

3862 Recurso nº 1.319/04

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. REUNIÓN DO COMITÉ DE SEGURIDADE E SAÚDE A INSTANCIA DA PARTE EMPRESARIAL QUE NON DEBE CONSUMIR CRÉDITO HORARIO DOS DELEGADOS SINDICAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a tres de mayo 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 1.319/04, interpuesto por la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 20-2004 se presentó demanda por don J.D.B.M. en reclamación de Tutela libertad sindical siendo demandada la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de febrero de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El 25 de noviembre de 2003 la Autoridad del Puerto de Marín, demandada en estos autos, convocó al Comité de Seguridad y Salud Laboral para la celebración de una reunión de dicho Comité que se celebraría el 3 de diciembre de 2003 a las 16:30 horas. Dicha reunión se celebró en la fecha prevista, con asistencia de los delegados sindicales de UGT doña C.C.R. y don E.D.C.- SEGUNDO.- La Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra comunicó a la Sección Sindical de UGT el 4 de diciembre de 2003 que, dado que los citados delegados no son Delegados de Prevención de dicho Comité..." "el tiempo utilizado en la reunión citada deberá ser imputado al crédito horario sindical que ostenta como Delegados Sindicales, por lo que rige el mandato de comunicación previa con antelación suficiente a la empresa.- TERCERO.-

Hasta dicha fecha no se había computado dentro del crédito horario sindical por la Autoridad Portuaria demandada el tiempo utilizado por los delegados sindicales para asistir a las reuniones del Comité de Seguridad e Higiene."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la demanda presentada por don J.D.B.M., contra la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra, debo declarar y declaro que la consideración por parte de la demandada del tiempo utilizado en las reuniones del Comité de Seguridad y Salud Laboral como imputable al crédito horario sindical de los Delegados sindicales vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical y en consecuencia declaro la nulidad de dicho comportamiento, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y ordenando el cese inmediato de aquél, así como la restauración a la situación anterior y la reparación de las consecuencias que el mencionado comportamiento hubiera causado.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada sobre tutela del derecho de libertad sindical, declarando que la consideración por parte de la demandada del tiempo utilizado en las reuniones del Comité de Seguridad y Salud Laboral como imputable al crédito horario sindical de los Delegados Sindicales, vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical y, en consecuencia, se declara la nulidad de dicho comportamiento, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, ordenando el cese inmediato de aquel así como la restauración a la situación anterior y a la reparación de las consecuencias que el mencionado comportamiento hubiera causado.

Frente a dicha resolución interpone recurso de suplicación el Abogado del Estado en representación de la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra, quien al amparo del artículo 191.c) de la L.P.L. denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 18 del I Convenio Marco de relaciones laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, aprobado por resolución de 22 de diciembre de 1999, en relación con el artículo 16.3 del mismo

cuerpo legal. Alega, en esencia, la parte recurrente que los Delegados Sindicales que no sean Delegados de Prevención no son “miembros estrictos” del Comité de Seguridad Y Salud Laboral, por lo que se le deben computar como horas sindicales aquel tiempo invertido en la asistencia a comisiones, comités etc.

Para una mejor comprensión de la cuestión debatida es preciso partir de los siguientes hechos probados: a) El día 25 de noviembre de 2003 la Autoridad Portuaria del Puerto de Marín, demandada en estos autos, convocó al Comité de Seguridad y Salud Laboral para la celebración de una reunión de dicho Comité que se celebraría el 3 de diciembre de 2003 a las 16'30 horas. Dicha reunión se celebró en la fecha prevista, con la asistencia de los Delegados Sindicales de UGT, Sra. C.R. y Sr. D.C. y b) La Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra comunicó a la sección Sindical de UGT, el día 4 de diciembre de 2003 que, dado que los citados Delegados no son Delegados de Prevención de dicho Comité... “el tiempo utilizado en la reunión citada deberá ser imputado al crédito horario sindical que ostentan como Delegados Sindicales, por lo que rige el mandato de comunicación previa con antelación suficiente a la empresa”.

El invocado artículo 18 del citado Convenio, establece en su apartado 2.e): “No se computará en el antedicho crédito de horas el tiempo empleado en las reuniones con los responsables del ente público respectivo o gestiones llevadas a cabo por iniciativa en uno y otro caso de los mismos, y de modo específico en las actuaciones que se refieren a... 1.- Comités de Seguridad y Salud Laboral. 2.- Tribunales de exámenes. 3.- Aquellas otras comisiones creadas por iniciativa de las Autoridades Portuarias o Puertos del Estado, siempre que asistan los estrictos miembros de las comisiones.

A la vista de la redacción expuesta esta Sala no puede compartir la alegación formulada por la parte recurrente, ya que hay una mención expresa al Comité de Seguridad y Salud Laboral para distinguirlo y separarlo de “aquellas otras comisiones” para las que se exige la asistencia de los estrictos miembros de las comisiones; pero esta específica exigencia, que únicamente se recoge en el apartado de “otras comisiones”, no puede extenderse para las reuniones que se refieren a los Comités de Seguridad y Salud Laboral, pues si la intención de las partes hubiera sido esa o bien se hubiese hecho constar expresamente al referirse, por separado, a dicho Comité o simplemente no se hubiese hecho mención aparte del mismo, pues el término genérico de “otras comisiones”

bastaría para considerar que aquella exigencia también se extendía al mismo.

A mayor abundamiento señalar que como la convocatoria se ha hecho a instancias del Ente Público, sería de aplicación lo prevenido en el artículo 18.5 del expresado Convenio que, en su apartado j), señala que “el crédito de horas será el reconocido en este Convenio Marco a los miembros de Comités de empresa o Delegados de personal, no computándose el tiempo invertido en reuniones o gestiones que se realicen a iniciativa del Ente Público correspondiente”.

Por todo ello el tiempo invertido por los Delegados Sindicales de UGT en la reunión del Comité de Seguridad y Salud Laboral, convocada por la Autoridad del Puerto de Marín y celebrada el día 3 de diciembre de 2003, no ha de computarse dentro del crédito horario sindical que aquellos ostentan como Delegados Sindicales. En consecuencia, al haberlo entendido así la sentencia de instancia es procedente la confirmación de la misma, previa desestimación del recurso de suplicación formulado por el Sr. Abogado del Estado en representación de la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra.

Fallamos

Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de Pontevedra de fecha 5 de febrero de 2004, confirmando la expresada resolución.

3863

Recurso núm. 1.362/2004

S.S. TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. EXERCICIO DA ACCIÓN LOGO DA EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO. NON CÓMPRE QUE A LESIÓN SEXA ACTUAL. ACOSO MORAL: NON SE ACREDITAN OS FEITOS QUE ALEGA A PARTE DEMANDANTE.

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

A Coruña, a siete de mayo 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. 1.362/2004 interpuesto por don G.R.R. e "I.C., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don G.R.R. en reclamación de tutela de derechos fundamentales siendo demandado "I.C., S.A.", con asistencia del Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 821/2003 sentencia con fecha 20 de 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:

"Primero.- La parte actora, ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 04.03.98, con categoría de Jefe de Administración, percibiendo retribución mensual bruta con inclusión de patas extras de 1.332,31 €. Segundo.- El actor en marzo de 2003, inició psicoterapia con la Psicóloga Sra. D.A. El actor no ha permanecido en situación de IT. Tercero.- en fecha 08.08.03, se le entrega comunicación de despido disciplinario, con efectos desde el día 09.08.03; consecuencia de ello fue seguido procedimiento por despido improcedente en el Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, (autos nº 727/03)".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don G.R.R. contra "I.C., S.A." debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones en su contra esgrimidas".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia desestima la demanda interpuesta

por don G.R.R. contra la empresa "I.C., S.A.", absolviendo a esta de la pretensión de declaración de existencia de vulneración de derechos fundamentales imputable a la empresa y consiguiente condena a abonar por ello una indemnización de 18.000 euros por daños y perjuicios que se dicen causados "con acoso laboral" (suplico de demanda) o "con el acoso moral sufrido en el trabajo" (suplico del recurso). Frente a ella interponen recurso demandante y empresa.

El actor interesa la revocación de la sentencia dictada y se estime la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los HP (motivo 1º, con 5 apartados) y denuncia (motivo 2º) la infracción del art. 15 CE y 4.2.E ET, con invocación asimismo de los arts. 10 y 18.1 y 14 CE y 17 del ET.

La empresa interesa la estimación de su recurso en función de denunciar en el primer motivo articulado al amparo del art. 191.c) LPL la infracción de los arts. 175 y ss. LPL argumentando falta de acción y de presupuesto fáctico -que esté en vigor la relación laboral- para formular la demanda de tutela de derechos fundamentales por el procedimiento de los arts. 175 y ss LPL; y con el carácter de condicionado a la no desestimación del recurso interpuesto por la parte actora, al amparo del art. 191.a) y b) LPL denuncia infracción de los arts. 281, 282, 283, 299, 317 y ss., 324 y ss., 328, 329 y 335 y ss. LEC y 87 LPL y 24 CE, con reposición del proceso al momento de inadmisión de ciertos medios de prueba, y subsidiariamente, la misma infracción legal al amparo del art. 191.b) LPL pero sin nulidad de actuaciones y con acuerdo de práctica por la Sala de la prueba que dice si la practicada no fuera suficiente.

SEGUNDO.- A la vista de los recursos formulados y sus pretensiones, y de que salvo el primer motivo del recurso de la empresa los dos restantes están supeditados en su planteamiento efectivo para el caso "de que no se desestimase la Suplicación del trabajador", procede resolver en primer término la petición de revisión de los HDP que formula en su recurso el demandante. No obsta al efecto la objeción que formula la empresa en la impugnación del recurso del actor en el sentido de interesar su inadmisión ad liminem por considerar padece ausencia de requisitos mínimos legales. Y es que basta un examen del contenido del tal recurso para constatar que al margen de deficiencias concretas y con repercu-

sión en su caso aislada, reúne las formalidades y contenidos esenciales de la Suplicación de conformidad con los arts. 191 y ss. LPL.

TERCERO.- Interesa el actor don G.R.R. la revisión del HP 1º de instancia en orden a la categoría y salario, de modo que pase a declarar lo siguiente: “PRIMERO.- A parte actora... con categoría profesional de Director comercial e percibiendo un salario mensual de 2.753, 19 euros, incluida a parte proporcional das pagas extraordinarias, conforme ao seguinte desglose: salario base, 1.293,35 €, plus de actividade 40,90 €; prorata de pagas extras 323,34 €, e 1.095,60 en complemento fixo (801,35 €) e variable (294,25 €) por vendas conforme ao seu plan de incentivos”.

Dice la sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico 5º que en relación “a la manifestación relativa a que se limitaron las funciones del trabajador, y se modificaron sus condiciones laborales, no se especifica ni prueba en modo alguno que, las funciones propias de su cargo hubieran sido limitadas o en su caso modificadas”; y asimismo que “en relación a la cantidad dejada de percibir desde finales del año 2002 consistente en una retribución que, según el actor percibía no incluida en nómina relativa a cuantías fijas y variables en función de las ventas... debe estarse únicamente a las cantidades reflejadas en las nóminas aportadas, no habiendo sido acreditado que el actor percibiese retribución alguna no incluida en aquellas”. A partir de ello, a la vista asimismo de las pruebas invocadas en el motivo revisor, en el que se entremezclan pruebas documentales (folios 106, acta de juicio, folios 86 a 88 y 92, 221, 264 y 305, 346), “interrogatorio judicial” o confesión del representante de la empresa y prueba testifical, con mención accesoria también del informe pericial folios 62 a 70, la revisión no prospera, con independencia de que el HP 1º refleje efectivamente las percepciones salariales de nóminas, que según la última de las nóminas aportadas y dice el actor refleja: 1.293,35 € salario base, 40,90 € plus de actividad, y 323,34 € prorata de pagas extras.

El imparcial criterio judicial de instancia que subyace en el HP 1º ahora cuestionado tiene fundamento probatorio cierto y oportuno, respondiendo al regular ejercicio por parte del juzgador de las facultades que de valoración de las pruebas y según las reglas de la sana crítica le reconoce el art. 97.2 LPL y los arts. 316, 326, 348 y 376 LEC. Solo excepcionalmente el Tribunal puede revisar las conclusiones de

hecho de instancia; y precisamente para cuando algún documento o pericia (arts. 191.b) y 194 LPL) obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del juez a quo. Siendo tal lo que disponen los arts. 191 y 194 LPL y resulta de la propia naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación, careciendo así de virtualidad revisoria por sí mismas (SS TSJ Galicia de 29.11.01, 07.02.02, 22.02.02, 23.12.02...) las pruebas de confesión judicial y testifical; tanto más cuanto que al respecto el imparcial criterio del juzgador de instancia es consecuencia directa de la inmediación de la prueba.

Consecuentemente; A) No cabe revisar en razón de la “confesión” o la testifical que se invocan, en todo caso ya valoradas por el juzgador en función de la inmediación y dentro del conjunto probatorio practicado y alegaciones efectuadas. Tanto más cuanto que en el propio motivo revisor si bien llega a hablarse de “hecho conforme entre las partes”, en él se dice también que “aún que a empresa negu nas súas alegacións tanto as funcións de dirección comercial como a retribución...”, y las manifestaciones de la confesión que aparecen en el acta son diversas y complejas y la parte no las considera in integrum, aludiendo en su esencia y en todo caso a que el actor realizaba labores diversas y dentro de un equipo de trabajo y solo era una parte más del equipo... que el Consejo de Administración era el que decide la instalación de supermercados. “Que al quejarse del exceso de trabajo, algunas de sus funciones las realizaron otros compañeros... que es falso que le quitara alguna función y que le dijera...”, calificando a la postre al actor como “un mando intermedio” (no como se pretende) y reconociendo las nóminas “y eso era lo que cobraba...”. Y B) La documental y demás que se invoca no desvirtúa el fundado criterio judicial de instancia, no justifica el error de valoración preciso: 1.- Las nóminas aportadas al proceso (folios 61, 125...) y el propio contrato suscrito por actor y empresa en 3/98 y prórrogas (F. 106 y siguientes) avalan el criterio del juzgador (Fundamento Jurídico 5º.3 sentencia recurrida), sin que el objeto explicitado en el contrato acredite lo pretendido por el recurrente, máxime cuando en él se determina el salario. 2) La documental de los folios 86, 87, 88 y 92, expresiva según la parte del plan de incentivos y comunicación del gerente, no acredita error en la valoración judicial de instancia. Aparte de que la empresa en juicio impugnó “todas las copias y fotocopias aportadas por la actora y especialmente los

documentos de 22-23 y 25.01.03...“, los invocados no están revestidos de fehaciencia intrínseca valorable y en sí, también por contenidos, no justifican la categoría y salario postulados, tampoco teniendo firma o sello alguno el del folio 92. Al igual que sucede con la documental de los folios 221, 264 y 305 y 346, que son cuentas de pérdidas y ganancias de diversos años de la empresa de carácter general, y aunque reflejen ventas de diversos años no acreditan el salario y demás pretendido. Y 3.- El resto del contenido del motivo revisor, en que se entremezclan alegaciones probatorias –en esencia, las dichas- y argumentaciones de parte, carece de eficacia en términos de Suplicación, incluyendo la mención de la pericial de psicólogo de los F. 62 a 70, también sin eficacia a los efectos presentes y a los que acto seguido se dirán, solamente revelando intento de sustituir sin causa acogible el imparcial y fundado criterio judicial de instancia por el interesado de la parte.

Así pues, se rechaza el motivo revisor sin perjuicio de que el HP 1º refleje el salario que se dejó dicho aparece en nóminas, que es lo que considera realmente el juzgador conforme al Fundamento Jurídico 5º.3 de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Invocando el informe pericial obrante a los folios 62 a 70, interesa el recurrente que el HP 2º pase a declarar lo siguiente:

“Segundo.- O actor en marzo de 2003 iniciou psicoterapia coa Psicóloga Sra. D.A., que continúa na actualidade. O actor non ten permanecido en situación de I.T. Iniciou o actor a psicoterapia non por ningún tipo de patoloxía relacionada con ningún outro trastorno, senón polo malestar persoal que lle estaba ocasionando a situación que dende había meses estaba vivindo no seu ámbito laboral, presentando claras mostras de ansiedade e indefensión e sentíndose acorralado, vítima dunha inxusticia e a mercede do abuso moral ao que estaba sometido por parte do seu superior na empresa.

A finais do ano 2002, conforme a apreciación da perito informante, teríase iniciado o fustigamento psicolóxico por parte do xerente da empresa ao demandante, mediante o rexeitamento da comunicación directa (reproches vagos, críticas e negativa a dar explicacións), a súa descalificación (desprecio, insinuacións de falla de honradez, maltrato verbal), desacreditación (insinuacións acerca da súa cordura) e

aillamento (do resto dos compañeiros e clientes, privación de información, de funcións, imposición de vacacións xa disfrutadas, desposesión do seu despacho), dirixíndose a intervención psicoterapéutica a súa restitución psicolóxica, suxeríndose solicitase a baixa médica, ao que se negou por medo a represalias. En canto comezou a ter una actitude máis positiva o demandante, a hostilidade por parte do xerente fíxose maior cara el, degradándolle as funcións e reducíndolle a retribución económica, presionándolle co negocio que a esposa do demandante mantiña franquiciado coa empresa, ata proceder ao seu despedido tras negarse a aceptar una baixa voluntaria.

Dita actuación determinou o padecemento por parte do actor dos síntomas de sentimento de rechazo a súa persoa, medo a perder o seu traballo, sensación de irrealidade, de aillamento, indefensión, autoestima baixa, sensación de perda de sentido, sentimento de intencionalidade destructiva e consciente da súa persoa, inseguridade para poder comunicarse, sensación de manipulación, producíndolle síntomas cercanos ao stress e problemas funcionais de cansancio, nerviosismo, problemas de sono e dixestivos, con sentemento de impotencia, humillación e de anormalidade, así como desvalorización e humor triste”.

No se acoge la revisión. Por las razones expuestas anteriormente acerca de los requisitos de una revisión de H.P. en suplicación. Porque el juzgador de instancia motiva adecuadamente la valoración que ha efectuado del informe pericial que ahora se invoca en el Fº. Jurídico 5º.5 de la sentencia recurrida. Y porque en absoluto las razones que se invocan en el motivo revisor- y también los términos del propio texto que en él se postula- desvirtúan la valoración judicial y justifican error al efecto, siendo precisamente que la prueba pericial no vincula al juzgador y que está sometida (art. 97.2 L.P.L. y 348 LEC) a las reglas de la sana crítica.

Dice el Fº. Jurídico 5º.5 de la sentencia recurrida acerca de la pericial invocada: “Resulta acreditado que el actor haya iniciado psicoterapia con la psicóloga Sra. D.A., desde el mes de marzo de 2003 y quien, a su criterio, sufre síntomas cercanos al stress a los que denomina.... Al respecto hemos de tener en cuenta que el referido informe se basa en manifestaciones subjetivas del actor, y echándose en falta, en su caso, otros informes clínicos de psicólogos especialistas de la Seguridad Social que, pudieran, a su vez, corroborar el

tratamiento psicológico...; estimándose por tanto, que la prueba pericial practicada no acredita la existencia de indicios suficientes que permitan presumir la realidad del acoso. A mayores... el actor no ha permanecido en situación de I.T.”.

Esta valoración judicial, imparcial, razonada y respaldada asimismo por la inmediación, no se desvirtúa con lo invocado en el motivo revisor. Tanto más cuando el texto revisor que se postula está plagado de valoraciones subjetivas, hipotéticas conductas de la empresa... que aparte de no presentar auténtico valor y sentido fáctico, en ningún caso la psicóloga constató, como tampoco partió de hechos objetivamente acreditados (indicando en juicio “que no ha tenido en cuenta la historia clínica. Que no hizo ninguna prueba objetiva. Que los hechos se los contó G...”); y así lo dice el juzgador de instancia.

En suma, referido informe pericial no merece en Suplicación otra valoración que la efectuada por el juzgador y no acredita sino lo que éste deja reflejado en el H.P. 2º y Ftº. J. 5º.5 de la sentencia recurrida, no sirviendo en Suplicación su invocación probatoria para revisar el H.P. 2º como se pretende.

QUINTO.- Con base asimismo al informe psicológico dicho (folios 62 a 70), la confesión del gerente y el testigo Sr. Fariñas y la documental de los folios 92, 221, 264 y 305, interesa el recurrente se declare como nuevo H.P., que se identifica como “4º”, lo siguiente: “4º.- Dende finais do ano 2002 deixou de facerse efectiva ao actor a retribución por vendas que como Director Comercial viña percibindo á marxe do sinalado en nómina, e lle foron retiradas moitas funcións que tiña encomendadas, como o establecemento de novos supermercados”.

No procede la adición. Sustancialmente por lo que se ha dejado argumentado en fundamentos precedentes. Si la confesión y la testifical no son pruebas aptas al efecto en términos de Suplicación según se dejó anteriormente dicho (con remisión respecto de aquella a lo que quedó consignado en el Ftº. Jurídico 3º), la prueba pericial no admite otra valoración que la del juzgador de Instancia según quedó ya dicho; y la documental de los folios 92, 221, 264 y 305 ya fue valorada al hilo de la revisión postulada del H.P. 1º, sin que sea oportuna en Suplicación para acreditar lo que se pretende acerca de la retribución y funciones, debiendo mantenerse in integrum el imparcial criterio judicial al respecto.

