendida situación de acoso; en segundo lugar, dentro de este motivo, considera que si la imputación efectuada como justificante del despido no alcanza gravedad suficiente deberá decretarse la improcedencia pero no la nulidad acordada. En cuanto al segundo motivo del recurso se argumenta que en materia de despido la indemnización se halla tasada e incluye todos los daños y perjuicios que pudiera irrogarle la decisión patronal, por lo que no cabe acumular otras indemnizaciones a la legalmente determinada, y que si bien cuando se acciona en defensa de derechos fundamentales se hace referencia a que la vulneración de los mismos conlleva la obligación de resarcimiento, ello es así siempre que por el reclamante se establezcan con claridad las bases y elementos determinantes del quantum indemnizatorio que se pretende, bases que no se establecen en la presente litis, olvidándose por el Juzgador de Instancia que la actora durante la situación de incapacidad temporal percibió el correspondiente subsidio y que al finalizar la misma percibió el salario correspondiente, por lo que solicita la desestimación. El recurso ha sido impugnado de contrario en todos sus términos.

La cuestión litigiosa exige partir de los siguientes datos: a) la actora fue contratada el 22.04.99 con contrato temporal desempeñando las tareas de “desarrollo del parque industrial de B., así como la organización de cursos y eventos culturales, hasta 2001; b) El Alcalde del Concello de B. desarrollo desde 1999 hasta el 2001 un sentimiento amoroso hacia la actora que le expresó abiertamente y en notas manuscritas, sentimiento no correspondido por la actora y a cuya manifestación se opuso (HP 7º), por lo que le produjo una situación estresante que derivó en el inicio de incapacidad temporal por Trastorno depresivo mayor el 23.05.01, situación en la que permaneció hasta 26.04.02, recibiendo tratamiento psiquiátrico; c) Al reincorporarse a su trabajo, en abril del 2002, la actora dejó de realizar las tareas de organización de eventos sin que consten las tareas que debía ejecutar (FTO 5º.1) por lo que solicitó se le dieran por escrito sus funciones; d) la actora fue advertida en enero 2003 acerca de incumplimiento horario y asistencia

al trabajo, siendo así que llegaba al trabajo antes que el resto del personal que no fue advertido en ningún momento; e) a la actora se la recriminó en público por realizar tareas de información bajo el pretexto de que no eran de su incumbencia; f) la actora fue despedida por no ejecutar un trabajo, encomendado el 02.05.03 sin fijación de plazo ni manifestación de urgencia en la realización del mismo, para el cual no dispuso de material para su desarrollo hasta el 15/5/03 en que se la doto de equipo informático, no fue requerida en ningún momento para la ejecución y entrega del mismo, se le concedieron vacaciones a partir del 30.06.03 al 15.07.03, siendo despedida el 14 de julio por no haber realizado dicho trabajo.

SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo de recurso se ha de partir de lo establecido en el art. 182 y 181 LPL, esto es, producida la decisión extintiva del contrato de trabajo su impugnación se lleva a cabo por el trámite correspondiente al despido en el cual debe debatirse y resolverse acerca de la vulneración de los derechos fundamentales invocados, siendo de aplicación la regla de inversión de la carga de la prueba que el art. 179.2 LPL establece a partir de la acreditación por la demandante de los indicios de vulneración de los derechos fundamentales. Al respecto, la actora invoca que su despido se debe a la represalia por no corresponder al sentimiento amoroso que le explicitaba el Alcalde del Concello empleador, habiendo acreditado que efectivamente dicho sentimiento existía (notas manuscritas de dicho Alcalde y confesión del mismo en juicio), que tal sentimiento no era aceptado por la actora lo que le supuso desempeñar sus funciones en un medio hostil y la llevó a una situación de incapacidad temporal por depresión, así como que, una vez recuperada la salud y reincorporada al trabajo fue objeto de trato persecutorio consistente: a) en reducción de sus cometidos con vaciamiento de sus atribuciones y privación de medios de trabajo (ordenador), hasta el extremo de que es la propia actora la que tiene que solicitar por escrito que se le fijen sus funciones; b) advertencias por escrito, intimidatorias, por conductas inciertas -faltas de puntualidad e inasistencia al trabajo-; c) recriminaciones en presencia de terceros sobre la ejecución de su trabajo. La conducta descrita ha de ser calificada como de acoso, siguiendo la doctrina contenida en STC 224/1999, de 13 de diciembre según la cual «para que exista un acoso sexual ambiental, constitucionalmente recusable, ha

de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato», requisitos que concurren en la situación laboral inicial de la demandante y que posteriormente se traduce -después del alta médica-, en lo que ha venido denominándose mobbing o acoso moral, como una forma de acoso en el trabajo por medio de agresiones verbales (recriminaciones en público), aislamiento (privación de funciones y medios de trabajo), creación de un entorno laboral intimidatorio y hostil (advertencias por escrito de incumplimientos inexistentes). Establecidos dichos extremos, no cabe duda que incumbía a la demandada acreditar de forma palmaria que la decisión de despedir a la actora se halla exenta de todo ánimo espurio, prueba que no solo no se aportó a los autos sino que, por el contrario, puede afirmarse que tal decisión es la culminación de una actuación de represalia frente a la actora, pues, no cabe extraer otra conclusión de una carta de despido sin causa justificativa alguna, pues por tal ha de tenerse la invocada en la misma ya que mal puede decirse que la actora incumplió con su deber de realizar un trabajo cuando no se le puso plazo para su ejecución, no se le advirtió de la urgencia del mismo, urgencia que no puede aceptarse que existiera cuando primero se tardan quince días en entregarle los medios técnicos para la ejecución del trabajo y luego se le concede el disfrute del periodo vacacional sin hacer referencia alguna al trabajo no concluido, y sin que haya existido advertencia previa sobre la demora, por tanto, la causa de despido invocada no puede considerarse real, por ello, al no obedecer a un motivo serio, fundado y ajeno a los antecedentes relatados solo cabe concluir con la declaración de nulidad de la decisión patronal - aplicando la doctrina constitucional establecida por TCO en reiteradas resoluciones, entre otras, S., núm. 136/2001 de 18 junio, Recurso de Amparo núm. 871/1997, que establece que «el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción contraria a su legitimidad deducible claramente de las circunstancias (STC 90/1997, de 6 de mayo [RTC 1997\90],

por vulnerar el art. 15 CE al atentar contra la integridad moral de la actora someténdola a un trato vejatorio y degradante, y proscrita por el art. 4.2.e) LET, en consecuencia, se desestima el primer motivo de recurso al no infringirse los arts. 55 LET ni el 108 LPL, siendo la calificación judicial de instancia conforme con la legalidad vigente.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso, viene deferido hacia la improcedencia de abonar indemnización alguna por los daños y perjuicios al estimar que la extinción del contrato de trabajo lleva aparejada una indemnización tasada que no puede ser ampliada y que el hecho de que se acredite la vulneración de derechos fundamentales no implica de modo directo el derecho a una indemnización, sino que es preciso que se fijen las bases y elementos en virtud de los cuales se determine el importe de tal indemnización, bases y elementos que estima no se han aportado en la demanda ni en la sentencia recurrida por lo que solicita no se fije indemnización alguna.

Para la solución del motivo se ha de establecer que la actora en su demanda solicita una indemnización mensual de 1500 €,., desde enero del 2000 hasta que fue despedida, total 63.000 €, frente a la cual la Juzgadora de instancia otorga una indemnización de 32.706,7 € obtenida con base en los baremos de indemnización por incapacidad temporal en los accidentes de tráfico, aplicando dicho baremo al periodo de incapacidad para el trabajo y el posterior hasta el acto de juicio, por lo que en principio la demandante ha establecido un importe indemnizatorio y un periodo durante el cual indemnizar por el daño moral que dice haber sufrido, elementos que vienen a constituir bases fáctica mínimas de la reclamación efectuada. La doctrina viene estableciendo, de una parte, que no es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite [STS de 12 de junio de 2001(RJ 2001\5.931)], si bien exigiéndose que exista solicitud indemnizatoria, alegación y prueba sobre los daños a compensar [STS de 23 de marzo de 2000 (RJ 2000\3.121)], y admitiéndose que tal pronunciamiento es susceptible de producirse en la causa por despido; de otra parte que, en caso de violación de un derecho fundamental se presume siempre, por su propia naturaleza, la existencia de un daño

moral (STS de 9 de junio de 1993 [RJ 1993\4.553]), aunque su cuantía pueda resultar en algunos casos puramente simbólica.

De la prueba practicada en autos se han constatado hechos constitutivos de violación del derecho fundamental a la integridad física y moral de la actora (art.15 CE), tales hechos se atribuyen al Sr. Alcalde Presidente de la Entidad Local empleadora, y han producido un daño psíquico en la demandante que la obliga a someterse a tratamiento psiquiátrico por depresión, existiendo una clara relación de causa efecto entre aquellos hechos y el daño sufrido, por lo que la obligación de indemnizar aparece con claridad meridiana, otra cosa será el importe del quantum indemnizatorio y, si bien la pretensión actora aparece como exorbitante en su cuantía y en el periodo de aplicación, el importe fijado por el Juzgador de instancia, si bien se halla razonado y fundado en la analogía, se considera excesivamente mecánico y objetivado al no tomar en cuenta datos trascendentes como son, el hecho de que la actora estuvo protegida por el subsidio de incapacidad temporal y que desde la reincorporación al trabajo ha percibido su correspondiente retribución y, estimando la Sala que, para su fijación, se debe atender a todas las circunstancias concurrentes, de lugar y tiempo, situación de superioridad del causante del daño, así como criterios de proporcionalidad en relación con las indemnizaciones que se acostumbra a señalar en casos semejantes, incluso en el supuesto de figuras delictivas más graves (STS, Sala 2.ª, de 5 de abril de 1994 [RJ 1994\2.878]), así como a la vista de los criterios sostenidos por los diversos Tribunales Superiores en temas de esta índole y esta propia Sala, que han fijado para supuestos de acoso sexual indemnizaciones de 150.000 ptas. (900 €.) [STSJ Galicia de 17.02.95], 2.000.000 ptas. (12.000 €) en STSJ de Cataluña de 06.06.01; 5000.000 ptas. (3.000 €) en STSJ de Galicia, de 15 de septiembre de 2000 (AS 2000\2.798); 3.000.000 ptas. (18.000.000 €.) en STSJ Las Palmas, Canarias de 7 de enero de 1998 (AS 1998\5.126), valorando en el caso presente y conforme a los Hechos Declarados Probados la acreditada conducta de acoso sufrida por la actora, su contenido, caracteres y ocasiones, así como las consecuencias de ella derivadas; y ponderando también la dimensión de la ofensa a la dignidad y derechos de la actora que se revela de aquella conducta se estima como mas ajustada a derecho la indemnización de doce mil euros (12.000 €), por lo que se acoge en parte el

motivo y se revoca parcialmente la resolución recurrida para reducir a dicho importe la cuantía indemnizatoria, desestimándose en el resto el recurso planteado.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por el Concello de B., contra la sentencia dictada el 13.10.03 por el Juzgado de lo Social Nº 3 de Lugo en autos Nº 740-2003 sobre despido seguidos a instancias de doña M. J. B. P. contra el recurrente, y con revocación parcial de dicha resolución condenamos al demandado a que abone a la actora la suma de doce mil Euros (12.000 €), en concepto de indemnización por los daños morales ocasionados y, desestimado en el resto el recurso planteado, se mantiene parcialmente el fallo recurrido.

3804 Recurso nº 2.296/2001

S.S. ENFERMIDADE PROFESIONAL: ASBESTOSE. RESPONSABILIDADE CIVIL POR CULPA CONTRATUAL. APLICACIÓN DA DOCTRINA XERAL DA CULPA. CRITERIOS XERAIS DE PRESCRICIÓN DA ACCIÓN NO CASO DE ENFERMIDADES LATENTES.

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

A Coruña, a seis de febreiro de dos mil cuatro

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 2.296-2001, interpuesto por la "E.N.B.C.N.M., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 227-00 se presentó demanda por don J.A.N.F. en reclamación de Otros Extremos

(indemnización por daños y perjuicios) siendo demandados la "E.N.B.C.N.M., S.A." y aseguradora M., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 8 de noviembre de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor, don J.A.N.F. nació el 25 de noviembre de 1936, y prestó sus servicios laborales para la "E.N.B.C.N.M., S.A." desde el 13 de mayo de 1953 hasta el 30 de noviembre de 1994, fecha en la que cesó por jubilación anticipada, a los 58 años de edad.- SEGUNDO.- El actor ingresó en la precitada empresa como pinche. Entre los años 1953 a 1970 realizó tareas como aprendiz, ayudante, barrenador – remachador y manipulador de grúas en distintas dependencias de servicios generales (movimiento, limpieza, marineros). En el año 1974 fue destinado al taller de prefabricados en donde desempeñó tareas de manipulador de grúas – gruista hasta su prejubilación. En la realización de sus tareas habituales el actor nunca manejó, de forma directa, el amianto, pero resultó expuesto al mismo.- TERCERO.- "E.N.B.C.N.M., S.A." utilizaba el amianto en las tareas de forrado de tuberías o calderas (y) en estos casos se produce una disgregación del material amiántico con emisión de fibra al ambiente de trabajo, como consecuencia de proceso de corte – forrado o desforrado previo del material a sustituir. A partir de la década de los ochenta "E.N.B.C.N.M., S.A." dejó de utilizar el amianto en la realización de dichas labores. No se ha acreditado que por "E.N.B.C.N.M., S.A." se realizaran mediciones periódicas para controlar la concentración de fibras por centímetro cúbico ni en las zonas en que se trabaja directamente con amianto, ni en las zonas próximas. Asimismo tampoco acredita haber realizado exámenes periódicos al actor hasta el año 1993. No consta que el actor utilizara mascarilla homologada para la realización de su trabajo, ni que las tuviera a su disposición.- CUARTO.- En abril de 1993 los Servicios Médicos de "E.N.B.C.N.M., S.A." realizan una radiografía de tórax al actor en donde se observan engrosamientos pulmonares pleurales bilaterales y se le diagnostica una afección crónica debida a un proceso pulmonar anterior o por la exposición al amianto. En julio de ese año el actor acude, enviado por el Servicio Médico de la Empresa "E.N.B.C.N.M., S.A.", al Instituto Nacional de Silicosis, con el objeto de ser sometido al primer reconocimiento por exposición al asbesto. En fecha 28 de julio de 1993 se emite informe

por el referido Instituto en el que se diagnostica al actor una afectación pleural por exposición al asbesto probablemente, defecto ventilatorio obstructivo moderado no secundario al asbesto, obesidad. En el año 1994 se realiza un nuevo control en donde se confirma la afectación pleural por exposición al asbesto y una función pulmonar con atrapamiento aéreo y aumento de volúmenes pulmonares. En diciembre del 1999 se le realiza al actor un TAC de alta resolución en donde se observa: pequeños engrosamientos pleurales bilaterales, algunos de ellos calcificados en su interior compatibles con enfermedad pleural relacionada con el asbesto; asimismo se observa imagen de vidrio deslustrado en LLSS con pequeñas imágenes quísticas subpleurales y engrosamiento de pequeños septos interlobulares. Los hallazgos son compatibles con una forma leve de asbestosis; las exploraciones complementarias demuestran la existencia de placas de asbesto pleurales confirmando la exposición al mismo; se confirma la existencia de una enfermedad pulmonar obstructiva crónica de moderada gravedad y con cierto grado de hiper-reactividad bronquial todo ello en el contexto de hábito tabáquico en el que persiste el paciente; el actor fuma desde los 14 años una media de entre 20 y 30 cigarrillos diarios. El actor presenta disnea de moderados esfuerzos.- QUINTO.- Una de las manifestaciones de la asbestosis es el engrosamiento de la pleura que termina calcificándose, y a medida que se van extendiendo las placas así formadas se produce una limitación de la capacidad pulmonar. El tiempo de aparición de las placas, tras la exposición a las fibras del amianto, es una media de 15 a 20 años, y aunque el enfermo deje de estar expuesto al amianto la enfermedad sigue progresando. En el caso del actor el progreso de engrosamiento de su pleura, entre el año 1993 y 2000, ha sido muy lento. El EPOC que padece el actor no tiene nada que ver con su exposición al amianto.- SEXTO.- la empresa "E.N.B.C.N.M., S.A." tiene concertado un seguro de responsabilidad civil con la aseguradora "M., S.A.", con un capital máximo por siniestro y año de 500.000.000 de ptas. y con un sublímite de 75.000.000 de ptas. En dicho seguro se excluye, específicamente, de cobertura cualquier tipo de enfermedad profesional aun siendo catalogada de accidente laboral.- SÉPTIMO.- Se ha celebrado, en fecha 14 de enero de 2000, el acto de conciliación ante el SMAC en virtud de papeleta presentada en fecha 23 de diciembre de 1999 contra la empresa "E.N.B.C.N.M., S.A.", acto que terminó con el resultado de intentada sin efecto."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimo las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de trámite administrativo previo, acumulación indebida de acciones, prescripción y falta de legitimación y que estimo en parte la demanda formulada contra "E.N.B.C.N.M., S.A." y en consecuencia condeno a la demandada al abono, a favor de la actora, de la cantidad de 6.250.000 ptas (37.526,26 euros) en concepto de daños y perjuicios sufridos por el actor a consecuencia de asbestosis contraída al prestar servicios laborales para la demandada, absolviendo a la demandada aseguradora M., S.A." de los pedimentos contenidos en la demanda contra ella dirigida."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La empresa demandada, vencida 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 la 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.

Opuesto a los expuestos motivos de recurso —de impugnación procesal, de revisión fáctica y de denuncia jurídica—, el trabajador demandante solicita, en su escrito de impugnación, la confirmación íntegra de la sentencia de instancia, con la consiguiente imposición a las recurrentes de las costas de la suplicación.

SEGUNDO.- Respecto a 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 alegan tres impugnaciones de carácter procesal, a saber (1) la infracción del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el Real Decreto 1.995/1978, de 12 de mayo, con el Real Decreto 1.300/1995, de 21 de julio, y con la Orden Ministerial de 18.01.96, (2) la infracción

del artículo 27.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, y (3) la infracción del artículo 26 del Decreto de 13.04.61.

TERCERO.- En cuanto a la infracción del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el Real Decreto 1.995/1978, de 12 de mayo, con el Real Decreto 1.300/1995, de 21 de julio, y con la Orden Ministerial de 18.01.96, se argumenta que, solicitada una indemnización derivada de la existencia de una enfermedad calificada de profesional en el Real Decreto 1.995/1978, de 12 de mayo, la declaración de existencia de enfermedad profesional es, de conformidad con el Real Decreto 1.300/1995, de 21 de julio, y con la Orden Ministerial de 18.01.96, una competencia administrativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social, lo que, en atención al artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, supone la incompetencia del orden social.

Tal impugnación es rechazable. En primer lugar, porque, ante la actuación administrativa en materia de prestaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se abre la vía judicial social, conforme se dispone en la letra b) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, de modo que, de admitir la tesis de la recurrente –la cual no se admite como se verá-, nunca se trataría de una incompetencia de jurisdicción, sino de una falta de agotamiento de la vía previa.

En segundo lugar, porque, en línea con lo argumentado en la sentencia de instancia y con lo informado en su momento por el Ministerio Fiscal, las acciones de responsabilidad civil derivadas de contingencias profesionales son competencia del orden social, y así lo ha declarado la jurisprudencia dictada en unificación de doctrina –Sentencias de 24.05.94, RJ 4.296, de 27.06.94, RJ 5.489, de 03.05.95, RJ 3.740, y de 30.09.97, RJ 6.853, del Tribunal Supremo–.

Ciertamente, la acción de responsabilidad civil se sustenta en la existencia de una enfermedad profesional, si bien no delimita la acción, sino que es una cuestión prejudicial que, al ser de carácter laboral, es competencia incontestable de la jurisdicción social, y, aunque no lo fuese, lo cierto es que, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el 86, no se alteraría, como norma general, la competencia de la jurisdicción social.

CUARTO.- En cuanto a la infracción del artículo 27.3 de la Ley de Procedimiento

Laboral, donde se establece que “(no) serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir”, la impugnación es rechazable, debiendo destacar que en el suplico de la demanda se solicita una indemnización por responsabilidad civil, no la declaración de existencia de una enfermedad profesional, y, aunque esa existencia es trascendente a los efectos de determinar la responsabilidad de la empresa en el cumplimiento de las normas de salud laboral –y a los efectos de determinar la responsabilidad de la compañía aseguradora codemandada y no condenada al no cubrir la enfermedad profesional, véase el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia de instancia, extremo no recurrido-, de ahí su configuración como cuestión prejudicial, ello no supone una duplicación de la acción ejercitada, que es única, no habiendo en consecuencia dos acumuladas.

QUINTO.- En cuanto a la infracción del artículo 26 del Decreto de 13.04.61, se argumenta una falta de agotamiento de la vía previa –se podría haber alegado, asimismo, el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Laboral-, impugnación rechazable como las otras anteriores, ya que, de nuevo, se califica como acción la declaración de existencia de enfermedad profesional, cuando se trata de una cuestión prejudicial, siendo la acción otra diferente –la indemnizatoria de responsabilidad civil-, y es esta única acción la determinante a efectos de establecer los requisitos procesales –tanto los llamados presupuestos procesales, como es la competencia o la debida acumulación de acciones, como los llamados óbices procesales, como es el agotamiento de la vía previa-, de modo que, como la acción indemnizatoria de responsabilidad civil no exige agotamiento de la vía previa, sino intento de conciliación, y éste se ha cumplido con carácter previo –Hecho Probado Séptimo-, se ha cumplido el requisito.

SEXTO.- Concluyendo en orden a las impugnaciones procesales, se han rechazado todas dichas impugnaciones, lo cual nos abre la posibilidad de examinar los restantes motivos fácticos y jurídicos del recurso de suplicación.

SÉPTIMO.- Respecto a la revisión de los hechos probados, se pretenden revisiones fácticas (1) al Hecho Probado Segundo, (2) al Hecho Probado Tercero, (3) al Hecho Probado Cuarto, y (4) al Hecho Probado Quinto, e igualmente al amparo de la letra b) del artículo

lo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se pretenden eliminar determinadas afirmaciones contenidas (1) en el Fundamento de Derecho Segundo y (2) en el Fundamento de Derecho Quinto.

OCTAVO.- En cuanto a la revisión del Hecho Probado Segundo, donde se dice que *“el actor ingresó en la precitada empresa (‘E.N.B.C.N.M., S.A.’) como pinche (y) entre los años 1953 a 1970 realizó tareas como aprendiz, ayudante, barrenador – remachador y manipulador de grúas en distintas dependencias de servicios generales (movimiento, limpieza, marineros) (y) en el año 1974 fue destinado al taller de prefabricados en donde desempeñó tareas de manipulador de grúas – gruista hasta su prejubilación (y) en la realización de sus tareas habituales el actor nunca manejó, de forma directa, el amianto, pero resultó expuesto al mismo”, se pretende su modificación para que diga que “el actor ingresó en la precitada empresa (‘E.N.B.C.N.M., S.A.’) como pinche (y) entre los años 1953 a 1970 realizó tareas como aprendiz, ayudante, barrenador – remachador y manipulador de grúas en distintas dependencias de servicios generales (movimiento, limpieza, marineros) (y) en el año 1970 fue destinado al taller de prefabricados, perteneciente al departamento de aceros, en donde desempeñó tareas de manipulador de grúas – gruista hasta su prejubilación (y) en la realización de sus tareas habituales el actor nunca manejó, de forma directa, el amianto, ni resultó expuesto al mismo a partir de 1970”.*

Una comparación entre la redacción de la sentencia de instancia y la redacción solicitada en el motivo de revisión fáctica nos permite identificar los extremos diferentes entre ambas redacciones, cuales son los tres siguientes:

a) El primero relativo a la fecha de destino al taller de prefabricados, fijada en 1974 en el relato judicial y fijada en 1970 en el relato alternativo, sustentando la revisión fáctica en el informe del Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo –folios 22 a 25-, revisión inacogible, en primer lugar, porque ese documento es inidóneo a los efectos de esa revisión en cuanto, para acreditar esa circunstancia, los idóneos son otros documentos diferentes, y, en segundo lugar, porque otros documentos más idóneos a los efectos de esa acreditación, como es el certificado del jefe de personal de la empresa –folio 133-, no permi-

ten deducir, en modo alguno, el dato especificado en el relato alternativo.

b) El segundo relativo a la pertenencia del taller de prefabricados al departamento de aceros de la empresa, sustentando la revisión fáctica en el certificado del jefe de personal de la empresa –folio 133-, revisión inacogible, ya que, de la lectura de dicho certificado, no se deriva de manera indubitada la pertenencia del taller de prefabricados al departamento de aceros de la empresa.

c) El tercero relativo a la ausencia de exposición, desde 1970, al amianto, sustentando la revisión fáctica en el informe del Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo –folios 22 a 25-, revisión inacogible, ya que, de la lectura de dicho informe, no se deduce, en modo alguno, que, desde 1970, el trabajador no estuviera expuesto al amianto indirectamente, antes al contrario, después de descartar la exposición directa, se detallan tres situaciones donde pudo existir una exposición indirecta: (1) cuando *“en los trabajos a flote coexistían en ciertos momentos no cuantificables en tiempo distintos gremios de trabajadores, algunos de ellos con manipulación directa de materiales de amianto”,* (2) porque *“en determinadas zonas existían mantas de amianto para la protección de los trabajadores contra los riesgos de proyección de partituras calientes procedentes de procesos de soldadura u oxicorte”,* y (3) cuando *“en el caso de forrado de tuberías y calderas se produce una disgregación del material amiántico con emisión de fibras al ambiente de trabajo, como consecuencia de proceso de corte-forrado o desforrado previo del material a sustituir”* –véase, en concreto, el folio 24 y las conclusiones finales, folio 25-.

No procede, en suma, la revisión fáctica del Hecho Probado Segundo.

NOVENO.- En cuanto a la revisión del Hecho Probado Tercero, donde se dice que *“E.N.B.C.N.M., S.A.” utilizaba el amianto en las tareas de forrado de tuberías o calderas (y) en estos casos se produce una disgregación del material amiántico con emisión de fibra al ambiente de trabajo, como consecuencia de proceso de corte – forrado o desforrado previo del material a sustituir (y) a partir de la década de los ochenta “E.N.B.C.N.M., S.A.” dejó de utilizar el amianto en la realización de dichas labores (y) no se ha acreditado que por “E.N.B.C.N.M., S.A.” se realizaran mediciones periódicas para controlar la concentración de*

fibras por centímetro cúbico ni en las zonas en que se trabaja directamente con amianto, ni en las zonas próximas (y) asimismo tampoco acredita haber realizado exámenes periódicos al actor hasta el año 1993 (y) no consta que el actor utilizara mascarilla homologada para la realización de su trabajo, ni que las tuviera a su disposición”, se pretende su modificación para que diga que “E.N.B.C.N.M., S.A. “utilizaba el amianto en las tareas de forrado de tuberías o calderas (y) en estos casos se produce una disgregación del material amiántico con emisión de fibra al ambiente de trabajo, como consecuencia de proceso de corte – forrado o desforrado previo del material a sustituir (y) a partir de la década de los ochenta “E.N.B.C.N.M., S.A.” dejó de utilizar el amianto en la realización de dichas labores (y) al actor se le realizaron los exámenes periódicos ordinarios”.

Una comparación entre la redacción de la sentencia de instancia y la redacción solicitada en el motivo de revisión fáctica nos permite identificar los extremos diferentes entre ambas redacciones, cuales son los tres siguientes:

a) El primero relativo a la supresión de que “no se ha acreditado que por “E.N.B.C.N.M., S.A.” se realizaran mediciones periódicas para controlar la concentración de fibras por centímetro cúbico ni en las zonas en que se trabaja directamente con amianto, ni en las zonas próximas”, supresión inacogible, ya que, aunque sí existe unido a autos un documento titulado “normas de procedimiento del Servicio de Higiene Industrial” donde se dan instrucciones sobre evaluación de la concentración ambiental de fibras de amianto, con anexo de un formulario de “control de condiciones ambientales” –folios 145 y 146-, debemos matizar:

- Que dicho documento no está datado en una fecha concreta, y, aunque pudiera considerarse que, en fechas posteriores a las de exposición del trabajador demandante al asbestos, sí existían mediciones periódicas, lo decisivo, a los efectos del presente proceso, es su inexistencia en las fechas de exposición del trabajador demandante al asbestos, y esto es lo que se desprende del relato judicial y, en modo alguno, lo desvirtúa un documento sin fecha.

- Que dicho documento no acredita, en si mismo considerado, la existencia de mediciones, sino que, a los efectos de acredi-

tar su existencia, lo decisivo es el “libro oficial de registro” y la “ficha clínica del trabajador”, ya que, según se deduce de la lectura del documento sustento de la revisión fáctica, “los resultados obtenidos en los muestreos ambientales serán registrados en el libro oficial de registro así como en la ficha clínica de cada trabajador”.

- Que, en el caso de autos, no se ha aportado el “libro oficial de registro” donde se podría verificar la existencia –o la ausencia- de mediciones periódicas en las fechas de exposición del demandante al asbestos, y, en la “historia clínica del trabajador”, no se comprueba la posible asbestosis derivada de la exposición al amianto hasta 1993, lo cual ratifica el relato judicial, en el entendido de acaecer esa ausencia de controles periódicos durante aquella exposición.

b) El segundo relativo a la supresión de que “(“E.N.B.C.N.M., S.A.”) tampoco acredita haber realizado exámenes periódicos al actor hasta el año 1993”, sustituyéndolo por el inciso de que “al actor se le realizaron los exámenes periódicos ordinarios”, revisión inacogible, ya que, en el relato alternativo, se pretende introducir una referencia a los exámenes médicos ordinarios, ciertamente cumplidos, aunque ello ni quita ni pone en relación con los exámenes específicos de la asbestosis y a éstos son a los que se refiere el relato judicial.

c) El tercero relativo a la supresión de que “no consta que el actor utilizara mascarilla homologada para la realización de su trabajo, ni que las tuviera a su disposición”, revisión inacogible, ya que, aunque en los documentos sustento de la revisión fáctica se afirma que, desde los años 50, los trabajadores de la empresa disponían de mascarillas y que, hasta 1976, no se homologaban, lo declarado probado es que, en concreto el demandante, no utilizaba esas mascarillas, ni las tenía a su disposición, a consecuencia quizás de ser su exposición al amianto indirecta –véase el Hecho Probado Segundo-.

No procede, en suma, la revisión fáctica del Hecho Probado Tercero.

DÉCIMO.- En cuanto a la revisión del Hecho Probado Cuarto, donde se dice que “en abril de 1993 los Servicios Médicos de “E.N.B.C.N.M., S.A.” realizan una radiografía de tórax al actor en donde se observan engrosamientos pulmonares pleurales bilaterales y se le diagnostica una afección crónica debida a un proceso pulmonar anterior o por la exposi-

ción al amianto (y) en julio de ese año el actor acude, enviado por el Servicio Médico de la Empresa "E.N.B.C.N.M., S.A.", al Instituto Nacional de Silicosis, con el objeto de ser sometido al primer reconocimiento por exposición al asbesto (y) en fecha 28 de julio de 1993 se emite informe por el referido Instituto en el que se diagnostica al actor una afectación pleural por exposición al asbesto probablemente, defecto ventilatorio obstructivo moderado no secundario al asbesto, obesidad (y) en el año 1994 se realiza un nuevo control en donde se confirma la afectación pleural por exposición al asbesto y una función pulmonar con atrapamiento aéreo y aumento de volúmenes pulmonares (y) en diciembre del 1999 se le realiza al actor un TAC de alta resolución en donde se observa: pequeños engrosamientos pleurales bilaterales, algunos de ellos calcificados en su interior compatibles con enfermedad pleural relacionada con el asbesto; asimismo se observa imagen de vidrio deslustrado en LLSS con pequeñas imágenes quísticas subpleurales y engrosamiento de pequeños septos interlobulares; los hallazgos son compatibles con una forma leve de asbestosis; las exploraciones complementarias demuestran la existencia de placas de asbesto pleurales confirmando la exposición al mismo; se confirma la existencia de una enfermedad pulmonar obstructiva crónica de moderada gravedad y con cierto grado de hiper-reactividad bronquial todo ello en el contexto de hábito tabáquico en el que persiste el paciente; el actor fuma desde los 14 años una media de entre 20 y 30 cigarrillos diarios; el actor presenta disnea de moderados esfuerzos", se pretende su modificación para que diga que "en abril de 1993 los Servicios Médicos de "E.N.B.C.N.M., S.A." realizan una radiografía de tórax al actor en donde se observan engrosamientos pulmonares pleurales bilaterales y se le diagnostica una afección crónica debida a un proceso pulmonar anterior o por la exposición al amianto (y) en julio de ese año el actor acude, enviado por el Servicio Médico de la Empresa "E.N.B.C.N.M., S.A.", al Instituto Nacional de Silicosis, con el objeto de ser sometido al primer reconocimiento por exposición al asbesto (y) en fecha 28 de julio de 1993 se emite informe por el referido Instituto en el que consta PA y Lateral de tórax y oblicuas derecha e izquierda: en hemitórax derecho se observa engrosamiento pleural grado b extensión 2 en campo medio y superior así como probables placas pleurales medias derechas y superiores (y) en hemitórax izquierdo, engrosamiento pleural izquierdo a extensión 2 y probables placas pleurales medias y superiores y se diag-

nostica al actor una afectación pleural por exposición al asbesto probablemente, defecto ventilatorio obstructivo moderado no secundario al asbesto, obesidad (y) se le aconseja el abandono definitivo del tabaco, dado que ha tenido exposición al asbestos y está contraindicado el hábito de fumar (y) debe realizar reconocimientos médicos periódicos por exposición al asbestos (y) el 7 de enero de 1994, el Servicio de Neumología del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide de Ferrol, perteneciente al Servicio Galego de Saúde, emite un informe con el siguiente juicio clínico: obstrucción crónica al flujo aéreo y placas pleurales bilaterales probablemente secundarias a exposición a asbestos (y) en 28 de abril de 1994 se realiza un nuevo control por el Instituto Nacional de Silicosis, realizándosele al actor un TAC torácico, informando que se realiza el estudio con técnica de alta resolución en donde se observan engrosamientos pleurales bilaterales con placa pleural, confirmando la afectación pleural por exposición al asbestos y una función pulmonar con atrapamiento aéreo y aumento de volúmenes pulmonares (y) en diciembre del 1999 se le realiza al actor un TAC de alta resolución en donde se observa: pequeños engrosamientos pleurales bilaterales, algunos de ellos calcificados en su interior compatibles con enfermedad pleural relacionada con el asbesto; asimismo se observa imagen de vidrio deslustrado en LLSS con pequeñas imágenes quísticas subpleurales y engrosamiento de pequeños septos interlobulares; los hallazgos son compatibles con una forma leve de asbestosis; las exploraciones complementarias demuestran la existencia de placas de asbesto pleurales confirmando la exposición al mismo; se confirma la existencia de una enfermedad pulmonar obstructiva crónica de moderada gravedad y con cierto grado de hiper-reactividad bronquial todo ello en el contexto de hábito tabáquico en el que persiste el paciente; el actor fuma desde los 14 años una media de entre 20 y 30 cigarrillos diarios; el actor presenta disnea de moderados esfuerzos".