SEXTO.- Invocando la documental de los folios 152 y 153, interesa la parte se revise el H.P. 3º de modo que pase a declarar lo siguiente: 3º.- “En data 08.08.03 se lle entrega comunicación de despedimento disciplinario, con efectos dende o día 09.08.03, facéndolle obxecto das seguintes acuasacións: “A deixadez, descuido, desidia e pasotismo, que nos últimos tempos e moi especialnete a partir da segunda quincena do mes de xullo último, se ven observando por vde. Nos cometidos propios do seu traballo habitual, que levan a un buscado e voluntario baixo rendemento no seu quefacer profesional. A falla de control pola súa parte en procesos de trascendental importancia para a empresa, como son entre outros a verificación e conformidade de partidas correspondentes aos capítulos de investimentos e gastos, e que unha vez advertidos pola empresa foron achacados por vde. nun primeiro momento a simples erros, que cando se demostrou non eran tales, pasou a recoñecer e confesar mais tarde a súa falla de capacidade e competencia para afrontar ditos controles e cometidos con precisión e rigor profesional. De ahí que atendendo a súas peticións se lle encomendara concentrar a súa tarefa na definición do calendario promocional, establecemento de tarifas de prezos e xestión dunha parte dos provedores, etc., sen que a pesar desto mellorase nin rectificase a súa actitude contumaz. Se a esto unimos o desprecio e a desobediencia que se ven reiterando pola súa parte aos mandados, ordes e instrucións empresariais, isto conduce irremisiblemente ao despido”. Por comunicación de data 11 de agosto seguinte, a empresa recoñece expresamente a improcedencia do despido anterior.

Siendo lo invocado la carta de despido cuya existencia ya declara el juzgador de instancia, al margen de su definitiva trascendencia procede incorporar al H.P. 3º su contenido, así como el reconocimiento de su improcedencia en la comunicación de 11.8.03 al juzgado del folio 152.

SÉPTIMO.- Finalmente, con base en la documental de los folios 75 a 77 y 80 a 82, o folios 184, 193 y 189 a 202, se interesa por el recurrente que se declare como nuevo H.P., el 5º, lo literal siguiente: 5º.- “Nos días previos ao despido do actor, a empresa dirixiu comunicacións a súa esposa E.L.B. o 01.08.03 e aos familiares desta, o 06.08.03, aínda que non eran avalistas da empresa, reclamando a liquidación inmediata do saldo deudor que mantiña coa empresa o supermercado franquiciado, titularidade da esposa do demandante”.

La documental invocada justifica que en fecha 01.08.03 la demandada dirigió comunicación a E.L.B. y "A.A., S.L." requiriendo para la liquidación de un saldo deudor; y que en 06.08.03 hizo lo propio respecto de B.B., L.L.B. y la comunidad de herederos de don D.L. en los términos del f. 77. Esto es lo que procede incorporar a los H.D.P. al justificarlo la documental referida. Incluso al respecto al sentencia recurrida dice –también con valor fáctico– en el Fº. Jurídico 5º.4 que "... se desprende únicamente de la documental aportada por el propio actor y de la testifical practicada a la esposa de aquel, la certeza de una deuda pendiente de liquidar con la empresa demandada".

OCTAVO.- No prospera la infracción que denuncia la empresa en el 1º motivo de su recurso. Sostiene la demandada que el actor, al tener su contrato de trabajo extinguido al tiempo de presentar la demanda por el despido improcedente habido anteriormente, no puede formular demanda a través del proceso especial del art. 175 y ss. de la L.P.L., por lo dispuesto en los arts. 180 y 182 de la L.P.L.; que "esta demanda de tutela de derechos fundamentales sólo se podría haber ejercitado simultáneamente con la demanda por despido improcedente", careciendo de acción para litigar por este cauce y no siendo posible dictar los pronunciamientos del art. 180 de L.P.L....

Si bien es cierto que el actor fue despedido de la empresa el 08.08.03 y a consecuencia de ello se siguió procedimiento por despido improcedente (en autos aparece copia de la demanda de despido interesando la declaración de improcedencia) y que ha sido con posterioridad que se ha formulado la demanda sobre tutela de derechos fundamentales propiciante de este proceso, ello no implica que el demandante carezca de acción o que no pueda litigar como lo hace, con tal pretensión y por este cauce procedimental específico. El actor está afirmando en su demanda una infracción de sus derechos fundamentales que dice fue causada por actos continuados de la empresa durante la relación laboral mantenida, los que no están embebidos en sí mismos y/o en su integridad en el despido, interesando a partir de ello el efecto previsto legalmente respecto de tal vulneración en armonía con las circunstancias subyacentes: el indemnizatorio. El procedimiento es, por tanto, adecuado; la acción, oportunamente ejercitada y con persistencia de interés legítimo al efecto, aunque la lesión denunciada no resulte actual.

Citar, asimismo, la STS de 20.06.00 RJ 5.960, en cuanto que dice lo siguiente:

"Pero el legislador laboral no ha sometido la acción de tutela a plazos breves y específicos de caducidad o prescripción, ni mucho menos ha exigido que la lesión sea actual. La demanda "habrá de interponerse –conforme el mandato del art. 177.2 LPL– dentro del plazo general de prescripción o caducidad previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión de la libertad sindical". Desde esa decisión normativa, elevar a la categoría de presupuesto de adecuación procedimental de la pretensión de tutela –como hace la sentencia recurrida– la exigencia de que la lesión sea actual, supondría infringir frontalmente el art. 177.2. Y constituirá, en todo caso, una interpretación contraria al canon establecido por el TC..."

"Obviar tal realidad y reservar la modalidad procesal de tutela para las lesiones "actuales" esto es, frente a los comportamientos antisindicales que persisten en la fecha de interposición de la demanda, sería tanto como afirmar que las acciones contra las vulneraciones de la libertad sindical deben seguir distinto cauce procesal en función de su proyección temporal y al margen de su mayor o menor gravedad, que obviamente no está condicionada por aquélla. Cuando la defensa frente a cualquier acto de injerencia, impeditivo u obstativo de su ejercicio, por el mero hecho de atentar contra dicha libertad, debe gozar de la protección jurisdiccional reforzada que la Constitución (RCL 1978/2.836 y ApNDL 2.875) otorga a todo derecho fundamental. Lo único que ocurrirá, caso de que la conducta lesiva haya cesado con anterioridad, es que la sentencia no podrá contener en su integridad el pronunciamiento complejo del art. 180.1 previsto sólo, como ya hemos dicho, para los casos en que el comportamiento antisindical persiste aun en la fecha en que aquélla se dicta. De ahí que esta Sala, en su sentencia de 26 de julio de 1995 (RJ 1995/6.342) afirmara que "la irrelevancia del agotamiento de los efectos de la lesión en el tiempo sobre el ejercicio de la acción de tutela, porque, aunque ésta pueda perder como consecuencia del transcurso de tiempo su finalidad de imponer el cese inmediato del comportamiento antisindical, ese transcurso del tiempo no altera el contenido declarativo de la acción ni su alcance resarcitorio en orden a la reparación de los efectos producidos por la lesión"...Por consiguiente, salvo supuestos excepcionales en que se pueda apreciar, "prima

facie”, que en la demanda no se alega lesión alguna del derecho fundamental como exige el artículo 177.3 o que el acudimiento al proceso preferente y sumario del art. 175 se realiza en fraude de ley —supuesto contemplado en la STS/IV de 03.02.88—, no puede declararse una inadecuación de procedimiento cuando se ejercita formalmente una acción de tutela de un derecho fundamental, siendo obligado entrar a resolver sobre la lesión denunciada. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 12/1982 (RTC 1982) y 31/1984 (RTC....”

En suma, se rechaza la infracción denunciada por la empresa en el motivo 1º de su recurso. El demandante tiene acción vigente e interés efectivo y legítimo en orden a accionar como lo hace; y al margen de que ex ante al proceso se haya producido el despido del trabajador y se haya suscitado procedimiento en orden a su improcedencia, el actual es oportuno desde el punto en que se invoca vulneración de derechos fundamentales hipotéticamente protagonizada por la empresa mediante conductas diversas durante la relación laboral y materialmente diferenciadas de la del despido. Se acciona en plazo y promoviendo el proceso previsto al efecto; y no resultando imprescindible la actualidad de la lesión, se interesa el efecto legal correspondiente al amparo del art. 180 LPL.

NOVENO.- Conociendo de la infracción que al amparo del art. 191.C LPL denuncia el actor en su recurso, la del art. 15 y otros CE y 4.2.E y 17 del ET, al hilo de la misma el demandante argumenta que fue objeto de un acoso laboral y/o moral, con vulneración de concretos derechos fundamentales. En el motivo el actor-recurrente alude de modo expreso, como expresión de la situación de “continuo fustigamiento” que se decía en la demanda sufrió por parte de la empresa, a una modificación de funciones y disminución retributiva, a los términos ofensivos en que se produce el despido y su carácter gratuito con reconocimiento de su improcedencia, a requerimientos y amenazas en relación con el negocio de la esposa.. y se afirma que fueron vulnerados sus derechos como trabajador a la integridad moral y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y discriminación..

Evidentemente, la infracción normativa que se denuncia ha de examinarse a partir de los HDP, que a salvo las revisiones que al amparo del art. 191.b) LPL se han admitido según quedó dicho en los fundamentos precedentes, se recogen en la sentencia dictada en

la instancia; no solo en los HDP, sino también lo que con valor fáctico se contiene en Fundamentos de Derecho, que aunque en lugar inadecuado tienen en su caso valor de HP según reiterada doctrina.

Asimismo, en lo relativo al acoso moral o laboral cabe tener en consideración lo que al respecto dejó dicho este Tribunal en sentencias como la de fecha 04.11.03. Tras definir el acoso en el ámbito del trabajo como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicossomáticas de ansiedad y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador al no poder soportar el estrés al que se encuentra sometido, decía esta sentencia:

“El acoso se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de la implantación de medidas organizativas —no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc.— medidas de aislamiento social —impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc.—, medidas de ataque a la persona de la víctima —críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc.—, medidas de violencia física, agresiones verbales —insultos, amenazas, rumores sobre la víctima, etc.

Pero de todas formas se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio —abusivo o arbitrario— de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona —básicamente su dignidad e integridad moral—, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés —mal entendido— empresarial. (S.TSJ Galicia de 12.09.02 AS 2.603)

También la sentencia del TSJ del País Vasco alegada por el recurrente de 26.02.02 (AS 2.932), al definir y estudiar el acoso dice: los motivos que inducen al empresario a emplear arbitrariamente sus potestades directivas son distintos de los que mueven al sujeto activo del

acoso moral a hostigar a la víctima. Y esta diferencia será la que permita distinguir los dos planos diferenciados de protección legal frente a estas conductas. Así frente al ejercicio arbitrario del poder empresarial, no estando comprometidos otros posibles y distintos derechos fundamentales, cabrán las respuestas que proporciona la legalidad ordinaria, mientras que frente al acoso la respuesta la obtendremos del art. 15.1 de la Constitución Española por constituir como antes se indicó un atentado al derecho a la integridad moral. Pero también ejercicio arbitrario del poder empresarial y acoso moral se diferencian por el perjuicio causado. En el primer caso pueden verse afectados los derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo, en el segundo su integridad psíquica, su salud mental. Esta diferencia exige por tanto la práctica de medios de prueba distintos y así quien invoque padecer acoso moral no basta con que acredite posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es preciso demuestre: «Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o en su caso como sujeto tolerante del mismo era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido. Y que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología...».

DÉCIMO.- La sentencia de instancia declara probados los servicios que vino prestando el actor para la demandada desde el 04.03.98, con categoría asignada de jefe de administración y con la retribución según nóminas que se dejó dicha a partir del Hp 1º y fundamento jurídico 5º de la sentencia recurrida, así como que en marzo de 2003 inicio psicoterapia con psicóloga, pero sin situación de IT, siendo despedido en 08.08.03 como se dijo en el fundamento 6º y que fue reconocido por la empresa como improcedente e impugnado con tal carácter. Asimismo, lo incorporado a los HP que se dejó consignado en el fundamento precedente 7º.

Y en el fundamento jurídico 5º de la sentencia recurrida, al hilo de examinar el juzgador los hechos “que considera el actor constitutivos de un acoso moral...”, se deja constatado en sus 5 apartados, también con su oportuno valor fáctico: A) Que “... no se especifica ni prueba en modo alguno que las funciones propias de su cargo-las del actor-hubieran sido limitadas o en su caso modificadas” (punto 1) B) Que tampoco “resultan

acreditadas las manifestaciones relativas al maltrato verbal sufrido por el trabajador por parte del gerente delante de otros trabajadores, obligándole a que dejara su despacho y se sentase en una esquina de la oficina...” (punto 2), razonando el juzgador -y no desvirtuado en Suplicación- que “se ha acreditado la negativa de tales hechos, a través de la testimonial practicada a los trabajadores de la empresa y quienes manifestaron...” no haber presenciado nunca altercado o enfrentamiento alguno entre el gerente y el actor...” C) Que en relación “a la cantidad dejada de percibir desde finales del año 2002 consistente en una retribución que, según el actor percibía no incluida en nómina relativa a cuantías fijas y variables en función de las ventas.... debe estarse únicamente a las cantidades reflejadas en las nóminas aportadas, no habiendo sido acreditado que el actor percibiese retribución alguna no incluida en aquellas” (punto 3). D) Que en cuanto a presiones sufridas por familiares en relación al supermercado A. “se desprende, únicamente... la certeza de una deuda pendiente de liquidar con la empresa demandada” (punto 4); lo que no se desvirtúa con lo incorporado a los Hp que quedó consignado en el precedente fundamento 7º. Y E) Que respecto a la situación psicológica del actor, el informe de la psicóloga Sra. D.A. “... se basa en manifestaciones subjetivas del actor, y echándose en falta, en su caso, otros informes clínicos de psicólogos especialistas de la SS... estimándose por tanto que la prueba pericial practicada no acredita la existencia de indicios suficientes que permitan presumir la realidad del acoso. A mayores... el actor no ha permanecido en situación de IT” (punto 5).

Por derivación de todo ello, en su fundamento jurídico 6º la sentencia recurrida concluye que no existe acreditado acoso psicológico o “mobbing”, vulneración de derechos fundamentales. Conclusión que se mantiene en suplicación, puesto que así se deriva de lo que se ha dejado expuesto deja establecido la sentencia de instancia y las modificaciones fácticas introducidas por el Tribunal no acreditan lo postulado en el recurso, cuyas argumentaciones tampoco desvirtúan los presupuestos y conclusiones de aquella sentencia que se han dejado ya puntualizados.

No hay, pues, el acoso moral pretendido, la vulneración de derechos fundamentales argumentada por el recurrente. Por lo razonado por el juzgador de instancia y el mantenimiento de sus presupuestos y conclusiones

en suplicación. Solo puntualizar al respecto lo fundamental siguiente: 1.- No aparece en lo acreditado ningún incumplimiento empresarial relevante a los presentes efectos, con trascendencia en términos de acoso moral-laboral..., en materia de abono salarial, categoría o funciones; tampoco en lo relativo a trato empresarial y condiciones de trabajo, debiendo estarse a lo que en estos aspectos se ha dejado establecido en la sentencia de instancia y fundamentos precedentes de esta propia resolución. 2.- Los términos en que se produjo el despido del actor, al margen de su peor o mejor fortuna, tampoco presentan o encierran trascendente relevancia a los efectos presentes: en sí mismos, en la impugnación que se llevó a cabo y lo relativo a su improcedencia puesto en relación con lo aquí reclamado y su fundamento y el integro contexto probado. 3.- Las comunicaciones que efectuó la empresa demandada a la esposa y familiares del actor en 1 y 06.08.03, según obran a los folios 75 a 77... y reflejado en el texto revisor propuesto por el actor el amparo del art. 191.B LPL, ponen de relieve la existencia de disensiones comerciales y la reclamación de la liquidación de un saldo que se decía deudor, pero sin repercusión o relevancia efectiva en sí mismo y en el contexto acreditado para con la pretensión presente y con independencia de que la cuestión de la deuda, en su existencia y términos, se dilucide en y por la vía oportuna. Y 4.- No se acredita, en suma, conducta concreta empresarial añadida que permita fundar la pretensión del recurrente, considerar la infracción legal y constitucional que denuncia; en ningún caso sirviendo al efecto el informe psicológico de autos, como razona el juzgador de instancia, sin que tampoco hubiera existido situación de IT.

UNDECIMO.- Así pues, el recurso del demandante debe ser rechazado con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia, que desestima la demanda interpuesta sin incurrir en las infracciones denunciadas en suplicación. Y esto propicia que no haya lugar a incurrir en las infracciones denunciadas en suplicación. Y esto propicia que no haya lugar a los motivos 2º y 3º del recurso de la empresa, expresamente formulados solo para el caso de que no fuese desestimado el recurso del demandante.

No proceden costas (art. 233 LPL), no habiendo sido impugnado el recurso de la empresa.

Fallamos

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por don G.R.R. y por la empresa "I.C., S.A." confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de Ourense con fecha 20.11.03 en autos nº 821/03, tramitados sobre tutela de derechos fundamentales a instancias de don G.R.R. contra la empresa "I.C., S.A." y con citación del M. Fiscal.

3864 Recurso núm. 1.443/04

S.S. INEXISTENCIA DOS REQUISITOS CONFIGURADORES DO ACOSO MORAL OU "MOBBING".

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a siete de mayo 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. 1.443/04 interpuesto por don A.V.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.V.R. en reclamación de despido siendo demandado "B.P., S.A.", "G.T.E., S.L." y el Ministerio Fiscal en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 957/03 sentencia con fecha cinco de febrero de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

"Primero.-El actor inició la prestación de servicios con la demandada "B.P., S.A." el día 1 de enero de 1987, ostentando la categoría profesional de Técnico Nivel 2. Segundo.- Con fecha 1 de diciembre de 2000, pasa a prestar servicios profesionales como Director de zona

en la empresa del Grupo P. "S.", posteriormente denominada "G.T.E., S.L.", con carácter de licencia extraordinaria en "B.P., S.A." Se respetan las condiciones económicas mínimas ya adquiridas así como las mejoras futuras en el Banco, no equivalentes a las de la empresa. Podría reingresar al banco en el momento en que lo solicite o cuando el Banco o la empresa lo estimen oportuno. Entonces el actor prestaba servicios para el banco en la denominada "P. Correduría de Seguros y Reaseguros S.A.U." Este cambio le supuso una mejora tanto económica como de condiciones de trabajo. Tercero.- Al frente de la empresa S. al igual que de las empresas del Grupo figuraba don J.N.R., y posteriormente se contrata para el puesto de Director General de S. a don P.R.M. Al actor en el año 1993 se le cambia la denominación de su puesto de trabajo que pasa a ser de Gerente de Promociones, ya en empresa GTE, comenzando las discrepancias con ambas personas en la forma de desempeño del trabajo. Cuarto.- Con fecha 24 de abril de 2003 el Director General de "G.T.E., S.L." don P.R.M., remite escrito a la Dirección de Recursos Humanos del Banco interesando reincorporación en aquel del actor. Por Recursos Humanos se le requiere para que emita informe sobre las razones de la petición, que hace en fecha 6 de junio, en escrito unido a los autos como prueba documental, que se resume en el sentido de opinar que el actor no fue capaz de asumir la nueva reestructuración de la empresa en la que se le adjudicaba un puesto inferior al pretendido por él, por lo que no ha desarrollado su trabajo en la forma exigida. Quinto.- La empresa da traslado de este escrito al actor, quien a su vez emite el amplio informe de fecha 26 de junio de 2003 que obra reproducido en la demanda en el hecho tercero, en el que emite su oposición sobre la forma en que se lleva la empresa por el nuevo equipo. El Director General don P.R.M. contesta a este informe en escrito de 4 de septiembre también aportado como prueba, y de nuevo el actor emite el suyo reproducido en el hecho cuarto de la demanda, en el que explica la existencia de una serie de operaciones inmobiliarias que a su juicio no gozan de la debida corrección. Sexto.- El día 7 de julio de 2003 "B.P., S.A." comunica al actor la finalización de la situación de Licencia Extraordinaria pactada y la reincorporación a la Entidad bancaria, si bien actor y Banco pactan un permiso retribuido en tanto se le busca destino concreto. En fecha 29 de octubre de 2003 se pone en su conocimiento que al no poder adjudicarle aquel, cesa por causas técnicas y organizativas, poniendo a su disposición la indemnización correspondiente. El mismo día 29 el banco

comunica al actor el reconocimiento de la improcedencia de su despido, y al amparo del art. 56.2 actual del Estatuto de los Trabajadores se pone a su disposición la cantidad de 122,308,09 € en concepto de indemnización equivalente a 45 días por año de servicio y 2.630,25 € en concepto de liquidación, cantidades que se consignan en el juzgado de lo social el día 30 de octubre. Séptimo.- Don J.N. cesó en el Banco sobre el mes de agosto recibiendo una indemnización simbólica. El Sr. M., Vicepresidente de S. se jubiló el pasado y D. V.A., responsable del Grupo de Empresas del Banco se jubiló igualmente a finales de año. Octavo.- El salario del actor en el mes de octubre de 2003, última nómina previa al despido, asciende con prorrateo a la cantidad de 4843,88 € mensuales. Noveno.- El actor aporta informe médico, no ratificado a presencia judicial, que mantiene la existencia de un cuadro depresivo reactivo grave con importantísimo componente de ansiedad, siendo reconocido el actor a partir del 23 de septiembre de 2003, motivado por el despido sufrido. Décimo.- Se celebró acto conciliatorio previo sin avenencia."

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

"FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don A.V.R., declaro la improcedencia de su despido convalidando el acuerdo empresarial de cese con indemnización efectuado el día 29 de octubre de 2003, absolviendo de la demanda "B.P., S.A." y "G.T.E., S.L."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda por entender que el despido no es nulo, sino improcedente como admitió la empresa y valida la consignación de la indemnización. Frente a ella el propio demandante interpone recurso de suplicación y al amparo del art. 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral pretende la nulidad de la sentencia y que se retrotraigan las actuaciones hasta la cédula de citación a juicio y auto admitiendo a trámite la demanda con admisión de las pruebas interesadas en el escrito de demanda, al haberse infringido normas o

garantías del procedimiento produciendo indefensión al actor, por infracción de los artículos 90.1 y 2 de la ley de procedimiento laboral y 24 de la Constitución española así como la jurisprudencia que lo interpreta.

Y ello porque interesó y solicitó en el escrito de demanda mediante otrosí la práctica del Interrogatorio de Parte, de los representantes legales de dichas mercantiles en las personas concretas de don J.M.A.M. ("B.P.", S.A.) y don M.M.B. ("G.T.E.", S.L."), ambos Presidentes y conocedores de todos y cada uno de los hechos y circunstancias que se consignaban en el escrito de demanda, sin embargo mediante Providencia de fecha 15 de Diciembre, que fue recurrida, se acordaba citar de forma genérica para la prueba a la "representación legal" de las mercantiles demandadas sin especificar y concretar a las personas que deben citarse por solicitud expresa; además solicito como documental el requerimiento a la demandada del despido, causas y finiquito del trabajador de la empresa Sr. J.N.R., así como la citación judicial de seis testigos cuya negativa supone el rechazo de la prueba y tal denegación le provoca indefensión.

El juez de instancia resolvió por auto de 21.01.04 denegar la documental por que se refería a persona ajena al pleito; cita a la representación legal de la demandada que tenga poder para absolver posiciones sin citar a personas concretas como requería el demandante y en cuanto a la testifical que deberá aportarla el actor, sin perjuicio de que, de acreditar la imposibilidad de aportarla por sí misma se acuerde para mejor proveer. Y en la sentencia recurrida en la fundamentación jurídica se dice que no es necesario completar la con prueba testifical la practicada en autos, porque la existencia del mobbing que es por lo que se litiga, no quedaría acreditado y el que no existe causa justa de despido ya está acreditado.

La demanda constituye el único elemento del proceso sobre cuya base han de determinarse las cuestiones objeto de debate procesal -entre otras, SSTC 30/1986 (RTC 1986\30), 81/1988 (RTC 1988\81), 30/1989 (RTC 1989\30), 170/1990 (RTC 1990\170) y 44/1991 (RTC 1991\44). Y La cuestión consiste en determinar si ha existido violación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, con indefensión para el recurrente, como consecuencia de la denegación de las pruebas propuestas.

Conforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a utilizar los

medios de prueba pertinentes para la propia defensa, constitucionalizado por el art. 24.2 C.E., ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo, e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva. Ello no supone desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que le es propia para apreciar la pertinencia, por relación al thema decidendi, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan, de tal manera que la denegación de pruebas que el juzgador estime inútiles no implica necesariamente indefensión, pues tal facultad denegatoria viene impuesta por evidentes razones prácticas como son evitar dilaciones injustificadas del proceso. Pero basta con que la denegación o inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional -entre otras muchas, SSTC 80/1986 (RTC 1986\80), 147/1987 (RTC 1987\147) y 50/1988 (RTC 1988\50).

En el presente caso, el examen de las actuaciones en relación con la doctrina expuesta pone de manifiesto, sin duda alguna al respecto, que la denegación de las pruebas no ha supuesto ni provocado en el demandante indefensión. Así respecto a la testifical propuesta su denegación no fue arbitraria, ni irracional ya que no era objetivamente idónea para la acreditación de hechos relevantes, ni decisiva en términos de defensa, es decir, que tuviera relevancia o virtualidad probatoria, lo que ha de ser justificado por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda como exigen también las SSTC 169/1996, de 29 de octubre [RTC 1996\169], y ello porque los testigos no fueron parte ni intervinieron en el desarrollo de la relación laboral del demandante durante la cual el alega el mobbing, y por ello nada podían saber para la acreditación de los hechos y nada justificó. Y lo mismo creemos respecto de la denegación de la documental, ya que se refería al despido de un tercero que carecía de relación con el del actor.

Y por último y en lo que se refiere al interrogatorio de los demandados, entendemos que la misma se hizo con todas las garantías y en modo alguno se le provocó la indefensión alegada ya que como dice la empresa en la impugnación del recurso, salvo supuestos muy

específicos en los que realmente tengan conocimiento de los hechos, parece un hecho notorio que un Presidente de un Banco no puede estar en el día a día de la gestión del personal empleado porque estaría expuesto a un continuo peregrinaje por los Juzgados de todo el territorio nacional. Cuando además no aparecen, ni han tenido intervención alguna en la relación de hechos que alega el actor en sus escritos de 26.06.03 y 23.09.03 reproducidos en la demanda.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso y al amparo del Art. 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral se interesa: A)- la modificación del hecho probado nº 5 que no se admite porque tal y como declara probado la sentencia, el 24.04.03 el Sr. R. interesa de la División de recursos humanos la incorporación del actor a "B.P., S.A." y recursos Humanos pide al Sr. R. informe de las actitudes, aptitudes y resultados del actor que emite el 06.06.03 (folio 5 de la documental de la empresa) y es el conocimiento de este hecho, lo que provoca "su cólera" (según manifestaciones del representante legal de la empresa) y le dicen que explique aquellas manifestaciones y las hace tal y como reconoce en la demanda, pero de la documental reseñada no resultan ni los intereses económicos del Banco, ni los despidos y ceses que pretende declarar como probados.

B)- Que el hecho probado 5º sea redactado de la siguiente manera "Que el día 7 de julio de 2003 "B.P., S.A." comunica la finalización de licencia extraordinaria pactada y reincorporación a la entidad financiera, si bien el Banco mantiene en situación de excedencia o permiso retribuido obligatorio al directivo en busca de destino concreto, sin que se haya desarrollado desde 7 de julio de 2003 hasta el 29 de octubre del mismo año ninguna función laboral por el actor, al no habersele asignado puesto concreto alguno ni adjudicarle puesto de trabajo acorde a sus funciones laborales, procediéndose al despido con fecha 29 de octubre de 2003."

La revisión no corrige la redacción de un hecho sino su contenido y como lo pretendido es lo mismo que lo que recoge el hecho impugnado la revisión no se admite, cuando además se deduce y reconoce la demandada que no llegó a incorporarse.

C)- Así mismo se pretende la modificación del hecho probado séptimo y la sustitución del mismo por el siguiente tenor "Que don J.N. cesó en el Banco por despido en el mes de

agosto de 2003 sin recibir indemnización legal alguna, el Sr. M., Presidente de SAITE se prejubiló, al igual que don V.A.M., responsable del grupo de empresas a finales de año como consecuencia directa y en virtud de las informaciones requeridas al actor en sendos informes que constan en la documental aportada en virtud de las operaciones que se contiene en los mismos en contra de los intereses de las codemandadas."

Los documentos en que se ampara son los informes aportados en el ramo de prueba del actor (documento 8,9 y 10). No se admite porque estos documentos se refieren a: nº 8 el Sr. N. pide al demandante información sobre operaciones desechadas en julio de 2001; nº 9 información sobre el Sr. F.L. septiembre 2001 y nº 10 es informe sobre la operación de Sta. C.

D)- Respecto del salario de la sentencia que declara el de 4.843,88 postula la modificación del hecho octavo toda vez que conforme la prueba documental aportada nominas de los últimos años, certificado de empresa, contratos de trabajo, declaraciones de renta (documentos 17 y siguientes del actor), dicho hecho probado debería tener la siguiente redacción: "El salario del actor conforme el importe medio anual durante el tiempo que desarrolló sus funciones laborales hasta despido en el grupo de empresas (año 2000 a 2003), al no haberse asignado puesto laboral alguno de retorno a "B.P., S.A." a fecha de despido 29 de Octubre asciende a la cantidad de 92.000 Euros anuales con prorrateo de pagas extraordinarias."

Es evidente que la revisión no puede admitirse al no hacer razonamiento ni argumentación alguna y referirse a toda la prueba documental aportada, (17 y siguientes) lo que nos lleva, conforme argumenta la sentencia de esta Sala de 18 marzo de 2004 R. Nº 4.066-03, a no admitir la variación fáctica, porque no se propone en su exigible forma, pues tal como se desprende de los arts. 188 y siguientes LPL —entre las últimas, SSTSJ Galicia de 16.01.03 R. 5.384/02; 10.02.03 R. 2.191/02; 27.02.03 R. 2.402/02—, la Suplicación es un recurso extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, de manera que sólo permite —excepcionalmente— fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo si el error valorativo sufrido en la instancia por el Juzgador se evidencia de documentos y pericias (art. 191 «El recurso de suplicación tendrá por objeto: [b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas»), citadas con la ade-

cuada precisión (art. 194.3: «También habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión») y acompañadas de la oportuna argumentación (art. 194.2: «En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos»), sin que en ningún caso la Sala pueda auxiliar en la construcción de recursos defectuosos en su formulación.

Prevenciones todas ellas que son desatendidas en el presente recurso, cuando se propone un nuevo salario y por todo argumento se señala la casi totalidad de la prueba aportada por la propia parte, sin razonamiento adicional, cálculo o precisión alguna, pretendiendo con ello que la Sala haga una valoración íntegra de la prueba practicada, lo que es improcedente en este trámite extraordinario del Recurso de suplicación

E)- Igual fundamento nos sirve para denegar la revisión de hecho probado noveno porque pretende sustituir la redacción de la sentencia de instancia por la suya sin acreditar el error del juez de instancia en su valoración.

TERCERO.- Como tercer motivo del recurso y al amparo del Art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia la infracción de los art. 10, 15, 35, 18 y 14 de la constitución española y 179.2 de la ley de procedimiento laboral así como error en la valoración de la prueba, entendiéndose que el despido es nulo al entrar en juego la figura del mobbing.

En la demanda se alega para justificar el mobbing que desde diciembre de 2000 y en virtud del escrupuloso desempeño de sus cometidos laborales, empezaron a surgir con el Director Financiero fricciones y conflictos importantes, al no aprobar operaciones que entendía no eran interesantes para la entidad que representaba o con volúmenes y precios de mercado por encima de valoración, originando todo ello un apartamiento claro y rotundo de la organización y organigrama de dicha mercantil, poniéndose en entredicho su hacer profesional argumentando dejadez o falta de diligencia en sus funciones.

De dicha alegación que no prueba, no puede extraerse ni la existencia de mobbing, ni la vulneración de sus derechos dada la generalidad de las expresiones que utiliza. Y también sigue diciendo que la situación de hostigamiento y presión laboral alcanza su máximo exponente con la contratación de don P.R.M., actual Director General de "SAITE" — hoy: "G.T.E., S.L.", persona que a su vez fue

fichada por el nombrado Director Financiero don J.N.R., quien a su vez siguió con actuaciones tendentes única y exclusivamente canalizadas a mi abandono de dicha empresa con vuelta a "B.P., S.A." Pero desconocemos que actuaciones y en que consiste el hostigamiento al no haberse acreditado nada.

Es cierto que se le cambia la categoría profesional y el salario en un nuevo organigrama creado, en el que se le denomina como Gerente de Promociones, pero dicho cambio fue en el año 2001 y si bien hubiera justificado una MSCT como justifica la sentencia de instancia, no puede ser ahora alegado para ver en ello el mobbing.

Pero además es que el propio demandante reconoce desde el inicio la falta de sintonía personal entre él y el Sr. R. respecto a la forma de gestionar la empresa y en sus escritos de 26.06.03 y 23.09.03 que reproduce la demanda lo dice claramente: "visión o perspectiva distinta y hemos mantenido una diversidad de opiniones-criterio en diferentes asuntos". Y en el recurso que "el Sr. R. y Sr. N. cuestionan sus decisiones y juzgan de manera ofensiva su trabajo" que se le utiliza para redactar unos informes, y no es cierto, por que se le dice que aclare la actuación no diligente en su trabajo, que le imputa el Director R. para trasladarle a "B.P., S.A." y el contesta criticando a los superiores con frases como: "Carece de una actitud participativa, en cuanto al trabajo en equipo, teniendo un nulo espíritu de colaboración son sus subordinados y compañeros". Elude sus responsabilidades y traslada la misma a los subordinados. Acoso laboral por su parte, creando continuas situaciones desagradables con terceras personas ajenas a la empresa, efectuando comentarios que deberían quedar siempre dentro de la órbita o seno interno de la empresa etc.".

Es evidente que sus relaciones laborales no eran buenas, y su trabajo no satisfactorio como declara el testigo en el acto del juicio oral, lo que justificó el traslado al Banco y luego su despido; pero en esta actuación no hay acoso, ni mobbing, porque el acoso se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de la implantación de medidas organizativas —no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc.- medidas de aislamiento social —impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc.-, medidas de ataque a la persona de la víctima —críticas hirientes, vejaciones, bur-

las, subestimaciones, etc., medidas de violencia física, agresiones verbales —insultos, amenazas, rumores sobre la víctima, etc.

Pero de todas formas se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio —abusivo o arbitrario— de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona —básicamente su dignidad e integridad moral—, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés —mal entendido— empresarial. (S.TSJ Galicia de 12.09.02 AS 2.603)

También la sentencia del TSJ del País Vasco de 26.02.02 (AS 2.932), al definir y estudiar el acoso dice: los motivos que inducen al empresario a emplear arbitrariamente sus potestades directivas son distintos de los que mueven al sujeto activo del acoso moral a hostigar a la víctima. Y esta diferencia será la que permita distinguir los dos planos diferenciados de protección legal frente a estas conductas. Así frente al ejercicio arbitrario del poder empresarial, no estando comprometidos otros posibles y distintos derechos fundamentales, cabrán las respuestas que proporciona la legalidad ordinaria, mientras que frente al acoso la respuesta la obtendremos del art. 15.1 de la Constitución Española por constituir como antes se indicó un atentado al derecho a la integridad moral.

Pero también ejercicio arbitrario del poder empresarial y acoso moral se diferencian por el perjuicio causado. En el primer caso pueden verse afectados los derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contra-prestación por el trabajo, en el segundo su integridad psíquica, su salud mental.

Esta diferencia exige por tanto la práctica de medios de prueba distintos y así quien invoque padecer acoso moral no basta con que acredite posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es preciso demuestre: «Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o en su caso como sujeto tolerante del mismo era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido. Y que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología...»

Pues bien, examinados los hechos probados, entendemos que no existen datos

para que prospere la acción ejercitada, no hay ataque a su dignidad profesional, no se acreditó la discriminación sino un cambio de organización que no aceptaba, ni su imagen y honor fueron atacados, son solo alegaciones de parte que no fueron probadas tal y como consta en la relación de hechos probados.

Por ello desestimamos también el último motivo del Recurso de suplicación ya que el depósito efectuado por la empresa reconociendo el despido improcedente es conforme al artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores al no acreditar salario diferente del que se declara en la sentencia y consigna la empresa; tal y como hemos desestimado vía de revisión.

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 A.V.R., contra la sentencia de fecha 05.02.04, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, en el Procedimiento nº 957-0.3 sobre despido debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3865 Recurso núm. 1.620/04

S.S. CONFLITO COLECTIVO. INAPLICACIÓN DE ESTIPULACIÓN NO ACORDO DE FUNCIONARIOS A PROL DO PERSOAL LABORAL. EXISTENCIA DE REGULACIÓN PROPIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a siete de mayo 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. 1.620/04 interpuesto por el Ayuntamiento de

Porriño contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.G.E. en su calidad de Presidente de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado el Ayuntamiento de P. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 23/04 sentencia con fecha cuatro de febrero de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“1.- El Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal al servicio del Ayuntamiento de P., publicado en el BOP de Pontevedra el 16.03.00, recoge en su art. 17 la posibilidad de disfrutar de 9 días de permiso al año para asuntos personales sin justificación y retribuidos, atendiendo siempre a las necesidades del permiso 2.- El art. 1 del mismo dispone que dicho acuerdo será aplicable a los funcionarios en activo del Ayuntamiento, establecido su párrafo segundo que: “las normas del presente acuerdo serán de aplicación al personal laboral en todo lo que sea compatible con su especial status jurídico” 3.- En las negociaciones y firma del acuerdo estuvo presente el Sr. G.G. personal laboral del referido Ayuntamiento. 4.- El Acuerdo mencionado sustituyó al firmado en el año 1992, siendo el tenor del art. 1 idéntico en ambos acuerdos. 5.- Desde el 01.01.93 al 15.05.03 no consta la entrada en el registro del Ayuntamiento de escrito alguno solicitando días por asuntos propios del personal laboral. En el mes de diciembre de 2003 se solicitaron por parte de algunos trabajadores del Ayuntamiento el disfrute días por asuntos propios, siendo denegadas las mismas por regularse en el acuerdo dicha posibilidad. 6.- Con fecha 28.11.03 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose la misma el 12.12.03, 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 don M.G.E. contra el Concello de P., se declara el derecho del personal labo-

ral del referido Ayuntamiento a disfrutar de los días de asuntos propios regulados en el art. 17 del Acuerdo Regulador.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Recurre la parte demandada la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas para lo cual, en sede jurídica, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia como infringidos por interpretación errónea o aplicación indebida del art. 1º y 17 del Acuerdo Regulador de condiciones de trabajo del personal al servicio del Concello de P. y los arts. 3, 1.281 y 1.282 del Código civil argumentando, en esencia, que el acuerdo regulador fue negociado, a tenor del art. 1º) del mismo, para los Funcionarios Municipales ya que su estatuto jurídico es distinto del personal laboral, y como al mismo tiempo no existía un convenio que regule las condiciones de trabajo del personal laboral del citado Ayuntamiento, se introdujo un apartado en aquel precepto para extender la aplicación del citado Acuerdo a dicho personal laboral cuando no existiese regulación propia sobre alguna materia, en tal sentido debe interpretarse la norma diecisiete del Acuerdo, pues la voluntad de las partes fue esta desde la primera regulación en 1992 como resulta de que ningún trabajador solicitase el disfrute de días propios hasta el año 2003, pues ellos ya tiene en el Estatuto y en sus convenios de aplicación regulados los permisos, sin que pueda considerarse la citada norma como una cláusula de homologación o de equiparación entre personal laboral y funcionario, por lo que solicita la revocación de la resolución recurrida.

El recurso debe ser atendido en base a las siguientes razones: a) El acuerdo litigioso no es un convenio colectivo, dado que el trámite y normas seguidos para su formación no ha tenido en cuenta a la representación de los trabajadores, sino que fue elaborado por la mesa de negociación, con la intervención de los sindicatos y representantes de los Funcionarios Públicos, pues la “presencia de un trabajador personal laboral”, del que no consta ostente representación alguna de dicho colec-

tivo, no permite dar a dicho acuerdo la naturaleza mixta de Acuerdo y Convenio Colectivo, sino que ha de considerarse un Acuerdo específico de la Función Pública, acogido al régimen de la Ley 9/1987; b) el pacto que contiene el art.1 del citado acuerdo, ha de considerarse como una estipulación a favor de tercero – el personal laboral –, que podrá exigir su cumplimiento en tanto en cuanto le beneficia, pero como tal estipulación también ha de ser interpretada a la luz del art. 1.289 del Código civil, es decir, tal cláusula concede beneficios sin contraprestación alguna por lo que se ha de interpretar restrictivamente; c) desde la óptica normativa del Acuerdo, se ha de entender la generalidad de dicha cláusula en sentido de norma subsidiaria, esto es, se aplicará en lo que resulte beneficioso para el personal laboral, siempre que no existe regulación propia en la materia, lo que nos lleva a examinar si el contenido del art. 17 de dicho acuerdo es aplicable al personal laboral, y entendemos que el mismo no le es de aplicación desde el momento en que dicho personal tiene regulada la materia de permisos y licencias en el art. 37 LET donde en su apartado tercero se regulan los permisos por matrimonio, nacimiento de hijo, fallecimiento de parientes, traslado de domicilio etc., es decir que existe una regulación normativa propia que impide la aplicación a dicho personal del acuerdo, lo contrario, convertiría al personal laboral en una mejor situación pues de una parte tendría derecho a los permisos estatutarios mas lo que convencionalmente les fueran aplicables – de existir un convenio –, mas los del citado acuerdo, lo cual no parece razonable; d) por último entendemos que la aplicación al personal laboral del art. 17 del mentado acuerdo, en particular de los nueve días de permiso por asuntos propios, afectaría de forma directa a la jornada laboral de dicho personal, fijada en cuarenta horas semanales (vf. 44), de modo que acogiéndose a un pacto previsto para otra personal, el funcionario, reducirían su jornada habitual, razones todas que avalan, la no aplicación del citado precepto, con lo que se acoge el recurso y con revocación de la resolución recurrida se desestima la demanda rectora de los autos.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por Ayuntamiento de P. contra la sentencia dictada el 04.02.04 por el Juz-

gado de lo Social Nº 4 de Vigo en autos Nº 23-04 sobre conflicto colectivo contra Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI CSIF) y con revocación de dicha resolución desestimamos la demanda rectora de los autos y en consecuencia absolvemos al demandado recurrente de las pretensiones en su contra deducidas.