Una comparación entre la redacción de la sentencia de instancia y la redacción solicitada en el motivo de revisión fáctica nos permite identificar los extremos diferentes entre ambas redacciones, cuales son los tres siguientes:

a) El primero relativo a una ampliación del contenido del informe, emitido a 28.07.93, del Instituto Nacional de Silicosis, en los siguientes términos: "en fecha 28 de julio de 1993 se emite informe por el referido Instituto

en el que consta PA y Lateral de tórax y oblicuas derecha e izquierda: en hemitórax derecho se observa engrosamiento pleural grado b extensión 2 en campo medio y superior así como probables placas pleurales medias derechas y superiores (y) en hemitórax izquierdo, engrosamiento pleural izquierdo a extensión 2 y probables placas pleurales medias y superiores y se diagnostica al actor una afectación pleural por exposición al asbesto probablemente, defecto ventilatorio obstructivo moderado no secundario al asbesto, obesidad (y) se le aconseja el abandono definitivo del tabaco, dado que ha tenido exposición al asbestos y está contraindicado el hábito de fumar (y) debe realizar reconocimientos médicos periódicos por exposición al asbestos". Ampliación acogible, al margen de cuál sea su trascendencia, al encontrar sustento, de modo literosuficiente, en los documentos invocados para la revisión fáctica –el informe, emitido a 28.07.93, del Instituto Nacional de Silicosis, folio 125–.

b) El segundo relativo a la adición del contenido del informe, emitido a 07.01.94, del Servicio de Neumología del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide de Ferrol, integrado en el Servicio Galego de Saúde, en los siguientes términos: "el 7 de enero de 1994, el Servicio de Neumología del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide de Ferrol, perteneciente al Servicio Galego de Saúde, emite un informe con el siguiente juicio clínico: obstrucción crónica al flujo aéreo y placas pleurales bilaterales probablemente secundarias a exposición a asbestos". Adición acogible, al margen de cuál sea su trascendencia, al encontrar sustento, de modo literosuficiente, en los documentos invocados para la revisión fáctica –el informe, emitido a 07.01.94, del Servicio de Neumología del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide de Ferrol, integrado en el Servicio Galego de Saúde, folio 127–.

c) El tercero relativo a una ampliación del contenido del informe, emitido a 28.06.94, del Instituto Nacional de Silicosis, en los siguientes términos: "en 28 de abril de 1994 se realiza un nuevo control por el Instituto Nacional de Silicosis, realizándosele al actor un TAC torácico, informando que se realiza el estudio con técnica de alta resolución en donde se observan engrosamientos pleurales bilaterales con placa pleural, confirmando la afectación pleural por exposición al asbesto". Ampliación acogible, al margen de cuál sea su trascendencia, al encontrar sustento, de modo literosuficiente –salvo en cuanto a la fecha, aunque se trata de un simple error material–, en los docu-

mentos invocados para la revisión fáctica –el informe, emitido a 28.06.94, del Instituto Nacional de Silicosis, folio 126–.

Procede, en suma, la revisión fáctica, en los términos solicitados –salvo en cuanto a la fecha del segundo informe del Instituto Nacional de Silicosis, que es de fecha 28.06.94 y no es de fecha 28.04.94–, del Hecho Probado Cuarto.

UNDÉCIMO.- En cuanto a la revisión del Hecho Probado Quinto, donde se dice que "una de las manifestaciones de la asbestosis es el engrosamiento de la pleura que termina calcificándose, y a medida que se van extendiendo las placas así formadas se produce una limitación de la capacidad pulmonar (y) el tiempo de aparición de las placas, tras la exposición a las fibras del amianto, es una media de 15 a 20 años, y aunque el enfermo deje de estar expuesto al amianto la enfermedad sigue progresando (y) en el caso del actor el progreso de engrosamiento de su pleura, entre el año 1993 y 2000, ha sido muy lento (y) el EPOC que padece el actor no tiene nada que ver con su exposición al amianto", se pretende su modificación para que diga que "una de las manifestaciones de la asbestosis es el engrosamiento de la pleura que termina calcificándose, y a medida que se van extendiendo las placas así formadas se produce una limitación de la capacidad pulmonar (y) el tiempo de aparición de las placas, tras la exposición a las fibras del amianto, es una media de 15 a 20 años, y aunque el enfermo deje de estar expuesto al amianto la enfermedad sigue progresando (y) en el caso del actor no se ha observado progresión objetiva de las placas pleurales y esta afectación pleural no produce ninguna alteración clínica ni funcional (y) el EPOC que padece el actor no tiene nada que ver con su exposición al amianto".

Una comparación entre la redacción de la sentencia de instancia y la redacción solicitada en el motivo de revisión fáctica nos permite identificar los extremos diferentes entre ambas redacciones, cual es la sustitución del inciso "en el caso del actor el progreso de engrosamiento de su pleura, entre el año 1993 y 2000, ha sido muy lento" por el inciso "en el caso del actor no se ha observado progresión objetiva de las placas pleurales y esta afectación pleural no produce ninguna alteración clínica ni funcional", sustitución inacogible, ya que, mientras la juzgadora de instancia ha considerado la totalidad del material probatorio obrante en las actuaciones –y, en particular, el informe, emitido a 17.11.99, del Servicio de Neumología del Servicio Cana-

rio de Salud, folios 42 a 48-, el relato alternativo se sustenta en tres informes médicos privados, dos de médicos de la empresa –el Dr. P.B., folio 130, y el Dr. F.G., folio 131-, y el otro de un neumólogo cuyo informe se realiza a partir de los demás informes médicos, sin realización de un examen personal del trabajador demandante y sin acceder de manera directa a las pruebas diagnósticas, usadas referencialmente –el Dr. S.M., folios 119 a 124-.

Si leemos en detalle el informe emitido por el Dr. S.M., comprobamos como, debido a no haber realizado un examen personal del trabajador demandante y debido a no haber accedido de manera directa a las pruebas diagnósticas, usadas referencialmente, utiliza, en no pocas ocasiones, hipótesis argumentales –por ejemplo, en el segundo folio de su informe afirma que *“entre los valores del estudio funcional que se recogen en los dos informes del INS, 28.07.93 y 28.06.94, hay discrepancia, ya que aunque apenas hay variación significativa en los valores absolutos de la espirometría del paciente ... sí la hay entre los valores de referencia ... dando lugar también a la disparidad en la interpretación ... por lo que me referiré a los valores del último informe que vienen dados en valores absolutos y en porcentaje que siempre son mejores para establecer comparaciones”*-, o suposiciones de hecho –por ejemplo, en el tercer folio de su informe afirma que *“estos parámetros (los del Servicio Canario de Salud) han mejorado de manera no significativa con los aportados tanto en el informe del SERGAS del 07.01.94 e INS del 28.06.94, y ello pudiera ser debido a que esta prueba se realizara tras la de broncodilatación”*-, reconociendo incluso ciertas discordanancias –por ejemplo, en el quinto folio de su informe afirma, respecto al TAC, que *“las lesiones deben de ser de escasa relevancia lo que da lugar a interpretaciones aparentemente con poca concordancia, según el criterio del informador”*-, de donde, cuando la juzgadora de instancia no se ha servido de este informe médico como sustento del Hecho Probado Quinto, se ha ajustado adecuadamente a las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas periciales –de acuerdo con el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-.

No procede, en suma, la revisión fáctica del Hecho Probado Quinto.

DÉCIMO SEGUNDO.- En cuanto a la eliminación de determinadas afirmaciones contenidas en el Fundamento de Derecho Segundo, en concreto la de que *“(en) el informe de*

17 de noviembre de 1999 ... se confirma la asbestosis leve del actor” y la de que *“hasta ese momento (el año 1999) exclusivamente se le habían realizado (radiografías de tórax)”*, debemos considerar que, aunque cuando en los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia se recojan de manera inapropiada hechos una elemental salvaguarda del derecho de defensa de la parte litigante perjudicada por esos hechos debe llevar a permitirle solicitar su revisión fáctica, ello sólo se debe permitir cuando esos hechos se recojan exclusivamente en los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, pero no, como es el caso de autos, cuando esos hechos están asimismo plasmados en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y cuando, además, han sido combatidos en la vertiente fáctica del recurso de suplicación, ya que, si así se permitiese, se duplicarían las solicitudes de revisión fáctica cuando, como es obligado conforme a una buena lógica argumental, la sentencia de instancia razona en sus fundamentos de derecho tomando en consideración los hechos recogidos en la declaración de hechos probados. Cuestión diferente es que, si los hechos han sido combatidos en la vertiente fáctica del recurso de suplicación y dicha solicitud de revisión fáctica ha tenido éxito, la Sala, al entrar en sede jurídica, deba tomar en consideración, como también es obligado conforme a una buena lógica argumental, los hechos declarados probados de acuerdo con la revisión fáctica solicitada y admitida.

No procede, en suma, la revisión fáctica del Fundamento de Derecho Segundo, al ser reiterativa de la revisión fáctica del Hecho Probado Cuarto.

DÉCIMO TERCERO.- En cuanto a la eliminación de determinadas afirmaciones contenidas en el Fundamento de Derecho Quinto, en concreto la de que *“en la situación actual de salud de don J.A.N.F. coinciden ambas patologías (el EPOC y la asbestosis) y ambas contribuyen a la merma de su capacidad vital”*, no procede porque, de acuerdo con lo razonado en el anterior Fundamento de Derecho, estamos de nuevo ante una reiteración entre esta revisión fáctica y otra revisión fáctica, la del Hecho Probado Quinto.

DÉCIMO CUARTO.- Concluyendo en orden a las revisiones fácticas, como se han rechazado todas menos una –la del Hecho Probado Cuarto-, la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia se man-

tiene incólume, salvo el Hecho Probado Cuarto, el cual queda como sigue:

"Hecho Probado Cuarto. En abril de 1993 los Servicios Médicos de "E.N.B.C.N.M., S.A." realizan una radiografía de tórax al actor en donde se observan engrosamientos pulmonares pleurales bilaterales y se le diagnostica una afección crónica debida a un proceso pulmonar anterior o por la exposición al amianto. En julio de ese año el actor acude, enviado por el Servicio Médico de la Empresa "E.N.B.C.N.M., S.A.", al Instituto Nacional de Silicosis, con el objeto de ser sometido al primer reconocimiento por exposición al asbesto. En fecha 28 de julio de 1993 se emite informe por el referido Instituto en el que consta PA y Lateral de tórax y oblicuas derecha e izquierda: en hemitórax derecho se observa engrosamiento pleural grado b extensión 2 en campo medio y superior así como probables placas pleurales medias derechas y superiores; en hemitórax izquierdo, engrosamiento pleural izquierdo a extensión 2 y probables placas pleurales medias y superiores y se diagnostica al actor una afectación pleural por exposición al asbesto probablemente, defecto ventilatorio obstructivo moderado no secundario al asbesto, obesidad; se le aconseja el abandono definitivo del tabaco, dado que ha tenido exposición al asbestos y está contraindicado el hábito de fumar; debe realizar reconocimientos médicos periódicos por exposición al asbestos. El 7 de enero de 1994, el Servicio de Neumología del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide de Ferrol, perteneciente al Servicio Galego de Saúde, emite un informe con el siguiente juicio clínico: obstrucción crónica al flujo aéreo y placas pleurales bilaterales probablemente secundarias a exposición a asbestos. En 28 de junio de 1994 se realiza un nuevo control por el Instituto Nacional de Silicosis, realizándose al actor un TAC torácico, informando que se realiza el estudio con técnica de alta resolución en donde se observan engrosamientos pleurales bilaterales con placa pleural, confirmando la afectación pleural por exposición al asbestos y una función pulmonar con atrapamiento aéreo y aumento de volúmenes pulmonares.) En diciembre del 1999 se le realiza al actor un TAC de alta resolución en donde se observa: pequeños engrosamientos pleurales bilaterales, algunos de ellos calcificados en su interior compatibles con enfermedad pleural relacionada con el asbesto; asimismo se observa imagen de vidrio deslustrado en LLSS con pequeñas imágenes quísticas subpleurales y engrosamiento de pequeños septos interlobulares; los hallazgos son compatibles con una forma leve de asbestosis; las exploraciones complemen-

tarias demuestran la existencia de placas de asbesto pleurales confirmando la exposición al mismo; se confirma la existencia de una enfermedad pulmonar obstructiva crónica de moderada gravedad y con cierto grado de hiper-reactividad bronquial todo ello en el contexto de hábito tabáquico en el que persiste el paciente; el actor fuma desde los 14 años una media de entre 20 y 30 cigarrillos diarios; el actor presenta disnea de moderados esfuerzos".

DÉCIMO QUINTO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia (1) la infracción del artículo 59, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, (2) la infracción del artículo 1.214, en relación con el 1.101, del Código Civil, (3) la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, en relación con la doctrina judicial sobre responsabilidad cuasi-objetiva, (4) la infracción de los apartados correspondientes a la asbestosis de la OM de 12.01.63 en relación con el artículo 2 del Decreto 796/1961, de 13 de abril, y con diversos apartados de la OM de 09.05.62, (5) la infracción de la OM de 21.07.82, de la Resolución de 30.09.82, dictada en su desarrollo, y de la OM de 31.10.84, (6) la infracción del artículo 1.101 del Código Civil, y (7) se impugna la cuantía de la indemnización, sin hacer alegación de denuncia jurídica.

DÉCIMO SEXTO.- En cuanto a la infracción del artículo 59, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, donde, después de establecer, en el apartado 1, que *"las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial de prescripción prescribirán al año"*, se establece que *"si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas ... el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse"*, se argumenta sobre el cómputo del plazo de prescripción desde 28.06.94 –es la fecha del segundo informe del Instituto Nacional de Silicosis, Hecho Probado Cuarto-, y, en consecuencia, en 23.12.99 –es la fecha de presentación de la papeleta de conciliación, Hecho Probado Séptimo- la acción estaría prescrita.

Se opone el trabajador alegando, además de ser a su entender el plazo de cinco años, no de uno –se trataría, en todo caso, de una circunstancia irrelevante, ya que, aunque así fuese, que no lo es, desde 28.06.94 hasta 23.12.99, asimismo han transcurrido cinco años-, que, para la determinación del dies a quo, se debe estar a 17.11.99 –es la fecha del informe del Servicio Canario de Salud, Hecho Probado Cuarto y Fundamento de Derecho Segundo-.

Por su larga latencia y evolución insidiosa, la asbestosis pulmonar es causante de daños físicos diferidos, de donde –y, en este dato, las partes no mantienen discusión jurídica alguna– el dies a quo se determina, no en atención al hecho causal de la asbestosis pulmonar, sino en atención a cuando se tenga –o se debería haber tenido– conocimiento pleno de los daños físicos derivados de la asbestosis pulmonar –una aplicación de esta doctrina se encuentra en la STS de 14.09.01, RJ 7.478, sentencia referida a la silicosis de varios trabajadores manifestada entre 15 y 20 años después del cese de los trabajos–, y es aquí, en la determinación de ese conocimiento, donde las partes discrepan, ya que, mientras la recurrente lo sitúa en el año 1994, el recurrido lo sitúa en el año 1999.

A juicio de la Sala, la solución correcta es la acogida en la sentencia de instancia –la cual sigue la tesis del trabajador demandante, ahora recurrido–, y, a los efectos de argumentar esa solución, debemos atender a lo siguiente:

1ª. En primer lugar, porque la existencia de un periodo de latencia de la enfermedad bastante largo, de entre 15 y 20 años –Hecho Probado Quinto–, claramente coloca el año 1999 dentro de ese periodo de latencia si consideramos que, desde la década de los ochenta, la empresa no utiliza amianto –Hecho Probado Tercero–, y no estando acreditado –al haberse rechazado la oportuna revisión fáctica– que, desde 1970, el trabajador no esté expuesto al asbestos.

2ª. En segundo lugar, porque, a la vista de la evolución médica del demandante, la asbestosis, probablemente en un proceso aún no concluso, no se manifiesta, en términos médicos, como una dolencia definitiva –Hecho Probado Cuarto–, de ahí la existencia de, entre 1993 y 2000, una progresión, ciertamente lenta, aunque progresión al fin y al cabo –Hecho Probado Quinto–, sin existir, hasta el momento, intercurencia con la enfermedad pulmonar del demandante.

3ª. En tercer lugar, porque, aunque los informes médicos obrantes en las actuaciones –Hecho Probado Cuarto– tienen una lectura –la realizada por el Dr. S.M.– conclusiva de la ausencia, entre 1993 y 2000, de una progresión de la enfermedad, lectura sustentadora del alegato de prescripción, debemos recordar que, como se analizó en la sede fáctica, dicha lectura no es la única posible en términos médicos, y además ha sido una lectura rechazada.

4ª. En cuarto lugar, porque, aunque es cierto que, entre 1994 y 1999, el demandante no ha acudido a otras revisiones médicas, de ahí no se deduce que quede a su arbitrio el dies a quo de la prescripción, de un lado, porque aún no se ha acreditado la finalización de la evolución médica de la asbestosis, y, de otro lado, porque los reconocimientos médicos post-ocupacionales no han sido pautados, por los servicios sanitarios públicos, de manera concreta y periódica.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En cuanto a la infracción del artículo 1.214, en relación con el 1.101, del Código Civil, en los cuales se establece, en el 1.214, que *“incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción a quien la opone”*, y, en el 1.101, que *“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”*, se argumenta la denuncia en la ausencia de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva en materia de responsabilidad civil empresarial por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo cual la Sala acepta –aunque esto no supone la estimación de la suplicación– en atención a lo dispuesto en la Sentencia de 30.09.97, RJ 6.853, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, donde se concluye lo siguiente –en un litigio donde, justamente, se dilucidaba una responsabilidad civil derivada de una asbestosis del trabajador, lo cual la hace doctrina especialmente valiosa–:

“Las consideraciones hechas ... evidencian que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que gozan de una protección de responsabilidad objetiva, venir a duplicar ésta por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello, en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas e instauradas, con más seguridad y equidad... el recurso debe de gozar de favorable acogida, pues como se admite en la propia sentencia impugnada, el empresario cumplió las exigencias legales de higiene y seguridad en el trabajo y no tuvo conducta alguna que aumentara el riesgo propio del trabajo desempeñado”.

Conviene precisar, en todo caso, que, aunque la STS de 30.09.97, RJ 6.853, se refiere a una reclamación de responsabilidad civil derivada de una asbestosis y estima la absolución de la empresa demandada, se deberá estar a cada caso concreto para verificar si media una culpa empresarial, de ahí que, justamente, en el Auto de 31.01.02, Recurso 2.501/2001, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no se aprecia contradicción entre dos sentencias dictadas en una reclamación de responsabilidad civil derivada de una asbestosis, una estimatoria de la demanda y otra absolución de la demanda.

Tampoco aprecia contradicción, alejándose además como de contraste la STS de 30.09.97, RJ 6.853, la Sentencia de 23.04.02, Recurso 1.867/2001, de dicha Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recordando que *“el recurso (de casación) no se puede apoyar en una comparación abstracta de doctrinas”*.

Por lo tanto, la Sala no admite el razonamiento, recogido en la sentencia de instancia –y contra el cual se instrumenta esta denuncia jurídica–, de que *“nos encontramos ante una responsabilidad de carácter cuasi-objetivo”*, aunque, como sí se considerará la existencia de culpa de la empresa, el éxito de esta concreta denuncia jurídica no acabará determinando el éxito de la suplicación.

DÉCIMO OCTAVO.- En cuanto a la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, en relación con la doctrina judicial sobre responsabilidad cuasi-objetiva, esta denuncia jurídica se argumenta con la finalidad idéntica a la anterior denuncia jurídica de combatir el razonamiento, recogido en la sentencia de instancia, de que *“nos encontramos ante una responsabilidad de carácter cuasi-objetivo”*, y, como la anterior denuncia jurídica se ha acogido, esta denuncia jurídica debe ser asimismo acogida sin mayores argumentaciones, aunque, como sí se considerará la existencia de culpa de la empresa, el éxito de esta concreta denuncia jurídica, en idénticos términos a lo acaecido con la anterior denuncia jurídica, no acabará determinando el éxito de la suplicación.

DÉCIMO NOVENO.- En cuanto a la infracción de los apartados correspondientes a la asbestosis de la OM de 12.01.63 en relación con el artículo 2 del Decreto 796/1961, de 13 de abril, y con diversos apartados de la OM de 09.05.62, se argumenta la inaplicabilidad de los apartados correspondientes a la asbestosis de la OM de 12.01.63 en contradicción con lo

argumentado en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, donde se afirma –partiendo de su aplicabilidad– que *“no se acredita que el actor haya estado sometido al reconocimiento médico periódico, de cada seis meses, que obligaba la OM de fecha 12.01.63 para aquellos trabajadores con riesgo silicótico o neumoconiótico fibrótico”*, y se argumenta esa inaplicabilidad en que los reconocimientos médicos se vinculan, como se deriva de la OM de 09.05.62, al diagnóstico de enfermedad profesional, no siéndolo la asbestosis sin manipulación de amianto según el Anexo del Decreto 792/1961, de 13 de abril, al cual se remite el artículo 2 del referido Decreto –donde, sustancialmente, se establecía algo similar al actual artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social: *“se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”*–.

La denuncia es inacogible. De entrada, su argumento es contradictorio con otros alegatos de la suplicación, en concreto cuando, con ocasión de otros motivos del recurso, se afirma que, antes de 1983, no existía obligación de conservar la documentación sobre medidas preventivas: o eran aplicables esas medidas, y entonces tiene sentido este otro alegato de la suplicación, o si no eran aplicables esas medidas no hay documentación alguna para conservar. Ahora bien, si atendemos a la inalterada declaración de hechos probados, donde se afirma que *“no se ha acreditado ... haber realizado exámenes periódicos al actor hasta el año 1993”* –Hecho Probado Tercero–, la única opción posible de defensa de la recurrente es la inaplicabilidad de dichos exámenes médicos.

Sobre la cuestión de aplicabilidad o inaplicabilidad de dichos exámenes médicos, debemos señalar que, en la interpretación del Anexo del Decreto 792/1961, de 13 de abril, no debemos incurrir en una lectura reduccionista en perjuicio del derecho a la salud del trabajador, y, en todo caso, si atendemos a su sucesor normativo, el Real Decreto 1.995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, se contemplan en su Anexo, con carácter general, *“(los) trabajos expuestos a la inhalación de polvos de amianto (asbesto)”*, y

especialmente, sin distingos entre la manipulación directa y la exposición indirecta, "(los) trabajos de aislamiento térmico en construcción naval". Por lo tanto, sí existía esa obligación de reconocimientos médicos periódicos –claramente y sin duda alguna desde el Real Decreto 1.995/1978, de 12 mayo-, y no se realizaron.

VIGÉSIMO.- En cuanto a la infracción de la OM de 21.07.82, de la Resolución de 30.09.82, dictada en su desarrollo, y de la OM de 31.10.84, la denuncia es inacogible, ya que, inalterada la declaración de hechos probados en el extremo fáctico relevante a los efectos de esta denuncia jurídica, tal denuncia jurídica decae sin mayores argumentaciones: al no estar acreditado –al haberse rechazado la oportuna revisión fáctica- que, desde 1970, el trabajador no esté expuesto al asbestos, y ello aunque, desde la década de los ochenta, la empresa no utilice amianto –Hecho Probado Tercero-. Debemos incidir en que, aunque el informe del Gabinete de Seguridad e Higiene en el Trabajo –folios 22 a 25-, descarta la exposición directa, se detallan tres situaciones donde pudo existir una exposición indirecta: (1) cuando "en los trabajos a flote coexistían en ciertos momentos no cuantificables en tiempo distintos gremios de trabajadores, algunos de ellos con manipulación directa de materiales de amianto", (2) porque "en determinadas zonas existían mantas de amianto para la protección de los trabajadores contra los riesgos de proyección de partituras calientes procedentes de procesos de soldadura u oxicorte", y (3) cuando "en el caso de forrado de tuberías y calderas se produce una disgregación del material amiántico con emisión de fibras al ambiente de trabajo, como consecuencia de proceso de corte-forrado o desforrado previo del material a sustituir" –véase, en concreto, el folio 24 y las conclusiones finales, folio 25-.

Si esto es así, es evidente, como correctamente razona la juzgadora de instancia, que, a la vista de la OM de 31.10.84 –después modificada a través de la OM de 26.07.93, inaplicable al litigio esta última orden-, la obligación de la demandada, para con el demandante, de adoptar determinadas medidas de seguridad, y, entre ellas, los reconocimientos médicos periódicos, debiéndose matizar (1) que, en dicha normativa reglamentaria, no se contiene el distingo entre manipulación directa y exposición indirecta, hablando siempre de ambientes de trabajo donde exista amianto –y aunque sí se distingue entre trabajadores potencialmente expuestos, o que lo hubieran estado, y trabajadores que en ningún momento hubieran estado potencialmente

expuestos, a ambos se les aplican medidas de seguridad, inclusive reconocimientos médicos periódicos-, y (2) que no se exige una exposición de presente, sino simplemente la potencialidad de la exposición, lo cual se compadece con el largo periodo de latencia de la asbestosis, de donde, aunque se aceptase la tesis de la empresa de que, desde 1970, el trabajador no ha estado expuesto al asbestos, sí debió ser sometido a controles médicos –y claramente debió serlo desde el año 1978-.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En cuanto a la infracción del artículo 1.101 del Código Civil, la denuncia es rechazable, al aparecer, en el caso de autos, la totalidad de los elementos determinantes de la responsabilidad contractual, a saber el daño, la causalidad y la culpabilidad del empresario.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Con referencia al daño, no hay discusión alguna al amparo de esta concreta denuncia jurídica, aunque, con un cierto desorden, sí se afirma, al amparo de la última denuncia jurídica, que "la merma de su salud (la del trabajador) no se debe a los engrosamientos pleurales, sino que, por el contrario trae su causa, única y exclusivamente, de la EPOC y de su hábito tabáquico, en el que persiste, sin que las placas pleurales detectadas influyan en su estado físico". Al margen de cuál sea la trascendencia del daño, lo cierto es que, a la vista de la declaración de hechos probados –Hechos Probados Cuarto y Quinto- la asbestosis, aunque sea leve, existe y ese es el daño.

VIGÉSIMO TERCERO.- Con referencia a la causalidad, se niega, en el escrito de formalización del recurso, alegando que "la obligación de mediciones no existía antes el 70, después de esta fecha el trabajador en ambiente, se le realizaron los reconocimientos anuales, incluidos radiografías, y hasta el 93 no aparecen signos de afectación pleural", y que "aunque se le hubiesen hecho reconocimientos más periódicos, a lo que no estábamos obligados, no se le hubiese detectado, por lo tanto este supuesto incumplimiento, no probado, no es la causa de su dolencia".

Pero estos alegatos desconocen la inalterada declaración de hechos probados en el extremo fáctico relevante al no estar acreditado –al haberse rechazado la oportuna revisión fáctica- que, desde 1970, el trabajador no esté expuesto al asbestos, y ello aunque, desde la década de los ochenta, la empresa no utilice amianto –Hecho Probado Tercero-.

Como esto es así o así se ha declarado probado, sin poderse alterar en recurso de suplicación, no sólo debemos considerar, como posible causa del daño, la ausencia de reconocimientos médicos, sino además la ausencia de otras medidas de seguridad, como las mascarillas homologadas –Hecho Probado Tercero-. Decae así el sustento fáctico de este alegato jurídico.

VIGÉSIMO CUARTO.- Con relación a la culpabilidad del empresario, y sin necesidad de acudir a sistemas de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva, dicho elemento concurre, en el caso de autos, de acuerdo con el criterio clásico de la culpa –STS de 30.09.97, RJ 6.853-, debiéndose aclarar que, en atención a la configuración de la deuda de seguridad –artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y, antes de su entrada en vigor, artículo 7 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo-, estamos ante una deuda genérica, con vocación de eficacia y de carácter dinámico. Es deuda genérica porque, aunque no se objetiva como una deuda de resultado, la medida de la diligencia debida es la de un buen empresario, más exigente respecto a la tradicional civil de un buen padre de familia. Su vocación de eficacia determina que, al deudor de seguridad, no le basta con imponer unas instrucciones de seguridad sino que, además, debe verificar su cumplimiento efectivo. Por su carácter dinámico, no basta con cumplir la deuda de seguridad y, una vez cumplida, desentenderse, sino que, de manera permanente, el deudor de seguridad debe adaptar las condiciones de seguridad a las nuevas circunstancias.

Partiendo de estas caracterizaciones, la culpa empresarial se manifiesta, en el caso de autos, como un incumplimiento de normas reglamentarias sobre seguridad e higiene en el trabajo –concepción normativa de la culpabilidad-, sin necesidad de acudir a deberes sociales como el de no dañar a terceros, utilizados ocasionalmente en la doctrina judicial como medida de la diligencia –concepción ética de la culpabilidad-, y, en todo caso, siendo indiferente la conciencia de culpa del empresario –concepción psicológica de la culpabilidad-. Tampoco justifica la ausencia de cumplimiento el coste –aún elevado- de las medidas de prevención –la denominada concepción económica de la culpabilidad no encuentra acogida alguna, según ha manifestado nuestra mejor doctrina científica, en nuestro ordenamiento en materia de salud laboral-.

Dichas normas reglamentarias consideradas infringidas a partir de la declaración de hechos probados se han detallado a lo largo de esta Sentencia, aunque ahora conviene, a modo de recapitulación, recordar cuales son:

1ª. Los apartados correspondientes a la asbestosis de la OM de 12.01.63 en relación con el Anexo del Decreto 796/1961, de 13 de abril, y con el Anexo del Real Decreto 1.995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social, en cuanto de estas normas se deduce la exigencia de reconocimientos médicos obligatorios, y otras medidas de seguridad, en los trabajos expuestos a la inhalación de asbesto.

2ª. Las OM de 21.07.82 y de 31.10.84 –después modificada a través de la OM de 26.07.93, inaplicable al litigio esta última orden-, en cuanto de estas normas se deduce una exigencia mayor a la establecida con anterioridad respecto a reconocimientos médicos obligatorios –incluso con relación a trabajadores expuestos antes de la entrada en vigor de esta nueva normativa-, y otras medidas de seguridad, en los trabajos con ambiente donde exista amianto.

VIGÉSIMO QUINTO.- En cuanto a la impugnación de la cuantía de la indemnización, sin hacer alegación de denuncia jurídica, debemos considerar, como se han argumentado los términos de la impugnación –cumpliendo lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley de Procedimiento Laboral-, la corrección de la denuncia en el sentido de solicitar –al amparo de las normas reguladoras de la responsabilidad civil contractual, además citadas convenientemente en las demás denuncias jurídicas, y, en concreto, el artículo 1.101 del Código Civil- la reducción de la cuantía de la indemnización, y así considerada en evitación de situaciones de indefensión –artículo 24 de nuestra Constitución-, esa denuncia es acogible, ya que, atendiendo a las circunstancias personales –nacido en 1936- y profesionales del trabajador –jubilado, esto es separado del mercado de trabajo sin posibilidades reales de reincorporación-, sin alegarse ninguna otra circunstancia especial, y atendiendo a las consecuencias de la exposición al asbesto, determinante de una asbestosis leve, sin repercusión funcional individualizada y sin intercurrentia acreditada con la enfermedad pulmonar obstructiva crónica moderada –Hechos Probados Cuarto y Quinto-, la Sala considera ajustada una indemnización, en prudente arbitrio, de 18.000 euros, donde se

comprende el daño físico –asbestosis leve sin repercusión y sin intercurencia- y el daño moral consecuencia ambos de la enfermedad conforme a sus manifestaciones actuales, excluyendo –en atención a la jubilación del trabajador- la existencia de los daños y los perjuicios en el ámbito profesional.

VIGÉSIMO SEXTO.- Concluyendo en orden a las denuncias jurídicas, su análisis determina, con acogimiento parcial de la suplicación, la revocación parcial de la sentencia de instancia en cuanto al monto indemnizatorio.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley de Procedimiento Laboral, se acordará lo procedente en cuanto a depósitos y a aseguramientos para recurrir. No procede la condena en costas de suplicación –en aplicación del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral-.

Fallamos

Estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la “E.N.B.C.N.M., S.A.” contra la Sentencia de 8 de noviembre de 2000 del Juzgado de lo Social número 1 de Ferrol, dictada en juicio seguido a instancia de don J.A.N.F. contra la recurrente y contra la aseguradora M., S.A.”, la Sala la revoca en cuanto al monto indemnizatorio, debiéndose establecer en la cuantía de 18.000 euros, y, en legal consecuencia, acordamos la cancelación parcial de los aseguramientos prestados y la devolución de la totalidad del depósito para recurrir.