3866 Recurso nº 851/04

S.S. IMPROCEDENCIA DE DEMANDA RESCISORIA DE CONTRATO DE TRABAJO, AO NON SE ACREDITAR INCUMPRIMENTO GRAVE DAS OBRIGAS DO EMPRESARIO.

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

A Coruña, a diez de mayo 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 851/04 interpuesto por don P.S.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 610/03 se presentó demanda por don P.S.C. en reclamación de rescisión de contrato siendo demandado “A., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintiocho 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: “1º.- Don P.S.C., con D.N.I. número ..., inició su relación laboral con la empresa “A., S.A.”, con fecha 12 de febrero de 1981 con la categoría de Oficial Administrativo, realizando funciones de gerente, relaciones públicas y comerciales, gestión administrativa de aduana, etc. 2º.- La empresa se creó por don E.B.C. y don P.L.V., socios fundadores al 50%. Este último es suegro del actor. 3º.- Por medio de escri-

tura pública nº 1159 de fecha 28.03.95, del Sr. Notario de Vigo, don J.A.S.S., los socios de "A., S.A." venden las acciones de la empresa a la Sociedad "S., S.A.", en la forma y condiciones que se especifican en dicha escritura (folios 159 a 163) que se da por reproducida. 4º.- Con fecha 24.04.95, ante el Registro mercantil de Pontevedra, se presentó por "A., S.A.", Libro Inventario y Cuentas. Se aportó como prueba de la empresa demandada. 5º.- El 21 de marzo de 1995 se otorga escritura de apoderamiento nº 1.161 del Notario de Vigo, Sr. S.S., por "A., S.A." a favor de don P.S.C. y otros. 6º.- El 25 de junio de 2003 se otorga escritura de revocación de dicho poder, con nº 982 del Notario de Vigo, don M.L.S. En la misma fecha se comunica al actor lo siguiente: Muy señor nuestro: Se le comunica, por medio del presente escrito, que esta entidad, "A., S.A." en su representación suficiente para ello, ha tomado la decisión de dar por rescindido su contrato de trabajo de alta dirección, por desistimiento, en base a lo determinado en el Art. 11 número 1 del Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto. Dicha rescisión lo será con efectos desde fecha 26 de junio de 2003, abonándosele pues, en metálico, los salarios correspondientes al lazo de preaviso de tres meses que establece, para estos supuestos, el citado Art. 11, número 1 de aquel Real Decreto. En dicha fecha se le abonará la indemnización legalmente establecida, así como la liquidación de los demás devengos económicos debidos". 7º.- En esa misma fecha se firma por el actor lo siguiente: "Muy señor nuestro: como consecuencia de la decisión tomada por la Empresa de proceder a la rescisión de su contrato de trabajo de alta dirección por desistimiento (Art. 11 nº 1 del R.D. 1.382/85 de 01.08) con efectos del día 25 de los corrientes, (notificada y recibida por Ud. El 25.06.03) ponemos en su conocimiento que a partir del día de hoy tiene a su disposición en las oficinas de esta Empresa, la cantidad de 22.570 euros (veintidós mil quinientos setenta euros) por los conceptos y cantidades que se reseñan a continuación: Omisión preaviso 3 meses... 16.276 IRPF 28%... -4.557 Total... 11.719. Indemnización 7 días por año de antigüedad (antigüedad en el cargo 8 ? años)... 10.851. Total a percibir... 22.570. La liquidación correspondiente al abono de las Pagas extraordinarias y vacaciones que le pudieran corresponder al día 25.06.03, están pendientes de cálculo en tanto esta Dirección no sea conocedora si ejerce ud. la opción de continuar en la Empresa con las funciones de oficial 1º administrativo anteriores a su nombramiento como gerente. Rogamos acuse recibo firmando el recibí en la copia adjunta". 8º.- El 1

de julio el actor remite a la empresa escrito siguiente: "Por la presente le comunico, en respuesta a la suya de 25 de junio, que ejerzo la opción de continuar en la empresa en las condiciones anteriores al ejercicio de alta dirección". 9º.- En los meses de julio a octubre, el demandante percibía como salario lo siguiente: julio S.B. 475,40; antigüedad 261,47; I.T. E. Común 318,124; Total 1.055 Euros. Base de cotización 1.689,71 Euros. En agosto I.T. E. Común 1.909,44 €. Base de cotización 2.652,00 €. Septiembre I.T. E. Común 1.989 €. Base de cotización 2.652,00 €. Paga extra septiembre 1.004,82 €. Octubre I.T. E. Común 2.055,30 €. Base cotización 2.652 €. 10º.- Hasta marzo de 1.995, el actor percibía 175.399 Ptas. de salario base, antigüedad y prorrateo de pagas extras, y 164.469 como sueldo complementario. En listado de asientos contables, aparece comisiones de don P.S.C., Enero 1995, 46.502 Ptas. Febrero 1995, 46.502 Ptas. y Marzo 1995, 46.502 Ptas. 11º.- A partir de la opción por la relación laboral común, 26.07, la categoría del actor vuelve a ser la de Oficial 2ª Administrativo. Su puesto de trabajo es una mesa en la oficina, con ordenador y teléfono; realiza funciones de archivo de carpetas, declaraciones, fotocopias, punteo de listado y ayuda a compañeros. No sabe labores de informática. 12º.- Con fecha 24 de julio, el actor cae de baja laboral, I.T. por enfermedad común, en la que sigue. El parte médico dice: Diagnóstico: Depresión adaptativa. 13º.- Se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e conciliación, que resultó sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don P.S.C., contra la empresa "A., S.A." debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones de la demanda".

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

QUINTO.- Con fecha 07.05.04 se dictó auto incorporando documental a petición de la empresa "A., S.A."

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el demandante en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia se estime la demanda declarando la extinción de su contrato con abono

de indemnización de 45 días de salario por año de servicio, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa (motivos 1º y 2º) la revisión de los H.P. y denuncia la infracción del art. 50.1.a) ó c) en relación con el art. 49.1 J) del E.T. (motivo 3º) y (motivo 4º) del art. 50.2 E.T.

SEGUNDO.- No constituye óbice a la resolución del recurso el despido del demandante de que ha traído noticia a este proceso la empresa al hilo de impugnar el recurso y que consta en la documental aportada en esta fase de suplicación. Y es que de ello lo que aparece es que el demandante fue despedido el día 14.01.04 y que ha sido impugnado jurisdiccionalmente.

Se está en presencia de una acción resolutoria ejercitada por el trabajador seguida de despido adoptado tras dictarse sentencia en 1ª instancia en el proceso que motivó referida acción rescisoria, siendo exigencia inexcusable a los efectos de este último proceso que el trabajador haya impugnado el despido en tiempo y forma, pues caso contrario, consumado el despido, quedaría impedida la pretensión resolutoria vía art. 50 E.T. al exigir ésta la pervivencia del vínculo al tiempo de recaer sentencia. El derecho atribuido al trabajador por el art. 50 E.T. exige que la relación contractual que se pretende resolver se mantenga al tiempo de la decisión judicial dirimente, ya que si no permaneciera, la decisión carecería de causa; y si bien la posterior resolución contractual por decisión unilateral del empleador no puede enervar la acción resolutoria del trabajador, debiendo decidirse prioritariamente esta última, según declara cierta jurisprudencia (STS 04.02.86, 05.12.88, 30.04.90), en todo caso es necesario que el despido sea impugnado oportunamente, pues en otro caso la decisión extintiva unilateral del empleador, al ser consentida por el trabajador, consolidaría el efecto extintivo. La STS de 22.05.00 hace hincapié en ello, argumentando la necesidad de impugnar el despido producido después de la presentación de la demanda de conciliación ejercitando acción del art. 50 E.T. y que para evitar situaciones abusivas, a partir de la reforma de la L.P.L. de 1990 “se estableció la necesidad del ejercicio conjunto de las acciones de despido y extinción del contrato, cuando cronológicamente coincidan ambas situaciones...”. En el caso presente, al haberse producido el despido del actor incluso después de haber sido dictada sentencia en instancia en el actual proceso de resolución contractual a petición del trabajador

y aparecer aquel impugnado, según lo que se dejó dicho no aparece obstáculo en orden a la resolución del presente recurso, sin que proceda otra decisión al efecto.

TERCERO.- Interesa la parte se declare como nuevo H.P., el 14º, que “la categoría profesional del actor era la de jefe 1ª administrativo, al menos desde 01.06.95”. Invocándose al efecto la documental de los folios 229, 228 y 227 y 32 y 31, a tales folios obran nóminas de los meses de junio, julio y agosto de 1995 y mayo y junio de 2003 en las que consta como categoría profesional del actor a partir de junio de 1995 la de Jefe 1ª administrativo. Consecuentemente, procede declarar como H.P. que al actor se le asignó la categoría profesional de Jefe 1ª administrativo a partir de junio de 1995, sin perjuicio de insertar tal hecho en las probadas vicisitudes de la relación que mantenía entonces con la empresa –que en concreto era en tales fechas una relación de alta dirección, según surge de los H.D.P.– y cuando se le retira referida condición conforme a los H.D.P. 7º, 8º y 11º y valorarlo debidamente en su lugar oportuno (cuando se examine el derecho aplicado).

CUARTO.- Interesa asimismo la parte recurrente que “procede sustituir el segundo párrafo del H.P. 10º de la sentencia por lo siguiente: “Las comisiones que venía percibiendo el actor, que se le abonaban mensualmente, ascendieron en los meses de enero, febrero y marzo de 1995 a un total de 851.580 pesetas, lo que hace un promedio mensual, en dicho período y concepto, de 283.860 pesetas ó 1.706 Euros. La suma de todo lo anterior arroja una retribución mensual a fecha de 30 de marzo de 1.995, de 623.728 pesetas o 3.748,68 Euros”.

El párrafo impugnado dice: “En listado de asientos contables, aparece comisiones de don P.S.C., enero 1995, 46.502 ptas., febrero 1995, 46.502 ptas. y marzo 1995, 46.502 ptas”. La prueba invocada en el motivo revisor consiste en los listados de asientos contables aportados de 1995, citando en concreto los folios 99 a 101 y 110 a 113, y también los folios 44 a 98, listado de comisiones de 1994.

Este Tribunal viene reiteradamente argumentando que a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (SSTS de 17.10.90 Ar. 7.929 y 13.12.90 Ar. 9.784), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certi-

dumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 03.03.00 R. 499/00, 14.04.00 R. 1.077/00, 15.04.00 R. 1.015/97, 22.06.00 R. 2.756/00, 13.07.00 R. 1.340/97, 13.10.00 R. 2.500/97, 26.10.00 R. 4.397/00, 20.09.01 R. 3.892/01...).

En el caso resulta que la documental que se alega por el recurrente, aparte de que la empresa impugnó en juicio la veracidad del listado de asientos contables de 1995 aportados por el actor, en sí no está revestida de la exigible fehaciencia en términos de suplicación, tratándose de listados de elaboración particular y sin firmas que, además y según alega la empresa –no recurrente al haber sido la sentencia desestimatoria de la demanda-, aparecen contradichos por las nóminas de los meses de enero y siguientes de 1995 aportadas (folios 232 y siguientes) y sin corroboración por otros documentos; como la alegada “ficha mayor” de la empresa correspondiente a 1994, folios 175 a 186, que indica las retenciones a cuenta por trabajador según salarios y comisiones percibidas. Precisamente, en esta “ficha mayor” aparece el actor hasta el 31.12.94 con retenciones sólo sobre las nóminas y sin indicarse comisiones, que sin embargo sí refleja comisiones (folio 177) de doña P.L.G., que se dice esposa del actor, lo cual no armoniza con las alegaciones de recurso y los listados de comisiones del año 1994 aportados por el actor y también invocados en el motivo, folios 44 a 98, apareciendo también la citada doña P.L.G. en el listado de comisiones de 1995 aportados por el actor, si bien con correcciones y tachaduras del nombre, folios 114 a 130.

De este modo, tampoco habiendo sido practicada prueba pericial u otra de fehaciencia al respecto, la Sala concluye que la prueba invocada no es oportuna para revisar el H.P. como se pretende y que el juzgador de instancia, al margen de su en todo caso poco definitorio razonamiento concreto –que además reinterpreta el recurrente- y dado que lo que a la postre declara se limita a decir que en “listado de asientos contable aparece comisiones...” -sin concreción de la vinculación de tales asientos ni declaración acerca de percepciones reales concretas, aunque sí lo hace con

los salarios-, no da por probado, siendo lo interesado por el recurrente que vino percibiendo realmente un total de 851.580 pts. por comisiones en los meses de enero, febrero y marzo de 1995 y que en suplicación y a partir de la sentencia recurrida no se justifica en la imprescindible legal forma exigible, como resulta sustancial en términos revisorios.

QUINTO.- La infracción jurídica que se denuncia en el recurso al amparo del art. 191.c) L.P.L. concreta las “circunstancias del caso” y su subsunción en el art. 50.1.a) o, subsidiariamente, en la letra c) del mismo precepto en la forma que acto seguido, y en esencia, se dice. Indicando que “desde la reanudación de la relación laboral común (01.07.03),” alude el recurrente, primero, a “la categoría profesional”, afirmando, en conclusión, que al actor “se le degrada unilateralmente la categoría, rebajándosela de jefe de 1ª administrativo a oficial 2ª”; luego alude a “las funciones”, afirmando que si conforme al H.P. 5º hasta que el actor fue promovido a alto cargo a fines de marzo de 1995 realizaba funciones de gerente..., según el H.P. 11º, a partir de la reanudación de la relación laboral común suspendida “su puesto de trabajo es una mesa en la oficina, con ordenador y teléfono y que realiza funciones de archivo de carpetas, declaraciones, fotocopias, punteo de listado y ayuda a compañeros...”; finalmente, indica “la retribución”, acudiendo a los H.P. 10º y 9º y argumentando que “... al actor ya no se le abonan ni sueldo complementario, ni comisiones, con lo que su condición económica se ha visto drásticamente modificada en peor, en conceptos y cantidad...”.

SEXTO.- Los H.D.P. definitivamente ponen de relieve lo fundamental siguiente: A) El actor inició su relación laboral con la empresa “A., S.A.” en 12.02.81, como oficial administrativo, realizando funciones de gerente, relaciones públicas y comerciales, gestión administrativa de aduana etc (H.P. 1º). B) La empresa fue creada por dos personas, socios fundadores al 50%, uno de ellos suegro del actor (H.P. 2º). C) Mediante escritura pública de 28.03.95 los socios de “A., S.A.” venden las acciones de la empresa a “S., S.A.” (H.P. 3º), y en abril siguiente se presentó por “A., S.A.” libro Inventario y Cuentas ante el Registro Mercantil (H.P. 4º). D) En 21.03.95 se otorgó escritura de apoderamiento por “A., S.A.” a favor del actor y otros (H.P. 5º). Asimismo, desde junio de 1995 aparece con la categoría en nóminas de jefe 1ª

administrativo. Al hilo todo ello de establecerse relación de alta dirección. Como también con su correspondiente valor fáctico se dice en el Fº. Jurídico 2º de la sentencia recurrida: "... ocurre que en el año 1995 la empresa "S., S.A." adquiere la empresa (sociedad), cediendo un 10% al actor, y se le otorgan poderes, asumiendo cargo de confianza, que les es reiterado en junio de 2003, se le comunica dicho cese de alto cargo...". E) Efectivamente, dado que en 25.06.03 se revoca el poder dado al actor y se le comunica lo que se dice al H.P. 6º: "Muy Sr. nuestro: Se le comunica, por medio del presente escrito, que esta entidad, "A., S.A." en su representación suficiente para ello, ha tomado la decisión de dar por rescindido su contrato de trabajo de alta dirección, por desistimiento, en base a lo determinado en el Art. 11 número 1 del Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto. Dicha rescisión lo será con efectos desde fecha 26 de junio de 2003, abonándosele pues, en metálico, los salarios correspondientes al plazo de preaviso de tres meses que establece, para estos supuestos, el citado Art. 11, número 1 de aquel Real Decreto. En dicha fecha se le abonará la indemnización legalmente establecida, así como la liquidación de los demás devengos económicos debidos". Y el actor, en la misma fecha, firma lo que se dice al H.P. 7º: "Muy Sr. nuestro: como consecuencia de la decisión tomada por la Empresa de proceder a la rescisión de su contrato de trabajo de alta dirección por desistimiento (Art. 11 nº 1 del R.D. 1.382/85, de 1 de agosto) con efectos del día 25 de los corrientes, (notificada y recibida por Ud. El 25.06.03) ponemos en su conocimiento que a partir del día de hoy tiene a su disposición en las oficinas de esta Empresa, la cantidad de 22.570 euros (veintidós mil quinientos setenta euros) por los conceptos y cantidades que se reseñan a continuación: Omisión preaviso 3 meses... 16.276 IRPF 28%... -4.557 Total... 11.719. Indemnización 7 días por año de antigüedad (antigüedad en el cargo 8 ? años)... 10.851. Total a percibir... 22.570. La liquidación correspondiente al abono de las Pagas extraordinarias y vacaciones que le pudieran corresponder al día 25.06.03, están pendientes de cálculo en tanto esta Dirección no sea conocedora si ejerce ud. la opción de continuar en la Empresa con las funciones de oficial 1º administrativo anteriores a su nombramiento como gerente. Rogamos acuse recibo firmando el recibí en la copia adjunta". F) El día 01.07.03 el actor comunica a la empresa la opción de continuar en la misma "en las

condiciones anteriores al ejercicio de alta dirección". (H.P. 8º). G) En cuanto a salarios de julio a octubre de 2003, lo que se declara en el H.P. 9º. Y en cuanto a lo percibido hasta marzo de 1995, H.P. 10º. H) A partir de la opción por la relación laboral común, la categoría del actor vuelve a ser la de Oficial 2ª Administrativo. Su puesto de trabajo es una mesa en la oficina, con ordenador y teléfono; realiza funciones de archivo de carpetas, declaraciones, fotocopias, punteo de listado y ayuda a compañeros. No sabe labores de informática. E I) En fecha 24.07.03 el actor inició I.T. con el diagnóstico de "depresión adaptativa".

SÉPTIMO.- El apartado 1.a) del art. 50 del E.T. configura como justa causa extintiva del contrato a aquellas medidas adoptadas por el empresario que constituyan modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y que, además, se traduzcan en un perjuicio específico para el trabajador, debiendo afectar en concreto a su dignidad o a su formación profesional. El apartado 1.c) del art. 50 E.T. cierra el precepto tipificando como causa justificativa de la extinción del contrato por voluntad del trabajador "cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor", aludiendo a conductas del empresario calificables de incumplimiento contractual y con trascendencia de gravedad.

En este contexto normativo es de puntualizar que no son susceptibles de constituir causa rescisoria contractual las consecuencias inherentes al cese en la relación de alta dirección habida en el ámbito de la vinculación laboral del actor con "A., S.A.", cese que tuvo lugar el día 25.06.03 y al hilo del cual el actor optó por continuar en la empresa en las condiciones anteriores al ejercicio de la alta dirección. Esta vinculación especial se insertó en su día en la relación laboral ordinaria de actor y empresa y concluyó por causa legal, y con todas sus consecuencias, en la fecha y forma antedicha, propiciando la reaparición del estatus jurídico laboral correspondiente a aquella dicha relación laboral subyacente, sobre la que han de valorarse los incumplimientos denunciados por el actor.

OCTAVO.- La conducta empresarial que respecto del demandante consta a raíz de la finalización del vínculo de alta dirección y la opción del trabajador por continuar en la empresa en las condiciones anteriores a tal vínculo, no resulta propiciante de causa extin-

tiva amparable, como se pretende en el recurso, en el art. 50.1 a) y c) del E.T. A tales efectos también es reseñable que se instó la conciliación ante el SMAC en ejercicio de tal acción ya en 03.09.03 cuando resulta que el demandante inició I.T. por enfermedad común el día 24.07.03, poco más de 20 días después de haber optado por “continuar en la empresa en las condiciones anteriores al ejercicio de alta dirección”.