3805 Recurso núm. 6.566/03

S.S. VALIDEZ DA CLÁUSULA DE XUBILACIÓN FORZOSA ESTABLECIDA EN CONVENIO COLECTIVO, TRALA DERROGACIÓN DA DISPOSICIÓN ADICIONAL 10ª DO ESTATUTO DOS TRABALLADORES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a seis de febrero de dos mil cuatro

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. 6.566/03 interpuesto por doña J.T.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña J.T.R. en reclamación de despido siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 677/03 sentencia con fecha veintinueve de octubre 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:

“1.- La actora prestó servicios para la demandada desde diciembre de 1973 con la categoría profesional de limpiadora, mediante contrato de trabajo indefinido, unido a los autos. Su salario asciende a la cantidad de 431,22 euros. 2.- Con fecha 7 de julio de 2003, la actora recibe escrito de la demandada indicándole que el día 20 del citado mes procederá a su jubilación por haber cumplido 65 años de edad. 3.- El art. 61 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración General del Estado de 24 de noviembre de 1998, señala que con carácter general la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador los sesenta y cinco años de edad. La edad de jubilación establecida con carácter general en el párrafo anterior no impedirá que todo trabajador pueda completar los períodos de carencia para la jubilación, en cuyos supuestos ésta se producirá al completar el trabajador dichos períodos de carencia en la cotización de la Seguridad Social. 4.- Se agotó la vía previa en la forma reglamentaria.

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

“FALLO: Que desestimando la demanda formulada por doña J.T.R. declaro que no ha existido despido sino cese en el trabajo derivado de jubilación forzosa pactada en Convenio Colectivo, absolviendo de la demanda a la demandada Instituto Nacional de la Seguridad Social.”

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

doña J.T.R. 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 suprima el ordinal 3º) y adicionar un nuevo ordinal 5º) con la siguiente redacción: "Que en la carta de cese de la actora, se le dice por la patronal demandada Instituto Nacional de la Seguridad Social, que: En consecuencia el próximo 20 de junio esta empresa la jubilará por cumplimiento de los 65 años, aunque esto no impide, desde el punto de vista del sistema de la Seguridad Social, que no cause pensión porque inicie o mantenga la prestación de servicios en otra empresa, en la que el convenio de aplicación no imponga el límite de edad establecido en el de la administración General del Estado." No se admite la adición que se propone por cuanto el contenido de la carta de despido no se discute por ninguna de las partes, por lo que deviene intrascendente su inclusión en el relato fáctico. En cuanto a la supresión del ordinal tercero de probados, si bien es cierto que se trata de la transcripción del precepto del convenio colectivo y que como tal tiene un valor evidente de norma jurídica que, por principio no debe obrar en el relato fáctico, sino en sede jurídica, también se debe tener en cuenta que el convenio es un contrato y que para el caso litigioso, la inclusión de una cláusula del mismo en el relato fáctico, es un dato, cuya existencia o inexistencia tiene trascendencia para el debate y por ello tiene cabida en el relato histórico sin que tal inclusión sea predeterminante del fallo, pues, la aplicación, validez de dicho pacto/norma es el objeto del debate y de argumentación en sede jurídica, sin que en el relato de hechos se contenga afirmación o argumento alguno relativo a la aplicación de tal cláusula por ello se mantiene; todo ello al margen de que para la modificación de los ordinales que se propone se incida en el defecto de no citar documento que demuestre el error del juzgador de instancia en la valoración de la prueba.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denun-

cia la infracción por inaplicación de art. 35 CE, interpretación errónea del art. 1.4-6 del Convenio Colectivo de la Administración General del Estado de 01.12.98, así como inaplicación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 art. 76 a 81, art. 49 LET y arts. 1.283 y 1.284 del C.C. argumentando que la trabajadora tiene el derecho al trabajo y que su contrato ha de regirse por las normas vigentes al momento de su celebración, por ello estima que no le es aplicable el convenio colectivo por ser posterior y que su cese constituye un despido. La argumentación de la actora es contradictoria en sí misma pues si parte de la premisa de que su relación laboral ha de regirse por la normativa vigente en el momento de su concertación no puede postular a continuación la aplicación de normas posteriores a la misma, Constitución o Estatuto de los trabajadores, argumentación que no es admisible pues en cada momento han de aplicarse las normas vigentes y así el art. 2.2 Código civil establece los efectos de la derogación de las leyes que "... se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior", por ello y partiendo de la legalidad vigente, el art. 35 CE le es aplicable, obviamente, mas el derecho al trabajo que allí se reconoce no es un derecho ilimitado, sino un derecho programático sujeto en su ejercicio a su desarrollo normativo por la legalidad ordinaria, constituida por el Estatuto de los Trabajadores y por la normativa convencional elaborada al amparo de este, así, su art. 82.3 impone el valor vinculante de tal normativa a los trabajadores y empresarios incluidos dentro del ámbito de aplicación del convenio aprobado, y ello durante toda su vigencia, lo cual conlleva que las normas convencionales no pueden ser excluidas de su cumplimiento por la voluntad unilateral de alguno de los destinatarios incluidos en su ámbito de aplicación, como argumenta la actora, colocándose fuera del convenio para el Personal Laboral de la Administración General del Estado en relación con su art. 61 aquí debatido.

Dicho lo anterior la cuestión litigiosa se centra realmente en la validez del citado precepto convencional, pues el mismo fue adoptado bajo la vigencia de la DA 10ª LET disposición que ha sido derogada por la Ley 12/01, de 9 de julio dejando así sin cobertura legal dicha cláusula convencional lo que lleva a analizar si la falta de tal cobertura implica la nulidad de tal norma paccionada. Al respecto existen dos posturas doctrinales, una sostenida

por el TSJ de Madrid en sus resoluciones de 5 de febrero de 2003 (R. 4.772/2002), que cita la de fecha 17 de diciembre de 2002, (R 2.274/02), y la de 27 de diciembre de 2002, por el TSJ Castilla-La Mancha en S., de 24.04.02, resoluciones que, partiendo de la constitucionalidad inicial de la DT 10ª (antes 5º) de LET - establecida por la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en sus STCO de 02.07.81 Nº 22/81, en relación a la conformidad con la Carta Magna de la fijación en convenio colectivo de una edad de jubilación, y STCO 58/1985 de 30 de abril relativa a la fuerza vinculante de los convenios colectivos -, admite la validez de tales cláusulas, concluye, con fundamento en: 1.- la derogación de dicha disposición adicional; 2.- en la nueva filosofía surgida del Pacto de Toledo; 3.- la normativa contenida en la Directiva CEE 58/1985 de 30 de abril en sus arts. 2 y 6; y 4.- la doctrina Constitucional que emana de la Sentencia 210/1990 de 20 de diciembre, que dichas cláusulas convencionales han de tenerse por derogadas al faltarle el apoyo legal que las sustentaba por ello, la extinción del contrato de trabajo por alcanzar la edad de jubilación vulnera los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 14 CE) y el derecho al trabajo (art. 35.1CE), por tanto tal decisión se considera constitutiva de despido nulo.

Una segunda línea es la sostenida, también, por STSJ de Madrid (Sección 2ª) de 11 de enero de 2002 (AS 2002\858) y de 24 de febrero de 2003 (AS 2003\858), según la cual "la decisión de establecer una determinada edad de jubilación a través de la negociación colectiva, viene expresamente autorizada y consagrada en el Estatuto de los Trabajadores,... que el RD ley 5/2001, de 2 de marzo, que derogó la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, no prohíbe o excluye del ámbito de la negociación colectiva la edad de jubilación (...) por lo que, la extinción con base en una cláusula convencional de jubilación forzosa no puede calificarse de despido, sino de una extinción del contrato por cumplir la edad prevista en el convenio, conforme a lo establecido en el artículo 49.1 f) del Estatuto de los Trabajadores", criterio seguido también por el TSJ de Cataluña en S., 27 de septiembre de 2002 (AS 2002\3.322), de 29 de octubre 2002 (AS 2002\3.989) y de 27 de septiembre de 2002, (AS 2002\3.322), por el TSJ de Aragón en S. de 28 de mayo de 2003 (AS 2003\1.979), y

del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en S. de 19.02 (AS 2002\1.251);

Esta Sala se inclina por esta segunda tesis y por tanto admite la validez y vigencia vinculante art. 61 del convenio único para el personal laboral de la Administración General del Estado (RCL 1998\2.798) (BOE de 01.12.98) partiendo de las siguientes razones: 1.- Que el TS ha admitido la licitud de cláusulas de los convenios colectivos que imponían la jubilación forzosa a una determinada edad sin vincularla a una política de empleo sentencias de 10.02.83 (RJ 1983\578), 27.10.87 (RJ 1987\7.210), 26.02.90 (RJ 1990\1.233), 27.12.93 (RJ 1993\10.011), 08.03.00 (RJ 2000\2.612) y 14.07.00 (RJ 2000\6.630); 2.- Que el art. 49.1.f) del ET prevé como causa de extinción del contrato de trabajo la jubilación del trabajador, debiendo entenderse que se admite tanto la jubilación voluntaria como a la forzosa; 3.- Que el art. 85.1 del ET es el precepto que, con carácter general, establece las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva debiendo entenderse que la jubilación forzosa es materia propia del contenido de las normas colectivas. 4.- Que la derogación de la disposición adicional décima del ET no ha implica una prohibición a que en la negociación colectiva se pueda pactar la jubilación forzosa, sino que, como señala la exposición de motivos de la Ley 12/2001 lo que se ha pretendido al suprimirla a es desincentivar la jubilación forzosa, no prohibir que por convenio colectivo se pueda pactar la jubilación forzosa ; 5.- Que de conformidad con la STCO 58/1985 (RTC 1985\58), la fuerza vinculante de los convenios no deriva de la ley sino del art. 37.1 de la Constitución (RCL 1978\2.836), sin que exista limitación de materias que puedan ser objeto de dicha negociación colectiva; 6.- Que el propio Tribunal Constitucional admitió acuerdos de jubilación tomados sobre la base de lo previsto en Convenio Colectivo que no vinculaba la jubilación a ninguna medida de fomento del empleo, así STCO 95/1985, de 29 de julio y 136/1985, de 11 de octubre, e igualmente el TS en S. de 8 de marzo de 2000 (RJ 2000\2.612). Por las expuestas razones, entendemos que el cese de la actora no constituye despido sino extinción del contrato por jubilación y por tanto se desestima el recurso y se mantiene íntegramente 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 doña J.T.R. contra la sentencia dictada el 29.10.03 por el Juzgado de lo Social N° 3 de A Coruña en autos N° 677-03 sobre despido, seguidos a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social resolución que se mantiene en su integridad.

3806 Recurso nº 6.812/03

S.S. CONFLICTO COLECTIVO. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE. PRINCIPIO DE UNIDADE DE EMPRESA. EXISTENCIA DE ACTIVIDADE PREPONDERANTE.

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

A Coruña, a seis de febrero de dos mil cuatro

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 6.812/03 interpuesto por Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 863/03 se presentó demanda por Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais en reclamación de conflicto colectivo siendo partes CC.OO. y la empresa "L.G.I., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha trece de noviembre 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.- La Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais de la Xunta de Galicia remitió escrito iniciador de procedimiento de conflicto colectivo al objeto de determinar el Convenio Colectivo aplicable a la empresa "L.G.I., S.L.", solicitando la Cen-

tral Sindical CCOO la aplicación del Convenio Colectivo de oficinas y despachos en contra del que se viene aplicando de industrias de la madera. SEGUNDO.- El conflicto afecta a toda la plantilla de la empresa, en número aproximado de 35 trabajadores. TERCERO.- La empresa "L.G.I., S.L." tiene como actividad la gestión de servicios administrativos de un conjunto de empresas con socios comunes y actividad relacionada con la industria de la madera. Desde su creación, incorpora a su plantilla trabajadores procedentes de las anteriores, respetando los derechos adquiridos, sin tener en cuenta el horario. La empresa pertenece al Grupo L., formado por un conjunto de sociedades dedicadas a la fabricación y transformación de productos derivados de la madera, productores de tablero aglomerado y chapa de madera. Consta en la actualidad de cinco fábricas y "L.G.I., S.L." que coordina la compra de materia prima, el control y las órdenes de fabricación, la comercialización del producto terminado y la gestión contable y financiera, que antes llevaba a cabo alguna de las empresas del grupo, para, con posterioridad, ir centralizando estas funciones en "L.G.I., S.L." motivada por la necesidad de simplificar y reducir la gestión administrativa. Dicha empresa presta exclusivamente, en la actualidad los citados servicios para el Grupo L."

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 sindicato CC.OO., interviniendo la Xunta de Galicia, contra la empresa "L.G.I., S.L.", absolviendo a la misma de los pedimentos de la demanda, siendo el Convenio Colectivo aplicable a la empresa el estatal de la madera".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por CC.OO. 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 sindicato CC.OO. con la pretensión de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime la demanda declarando que el Convenio Colectivo aplicable a la empresa "L.G.I., S.L." es el de oficinas y despachos, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.C LPL denuncia la infracción del art. 3 del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de A Coruña e interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial

sobre el principio de unidad de empresa, en un motivo único de Suplicación.

SEGUNDO.- Son H.D.P. los siguientes: A) Se suscita procedimiento de Convenio Colectivo al objeto de determinar el Convenio Colectivo aplicable a la empresa "L.G.I., S.L.", solicitando CC.OO. la aplicación del convenio colectivo de oficinas y despachos en contra del que se viene aplicando de industrias de la madera. B) "L.G.I., S.L." tiene como actividad la gestión de servicios administrativos de un conjunto de empresas con socios comunes y actividad relacionada con la industria de la madera. Desde su creación, incorpora a su plantilla trabajadores procedentes de las anteriores, respetando los derechos adquiridos, sin tener en cuenta el horario. C) En concreto, la empresa pertenece al Grupo L., formado por un conjunto de sociedades dedicadas a la fabricación y transformación de productos derivados de la madera, productores de tablero aglomerado y chapa de madera. Consta en la actualidad de cinco fábricas y "L.G.I., S.L." que coordina la compra de materia prima, el control y las órdenes de fabricación, la comercialización del producto terminado y la gestión contable y financiera, que antes llevaba a cabo alguna de las empresas del grupo, para, con posterioridad, ir centralizando estas funciones en "L.G.I., S.L." motivada por la necesidad de simplificar y reducir la gestión administrativa. Dicha empresa presta exclusivamente, en la actualidad los citados servicios para el Grupo L. Y D) El conflicto planteado afecta a toda la plantilla de la empresa, unos 35 trabajadores.

Examinada en este contexto la infracción denunciada en Suplicación, el recurso no resulta acogible.

TERCERO.- Ya la sentencia de este Tribunal de 6.5.96 dejó dicho acerca del principio de unidad de empresa que la "operatividad de este principio únicamente va referida a la delimitación de los ámbitos de normas sectoriales coexistentes y que en todo caso permite que la diversidad de actividades profesionales desarrolladas en el seno de una misma empresa y en el curso del ciclo productivo pueda determinar una multiplicidad de ordenamientos concurrentes, si bien tan sólo cuando falta homogeneidad productiva y no exista actividad preponderante, desarrollándose con organización distinta o en diferente centro de trabajo (así, las SSTCT 19 de diciembre 1985 [RTCT 1985/7.133, 28 de febrero de 1986 ...].

En similar sentido, la S.TSJ de Aragón de 22.03.00 argumentaba que en virtud del principio de unidad de empresa debe aplicarse a cada empresa un solo convenio atendiendo a su actividad principal, admitiéndose como excepción la "posibilidad de la aplicación de más de un Convenio Colectivo a la misma empresa, cuando falta una organización productiva preponderante, desarrollándose la actividad con organización distinta en diferentes centros de trabajo (por todas, sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 02.03.99 (AS 1999/3.100), recurso núm. 2.945/1998)". Y la S. TSJ de Cataluña de 16.06.00 se expresaba al respecto en los siguientes términos: "Que está reconocido en el mundo jurídico laboral, la posibilidad de que la diversidad de actividades profesionales desarrolladas en una empresa y en el curso de un ciclo productivo, puedan determinar la existencia de una multiplicidad de ordenamientos concurrentes, si bien, tan sólo cuando falta homogeneidad productiva y no exista actividad preponderante, desarrollándose con organización distinta y en diferente centro de trabajo, puede determinar esa diversa aplicación de Convenio Colectivo, y por lo tanto la desvirtuación del principio de unidad de empresa alegado por la recurrente. Que tal doctrina, sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su sentencia de 17.11.97 (AS 1997/4.227), Baleares en la suya de 29.01.97 (AS 1997/596) y de esa Sala de 06.03.95 (AS 1995/1.102) siguiendo las del Tribunal Supremo de 01.06.78 (RJ 1978/2.247), 06.05.81 (RJ 1981/2.103) y 26.11.90, parten de la situación en la que una misma empresa tenga dos o más centros de trabajo dedicados a actividades diferentes y con diferente inscripción en la Seguridad Social y ello porque el principio de unidad de empresa y consecuentemente de unidad de Convenio Colectivo quiebra frente a la situación de los trabajadores de una misma empresa que se dedican a una actividad diversa ...".

CUARTO.- En el caso presente, la empresa "L.G.I., S.L." no solo es que pertenezca al grupo "L.", integrado por un conjunto de sociedades dedicadas a la fabricación y transformación de productos derivados de la madera ..., con 5 fábricas en la actualidad. Es que coordina la compra de materia prima, el control y las órdenes de fabricación ... y la gestión contable y financiera de las referidas empresas. Es decir, "L.G.I., S.L." tiene como actividad la gestión de los servicios administra-

tivos de un conjunto de empresas con socios comunes y actividad de la industria de la madera; creada con este fin, su plantilla se conforma con trabajadores procedentes de aquellas empresas, a quienes se respetan sus derechos adquiridos.

De este modo, "L.G.I., S.L." incluso por actividad, ciertamente instrumental respecto de las otras, de industria de la madera, que es así la actividad prevalente, está integrada en aquel conjunto de empresas dicho. Realiza sí, una actividad de gestión de servicios administrativos..., pero en función exclusivamente de empresas vinculadas socialmente y de su actividad de la madera y con carácter meramente instrumental al efecto; precisamente coordinando la compra de materia prima, el control y órdenes de fabricación, la comercialización del producto y la gestión contable y financiera. Así también se viene a reconocer en el recurso mismo, en que si bien se alega que la empresa de que se trata realiza una actividad distinta de las demás... se hace reconociendo "aunque sea complementaria" y que se dedica única y exclusivamente a la actividad de gestión de servicios administrativos para las otras empresas del grupo las cuales desarrollan su actividad en el sector de la madera.

De lo expuesto se concluye que a la referida empresa se le ha venido aplicando correctamente el Convenio de industrias de la madera, no resultando viable la pretensión de que sea el de oficinas y despachos. "L.G.I., S.L." está integrada en un conjunto de empresas de industria de la madera incluso por actividad, pues la que realiza de gestión es exclusivamente respecto de estas empresas y actividad dicha, lo que la hace interdependiente y la dota de una homogeneidad esencial con ellas. Y en este contexto, la actividad de la madera es la preponderante o prevalente, respecto de la que la de "L.G.I., S.L." resulta instrumental. Por consiguiente, se impone la aplicación del mismo Convenio Colectivo, el de industrias de la madera, pues no cabe aplicar distintos cuando se está en presencia de una esencial unidad de actuación y actividad empresarial, por dedicarse todas las que la conforman a actividades conexas y convergentes del signo dicho integradas en una estructura unitaria. Precisamente, la STSJ de Cataluña de 04.03.93 decía, invocando doctrina jurisprudencial (SSTS, entre otras, de 3 y 08.10.87, 08.06 y 12.07.88) que "cuando diversas sociedades convergen en un fin común, aunque por razones prácticas de operatividad

mantengan cada una su personalidad jurídica propia, ha de entenderse que la realidad muestra una empresa nacida del agrupamiento de aquéllas y, como consecuencia, se impone el principio de solidaridad que descansa fundamentalmente en el de la realidad, consistente en buscar dicha realidad auténtica más allá de los formalismos y formalidades jurídicas...".

No cabe, en suma, admitir las argumentaciones del recurso en torno a que la empresa de que se trata realiza una actividad distinta de las demás... ni la infracción que del Convenio de Oficinas y Despachos y de doctrina sobre el principio de unidad de empresa denuncia. Así pues, el recurso se rechaza y la sentencia de instancia se confirma.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña de fecha 13.11.03 en Autos nº 863/03, de proceso de Conflicto Colectivo iniciado por escrito de la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais-Xunta de Galicia-, siendo partes el recurrente y la empresa "L.G.I., S.L.", confirmamos la sentencia recurrida.

3807 Recurso núm. 6.774/03

S.S. CONFLITO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO. VALIDEZ DA CONCILIACIÓN PREVIA DIANTE DO SMAC. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE XORNADA, HORARIO E RÉXIME DE QUENDAS. SUBSTANCIALIDADE DA MODIFICACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a nueve de febrero de dos mil cuatro

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. 6.774/03, interpuesto por “V., S.A.” 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 Confederación Intersindical Galega en reclamación de conflicto colectivo, siendo demandado “V., S.A.”, Unión Xeral de Traballadores de Galicia, Sindicato Nacional de Comissões Obreiras de Galicia y Confederación de Empresarios de Galicia, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 573/03 sentencia con fecha 23.09.03, 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 “V., S.A.” los trabajadores que prestan sus servicios como Vigilantes de Seguridad en el Hospital Clínico Universitario de Santiago, lo hacían en régimen de turnos de mañana, tarde y noche, comenzando el primero a las 6,30 horas y finalizando a las 14,30 horas; el segundo a las 14,30 horas y finalizando a las 22,30 y el tercero empezando a las 22,30 horas y finalizando a las 6,30 horas, siendo los turnos rotatorios y realizándose los siete días de la semana. SEGUNDO.- Que la empresa entregó a los trabajadores los cuadrantes del mes de septiembre, incluyendo en él al Sr. A.C., a quien, por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de esta Ciudad, de fecha veintiséis de agosto de dos mil tres, Autos 449/2003, que es firme, se le declaró su derecho a la reducción en un tercio de su jornada de trabajo, con idéntica disminución del salario y con efectos desde el uno de septiembre de dos mil tres, reconociendo el derecho del trabajador a que tal reducción operara en el turno de noche y que por lo tanto su trabajo, una vez operada dicha reducción, se desarrollara en el horario que va desde la 1 hora hasta las 6,30 horas, anulando la empresa el cuadrante y emitiendo uno nuevo, que supone para el resto de los trabajadores cambios de turnos y reducciones o ampliaciones de jornada y cambio de horario, introduciéndose un nuevo turno de 7,30 a 15,30 horas, y obligando periódicamente a todos los trabajadores a prolongar su jornada

desde las 22,30 hasta la 1 hora del día siguiente, siéndoles comunicado el veintiocho de agosto de dos mil tres. TERCERO.- Que en reunión celebrada el siete de julio de dos mil tres y con la abstención de su Presidente, el Comité de Empresa aceptaron la reducción de jornada del Sr. A.C. en un tercio pero siendo la jornada a turnos. CUARTO.- Que el presente Conflicto Colectivo afecta a todos los trabajadores de la empresa “V., S.A.” que prestan servicios de vigilancia en el Hospital Clínico Universitario de Santiago de Compostela. QUINTO.- Que en fecha dieciséis de septiembre de dos mil tres tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de celebrado sin avenencia, con respecto a “V., S.A.” y de intentado sin efecto, con respecto al Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia y al Sindicato U.X.T. Galicia.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones de inadecuación de procedimiento y falta de agotamiento de la vía previa formuladas por la representación de la empresa “V., S.A.”, y estimando la demanda formulada por el Sindicato Confederación Intersindical Galega, a la que se han adherido los Sindicatos Unión Xeral de Traballadores de Galicia y el Sindicato Nacional de Comissões Obreiras De Galicia contra la empresa “V., S.A.”, en cuanto a su petición subsidiaria, debía de declarar y declaraba injustificada la decisión empresarial de modificación de jornada, horario y régimen de turnos de sus trabajadores que con categoría de Vigilantes de Seguridad prestan servicios en el Hospital Clínico Universitario de Santiago, acordada por la demandada, dejándola sin efecto y condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que reponga a los trabajadores afectados a sus anteriores condiciones de trabajo y desestimando la demanda formulada, en cuanto a su petición principal, debía absolver y absolvía a la demandada del citado pedimento.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandada “V., S.A.”, 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, con estimación de la petición subsidiaria del escrito inicial, declaró injustifi-

cada la decisión de la empresa demandada, "V., S.A.", de modificación de jornada, horario y régimen de turnos de sus trabajadores, que, con la categoría de vigilantes de seguridad, prestan servicios en el Hospital Clínico Universitario de Santiago; reponiendo a los mismos a sus anteriores condiciones de trabajo-, formula recurso de suplicación la empresa citada, en primer lugar, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por incorrecta interpretación, del artículo 41.1 del ET; en segundo, por igual cauce, denunciando, de nuevo, infracción, por interpretación incorrecta, del artículo 41.1 del ET, aunque esta vez en concordancia con lo dispuesto en los artículos 10 y 11 e) y g) del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad; y, en tercero, por el del a) del mismo precepto, alegando infracción del artículo 154 de la L.P.L.

SEGUNDO.- No es acogible el tercer motivo del recurso –que se analiza, en primer lugar, por razones de índole técnico-jurídica procesal, porque su eventual aceptación llevaría consigo, sin entrar a conocer en el fondo del asunto, reponer los autos al estado, que tenían cuando se cometió la infracción denunciada-, pues, si bien es cierto que, en el artículo 154.1 del TRLPL, se establece que será requisito necesario para la tramitación del proceso- de conflictos colectivos, previsto en el capítulo VIII del Título II del libro II del TRLPL-, el intento de conciliación ante el Servicio administrativo correspondiente o ante los órganos de conciliación que puedan establecerse a través de los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del TR de la Ley del ET –las Unidades de Negociación, previstas en éste, equivalen a las Comisiones Paritarias reguladas en el artículo 9 del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad-; sin embargo, también lo es que el conflicto, que es objeto de este procedimiento, no surgió por la vía que anteriormente se expuso; sino por la prevista en el artículo 41.4 del ET- que, según reconoce la doctrina jurisprudencial tiene autonomía propia, pues, según se expone en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2001, etc., "no se trata de un conflicto colectivo propiamente dicho, incardinable en las previsiones del Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, sino de una pretensión, cuyo ejercicio está referido por la Ley a los cauces de tal modalidad procesal"-; que establece, entre otros extremos, que la decisión de modificación sustancial de condi-

ciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes de los trabajadores de duración no inferior a la indicada ...; y, contra la decisión del empresario se podrá reclamar en conflicto colectivo ...; y que, con todo ello, el hecho en que la recurrente fundamenta el motivo –que se instó la conciliación previa ante el SMAC, en lugar de hacerlo ante la mencionada Comisión Paritaria-, carece de relevancia y, por lo tanto, no existe la infracción, que se denuncia.

TERCERO.- Fundamenta la empresa demandada el primer motivo del recurso, en que no nos hallamos ante el supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, previsto en el artículo 41.1 del ET, sino ante una situación de fuerza mayor, y, por lo tanto, no estaba obligada, a seguir el trámite de negociación, previsto en el artículo 41.1 del ET, dado que, por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago, de 22 de agosto de 2003, se declaró el derecho del trabajador Sr. A.C., a reducir en un tercio su jornada de trabajo, en horario nocturno, con idéntica disminución de salario, y, ante ello, al tener que cumplirla, a partir del 1 de septiembre siguiente, entiende que no existió tiempo para la negociación; pero, no siendo admisible el argumento, porque, en definitiva, el hecho de que hubiere recaído una sentencia firme, con relación a uno de los trabajadores de la empresa, resolviendo la cuestión surgida entre ambas partes, y sin que la misma incidiera en las restantes relaciones laborales, no puede servir de pretexto para soslayar un trámite legal, necesario para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de todos; máxime cuando dicha sentencia no le imponía ninguna obligación en tal sentido; procede desestimar el motivo.

CUARTO.- Sostiene la empresa demandada, en el segundo motivo del recurso, que las modificaciones, que llevó a cabo en la jornada laboral, horario y régimen de turnos, no fueron sustanciales, porque no se variaron las circunstancias, previstas en el Convenio Colectivo, relativas a que la jornada de trabajo, en cómputo anual, es de 1.796 horas; y a que todos sus vigilantes de seguridad tienen un régimen de trabajo a turnos; máxime cuando el artículo 10 de dicho Convenio establece que es facultad de la dirección de la empresa la organización práctica del trabajo; pero, no compartiéndose por la Sala tales apreciaciones, pues de los datos objetivos, no controvertidos, que se ofrecen

al efecto en la resolución impugnada- y que cabe sintetizar en que la empresa demandada entregó a los trabajadores, que venían prestando sus servicios, como vigilantes de seguridad, en el Hospital Clínico Universitario de Santiago, en régimen de turnos de mañana (de 6,30 a 11,30 horas), tarde (de 14,30 a 22,30 horas) y noche (de 22,30 a 6,30 horas), siendo los mismos rotativos y realizándose los siete días de la semana; los cuadrantes del mes de septiembre de 2003, en los que se introdujo un nuevo turno (de 7,30 a 15,30 horas), y en el que se obligaba, periódicamente, a todos los trabajadores, a prolongar su jornada desde las 22,30 horas hasta la 1 hora del día siguiente-, resulta que existieron unas evidentes modificaciones en la jornada laboral, horario y régimen de turnos, que cabe calificar de sustanciales, porque, por una parte, no puede pasar desapercibido que inciden en unas materias, que, en principio, según dispone el artículo 41.1 a), b) y c), tienen la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; y, en principio, igualmente, debe entenderse -pues no existe dato alguno que acredite lo contrario, dado que, se trata de un caso individual, que no tiene carácter expansivo obligatorio, el hecho de que hubiere recaído una sentencia judicial firme, respecto a un trabajador, en la que se declaró su derecho a reducir un tercio su jornada de trabajo, con idéntica disminución de salario, y se le reconoció del derecho a que tal reducción operara en el turno de noche-, que su adopción contribuyó, realmente, a mejorar la situación de la empresa, a través de una más adecuada organización de sus recursos, favoreciendo su posición competitiva en el mercado (artículo 41.1, último apartado, del ET); y, por otra, no cabe reconducirlas, como pretende la empresa, dada la materia a que afectaron y su importancia, al terreno de la simple organización del trabajo, para así soslayar lo dispuesto en el precepto citado, con la disculpa de que corresponde ésta a la Dirección de aquella; procede asimismo, desestimar el motivo.

Por lo expuesto

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por "V., S.A.", contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Santiago, en fecha 23 de septiembre de 2003; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3808 Recurso núm. 6.818/03

S.S. EXISTENCIA DE SUCESIÓN DE EMPRESA, AO NON RESULTAR NECESARIA A TRANSMISIÓN DA TITULARIDADE NOMINATIVA DA ACTIVIDADE EMPRESARIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a nueve de febrero de dos mil cuatro

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. 6.818/03 interpuesto por don D.A.M. y doña E.B.G. 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.A.M. y doña E.B.G. en reclamación de despido siendo demandado "V.G.R., S.L." y doña G.B.M." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 552-2003 sentencia con fecha 5 noviembre 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.- Don D.A.M., mayor de edad, con D.N.I. número ..., viene prestando servicios para la empresa "V.G.R., S.L.", domiciliada en Vigo, como Camarero, desde el 14.04.82 y un salario mensual de 1.178,17 euros, incluido prorrateo. 2.- Doña E.B.G., mayor de edad, con DNI número ..., también presta servicios para la indicada empresa "V.G.R., S.L.", en el mismo centro de trabajo, desde el 18.09.80, como Fregadora y un salario mensual de 911,99 euros, incluido prorrateo. 3.- El pasado día 21 de julio, lunes y día de descanso, la empresa comunicó por teléfono a los trabajadores que estaban de vacaciones desde ese día hasta el 31. El día 31, la empresa doña B.G., les dijo que traspasaba la empresa y que no volvería a abrir en agosto, por que el nuevo propietario realizaría reformas y estaría

de vacaciones todo el mes. No se les comunicó que la empresa se hubiese traspasado, ni el nombre del nuevo empresario. 4.- La empresa está cerrada y sin actividad, con un cartel en la puerta que dice "cerrado reformas". Se celebró conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación, que resultó sin avenencia. 5.- Con fecha de 7 de agosto de 2003, la empresaria doña B.G.S., mayor de edad, vecina de R. y con D.N.I. ..., doña G.B.M., mayor de edad vecina de Vigo y con D.N.I. número ... y doña M.T.P.I., como mandataria verbal de doña L.I.D., con el mismo domicilio que la anterior y con D.N.I. número ..., formalizaron y suscribieron contrato de traspaso o cesión de local de negocio. Dicho contrato obra como documento a los folios 51 y 53 y 62 a 64 y se da por reproducido. 6.- La nueva arrendataria del local, ha realizado y sigue realizando obra en el referido local, poniendo maquinaria nueva, para dedicarlo a Cafetería Tapería (antes era Restaurante Italiano) especialmente cocina Navarra, y con una inversión de unos 60.000 Euros. El local sigue cerrado en la actualidad, realizándose obras en él. 7.- Con fecha 3 de octubre de 2003, se amplió la demanda contra doña G.B.M."

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

"FALLO: Que desestimando la excepción de litis consorcio pasivo necesario y estimando parcialmente la demanda deducida por don D.A.M. y doña E.B.G., contra la empresa "V.G.R., S.L." y doña G.B.M., debo declarar y declaro improcedente el despido realizado a dichos trabajadores por la empresa demandada "V.G.R., S.L.", condenando a la misma a que los readmita en las mismas condiciones que tenían antes del despido, o, a su elección les abone las cantidades siguientes: a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de veinte mil seiscientos noventa euros con treinta y ocho céntimos (20.690,38 €) para don D.A.M. y de diecisiete mil setecientos treinta y ocho euros con cuarenta céntimos (17.738,40 €) para doña E.B.G. 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 39,27 euros diarios para don D.A.M. y de 30.40 euros diarios para doña E.B.G. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparencia 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. Asimismo debo absolver y absuelvo a doña G.B.M., de las pretensiones de la demanda." Con fecha 14 de noviembre de 2003 se dictó ato de aclaración de la sentencia, cuya parte dispositiva dice así: "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 treinta y siete mil seiscientos treinta y cinco euros con treinta y ocho céntimos (37.635,38 €) para don D.A.M. y de treinta y un mil doscientos ochenta y cinco euros con cuarenta céntimos (31.285,40 €) para doña E.B.G."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestimando la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario y estimando parcialmente la demanda deducida por don D.A.M. y doña E.B.G. contra la empresa "V.G.R., S.L." y doña G.B.M., declaró improcedente el despido realizado a dichos trabajadores por la empresa demandada, Vigo "V.G.R., S.L.", condenando a la misma a que los readmitiese en las mismas condiciones que tenían antes del despido o a su elección les abonase las cantidades a que se refirió, modificadas, por cierto, en virtud de auto de aclaración dictado posteriormente, y absolviendo a doña G.B.M. de las pretensiones de la demanda.