NOVENO.- Al demandante, tras su opción de 01.07.03, le fue asignada la categoría de oficial 2º administrativo. Esta asignación no supuso la “degradación” de que se habla en el recurso.

La categoría de jefe 1º administrativo que aparece en las nóminas del actor desde junio de 1995 no resulta considerable a los presentes efectos. Consta que tal asignación respondió al ejercicio de alta dirección, estando vinculada causal y efectivamente a tal cargo y ejercicio, sin modificación de la precedente de la relación laboral ordinaria subyacente y que era -H.P. 1º- oficial administrativo. Así resulta de lo acreditado en el proceso, siendo expresiva al efecto la coincidencia temporal de la asignación-denominación de jefe 1º administrativo con el otorgamiento de poderes y el ejercicio de la alta dirección, produciéndose la asignación durante esa relación, y todo ello congruente con la situación laboral y actuación empresarial precedente y posterior.

De otro lado, la asignación de la categoría de oficial 2º administrativo que hizo la empresa tras la opción del actor de 01.07.03 está suficientemente avalada a los efectos presentes por los H.D.P. La categoría precedente era (H.P. 1º) la de oficial administrativo y la vuelta a la misma se cumple con la asignada, declarando el H.P. 11º que “a partir de la opción por la relación laboral común ... la categoría del actor vuelve a ser la de oficial 2º administrativo”. A partir de ello, de que no resulta valorable -por lo que ya se dejó expuesto- la de jefe de 1º y de que no aparece la condición de oficial 1º administrativo a pesar de que la empresa alude a ella en la carta de rescisión de la alta dirección y que en la impugnación del recurso se explica como error material, constando, efectivamente, en las nóminas hasta junio de 1995 la categoría de oficial 2º administrativo (folios 229 y siguientes).

Tampoco hay causa resolutoria por derivación de las funciones y el salario del

actor tras cesar en la relación y la actividad de alta dirección.

DÉCIMO.- El puesto de trabajo asignado al demandante pasó a ser una mesa en la oficina, con ordenador y teléfono, y con funciones de archivo de carpetas, declaraciones, fotocopias, punteo de listado y ayuda a compañeros, sin labores de informática al no saber. Esta situación no muestra contradicción sustancial con la categoría de oficial 2º administrativo-que según la Ordenanza implica realizar trabajos de carácter secundario que solo exigen conocimientos generales de la técnica administrativa-, máxime con la situación que se genera en la empresa tras el cese del actor en la alta dirección, y tanto más cuando la empresa apenas tuvo el tiempo preciso para reorganizar la situación respecto del actor dado que inició I.T. el 24 de julio y desde la misma ya entabló acción rescisoria. Por otra parte, de las funciones de gerente y demás conexas que conforme al H.P. 1º venía realizando el actor no resulta causa valorable a los presentes efectos.

A partir de que su categoría profesional era la de oficial administrativo (H.P. 1º), las tales funciones resultaban ser superiores a la misma y también -y así lo deja constatado la sentencia recurrida en su Ftº. Jurídico 2º- debidas a una designación y autorización meramente de confianza efectuada por los entonces titulares de la S.A., incluso (H.P. 2º) con vinculación familiar respecto del actor, percibiendo por ello retribución complementaria. Al cesar la relación de alta dirección y haber desaparecido aquella designación funcional de confianza y actuación de facto de gerente, con venta de las acciones de la S.A. a Sumpesca en 1995, no aparece razón para considerar vinculación al efecto, procediendo que la empresa designe a otra persona como gerente y con el mismo carácter de cargo de confianza. En suma, la condición y estatus dicho no integra una categoría laboral como tal, sino que obedecieron a puesto de confianza y discrecionalidad empresarial según facultades ex art. 20 E.T.; y como en supuesto asimilable al presente dejó dicho la S. TSJ de Galicia de 25.06.03 “en consecuencia y siguiendo la jurisprudencia elaborada para supuestos análogos (ss. 18.09.81, 30.09.97, 09.04.90), el cese en cargos como el referido no significa modificación sustancial de las condiciones laborales que redunden en perjuicio de la formación profesional o de la dignidad del trabajador, aún cuando éste pueda sentirse desautorizado ante sus compañeros o terceros”.

Tampoco en lo relativo al salario hay incumplimiento determinante a los efectos del art. 50 E.T. dado lo que se ha dejado establecido en torno a categoría y funciones y que al demandante se le ha venido abonando salarios como explicitan los H.P. 9º y 10º, dejando sentado la sentencia recurrida –Ftº. Jurídico 3º- que “las nóminas firmadas por el actor y que figuran en el ramo de prueba y en el H.P. 9º, acreditan que el salario del actor, como oficial 2º, es manifiestamente superior al normal de su categoría”.

Así pues, no se acreditan incumplimientos empresariales en torno a categoría, funciones y/o salario y demás alegado con trascendencia e incardinación en el art. 50.1.a) y/o c) del E.T. No hay, en suma, modificación sustancial de condiciones de trabajo con perjuicio específico para el trabajador, afectante a su dignidad o a su formación profesional, o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones por parte empresarial, tal como se dijo exige el art. 50.1.a) y c) del E.T. para dar lugar a la extinción contractual interesada por el recurrente don P.S.C. Ello conduce también al rechazo de la infracción que del art. 50.2 E.T. se denuncia finalmente en el recurso, pues ello se hace a los efectos de la cuantificación de la indemnización a que habría lugar caso de decretarse la extinción contractual (remitiéndose la parte al salario anterior a la pretendida modificación unilateral de condiciones), no procediendo ya tal planteamiento, reflejando en todo caso lo oportuno los H.D.P., por derivación de que no se da lugar a la resolución contractual.

UNDÉCIMO.- Por consiguiente, no prospera la infracción que vía art. 191.c) L.P.L. denuncia el recurrente del artículo 50.1.a) y c) del E.T. y, derivadamente, del art. 50.2 E.T. (motivos 3º y 4º del recurso), siendo asimismo rechazables las argumentaciones que las acompañan, procediendo la desestimación de la demanda rescisoria, como solicita la empresa en la impugnación del recurso. Por ello, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don P.S.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, de fecha 28.11.03 en Autos nº 610/03 seguidos a instancias de la parte recurrente frente a “A., S.A.”, confirmamos la sentencia recurrida.

3867 Recurso núm. 1.534/04

S.S. PROCEDENCIA DE DEMANDA RESCISORIA DO CONTRATO DE TRABALLO, AO MEDIAR INCUMPRIMENTO DO EMPRESARIO CONSISTENTE NA PRÁCTICA FALTA DE OCUPACIÓN EFECTIVA AO TRABALLADOR CON LESIÓN DOS SEUS DEREITOS PROFESIONAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a doce de mayo 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. 1.534/04 interpuesto por “A.U.A., S.A.” y “A.S.G., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.L.C. en reclamación de resolución de contrato siendo demandado “A.U.A., S.A.” y “A.S.G., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 799-2003 sentencia con fecha 2 de enero de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“1.-El demandante don J.M.L.C., con DNI número ..., viene prestando servicios para la mercantil “A.U.A., S.A.” y “A.S.G., S.A.” como asesor médico legal desde septiembre de 1984, encargándose de la exploración de lesionados y asegurados, para realizar informes medico periciales y de valoración del daño corporal. 2.- Su labor profesional se desempeñaba en toda Galicia, debiendo acudir a revisar lesionados y a los actos de Juicio Oral para los que era citado por la propia compañía de seguros. 3.- Desde el año 1997 el demandante junto con su esposa constituyó una sociedad civil denominada “J.M.L.C., S.C.”

para optimizar fiscalmente sus ingresos. 4.- Don J.M.L.C. participaba con carácter quincenal o mensual, en las reuniones del Comité de Dirección de la empresa, en las que también participaba el Director de la Sucursal, el responsable del departamento de siniestros, el tramitador de siniestros, y el gerente de arreglos y el Letrado. 5.- La forma habitual de trabajo del actor era la siguiente: recibía una orden de trabajo por parte de la compañía de seguros en las dependencias de la entidad por medio de llamada telefónica, fax o correo electrónico, o bien directamente a través de algún Letrado, debiendo acudir a la sucursal una o dos veces a la semana para informar de los expedientes en curso. 6.- Una vez confeccionados los informes médicos, el actor debía atenerse a los modelos y directrices de la compañía de seguros, estando obligado a remitir al responsable de la asesoría médica de la compañía de seguros "A.S.G., S.A." copia de los informes médicos de lesionados cuya valoración exceda de los 30 puntos establecidos según baremo, así como aquellos que por las características especiales, deban ser puestos en conocimiento de la compañía de seguros. 7.- El demandante venía cobrando de la compañía de seguros según el baremo establecido para cada tipo de intervención profesional, a saber, inicial, de seguimiento, de alta, otros informe, asistencia a Juicio Oral, visitas a hospitales o a los Médicos Forenses, abonándosele igualmente las visitas infructuosas, con abono hasta el año 1998 de las correspondientes dietas por desplazamiento. La compañía de seguros abona igualmente el kilometraje por desplazamiento, tomando como punto de partida la sucursal que ha requerido sus servicios. Para esto se emitía un baremo orientativo y máximo que se hacía llegar al actor. A título de ejemplo y dando aquí por reproducido el de el año 1999, en el mismo se refleja que se abonarán 10.000 pesetas por informe primero de reconocimiento médico, elevándose a 12.500 si era con desplazamiento; elaboración de informe complejo con asistencia a Juicio Oral, 20.000 pesetas; visitas a Médicos Forenses, 5.000 pesetas; visita infructuosa, 1.500 pesetas; kilometro superior a 20 km. ida, 31,5 pesetas; dietas de 3.000 o 6.000 pesetas si se desplaza más de 100 o 200 kilómetros fuera del término municipal, etc... 8.- Los ingresos del Sr. J.M.L.C. en los últimos cinco años son los siguientes, sin que conste que ejerce la profesión médica por otra compañía de seguros, de forma privada o para la medicina pública, en euros y en términos brutos:

- Año 1997: 85.906,12 euros.
- Año 1998: 131.146,62 euros.
- Año 2000: 95.520,52 euros.
- Año 2001: 83.709,80 euros.
- Año 2002: 83.800,45 euros.

Esto hace una media de 8.001,39 euros al mes. 9.- Estas ganancias se corresponden a la elaboración de los siguientes informes en los años anteriormente transcritos:

- Año 1997: 752.
- Año 1998: 401.
- Año 2000: 517.
- Año 2001: 520.
- Año 2002: 572.

Esto hace media mensual de unos 46 informes mensuales. 10.- Sin embargo, en el año 2003 el número de encargos por parte de la compañía de seguros ha disminuido ostensiblemente, siéndole encargados en el mes de enero 15, en febrero 4, y en marzo y abril 3. 11.- Los ingresos del Sr. J.M.L.C. en el año 2003 han sido los siguientes:

- Mes de enero: 4.419 euros.
- Mes de febrero: 1.988,07 euros.
- Mes de marzo: 1.865,25 euros.
- Mes de abril: 1.257,49 euros.
- Mes de mayo: 996,57 euros.
- Mes de junio: 794,30 euros.

12.- El salario diario del actor, computado a efectos de 2002, es de 232,78 euros. 13.- Ante la disminución reiterada de trabajo, don J.M.L.C. mantuvo una reunión con el responsable de la Asesoría Médica de la compañía de seguros "A.S.G., S.A."; tras dicha reunión, remitió un burofax a la sucursal de Vigo requiriendo a los responsables de la entidad para que aclararan si se le debía considerar cesado. Después de recibir el 21 de febrero diversas órdenes de trabajo, el día 22 recibió una comunicación por parte de la compañía de seguros en la que se le indicaba: por medio del presente ponemos en su conocimiento que por parte de "A.S.G., S.A." nunca se le ha indicado la existencia de cese de la relación mercantil que, como colaborador médico externo desempeña hasta la fecha,

motivo por el cual entendemos claramente que ha de continuar con el seguimiento de lesionados encomendados y atender a cuantos requerimientos le sean solicitados por los Letrados de la entidad. 14.- En concreto, el 14 de febrero de 2003 el actor, junto con su esposa como miembros de la sociedad civil "J.M.L.C., S.C.", remitió la siguiente comunicación al Director de la Sucursal de Vigo de "A.S.G., S.A.": Informados en la mañana de ayer por el Dr. don L.Z.C., responsable de la Asesoría Médica de "A.S.G., S.A.", de que "dada la situación en la que nos encontramos no pude do garantizaros que se os dé más trabajo" por parte de "A.S.G., S.A.", nos dirigimos a Vd. como responsable de la oficina de la citada Entidad en la que trabajamos, con el ruego de que nos informe: 1.- Si la anotada expresión conlleva, como entendemos, el cese en el trabajo que venimos desarrollando desde el segundo semestre en 1984 en "A.S.G., S.A." 2.- Para el supuesto de que así sea, si debemos de continuar, hasta su definitiva cancelación, con el seguimiento del proceso lesional y asistencial y con la valoración del daño corporal en aquellos casos cuya gestión medica se nos encomendó y que no han sido cancelados. 3.- Asimismo si debemos de atender los requerimientos que no pedan efectuar los abogados de "A.S.G., S.A." bien directamente, bien a través de los Juzgados, para la elaboración de informes medico-periciales o asistencia a juicios en relación con el trabajo que realizamos en "A.S.G., S.A." 4.- Ante la circunstancia de que no senos han expuesto los motivos por los que se rescinde de nuestro trabajo en "A.S.G., S.A.", se nos informe de los mismos. Agradeceríamos que la respuesta que según su bien criterio corresponda a las cuestiones plantadas se realice de forma fehaciente en los días hábiles siguientes a la recepción del presente escrito, entendiendo que la no respuesta tiene el siguiente significado: 1.- Que la comunicación del Dr. don L.Z.C. conlleva el cese inmediato en el trabajo que realizamos en "A.S.G., S.A." 2.- Que debemos proceder a la cancelación y destrucción de todos los expedientes que de "A.S.G., S.A." mantenemos aperturados al día de la fecha y bajo nuestra custodia así como a la aplicación de lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y en el "compromiso de colaboración en materia de protección de datos de carácter personal" que firmamos el 24 de septiembre de 2002. 3.- Que no debemos atender los requerimientos que nos puedan efectuar los abogados de "A.S.G., S.A." en

relación con nuestro trabajo en la Entidad que Vd. representa. 4.- Que el cese inmediato en el trabajo que realizamos en "A.S.G., S.A." no responde a motivos concretos son a razones operativas o de gestión de esta entidad. 15.- El día 21 de febrero de 2003 don J.M.L.C. volvió a remitir otra comunicación al Director de la Sucursal de Vigo con el siguiente contenido: Con fecha de hoy, 21 de febrero del 2003 y siguiendo la práctica habitual, he recibido diversas órdenes de trabajo, siendo ellas y otras más, en todo caso, posteriores a mi requerimiento de fecha 14 de febrero de 2003, respecto de la continuidad de mi relación de presentación de servicios con "A.S.G., S.A." Dado el sentido de tales órdenes y el tenor literal del requerimiento citado, entiendo que con estas órdenes de trabajo "A.S.G., S.A." manifiesta su voluntad de seguir contratando con mis servicios en los mismos términos en los que los he venido prestando hasta el momento. 16.- El 18 de marzo de 2003 el actor volvió a remitir a la Dirección de Vigo la siguiente misiva: Con fecha 14 de febrero de 2003, le remití escrito en el que manifestaba mi inquietud, fruto de ciertos comentarios hecho en mi presencia por personas con alguna responsabilidad en "A.S.G., S.A.", por la continuidad en el tiempo y por el mantenimiento de los términos y del contenido de la relación contractual que me vincula con la Empresa. Esa inquietud quedó aparentemente disipada con el escrito recibido el 22 de febrero en el que se me indicaba que esa relación seguía en los mismos términos y que, en consecuencia, debía seguir cumplimiento las indicaciones en cuanto a trabajos, comparecencias en juicio y viajes, habituales durante los numerosos años que dura la relación de prestación de servicios que vengo manteniendo con la empresa. No obstante y pese a ese escrito, ha podido apreciar en los últimos días una disminución muy apreciable de los asuntos que me son encomendados en relación con los encargos que, por otra parte, recibe otra persona contratada para realizar semejantes a las mías. Esa disminución tanto en términos absolutos como comparativos, que no ausencia total de encargos de trabajos (que se han seguido produciendo), me genera una situación de incertidumbre respecto de la relación contractual que, tenga el significado que se le quiera dar, es a mi juicio improcedente y está introduciendo una modificación sustancial en las condiciones de prestación del servicio de la que discrepo de forma tajante ya que repercute en el volumen de trabajo y en las compensaciones económicas correspondientes.

Por respuestas que recibía de la compañía de seguros era algunos encargos ara visitar enfermos o seguimiento de los mismos, pero en número muy inferior a los de años anteriores. Con todo, en la sucursal de Vigo entraron otros dos médicos más para realiza informes u seguimientos de lesionados./17.- La dependencia del actor de la asesoría médica central se refleja, entre otros muchos documentos que se dan aquí por reproducidos, en la comunicación que el responsable de la asesoría médica don L.Z.C. remitió a la sucursal de Vigo el 17 de diciembre de 1999 y que es del siguiente tenor: Te ruego hagas llegar al perito médico al absoluta obligatoriedad de remitir a esa asesoría médica los informes médicos de los lesionado cuya valoración inicial sea superior a 30 puntos. Igualmente deberán ser remitidos todos aquellos que, bajo su criterio, y por las características especiales que sean, el propio médico estime conveniente poner en conocimiento de esta asesoría médica. Es fundamental que sean remitidos todos los informes desde el inicial hasta el informe final. 18.- El 18 de febrero de 2000 el responsable de la asesoría médica remitió al actor la siguiente comunicación exigiéndole explicaciones por la ausencia del mismo a un Juicio Oral: En relación con el expediente de referencia de las lesionadas D.G. y M.C., como supongo que ya sabrás, se ha dictado sentencia que ha sido muy lesiva para los intereses de esta compañía. Ha habido varios factores que han influido en tan adversa sentencia, uno de ellos posiblemente tenga relación con la no comparecencia tuya en sala, lo que obligó que fuera el Dr. P. El testimonio del Dr. P. no ha sido muy tenido en consideración, según se refleja en la sentencia, debido a que no fue el médico que realizó el seguimiento. Como quiera que tú has sido el médico valorador que ha efectuado el seguimiento y que hubieras tenido que preparar la defensa junto con el Letrado, la dirección solicita una explicación por escrito de lo que motivó tu ausencia el día del juicio en la sala. A vuelta de correo, don J.M.L.C. emitió un extenso informe dando explicaciones acerca de la ausencia al Juicio Oral en este asunto. 19.- Presentada papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de La Coruña el día 1 de julio de 2003, la misma tuvo lugar el día 4 de julio de 2003, 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 don J.M.L.C., debo declarar y declaro resuelta la relación laboral que le unía con la compañía de seguros "A.U.A., S.A." y "A.S.G., S.A.", condenando a la empresa demandada a satisfacer al actor la cantidad de doscientos dos mil quinientos cuarenta y siete con sesenta y nueve € (202.547,69).

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Sentencia de instancia estima la demanda formulada por el actor y declara resuelta la relación laboral que le unía con la Compañía de seguros "A.U.A., S.A." y "A.S.G., S.A.", condenando a la empresa demandada a satisfacer al actor la cantidad de 202.547'69 euros. Frente a dicha resolución interpone recurso de suplicación la representación legal de las dos sociedades citadas, en cuyo primer motivo del recurso, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L. denuncia la infracción de los artículos 14 de la L.P.L. y 51.2 de la L.O.P.J. así como la STS de 29 de enero de 1996, alegando, en esencia, que al remitirse las actuaciones por el Juzgado de La Coruña al Juez Decano de Vigo se ha cometido una infracción de normas y garantías del procedimiento de obligado cumplimiento, ya que la demanda inicial, al declararse incompetente el Juzgado de La Coruña, debió quedar archivada en el Juzgado de lo Social de La Coruña, sin perjuicio de ser un referente de la posterior demanda que pudiera haber instado el demandante.

El invocado artículo 14 de la L.P.L. hace referencia a las cuestiones de competencia y uno de los supuestos que regula es la declinatoria planteada por la parte demandada, que se propondrá como excepción perentoria y que si se estimase, el demandante podrá deducir su demanda ante el órgano territorial competente. Pero en el supuesto enjuiciado no ha planteado dicha excepción, sino que ha sido el propio juzgado el que ha resuelto examinar de oficio su competencia territorial. Por ello, siguiendo la dicción del propio artículo 14 de la L.P.L. "las cuestiones de competencia se sustanciarán y decidirán con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil...", en cuyo artículo 58 se establece "Cuando la competencia territorial venga fijada por reglas imperativas, el tribunal exami-

nará de oficio su competencia territorial inmediatamente después de ser presentada la demanda y, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, si entiende que carece de competencia territorial para conocer del asunto, lo declarará así mediante auto, remitiendo las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente”.