Frente a dicha resolución, se alza en suplicación la parte demandante que articula su recurso en atención a un único motivo, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando la infracción, por infracción o no aplicación, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, arguyendo, en síntesis, que en el supues-

to de litis concurre una "clara y evidente subrogación empresarial", añadiendo que "el hecho de que se hayan efectuado algunas obras de acondicionamiento y reformas del local no implica que la nueva propietaria pueda desvincularse de los trabajadores por este simple hecho, teniendo en cuenta, además, que la actividad de la empresa continuará siendo la misma, en esencia, es decir, un negocio de hostelería en el que los actores podrían seguir desempeñando sus categorías profesionales como camarero y fregadora sin ningún obstáculo o impedimento y sus condiciones laborales y económicas seguirían siendo las mismas".

SEGUNDO.- Así las cosas, conviene tener presente que inalterados los ordinales que constituyen el relato histórico de la resolución impugnada, son hechos probados a destacar los siguientes: Los actores, don D.A.M. y doña E.B.G., venían prestando servicios para la empresa "V.G.R., S.L.", como camarero y fregadora, respectivamente, desde el 14.04.82 el actor y desde 18.09.80 la demandante, con salarios respectivos de 1.178,17 Euros y 911,99 Euros, así como que el pasado día 21 de julio de 2003, que era lunes y de descanso, la empresa les comunicó telefónicamente que estaban de vacaciones hasta el día 31 de julio, y en dicho día, la empresaria doña B.G.S. les comunicó que traspasaba la empresa y que no volvería a abrir en agosto, porque el nuevo propietario, cuyos datos no les comunicó a los actores, realizaría reformas y estaría de vacaciones todo el mes, teniendo la empresa un cartel en la puerta que dice cerrado por reformas. La nueva arrendataria del local ha realizado y sigue realizando obras en el referido local, poniendo maquinaria nueva, para dedicarlo a Cafetería Tapería (antes era Restaurante Italiano) especialmente cocina Navarra, y con una inversión de unos 60.000 Euros. Asimismo, es de reseñar que con fecha 7 de agosto de 2003, la empresaria doña B.G.S., doña G.B.M. y doña M.T.P.I., aquellas en su nombre y esta última como mandataria verbal de doña L.I. formalizaron y suscribieron un contrato de traspaso o cesión de local de negocio, en el que, entre otras consideraciones, a los efectos que nos importan, se hace mención de que la Sra. I. es propietaria del local sito en el semi-sótano del inmueble señalado con ... y ..., de esta Ciudad de Vigo, y que doña B.G.S. ha decidido traspasar el local de negocio a la doña G.B.M. que lo acepta y adquiere quedando subrogada en todas y cada una de las

cláusulas del contrato de arrendamiento de 1 de enero de 1988, y que adquiere "el traspaso del local y negocio" libre de deudas y al corriente en el pago de los impuestos, "...", dedicando los demás apartados a cuestiones relativas al importe de las rentas y comisiones para la propietaria.

TERCERO.- Sentado lo anterior, cabe establecer que el Tribunal Supremo, en reiterada Jurisprudencia, por todas, las sentencias de 23.01.95; 25.10.96; 17.07.97 y 29.12.97, ha declarado, en relación con la problemática suscitada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que constituye requisito esencial en la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión de la titularidad, entendiendo por tal concepto traslativo no sólo el cambio en la titularidad nominativa de empresa, sino también la transmisión al cesionario a quien revierte la actividad contratada de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, en tanto que la sentencia del propio Alto Tribunal de 01.12.99, declara que los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa, o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia Ley española, actos inter vivos determinantes de una transmisión del objeto sobre el que versa por parte de un sujeto cedente, que es el empresario anterior, a un sujeto cesionario, que es el empresario sucesor, y la sentencia de 29.04.98, refiere que el objeto de la transmisión se refiere a la cesión entre empresarios de los elementos esenciales o significativos del activo material o inmaterial con los que el anterior realizaba la actividad, en tanto que la Jurisprudencia Comunitaria, en aplicación del artículo 14 de la Directiva Comunitaria 187/1977, cuando contempla los supuestos de traspaso de empresa y, consecuente subrogación entre antiguo y nuevo empresario, asevera que se está refiriendo a empresas en el sentido de explotación o actividad con identidad económica propia.

CUARTO.- La aplicación de la doctrina antedicha al caso que nos ocupa, determina que haya de prosperar la censura jurídica a que se contrae el motivo único del recurso auspiciado por la parte actora y es que, en contra de lo proclamado en la sentencia de instancia, la Sala considera que nos encontramos ante un supuesto de sucesión empresarial contemplado en el artículo 44 del Estatuto

to de los Trabajadores, pues así se desprende del negocio jurídico “a tres bandas” documentado en fecha 7 de agosto de 2003, en cuya virtud la codemandada doña G.B.M. acepta y adquiere “el traspaso del local y negocio” sito en el semisótano del inmueble señalado con el ... y ..., de esta Ciudad de Vigo, y que doña B.G.S. venía explotando en el ramo de la hostelería, haciéndose cargo aquella de la actividad empresarial y dedicándose al mismo género de comercio, a lo que no es óbice el hecho de que antes fuese un Restaurante Italiano y en lo sucesivo incidiese en la actividad de cafetería tapería en la especialidad de cocina Navarra y, al efecto, hubiese de acometer la realización de diversos obramientos, pues tal circunstancia no afecta a la esencia de la actividad empresarial de origen, habiendo recibido la adquirente del traspaso los elementos esenciales de la empresa que permiten la continuidad de la actividad principal que constituye su objeto, sin que pueda soslayarse que desde una perspectiva Comunitaria se han dulcificado las exigencias en relación con la transmisión de bienes patrimoniales a los efectos de la sucesión empresarial, de manera que, existiendo sucesión empresarial, la adquirente del negocio ha de responder solidariamente con la empresa para la que venían trabajando los actores de las consecuencias derivadas del despido improcedente de que fueron objeto.

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación articulado por don D.A.M. y doña E.B.G. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, de fecha 5.11.2003, en autos de Despido instados por aquellos, con el nº 552/03 y acumulado, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº5 de Vigo, de fecha 5.11.2003, en autos de Despido instados por aquellos, con el nº 552/03 y acumulado, frente a “V. G. R., S. L.” con las consecuencias inherentes a que se refiere la resolución impugnada y la revocamos en cuanto a la absolución de doña G. B. M., a la que condenamos a responder solidariamente con la empresa antes citada de las consecuencias declaradas en la sentencia recurrida, debiendo optar, la referida doña G. B. M. en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, entre la readmisión de los actores en las mismas condiciones que tenían antes del despido o el abono de las indemnizaciones y salarios de tramitación contemplados en la resolución impugnada.

3809 Recurso núm. 6.363/03

S.S. PERSOAL ESTATUTARIO FACULTATIVO DE INSTITUCIÓNS SANITARIAS. EXENCIÓN DE GARDAS MÉDICAS. CONSIDERACIÓN DOUTRAS CIRCUNTANCIAS, ADEMÁIS DA IDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a diez de febrero de dos mil cuatro

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. 6.363/03 interpuesto por don L.B.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don L.B.C. en reclamación de personal de la Seguridad Social (exención de guardias) siendo demandado el Servicio Galego de Saúde en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 278/03 sentencia con fecha ocho de octubre 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.- El demandante don L.B.C., es médico especialista en Urología desde el año 1979. En la actualidad tiene 52 años. En el año 1979, a través de concurso-oposición obtuvo una plaza de médico adjunto del Servicio de Urología adscrito específicamente al Hospital Juan Canalejo (A Coruña) y tomó posesión de la precitada plaza en fecha 8 de enero de 1980. Durante el período comprendido entre el 8 de enero de 1980 al 8 de febrero de 1996, el demandante realizó de forma ininterrumpida las tareas propias de médico adjunto de Urología del referido Hospital Juan Canalejo (jornada ordinaria de trabajo, guardias de presencia física, etc.) SEGUNDO.- En fecha 8 de febrero de 1996, la Dirección Médica del Hospital Juan Canalejo conce-

dió al demandante, previa solicitud de éste al Gerente, la exención de la realización de guardias (de conformidad con lo dispuesto en el Art. 30.3 del RD 521/87, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales del INSALUD-BOE 16.abril.87), por cuanto había cumplido la edad de 45 años, y las necesidades del servicio lo permitían. Cabe señalar que en esa misma fecha, el Dr. Serrano Barrientos fue eximido de realizar guardias y que, en ese momento, quedaron 8 facultativos de plantilla realizando guardias de presencia física en el Servicio de Urología del Hospital Juan Canalejo. TERCERO.- Con fecha 12 de julio de 1996, el Jefe de Servicio de Urología del Hospital Juan Canalejo ordenó al compareciente que se reintegrara en el turno de guardias del Servicio de urología, en base a una sobrecarga de trabajo de los facultativos. CUARTO- Durante el período comprendido entre el 12 de mayo de 1998 y el 3 de febrero de 2003, en relación a la realización de guardias, el compareciente, en virtud de lo acordado por los miembros del Servicio de Urología del C.H. Juan Canalejo en el "Documento de consenso sobre guardias de presencia física del Servicio de urología" que fue aceptado por el propio Jefe de Servicio de Urología, estuvo en situación de "reserva activa". Dicha situación de "reserva activa" de realización de guardias de presencia física, conllevaba que al compareciente sólo se le asignaría la realización de las mismas cuando los demás miembros del Servicio realizasen más de 4 guardias al mes (o 6 guardias en los meses de Julio, Agosto, Septiembre) Asimismo, y en virtud de dicho documento de consenso del Servicio de Urología, una vez que el compareciente cumpliera los 55 años, pasaría a la situación de "reserva definitiva" de realización de guardias de presencia física. Durante ese período comprendido entre el 12 de mayo de 1998 y el 3 de febrero de 2003, el compareciente nunca fue requerido por el Jefe de Servicio para realizar guardias de presencia física en el Servicio de Urología del Complejo Hospitalario Juan Canalejo. QUINTO- En virtud del documento de consenso antes citado, pasaron a la situación de reserva activa de realización de guardias de presencia física el Dr. M.C. en el mes de mayo de 1998, el Dr. S.R.-L. en enero de 2000 y los Dres. C.A. y G.V. a principios del año 2002. En todo momento siempre había ocho o nueve facultativos de plantilla realizando guardias y, hasta el mes de febrero de 2003, ocho facultativos especialistas realizaban guardias de presencia física en el Servicio de

Urología del Complejo Hospitalario Juan Canalejo: Dres. L.M., R.R., N.C., A.C., M.C., R.M., C.M. y Dra R.F. SEXTO- Desde el día 3 de febrero de 2003 el compareciente y otros tres facultativos (Dres. C.A., G.V. y S.R.-L.), vienen realizando guardias de presencia física, a requerimiento del Jefe de servicio de Urología, por "necesidades del servicio". Actualmente, hay once facultativos realizando guardias de presencia física en el Servicio de Urología. SEPTIMO- En fechas recientes, el demandante solicitó nuevamente al Gerente del Complejo Hospitalario Juan Canalejo de A Coruña la exención de la realización de guardias médicas en el Servicio de Urología del C. J. Juan Canalejo de A Coruña al amparo de lo dispuesto por el artículo 30.3 del RD 521/87, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales del INSALUD. OCTAVO- El 27 de enero de 2003 el Director Gerente denegó la petición solicitada, señalando, lo siguiente: *En relación con su petición de exención de guardias médicas, quiero informarle que el Real Decreto 521/87 por el que se aprueba el reglamento de Estructura Organización y Funcionamiento de los Hospitales del INSALUD, no es de aplicación en nuestra Comunidad al publicarse el Decreto 148/91 de 2 de mayo (DOG 114 de mayo-91) sobre Órganos de Dirección y Colegiados de los Hospitales dependientes del Servicio Galego da Saúde, así como la instrucción conjunta del Director General de RR.HH. y de Asistencia Sanitaria del 10.02.98, sobre exención de guardias médicas a los Facultativos mayores de 55 años, por lo que no existe base legal para su petición. Igualmente quiero informarle que todos los facultativos que pertenezcan a un servicio donde se realicen guardias, tienen la obligación y el derecho de participar en ellas, salvo exención por mayor de 55 años.* NOVENO- Consta en autos certificación de la Subdirectora Xeral de Relacións Laborais, Recursos e Reclamacións da División de Recursos Humanos do Sergas, en la que consta lo siguiente: "... Que según los datos obrantes en esta Subdirección, en reunión de la Mesa Sectorial celebrada el 22 de enero de 1998, entre los representantes de la administración y de las organizaciones sindicales con representación en la Mesa Sectorial, UGT, CSI-CSIF, CIG, CEMSATSE y CC.OO, se acordó aprobar la regulación sobre exención de guardias a los facultativos de las instituciones sanitarias de atención especializada que superen los 55 años de edad recogida en el texto que figura como punto 4 de la orden del día de la citada reunión..."

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

“FALLO: Que desestimando la demanda deducida por don L.B.C. contra Servicio Galego de Saude debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos de la misma.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte don L.B.C. 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, declara el deber del actor de realizar guardias médicas y absuelve al demandado Sergas de todos los pedimentos de la misma. Decisión ésta contra la que recurre la representación letrada del demandante, interesando en primer lugar, al amparo del art. 191.b) L.P.L., la revisión de los hechos declarados probados, cuestión a la que dedica el primero de los motivos del recurso; destinando el segundo motivo formulado por el cauce del apartado c) del citado artículo al examen de la normativa jurídica aplicada en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En cuanto a la revisión de los hechos declarados probados, se interesa, en primer lugar, la adición al relato fáctico de un nuevo probado, el décimo, con el contenido siguiente: “*Los cuadros de mando del servicio de Urología del Complejo Hospitalario Juan Canalejo realizados por el staff de Gerencia, que recogen los parámetros de ingresos, consultas, intervenciones quirúrgicas, urgencias, trasplantes y tratamientos de litotricia durante los años 2001, 2002 y enero de 2003, muestran que han bajado las necesidades del servicio en relación a los ingresos, primeras consultas e intervenciones quirúrgicas, que se mantienen sin variación apreciable los parámetros de trasplantes renales y tratamientos de litotricia y únicamente aumentan las consultas sucesivas, asimismo, comparando el mes de enero de 2003 con los meses de enero de 2001 y 2002 resulta una disminución general de los parámetros analizados.*”

Adición que se acepta, por cuanto el texto propuesto coincide con los documentos en los que se sustenta, que no han sido impugnados por la parte contraria, sino al con-

trario, dicha documental fue solicitada por el actor en su demanda, y admitida por el Juzgado, y así por Providencia de fecha 2 de julio de 2003 se acordó requerir a la parte demandada para que aportase al acto de juicio la documental solicitada. El SERGAS no la aportó, pero reconoció la autenticidad de los cuadros de mandos acompañados a la demanda, afirmando en el informe que obra al folio 163 de los autos que reconoce la autenticidad de la misma. Dicha prueba documental consiste en los cuadros de servicio en los que constan los datos comparativos de las asistencias sanitarias requeridas en el Servicio de Urología del Hospital Juan Canalejo de esta Capital en los años 2001, 2002 y enero de 2003, en donde presta servicios el actor.

En segundo lugar, se interesa también que se adicione un nuevo hecho probado undécimo, del tenor literal siguiente: “*Durante los días 12 a 15 de marzo de 2003, han asistido al Congreso Europeo el Dr. S., el Dr. S., el Dr. R. y el Dr. V. Durante los días 4 y 5 de abril de 2003, han asistido al Congreso Oncológico de Pamplona el Dr. G.M., Dr. R., el Dr. R., el Dr. B., el Dr. B. y el Dr. V. Durante los días 26 de abril a 1 de mayo de 2003, han asistido al Congreso Americano el Dr. G.M. y el Dr. C. Durante los días 24 a 28 de mayo de 2003, han asistido al Congreso Nacional de Las Palmas el Dr. L., el Dr. C., El Dr. V., el Dr. R., el Dr. G.M., el Dr. B., el Dr. M., el Dr. B., el Dr. N., el Dr. C. y el Dr. R. Durante los días 13 y 14 de junio, han asistido al Congreso Gallego el Dr. L., el Dr. B. y el Dr. M. Durante los días 13 y 14 de junio, ha asistido al Congreso de urología el Dr. S. Durante los días 10 a 12 de abril de 2003 han asistido al Congreso de Andrología el Dr. R., el Dr. S. y el Dr. C. Durante los días 14 a 16 de abril de 2003 ha asistido al Congreso de Semana Santa el Dr. C.*”

Modificación que no resulta acogible, por cuanto se sustenta en un folio relleno por el propio recurrente que no tiene la consideración de documento con eficacia revisora.

Finalmente, también se solicita la incorporación al relato fáctico de un hecho declarado probado nuevo, el duodécimo, ofreciendo el recurrente el texto siguiente: “*El doctor L.B.C. tiene antecedentes de apendicectomía, herniorrafia inguinal derecha, safenectomía extremidad inferior izquierda y reflujo gastresofágico en tratamiento habitual con ranitidina y que ha sido visto en el Servicio de neurocirugía por un cuadro de dolor y*

limitación lumbosacra de predominio izquierdo e irradiación a muslo, pierna y primer dedo del pie izquierdo, disestesias en dermatomas L5 y S1 izquierdos. Sus problemas de columna lumbosacra se remiten a 1995, presentando, desde entonces, varias crisis de dolor lumbociatálgico que precisaron tratamiento con AINES. El doctor L.B.C. padece una lumbociatálgica recurrente izquierda, hernia discal L4-L5, y L5-S1, así como discopatía degenerativa C5-C6 que ocasionan episodios de lumbociatálgica recidivante, síndrome facetario lumbar y cervicalgia. No existe indicación quirúrgica del cuadro y el paciente se encuentra limitado para todo tipo de actividad o trabajo que requiera carga de columna lumbosacra o situaciones posturales básicas que requieran bipedestación y sedestación estáticas prolongadas, así como otras situaciones que ocasionen fatiga muscular relativas a falta de descanso. Asimismo, el doctor L.B.C. presenta un cuadro de ansiedad anticipativa que se traduce en cefaleas, inquietud motora, irritabilidad, insomnio, trastornos gástricos, algias musculoesqueléticas, etc. Dicho cuadro de ansiedad no hace sino mostrar elementos fóbicos ante la reanudación de una actividad extraordinaria y altamente estresante, y se creó cuando realizaba guardias como consecuencia de un trastorno adaptativo en un medio que vivía como hostil y que se resolvió con la cesación de guardias. Este cuadro de ansiedad supone que no puede desempeñar su trabajo con eficacia precisando tratamiento farmacológico que sigue tomando en la actualidad".

La Sala acoge la adición interesada, porque así resulta de la prueba pericial practicada en el acto de juicio, acreditativa del estado clínico que presenta el paciente, prueba que no ha sido objeto de valoración por la juzgadora de instancia, omitiendo toda referencia a la misma en la resolución impugnada, y que no ha sido impugnada de contrario por la parte recurrida.

TERCERO.- Al amparo del artículo 191. c) de la LPL denuncia el recurrente, en primer lugar, infracción del artículo 30.3 del RD 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales del INSALUD y de la jurisprudencia que lo interpreta, y demás normativa que cita relacionada con las guardias médicas: -Artículo 1.3. del Real Decreto 3.110/1977; -el Decreto 148/1991, sobre Órganos de Dirección y Colegiados de

Hospitales Dependientes de la Consejería de Sanidad; -Acuerdo adoptado en la Mesa Sectorial de Sanidad de 22 de enero de 1998; -el Decreto 97/2001, de 22 de marzo. Argumenta el recurrente, en esencia, que el Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, no ha sido derogado y que su petición se acomoda al mismo, y que cumple todos los requisitos que señala el artículo 30.3 del citado RD, añadiendo que la resolución del Director Gerente, no puede limitarse a la invocación efímera y exigua de necesidades asistenciales sino que está obligado a concretar en la denegación de la solicitud, con datos objetivos, cuales son las necesidades asistenciales que impiden acceder a la petición, no habiendo aportado prueba alguna en el presente caso, no existiendo ninguna necesidad objetiva o subjetiva que justifique la denegación de la petición de exención de la realización de guardias médicas.

Finalmente también denuncia infracción del artículo 43 de la Constitución, del artículo 1.3º de la Orden de 9 de diciembre de 1.977 y de la jurisprudencia que lo interpreta, aduciendo que el Director Gerente, al resolver la petición de exención de prestar guardias de presencia física, debe tener en cuenta la adecuada ponderación del estado psicofísico del facultativo, en aras a evitar un deterioro asistencial, añadiendo que la sentencia recurrida ni siquiera entró a analizar los motivos de salud a pesar de la prueba practicada y de lo alegado en la demanda, motivos de salud que en épocas pasadas ya habían justificado la exención de guardias médicas, motivos que persisten en la actualidad, y que afectan al desempeño de guardias de presencias física.

El recurso ha sido impugnado por el SERGAS, interesando que se desestime el mismo y se confirme la sentencia recurrida.

El actor viene prestando servicios como médico adjunto en el servicio de Urología adscrito al Hospital Juan Canalejo de esta Capital, y habiendo solicitado la exención de guardias médicas de presencia física en el indicado Servicio de Urología, dicha petición le fue denegada por el Director Gerente del mencionado Hospital; tanto la denegación de la Gerencia Hospitalaria, como la desestimación de la demanda en vía jurisdiccional se fundamentan en la edad del solicitante, 52 años, no siendo factible conceder la exención postulada hasta que se cumplan 55 años, amparándose en el Decreto 148/91 de 2 de agosto sobre Órganos de Dirección y Colegios de los Hospitales dependientes del Servicio Galego de Saúde, señalando la resolución

impugnada que esa es la normativa actualmente aplicable, por cuanto según lo previsto en el Estatuto de Autonomía para Galicia, la competencia en materia de sanidad ha sido atribuida a dicha Comunidad Autónoma, en la cual no rige el RD 521/1987 y más concretamente su artículo 30.3

La Sala no comparte los argumentos de la sentencia recurrida, y considera que a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso, procede acoger el recurso del actor y reconocer su derecho a la exención de guardias médicas de presencia física, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- Ciertamente, según el Decreto 97/2001, de 22 de marzo sobre órganos de dirección, Asesoramiento, Calidad y participación de las Instituciones Hospitalarias del Servicio Galego de Saúde, (que ha derogado el Decreto 148/1991) y de los Acuerdos adoptados por la Mesa Sectorial de Sanidad, en fecha 22 de enero de 1998, la exención de guardias médicas a los facultativos especialistas de las Instituciones Sanitarias de atención especializada del SERGAS, está condicionada al requisito del cumplimiento de una edad determinada, 55 años, requisito que el actor no cumple. Pero además de este requisito de edad, deben tenerse en cuenta otros factores: como el estado físico del facultativo y las necesidades del servicio, que pueden permitir, sin distorsionar la asistencia sanitaria, la posibilidad de exención de guardias médicas.

2.- En relación con las necesidades del servicio, en el caso enjuiciado no concurren, por cuanto consta acreditado que el actor vino gozando del beneficio de la exención de guardias de presencia física en épocas pasadas: Así, la Dirección Médica del Hospital Juan Canalejo, concedió al demandante, previa solicitud formulada por el actor ante el Director Gerente del Hospital, la exención de realización de guardias desde el mes de febrero al de julio de 1996, y desde el 12 de mayo de 1998, al 3 de febrero de 2003 (casi cinco años), el actor estuvo en situación de "reserva activa", con el compromiso de realizar guardias médicas solamente cuando los demás miembros del Servicio realizasen más de cuatro guardias al mes, y durante tan largo periodo el demandante nunca fue requerido para realizar guardias.

El Director Gerente, es lo cierto que goza de cierta facultad discrecional en cuanto a la concesión de la exención de guardias

médicas. Esta facultad discrecional, no se puede emplear de forma arbitraria, de modo que ante la petición de exención de guardias médicas, singularmente en casos como el presente, en el que al actor se le había concedido previamente una situación de "reserva activa", la obligación de realizar guardias médicas debe ir justificada por necesidades del servicio, necesidades que no se pueden invocar de forma genérica, ya que en tales casos es preciso que la discrecionalidad de la Gerencia se halle debidamente fundamentada y razonada, de modo que no pueda calificarse de arbitrariedad, tal y como señala la doctrina del TS/IV en sus Sentencias de 11.05.93, recurso 2.991/1992, y 01.10.98, recurso 5.213/1997 (Ar. 7.312), al establecer que dicha facultad estatutaria, en su ejercicio, no puede ser arbitraria, estando condicionada por exigencia del art. 9.3 de la Constitución Española, a que se concrete en la denegación de la solicitud, con datos objetivos, cuáles son las necesidades asistenciales que impiden acceder a la petición, y, por tanto, que las facultades del Sergas se han ejercitado dentro de los límites legales, pues en otro caso el actor quedaría indefenso al no poder conocer si la alegación por la Administración de tales necesidades se basan en razones objetivas o subjetivas. En igual sentido se había pronunciado ya esta Sala en su Sentencia 30.09.96 (recurso 1.942/1994) y en la de 28 de diciembre de 2002 (Rec. 5.103/99). En el supuesto enjuiciado, la parte recurrente ha acreditado a través de la documental acompañada con la demanda, cuya autenticidad ha sido reconocida por el SERGAS (informe obrante al folio 163 de los autos), que comparativamente los ingresos, las consultas, intervenciones quirúrgicas, urgencias, etc., han disminuido en el año 2002 y en el primer mes del año 2003, respecto del año 2001, es decir, que las necesidades del servicio no puede servir de elemento justificativo para denegar el derecho del actor.

3.- Por otra parte, no puede exigirse de forma abstracta, el requisito de una determinada edad para reconocer el derecho a la exención de guardias médicas, sino que el requisito de la edad debe valorarse en relación con el estado físico del facultativo. De modo que, tal como ya había declarado esta misma Sala en su Sentencia de 30 de septiembre de 1996 (Rec. 1.942/94), no puede aceptarse que las condiciones físicas del médico no tengan posibilidad de ser tenidas en cuenta cuando proceda, en cuanto que la remisión

a una determinada edad, ha de interpretarse como una referencia concreta a una específica circunstancia física sospechosa de una posible minoración de condiciones para la realización de las guardias, por cuanto, entendida exclusivamente como una referencia a la edad en su consideración abstracta, abocaría a situaciones absurdas y a un trato diferenciador incurso en discriminación injustificada por contraria a las previsiones del artículo 14 de la Constitución (STSJ de Cantabria de 09.10.91; Valencia 13.03.92 y de 08.04.92). Y en el presente caso, a la vista de la prueba pericial practicada e el acto del juicio por tres médicos especialistas, no ofrece duda que el actor presenta diversas afecciones, entre las que destacan, a juicio de la Sala, las afecciones psíquicas, presentando un cuadro de ansiedad, cefaleas, inquietud motora, irritabilidad, insomnio, trastornos gástricos, algias musculoesqueléticas, etc., presentando, igualmente, importantes limitaciones derivadas de su proceso herniario lumbar, con afectación de dos vértebras, más discopatía degenerativa cervical, todo ello determina que el actor se encuentra afectado de un impedimento físico para la realización de guardias médicas, al no poder mantener una actividad laboral con las exigencias que requiere la realización de una guardia médica de presencia física.

En consecuencia, y por las razones que se dejan expuestas, procede acoger la censura jurídica que se dirige con la resolución impugnada y dictar un pronunciamiento revocatorio del recurrido. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor don L.B.C., contra la sentencia de fecha 8 de octubre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de esta Capital, en los presentes autos 278/03, promovido por el citado recurrente, frente al demandado Servicio Galego de Saúde (Sergas), y con revocación de la misma y estimación de la demanda, declaramos el derecho del actor a la exención de realizar guardias de presencia física en el Servicio de Urología del Complejo Hospitalario Juan Canalejo de esta Capital y, en consecuencia, condenamos al SERGAS a estar y pasar por esta declaración y a que adopte las medidas adecuadas para el cumplimiento de esta resolución.

3810 Autos nº. 14/03

S.S. CONVENIO EXTRAESTATUTARIO. FALLA DE REPRESENTACIÓN INSTITUCIONAL DAS EMPRESAS DEMANDADAS. INEXISTENCIA DE DEBER DE NEGOCIAR. DOCTRINA XERAL DA BOA FE NA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Antonia Rey Eibe

A Coruña, a trece de febrero de dos mil cuatro

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los Autos nº. 14/03, seguidos a instancia de Confederación Intersindical Galega (CIG), Comissões Obreiras (CC.OO) y Unión Xeral De Traballadores (UGT) contra las empresas "F., S.A." (La Solana), Real Club NÁUTICO de A Coruña, Club de Golf de A Coruña, Club de Tenis de A Coruña, Club del Mar de A Coruña, Aeroclub de Compostela y Club Náutico de Portosín, siendo el objeto del litigio conflicto colectivo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El día 10 de diciembre de 2003 se recibió en la Secretaría de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, el informe de la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais- Xunta de Galicia, comunicando el inicio del proceso de conflicto colectivo seguido en dicha Delegación y remitiendo a esta Sala las actuaciones practicadas.

SEGUNDO.- Por providencia de 15 de diciembre de 2003, se registró y admitió a trámite la antedicha demanda de Conflicto Colectivo y se convocó a las partes a la celebración de los actos de conciliación y juicio para el día 29 de enero de 2004, a las diez y treinta horas de la mañana, habiendo tenido lugar tales actos en el día y hora señalados, levantándose el acta correspondiente que obra en autos y, previa deliberación de la Sala, pasaron los autos al Ponente a los efectos oportunos.

Hechos probados

PRIMERO.- El presente conflicto colectivo fue promovido por la representación de las Centrales Sindicales CIG, CC.OO. y UGT, ante la Delegación Provincial de la Consellería de Traballo e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia.

SEGUNDO.- El presente conflicto afecta a los trabajadores hasta ahora incluidos en el Convenio Colectivo del Sector del Grupo de Espectáculos y Deportes de la provincia de A Coruña que pertenecen a las empresas demandadas.

TERCERO.- Existen en la provincia de A Coruña distintas empresas, clubes y entidades deportivas, cuyas actividades principales corresponde a espectáculos y deportes, y que sus trabajadores no están afectados por el presente conflicto.

CUARTO.- Las representaciones de las empresas demandadas Club de Golf de A Coruña, Club de Tenis de A Coruña, Club Náutico de A Coruña y "F., S.A." denunciaron el Convenio Colectivo provincial para el Grupo de Espectáculos y Deportes de la provincia de La Coruña, para el año 2003, en fecha 14.02.03.

QUINTO.- La cuestión objeto del presente conflicto se centra en la procedencia o no, de la negativa de la parte empresarial de constituir la comisión negociadora de un nuevo convenio colectivo del sector que sustituya al vigente en el año 2003, que fue denunciado por dicha parte, y si dicha denuncia es nula por haber sido realizada de mala fe.

SEXTO.- En fecha 27.11.03, se celebró ante la Delegación Provincial de la Consellería de Traballo e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, acto de conciliación entre las partes que finalizó con el resultado de "sin avenencia".

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La cuestión objeto del presente conflicto se centra en la negativa de la parte empresarial de constituir la comisión negociadora de un nuevo Convenio Colectivo de dicho sector que sustituya el vigente al año 2003, que fue denunciado por dicha parte. Así mientras la parte actora sostiene que, una vez denunciado el convenio por la parte empresarial, debe constituirse la comisión negociadora de un nuevo convenio del sector que sustituya al anterior, o bien debe de considerarse nula dicha denuncia por haberse realizado con mala fe sin

intención alguna de constituir aquella comisión, entendiéndose en consecuencia prorrogado un año más el convenio hasta ahora vigente, la representación de la parte empresarial se opone en base a que se niegan a constituir una comisión negociadora para negociar el convenio sectorial objeto del conflicto dado que no se sienten portadores de una representatividad común, sino específica de las diversas sociedades que representan, y que nos encontramos en presencia de un convenio colectivo de los que se denominan extraestatutarios o acuerdos plurales que tienen naturaleza contractual y su fuerza vinculante se encuentra en los arts 1.901, y 1.254 a 1.258 del Código Civil, quedando su eficacia limitada a lo que las partes suscribieron, y que como tal deje de aplicarse al término de su vigencia siempre que hubiese sido oportunamente denunciado, y al perder su vigencia le son de aplicación a cada una de las empresas los convenios estatutarios provinciales autonómicos o locales.

SEGUNDO.- En primer término, alega la representación del Club Náutico de Portosín la excepción de falta de legitimación pasiva, en base a que se representa exclusivamente asimismo, sin que pueda asumir representatividad alguna de ningún sector, y por tanto considera que sólo está legitimado, en su caso, para negociar un convenio colectivo de empresa o de ámbito inferior a ésta; y tal excepción ha de ser estimada por cuanto que el citado Club no ha sido parte firmante, por la parte empresarial del convenio objeto de estudio, por lo que sin entrar en el análisis de la restante excepción alegada por ésta, procede absolverla en la instancia de los pedimentos contra ella formulados.

TERCERO.- Así las cosas la primera cuestión que se plantea, entrando en el fondo del asunto, es si efectivamente nos encontramos ante un convenio extraestatutario, entendiéndose por estos los pactos o acuerdos colectivos celebrados al margen de la específica regulación del ET, al amparo del ejercicio del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art 37.1 de la CE, y que por carecer de la eficacia personal "erga omnes", propia en exclusiva de los convenios colectivos disciplinados por el ET poseen una eficacia personal y limitada o reducida a los representantes en la negociación, esto es a quienes los negociaron y sus representados, a los representados por el sindicato pactante y a los trabajadores y empresarios afiliados y asociados, respectivamente a las asociaciones sindicales y patronales pactantes, o a los representados por el y a los sindicatos negociadores y a la empresa.