Pero es que a mayor abundamiento, la actuación judicial no ha causado indefensión a la parte demandada, que ni ha recurrido el auto del Juzgado de lo Social de Vigo, por el que se admitía a trámite la demanda, lo que implica un sometimiento expreso a la competencia territorial de los Juzgados de Vigo, ni ha opuesto en el acto de juicio excepción o manifestación alguna cuestionando la competencia de dicho órgano judicial. 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). 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.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del mencionado artículo 191 de la L.P.L. la parte recurrente, denuncia la infracción del artículo 4 de la L.P.L., en relación con el 1.1 del ET, 20.1 del mismo cuerpo legal así como los artículos 2 y 3 de la L.P.L. y de las sentencias del TS que se citan en el recurso alegando, en esencia, que el contrato que une a las partes litigantes es un contrato de carácter civil – mercantil – asegurador, porque la función que realiza el demandante es la de un auténtico profesional de la medicina que con carácter libre, sin vinculación a la estructura orgánica de las sociedades demandadas y sin ninguno de los caracteres y circunstancias de dependencia y ajenidad, viene teniendo relaciones con las referidas sociedades que no hacen más que recibir el producto de la labor profesional médica del demandante contra el pago de unos honorarios profesionales. Añade, además, que como

la prestación de servicios se prestaba a través de una sociedad civil denominada “J.M.L.C., S.C.”, es imposible entender que las relaciones y naturaleza contractual de “A.S.G., S.A.” con dicha sociedad pueda incardinarse dentro del derecho social por no ser posible las prestaciones a cargo de personas jurídicas puedan llevarse a término a favor de cualquier empresa o sociedad.

Al ser éste un tema que afecta al orden público del proceso, la Sala debe – de conformidad con constante y reiterada doctrina jurisprudencial, acogida por las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 10 y 18.12.89 (R. 8.877 y 8.975) y de 14.01, 09.02 y 05.03.90 (R. 204, 886 y 1757) – examinar en su integridad las actuaciones de instancia, incluida toda la prueba, para así disponer de cuantos elementos de juicio son indispensables para a un correcto pronunciamiento sobre dicha cuestión de competencia, liberando a la Sala de la necesidad de sujetarse a los motivos formulados en el recurso, incluido el relativo a la revisión del relato histórico de la resolución recurrida, interesado por la recurrente, pues al tener que formar la Sala su propia convicción sobre los hechos acontecidos, el aludido relato histórico carece de toda eficacia, respecto de la cuestión de competencia que se suscita.

Acerca de la alegación de que el actor prestara sus servicios a través de una sociedad civil, constituida por el actor y su cónyuge, cumple señalar que es el actor, como persona individual y no la sociedad, quien presta sus servicios de manera personal directa y exclusiva para “A.S.G., S.A.”, pues cabe recordar que mucho antes de la constitución de dicha sociedad que se llevó a cabo en 1997, el actor ya venía prestando sus servicios desde septiembre de 1984, sin que la existencia de aquella alterara el modo o la forma en que aquellos se venían prestando, pues la única novedad que ello supuso es la facturación a través de la sociedad. Y en este sentido es correcta la mención que hace la propia sentencia de instancia al traer a colación la STS de 10 de julio de 2000, que declaró la existencia de relación laboral entre una Cía. de Seguros y un perito tasador, a pesar de que este prestaba sus servicios a través de una sociedad mercantil, señalando al respecto que “la constitución de una sociedad mercantil por el perito tasador no supuso incidencia alguna en su relación jurídica con la entidad aseguradora que continuó en los mismos términos expuestos sin modificación alguna la actividad pericial desarrollada”.

La existencia de una relación de trabajo exige la concurrencia de las notas de ajeneidad y dependencia a las que se refiere el art. 1.1º del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, por tanto, con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma (STS 16 de febrero de 1990 [RJ 1990\1.099]); pues su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (SSTS 7 de noviembre de 1985 [RJ 1985\5.378] y 9 de febrero de 1990 [RJ 1990\886]).

De todo lo actuado cabe resaltar los siguientes datos y circunstancias: a) que el actor desde 1984 venía prestando servicios para las demandadas, encargándose, como médico, de la exploración de lesionados y asegurados para realizar los informes médicos periciales y de valoración del daño corporal; b) Para el desempeño de su trabajo el actor recibía las órdenes de las demandadas bien en las dependencias de estas, o por medio de llamada telefónica, fax o correo electrónico, o bien directamente a través de algún abogado; c) Debía acudir a la sucursal de "A.S.G., S.A." una o dos veces por semana para informar de los expedientes; d) Confeccionaba los informes según los modelos y directrices de "A.S.G., S.A."; e) La retribución era establecida de manera unilateral por la demandada, según el baremo establecido para cada tipo de intervención (inicial, de seguimiento, de alta, otros informes, asistencia a juicio, visitas a hospitales etc). Las visitas infructuosas se le abonaban conforme al baremo establecido por la demandada.

De todo lo cual se colige que la prestación de servicios que el actor realizaba personalmente sin ayuda de tercero, no eran esporádicos sino con la permanencia, habitualidad y practica exclusiva, como pone de relieve el alto número de informes mensuales (una media de 46) y que era "A.S.G., S.A." y no el actor quien ordenaba el trabajo de este, marcando las directrices del modelo a seguir y estableciendo la fijación de los términos para cada tipo de intervención que era retribuida según los baremos fijados por la empresa. Por tanto se dan aquellas notas que permiten sentar la conclusión de que la relación de servicios que unía a las partes es de carácter laboral.

TERCERO.- Al amparo del apartado b) del artículo 191 de la L.P.L. solicita la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida, para los que propone el siguiente texto alternativo: 1º.- El demandante, don J.M.L.C. ha prestado servicios profesionales como médico a las demandadas hasta 1997, en cuya fecha al constituir sociedad civil denominada "J.M.L.C., S.C." con su esposa, es esta entidad la que viene prestando servicios de asesoramiento médico-legal para las demandadas. Este hecho probado debe condicionar el desarrollo del resto de los hechos probados, puesto que desde 1997 cualquier tipo de relación de medicina legal a favor de las demandadas ha sido con la sociedad civil "J.M.L.C., S.C." para la que prestaba su colaboración el demandante y no para "A.S.G., S.A." 5º.- La forma habitual de trabajo del actor era la siguiente: recibía una orden de trabajo por parte de la Sociedad Civil "J.M.L.C., S.C.", que a su vez había sido requerida por la Compañía de Seguros por medio de llamada telefónica, fax o correo electrónico, o bien directamente a través de algún letrado, acudiendo a la Sucursal una o dos veces a la semana un representante de la sociedad civil par informar de los expedientes en curso, que normalmente solía ser el demandante.; 6º.- El demandante confeccionaba sus informes médicos bajo su conocimiento profesional de la medicina sin directrices ni modelo de actuación, dado por "A.S.G., S.A.", comunicando con urgencia ala asesoría médica de la Aseguradora los informes cuya valoración excedieran de 30 puntos según baremo y aquellos otros de características especiales que debieran darse a conocer a la demandada, por su relación con la sociedad civil al que pertenece; 7º.- La sociedad mercantil compuesta por el demandante y su esposa venía cobrando...; 8º.- La sociedad mercantil compuesta por el demandante y su esposa tuvieron unos ingresos en los últimos cinco años de...; 9º.- Las ganancias se corresponden con la elaboración de los informes de la entidad mercantil "J.M.L.C., S.C."; 11º.- Los ingresos de la sociedad "J.M.L.C., S.C." en el año 2003 han sido...; 12º.- La media de percepciones de honorarios médicos de la sociedad "J.M.L.C., S.C." para el año 2002 en que percibió un total de 83.800,45 euros anuales de "A.S.G., S.A." asciendo a la suma diaria de 229,60 euros al dividir aquella cantidad por 365 días (83.800,45 dividido entre 365 días). De igual forma, desde el mes de enero al mes de junio del año 2003 la sociedad civil dicha revió de "A.S.G., S.A." la suma total de

11.320,68 euros, lo que supone una media diaria de los 182 días transcurridos de 62,20 euros diarios. 16º.- Los referidos médicos colaboradores fueron presentados por el demandante al haber finalizado la colaboración de la sociedad "J.M.L.C., S.C.", de manera unilateral con "A.S.G., S.A." También propone la adición de un nuevo hecho probado para el que ofrece el siguiente texto: 20º.- El 12 de febrero de 2003 don J.M.L.C. y su esposa, componente de la sociedad "J.M.L.C., S.C." tuvieron una entrevista en Vigo con el responsable de la asesoría médica de "A.S.G., S.A." don L.Z.C., en cuya entrevista se comunicó a este la decisión de la sociedad "J.M.L.C., S.C." de finalizar la colaboración que venía prestando de asesoría médica, estableciéndose un régimen transitorio de actuación por el que la sociedad médica finalizaría los asuntos pendientes pagándose los que estuvieran pendientes y estableciéndose la sustitución momentáneamente de la sociedad por el trabajo a realizar por toros profesionales y en concreto por el doctor F., de manera inicial.

Es doctrina reiterada que el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, solo impugnables cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial obrante a los autos. En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige - como la jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan «concluyente poder de convicción» o «decisivo valor probatorio», y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del juzgador de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

No se acepta la modificación de los hechos primero y quinto porque no es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo la juzgadora, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1997, 18 y 27 de marzo de 1998, 8 y 30 de junio de 1999, y 2 de mayo de 2000).

La revisión del hecho sexto en base a que "... de toda la prueba practicada en ningún supuesto se establecen directrices ni modelos de actuación profesional médica del demandante..." no puede prosperar porque de

conformidad con una reiterada doctrina de esta Sala, la mera alegación de prueba negativa no puede fundar un error de hecho (sentencia de 3 de abril de 1998, Rec. 2.988/95) ni permite la variación de la declaración de hechos probados efectuada por la Magistrada de instancia en la sentencia recurrida, solo impugnables cuando se evidencia error en los mismos y se acredita mediante prueba documental o pericial obrante en autos.

Tampoco es aceptable la revisión de los ordinales séptimo, octavo, noveno y undécimo, por el motivo arriba apuntado para rechazar la revisión de los hechos primero y quinto, y porque no encuentra apoyo en prueba documental hábil al tratarse de meras conclusiones de marcado carácter subjetivo.

Para la revisión del ordinal duodécimo alega interpretación errónea de los documentos aportados por el propio demandante obrantes en los folios 195 a 337. Y sostiene que deberá revisarse dicho hecho porque "... no existe salario del demandante alguno, sino pago de honorarios profesionales a la sociedad civil...". Dicha revisión ha de venir rechazada de plano al no mencionar, siquiera, el documento concreto en que se apoya, y estar basada en meras especulaciones o hipótesis que no integran circunstancias modificativas de la realidad sino conclusiones o deductivas valoraciones propias de argumentación y por ello de inaceptable encaje como hechos probados conforme a lo prevenido por el citado núm. 2 del art. 97 de la LPL.

La revisión del ordinal decimosexto, que apoya en los folios 90 y 91 de los autos, tampoco puede encontrar favorable acogida al no estar basada en prueba documental hábil, por tratarse de una testifical documentada, a todas luces insuficiente para tener eficacia revisoria.

Por último para la adición del nuevo hecho probado, el veinte, también se apoya en los referidos folios 90 y 91, "... en relación inmediata con toda la prueba practicada y en concreto la testifical de todos y cada uno de los testigos propuestos por el demandante, empleados de "A.S.G., S.A."...". La misma suerte desestimatoria ha de seguir la revisión propuesta, pues a lo dicho anteriormente, habrá de añadirse, en este caso, que la prueba testifical no es prueba hábil para instar la revisión, cuya valoración, por un lado, se confía al arbitrio absoluto que en conciencia confiere el art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral a quien ha conocido y juzgado en instancia

única, es decir, con la exclusividad que ello supone, cuya convicción es así incontrolable a través de dicha prueba.

CUARTO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado denuncia la parte recurrente la infracción, por aplicación indebida de los artículos 1.1.3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación inmediata con el artículo 2 del mismo texto legal, que regulan y definen el concepto de trabajador que presta servicios retribuidos por cuenta ajena, señalando profesiones y actividades que se pueden considerar como trabajadores de carácter esencial, así como el artículo 26 que regula y define el salario como la percepción económica en dinero o especie por la prestación personal de servicios laborales.

Lo que hace el recurrente en este motivo es reproducir prácticamente los mismos argumentos que sostuvo en el segundo motivo para propugnar la incompetencia de este orden jurisdiccional al considerar que relación contractual existente entre las partes era de carácter civil o mercantil. Ha quedado claro, por lo arriba expuesto al analizar la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la demandada, la existencia de una relación de trabajo por la concurrencia de las notas de ajeneidad y dependencia a las que se refiere el art. 1.1º del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- Bajo el mismo amparo procesal (artículo 191.c) de la L.P.L.) denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, alegando que de los hechos declarados probados no se recoge en ningún pasaje que el trabajador haya sido vejado, degradado, disminuido profesionalmente y en definitiva, se haya causado menoscabo a su dignidad personal, por lo que no hay motivo, a juicio de la parte recurrente, para extinguir la supuesta relación laboral, al no darse ninguno de los caracteres que define el citado artículo 50.1 como causa para extinguir el contrato.

La inalterada relación fáctica de la sentencia de instancia pone de relieve que el actor en el año 1997 elaboró para "A.S.G., S.A." 752 informes, en el año 1998, 401; en el año 2000, 517; en el año 2001, 520 y en el año 2002, 572. Esto hace una media de unos 46 informes mensuales.

Sin embargo, en el año 2003 el número de encargos por parte de la compañía de seguros ha disminuido ostensiblemente, sien-

dole encargados en el mes de enero 15, en febrero 4 y en marzo y abril 3.

La sentencia de instancia ha estimado que se ha producido una disminución en la ocupación efectiva palmaria por causas ajenas al trabajador, pues ha pasado de realizar más de 43 informes al mes de media en los años 1997 a 2002, a realizar 3 en los meses de marzo y abril de 2003, disminución excesiva – señala – aún cuando entraran dos médicos más a realizar informes, porque en todo caso esta nueva situación justificaría la disminución – como máximo – en un tercio, pero no en más del 93%.

El artículo 50.1.a) del ET establece como justa causa para que el trabajador pueda pedir la extinción de su contrato, que se opere una modificación sustancial en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad.

Ni el citado artículo 50 del ET ni el artículo 1.124 del Código Civil señalan cuáles son los caracteres que debe revestir el incumplimiento para que sea susceptible de conllevar la resolución del contrato; por ello, ha sido la jurisprudencia quien ha declarado que el incumplimiento determinante de la resolución ha de ser grave, es decir, ha de hacer referencia a una parte esencial de lo pactado, y ha de ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1997 [RJ 1997\3.047]; o de 8 de febrero de 1998 [RJ 1998\749]).

En el supuesto enjuiciado ha quedado demostrado que la empresa demandada de manera unilateral y sin causa que lo justifique ha impuesto una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor, consistente en una ostensible y significativa reducción de su cometido que redundaba de forma muy importante sobre su retribución, pues el actor ha pasado de realizar una media de 46 informes mensuales, que efectuaba en los últimos cinco años, y que le reportaba una retribución media mensual de 8.001'39 euros, a realizar 4 en febrero que le supusieron unos ingresos de 1.988'07 euros y 3 en los meses de marzo y abril de 2003, con unas ganancias de 1.865'25 euros y 1.257'49 euros, respectivamente. Y si la obligación de la empresa es dar ocupación efectiva al trabajador hemos de convenir que en el caso de autos, la más que ostensible disminución del trabajo dado al

actor por parte de la empresa, sin causa que lo justifique, es claramente revelador de un voluntario y grave incumplimiento de las obligaciones del empresario que supone un importante cambio a la continuidad del anterior desarrollo de la relación laboral que venían manteniendo las partes litigantes, hasta el punto de dejarlo, prácticamente, sin trabajo o lo que es igual sin ocupación efectiva. Ello constituye razón suficiente para acoger la pretensión extintiva ejercitada por el actor, ya que se le impide desarrollar la tarea profesional que hasta entonces venía desempeñando y para la que había sido contratado, por lo que procede mantener la decisión adoptada por la sentencia de instancia de declarar resuelta la relación laboral que unía al demandante con la Cía. "A.S.G., S.A."

SEXTO.- En el último motivo del recurso la parte recurrente trata de revisar la normativa aplicada por la resolución recurrida en lo que respecta al cálculo económico que en aquella se efectúa para la indemnización que pudiera corresponder al demandante, denunciando la aplicación errónea de los artículos 50.2 y 56 del Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia de instancia, con buen criterio, ha tomado para el cálculo de la indemnizado la pretensión actora de extinguir el contrato de trabajo no sería lógico que para el cálculo de la indemnización que aquella extinción produce se tuvieran en cuenta las retribuciones sensiblemente inferiores a las habituales, motivadas precisamente por la reducción del volumen de trabajo. Para determinar el salario diario del actor la sentencia de instancia efectúa la operación de dividir 83.800'45 entre 12 y el resultado dividirlo entre 30, resultando un salario diario de 232'78 euros, operación que ha de estimarse correcta.

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

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación formulado por las empresas "A.U.A., S.A." y "A.S.G., S.A." contra la sentencia de fecha 2 de enero de 2004 del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo dictada en juicio seguido a instancia de don J.M.L.C. contra las recurrentes, que confirmamos en su integridad.

3868 Recurso núm. 5.229/01

S.S. ACCIDENTE DE TRABAJO. CARDIOPATÍA ISQUÉMICA DE MARIÑEIRO DE ALTURA. MOMENTO DO FEITO CAUSANTE: DATA DO ACCIDENTE. INVALIDEZ PERMANENTE QUE NON PROVÉN DUNHA INCAPACIDADE TEMPORAL INMEDIATAMENTE ANTERIOR. IMPOSIBILIDADE DE REPARTIMENTO PROPORCIONAL ENTRE DÚAS MUTUAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a catorce de mayo 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. 5.229/01 interpuesto por la contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo en reclamación de accidente, siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua Universal, don S.F.S. y las empresas "F., S.A." y "P.V., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 195/01 sentencia con fecha cuatro de mayo de dos mil uno, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

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

"PRIMERO.- Don S.F.S., mayor de edad, vino trabajando para la empresa "P.V., S.A.". En fecha 02.10.96, cuando el actor se encontraba a bordo del buque "P.R.", se quejó de un fuerte dolor en el pecho, siendo evacuado el día 3, y trasladado al hospital de Limerick, Irlanda, siendo diagnosticado de infarto agudo de miocardio. La referida empresa tenía concertado seguro de accidente con la Mutua

Gallega. Dicha Mutua emitió parte de baja con fecha de efectos 02.10.96, y dando de alta al trabajador el 15.07.97 por curación. SEGUNDO.- Por sentencia de fecha 27.05.97 dictada en procedimiento nº 231/97 del Juzgado de lo Social nº 1, se declaró que el infarto sufrido constituye accidente de trabajo, fijando la base reguladora en 148.999 pts. Damos aquí por reproducido el contenido de dicha resolución. TERCERO.- En fecha 01.05.99 se emite parte de baja por la Mutua Universal, Mutua que asegura la contingencia de accidente de trabajo de la empresa "F., S.A.", empresa en donde venía prestando servicios don S.F.S. Dicho parte de baja se emite por "dolor torácico en estudio, recaída". Fue dado de alta el 29.06.99 con propuesta de invalidez. CUARTO.- Iniciado expediente, el Equipo de Valoración de Incapacidades el día 07.11.00 propuso de forma vinculante a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en Vigo, declarar al trabajador afecto de incapacidad permanente total, propuesta así asumida por dicho Instituto que dictó resolución con fecha 22.12.00, declarando al trabajador afecto de IPT derivada de accidente de trabajo, con responsabilidad de la Mutua Gallega. Presentada reclamación previa, la misma fue desestimada pro resolución de 14.03.01, presentándose demanda el 26.03.01. CUARTO.- La base reguladora a fecha de la segunda baja asciende a 148.190 pts. QUINTO.- El trabajador ingresó el 10.10.96 en Povisa, siendo diagnosticado de isquemia subepicárdica en pared libre y lateral, angina inestable con posible necrosis miocárdica sin onda Q. A tratamiento farmacológico y seguimiento médico, fue declarado afecto de IPT por padecer: angina inestable, antiguo IAM, precordialgia con esfuerzos. SEXTO.- La demanda se dirigió también contra la Tesorería General de la Seguridad Social, presentándose el 26.03.01".

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

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la Mutua Gallega contra las empresas "F., S.A." y "P.V., S.A.", la Mutua Patronal Mutua Universal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, se absuelve a los mismos de las pretensiones en su contra deducidas".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El trabajador codemandado don S.F.S., fue declarado en vía administrativa, por resolución de la Dirección Provincial del INSS de Pontevedra de fecha 22 de diciembre de 2000, en situación de Incapacidad Permanente Total derivada de accidente de trabajo a cargo de la Mutua Gallega. Dicha Mutua, tras agotar la vía administrativa previa, formuló la demanda origen de las presentes actuaciones, solicitando que se declare que el citado trabajador no es tributario de ningún grado de invalidez permanente derivada de accidente de trabajo. Subsidiariamente, que la responsabilidad del abono de la pensión recaiga sobre la Mutua Universal, o, en todo caso, que se establezca la responsabilidad compartida entre ambas Mutuas (la recurrente, Mutua Gallega, y la codemandada, Mutua Universal). La sentencia de instancia desestima las pretensiones de la Mutua Gallega, absolviendo a todos los demandados. Esta decisión es impugnada por la representación letrada de la indicada Mutua, al objeto de obtener su revocación, articulando al efecto por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la LPL dos motivos de Suplicación, destinando el primero a solicitar la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo dedicado al examen de la normativa jurídica y jurisprudencial aplicada en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La revisión de los hechos declarados probados, tiene por finalidad la modificación de los hechos cuarto y quinto, para que queden redactados del modo siguiente:

"Cuarto: Iniciado expediente, el equipo de valoración de incapacidades el día 11 de enero de 2000 propuso de forma vinculante a la Dirección Provincial del I.N.S.S. declarar al trabajador afecto de incapacidad permanente total, propuesta así asumida por dicho Instituto que dictó Resolución en fecha 14 de febrero de 2000 declarando al trabajador afecto de una invalidez permanente total derivada de accidente de trabajo con responsabilidad de la Mutua Universal. La Mutua Universal presentó reclamación previa por considerar que la responsabilidad, en cuanto a la prestación de invalidez permanente total propuesta por ella misma, debería corresponder a la Mutua Gallega y no a la entidad aseguradora proponente; siendo su reclamación previa desestimada, dando lugar a autos seguidos ante el Juzgado de lo Social nº Uno de Vigo bajo el número 282/2000 promovidos por la propia Mutua Universal frente a la Mutua Gallega de Acce-

dentos de Trabajo, el I.N.S.S. y otros; que finalizaron por Sentencia de 8 de julio de 2000 declarando la nulidad del expediente administrativo tramitado por el I.N.S.S. desde el momento posterior a la propuesta de la Mutua Universal, y a fin de que se tramitase de nuevo con intervención de la Mutua Gallega, y en su caso del I.S.M., así como del trabajador don S.F.S. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 deja a salvo del expediente únicamente la propuesta de la Mutua Universal formulada en agosto de 1999. En dicha propuesta la Mutua Universal declaraba como persona responsable de la prestación a la propia Mutua Universal (MUGENAT m.a.t.e.p.s.s. nº 10). Tramitado de nuevo el expediente, el E.V.I. el día 7 de noviembre de 2000 propuso de forma vinculante a la Dirección Provincial del I.N.S.S. declarar al trabajador afecto de incapacidad permanente total, propuesta así asumida por dicho Instituto, que dictó Resolución en fecha 22 de diciembre de 2000 declarando al trabajador afecto de invalidez permanente total derivada de accidente de trabajo con responsabilidad de la Mutua Gallega. Presentada reclamación previa, la misma fue desestimada por resolución de 14 de marzo de 2001, presentándose demanda el 26 de marzo de 2001".

"Quinto: El trabajador ingresó el 10 de octubre de 1996 en POVISA presentando un nuevo episodio de dolor precordial en reposo de unos quince minutos de duración con cortejo neurovegetativo. La exploración física a su ingreso en urgencias revela un paciente asintomático, aunque fue ingresado con la sospecha de angina inestable y posible necrosis miocárdica sin onda Q. En la fecha de su ingreso y ante el posible diagnóstico se aconseja realizar en medio ambulatorio test ergométrico y gammagrafía cardíaca con talio, al objeto de valorar isquemia miocárdica inducida al ejercicio. Se le realizó test ergométrico y gammagrafía con tallo de post-esfuerzo y redistribución en fecha 12/1996, que concluye con negatividad electrónica y gammagrafía cardíaca sin alteraciones de captación isotópica. En fecha 15 de julio de 1997 el trabajador fue dado de alta por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo sin secuelas, encontrándose en clase funcional I, es decir, asintomático y con una capacidad funcional excelente. Posteriormente, en fecha 26 de julio de 1997 fue visto el trabajador en POVISA, servicio de cardiología, y fue sometido a exploración clínica en la que no se constatan signos de disfunción ventricular ni compromisos miocárdicos; el especialista que le explora en dicha fecha comenta que "se trata de un

paciente con presunción de cardiopatía isquémica no constatada por pruebas instrumentales y que en la actualidad no presenta alteraciones cardiológicas detectables, aunque refiere persistencia de dolores torácicos de características atípicas. El trabajador fue dado de baja por la Mutua Universal en fecha 1 de mayo de 1999 con el diagnóstico de "dolor torácico en estudio, recaída", diagnosticado en las islas Malvinas como angina de pecho, por lo que es repatriado sin prescripción de tratamiento por presentar Ecocardiograma normal. En estudios posteriores (1 de junio de 1999) efectuados en POVISA por el Servicio de Cardiología (Dr. N.), se evidencia la normalidad de dichos estudios y ninguna variación respecto a la anterior revisión realizada en el mes de septiembre de 1998. El paciente se encuentra asintomático, emitiendo la Mutua Universal propuesta de invalidez permanente, y siendo declarado el trabajador afecto de invalidez permanente total por padecer "angina inestable, antiguo IAM precordialgia con esfuerzos"/. El Dr. D.L.C., especialista en cardiología, en fecha 19 de abril de 2000, y después de explorar clínicamente al paciente y realizar eco-bidimensional y ecodoppler-color llega a la conclusión de que el dolor torácico probablemente no es coronario, al no lograrse inducir isquemia en la prueba de esfuerzo ni mostrar alteraciones de motilidad segmentaria en el eco cardiograma".

La primera de las revisiones se acoge íntegramente, porque así consta en los documentos en que se sustenta la misma. Dado que, en efecto, existió una inicial propuesta de la Mutua Universal declarando al trabajador codemandado en situación Invalidez Permanente Total con cargo a la propia Mutua Universal y resolución del INSS en tal sentido (folios 109 y 110). El expediente anterior fue declarado nulo por sentencia del Juzgado de lo Social núm.1 de Vigo a partir de la propuesta de Invalidez de la Mutua Universal, tramitándose un nuevo expediente administrativo con intervención de la Mutua recurrente, dictándose nueva resolución por el INSS en los términos que se relata en el texto propuesto por la Mutua Gallega.

Respecto de la segunda modificación, la Sala la tiene por adicionada al hecho quinto de la sentencia, pero sin suprimir el contenido del mismo que, en lo esencial, resume el estado clínico del trabajador, mientras que el texto ofrecido efectúa un relato pormenorizado del estado del paciente desde el inicio de la enfermedad cardíaca y su evolución posterior.

TERCERO.- En el segundo de los motivos, la Mutua recurrente denuncia, en el primer apartado del mismo, infracción, por aplicación indebida, del artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, que define la incapacidad permanente total. Se alega, en síntesis, que las pruebas practicadas descartan patología coronaria, presentando una funcionalidad excelente al momento del alta y una situación de normalidad total con posterioridad a la misma.

El trabajador codemandado cuando prestaba servicios por cuenta ajena para la empresa "P.V., S.A.", con la categoría profesional de "marinero de altura", cuando faenaba en el buque "P.R." sintió un fuerte dolor en el pecho, teniendo que ser evacuado y trasladado al Hospital de Limerick (Irlanda), siendo diagnosticado de infarto agudo de miocardio, iniciando proceso de Incapacidad Temporal que se prolongó hasta el 15 de julio de 1997, fecha en la que los servicios médicos de la Mutua Gallega, con la que la referida empresa tenía concertada la cobertura del riesgo de accidentes, dieron de alta al trabajador por curación.

Con fecha 8 de marzo de 1999, cuando el trabajador prestaba servicios como marinero de altura para la empresa "F., S.A.", causó nueva baja laboral en fecha 1 de mayo de 1999 con diagnóstico de "dolor torácico en estudio, recidiva", siendo dado de alta médica el 29 de junio de 1999 por los servicios médicos de la Mutua UNIVERSAL, con la que la citada empresa tenía cubiertos los riesgos de accidente, con propuesta de Invalidez Permanente.

Iniciado expediente, el equipo de valoración de incapacidades el día 11 de enero de 2000 propuso de forma vinculante a la Dirección Provincial del I.N.S.S. declarar al trabajador afecto de incapacidad permanente total, propuesta así asumida por dicho Instituto que dictó Resolución en fecha 14 de febrero de 2000 declarando al trabajador afecto de una invalidez permanente total derivada de accidente de trabajo con responsabilidad de la Mutua Universal. La Mutua Universal presentó reclamación previa por considerar que la responsabilidad, en cuanto a la prestación de invalidez permanente total propuesta por ella misma, debería corresponder a la Mutua Gallega y no a la entidad aseguradora proponente; siendo su reclamación previa desestimada, dando lugar a autos seguidos ante el Juzgado de lo Social nº Uno de Vigo bajo el número 282/2000 promovidos por la propia Mutua Universal frente a la Mutua Gallega de Accidentes

de Trabajo, el I.N.S.S. y otros; que finalizaron por Sentencia de 8 de julio de 2000 declarando la nulidad del expediente administrativo tramitado por el I.N.S.S. desde el momento posterior a la propuesta de la Mutua Universal, y a fin de que se tramitase de nuevo con intervención de la Mutua Gallega, y en su caso del I.S.M., así como del trabajador don S.F.S.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 deja a salvo del expediente únicamente la propuesta de la Mutua Universal formulada en agosto de 1999. En dicha propuesta la Mutua Universal declaraba como persona responsable de la prestación a la propia Mutua Universal (MUGENAT m.a.t.e.p.s.s. nº 10). Tramitado de nuevo el expediente, el E.V.I. el día 7 de noviembre de 2000 propuso de forma vinculante a la Dirección Provincial del I.N.S.S. declarar al trabajador afecto de incapacidad permanente total, propuesta así asumida por dicho Instituto, que dictó Resolución en fecha 22 de diciembre de 2000 declarando al trabajador afecto de invalidez permanente total derivada de accidente de trabajo con responsabilidad de la Mutua Gallega. Presentada reclamación previa, la misma fue desestimada por resolución de 14 de marzo de 2001, presentándose demanda el 26 de marzo de 2001.

En cuanto a la evolución del estado clínico del paciente, el trabajador ingresó el 10 de octubre de 1996 en POVISA presentando un nuevo episodio de dolor precordial en reposo de unos quince minutos de duración con cortejo neurovegetativo. La exploración física a su ingreso en urgencias revela un paciente asintomático, aunque fue ingresado con la sospecha de angina inestable y posible necrosis miocárdica sin onda Q. En la fecha de su ingreso y ante el posible diagnóstico se aconseja realizar en medio ambulatorio test ergométrico y gammagrafía cardíaca con talio, al objeto de valorar isquemia miocárdica inducida al ejercicio. Se le realizó test ergométrico y gammagrafía con talio de post-esfuerzo y redistribución en fecha 12.96, que concluye con negatividad electrónica y gammagrafía cardíaca sin alteraciones de captación isotópica.

En fecha 15 de julio de 1997 el trabajador fue dado de alta por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo sin secuelas, encontrándose en clase funcional I, es decir, asintomático y con una capacidad funcional excelente. Posteriormente, en fecha 26 de julio de 1997 fue visto el trabajador en POVISA, servicio de cardiología, y fue sometido a exploración clínica en la que no se constatan signos de disfun-

ción ventricular ni compromisos miocárdicos; el especialista que le explora en dicha fecha comenta que “se trata de un paciente con presunción de cardiopatía isquémica no constata da por pruebas instrumentales y que en la actualidad no presenta alteraciones cardiológicas detectables, aunque refiere persistencia de dolores torácicos de características atípicas.

El trabajador fue dado de baja por la Mutua Universal en fecha 1 de mayo de 1999 con el diagnóstico de “dolor torácico en estudio, recaída”, diagnosticado en las islas Malvinas como angina de pecho, por lo que es repatriado sin prescripción de tratamiento por presentar Ecocardiograma normal. En estudios posteriores (1 de junio de 1999) efectuados en POVISA por el Servicio de Cardiología (Dr. N.), se evidencia la normalidad de dichos estudios y ninguna variación respecto a la anterior revisión realizada en el mes de septiembre de 1998. El paciente se encuentra asintomático, emitiendo la Mutua Universal propuesta de invalidez permanente, y siendo declarado el trabajador afecto de invalidez permanente total por padecer “angina inestable, antiguo IAM precordialgia con esfuerzos”.

El Dr. D.L.C., especialista en cardiología, en fecha 19 de abril de 2000, y después de explorar clínicamente al paciente y realizar eco-bidimensional y ecodoppler-color llega a la conclusión de que el dolor torácico probablemente no es coronario, al no lograrse inducir isquemia en la prueba de esfuerzo ni mostrar alteraciones de motilidad segmentaria en el eco cardiograma.

En el hecho probado quinto de la sentencia consta que el actor padece: *“El trabajador ingresó el 10.10.96 en POVISA, siendo diagnosticado de isquemia subepicárdica en pared libre y lateral, angina inestable con posible necrosis miocárdica sin onda Q. A tratamiento farmacológico y seguimiento médico, fue declarado afecto de IPT por padecer: angina inestable, antiguo IAM, precordialgia con esfuerzos”.*

Y a la vista de estas dolencias, y de su evolución en los términos descritos anteriormente, la cuestión litigiosa consiste en determinar si las mismas son constitutivas de Invalidez Permanente Total, tal como entendió el Magistrado de instancia, confirmado la resolución del INSS; o si, por el contrario, dichas secuelas no tienen entidad suficiente para constituir dicho grado de Invalidez, que es la tesis que sostiene la Mutua Gallega en su

recurso. Una consolidada doctrina jurisprudencial tiene declarado que las incapacidades permanentes son esencialmente profesionales, y que para efectuar la calificación jurídica de la incapacidad, hay que tener presente, de un lado, la lesión o padecimiento físicos o funcionales que aquejen al trabajador y, de otra parte, los miembros u órganos afectados y ponerlos en relación con su profesión.

En el presente caso, la Sala considera que el citado cuadro clínico, ocasiona al trabajador una imposibilidad para realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión, no considerándose infringido el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, por cuanto, pese a los informes médicos contradictorios, tal como se relata en el hecho probado primero de la resolución recurrida, el trabajador sufrió un IAM en el año 1996, y presenta una cardiopatía isquémica y angina inestable sin onda Q, con precordialgia de esfuerzos, y con este cuadro de dolencias, resulta evidente que no puede desempeñar labores de marinerío de altura, por cuanto dicho trabajo requiere de continuos esfuerzos físicos, en condiciones laborales duras y penosas, y dada la enfermedad cardíaca que padece, es evidente que la misma comporta una imposibilidad para las labores propias de la mencionada profesión, razón por la cual ha de considerarse que el cuadro de secuelas que presenta el trabajador, resulta incardinable en el artículo 137.4 de la LGSS, por lo que procede desestimar este primer apartado del motivo de censura jurídica del recurso de la Mutua.

CUARTO.- En el segundo de los apartados del motivo de derecho, la Mutua recurrente denuncia infracción del artículo 126 de la LGSS, en relación con el artículo 137.4 del mismo texto legal y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Argumenta la recurrente, que en el supuesto de el trabajador esté realmente afecto de una invalidez permanente en el grado reconocido debido a las dolencias cardíacas, no puede hablarse de recaída, en el sentido de que los episodios coronarios (infarto agudo de miocardio, o dolor precordial agudo, cardiopatía isquémica o angina inestable etec...) no suponen recaídas unos de otros, sino nuevos episodios, que serán accidentes de trabajo o no según ocurran en un medio laboral o ajeno al mismo. Añadiendo, que el nuevo episodio ocurrido el día 1 de mayo de 1999, motivó una incapacidad temporal primero y definitiva después y que las consecuencias de dicha situación nueva corres-

ponderará en exclusiva a la Mutua Universal, por cuanto del accidente sufrido con la Mutua Gallega, causó alta por curación sin secuelas y con una capacidad funcional excelente, incorporándose a su trabajo habitual con normalidad y sin instar expediente alguno de Invalidez, concluye citando sentencias sobre determinación del hecho causante de la invalidez permanente, señalando que debe responder la Aseguradora que cubría los riesgos en la fecha del dictamen de la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades.

Así pues, se plantea aquí el problema de determinar la responsabilidad, en orden a las prestaciones de la Invalidez reconocida al trabajador, en el supuesto de la existencia de dos Mutuas Patronales diferentes en el momento del primitivo accidente laboral (año 1996) y del segundo en el año 1999. El accidente de trabajo inicial ocurrió el 2 de octubre de 1996 y consistió en un fuerte dolor en el pecho, lo que provocó la evacuación del trabajador desde el buque en el que se hallaba prestando servicios, hasta el Hospital de Limerick (Irlanda), siendo diagnosticado de infarto agudo de miocardio. La empresa para la que prestaba servicios el enfermo se hallaba asegurada en la «Mutua Gallega» para la protección de las consecuencias que derivaran de un accidente de trabajo; siendo dado de alta el trabajador por este episodio cardíaco el 15 de julio de 1997 por curación. Posteriormente el trabajador fue contratado por otra empresa en marzo de 1999, -se desconoce si antes de esta fecha prestó servicios para otra empleadora- y hallándose prestando sus servicios en esta nueva patronal distinta a aquella en que ocurrió el primitivo accidente, sufre un nuevo proceso de incapacidad temporal -que nadie discute haya de ser considerado como accidente laboral-, hallándose esta segunda empresa asegurada para el riesgo de accidentes de trabajo en la «Mutua Universal», y este nuevo proceso de Incapacidad Temporal, está relacionado con la dolencia sufrida en el año 1996, por cuanto la baja se causó con diagnóstico de “dolor torácico en estudio, recaída”, finalizando este segundo proceso con propuesta de Invalidez permanente de la Mutua Universal, así reconocida por el INSS por resolución de 22.12.00.

Y sobre estas premisas históricas, la cuestión litigiosa radica en determinar si se han de atribuir las consecuencias de la invalidez permanente reconocida al trabajador a la Mutua Gallega, o a la Mutua Universal. Ciertamente los preceptos que se dicen conculcados por la sen-

tencia de instancia en el segundo y último motivo del recurso -artículos 126 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 137.4- nada señalan sobre la imputación de responsabilidades en el supuesto de autos, y la doctrina jurisprudencial que se invoca en el recurso se refiere a los supuestos de mejoras voluntarias de Seguridad Social y, por otra parte, el criterio que sostiene ahora la jurisprudencia en estos casos, ya no es el que se señala en el recurso, sino que la más reciente doctrina jurisprudencial, vino a fijar el momento del hecho causante en la fecha del accidente, a partir de la Sentencia dictada en Sala General por mayoría de sus componentes, sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1.069) Rec. 200/1999, que posteriormente fue seguida por la de 18 de abril de 2000 (RJ 2000, 3.968 - Rec. 3.112/99), y por las de 30.12.00 y 11.01.01 (RJ 2001, 775 y 1.891) cuestión que analógicamente guarda relación con lo que aquí se ventila, pero en sentido contrario a los intereses de la Mutua recurrente que invoca dicha jurisprudencia.

Al presente caso, podría resultar de aplicación para la adecuada resolución del litigio, lo dispuesto en el párrafo segundo del punto 1 del artículo 9 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Incapacidad Laboral Transitoria en el Régimen General, en el que se dispone: “Si el proceso de incapacidad laboral transitoria se viese interrumpiendo por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad”, en el presente caso, nada consta sobre si el trabajador antes de iniciar la prestación de servicios para la empresa “F., S.A.” trabajó en otra empresa. De no ser así, no había transcurrido un periodo de actividad de seis meses en la fecha de la segunda baja, dado que la relación laboral para esta empleadora se inició en marzo de 1999 y el segundo accidente se produjo en el mes de mayo siguiente, por lo que este nuevo proceso de incapacidad temporal del que derivó la declaración de Invalidez, en realidad no es un proceso nuevo de I.T., sino que se trata de una recaída del proceso inicial, derivado de la misma enfermedad coronaría surgida en el accidente del año 1996, cuando la Aseguradora que cubría el riesgo era la Mutua recurrente. Consecuentemente, al no derivarse la Invalidez Permanente que le fue reconocida al actor de un nuevo proceso de Incapacidad Temporal, sino que éste debe ser

considerado continuidad del primero, la Sala considera que es la Mutua recurrente la que debe responder de las consecuencias de la Invalidez, tal como acertadamente declara la sentencia recurrida.