Sobre la indicada cuestión hay que tener en cuenta la reiterada doctrina del TS (05.12.96, 30.11.98, y por citar la más reciente que recoge la doctrina expuesta en las anteriores, 07.07.03), y TC (4/83, de 28 de enero, 12/83 de 22 de febrero, y 98/85 de 29 de julio, entre otras) que respecto de la naturaleza de los Convenios Colectivos Extraestatutarios han señalado que carecen de eficacia general y fuerza normativa y sólo son vinculantes para las partes que lo suscriben de acuerdo con los arts 1.255 y siguientes del Código Civil. La existencia de los citados Convenios Colectivos, Acuerdos de carácter extraestatutario, carecen de valor normativo teniéndolo solamente convencional, por lo que no se integran en las fuentes de derecho laboral previstas en el art. 3.1 del ET, regulándose en consecuencia por el la normativa general del derecho común en el campo de las obligaciones. El tribunal Constitucional en su sentencia de 08.06.89, con base en el art. 37.1 de la CE, admite la posibilidad de la celebración de tales convenios de eficacia limitada y no normativos, atribuyendo legitimación para concertarlos a los sindicatos con apoyo en el art. 38 de la CE.

Y en el supuesto que nos ocupa, visto el contenido de las prueba documental y testifical practicada, y sin perjuicio de la capacidad que ostentan los sindicatos, la parte empresarial carece de representatividad institucional, así se constata del escrito remitido a la Consello Galego de Relacións Laborais de fecha 10.10.03, por los sindicatos accionantes demandando a las empresas que se citan en la demanda al reconocer que no existe representación empresarial para constituir la comisión negociadora, pues las empresas que firmaron el convenio objeto de denuncia no se han constituido en Asociación Empresarial. En consecuencia, al carecer dicho pacto de eficacia normativa, una vez denunciado, no están obligados a negociar las partes afectadas por un convenio extraestatutario, lo que sólo incumbe a las partes afectadas por un Convenio Colectivo Estatutario, una vez denunciado, y máxime como acontece en el supuesto que nos ocupa en que la parte empresarial efectuó la denuncia de conformidad con lo establecido en el art. 3 de dicho Convenio.

CUARTO.- Expuesto lo anterior, procede que analizar si hay o no existencia de mala fe por parte de la representación empresarial por negarse a negociar y la respuesta no puede ser, sino negativa, por cuanto que tal y como se indica en el Acta de Conciliación de 27 de noviembre de 2003, ante la Consellería de Relacións Laborais las empresas demandadas no

están constituidas en una Asociación Patronal, careciendo los firmantes del Convenio la condición de parte legítima, a lo que hay que añadir que cada una de las empresas son distintas y en consecuencia los intereses divergentes, así una empresas se dedican a la actividad de golf, otros a la de tenis, otros a la de náutica, etc., no estando por otra parte, incluidas en el mismo otras empresas, clubes o entidades que en la misma provincia se dedican a la misma actividad, por lo que no constituían ni constituyen una asociación empresarial representativa de los intereses y voluntades de las empresas a las que se pretende vincular con dicho convenio

En consecuencia fuera del procedimiento establecido en el ET no existe formalmente deber de negociar, por tanto las partes tampoco están sujetas por los requisitos establecidos en el ET para la negociación colectiva. Se rigen directamente por la CE (art. 37) y por las normas que el Código civil dedica a los contratos, concretamente (1.091 y 1.254 a 1.258).

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la representación del Club Náutico Portosín, y desestimando la demanda de Conflicto Colectivo remitida por el Consello Galego de Relacións laborais promovido por la CIG, CCOO, y UGT, contra las empresas "F., S.A.", Real Club Náutico de A Coruña, Club de Golf de A Coruña, Club de Tenis de A Coruña, Club del Mar de A Coruña, Aeroclub de Compostela, debemos de absolver a dichos demandados de los pedidos contenidos en la demanda.

3811 Recurso núm. 6.708/03

S.S. CONDICIÓN RESOLUTORIA EXTEMPORÁNEAMENTE APLICADA, A APLICACIÓN DA CAL POLA EMPRESA CONSTITÚE UN DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña M^a Antonia Rey Eibe

A Coruña, a trece de febrero de dos mil cuatro

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. 6.708/03 interpuesto por don E.C.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don E.C.R. en reclamación de despido siendo demandado doña M.C.R.B. y Excmo. Concello de V. (obradoiro de emprego) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 749-2003 sentencia con fecha 8 de octubre 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 E.C.R., con DNI N° ..., cuyos demás datos personales obran en autos, prestó servicios por cuenta y orden del Excmo. Concello de V. (Lugo) para el “obradoiro de emprego” desde el día 27.06.03, con la categoría profesional de peón de cantería con contrato de trabajo para la formación, percibiendo un salario mensual de 789,60 euros, incluida prorata de pagas extras. 2.- En dicho contrato figura como cláusula adicional al siguiente: “O presente contrato queda supeditado a que se pase o recoñecemento médico que realizou a mutua correspondente”. En fecha 26.06.03 el trabajador pasó reconocimiento médico por S., con el resultado de “No apto para el puesto de trabajo”. 3.- En fecha 11.07.03 la directora del obradoiro de emprego de V. comunica al trabajador la extinción de la relación laboral al haber resultado médicamente “no apto para el puesto de trabajo a desempeñar de peón de cantería.” En fecha 14.07.03 se le notifica al trabajador la Resolución dictada por el Excmo. Concello de V. de la extinción de la relación laboral por las mismas razones antes expuestas, procediendo a la liquidación de las cantidades adeudadas por 25 días de relación laboral, por total de 677,17 euros. 4.- Se presentó reclamación previa en fecha 30.07.03 que fue contestada de forma desestimatoria con fecha 08.08.03. 5.- El actor no ostenta cargo sindical.”

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

“FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don E.C.R., sobre despido, contra el Excmo. Concello de V. (obradoiro de emprego) y doña M.C.R.B., debo declarar y declaro la extinción del contrato de trabajo por causa consignada en el mismo, al no superar una revisión médica previa al inicio de la relación laboral.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por el actor sobre despido, recurre en suplicación dicho demandante, solicitando en primer término, con amparo procesal en el art. 191.b) de la LPL, revisión de hechos probados, en concreto del ordinal segundo a fin de que se sustituya por el que propone en su escrito de recurso.

Se basa el recurrente en los documentos unidos a la causa, a los folios 38 (conclusiones del reconocimiento médico efectuado al actor), 43 y 44 (conclusiones e informe de resultados de vigilancia médica de salud), según los cuales no existen limitaciones para el trabajo desempeñado, y que el trabajador posee una incapacidad permanente total para su profesión habitual de “albañil”.

La revisión no se admite por cuanto que ni basta alegar la inexistencia de prueba que respalde el criterio del juzgador, ni tampoco cabe incluir valoraciones o juicios personales sobre la prueba practicada, pues en definitiva, lo que trata el recurrente es de sustituir el criterio judicial que estima probado que en fecha 26.03.03 el actor pasó el reconocimiento médico por S., con el resultado de “no apto para el puesto de trabajo”, por el suyo propio que considera que no existen limitaciones para el puesto de trabajo. Con tal planteamiento revisorio se viene a desconocer que el presente recurso no tiene la naturaleza de apelación ni de segunda instancia, sino de naturaleza extraordinaria (STC 18/93, 294/1993 y 93/1997) 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.b) de la LPL cuya regulación evidencia que para que el legislador es al juez de instancia, cuyo conocimiento del asunto garantiza el principio de inmediación en el proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción, concepto más

amplio que el de medios de prueba, para establecer la verdad procesal intentado 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 el art. 348 de la LEC y art. 97.2 de la LPL.

Y en el supuesto que nos ocupa la conclusión que se expone en el ordinal de prueba segundo ha de prevalecer sobre cualquier interpretación subjetiva de la parte recurrente y su pretensión de sustituir el criterio objetivo e imparcial del juzgador de instancia por el suyo propio, máxime cuando los documentos en los que fundamenta la revisión solicitada consistentes en el informe médico del recurrente y las pruebas realizadas folio 38, no solo no aparece el contenido que alega, sino que no ha sido objeto de ratificación en el acto del juicio, y los mismo en cuanto a los documentos obrantes a la causa a los folios 43, y 44, que tampoco han sido ratificados, y los cuales en modo alguno desvirtúan la redacción que a tal hecho probado ha dado el juzgador de instancia.

SEGUNDO.- En sede jurídica, y con correcto amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción por aplicación indebida del art. 49.2 del ET. Sostiene el recurrente que es contratado el día 27.06.03, después de practicársele el reconocimiento médico, el día 26.06.03, prestando servicio hasta el día 11.07.03, fecha hasta la cual desarrolló la actividad con toda normalidad, lo que evidencia, a juicio del recurrente la aptitud para el puesto a desarrollar.

La censura jurídica que se denuncia ha de prosperar por cuanto que si bien el precepto legal que se denuncia como infringido, dispone que el contrato de trabajo se extinguirá por las causas validamente consignadas en el contrato, tal extremo va condicionado a que las mismas no constituyan abuso de derecho. Y en el supuesto que nos ocupa la cláusula consistente en la "supeditación del contrato a que se pase el reconocimiento médico que realice la Mutua correspondiente", no tendría consecuencias negativas para la Empresa siempre que la misma se produjese al inicio de la Relación Laboral, más no puede, por el contrario fundamentarse dicha cláusula para acordar la válida extinción del contrato, al amparo del art. 49.2 del ET, esto es: "por las causas validamente consignadas en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de Derecho por parte del empresario", lo que así resulta en el caso que nos ocupa en relación con lo dispuesto en el art. 3 del citado Texto Legal, a

tenor del inalterado Relato de Hechos Probados, al Resultar acreditado que el actor pasó el reconocimiento médico, en fecha 26.06.03, con el Resultado de "No apto", el contrato se formalizó al día siguiente, el 27.06.03, y se acordó la extinción del contrato el 11.07.03, por Resultar no apto para el puesto de trabajo a desempeñar como "peón de cantería": lo que deviene la calificación extintiva acordada por el Ayuntamiento Demandado como constitutivo de un Despido Improcedente y no nulo, como a tal efecto solicita con carácter principal en el escrito de demanda, por lo que procede, previa estimación del recurso revocar la resolución recurrida, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días opte por la readmisión del actor en su puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 48,68 Euros, con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la presente resolución, en el supuesto de que optase por la readmisión, en virtud de lo dispuesto en el RD 5/2002, de 24 de mayo, vigente en la fecha del despido.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por don E.C.R., contra la sentencia dictada por el juzgado de lo Social número uno de Lugo, de fecha 08.10.02, y con revocación de la resolución recurrida, declaramos la improcedencia del despido del actor condenando a la demandada a que en el plazo de 5 días opte por la readmisión del actor en su puesto de trabajo, más los salarios de tramitación correspondientes, o le indemnice en la suma de 48,68 Euros.

3812 Recurso núm. 161/2004

S.S. CONFLITO COLECTIVO. INTEPRETACIÓN DE PACTO DE FIN DE FOLGA CANTO A XORNADA CONTINUADA NOS SÁBADOS.

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

A Coruña, a dieciséis de febrero de dos mil cuatro

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. 161/2004 interpuesto por “V.T., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por CIG en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado “V.T., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 486/2003 sentencia con fecha quince de octubre 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 Convenio Colectivo de la Empresa “V.T., S.A.”, establece en su artículo 8, que lleva a título “jornada de trabajo”, lo siguiente: “La jornada de trabajo será de 40 horas semanales, equivalente a 1.826 horas y 27 minutos anuales, en cómputo de 28 días. El servicio se prestará en régimen de jornada continuada y jornada partida.” Segundo.- La Dirección y el comité de empresa, tras la reunión celebrada el día 22 de agosto de 2002, con la mediación del Delegado Provincial de la Consejería de Justicia, Interior y Relación es laborales, Sr. C.B., (que sirvió para que se desconvocara la huelga legal convocada en la empresa); pactaron entre otros el siguiente acuerdo: “1º/ La jornada mínima continuará siendo de 6 horas, como figura en el artículo 8 del vigente convenio colectivo. 2º/ El relevo en la jornada continuada de sábados, domingos y festivos queda establecida entre las 14:00 y las 15:30 horas, no realizándose jornada partida en los siguientes días, y la flexibilidad horaria en el relevo, afectará solamente a las líneas remodeladas o que se remodelen en un futuro, continuando para las ya implantadas, las 14.00 horas, y serán realizadas por el personal contratado a estos efectos. Tercero.- En las líneas C5, en dos servicios, L31, y los Reservas, realizan jornada partida los sábados y los domingos. Cuarto.- El día 9 de mayo de 2003, se presentó papeleta de conciliación ante el SMA, celebrándose el día 23 de mayo, con el resultado de sin avenencia.”

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Confederación Intersindical Galega, debo condenar y condeno a la empresa “V.T., S.A.”, a dar cumplimiento al acuerdo de 22 de agosto de 2002, concretamente al punto segundo, acordado entre la representación de la empresa demandada y el comité de huelga.”

CUARTO.- Por auto de 04.11.03 se aclara la sentencia dictada en cuanto al recurso que contra la misma procedía.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre “V.T., S.A.” en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que la condena a dar cumplimiento al acuerdo de 22.08.02 “concretamente al punto 2º, acordado entre la representación de la empresa demandada y el comité de huelga”, se la absuelva de la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.B y C LPL interresa la revisión del HP 2º y denuncia la infracción del art. 8 del Convenio Colectivo de la empresa “modificado por los acuerdos 2º y 8º del pacto de 22.08.02”.

SEGUNDO.- La revisión que del HP 2º se insta se limita a que sea sustituida la palabra “siguientes” en la frase “... no realizándose jornada partida en los siguientes días”, por la de “indicados”. Procede la rectificación, puesto que además de que la admite la contraparte en la impugnación del recurso, su procedencia se deriva de los términos del acuerdo de 22.08.02 que refleja el HP 2º tal como aparece al folio 45 de los autos.

TERCERO.- En lo relativo a la infracción denunciada al amparo del art. 191.C LPL, procede tomar en consideración que si la sentencia dictada en la instancia condena a “V.T., S.A.” a dar cumplimiento al acuerdo al que llegaron la empresa y el Comité el día 22.08.02, concretamente al punto 2º, los HDP ponen de relieve lo fundamental siguiente: 1.- El Convenio Colectivo de la Empresa “V.T., S.A.”, establece en su artículo 8, que lleva por título “jornada de trabajo”, lo siguiente: “La jornada de trabajo será de 40 horas semanales, equivalente a 1.826 horas y 27 minutos anuales, en cómputo de 28 días. El servicio se prestará en régimen de jornada continuada y jornada par-

tida...". 2º.- La Dirección y el Comité de empresa, tras la reunión celebrada el día 22 de agosto de 2002, con la mediación del Delegado Provincial de la Consellería de Justicia, Interior y Relaciones laborales, Sr. C.B., (que sirvió para que se desconvocara la huelga legal convocada en la empresa); pactaron entre otros el siguiente acuerdo: "1º.- La jornada mínima continuará siendo de 6 horas, como figura en el artículo 8 del vigente convenio colectivo. 2º.- El relevo en la jornada continuada de sábados, domingos y festivos queda establecida entre las 14:00 y las 15:30 horas, no realizándose jornada partida en los indicados días, y la flexibilidad horaria en el relevo, afectará solamente a las líneas remodeladas o que se remodelen en un futuro, continuando para las ya implantadas, las 14:00 horas, y serán realizadas por el personal contratado a estos efectos. Y 3º.- En las líneas C5, en dos servicios, L31, y los reservas, realizan jornada partida los sábados y los domingos (HDP 3º).

De ello, y por las razones que acto seguido se dirán, resulta concluyente la inviabilidad de recurso.

CUARTO.- Tras diversas argumentaciones, la empresa dice en su recurso que el objeto del Conflicto Colectivo se reduce "a interpretar si el régimen de jornada continuada en sábados, domingos y festivos, previsto en el punto 2º del acuerdo de 22.08.02, es aplicable al personal de movimiento nombrado en las líneas C5 y L31 ... que tienen una interrupción en su prestación de más de 4 horas entre el horario de mañana y tarde, que son horas improductivas, y que no llegaría a cumplir su jornada mínima a no ser que la prestara en régimen de jornada partida...".

Lo cierto es que el acuerdo adoptado en la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais el día 22.08.02 entre empresa y Comité lo que aparece previendo, precisamente en los puntos 2º y 8º del mismo invocados en el recurso como infringidos, es que no se realizaría jornada partida en los sábados, domingos y festivos..., según se constata en el íntegro texto transcrito en el HDP 2º y al folio 45, así como que el acuerdo modificaba los artículos del convenio colectivo que regulaban las materias "estendéndose a su vixencia e prórroga aos meses prazos que aquel". Sin embargo, consta que en las líneas C5, en dos servicios, L31 y los reservas, se realiza jornada partida los sábados y los domingos; hecho éste en el que la sentencia recurrida hace hincapié trayendo

a colación al efecto la prueba testifical practicada. Por consiguiente, como considera el juzgador de instancia, existe un incumplimiento del acuerdo de 22.08.02, vinculante para las partes que lo suscribieron y que consignaron expresamente su efecto modificador de los artículos del Convenio afectados, entre ellos el artículo 8 reflejado en el HP 1º.

De lo anterior se deriva la improcedencia del recurso, no desvirtuándolo las alegaciones de la empresa en el sentido de que no es aplicable el referido acuerdo en lo relativo a la exclusión de la jornada partida respecto del personal nombrado en aquellas líneas que se dejaron dichas, aludiendo al "relevo" en la jornada continuada y a que solo se da en servicios que presten dos trabajadores sucesivamente..., y apelando a "la real intención de los contratantes, a la luz de los criterios recogidos en el art. 1.282 del Código Civil..." y también a ciertos hechos que los declarados no muestran y respecto de los que la propia recurrente no ha interesado revisión alguna vía art. 191 B LPL. En torno a las líneas en cuestión -con un reflejo mínimo en los HDP-, el acuerdo de 22.08.02 nada excepciona del compromiso alcanzado de no realizar jornada partida los sábados domingos y festivos..., como se dice en el punto 2º del acuerdo. Y no incide en ello el que previamente se diga que el relevo en la jornada continuada de estos días queda establecido entre las 14 y las 15,30 horas, (o el resto del punto) pues se trata de cuestión distinta concreta que en y por sí misma no mediatiza o limita (a las servidas por dos conductores-perceptores, con servicios sin solución de continuidad) las líneas respecto de las que acto seguido se acuerda que no se realizará jornada partida "en los indicados días", ni lógica ni sistemáticamente, y que fueron también las discutidas al no excepcionarse ninguna -o en algún caso- del modo preciso; tanto más obligado si tal hubiera sido la voluntad e intención de los firmantes cuando se está acordando -con efecto modificador del Convenio- la realización en los fines de semana solamente de jornada continuada. Así, no caben interpretaciones sin el imprescindible fundamento ante un acuerdo ciertamente expresado en sus términos y consecuencias, de tal manera que lo pretendido por la empresa se traduce en desconocer el acuerdo por ella suscrito en su día, alterarlo unilateralmente para así dejarlo sin efecto en un concreto aspecto. Por otro lado, el acuerdo no contempló límites temporales específicos al compromiso asumido de proscribir la jornada partida

en sábados..., manteniendo vigencia al tiempo de ser ejercitada la presente acción.

Así pues, se rechaza la infracción denunciada en Suplicación y, consecuentemente, el recurso interpuesto, confirmándose la sentencia dictada en la instancia. No proceden costas de conformidad con lo dispuesto en el art. 233.2 LPL al tratarse de un conflicto colectivo y no apreciarse el presupuesto al efecto

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por "V.T., S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo de fecha 15.10.03 – aclarada por auto de 04.11.03- en Autos de Conflicto Colectivo nº 486/03 seguidos a instancias de la Confederación Intersindical Galega, confirmamos la sentencia recurrida.

3813 Recurso núm. 6.217/03

S.S. VALIDEZ DE DOCUMENTO NOVO ACHEGADO EN SEDE DE SUPLICACIÓN, QUE PROVOCA A NULIDADE DAS ACTUACIÓNS PRACTICADAS NA INSTANCIA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a diecisiete de febrero de dos mil cuatro

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. 6.217/03 interpuesto por don S.A.O. a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don S.A.O. en reclamación de despido siendo demandado "S., S.L."; "C., S.L."; "S.C.L., S.L." y Fondo de

Garantía Salarial en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 542/03 sentencia con fecha tres de septiembre de dos mil tres 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 S.A.O., mayor de edad y con D.N.I. número ..., viene prestando servicios para la empresa "S., S.L.", desde el día 18.01.02, con la categoría profesional de técnico especialista grupo 8 y un salario mensual de 1.068 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias. Segundo.- Por medio de carta de fecha 20.05.03 en base a los siguientes hechos: venir atravesando la empresa problemas serios de liquidez y de producción (disminución de la facturación), habiendo facturado la misma en el 2001 la suma de 4.088.254 euros y en el año 2002: 2.445.683 euros, y disminuyendo los ingresos en el año 2002 en más de 200.500 euros. Como medidas a adoptar que contribuyan razonablemente a superar esta situación se considera imprescindible proceder a la reestructuración de departamentos y a la amortización de su puesto de trabajo. Tercero.- "S., S.L." y "S.C.L., S.L." tienen el mismo administrador y socios comunes, pero distinto domicilio y objeto social. En "S., S.L." había un departamento informático que desarrollaba aplicaciones informáticas que vendía de forma independiente (departamento CTI). A finales del 2002 y dado el continuado impago de salarios a los trabajadores, dos de los informáticos y un comercial constituyeron "C., S.L.", cediéndoles "S., S.L." los ordenadores que venían usando así como el uso gratuito de sus instalaciones por seis meses. "C., S.L." ofreció a todos los trabajadores del departamento de CTI la integración en la nueva empresa, pasando cinco de ellos a "C., S.L." quien les abonó lo adeudado por "S., S.L.". En abril del 2003 "C., S.L." se trasladó a un local propio. Cuarto.-Presentado la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 11.07.03, la misma tuvo lugar en fecha 24.07.03 con el resultado de sin efecto, presentando demanda el actor el día 28.07.03. Quinto.- El actor percibía mensualmente la suma de 72,12 euros en concepto de prima de producción y 102,17 por gastos de locomoción y manutención"

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

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don S.A.O., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 20.06.03 por parte de la empresa "S., S.L.", a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 2.278 euros, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, advirtiéndole a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión; todo ello con la intervención del FOGASA, absolviendo a "C., S.L." y "S.C.L., S.L." de las pretensiones en su contra deducidas".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda interpuesta por don S.A.O. y declaró improcedente el despido de que fue objeto el mismo en fecha 20.06.03, por parte de la empresa "S., S.L.", a la que condenó a que en el plazo legal opte entre readmitir al actor, o abonarle una indemnización de 2.278 euros, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia; absolviendo a la empresa "C., S.L." y "S.C.L., S.L." de las pretensiones en su contra deducidas.

Se alza en suplicación la representación procesal del demandante interponiendo recurso en base a dos motivos, amparado en los apartados b) del artículo 191 de la LPL, pretendiendo en el primero la revisión fáctica e interesando la admisión de nuevos documentos.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la L.P.L., la parte recurrente pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto pretende las siguientes revisiones: 1.- En primer lugar pretende la modificación del HDP 3 para que se sustituya su redacción por otra con el siguiente tenor literal: "S., S.L." y "S.C.L., S.L." tiene el mismo administrador y socios comunes. El actor prestaba servicios indistintamente a favor de "S.C.L., S.L." y "C.,

S.L.", los servicios realizados por trabajadores de "S., S.L.", eran facturados por "C., S.L." o "S.C.L., S.L." provocando una confusión patrimonial creada para perjudicar el derecho de los trabajadores". Modificación que tiene su apoyatura en la confesión del actor, testifical y documental obrante a los folios 64 y 69 de los autos, así como en los documentos cuya admisión solicita.

Y la primera cuestión a resolver en el presente recurso versa sobre los documentos aportados por la parte recurrente en la fase de recurso, y que si bien, no ha dado lugar a la tramitación del breve incidente establecido en el artículo 231 de la LPL, al haberse dado traslado del recurso a la otras partes con los documentos aportados, se estima cumplido el trámite antedicho.

Pues bien respecto de ello cabe decir que es conforme a la naturaleza excepcional del recurso de suplicación, que en esta fase de recurso no se admita, por su propio significado y finalidad, la introducción de hechos nuevos distintos de los alegados y debatidos en la instancia, ni tampoco la proposición de ningún medio probatorio, consecuentemente a este predicado, el artículo 231 de la LPL -enclavado dentro de las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación, preceptúa que la Sala no admitirá a las partes documento alguno, ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos-. Ahora bien como excepción a este principio de carácter general -seguidamente el precepto señala la salvedad referida a "algún documento de los comprendidos en el artículo 506 de la LEC o escrito que contuviese elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental.

En el supuesto que ahora se examina, la parte recurrente ha presentado, con el escrito de interposición del recurso, un documento referente a una sentencia de despido dictada por el mismo juzgado y entre las mismas empresas y otros trabajadores y los documentos bancarios aportados en dicho procedimiento de despido y que dieron lugar a la sentencia a que se ha hecho referencia anteriormente. Habrá de examinarse pues, el carácter del documento aportado, y si el mismo puede incluirse en las excepciones del artículo 506 de la LEC, y posteriormente y en caso afirmativo, su valoración, y posterior incidencia sobre la resolución del recurso, y en el supuesto de autos, la sentencia aportada se trata de un documento público y en el mismo concurre el

requisito a que se refiere el art. 506 de la LEC y además ello en el doble aspecto de constituir uno de los medios de prueba y de adquirir carácter fundamental para la resolución o decisión de la controversia.

Este carácter esencial para la resolución del recurso deriva de los siguiente: la cuestión matriz del mismo estriba en determinar la existencia o no de grupo de empresas entre las demandadas, ahora bien la incorporación a los autos del referido documento en esta fase de suplicación (a saber sentencia del mismo juzgado entre las mismas codemandadas y otro trabajador y que estima la existencia de grupo de empresas a efectos de declarar la responsabilidad solidaria, ha alterado radicalmente el debate, pues de ser cierto el contenido del citado documento resultaría que si existe grupo entre las demandadas a efectos de declarar su responsabilidad solidaria.

Ahora bien, el hecho de la posibilidad de incorporar documentos nuevos al recurso, en los términos antes referidos, plantea el problema de conciliar los principios de oralidad e inmediación, propios de la instancia, con los que derivan del carácter extraordinario del recurso de suplicación -en principio y entre los diversos planteamientos, cabrían dos soluciones: declarar la nulidad de actuaciones y retrotraerlas al momento de la celebración del juicio oral o abstenerse de toda declaración de nulidad y entrar a conocer del recurso. Ahora bien en el presente supuesto la sala estima que debe optarse por la conclusión anulatoria, dado que: a) de una parte el pronunciamiento de la sentencia viene singularmente afectado por la aportación del documento y hechos que incorpora, b) de otra, la declaración de nulidad permitiría al juzgador de instancia formar de nuevo, su convicción, teniendo en cuenta el nuevo documento y no provoca la indefensión a la parte, que no conoció dicho documento en la fase procesal oportuna”.

En conclusión y siguiendo el criterio sentado por el TS en sentencia de 5 de febrero de 2000 (recurso n 4.385/1998) parece claro que esta Sala de lo Social no puede desconocer el nuevo documento, ni el hecho que el mismo incorpora, pero su análisis en relación con el resto de la prueba practicada constituiría a la Sala en juzgadora de instancia, y alteraría la competencia determinada para cada órgano jurisdiccional. Consecuentemente, ha de declararse de oficio, con apoyo en los artículos 24.1 y 117.3 de la CE, la nulidad de lo actuado hasta el acto de juicio oral, que debe-

rá ser celebrado de nuevo, para que, posteriormente, el juez “a quo” con total libertad de criterio y valorando el documento de nueva aportación, en relación, en su caso, con el resto de las pruebas practicadas, dicte nueva resolución.

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

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos de oficio la nulidad de lo actuado hasta el acto de juicio oral, que deberá ser celebrado de nuevo, para que, posteriormente, el juez “a quo” con total libertad de criterio y valorando el nuevo documento de nueva aportación, en relación, en su caso, con el resto de pruebas practicadas, dicte nueva resolución.

3814 Recurso núm. 6.411/03

S.S. CONTRATO TEMPORAL FRAUDULENTO CONCERTADO POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LOCAL, A EXTINCIÓN DA CAL CONSTITÚE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a diecisiete de febrero de dos mil cuatro

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. 6.411/03 interpuesto por don J.A.S.F., don J.M.O.T. y don C.P.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.A.S.F., don J.M.O.T. y don C.P.G. en reclamación de despido siendo demandado Concello de Lugo en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 731/03 sentencia con fecha diecinueve de septiembre 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.- Los actores, don J.A.S.F., don J.M.O.T. y don C.P.G., cuyas circunstancias laborales: don J.A.S.F.: antigüedad 1 de octubre de 1997, categoría profesional de peón, salario mensual 1.349,55 euros incluida prorratea de pagas extraordinarias. don J.M.O.T.: antigüedad 8 de julio de 1997, categoría profesional peón y salario mensual 1.275,22 euros incluida prorratea de pagas extraordinarias. Don C.P.G.: antigüedad 3 de agosto de 1998, categoría profesional peón, salario mensual 1.272,27 euros incluida prorratea de pagas extraordinarias. SEGUNDO.- Don J.M.O.T. y don C.P.G. no ostentan ni ostentaron la representación de los trabajadores, don J.A.S.F. fue miembro del Comité de Empresa del Concello de Lugo hasta marzo de 2003. TERCERO.- Con fecha 12 de junio de 2003 el Alcalde del Excmo. Concello de Lugo dictó el siguiente decreto notificado a los actores: *“Realizadas as probas selectivas para a provisión de 7 prazas de operarios de augas, convocadas por resolución número 612/2002, do 23 de agosto (modificada polas resoluciónns 637/2002 do 5 de setembro e 673/2003, do 18 de setembro) BOP números 204, 214 e 222, do 5, 17 e 26 de setembro do 2002, BOE número 267 do 7 de novembro do 2002, o Tribunal Cualificador elevou proposta de nomeamento a favor dos aspirantes que acadaron maior puntuación no devandito proceso. E, estando previsto que os citados aspirantes tomen posesión o vindeiro día 24 de xuño do 2003, e como queira que vostede ocupa con carácter interino a praza que agora vai ser cuberta de forma definitiva. Esta Alcaldía no uso das atribucións que lle confire o artigo 21.1 da Lei 7/85, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local e demais normativa de aplicación, DISPÓN: Primeiro.- Notificar a don J.A.S.F. o seu cese con efectos do vindeiro 23 de xuño no contrato subscrito con este Concello, de acordo co establecido na cláusula sétima do mesmo, na que se fai constar como causa de cese “hasta la cobertura definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno, o la amortización de la praza”. Segundo.- Déase traslado ao interesado, coa indicación de que contra esta resolución, poderá interpoñerse reclamación previa na vía administrativa e, denegada esta ou transcurrido un mes sen ser resolta, poderá formalizarse a*

demanda ante o xulgado ou a sala competente, no prazo de dous meses, que comezará a contar dende a notificación ou dende o transcurso do prazo en que deba entenderse desestimada, a teor do establecido no artigo 69 e seguintes do Real Decreto lexislativo 2/1995, do 7 de abril, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de procedemento laboral. Cúmprase”. CUARTO.- Don J.A.S.F., suscribió contratos con la demandada cuyo objeto era la mejora del sistema de la red de abastecimiento de agua en los siguientes periodos: de 3 de agosto de 1999 a 2 de febrero de 2000 (prórroga) y el 3 de febrero de 2000 para cobertura de plaza de peón operario hasta su ocupación definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno, o la amortización de la plaza. Don J.M.O.T. celebró contratos de trabajo de 3 de agosto de 1998 a 2 de febrero de 1999 siendo el objeto del mismo la mejora del sistema de la Red de Abastecimiento de Agua; de 3 de febrero de 2 de agosto de 1999 para colaborar con la brigada municipal de abastecimiento preparación de la red de aguas. De 3 de agosto de 1999 a 2 de febrero de 2000 (prórroga) y el 3 de febrero de 2000 para la cobertura de plaza de peón-operario hasta su ocupación definitiva tras producirse el proceso de relación externo o interno, o la amortización de la plaza. Don C.P.G. suscribió contrato de 3 de agosto de 1998 a 2 de febrero de 1999 cuyo objeto era mejora del sistema de la red de Abastecimiento de Agua, de 3 de febrero a 2 de agosto de 1999, para colaborar con la brigada municipal de abastecimiento y reparación de la red de aguas, y de 3 de agosto de 1999 a 2 de febrero de 2000 (prórroga). El 3 de febrero de 2000 para la cobertura de una plaza de peón-operario hasta su ocupación definitiva tras proceso de selección o la amortización de la plaza. QUINTO.- Se formuló reclamación previa el 10 de julio de 2003 que no fue contestada, la demanda fue presentada en el Juzgado Decano de Lugo el 12 de agosto de 2003”.

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

“FALLO: Que, desestimando la demanda presentada por don J.A.S.F., don J.M.O.T. y don C.P.G., contra el Concello de Lugo, debo absolver y absuelvo a la demandada de todas las peticiones formuladas en la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario.

Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte actora, se interpone recurso de suplicación, contra la sentencia desestimatoria de su pretensión, de que se declare el cese de los actores como despidos nulos o improcedentes, y se condene al Concello de Lugo a readmitirlos en los mismos puestos y condiciones de trabajo que existían antes de producirse el despido, así como a abonarles los salarios de tramitación desde la fecha de los ceses hasta que la readmisión se produzca; que articula en varios motivos: A) Con amparo en el art. 191.a) de la L.P.L. se denuncia quebrantamiento de forma, alegando infracción de los arts. 97.2 de la L.P.L. y 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender se habían conculcado normas del procedimiento generadoras de indefensión, ante la insuficiencia de los hechos declarados probados, al no haberse concretado en el relato fáctico cuáles eran las funciones que realmente realizaban los actores, así como incongruencia omisiva, al no haber resuelto la sentencia todos los puntos litigiosos que fueron objeto de debate, así se dice que por la Magistrado de instancia se valoró las funciones realizadas por los actores, entendiendo que las mismas no se correspondían con la categoría profesional de oficial de 1ª, pero no entró a valorar el hecho de que el contrato de interinidad celebrado con posterioridad a los de obra o servicio determinado no puede alterar el carácter indefinido de la relación laboral cuando ya los primeros contratos eran fraudulentos y que la categoría recogida en los citados contratos de obra o servicio, es la que se debe tener en consideración para analizar la procedencia o no de los ceses, solicitando se declare la nulidad de las actuaciones, remitiéndose los autos al Juzgado de procedencia, para que por la Magistrado de instancia se dicte nueva resolución en la que se recojan las funciones realizadas por los actores y se examinen todos los puntos que debieron ser objeto de debate, y subsidiariamente se declare la improcedencia del cese. B) Se solicita la revisión de los hechos declarados probados; y en último término C) se censura el derecho aplicado, denunciando infracción de los arts. 15.1.a) y 3 del Estatuto de los Trabajadores y 2 y 8.1.a) de los Real Decreto 2.546/94 y 2.720/98, así como distinta jurisprudencia del Tribunal Supremo (que cita y se tiene por reproducida), alegando en esencia,

que cualquiera de los contratos para obra o servicio determinado fue celebrado en fraude de Ley y que por tanto los contratos realizados con posterioridad, siempre que se considerase que ya el primero, de obra o servicio, fue celebrado en fraude de Ley, el de interinidad no alteraría el carácter indefinido de la relación temporal preexistente, con mayor razón cuando los contratos para obra o servicio determinado se celebraron con la categoría de oficiales, en tanto que el contrato de interinidad lo fue con la categoría de peones, por lo que no podría producirse el cese de los trabajadores, aun cuando las plazas de peones hayan sido cubiertas en virtud de concurso público celebrado por el Ayuntamiento, cuando aquéllos ostentaban la categoría de oficiales, y en ningún caso los peones, podrían desplazar a oficiales de 1ª, solicitando, se declare la improcedencia de los despidos, condenando a pasar por tal declaración al Concello de Lugo, con las consecuencias jurídicas inherentes.

SEGUNDO.- Por lo que hace referencia a ese supuesto quebrantamiento de forma, en base a no contener en la relación de hechos probados los datos necesarios para dictar la resolución pertinente y en concreto *“no fijar las funciones realizadas por los actores”*, al discutirse si aquéllos tenían la categoría de peones o de oficiales de 1ª fontaneros, así como sobre si existe *“incongruencia omisiva”*, al entender que no se había dado una debida respuesta a todas las cuestiones planteadas en la demanda; no merece favorable acogida, pues, en relación a la supuesta infracción del art. 97.2 L.P.L. (insuficiencia de hechos), no se denuncia por el trámite correcto, cuando pudo subsanarse por la vía de revisión de hechos, (como así hace al pedir la revisión del relato fáctico), y en cuanto a la supuesta incongruencia, de no haber entrado a valorar el hecho de que el contrato de interinidad celebrado con posterioridad al de obra o servicio determinado, no puede alterar el carácter indefinido de la relación laboral cuando ya el primer contrato era fraudulento, aún cuando expresamente no aparece recogido en la fundamentación jurídica de la sentencia, tácitamente, se desprende de la misma, sin perjuicio de lo que se dirá al resolver la cuestión de fondo.

TERCERO.- Como tercer, cuarto, quinto y sexto motivos del recurso, interesa la revisión de los hechos declarados probados, así pretende la modificación del ordinal segundo para que quede redactado del tenor literal siguiente: *“A) Que la categoría que ostentaban los actores*

era la de oficial de primera. B) Que el salario que cada uno de los actores debía percibir era el siguiente: don J.A.S.F., 1.787,08 €, don J.M.O.T. 1.808,29 € y don C.P.G. 1.785,16 €". Modificación que se acepta, al estar acreditada por la documental y ser trascendente a los efectos de la resolución de la litis. Interesa igualmente la modificación del hecho probado cuarto, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: "Don J.A.S.F. suscribió los siguientes contratos con la demandada: 3 de agosto de 1998 a 2 de febrero de 1999: contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto de contrato: "Mejora del sistema de la red de abastecimiento de aguas"; categoría profesional: Oficial Fontanero, Oficial Primera 08. 3 de febrero de 1999 a 2 de febrero de 2000 (prórroga en fecha 3 de agosto de 1999): contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto del contrato: "colaborar con la brigada municipal de abastecimiento y reparación de la red de aguas, en el mantenimiento y reparación de dicha red"; categoría profesional: Oficial Fontanero, 08 Oficial. 3 de febrero de 2000: contrato de interinidad; objeto: "cobertura de una plaza de peón-operario hasta la ocupación definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno de la plaza"; categoría profesional: Peón, 10 Peón Operario. Don J.M.O.T. celebró los siguientes contratos de trabajo con la demandada: 3 de agosto de 1998 a 2 de febrero de 1999: contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto de contrato: "Mejora del sistema de la red de abastecimiento de aguas"; categoría profesional: Oficial Fontanero, Oficial Primera 08. 3 de febrero de 1999 a 2 de febrero de 2000 (prórroga en fecha 3 de agosto de 1999): contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto del contrato: "colaborar con la brigada municipal de abastecimiento y reparación de la red de aguas, en el mantenimiento y reparación de dicha red"; categoría profesional: Oficial Fontanero, 08 Oficial. 3 de febrero de 2000: contrato de interinidad; objeto: "cobertura de una plaza de peón-operario hasta la ocupación definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno de la plaza"; categoría profesional: Peón, 10 Peón Operario. Don C.P.G. celebró los siguientes contratos de trabajo con la demandada: : 3 de agosto de 1998 a 2 de febrero de 1999: contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto de contrato: "Mejora del sistema de la red de abastecimiento de aguas"; categoría profesional: Oficial Fontanero, Oficial Primera 08. 3 de febrero de 1999 a 2 de febrero de 2000 (prórroga en fecha 3 de agosto de 1999): contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto del contrato: "colaborar con la

brigada municipal de abastecimiento y reparación de la red de aguas, en el mantenimiento y reparación de dicha red"; categoría profesional: Oficial Fontanero, 08 Oficial. 3 de febrero de 2000: contrato de interinidad; objeto: "cobertura de una plaza de peón-operario hasta la ocupación definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno de la plaza"; categoría profesional: Peón, 10 Peón Operario." Modificación que igualmente se acepta al estar acreditada por la documental y ser trascendente a los efectos de la resolución de la litis. Interesa igualmente la adición de un nuevo ordinal, el 4º bis, del tenor literal siguiente: "las funciones que venían realizando los demandantes desde el momento en el que iniciaron su relación laboral con el Concello de Lugo fueron las siguientes: localización de fugas de agua, reparación de fugas en todo tipo de tuberías; limpieza y colocación de canalones; colocación de telas asfálticas; desatasco de tuberías; instalación de agua para sanitarios y desagües; colocación de quemadores y termos eléctricos; reparación de grifos, duchas; y reparación y mantenimiento de llaves de tuberías de infraestructura". Adición que se rechaza, al ampararse en prueba testifical, medio no hábil a efectos revisorios, de conformidad con los arts. 191.b) y 194.3 de la L.P.L.

CUARTO.- Como séptimo motivo y -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal denuncia infracción de lo dispuesto en los arts. 15.1.a), 3 y 56 del ET y 2, 3 y 8.1.a) de los Real Decreto 2.546/94 y 2.720/98, así como distinta jurisprudencia (que cita y se tiene por reproducida) alegando en esencia, que los contratos para obra o servicio determinado fueron realizados en fraude de Ley al no tener autonomía y sustantividad propia, al suponer trabajos normales y permanentes del Concello de Lugo, como era la mejora del sistema de la red de abastecimiento de aguas y que por lo tanto los contratos realizados con posterioridad (o el segundo de obra o servicio y el de interinidad siempre que se considere que ya el primero de obra o servicio fue celebrado en fraude de ley) no altera le carácter indefinido de la relación temporal ya preexistente.

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) Los actores, don J.A.S.F., don J.M.O.T. y don C.P.G. han venido prestando servicios para el Concello de Lugo con las siguientes circunstancias laborales: Que la categoría que osten-

taban era la de oficial de primera. Que el salario que cada uno de aquéllos debía percibir era el siguiente: don J.A.S.F., 1.787,08 €, don J.M.O.T. 1.808,29 € y don C.P.G. 1.785,16 €. B) Don J.A.S.F. suscribió los siguientes contratos con la demandada: 3 de agosto de 1998 a 2 de febrero de 1999: contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto de contrato: "Mejora del sistema de la red de abastecimiento de aguas"; categoría profesional: Oficial Fontanero, Oficial Primera 08. 3 de febrero de 1999 a 2 de febrero de 2000 (prórroga en fecha 3 de agosto de 1999): contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto del contrato: "colaborar con la brigada municipal de abastecimiento y reparación de la red de aguas, en el mantenimiento y reparación de dicha red"; categoría profesional: Oficial Fontanero, 08 Oficial. 3 de febrero de 2000: contrato de interinidad; objeto: "cobertura de una plaza de peón-operario hasta la ocupación definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno de la plaza"; categoría profesional: Peón, 10 Peón Operario. Don J.M.O.T. celebró los siguientes contratos de trabajo con la demandada: 3 de agosto de 1998 a 2 de febrero de 1999: contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto de contrato: "Mejora del sistema de la red de abastecimiento de aguas"; categoría profesional: Oficial Fontanero, Oficial Primera 08. 3 de febrero de 1999 a 2 de febrero de 2000 (prórroga en fecha 3 de agosto de 1999): contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto del contrato: "colaborar con la brigada municipal de abastecimiento y reparación de la red de aguas, en el mantenimiento y reparación de dicha red"; categoría profesional: Oficial Fontanero, 08 Oficial. 3 de febrero de 2000: contrato de interinidad; objeto: "cobertura de una plaza de peón-operario hasta la ocupación definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno de la plaza"; categoría profesional: Peón, 10 Peón Operario. Don C.P.G. celebró los siguientes contratos de trabajo con la demandada: : 3 de agosto de 1998 a 2 de febrero de 1999: contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto de contrato: "Mejora del sistema de la red de abastecimiento de aguas"; categoría profesional: Oficial Fontanero, Oficial Primera 08. 3 de febrero de 1999 a 2 de febrero de 2000 (prórroga en fecha 3 de agosto de 1999): contrato para obra o servicio determinado; causa u objeto del contrato: "colaborar con la brigada municipal de abastecimiento y reparación de la red de aguas, en el mantenimiento y reparación de dicha red"; categoría profesional: Ofi-

cial Fontanero, 08 Oficial. 3 de febrero de 2000: contrato de interinidad; objeto: "cobertura de una plaza de peón-operario hasta la ocupación definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno de la plaza"; categoría profesional: Peón, 10 Peón Operario. C) Con fecha 12 de junio de 2003 el Alcalde del Excmo. Concello de Lugo dictó el siguiente decreto notificado a los actores: *"Realizadas as probas selectivas para a provisión de 7 prazas de operarios de augas, convocadas por resolución número 612/2002, do 23 de agosto (modificada polas resolucións 637/2002 do 5 de setembro e 673/2003, do 18 de setembro) BOP números 204, 214 e 222, do 5, 17 e 26 de setembro do 2002, BOE número 267 do 7 de novembro do 2002, o Tribunal Cualificador elevou proposta de nomeamento a favor dos aspirantes que acadaron maior puntuación no devandito proceso. E, estando previsto que os citados aspirantes tomen posesión o vindeiro día 24 de xuño do 2003, e como queira que vostede ocupa con carácter interino a praza que agora vai a ser cuberta de forma definitiva. Esta Alcaldía no uso das atribucións que lle confire o artigo 21.1 da Lei 7/85, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local e demais normativa de aplicación, DISPÓN: Primeiro.- Notificar a don J.A.S.F. o seu cese con efectos do vindeiro 23 de xuño no contrato suscrito con este Concello, de acordo co establecido na cláusula sétima do mesmo, na que se fai constar como causa de cese "hasta la cobertura definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno, o la amortización de la praza". Segundo.- Déase traslado do resolto ao interesado, coa indicación de que contra esta resolución, poderá interpoñerse reclamación previa na vía administrativa e, denegada esta ou transcorrido un mes sen ser resolta, poderá formalizarse a demanda ante o xulgado ou a sala competente, no prazo de dous meses, que comezará a contar dende a notificación ou dende o transcurso do prazo en que deba entenderse desestimada, a teor do establecido no artigo 69 e seguintes do Real Decreto lexislativo 2/1995, do 7 de abril, polo que se aproba o Texto refundido da Lei de procedemento laboral. Cúmprase".*

Esto sentado, la censura jurídica formulada, ha de prosperar, por cuanto es evidente y así lo entiende esta Sala, que por el Concello de Lugo, se han celebrado diferentes modalidades contractuales de duración determinada en fraude de ley, tanto el contrato para obra o servicio determinado, "para la mejora del sistema de la red de abastecimiento

de aguas”, como el contrato para obra o servicio determinado, “para colaborar con la Brigada Municipal de abastecimiento y reparación de la red de aguas en el mantenimiento y reparación de la citada red”, y ello es así, pues el contrato temporal para obra o servicio determinado autorizado por el art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, regulado por el Real Decreto 2.104/84, posteriormente Real Decreto 2.546/94, de 29 de diciembre y actualmente por el Real Decreto 2.720/98 de 28 de diciembre, que desarrollan el art. 15 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en materia de contratos de duración determinada, que establece como objeto del mismo: “el que se concierne para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta”, precisando en sus apartados: a) “que el contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto” y b) que “su duración será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio” y si el contrato fija una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior. De esta formulación legal se deduce clara y repetidamente, que la duración del contrato no viene determinada por un mero dato temporal –su establecimiento no hubiera podido ampararse en el art. 15.1º del Estatuto de los Trabajadores– sino por la realización efectiva de la obra o servicio contratado, de modo que la referencia a un período de tiempo debe tener carácter de simple previsión y no el de inserción de un término cierto y fatal (sentencia del T.S. de 28.12.93) es decir, el contrato es temporal porque su inscripción 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, o, como dice la sentencia del T.S. de 19.03.96 y la de 04.12.97 “la referencia a un periodo de tiempo en esta modalidad contractual, cuando se trata de contrataciones por la Administración Pública para actividades que se desarrollan en función de dotaciones presupuestarias, debe tener el carácter de simple previsión y no el de inserción de un término cierto y fatal. Por lo que en aplicación de la normativa y doctrina expuesta al caso de autos y a la vista de los contratos para obra o servicio determinado celebrado entre los actores y el Concello de Lugo, esta Sala entiende que se han incum-

plido por la empleadora contratante lo dispuesto en el art. 2.2.a) del Real Decreto 2.104/84, 2 y 8.1.a) de los Real Decreto 2.546/94 y 2.720/98 que exigen que en este contrato se especifique con precisión y claridad el carácter de la contratación, debiendo identificarse suficientemente la obra o servicio que constituya su objeto, ya que esta modalidad contractual requiere que la obra o servicio que constituya su objeto sea de duración concreta, y tenga sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa; y en el presente caso, no solo no quedó acreditada la naturaleza incierta de la obra y del servicio, sino que por el contrario, la contratación obedeció a necesidades reales y permanentes del Concello demandado, sin que la organización de los trabajos o funciones tenga límite temporal alguno; consecuentemente, si las tareas que prestan los actores forman parte esencial y permanente de las labores competenciales del citado Concello, cuyo programa no remató –como se hace constar en los diferentes contratos celebrados y prórroga–, ni rematará, porque entre las obligaciones propias y permanentes del Concello está el velar por el abastecimiento y reparación de la red de aguas, el fraude en la contratación es evidente, porque el objeto de los contratos constituyen una competencia y obligación permanente de las Administraciones Públicas, pues, se trata de una necesidad de actividad natural y ordinaria del Concello demandado, por lo que la relación laboral debe reputarse desde su inicio como indefinida, de conformidad con la normativa antes expuesta, siendo así que este proceder en la contratación empleado por el Concello demandado, supone una clara actuación en fraude de ley, de conformidad con los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, sin que el contrato celebrado con posterioridad, de interinidad, pueda alterar el carácter indefinido de la relación laboral y es precisamente la categoría recogida en los citados contratos de obra o servicio determinado, de oficiales de 1ª fontaneros, la que se debe tener en consideración para analizar la procedencia o no de los ceses, por lo que en ningún caso el hecho de celebrar dichos contratos de interinidad “*para cubrir una plaza de peón operario hasta la ocupación definitiva tras producirse el proceso de selección externo o interno de la plaza*”, pueda modificar el carácter indefinido de la relación laboral anterior, ni convalidar los anteriores contratos que ya eran fraudulentos. De ahí que el cese de los trabajadores ha de considerarse como improcedente, con las consecuencias que se señalan en el art. 56 y

siguientes del Estatuto de los Trabajadores. En base a lo que al no haberlo entendido así el Magistrado de instancia, no siendo ajustada a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia estimar parcialmente el recurso y revocar el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando la petición subsidiaria del recurso de Suplicación interpuesto por don J.A.S.F., don J.M.O.T. y don C.P.G. contra la sentencia de fecha diecinueve de septiembre de dos mil tres, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Lugo, en proceso promovido por los recurrentes frente al Concello de Lugo y con revocación de la misma, debemos declarar y declaramos improcedentes los despidos de los actores, condenando al Concello de Lugo a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia les readmita en sus puestos de trabajo o les indemnice con las siguientes cantidades: a don J. A. S. F. 13.075,61 €, a don J. M. O. T. 13.231,36 € y a don C. P. G. 12.950,5 € así como al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia.

3815 Recurso núm. 3.294/01

S.S. ACCIDENTE DE TRABAJO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR CULPA IN VIGILANDO. NOS CASOS DE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DA EMPRESA. CRITERIOS CANTO Á CONTÍA DA INDEMNIZACIÓN.

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

A Coruña, a diecinueve de febreiro de dos mil catro

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. 3.294/01 interpuesto por "M.M., S. L." y "HDI.H.I. (E.), S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.C.P. en reclamación de otros extremos siendo demandado "M.M., S. L.", "HDI.H.I. (E.), S.A." y "G., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 56-2000 sentencia con fecha 30 de diciembre de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"I.- Don F.C.P., mayor de edad, nacido el 03.11.76, venía prestando servicios por cuenta de la empresa "G., S.L.", como Aprendiz-Operario de Cantera, desde el 16.08.95; licitada empresa actúa como subcontratista -según contrato de 18.11.96- de la también demandada "M.M., S. L.", concesionaria de la extracción de gramito en la cantera "F.", a cielo abierto sita en ... En el mes anterior al accidente, la base de cotización era de 6.500.- ptas diarias. II.- Las voladuras o "pegas" que se hacen por "G., S.L.", son supervisadas habitualmente por el Ingeniero de Minas y ejecutadas en presencia del Ingeniero Técnico de "M.M., S. L.", quien las coordina con las de "M.M., S. L.". Los trabajadores del tajo donde va a haber una voladura son trasladados en un vehículo de la empresa a distintos lugares, en un radio entre 300 y 500 m., para cortar los caminos e impedir el tránsito de cualquier persona o vehículo. Al terminar el recorrido, el técnico hace sonar la sirena para que los trabajadores se refugien en un puesto cercano (natural o artificial) y se ordena el encendido de la mecha; una vez efectuada la explosión, vuelve a sonar la sirena y se recoge a los trabajadores. III.- El 01.10.97, se organizó una "pega" de 8 barrenos de 32 m.m. de diámetro y diferentes longitudes, variando entre 0,8 y 1 m., cargados de goma 2 E-C e iniciados con cordón detonante, que por su poca entidad, se consideró innecesario secuenciar, iniciándose todos los barrenos a la vez. Al mismo tiempo, y en una cota superior se organizó una "pega" por "M.M., S. L.", de características que no constan. Las canteras no cuentan con cubrición de protecciones o redes para evitar la posible proyección de piedras, y a pesar de que éstas son bastante frecuentes. IV.- El conductor del vehículo de "G., S.L.", don F.L., dejó al demandante en la cercanía del llamado "puesto de los pinos" (sito 250-300 mts de la voladura, y en cota superior), lugar que ofrece refugio durante las pegas. El actor se dirigió a

un cruce de caminos a unos 50-70 metros, encontrándose con el trabajador de "M.M., S. L.", don B.C., quien le advirtió que su empresa preparaba una pega, en tanto el actor le comunicaba que también lo hacía "G., S.L.". En esos momentos, sonaron las sirenas de advertencia, resguardándose ambos en unos bloques inmediatos (lugar utilizado como refugio habitual), pero así como el Sr. C. se cobijó entre dos hileras de bloques, el actor refugió tras la última hilera, teniendo la espalda desprotegida. Al iniciarse las voladuras, una piedra impactó en la cabeza del demandante, que se desplomó. V.- El actor no llevaba casco, como tampoco otros trabajadores de las demandadas (incluido el Artillero), aunque las empresas se los habían entregado, y el vehículo que transportó al actor llevaba tales prendas de protección. VI.- Con efectos 18.12.98, se declaró al actor en situación de I.P. Absoluta para todo trabajo, con derecho a una pensión del 100% de un base reguladora de 175.825 ptas. Para afrontar tal prestación la Mutua A. —que cubría los riesgos laborales— aportó en concepto de capital coste la cantidad de 26.707.083 ptas. más 530.483 ptas. por intereses. Abonó la Mutua prestaciones de I.T., a razón de 131.040 ptas mensuales. VII.- Las secuelas del actor son las siguientes: T.C.E. Grave con estallido craneal temporal dcho. y fractura orbitaria dcha. Se llevó a cabo I.Q. esquiectomía de lesiones corticales y reparación dural. Se lleva a cabo también reparación de defecto oseo. Posterior desarrollo de un síndrome orgánico de personalidad. A seguimiento psiquiátrico, inestabilidad en la marcha. Refiere cefaleas, cambios bruscos de carácter. Presenta cuadro de desinhibición con alteración de la memoria reciente y dificultad de aprendizaje. Ultimo TAC: Cambios en relación con fractura y cambios post-quirúrgicos a nivel frontal dcho. A la exploración psíquica se aprecia evidente bradipsiquia, con discurso lento y confuso. Fugas domiciliarias frecuentes. Síndrome frontal. Cicatriz de 17 cm. En región fronto-temporal dcha. Trastorno orgánico de personalidad, con pobre respuesta al tratamiento. VIII.- Por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se tramitó expediente por recargo del 140% declarando la responsabilidad solidaria de "G., S.L.", y "M.M., S. L.", impugnada jurisdiccionalmente, la resolución fue revocada por sentencia del Juzgado de lo social N° Dos de Vigo y recurrida por el actor, pendiendo ante la Sala. IX.- "M.M., S. L.", tiene suscrita póliza de responsabilidad civil con "HDI.H.I. (E.), S.A.", siendo el sublímite por víctima de 100.000.000 ptas. X.- El actor perci-

bió la cantidad de 5.000.000 ptas, como indemnización pactada en Convenio para I.P. Absoluta. XI.- La empresa "M.M., S. L.", cuenta con disposiciones Internas de Seguridad Minera, en las que no se contemplan disposiciones para Aprendices; no consta su conocimiento por el demandante. XII.- El actor se había casado el 19.07.97, unión de la que nació una hija el 26.12.97."

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

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don F.C.P. condeno solidariamente a "G., S.L.", y "M.M., S. L.", a que abonen al actor la cantidad de setenta y seis millones quinientas setenta mil doscientas setenta y ocho pesetas (76.570.278 ptas) como indemnización de daños y perjuicios, condenando "HDI.H.I. (E.), S.A." al abono solidario de tal cantidad, incrementada en el interés legal, más un 50% desde la fecha del accidente hasta su completo pago."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Solicitada en demanda, por el trabajador don F.C.P., una indemnización debida a responsabilidad civil por incumplimiento empresarial de la deuda de seguridad, dirigida la demanda contra su empleadora, la entidad mercantil "G., S.L.", contra la contratante de su empleadora, la entidad mercantil "M.M., S. L.", y contra la compañía aseguradora de la contratante de su empleadora, la entidad mercantil "HDI.H.I. (E.), S.A.", la sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda rectora de estas actuaciones, condenó solidariamente a la totalidad de las demandadas en la cuantía de 76.570.278 pesetas, incrementada en el interés legal más un 50% desde la fecha del accidente hasta su completo pago. Frente a esta sentencia, la contratante de la empleadora del trabajador y su compañía aseguradora anuncian recurso de suplicación y lo interponen 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. Opuesto a los

expuestos motivos de recurso, el trabajador demandante, ahora recurrido, solicita, en sus escritos de impugnación de los recursos, su inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación y la consiguiente confirmación íntegra de la sentencia de instancia, con condena de costas de suplicación a los recurrentes.

Con carácter previo, debemos analizar la admisibilidad de los recursos, alegándose, en el escrito de impugnación del recurso de la entidad mercantil "HDI.H.I. (E.), S.A.", su inadmisibilidad al no haberse consignado las cantidades correspondientes a los intereses legales de demora, argumento rechazable, ya que, como es doctrina judicial reiterada –véanse, las Sentencias de 21.12.84, RJ 6.476/1984, de 25.01.86, RJ 278/1986, y de 22.11.88, RJ 8.859/1988, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo-, el importe de la consignación no incluye dichos intereses legales de demora, doctrina que, a juicio de la Sala, se debe mantener en el ámbito laboral, a pesar de que, ciertamente, está elaborada con relación a unos intereses diferentes a los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, los cuales, en el ámbito civil, sí deben ser consignados cuando se trata de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor –artículo 449, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. Pero, en el caso de autos, se trata de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, no de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, reclamados además en un proceso laboral, no en un proceso civil, de donde, en suma, este recurso de suplicación ha sido admitido correctamente.

Igualmente, en el escrito de impugnación del recurso de la entidad mercantil "M.M., S. L.", se alega su inadmisibilidad *"al no haber consignado nada de la condena"*, argumento rechazable, ya que, aunque cada recurrente debe consignar la totalidad de la condena, incluso si se tratase de deudores solidarios –STS de 15.03.85, RJ 1.155/1985, criterio ratificado en el Auto de 10.12.98, RJ 1.681/1998, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo-, se admite el aprovechamiento de varios recurrentes de una misma consignación si la constituyen para responder en su íntegra totalidad de las obligaciones de ambos recurrentes, y, en este sentido, la consignación se constituyó, tanto por la entidad mercantil "HDI.H.I. (E.), S.A." como por la entidad mercantil "M.M., S. L.", *"para responder solidariamente de las obligaciones derivadas del recurso que afecten a cada uno ... indistintamente"* –véase folio 502,

vuelto-, si bien, acaso en un mero error, se recoja, en el justificante bancario de ingreso, como consignante a la entidad mercantil "HDI.H.I. (E.), S.A."

SEGUNDO.- Respecto a la revisión de los hechos probados, tanto en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil "M.M., S. L." como en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil "HDI.H.I. (E.), S.A.", se pretenden las tres siguientes revisiones fácticas:

1ª. La modificación del Hecho Probado Tercero, donde dice que *"las canteras no cuentan con cubrición de protecciones o redes para evitar las posibles proyecciones de piedras, y a pesar de que éstas son bastante frecuentes"*, para decir que *"las canteras no cuentan con redes de protección"*, modificación inacogible, en cuanto el relato judicial se deduce, de manera casi literal, del juicio crítico del informe técnico sobre el accidente de trabajo emitido por la Consellería de Industria e Comercio de la Xunta de Galicia, donde se afirma que *"lo único evidente es que hubo una proyección de piedra resultante de la voladura que impacto en la cabeza del accidentado ... (y que) no fue ejecutada con la corrección necesaria, ni se adoptaron medidas complementarias (cubrición con protecciones para evitar una posible proyección, dada la posibilidad de esto último)"* –folio 60-, de modo que, al sustentarse en este informe técnico, la juzgadora de instancia actuó dentro de las reglas de la sana crítica en la valoración de las periciales –artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, al no desvirtuar dicho informe técnico los documentos invocados como sustento de la revisión fáctica, cuales son los siguientes:

a) En primer lugar, se alega ese mismo informe técnico, aunque atendiendo a sus conclusiones anteriores a la declaración del trabajador, asistido de su abogado –véanse folios 58 y 59-, algo insuficiente a la finalidad revisora pretendida en el motivo porque dichas conclusiones justamente no son cerradas al faltar dicha declaración, y así lo dice expresamente el ingeniero actuario cuando afirma que *"se deja abierto (este informe) hasta obtenerla"* –folio 59-.

La resolución de la dicotomía manifestada entre las conclusiones provisionales y definitivas a favor de las definitivas se refuerza en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia –véase el Fundamento de Derecho Segundo- cuando se afirma que *"al técni-*

co se le ocultó por las empresas que, paralelamente y en cota superior al camino donde sucedió el accidente, se produjo otra voladura, lo que ahora reconocen los testigos”.

b) En segundo lugar, se alega el informe de la Guardia Civil de ... –folio 142-, algo insuficiente a la finalidad revisora pretendida en el motivo porque dicho informe no es técnico, a diferencia del anterior, y, como además se deduce de su mismo contenido, su conclusión se extrae de las manifestaciones de los representantes de las empresas denunciadas, sin constar se hubiera tomado declaración, por la fuerza actuante, al trabajador accidentado.

c) En tercer lugar, se alega la sentencia dictada en el juicio sobre el recargo de prestaciones –la Sentencia de 16.11.99, Autos 556/1999, del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, folios 478 y 479-, donde se recoge un relato diferente que, ciertamente, no se ha alterado al resolver la suplicación, en sentido confirmatorio, anunciada e interpuesta contra esa sentencia –resuelta en la Sentencia de 10.05.02, Recurso 441/2000, de esta misma Sala de lo Social-.

Pero, de nuevo, estamos ante un documento insuficiente a la finalidad revisora pretendida porque, aunque *“si existe una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deben asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución, o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos”* –en los términos de la STCo 158/1995, de 26.11-, estamos en este último supuesto.

La juzgadora de instancia referencia, en escrupuloso cumplimiento de lo establecido en el artículo 97, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Laboral, los razonamientos determinantes de la declaración de hechos probados, y lo hace valorando, sin incurrir en error corregible a través de los limitados cauces del recurso de suplicación –artículo 191.b) de la referida Ley-, la totalidad de las pruebas obrante en las actuaciones, practicadas además a presencia judicial.

No con esto se manifiesta una contradicción entre las dos sentencias, sino una diferente valoración, tanto en una como en otra dentro de los cauces legales, de las alegaciones y de las pruebas desplegadas en uno u otro juicio, y, en concreto, en la anterior sentencia, no se contempla la existencia de dos pegas mientras, en la sentencia ahora recurri-

da, sí se contempla, apoyándose en la testifical, y, en particular, en la acordada para mejor proveer –folio 492 bis-.

Tampoco en la anterior sentencia se contemplaba el desuso generalizado del casco reglamentario, que, en la sentencia ahora recurrida, sí se contempla, apoyándose en la testifical practicada en acto del juicio oral –folios 490 y 491-.

Resumiendo, y reiterando la afirmación de partida, al sustentar su relato en el informe técnico sobre el accidente de trabajo emitido por la Consellería de Industria e Comercio de la Xunta de Galicia, la juzgadora de instancia actuó dentro de las reglas de la sana crítica en la valoración de las periciales –artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, al no desvirtuar dicho informe técnico, se insiste, los documentos invocados como sustento de la revisión fáctica.

2ª. La adición, en el Hecho Probado Tercero, de un segundo párrafo donde se diga que *“bubo una imprudencia en la conducta del actor”*, revisión inacogible, al introducir un elemento jurídico impropio de un relato fáctico, de modo que, si en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se reconoce la existencia de una imprudencia del trabajador –en concreto, en el Hecho Probado Quinto-, es calificando jurídicamente la conducta del trabajador, de donde la juzgadora de instancia opera con buena técnica cuando, en el relato fáctico, no califica esa conducta de imprudente, reservando esa calificación a la sede jurídica, y, por eso mismo, nos ratificamos en el rechazo de esta revisión.

3ª. La adición, en el Hecho Probado Cuarto, de un segundo párrafo, donde se diga que *“en la actualidad, don F.C.P. puede realizar trabajos en el campo, tales como manejar un forcado”*, revisión inacogible en los términos solicitados, ya que, a la vista de las fotografías unidas al informe del investigador mercantil –folios 442 y 443-, no se deduce la capacidad para realizar trabajos agrarios, sino solamente –y, en este sentido, la Sala comparte las afirmaciones de la juzgadora de instancia, véase el Fundamento de Derecho Séptimo- la posibilidad de realizar *“labores caseras, o faenas esporádicas, con supervisión, como la quema de cartones y rastros, descrita por el detective”*, afirmación realizada valorando tanto el informe escrito como su ratificación oral, ajena, por ser testifical, a la posibilidad de valoración del órgano de suplicación.

TERCERO.- Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, tanto en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil "M.M., S. L." como en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil "HDI.H.I. (E.), S.A." de Seguros y Reaseguros, se denuncia (1) la infracción del artículo 5 del Real Decreto 863/1985, Reglamento General de Normas Básicas de Policía Minera, y del artículo 193 del Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica, de 23 de agosto de 1934, (2) la infracción de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, de los artículos 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –de 1881- y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –de 2000-, y del artículo 120, apartado 3, de nuestra Constitución, en relación todas estas normas con su jurisprudencia aplicativa, denuncia así invocada en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil "M.M., S. L." que, en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil "HDI.H.I. (E.), S.A." de Seguros y Reaseguros, se divide en dos denuncias, una, la infracción de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, en relación estas normas con su jurisprudencia aplicativa, y otra, la infracción de los artículos 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –de 1881- y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –de 2000-, y del artículo 120, apartado 3, de nuestra Constitución, en relación estas normas con su jurisprudencia aplicativa, y (3) la infracción del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, denuncia exclusivamente invocada en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil "HDI.H.I. (E.), S.A." de Seguros y Reaseguros. Pasemos, en consecuencia, al estudio de todas estas denuncias.

CUARTO.- En cuanto a la infracción del artículo 5 del Real Decreto 863/1985, Reglamento General de Normas Básicas de Policía Minera, y del artículo 193 del Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica, de 23 de agosto de 1934, donde se establece que *"cuando el empleo de barrenos en las canteras pueda producir daños a terceros se emplearán redes protectoras u otros dispositivos que eviten las proyecciones de las piedras"*, se argumenta, la del artículo 5 del Real Decreto 863/1985, Reglamento General de Normas Básicas de Policía Minera, en que *"las disposiciones internas de seguridad se someten a la autoridad competente, y una vez aprobadas, serán de obligado cumplimiento ... "M.M., S. L." había cumplido este requisito ... (y sus) normas de seguridad interna ... recogen expresamente ...*

el uso del casco protector", y la del artículo 193 del Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica, de 23 de agosto de 1934, en que *"estamos ante una cantera ubicada en un monte, apartado y alejado varios kilómetros del núcleo habitado más cercano ... (y) es además un monte cerrado perimetralmente con cartelones de aviso y de prohibición de paso a distancias seguras ... (por ello) no resultaban exigibles redes de protección"*. Ambas denuncias resultan inacogibles.

La infracción denunciada del artículo 5 del Real Decreto 863/1985, Reglamento General de Normas Básicas de Policía Minera, en cuanto, aunque es cierta la existencia de disposiciones internas de seguridad –como se reconoce en el Hecho Probado Undécimo-, la empresa no agota su deuda de seguridad con la elaboración de esas disposiciones, sino que, además, debe cuidar su efectiva implantación –y, en el caso de autos, *"el actor no llevaba casco, como tampoco otros trabajadores de las empresas incluido el artillero"*, Hecho Probado Quinto, y *"no consta"* conociese las disposiciones internas de seguridad minera, Hecho Probado Undécimo-, no dejando en letra muerta la exigencia, establecida en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –en términos similares en este concreto extremo a los del artículo 19, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores-, de *"protección eficaz"*, de modo que, como siempre ha mantenido la jurisprudencia en todos los órdenes judiciales donde se han resuelto responsabilidades derivadas de accidente de trabajo, el empresario, aparte de proporcionar los equipos de protección personal a los trabajadores, *"viene compelido a exigir su uso"* –STS, Sala 4ª, de 04.11.70-, o sea, *"(a) obligar (a los trabajadores) a que (los) lleven puestos"* –STS, Sala 6ª, de 23.05.70-, debiendo exigir de sus trabajadores *"coactiva e imperativamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones (establecidas en las normas de seguridad e higiene)"* –STS, Sala 2ª, de 09.03.77-, impidiendo *"la costumbre cotidiana"* –STS, Sala 2ª, de 04.07.73-, porque la empresa *"no solo está obligada a poner a disposición de los trabajadores los instrumentos o medios de seguridad, sino que está obligada a posibilitar su uso, poniendo todos los medios que a su disposición tiene, no siendo suficiente el que dicte órdenes generales para su cumplimiento"* –STS, Sala 3ª, de 28.02.95-.

A mayor abundancia, el artículo 17, apartado 2, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde se regulan los equipos de protección individual, establece que *"el empresario*

deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios”, y, en desarrollo de esta norma legal, el Real Decreto 773/1997, de 30.05, sobre Equipos de Protección Individual, establece, como obligaciones del empresario, el proporcionarlos gratuitamente y, si fuese necesario, el reponerlos –artículo 3-, el velar por su utilización conforme a lo dispuesto en la normativa vigente –artículos 3 y 7- y el formar e informar a los trabajadores, de manera comprensible y preferentemente por escrito, sobre su utilización conforme a lo dispuesto en la normativa vigente –artículo 8-. Indudablemente, los cascos de seguridad son equipos de protección individual, y lo son, además, en las minas –como lo reconoce el Anexo I del Real Decreto-.

La infracción denunciada del artículo 193 del Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica, de 23 de agosto de 1934, es asimismo inacogible en cuanto, aunque el empleo de redes protectoras se vincula a que *“(se) pueda producir daños a terceros”*, debemos considerar, en las canteras explotadas por varias empresas, como terceros susceptibles de ser dañados, además de quienes sean totalmente ajenos a la explotación minera –los residentes en poblaciones cercanas o los transeúntes, únicos a quienes, según los recurrentes, se dirige esta norma-, aquellos quienes están en la explotación minera a consecuencia de sus relaciones con una empresa diferente a la que esté empleando los barrenos, y, en este sentido, se entiende el juicio crítico del informe técnico sobre el accidente de trabajo emitido por la Consellería de Industria e Comercio de la Xunta de Galicia, donde se afirma que *“lo único evidente es que hubo una proyección de piedra resultante de la voladura que impacto en la cabeza del accidentado ... (y que) no fue ejecutada con la corrección necesaria, ni se adoptaron medidas complementarias (cubrición con protecciones para evitar una posible proyección, dada la posibilidad de esto último)”* –folio 60-.

Conviene añadir que, aunque una denuncia similar fue resuelta en un sentido diferente en la Sentencia de 10.05.02, Recurso 441/2000, de esta misma Sala de lo Social, ello obedeció a que, entonces, no estaba acreditada la existencia de dos pegas, como sin embargo lo está ahora en este litigio, al haberse declarado probado en la sentencia de instancia y no resultar factible su revisión en esta

sede de suplicación –véase Fundamento de Derecho Segundo-.

QUINTO.- En cuanto a la infracción de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, en relación estas normas con su jurisprudencia aplicativa, se argumenta, en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil “M.M., S. L.”, de manera bastante desordenada, alrededor de siete alegatos, reiterados todos menos uno –el relativo a la responsabilidad de la empresa- en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil “HDI.H.I. (E.), S.A.” de Seguros y Reaseguros, aunque en este referido escrito uno de esos reiterados alegatos se construye como otra denuncia separada, que, con finalidad simplificadora y atendiendo a su subsidiariedad –solamente entraría en juego si la indemnización no sufriese alteración cuantitativa relevante-, estudiaremos, de manera asimismo separada, en el Fundamento de Derecho Sexto.

Los otros seis son heterogéneos, y así, en los cuatro primeros se niega la culpa de la empresa y/o el nexo de causalidad, en el quinto se discute la cuantía de la indemnización y en el sexto se discute la responsabilidad de la empresa.

1º. Respecto a la culpa de la empresa y al nexo de causalidad, debemos rechazar, por ser inapropiados en la sede jurídica, el alegato primero, en donde se discute la fiabilidad del informe técnico sobre el accidente de trabajo emitido por la Consellería de Industria e Comercio de la Xunta de Galicia, y el alegato cuarto, en donde se razona sobre la ausencia de infracción de medidas de seguridad conforme se establece en la Sentencia de 16.11.99, Autos 556/1999, del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo. Tales alegatos, si alguna virtualidad ostentasen, sería como sustento de una revisión fáctica, y, como razonamos en el Fundamento de Derecho Segundo, no justifican esa revisión, de donde, en suma, aún menos se justifica una denuncia jurídica sustentada sobre dichos alegatos y aderezada con constantes alusiones parciales a las pruebas testificales, que, en sede de suplicación, resultan irrevisables.

Aparte estos dos alegatos, se alude, en el segundo, al lugar en donde se encontraba el trabajador accidentado, y, en el tercero, a la ausencia de utilización del casco reglamentario, circunstancias las cuales, a juicio de las recurrentes, demuestran la imprudencia exclusiva de la víctima, lo que sin embargo, a juicio

de la Sala, no es así, como pasamos a razonar seguidamente.

En cuanto al lugar en donde se encontraba el trabajador accidentado, diferente al asignado por la propia empresa –Hecho Probado Cuarto–, ciertamente demuestra una decisión voluntaria del trabajador al cambiar su puesto de seguridad respecto a la pega, aunque, en modo alguno, se trata de una decisión absolutamente caprichosa, al encontrarse condicionada a una circunstancia, como es la existencia de otra pega –Hecho Probado Tercero–, no prevista por la empresa y desconocida por el trabajador, circunstancia tan trascendente a los efectos de apreciar la responsabilidad de la empresa que, después de conocerla, el ingeniero actuante en el informe técnico sobre el accidente de trabajo emitido por la Consellería de Industria e Comercio de la Xunta de Galicia modificó el sentido de sus conclusiones provisionales –que, y ello debe ser destacado, se extrajeron de las declaraciones de los representantes de las empresas implicadas, acallando muy oportunamente dicha circunstancia–.

En cuanto a la ausencia de utilización del casco reglamentario, ciertamente probada –Hecho Probado Quinto–, hemos razonado –en el Fundamento de Derecho Cuarto– la existencia de responsabilidad de la empresa porque su desuso era una costumbre generalizada –Hecho Probado Cuarto– y porque el trabajador no consta conociese las disposiciones internas de seguridad minera de la empresa –Hecho Probado Undécimo–. La empresa no niega el desuso generalizado, limitándose a razonar en su descargo la imposibilidad de vigilancia constante, y aunque esto sea cierto, no se libera de responsabilidad: únicamente se liberaría si se acreditase, lo que no se ha hecho, el cumplimiento de sus obligaciones formativas y la imposición coactiva de las prevenciones. Antes al contrario, lo declarado probado demuestra que, incluso trabajadores de cierta relevancia dentro de la empresa –como el artillero, Hecho Probado Cuarto–, no usaban el caso, dando mal ejemplo, y ello lo podía muy bien atajar la empresa.

No niega la Sala que, a la vista de la declaración de hechos probados, y en atención a los razonamientos recién expuestos –cambio del puesto de seguridad y no utilización del casco reglamentario– y a otros a considerar –el refugio del trabajador en la última hilera con la espalda desprotegida, Hecho Probado Cuarto–, el trabajador ha asumido una culpa concurrente, si bien es irrelevante –de hecho la sentencia

de instancia lo ha fijado en un 5%, Fundamento de Derecho Octavo–, en primer lugar, porque la no utilización del casco reglamentario se encontraba avalada en la permisividad de su desuso generalizado, tolerado por la empresa, y, en segundo lugar, porque el cambio del puesto de seguridad y el refugio con la espalda desprotegida –o mejor sería decir un lado desprotegido, que podía ser la espalda o el frente según la colocación del trabajador y que, a la vista del impacto, resultó ser el frente– obedecieron a la confusión debida a la ausencia de coordinación de las pegas.

Al hilo de estas consideraciones, es oportuno destacar, para justificar esa irrelevancia, la trascendencia, como sujeto creador del riesgo, de las infracciones de la empresa, habiéndose razonado, en la Sentencia de 8 de octubre de 2001, Recurso 4.403/2000, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que *“la vulneración de normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre, norma que estaba ya en vigor cuando acaeció el accidente que hoy se enjuicia. Esta Ley, en su artículo 14.2, estableció que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”. El apartado 4 del artículo 15 señala que “la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”. Finalmente, el artículo 17.1 establece que “el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores”. Del juego de estos tres preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”*. Siguiendo esta doctrina y en el caso de estos

autos, las infracciones empresariales excluyen la eventual culpa del trabajador.

2º. Respecto a la cuantía de la indemnización, atendiendo a las circunstancias personales del trabajador –con una edad de 19 años, recién casado y con una hija recién nacida, Hechos Probados Primero y Duodécimo-, y a sus circunstancias profesionales –categoría de aprendiz operario de cantera, con una base de cotización de 6.500 pesetas diarias, Hecho Probado Primero-, y considerando sus secuelas –Hecho Probado Séptimo: TCE grave con estallido craneal temporal derecho y fractura orbitaria derecha; se llevó a cabo IQ esquiectomía de lesiones corticales y reparación dural; se lleva a cabo también reparación de defecto óseo; posterior desarrollo de un síndrome orgánico de personalidad; a seguimiento psiquiátrico, inestabilidad en la marcha, refiere cefaleas, cambios bruscos de carácter; presenta cuadro de desinhibición con alteración de la memoria reciente y dificultad de aprendizaje; último TAC: cambios en relación con fractura y cambios postquirúrgicos a nivel frontal derecho; a la exploración psíquica se aprecia evidente bradipsiquia, con discurso lento y confuso; fugas domiciliarias frecuentes; síndrome frontal; cicatriz de 17 cm en región frontoparietal derecha; trastorno orgánico de personalidad, con pobre respuesta al tratamiento-, debemos concluir una indemnización de 300.000 euros –en cuya cuantificación se ha tomado en cuenta la capitalización de la prestación de incapacidad permanente absoluta, Hecho Probado Sexto, y lo abonado como mejora voluntaria, Hecho Probado Décimo-.

Por lo demás, como el tanto de culpa concurrente del trabajador en el total culpabilístico es irrelevante, la Sala lo ha despreciado a los efectos del cálculo de la indemnización –en sentido semejante, se desprecia la culpa concurrente de la víctima si inferior al 25% en el Baremo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre-.

3º. Respecto a la responsabilidad de la empresa, alegato construido en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil “M.M., S. L.”, su rechazo se sustenta en (1) la coincidencia de los centros de trabajo –entendidos como lugares de trabajo- de dicha empresa y la empresa contratista, empleadora del trabajador, y (2) la circunstancia de ser la contratista, empleadora del trabajador, de la propia actividad de la empresa contratante, de modo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el 42, dicha empre-

sa ostentaba obligaciones de seguridad frente al trabajador, y no las ha cumplido, debiendo, en consecuencia, ser condenada solidariamente con la empresa contratante, como adecuadamente razona –y la Sala expresamente acepta sus razonamientos- la juzgadora de instancia –en Fundamento de Derecho Noveno-.

SEXTO.- En cuanto a la infracción de los artículos 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –de 1881- y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –de 2000-, y del artículo 120, apartado 3, de nuestra Constitución, en relación estas normas con su jurisprudencia aplicativa, la denuncia decae desde el momento en que, en el anterior Fundamento de Derecho, la cuantía de la indemnización ha sido moderada dentro de unos límites que, aún siguiendo el curso argumental del motivo, nunca supondrían la existencia de incongruencia en nuestra Sentencia.

SÉPTIMO.- En cuanto a la infracción del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, denuncia exclusivamente invocada en el escrito de formalización del recurso de la entidad mercantil “HDL.H.I. (E.), S.A.” de Seguros y Reaseguros, la denuncia es acogible, ya que, si “no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuera imputable”, aparenta evidente, en el caso de autos, la necesidad de la intervención judicial para la adecuada concreción de la indemnización, o, dicho en otros términos, la ausencia de liquidez de la indemnización impide el devengo de los intereses moratorios. Además, las Sentencias de 21.03.00, Recurso 1.879/1995, y de 21.06.01, Recurso 494/1996, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, han manifestado la inaplicación de esa norma cuando la cuantía exacta a abonar se ha determinado, ante las discrepancias de las partes, por el órgano judicial debido a la necesidad de aplicar una compensación de culpas concurrentes. Tal criterio de subjetividad –no de objetividad automática- en el devengo de los intereses se acoge –aunque la justificación se concreta, en ese caso, con la discusión sobre la contingencia o sobre la aseguradora responsable- en la Sentencia de 14.11.00, Recurso 3.857/1999, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Por lo demás, el acogimiento de la denuncia jurídica no significa la exoneración de los intereses de demora procesal del antiguo artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –de 1881- y del actual artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –de 2000-, en atención a su carácter sustancialmente indemnizatorio, de

donde, a juicio de la Sala, deben ser impuestos desde el dictado de la sentencia de instancia, aunque, a consecuencia de su revocación parcial, se calcularán exclusivamente sobre el capital de 300.000 euros.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley de Procedimiento Laboral, se acordará la devolución total de los depósitos y la parcial de la consignación, y, de conformidad con el 233, no se imponen costas.

Fallamos

Estimando parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por la entidad mercantil "M.M., S. L." y por la entidad mercantil "HDI.H.I. (E.), S.A." de Seguros y Reaseguros, contra la Sentencia de 30 de diciembre de 2000 del Juzgado de lo Social número 3 de Vigo, dictada en juicio seguido a instancia de don F.C.P. contra las recurrentes y contra la entidad mercantil "G., S.L.", la Sala la revoca en los extremos relativos a la cuantía de la indemnización, debiendo reducirse a 300.000 euros, y a la condena a los intereses por mora de la entidad aseguradora, sin perjuicio de los intereses de demora procesal calculados sobre la cuantía definitiva la indemnización.

3816 Recurso núm. 6.785/03

S.S. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN, LICITAMENTE RESOLTA POLO EMPRESARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a veinte de febrero de dos mil cuatro

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. 6.785/03 interpuesto por doña L.F.G.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña L.F.G.A. en reclamación de despido siendo demandado Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 455/03 sentencia con fecha 24 de Octubre 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.- Doña L.F.G.A., con DNI ... prestó servicios para el Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra desde el 22 de mayo de 1997 ocupando el cargo o categoría de Directora Letrada siendo su salario de 2.869,60 €. En el mes de junio el salario que le corresponde es de 3.000,04 € desglosado en los siguientes conceptos: Salario base: 1.956,55 €. Antigüedad: 293,48 €, al cumplir en el mes de junio 1 bienio del 5%. P. Pagas extras: 750,01. El contrato formalizado entre las partes se ajusta a lo previsto en el R.D. 1.382/85 de 1 de agosto que regula la relación laboral del personal de alta dirección, por tiempo indefinido y en régimen de dedicación plena y exclusiva, incompatible con el ejercicio profesional por cuenta propia o con la participación en cualquier otra forma en despachos profesionales y con cualquier otra actividad pro cuenta ajena; ello en virtud de acuerdo adoptado por el Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra en su sesión de fecha 26 de noviembre de 1996.- SEGUNDO.- La demandante, previamente a la firma del contrato, participó en el proceso selectivo, ajustado a las bases de convocatoria acordadas por la Junta de Gobierno en el acuerdo citado, formulando el tribunal de selección a la Junta la propuesta de nombramiento en la persona de la actora, que fue aprobada por unanimidad en sesión de fecha 25 de febrero. Frente al acuerdo del Colegio de Abogados de Pontevedra sobre convocatoria de concurso para la contratación de un Director Letrado se formuló recurso ordinario, que fue desestimado por acuerdo del Consejo de la Abogacía Gallega. Contra este acuerdo se interpuso recurso contencioso administrativo recayendo sentencia dictada por el TSJ de Galicia de fecha 20 de julio de 2000 estimando el mismo y anulando el acto impugnado, al ser contrario a derecho por no haber actuado la mencionada Junta de Gobierno en el ámbito de sus competencias. Contra mencionada sentencia se interpuso recurso de

casación por el ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra dictándose por el TS auto de fecha 24 de julio de 2002 declarando la inadmisión de recurso y la firmeza de la sentencia. Por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Pontevedra se dictó sentencia el 7 de abril de 2003 estimando la demanda y anulando la Resolución del Consejo de la Abogacía Gallega de 17 de marzo de 2001 y el Acuerdo de la Junta General del Colegio de Abogados de Pontevedra el 16 de diciembre de 2000. TERCERO.- Por carta de fecha 11 de junio de 2003 se comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo, con el siguiente contenido: "Por la presente le notifico el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Pontevedra adoptado en sesión de 4 de junio de 2003, por el que se ha resuelto proceder a la ejecución de las sentencias firmes dictadas en el Recurso Contencioso-Administrativo nº 4.274/97 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y en el Procedimiento Abreviado nº 139/2001 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pontevedra (se adjuntan copias). En consecuencia, habiéndose declarado la nulidad del puesto de trabajo de Director-Letrado de este Ilustre Colegio que Ud. estaba desempeñando según contrato de fecha veintidós de mayo de mil novecientos noventa y siete, de conformidad con el citado acuerdo de la Junta de Gobierno, le notifico que se procede a la extinción de la referida relación contractual, y que deberá cesar en sus funciones y servicio el 30 de junio de 2003, momento en que se le hará efectiva la liquidación que se le adjunta".- El día 22 de julio de 2003 se celebró acto de conciliación en reclamación por despido ante el SMAC en el que la parte demandada considera que el cese acordado constituye un despido por circunstancias objetivas, readmite a la conciliante requiriéndole APRA que se persone el día 24 de ese mes en el centro de trabajo al inicio de la jornada laboral con el objeto de hacerle entrega de carta correspondiente cumpliendo los requisitos legales de dicho despido. El 24 de julio de 2003 le fue entregada a la actora carta con el contenido siguiente: "Siendo firme la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el Recurso nº 4.274/1997, así como la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de esta ciudad en el Procedimiento nº 139/01, de las que ya le facilitamos copia, en las que se declara la nulidad de los acuerdos colegiales en virtud de los que se proce-

dió a su contratación, entendemos que por aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de fechas 10.03.99 (RJ 2.124/99) y 05.10.99 (RJ 7.761/99) el acuerdo de la Junta de Gobierno de este Colegio adoptado en sesión de 04.06.03, por el que se resolvió proceder a la ejecución de las referidas Sentencias, debe formalizarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores por encontrarnos ante un supuesto previsto en el artículo 52.c) del mismo texto legal. En consecuencia, le notificamos por la presente que se procede a su despido por causas objetivas con esta misma fecha, y ponemos a su disposición en este mismo acto la cantidad de 11.738,77 euros a que asciende su indemnización legal; así como la cantidad de 2.869,60 euros como compensación por falta del preaviso legal".- CUARTO.- Las funciones que la demandante desempeñaba consistían en distribuir el trabajo entre el personal del Colegio, preparar e informar los asuntos de las sesiones de las Juntas, ejecutar sus acuerdos, emitir informes en relación a los expedientes disciplinarios y en los recursos contra acuerdos así como propuestas de dictámenes en los expedientes de honorarios. Atender e informar sobre el servicio de turno de oficio, organizar la Escuela Superior de Profesiones Jurídicas, atender y asesorar a los Abogados en todas las materias relacionadas con el Colegio y tramitar las subvenciones recibidas por el Colegio, funciones que se relataban en el contrato, no estando facultada para representar al Colegio.- QUINTO.- Celebrado el preceptivo acto de conciliación, el mismo resultó sin avenencia.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por doña L.F.G.A. frente al Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra, declaro procedente la extinción de la relación laboral de la trabajadora mencionada y comunicada mediante carta de fecha 24 de julio de 2003, con efectos de ese mismo día, teniendo la demandante derecho a la indemnización de 20 días por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, ascendiendo la misma a 12.356,33 € consolidándola de haberla recibido, entendiéndose al trabajador en situación de desempleo por causa a él no imputable, así como al salario del periodo de preaviso de 30 días, absolviendo al demandado de las pretensiones ejercitadas 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia-que declaró procedente la extinción de la relación laboral, comunicada a la actora, por el Colegio de Abogados de Pontevedra, por carta de 24 de julio de 2003; con derecho a la indemnización de 20 días por cada año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades (12.356,33 €), formula recurso de suplicación la citada actora, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción del artículo 122 de la LPL, en relación con los 53.5 y 56 del ET, y con la doctrina jurisprudencial, que cita; y alegando que el contrato de trabajo, perfeccionado por las partes, no fue, como en él se señala, el de alta dirección, previsto en el Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto; sino el ordinario o de relación laboral común; y que, como consecuencia de ello, al no concurrir ninguna de las causas de extinción, enumeradas en el artículo 52.c) del ET, su finalización, debe considerarse improcedente, dado lo dispuesto en el artículo 122.1 de la LPL, acerca de que la decisión extintiva se calificará de improcedente, cuando el empresario no acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita.-

SEGUNDO.- El recurso no es viable, pues, por la Sala, no se acepta la afirmación, que efectúa la recurrente, para fundamentarlo, relativa a que el contrato, celebrado por las partes, no fue de alta dirección, sino de relación laboral común, dado que, a la vista, por una parte, de que resultó acreditado al efecto- pues así se afirma, sin contradicción, en la relación fáctica de la resolución impugnada-, que la actora vino prestando sus servicios, para el Colegio de Abogados de Pontevedra, desde el 22 de mayo de 1997, ocupando el cargo de Directora Letrada y siendo su salario de 2.869,60 € mensuales, en virtud de un contrato de trabajo, que las partes formalizaron, ajustado al Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral del personal de alta dirección, por tiempo indefinido y en régimen de dedicación plena y exclusiva, incompatible con el ejercicio profesional por cuenta propia o con la participación en cualquier otra forma en despachos profesionales, y

con cualquier otra actividad por cuenta ajena; y que las funciones, que desempeñó, durante su vigencia, sin estar facultada para representar al Colegio, y que estaban relacionadas en el contrato, consistieron en distribuir el trabajo entre el personal del mismo, preparar e informar los asuntos de las sesiones de las Juntas, ejecutar sus acuerdos, emitir informes en relación a los expedientes disciplinarios y en los recursos contra acuerdos, emitir propuestas de dictámenes en los expedientes de honorarios, atender e informar sobre el servicio de turno de oficio, organizar la Escuela Superior de Profesiones Jurídicas, atender y asesorar a los Abogados en todas las materias relacionadas con el Colegio y tramitar las subvenciones recibidas por el Colegio; y, por otra, de lo que se establece en el artículo 1.2 del Real Decreto 1.382/1985, acerca de que se considerará personal de alta dirección aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones directaspen aquella titularidad; se llega a la conclusión de que no se observa el fraude de Ley (artículo b.4 del Código Civil), en la contratación de la actora, como personal de alta dirección-que, implícitamente, parece denunciar la recurrente-, pues las funciones, que desarrollo en el puesto de trabajo, encajan en lo dispuesto en el precepto citado, y, en todo caso, no se demostro por ella la presencia de los datos necesarios, para, en su caso, inferir que su contratación como tal, encubría una relación laboral común; y de que, por lo tanto, al no prosperar el unico camino, seguido para llegar a la conclusion de que la extincion de su relacion laboral fue improcedente, no queda resquicio alguno para una eventual aceptacion del recurso, una vez que, con la calificacion de su relacion laboral, como de personal de alta direccion, nada cabe objetar a su correcta conclusion, despues de ser amortizada la plaza, que ocupaba, como consecuencia de las sentencias firmes recaídas al efecto.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que con desestimacion del recurso de suplicacion, planteado por doña L. F. G. A., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº3 de Pontevedra, en fecha 24 de octubre de 2003, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3817 Recurso núm. 291/2004

S.S. DEREITOS FUNDAMENTAIS. DISCRIMINACIÓN DE TRABALLADORA QUE MERECE A CONSIDERACIÓN DE ACOSO MORAL. RESULTANZA FÁCTICA REVELADORA DE PERSECUCIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a vinte de febreiro de dos mil cuatro

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. 291/2004 interpuesto por Consellería de Innovación, Industria e Comercio-Xunta de Galicia contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.T.O.D. en reclamación de tutela derechos fundamentales siendo demandado don G.V.P., Consellería de Innovación, Industria e Comercio-Xunta de Galicia y Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 800/03 sentencia con fecha 15 de octubre de 2003 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: 1º).- La actora doña M.T.O.D. viene prestando servicios como personal laboral fijo de la Xunta de Galicia, con antigüedad de 1 de junio de 1981, categoría laboral de titulado superior –economista- Grupo A, permaneciendo adscrita (Unidad Administrativa), de forma ininterrumpida, al Servicio de Comercio de la Delegación provincial de A Coruña de la Consellería de Industria e Comercio, actualmente de Innovación, Industria y Comercio, de la Xunta de Galicia, desde el inicio de la relación laboral, ocupando un despacho en el edificio de los nuevos ministerios, sito en A Coruña, y desarrollando las funciones propias del servicio de comercio de la Dirección Provincial de A Coruña de la Consellería de Industria e Comercio como

Técnico titulado superior.- 2º) Que con fecha 6 de abril de 1999 a la actora le fue entregado un escrito firmado por el aquí codemandado don G.V.P. en calidad de “Jefe de Servicio de IGC” con el siguiente contenido, doña M.T.O.D., personal laboral del Grupo A, con el nº de Registro de Personal ..., perteneciente al Instituto Galego de Consumo, con el número de puesto de trabajo ..., se encuentra destinada en el Centro de Documentación de A Coruña, ubicado en el Laboratorio de Consumo en ..., dependiente de la Xerencia del Instituto Galego, tal como se recoge en el anexo de la Resolución del 22 de enero de 1999, por la que se ordena el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia en el que fue aprobada la nueva relación de puestos de trabajo de la Consellería de Industria y Comercio DOG nº 19 de 29 de enero de 1999”. A partir de dicha fecha, 6 de abril de 1999, la actora fue obligada a trasladarse al Centro de Documentación de A Coruña del Instituto Galego de Consumo, “donde le fue asignado un despacho que carece de ordenador, teléfono y cualquier otro elemento para realizar cualquier trabajo, careciendo prácticamente de ocupación efectiva”.- 3º) En virtud de lo acontecido y que queda relatado en el anterior hecho probado, por la actora se presentó demanda por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, dictándose sentencia con fecha 1 de julio de 1999 por el Juzgado de lo Social nº 1 de esta capital estimando la demanda interpuesta por doña M.T.O.D. contra la Consellería de Industria e Comercio da Xunta de Galicia declarando injustificada” la medida acordada y acordando “reponer a la actora en idénticas condiciones a las que se encontraba con anterioridad. Siendo confirmada dicha resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de fecha 20 de octubre de 1999, sin que dicha sentencia fuese ejecutada en sus propios términos tal como resulta del Auto de fecha 14 de abril de 2000 dictado en incidente de ejecución en el que en su fundamento de derecho segundo se recoge habiéndose limitada a dar cumplimiento a la sentencia dictada la demanda exclusivamente cambiando físicamente el puesto de trabajo de la actora a lugar sito en el edificio de los Nuevos Ministerios, sin que ello conlleve un cambio de funciones que venía desempeñando con arreglo a la sentencia dictada... y se requiere a la actora para que manifieste si prosigue con la ejecución de la sentencia dictada con la consiguiente extinción de la relación laboral, desistiendo dicha ejecución doña por no resultar de su interés la extinción de su relación laboral.- 4º) La actora al ser reincorporada al edificio de Nuevos Ministerios le fue adjudica-

cado como despacho el antiguo habitáculo de la copiadora en el que solo dispone de su mesa, sillón, dos sillas de confidente, una estantería y un teléfono.- 5º) Doña M.T.O.D., para poder disfrutar del periodo vacacional elegido en el año 2001 y que varió al mes de septiembre para evitar problemas en su concesión y que se encontraba dentro del periodo de disfrute del personal laboral, se vio obligada a acudir a los Juzgados de lo Social, desistiendo de su demanda al serle concedido el disfrute del periodo vacacional solicitado en el acto del juicio. Asimismo en el año 2002 doña M.T.O.D. se vio obligada de nuevo a acudir a los Tribunales para disfrutar de sus vacaciones en el periodo elegido, dictándose sentencia de fecha 20 de agosto de 2002 por este mismo Juzgado a favor de la misma al no haberse probado ni alegado por el organismo demandado “razones en contra de organización del servicio y, estar justificando el periodo elegido por la actora; siendo firmados tanto en el 2001 y 2002 por el codemandado don G.V.P. los escritos denegatorios de las peticiones vacacionales.- 6º) La actora ha puesto en conocimiento del codemandado don G.V.P. a través de diferentes escritos que datan ya desde 8 de mayo de 2001 la carencia de ordenador y la denegación de todos los cursos de formación a los que ha querido tener acceso, situación que persiste en el momento actual; asimismo en dicho escrito de fecha 08.05.01 doña M.T.O.D. ponía en conocimiento de don G.V.P., en calidad de Jefe Provincial de Consumo los problemas laborales surgidos con una auxiliar administrativo.- 7º) Por escrito de fecha 4 de junio de 2001 por el codemandado don G.V.P. se le imputa a la actora un deterioro en la calidad del trabajo, que es achacable a su desinterés y falta de atención...” encomendándosele nuevas funciones consistentes en informe semanal sobre normativa y en materia de consumo, comprensiva entre otras sobre novedades normativas, afirmando en posterior escrito de fecha 6 de julio continuación del anteriormente referido “ha de convenir conmigo que para los trabajos que le solicito no es imprescindible tal herramienta” –ordenador.- 8º) Con igual fecha -6 de julio de 2001- se le comunica a la actora la incoación de expediente disciplinario por la imputación de hechos consistentes en negligencia y desobediencia en el trabajo así como la desconsideración y mal trato hacia los compañeros; expediente que se deja caducar y de lo que la actora adquiere conocimiento tras solicitar información sobre el estado del mismo por escrito de fecha 8 de julio de 2002, sin que haya tenido ninguna intervención ni siquiera ser oída en el mismo.- 9º) La actora en el

momento actual sigue ocupando como despacho el antiguo habitáculo de la fotocopiadora, a 30 m. del conjunto del servicio, careciendo de boletines oficiales, legislación, ordenador y teniendo como única herramienta de trabajo para elaborar la función encomendada, de informar de la nueva normativa en materia de consumo, un teléfono para comunicarse con el Centro de Documentación del Instituto Galego de Consumo.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.T.O.D. contra la Consellería de Innovación, Industria y Comercio de la Xunta de Galicia, don G.V.P., por violación del derecho fundamental a la no discriminación declaro la nulidad radical de la conducta de los demandados, ordenando el cese de la misma y condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración con efectivo acatamiento y cumplimiento, debiendo indemnizar solidariamente a la actora en la cantidad de 2.000 euros por daños morales.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por la actora (en realidad la estimación es parcial), contra la Consellería de Innovación, Industria y Comercio de la Xunta de Galicia y contra don G.V.P., sobre vulneración del derecho fundamental a la no discriminación, declarando la nulidad radical de la conducta de los demandados, ordenando el cese de la misma, y condenando a los citados demandados a que indemnicen solidariamente a la actora en la cantidad de 2.000 euros por daños morales. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación procesal de la Xunta de Galicia, articulando tres motivos de Suplicación, el primero por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, destinado a la revisión de los hechos declarados probados, el segundo formulado por el cauce del apartado c) del mismo artículo, sobre inadecuación de procedimiento, y, finalmente, un tercer motivo también amparado en el apartado c) del artículo 191 de la LPL, referido a la denuncia de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO.- Por obvias razones jurídico-procesales, procede el análisis prioritario del segundo de los motivos del recurso, que se tenía que haber formulado con amparo en el apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral; en él se denuncia por la parte recurrente infracción del artículo 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando que el proceso planteado por la actora no puede articularse a través del proceso especial de tutela de Derechos Fundamentales, porque su objeto es tasado (comprende los artículos 15 a 29 de la Constitución), quedando excluido el derecho al trabajo y a la ocupación efectiva (artículo 35 CE) que debe sustanciarse por el proceso ordinario.

El motivo no prospera. En la demanda se invoca la vulneración de Derechos Fundamentales de tutela judicial efectiva y actos discriminatorios, declarando la sentencia recurrida la infracción del derecho a la no discriminación; y la alegación de la vulneración de Derechos Fundamentales, conlleva que el procedimiento a seguir sea el ordenado por el artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se dispone que las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas (distintos de la tutela de los derechos de libertad sindical), se tienen que tramitar conforme a las disposiciones establecidas en este Capítulo. Y alegándose por la demandante la vulneración de Derechos Fundamentales, el Juzgado actuó correctamente ordenando seguir el procedimiento previsto en el artículo 181 de la LPL, en relación con los artículos 175 y siguientes, con citación del Ministerio Fiscal. Debe, pues, rechazarse, la excepción a que se viene haciendo referencia.

TERCERO.- El primero de los motivos del recurso de la Xunta de Galicia, se formula al amparo del art. 191, letra b) de la Ley de Procedimiento Laboral, solicitando la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia que impugna, concretamente para que se modifiquen los hechos probados 4º y 9º y se añada otro hecho más al relato fáctico, en los términos que se pasan a exponer:

a).- Hecho cuarto, para que quede redactado del siguiente modo: *“La actora, al ser reincorporada al edificio de Nuevos Ministerios, le fue adjudicado como despacho, una oficina en la que sólo dispone de su mesa, sillón, dos sillas de confidente, una estantería y un teléfono”*. Solicitando que también se añada que *“el despacho de la actora es exactamente igual al de un Jefe de Sección y se ha de signi-*

ficar que en este Servicio (o codemandado don G.V.P.) se ha partido en dos para ubicar a un auxiliar administrativo”.

b).- El nuevo hecho probado, se interesa que se inserte entre los hechos probados “sexto” y “séptimo” de la sentencia, con el tenor siguiente: *“Por parte de compañeros de la actora se pusieron en conocimientos del codemandado don G.V.P. órdenes e instrucciones susceptibles de ser consideradas como desconocimiento de las funciones de aquélla, así como actitudes chulescas y provocativas, incluyendo insultos. Ante este segundo tipo de denuncias se iniciaron las oportunas actuaciones administrativas”*.

c).- Finalmente, y respecto del hecho probado noveno, se solicita que quede redactado así: *“La actora en el momento actual, sigue ocupando como despacho el asignado tras su reincorporación, en la misma planta y ala que los restantes órganos de servicio, careciendo en su despacho de boletines oficiales, legislación y ordenador. Como herramienta de trabajo para elaborar la función encomendada, informar de la normativa autonómica, estatal y comunitaria en materia de consumo y hacer las propuestas necesarias para el funcionamiento del servicio, dispone de un teléfono para comunicarse con el Centro de Documentación del Instituto Galego de Consumo.*

Puede asimismo, como Jefe de Servicio, disponer de todos los medios personales y materiales existentes en el servicio para realizar sus funciones, en particular, ordenar al personal auxiliar que transcriba sus notas e informes, así como solicitar que le sean remitidos a su despacho los boletines, volúmenes y documentos necesarios para su trabajo”.

Ninguna de las modificaciones puede ser acogida, porque no se señala de manera clara y suficiente cual ha sido el error del juzgador “a quo” en la valoración de la prueba, no citándose ninguna prueba documental o pericial como soporte de las modificaciones pretendidas, tal como exigen los artículos 191.b y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral.

CUARTO.- En el tercero de los motivos del recurso del actor, y con amparo en el art. 191, apartado c) de la Ley Procesal Laboral, se dice que procede examinar las infracciones de las normas sustantivas y de la Jurisprudencia, pero como bien se afirma por la representación letrada de la trabajadora demandante al impugnar el recurso, realmente no se señala norma

sustantiva alguna que haya sido infringida por la sentencia recurrida. Semejante omisión del recurso implica una inobservancia frontal de lo normado en los arts. 191 c) y 194.2 de la Ley de Procedimiento Laboral puesto que la suplicación es, como ha declarado esta Sala en reiteradas sentencias –sirvan de ejemplo las de 8 y 24 de enero de 1992, 29 de mayo de 1995 y 31 de marzo (AS 1997\898) y 18 de septiembre de 1997 (AS 1997\3.052)...– un recurso de carácter extraordinario, en el que la actividad de la Sala queda limitada a la pauta marcada por el recurrente, no pudiendo el Tribunal examinar la existencia de vulneraciones legales o infracciones jurisprudenciales, aún manifiestas, no invocadas por el que recurre, salvo que por su propia entidad trascendieran de manera directa e inequívoca al orden público procesal –lo que no acontece en el caso litigioso–; y cuando el recurso tiende al examen del derecho aplicado, como aquí resulta obligado dado que la sentencia estima la demanda aplicando en forma oportuna los preceptos correspondientes, concretamente cita los artículos 10, 14, 15, 18 y 24 de la Constitución, 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, 70 y 175 de la Ley de Procedimiento Laboral, si el que lo interpone no menciona los preceptos o doctrina jurisprudencial (las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que cita no constituyen jurisprudencia) que la resolución que impugna pudiera vulnerar, denunciándolo en debida forma, tal omisión impide a la Sala entrar en el estudio y decisión de aquéllos, ya que lo contrario supondría la construcción «ex officio» del recurso, cuando esta actividad está reservada en exclusiva a la parte, y la consecuencia derivada de ello no puede ser otra que la de proclamar la inviabilidad del recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia suplicada. Admitir lo contrario se traduciría en prescindir de la formalidad exigible en el recurso de Suplicación y no atenerse a las previsiones del art. 194 LPL.

En cualquier caso y, en aras a apurar en todo lo posible la tutela judicial que el recurso invoca, la Sala considera oportuno hacer patente la corrección de la decisión de instancia, en la que con todo acierto justifica la decisión adoptada, apoyándose en la normativa apropiada, conectándola con los hechos que declara probados. La representación procesal de la Xunta de Galicia alega la inexistencia de acoso moral, y examina aspectos propios de la discusión probatoria sobre la ubicación del despacho de la actora, pero no combate las afirmaciones contenidas en la Sentencia, singularmente en el Tercero de sus Funda-

mentos –con evidente valor fáctico– en donde se aportan una serie de datos contundentes sobre la existencia de un trato discriminatorio que la trabajadora viene sufriendo.

Y en estos supuestos de alegación de vulneración de derechos Fundamentales, el éxito de la pretensión de la naturaleza de la ejercitada en el debate, está supeditado a que por quien postula el amparo se haya constatado, al menos la existencia de indicios de que se ha producido una violación de los derechos fundamentales que se invocan, de conformidad con lo dispuesto en el art. 179, nº 2, de la Ley de Procedimiento Laboral; y en el caso litigioso, por la demandante se fundamentaba la acción de tutela que ejercita en una serie de hechos y este planteamiento, sin duda alguna, sirve, sin más, para constatar la apariencia de concurrencia de indicios de violación del derecho fundamental de la actora, a la igualdad y no discriminación, en relación con el resto de Jefes de Servicio, con lo que, según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras, Sentencia núm. 136/2001 de 18 de junio, se traslada a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad; y esta carga probatoria, no solo no se ha cumplimentado debidamente por el Organismo demandado, sino que por la accionante se ha demostrado, cumplidamente, la situación fáctica que servía de sustento a la pretensión deducida en la demanda; habiendo quedado constatado que su situación en el trabajo es claramente discriminatoria y perjudicial en relación al resto de personal de su misma categoría, como lo evidencia el conjunto de situaciones que se describen en el relato de hechos probados; de los que se pueden destacar: a).- que la demandante, sin justificación razonable, fue trasladada al Centro de Documentación de esta Capital, ubicado en el Laboratorio de Consumo en ..., asignándosele un despacho que carecía de ordenador, teléfono y de cualquier otro elemento para realizar su trabajo, careciendo prácticamente de ocupación efectiva. Esta decisión de la Consellería, motivó que la actora interpusiera demanda sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que fue estimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de esta ciudad, de fecha 1 de julio de 1999 (recaída en autos 420/99), y confirmada por la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia en Sentencia de 20 de octubre de 1999; b).- que en ejecución de la sentencia dictada en el anterior proceso de modificación de condiciones de trabajo, la actora fue reincorpo-

rada al edificio de Nuevos Ministerios, adjudicándosele como despacho el habitáculo de la fotocopidora, en el que sólo dispone de su mesa, sillón, dos sillas de confidente, una estantería y un teléfono; el despacho está ubicado en un punto lejano al de sus compañeros de trabajo; c).- a la actora le son denegados todos los cursos que solicita, viéndose imposibilitada para mejorar o perfeccionar sus conocimientos; d).- tanto en el año 2001, como en el 2002, le han sido denegadas las vacaciones en los periodos solicitados, interponiendo demanda ante la jurisdicción social, en el primer año se alcanzó acuerdo sobre la fecha de disfrute en la conciliación previa a juicio, y en el año 2002, se dictó sentencia estimando su pretensión.

De lo expuesto, claramente se evidencia, en criterio coincidente con el que sustenta la juzgadora de instancia, y que es compartido por el representante del Ministerio Público, que la conducta de los demandados, respecto a la actora, es indudablemente discriminatoria, con relación al resto de los compañeros de su mismo ámbito funcional, sin motivo alguno que lo justifique. Y este comportamiento, sin duda, vulnera el principio de igualdad ante la Ley, y no discriminación, que proclama el art. 14 de la Constitución; de ahí que sea correcta la decisión adoptada por la resolución impugnada de cese inmediato del mismo, debiendo concederse a la demandante el mismo trato profesional que al resto de sus colegas de servicio, con el subsiguiente derecho a ser indemnizada, en la cuantía que de forma moderada ha sido fijada por la sentencia recurrida, "quantum" indemnizatorio, que no se combate frontalmente en el recurso.

QUINTO.- El Jefe de Servicio, el code mandado don G.V.P., presenta escrito adhiriéndose al recurso de Suplicación formalizado por la Consellería recurrente, pero la figura de la adhesión al recurso de Suplicación, no se halla contemplada en la Ley de Procedimiento Laboral, de modo que, si su pretensión era recurrir la sentencia de instancia, debió anunciar el recurso y formalizarlo cumpliendo los requisitos previstos en los artículos 192 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, y aunque, en principio, anunció su intención de recurrir, al no constituir el depósito necesario el Juzgado dictó Auto teniendo por no anunciado el recurso; interpuesto recurso de Queja, el mismo fue desestimado por esta Sala, consecuentemente no se han cumplido los requisitos para poder recurrir (anuncio en forma y formalización del recurso y la omisión de los indica-

dos trámites implica la inadmisibilidad del mismo, por lo que no procede su examen.

Por todo lo que queda expuesto, procede rechazar la censura jurídica que se dirige contra la sentencia de instancia y, con desestimación del mismo, dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido, con las consecuencias previstas en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la Consellería de Innovación, Industria e Comercio da Xunta de Galicia, contra la sentencia de fecha quince de octubre de dos mil tres, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de esta Capital, en proceso sobre tutela de derechos fundamentales, promovido por la demandante doña M.T.O.D., frente al Organismo recurrente, así como frente al codemandado don G.V.P., siendo parte el Ministerio Fiscal; debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida; con imposición de costas a la Consellería recurrente, incluyendo los honorarios de la trabajadora demandante, impugnante del recurso, en la cuantía de trescientos euros (300 euros).

3818 Recurso núm. 199/2004

S.S. CONFLITO COLECTIVO. SEGUIMIENTO DE BAIXAS MÉDICAS, SEGUNDO ACORDO EXTRAESTATUTARIO DE HOMOLOGACIÓN AO PERSOAL DA EMPRESA PRINCIPAL.

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

A Coruña, a veintitrés de febrero de dos mil cuatro

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. 199/2004 interpuesto por "E., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por el comité de empresa de "E., S.A." representado por doña L.A.M. en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado EMPRESA "E., S.A." -Complejo - Hospitalario Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos De de Ferrol- y SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 431/03 sentencia con fecha 15 de septiembre de 2003 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- La actora, doña L.A.M., es presidenta del Comité de Empresa de "E., S.A." del Complejo Hospitalario Arquitecto Marcide-Profesor Novoa Santos, habiendo sido facultada para la presentación de la demanda rectora Ilmo. Sr. don M.D.L. presente procedimiento mediante acuerdo de fecha 15.07.02. Los trabajadores afectados por la cuestión debatida son los que "E., S.A." posee en el precitado centro de trabajo. 2º) En fecha 3 de diciembre de 1990, la empresa "Limpieza L.F., S.L.", adjudicataria del Servicio de Limpieza en aquella fecha, del CH Marcide Novoa Santos de Ferrol y el Comité de Empresa de dicho centro suscribieron acuerdo colectivo extraestatutario en cuyo 1º, 2º y 7º, se hacía constar lo siguiente: 1º.- La empresa se compromete a continuar garantizando, al igual que en años anteriores, a todo el personal que preste sus servicios en este Complejo Hospitalario, las mismas condiciones socio-laborales, económicas y de cualquier otra índole, que las que en cada momento regulen y tengan reconocidos el personal catalogado como "Pinches de Cocina" de la Residencia Arquitecto Marcide de Ferrol.- 2º.- No obstante lo anterior, ambas partes, Empresa y representación parcial, acuerdan que: La empresa en cumplimiento de acuerdos anteriores, seguirá complementando hasta el 100% de las retribuciones de cada trabajador, las prestaciones abonadas por la Seguridad Social, en los supuestos de Incapacidad laboral Transitoria, independientemente de la causa de la que haya derivado aquellas desde el primer día.- 7º.- La vigencia de estos Acuerdos tendrá carácter indefinido, hasta tanto en cuanto no sean modificados por otras cláusulas-cláusulas mutuamente acordadas por las partes aquí representadas.- 3º).- En fecha 29 de julio de 1992, al subrogarse la empresa "R. R., S.A." en la adjudicación del servicio de limpieza del C.H. A. Marcide, suscribió con el Comité de Empresa de dicho centro ante la Inspección de

Trabajo, Acuerdo Colectivo Extraestatutario, del tenor literal siguiente: 1º) La empresa se compromete a garantizar a todo el personal de limpieza que preste sus servicios en este Complejo Hospitalario, las mismas condiciones socio-laborales y económicas que regulen el personal catalogado como "Pinches de Cocina", incluido el plus de Peligrosidad. Responsabilidad y Dedicación (PRD), el cual se hará efectivo su devengo a partir del uno de junio de 1992, de la siguiente forma.- 2º) A partir del mes de agosto del corriente, inclusión en nómina del citado concepto. 3º) Los atrasos correspondientes a los meses de junio y julio, se harán efectivos antes del 30 de noviembre del corriente.- 4º) en fecha 5-05.94, al empresa "E., S.A." notificó al Comité de empresa lo siguiente: "Por medio de la presente les comunicamos que "E., S.A." con CIF... y nº Inscripción a la S.S. ..., ha sucedido pro subrogación con fecha 01.06.94, a "R. S.A.", con CIF ... y nº de afiliación a la Seguridad Social ... como adjudicataria del servicio de limpieza del C.H. A. Marcide, para que surta a los efectos oportunos al no disponer del contrato de trabajo suscrito por la anterior empresa".- 5º) En fecha 03.12.03, la empresa "E., S.A." notificó al Comité de Empresa del .H. A. Marcide, escrito del tenor literal siguiente: "Les informamos de que la Dirección de esta Empresa ha decidido que, a partir del próximo día 1 de enero de 2000 el riesgo de Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes sea cubierto por M.C., Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº ...- lo que ponemos en su conocimiento con el ruego de que emitan y se sirvan entregar a esta Dirección, en el plazo máximo de cinco días, el informe que, al respecto, establece preceptivamente el Real Decreto 1.993/1995, entendiéndose que la falta de respuesta en el plazo aludido supondrá su conformidad tácita.- El Comité de empresa emitió el informe preceptivo oponiéndose a la pretensión de la empresa en fecha 10.12.99.- La Empresa "E., S.A.", contestó al Comité de Empresa en fecha 15.12.99, poniendo en conocimiento de éste que el informe negativo no tiene carácter vinculante y que la decisión de la empresa de que la prestación económica de I.T. por Contingencias Comunes pase a ser gestionada, a partir del día 01.01.00, por M.C., ha sido trasladado a la Dirección de la Empresa.- Que la decisión respecto a la gestión de I.T., ha sido tomada por el Consejo de Administración del Grupo, afectando a un total de 23.000 personas (plantilla de "E., S.A.", PROSESA y "L., S.A.") y está amparada por la normativa laboral vigente. Por otro lado, debo insistir en que su

equiparación en las condiciones socio-laborales que disfrutaran las pinches del Servicio Galego de Saúde, en modo alguno alcanza a la condición estatutaria que estas puedan tener, puesto que ustedes son trabajadores por cuenta ajena encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social y sujetos tanto, al Estatuto de los Trabajadores como a la Ley General de la Seguridad Social".- 6º) en fecha 29 de febrero de 2000 tuvo entrada en este Juzgado demanda de conflicto colectivo registrada con el nº 101-00, seguido entre las mismas partes en cuyo suplico se solicitaba lo siguiente. "se dicte sentencia por la que estimando la demanda, se declare el derecho de los trabajadores afectados a ser repuestos en la protección del riesgo de Incapacidad Temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social en las mismas condiciones socio-laborales que los "Pinches de Cocina" de la Residencia Arquitecto Marcide de Ferrol, en los términos en su día pactados".- En fecha 10.3.00, se dictó sentencia tras haberse celebrado el juicio en fecha 08.03.00, en cuyo fallo se estimaba la demanda y se declaraba "el derecho de los trabajadores que forman la plantilla, encargada de la limpieza, que "E., S.A." posee en el complejo hospitalario Arquitecto Marcide-profesor Novoa Santos de Ferrol a que sean repuestos en la protección del riesgo de reincapacidad Temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social en las mismas condiciones sociolaborales que los "Pinches de Cocina" de la Residencia Arquitecto Marcide de Ferrol, en los términos en su día pactados".- Dicha sentencia fue notificada en legal forma a las partes, siendo objeto de recurso de suplicación por la empresa "E., S.A." el cual fue resuelto por sentencia del TSJ de Galicia en fecha 24.11.00, quien desestimó el mismo confirmando la sentencia de instancia.- 7º) En fecha 12.07.01, la empresa "E., S.A.", comunicó al Comité de Empresa C.H. Marcide Novoa-Santos, escrito del tenor literal siguiente: "A partir del próximo día 16.07.01 esta empresa va a iniciar un nuevo sistema para el seguimiento de las bajas médicas derivadas tanto de Enfermedad Común como de Accidente Laboral. Para ello, se han contratado los servicios de una empresa privada, "I.M., S.L." que funcionará como un Servicio Médico de Empresa propio.- Su actuación será tanto la atención de los trabajadores en situación de baja, facilitando pruebas médicas, dando una segunda opinión facultativa, etc. Como el control de la baja en aquellas situaciones en las que tal medida pueda ser necesaria".- El Comité de Empresa se opuso por escrito en fecha 24.07.01 solicitando la ejecución de la sentencia de conflicto colectivo señalándose

de comparecencia a las partes artículo 236 LPL para el día 23.10.01 dictándose auto en fecha 29.10.01 en cuya parte dispositiva se hace constar lo siguiente: "1º.- Que con declaración de que la Sentencia dictada en los presentes autos, se ha cumplido en sus propios términos por la Empresa "E., S.A." procede desestimar la pretensión de la parte actora instada por escrito de 24.07.01 al no estar incluida la misma en los términos del Fallo de la citada Sentencia y exceder de lo pedido en el suplico de la demanda, sin que quepa hacer interpretaciones extensivas del mismo.- 2º.- Acordar el archivo definitivo de la presente ejecución sin perjuicio del derecho de los actores a impugnar la decisión empresarial por el cauce procesal adecuado, demanda de Conflicto Colectivo nueva en la que se concrete con la debida precisión los términos del debate".- 8º).- En el pliego de cláusulas administrativas para la contratación del servicio de limpieza por el C.H. Marcide de fecha 09.04.01, se hace constar expresamente en el punto 8.2.4, lo siguiente: "El adjudicatario queda obligado, respecto a su personal destinado al servicio, al cumplimiento de la normativa laboral de la Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales que se encuentre vigente en cada momento. Serán de aplicación de riesgos laborales que se encuentre vigente en cada momento. Serán de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de A Coruña, de 15 de junio de 1999 (DOG de 20 de julio) y el Acuerdo suscrito en fecha 29 de julio de 1992 entre la empresa adjudicataria en ese momento y el Comité de Empresa en donde se homologaba económica y socio-laboralmente al personal de la contratación con la categoría de "Pinches de Cocina" del Servicio Galego de Saúde (Acuerdo que se adjunta)".- 9º).- El Servicio Galego de Saúde emitió informe por escrito preceptivo a la confesión judicial solicitada por la actora en fecha 31.07.03 en el que se hace constar lo siguiente: "En contestación a su solicitud de información en relación con el expediente 431/03, sobre conflicto colectivo a instancia de doña L.A.M. contra "E., S.A.", ponemos en su conocimiento que no existe ningún seguimiento de las bajas médicas de las Pinches de Cocina de este Complejo Hospitalario, distinto de la oficial.- 10º).- La demandante ostenta la condición de presidente de Comité de Empresa del C.H. A. Marcide y está habilitada para presentar la presente reclamación por Acuerdo expreso del Pleno del Comité de Empresa recogido en acta de fecha 15.07.02, en el cual se hace constar: "Se faculta al Presidente doña L.A.M., con DNI nº ..., para en nombre y

representación del Comité de Empresa, pueda ejercer cuantas acciones legales y judiciales sean procedentes en derecho, ante cualquier Administración, Organismos, Juzgado o Tribunal en defensa del seguimiento de las bajas médicas derivadas tanto de Enfermedad Común como de Accidente Laboral en las mismas condiciones socio-laborales que los "Pinches de Cocina" de la Residencia Arquitecto Marcide de Ferrol del Servicio Galego de Saúde (controladas por el Médico de Familia del Servicio Galego de Saúde y la inspección Médica del Servicio Galego de Saúde e Instituto Nacional de la Seguridad Social), frente a la decisión de la Empresa empresa de hacer además dicho seguimiento a través de los servicios de una Empresa privada".- 10°).- La empresa "E., S.A." se rige por el Convenio Colectivo de Edificios y Limpiezas de la Provincia de La Coruña, 15.06.99 y por los acuerdos colectivos suscritos en fecha 29.07.92.- 11°).- En fecha 17.07.02, se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC la cual, se celebró en fecha 1-8-01.08.02 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 doña L.A.M., en representación del Comité de Empresa del C.H. A. MARCIDE (personal laboral del servicio de limpiezas de dicho Centro), contra la empresa "E., S.A." y el Servicio Galego de Saúde, en reclamación sobre conflicto colectivo, debo declarar y declaro el derecho de los demandantes a ser repuestos en el control del seguimiento en las bajas médicas, en las mismas condiciones socio-laborales y de cualquier otra índole que la de los pinches de cocina del Servicio Galego de Saúde, a medio de los controles del propio Servicio Galego de Saúde Médicos de familia o de atención primaria e Inspección Sanitaria del Servicio Galego de Saúde) y de la Inspección Médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, prescindiendo de otros distintos a los existentes para dicho personal y manifiesta y concretamente de los servicios de una empresa privada, en los términos en su día pactados y condenando asimismo al Servicio Galego de Saúde a estar y pasar por la anterior declaración."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por doña L.A.M., en representación del Comité de Empresa del C.H. A. MARCIDE (personal laboral del servicio de limpiezas de dicho Centro), contra la empresa "E., S.A.", y el Sergas, declara el derecho de los demandantes a ser repuestos en el control del seguimiento de las bajas médicas, en las mismas condiciones socio-laborales y de cualquier otra índole que la de los pinches de cocina del SERGAS, a medio de los controles del propio SERGAS (médicos de familia o de atención primaria e Inspección Sanitaria del SERGAS) y de la Inspección Médica del INSS, prescindiendo de otros distintos a los existentes para dicho personal, y manifiesta y concretamente de los servicios de una empresa privada, en los términos en su día pactados y condenando asimismo al SERGAS a estar y pasar por la anterior declaración.

Y contra esta decisión recurre la empresa demandada "E., S.A." articulando un único motivo de suplicación, al amparo del art. 191. c) de la LPL, en el que denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 20. 4 del ET, en relación con lo establecido en el Acuerdo de 29 de Julio julio de 1992 suscrito entre los representantes de los trabajadores y la empresa "R., S.A.", anterior adjudicataria del servicio de limpieza. El referido art. 20 n° 4 del E.T. faculta al empresario a verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimientos a cargo de personal médico. Dicha facultad es un derecho de la empresa que se enmarca dentro de las facultades que el Estatuto de Trabajadores le concede y denomina "dirección y control de la actividad laboral". Esta dirección y control le compete a la empresa y en toda la extensión que le concede el referido artículo 20, entre cuyas facultades se recoge el control de las bajas médicas por parte de personal médico por ella designada, sin que ello sea ninguna interferencia en las facultades que los organismos administrativos, del SERGAS o INSS, pudieran tener reconocidas.

Por su parte el acuerdo de 29 de Julio julio de 1992 únicamente concede al personal de limpieza adscrito al Hospital Arquitecto Marcide de Ferrol las mismas condiciones económicas y sociolaborales que tiene los Pinches

de Cocina del Sergas, sin que en ningún caso pueda inferirse que el mismo contiene una derogación expresa de las facultades de dirección y control que tiene toda empresa y atribuye el Estatuto de los Trabajadores.

De entenderse que el acuerdo de 1992, supone una equiparación total de todas aquellas peculiaridades de la prestación de servicios, se estaría, no ya equiparando unas condiciones laborales de una empresa a otra, sino que se estaría equiparando regímenes jurídicos tan dispares como los del personal laboral de una empresa privada, con el sistema legal previsto para el Personal Estatutario, es decir aquel que se regula por el Estatuto del Personal No Sanitario al servicio de instituciones sanitarias de la seguridad social, regulado por la O. 05.07.71. A su juicio, una derogación de las facultades empresariales de tal alcance y calado, precisa de mención expresa, lo que no ocurre con el acuerdo de 1992, entre otras razones porque en el ánimo de las partes negociadoras del acuerdo lo único que pesaba era el negociar el pago o no de determinados pluses retributivos y nada más. En ningún momento se discutió ni estableció el derogar la aplicación del artículo 20 del ET. Además, tampoco puede acudirse a la teoría de la condición más beneficiosa, pues es constante y unánime la Jurisprudencia que exige que la condición más beneficiosa debe ser expresa y su articulación debe ser clara, pues de lo contrario, se estaría privando a las normas, en este caso al Estatuto de los Trabajadores, de vigencia y se estaría provocando inseguridad jurídica.

Por último, es preciso recordar que en anterior pleito habido entre las partes, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 24 de Noviembre de 2000, que consta aportada por esta parte a la causa, en su Fundamento de Derecho 5º, nº 3, rechaza la posibilidad de concertar el riesgo de IT por enfermedad común con una Mutua, pero de haberse ejercitado por la empresa la facultad en el plazo legal sería lícito el concertar tal riesgo con una Mutua, lo que a su juicio corrobora los criterios alegados por la recurrente.

SEGUNDO.- El examen del recurso, a la vista de los inalterados hechos probados y de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, lleva a la Sala a la conclusión de que no puede prosperar por las siguientes consideraciones:

1.- Consta probado y así se desprende del relato fáctico que en 31.05.94, la empresa

demandada "E., S.A." notificó al Comité de Empresa lo siguiente: "Por medio de la presente les comunicamos que "E., S.A.", con CIF ... y nº de inscripción a la S.S ..., ha sucedido por subrogación con fecha 01.06.94, a "R., S.A.", con CIF ... y nº de afiliación a la Seguridad Social ... como adjudicataria del servicio de limpieza del C.H. A. Marcide, para que surta a los efectos oportunos al no disponer del contrato de trabajo suscrito por la anterior empresa".

2.- Consta también acreditado que en el pliego de cláusulas administrativas para la contratación del servicio de limpieza por el C.H. Marcide, de fecha 09.04.01, se hace constar expresamente en el punto 8.2.4, lo siguiente: "El adjudicatario queda obligado, respecto a su personal destinado al servicio, al cumplimiento de la normativa laboral de la Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales que se encuentre vigente en cada momento. *Serán de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de A Coruña, de 15 de junio de 1999 (D.O.G. de 20 de julio) y el Acuerdo suscrito en fecha 29 de julio de 1992 entre la empresa adjudicataria en ese momento y el Comité de Empresa en donde se homologaba económica y socio-laboralmente al personal de la contratación con la categoría de "Pinches de Cocina" del Sergas* (Acuerdo que se adjunta)".

3.- En fecha 12.07.01, la empresa "E., S.A.", comunicó al Comité de Empresa C.H. Marcide Novoa-Santos, escrito del tenor literal siguiente: "A partir del próximo día 16.07.01 esta empresa va a iniciar un nuevo sistema para el seguimiento de las bajas médicas derivadas tanto de Enfermedad Común como de Accidente Laboral. Para ello, se han contratado los servicios de una empresa privada, "I.M., S.L.", que funcionará como un Servicio Médico de Empresa propio. Su actuación será tanto la atención de los trabajadores en situación de baja, facilitando pruebas médicas, dando una segunda opinión facultativa, etc. Como el control de la baja en aquellas situaciones en las que tal medida pueda ser necesaria".

El Sergas emitió informe por escrito preceptivo a la confesión judicial solicitada por la actora, en fecha 31.07.03, en el que se hace constar lo siguiente: "En contestación a su solicitud de información en relación con el expediente 431/03, sobre conflicto colectivo a instancia de doña L.A.M. contra "E., S.A.", ponemos en su conocimiento que no existe

ningún seguimento de las bajas médicas de las Pinches de Cocina de este Complejo Hospitalario, distinto de la oficial”.

4.- En función de lo anterior no cabe apreciar la pretendida infracción del art. 20. 4 del ET que sostiene la recurrente, pues precisamente en ejercicio de su poder de dirección empresarial y de libertad de pacto se subrogó en el Acuerdo suscrito en fecha 29 de julio de 1992 entre la anterior adjudicataria del servicio de limpieza del CH. A. Marcide, la entidad “R., S.A.”, y el Comité de Empresa de dicho centro; Acuerdo en el que se comprometía a garantizar a todo el personal de limpieza que preste sus servicios en dicho complejo hospitalario, *las mismas condiciones socio-laborales y económicas que regulen al personal catalogado como “Pinches de Cocina” del Sergas*. Es evidente que la naturaleza extraestaturaria de dicho Acuerdo impone a la demandada “E., S.A.” su obligatoriedad y cumplimiento en base a las reglas generales sobre contratación y, mas concretamente, los arts. 1.091 y 1.254 a 1.258 del C. Civil (STS de 28.03, 21.06.94 y 14.12.96), sin que resulte factible el establecimiento de *un sistema nuevo y distinto de seguimiento de las bajas médicas, a través de una empresa privada*, por cuanto dicho sistema no es el (legal) que rige para los *Pinches de Cocina de este Complejo Hospitalario*, con cuyas condiciones socio-laborales y económicas quedaron homologados los trabajadores de limpieza dependientes de la demandada, quien asumió plenamente esa obligación impuesta por el Acuerdo, al quedar ésta incorporada al punto 8.2.4 del pliego de cláusulas administrativas para la contratación del servicio de limpieza por el C.H. Marcide, de fecha 09.04.01.

No se trata, por tanto, de que dicho Acuerdo cercene o no a la empresa las facultades de verificación de las bajas médicas prevista en el art. 20. 4 del ET, sino del respeto y observancia de lo querido y pactado inicialmente por las partes, y posteriormente asumido por la demandada al incorporarse el Acuerdo a las cláusulas de la contrata, de modo que si el sistema de *seguimiento de las bajas médicas de los Pinches de Cocina del Complejo Hospitalario, es el oficial (médico de cabecera, Inspección médica y Sergas etc.)*, dicho sistema es el que, en cumplimiento de lo pactado, debe aplicarse a los trabajadores de la demandada en la contrata.

Por otro lado, aun en el supuesto hipotético de que la homologación que con-

templa el Acuerdo permitiese a la empresa, en ejercicio de su poder de dirección, el establecimiento de un sistema adicional y distinto del que rige para los Pinches de Cocina, *lo que no es el caso al no haberse hecho ninguna distinción*, es lo cierto que, tal como se desprende de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia -aunque con valor de hecho probado-, la aplicación de ese nuevo sistema de control a través de una entidad mercantil cuyos socios integrantes y medios se desconocen, no podría calificarse como ejercicio regular del poder de dirección empresarial, sino mas bien como un ejercicio anómalo o desproporcionado del mismo al haberse seguido una práctica abusiva de llamadas telefónicas externas a personas recién operadas, obligando a hacer controles en A Coruña a personal que no residía en dicha ciudad sin abonar los gastos de desplazamiento, y con la particularidad de que dichos controles no se ordenaron en casos dudosos de absentismo laboral (gripes presuntas o depresiones súbitas), sino a personal recién intervenido por los servicios públicos de salud. Además, tampoco se ha contado con el consentimiento de los trabajadores, que han tenido que soportar visitas intempestivas en sus propios domicilios de personas que se presentaban como personal sanitario sin justificar su titulación. Es evidente, por tanto, que el recurso no puede ser acogido con la consiguiente confirmación del fallo impugnado.

TERCERO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 200 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 “E., S.A.”, contra la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de FERROL, en los presentes autos sobre conflicto colectivo tramitados a instancia de doña L.A.M., en representación del comité de empresa del C.H. A. Marcide, frente a la referida demandada y el Servicio Galego de Saúde (SERGAS), debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia, con imposición a la recurrente de las costas causadas en el recurso, que incluirán la cantidad de 200 euros en concepto de honorarios del Letrado de la parte impugnante.