Además, confirma esta tesis, la Sentencia dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo, de fecha 11 de julio de 2001 (Rec. 3.813/00), señalando que "... la entidad responsable de aquellos riesgos es la que los tenía asegurados en el momento de producirse el accidente, y lo ha dicho tanto en los supuestos de reaseguro -SSTS de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\1.069) (Recurso 200/1999), 07.02.00 (RJ 2000\2.035) (Recurso 435/1999), 21.03.00 (RJ 2000\2.872) (Recurso 2.445/1999), 14.03.00 (RJ 2000\2.857) (Recurso 3.259/1999), entre otras- como en relación con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social -SSTS de 18.04.00 (RJ 2000\3.968) (Recurso 3.112/1999), 20.07.00 (RJ 2000\6.637) (Recurso 3.142/1999) o 21.09.00 (RJ 2000\8.212) (Recurso 2.021/1999)-, en doctrina que, lógicamente debe de ser aplicada igualmente a la responsabilidad por las prestaciones de la Seguridad Social que derivan de accidente de trabajo, aun cuando en el supuesto específicamente contemplado en las presentes actuaciones se diera la circunstancia especial, señalada específicamente por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social en el escrito de impugnación del presente recurso, de que el accidente se produjo en el año 1986 y fue una agravación de las dolencias derivadas de aquél el que determinara por primera vez la declaración de invalidez en el año 1999. Y ello porque lo que en dichas sentencias se ha dicho, cambiando el criterio anteriormente mantenido de forma reiterada por esta misma Sala, es que en el sistema español de Seguridad Social la protección de los accidentes se establece con una técnica próxima a la de aseguramiento privado, organizándose la cobertura a partir de la distinción entre contingencias determinantes (las reguladas en los arts. 115 a 118 de la Ley General de la Seguridad Social [RCL 1994\1.825]), situaciones protegidas y prestaciones (art. 38 de la LGSS), en forma análoga a la que en el marco del seguro se asocia a la distinción entre el riesgo, el daño derivado de la actualización de éste y la reaparición, de forma que mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empre-

sarial derivada del accidente desde que ésta se produce. Por ello, la noción de hecho causante que es fundamental para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en los que los distintos efectos del accidente se despliegan de forma sucesiva (incapacidad temporal, incapacidad permanente o muerte), no sirven para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta porque éste es el riesgo asegurado, y por lo tanto es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad".

Teniendo en cuenta esta doctrina jurisprudencial, resulta claro que es la Mutua que cubría el riesgo en la fecha del primer accidente la que debe responder de las prestaciones de Seguridad Social que le fueron reconocidas al actor, por lo que debe ser confirmada la sentencia recurrida.

QUINTO.- En cuanto a lo que se afirma por la Mutua recurrente, en el último apartado de su recurso sobre la responsabilidad compartida, considerando que se debe imputar a la Mutua Universal un 49,87% de la prestación resultante en función de la base reguladora por la misma declarada en el expediente, y con cargo a la recurrente la diferencia del porcentaje hasta alcanzar el 100% de la prestación reconocida, dicha alegación tampoco resulta acogible, por cuanto es doctrina muy consolidada, pudiendo citarse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 5 de marzo de 1998, y la del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1990, en las que se señala que la distribución en orden a las responsabilidades no es posible en el reconocimiento inicial de un grado de invalidez permanente, sino en los casos de revisión de incapacidad, razón por la cual, en el presente caso, no cabe el reparto proporcional de la responsabilidad en el pago de la pensión al no tratarse de su supuesto de revisión por agravación, por lo que tampoco prospera este apartado del motivo del recurso, lo que comporta la íntegra desestimación del mismo y la confirmación de la resolución impugnada, con la aplicación al caso de los efectos previstos en los artículos 202 de la ley de procedimiento Laboral, sin costas por no haber sido impugnado el recurso por el trabajador codemandado. Por todo ello:

Fallamos

Que, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Vigo, de fecha 21 de octubre de 2001, en autos seguidos a instancia de la Mutua recurrente, frente el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, las empresas "F., S.A." y "P.V., S.A.", así como frente a la Mutua de Accidentes de Trabajo Universal-Mugenat, confirmamos la resolución recurrida. Se decreta la pérdida del depósito constituido por la Mutua Gallega para recurrir al que se dará el destino legal una vez firme la presente resolución, sin costas por no haber sido impugnado el recurso de la Mutua por el trabajador codemandado.

3869 Recurso núm. 1.273/04

S.S. DELIMITACIÓN DAS FIGURAS DE ALTO CARGO EXCLUÍDO, PERSOAL LABORAL DE ALTA DIRECCIÓN E TRABALLADOR COMÚN CON PODERES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a catorce de mayo 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. 1.273/04 interpuesto por el demandante don F.D.V. y la codemandada "T.P., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.D.V. en reclamación de rescisión de contrato, siendo demandado "I.P., S.A.", don O.P.D., "D.C., S.L." y "T.P., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm.

104/03 sentencia con fecha treinta de septiembre de dos mil tres, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- El demandante presta servicios a tiempo completo con carácter indefinido por cuenta y orden de la sociedad "I.P., S.A.", desde 13.03.82, con categoría profesional de Encargado general, con centro de trabajo en el lugar de ..., (domicilio social de la empresa), y salario de 2.627,33 euros al mes con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. El actor no ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores en la empresa. La empresa demandada se dedica a la actividad de fabricación de tejas y ladrillos. SEGUNDO.- El actor recibió por conducto notarial el 6 de julio de 2002 comunicación empresarial escrita de fecha 6 de julio de 2002, del siguiente tenor literal: "Muy Sr. Mío: Como te es conocido, nuestro negocio familiar atraviesa dificultades económicas serias que han avocado a la suspensión de pagos. Una de las medidas necesarias para la continuidad del negocio ha sido una reducción de sueldos del personal laboral, que ha sido bien aceptada por los interesados. Otra ha de ser la suspensión de la asignación mensual que te pasaba "I.P., S.A." que carece de justificación legal, puesto que, desde hace bastante tiempo has dejado de desempeñar ninguna función operativa en la fábrica, ni estás sujeto a jornada laboral ni a disciplina organizativa y solamente sigues ostentando la cualidad de Secretario del Consejo de Administración. Espero que entiendas y aceptes esta privación en bien de la empresa, de la que tus hijas son importantes accionistas, a la espera de que se enderece el rumbo del negocio y volvamos a contar con nuevas etapas de prosperidad. Atentamente O.P.D.". TERCERO.- En fecha 16.09.02, y por igual vía de notificación, el actor recibió carta de la empresa de 16 de septiembre de 2002, del siguiente tenor literal: "Muy Sr. Mío: Sigues insistiendo en reclamar el "sueldo" de unos meses en que no has desarrollado actividad laboral alguna. Como ya te expliqué en carta de 06.07.02, tal percepción carecía de fundamento legal y era gravosa a la empresa que ha atravesado una crisis económica de la que empieza a vislumbrarse la salida, gracias a los sacrificios de todos, incluido el mío y el del personal laboral. Por otra parte, he consultado a los expertos y se me responde que tampoco

se justifica tu cotización a la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena en el Régimen General, por lo que a partir del final del presente mes, causarás baja en dicho régimen. Atentamente O.P. y nombramientos de cargos del Consejo de Administración, el cual se integró como D.” CUARTO.- El actor el 12 de agosto de 2002 presentó papeleta de conciliación sobre resolución de contrato por falta de pago de salarios ante el S.M.A.C., celebrándose el acto de conciliación el 28 de agosto, que concluyó “sin avenencia” respecto de “I.P., S.A.” y “sin efecto” respecto de los codemandados “D.C., S.L.”, “T.P., S.A.” y don O.P.D. La papeleta de conciliación en su hecho primero refiere “Mi representado viene prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa “I.P., S.A.” con la categoría de Encargado General desde el día 17.03.82, debiendo percibir por ello un salario mensual de 2.604,38 euros mensuales, incluido el prorrateo de pagas o de 2.404,05 euros mensuales sin tal prorrateo”. QUINTO.- El 7 de octubre de 2002 el actor presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. por despido frente a “I.P., S.A.”, “D.C., S.L.”, “T.P., S.A.” y don O.P.D., tras celebrarse el preceptivo acto de conciliación el 21 del mismo mes, se dedujo demanda el 22 de octubre por la misma causa, que dio lugar a los autos seguidos ante el Juzgado nº 2 de esta ciudad con el nº 75802. En dichos autos se dictó sentencia desestimatoria en fecha 17 de enero de 2003, que aún no ha adquirido firmeza. En dicha sentencia se declaraba la laboralidad de la relación del actor con “I.P., S.A.” Se da por reproducido el contenido de la sentencia al obrar como documento nº 1 del ramo de prueba del actor. SEXTO.- “I.P., S.A.” se dedica a la fabricación de Tejas y ladrillos. Fue constituida mediante escritura notarial de 28.12.78 por don J.P.S., suegro del demandante, sus hijos don O.P.D. y don J.J.P.D., y por don F.D.V., con un capital social de 40 millones de pesetas, suscribiendo don J.P.S. 3700 acciones, y el resto de los socios constituyentes 100 acciones. Se designó administrador único de la sociedad a don J.P.S. SÉPTIMO.- Fallecido don J.P.S., fue nombrada administradora única de “I.P., S.A.” su esposa doña M.D.N. Mediante escritura notarial de 28 de diciembre de 1992 se elevaron a públicos los acuerdos sociales de adaptación de estatutos sigue: Presidenta y Consejera Delegado, doña M.D.N.; Consejero Delegado don J.J.P.D.; Secretario, doña O.P.D.; Vocales, don O.P.D. y don F.D.V. OCTAVO.- Por escritura de 6 de julio de 1995 se elevó a público el acuerdo de ampliación de capital social de “I.P., S.A.”, que

se fijó en 100 millones de pesetas dividido en 10.000 acciones de 10.000 pts. de valor nominal cada una. Se da por reproducido y cierto el acuerdo social de 2 de junio de 1995 que elevó a público la señalada escritura, al obrar como prueba en el ramo de la parte demandada. NOVENO.- Don J.J.P.D. falleció el 18 de abril de 1996. Por escritura pública de 26 de abril de 1996 se elevó a público el acuerdo social de “I.P., S.A.” por el que se designaba Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado a doña M.D.N., Secretario al actor, Consejeros Delegados a don O.P.D., indistintamente con su madre, y Vocal a doña O.P.D. DÉCIMO.- Por escritura pública de 26.08.96 se elevó a público el acuerdo social de cese de don O.P.D. como Consejero Delegado y miembro del Consejo de Administración de “I.P., S.A.” UNDÉCIMO.- En fecha 6 de julio de 2001 se elevó a público acuerdo del Consejo de Administración de “I.P., S.A.”, por le que quedaba constituido el Consejo de Administración como sigue: Presidente y Consejero Delegado, doña M.D.N., Secretario, don F.D.V., Vocal, doña O.P.D. DUODÉCIMO.- El 8 de septiembre de 2000 doña M.D.N. otorgó poder notarial a favor de su hijo don O.P.D. en nombre de “I.P., S.A.” otorgándole las siguientes facultades en el ámbito de la relación de la empresa con terceras personas o entidades: 1.- Representar a la Sociedad en juicio y fuera de él, en cualquier clase de actuaciones y contratos, incluso notariales y negocios jurídicos de toda clase sin limitación alguna. 2.- Nombrar y separar los empleados u obreros de la Sociedad, fijar las correspondientes plantillas y las dotaciones que correspondan. 3.- Disponer de fondos, créditos y bienes sociales, y percibirlos, reclamarlos y cobrarlos, tanto de los particulares como de las oficinas públicas y establecimientos de crédito, y, en general, realizar toda clase de operaciones bancarias como entidades nacional o extranjeras. DÉCIMO TERCERO.- El 16 de enero de 1992 don J.J.P.D., como Consejero Delegado de “I.P., S.A.”, y en nombre y representación de la empresa, confirió al actor poder especial, para que en nombre y representación de la misma pudiera realizar los siguientes actos y contratos: -Firmar correspondencia. -Firmar pedidos, contratos de adquisición de materiales y contratos de arrendamiento incluido el financiero. -Librar, endosar, descontar, negociar, protestar y aceptar letras de cambio, pagarés, cheques, talones y demás títulos y efectos de giro y crédito. -reclamar, pagar y cobrar cantidades firmando los oportunos documentos, -Abrir, disponer, seguir, cancelar

y prorrogar y liquidar cuentas corrientes de la Sociedad, -Solicitar, contratar, y firmar préstamos y créditos bancarios, hasta un límite de 20.000.000 de pesetas cada uno, -contratar y separar el personal de la sociedad, señalando sus funciones y retribuciones, -Representar a la sociedad en toda clase de negocios, actos, contratos, asuntos judiciales, administrativos y contenciosos-administrativos de cualquier clase, y -Representar a la sociedad ante toda clase de Autoridades, incluso Juzgados y tribunales de Justicia, otorgando poderes a favor de Abogados y Procuradores. El actor ha hecho uso de tales facultades hasta el año 1999. En el momento de la constitución de "I.P., S.A." el demandante figuraba afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En 1982 los miembros del Consejo de Administración pasaron del Régimen Especial de Autónomos al Régimen General. El actor avaló a "I.P., S.A." en créditos suscritos por la misma, al igual que su esposa y que doña M.D.N. En escritura pública de 6 de septiembre de 1996, el demandante transmitió a su hija doña O.P.D. sus participaciones sociales (250 acciones de la 3.901 a la 4.000 y de la 9.551 a la 9.700). El demandante sigue siendo Secretario del Consejo de Administración de "I.P., S.A.". DECIMOCUARTO.- "I.P., S.A.", fue declarada en suspensión de pagos, el 3 de abril de 2001, permaneciendo en esta situación durante el 2001 y 2002, habiendo sido levantada en la actualidad la suspensión. En la relación de acreedores de la suspensión figuraban: - O.P.D. por 28.634.233 pts - "D.C., S.L." por 75.909 pts. - FOGASA. por 24.509.819 pts. El actor no reclamó en los autos de la suspensión crédito alguno. Por auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vivero de 15 de julio de 2002, en expediente nº 4501, se aprobó el convenio votado favorablemente en Junta General de Acreedores de 17 de junio de 2002. Don O.P.D. estuvo al frente de la empresa durante la suspensión de pagos mediante poder especial que le otorgó su madre para ello. DECIMOQUINTO.- La mujer e hija del actor poseen el 50% del capital social de "I.P., S.A." Don O.P.D. es accionista no mayoritario de "I.P., S.A.". La empresa OZA, centro de Ayudas Técnicas, SL, cuyo administrador único es don O.P.D. adquirió de doña M.D.N. acciones de "I.P., S.A.", por escritura de 20 de octubre de 1998, en concreto: 7.650 acciones en plena propiedad, y el usufructo de las numeradas del 4.001 a la 9.550, y de la 1.851 a la 3.700. DECIMOSEXTO.- "D.C., S.L." fue constituida por escritura pública de 31 de mayo de 1999 por doña M.D.N. y don M.G.I.E., éste último

es el administrador único de la empresa. Tiene domicilio social en ... Su objeto social es la comercialización de materiales de construcción. "I.P., S.A.", factura a algunas empresas con el nombre de "D.C., S.L." Los camiones que usa "I.P., S.A." son de "D.C., S.L." DECIMOSEPTIMO.- "T.P., S.A.", es una sociedad unipersonal, de la que es socio fundador único y administrador don O.P.D. Su única actividad es la tenencia y alquiler de maquinaria. La maquinaria con la que trabaja "I.P., S.A." es propiedad de "T.P., S.A.", siendo su único cliente. DECIMOCTAVO.- El actor presentó demanda el 19 de junio de 2002 frente a los cuatro demandados en reclamación de 1.803,04 euros en concepto de paga extra de diciembre de 2001 y diferencias salariales del mismo mes, celebrándose el acto de conciliación ante el S.M.A.C. el 13.02.02. El 01.08.02 presentó nueva demanda reclamándole 8154,89 euros en concepto de diferencias salariales en las mensualidades de enero de 2002 a mayo de 2002 y paga de beneficios, el acto de conciliación ante el S.M.A.C. tuvo lugar el 08.07.02 El 12.08.02 dedujo papeleta de conciliación reclamando 6.611,14 euros en concepto de salarios de junio, julio y paga extra de julio de 2002, celebrándose el acto de conciliación el 28.08.02. Todos concluyeron sin avenencia y/o intentados sin efecto. DECIMONOVENO.- En el calendario de vacaciones de 2002 figuran incluidos tanto el demandante como don O.P.D. En 2003 la empresa ordenó las vacaciones de algunos trabajadores durante la reparación de un horno, entre ellos figuraba el demandante. VIGÉSIMO.- El demandante ha compatibilizado su cargo de Secretario del Consejo de Administración con la prestación de servicios para la empresa "I.P., S.A." como encargado general, visitando clientes y obras, recibiendo órdenes del ingeniero encargado de la fábrica don M.C., sujeto a horario y asistiendo diariamente al centro de trabajo. Hasta la suspensión de pagos de la sociedad el actor era quien trataba con los trabajadores por parte de la empresa. Actualmente don M.C. da las órdenes en la empresa al personal, don O.P.D. firma las órdenes de pago y contratos. El demandante percibe salario muy por encima de Convenio. VIGÉSIMO SEGUNDO.- En 31 de enero de 2003 se entregó al actor por "I.P., S.A." la siguiente orden de trabajo: "A la entrega de la presente, se le ordena que proceda al control de la cocción del material, así como, a la supervisión y secado del combustible del horno, siendo su horario de trabajo de 8 a 13 horas y de 15 a 18 horas de lunes a viernes, a las órdenes del encargado de la

fábrica don M.C.". VIGÉSIMO TERCERO.- El actor cobró las siguientes cantidades de "I.P., S.A." en concepto de salario: -diciembre de 2001: 1.803,04 euros. -paga extra de diciembre de 2001: 1.202,02 euros. -enero de 2002: 1.595,75 -febrero de 2002: 1.803,04. -marzo de 2002: 180,04. -paga de beneficios 461,57".

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

"FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por don F.D.V., contra la empresa "I.P., S.A.", "D.C., S.L.", "T.P., S.A." y don O.P.D., debo declarar y declaro la extinción de la relación laboral existente entre el demandante e "I.P., S.A.", con efectos desde la fecha de esta sentencia, condenando a la empleadora demandada, a "D.C., S.L.", a "T.P., S.A.", en concepto de indemnización por la indicada extinción de su contrato, al pago a la parte actora de la cantidad de 84.723,97 euros".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y la codemandada "T.P., S.A.", siendo ambos impugnados de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda de resolución de contrato, declaró la extinción de la relación laboral de la demandante con la empresa "I.P., S.A.", con efectos desde la fecha de la sentencia, condenando a la empleadora demandada, a "D.C., S.L." y a "T.P., S.A." solidariamente, a que abonen a la parte actora en concepto de indemnización, por la indicada extinción de su contrato, la cantidad de 84.723,97 €, con absolución de don O.P.D. Y contra este pronunciamiento recurren en suplicación, la codemandada, empresa "T.P., S.A." y el actor don F.D.V., pretendiéndose por la primera, la declaración, de la incompetencia de la jurisdicción del orden social para conocer de la cuestión planteada o en su caso, de no ser así, se acepte la petición subsidiaria, declarando al actor como alto cargo y fijándose la indemnización en 13.180,79 €; en tanto, que por la parte actora, se solicita la condena solidaria de don O.P.D. con el resto de las demandadas, articulando al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del art. 191 de la L.P.L., dos motivos de suplicación, dedicando el primero, a la revisión de

los hechos declarados probados, y el segundo, al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Como trámite previo, y por ser materia de orden público, -apreciable incluso de oficio-, procede analizar si la relación que unía al actor con las demandadas, revestía o no, carácter laboral, para lo cual la Sala puede -y debe- conocer la totalidad de lo actuado sin que haya de sujetarse en exclusiva, ni a la relación de hechos probados, ni a la probable revisión solicitada, tampoco a la decisión judicial de instancia, ni a los alegatos y argumentos que las partes en litigio hayan vertido en los respectivos escritos de recurso e impugnación.

Para una mas acertada resolución de esta "litis" se ha de tener en cuenta: a) De conformidad con el art. 1.3 c) del E.T. se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley: La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de Consejero o miembro de los órganos de Administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo; b) El Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre otras, en las de 27 de enero de 1992, 30 de noviembre de 1996 y 16 de junio de 1998, viene señalando que el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada (al igual que el que ostenta tal cargo, o el Consejero Delegado, en una sociedad anónima) está vinculado a ésta por una relación de naturaleza societaria, incluido en el ámbito del derecho mercantil y excluida del derecho del trabajo, tal como claramente dispone el art. 1.3 c) del E.T.; señalando igualmente: que en cuanto un miembro del Órgano de Administración de la Sociedad, lleva a cabo, actividades gerenciales viene determinando que la inclusión o exclusión de tal relación en el ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad o funciones que realiza el sujeto, sino a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que la desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquélla consiste en una relación orgánica por integración de quien desempeñe el trabajo de dirección del Órgano de Administración Social, cuyas facultades son las que en definitiva se actúen, directamente o mediante delegación, la relación no puede ser laboral sino mercantil, lo que conlleva como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de depen-

dencia, no calificables de alta dirección, sino de relación laboral común, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos, de administración de la sociedad, y de una relación de carácter laboral. c) La sentencia del Tribunal Supremo de 30.05.02, (Rj 6.889/00), ha venido a establecer, de conformidad con la sentencia de 14.10.98 (Rj 7.812/98), que en el marco de las sociedades mercantiles capitalistas es plenamente compatible la condición de socio con la de trabajador por cuenta ajena de la sociedad, salvo que se supere el porcentaje, que según la sentencia de 29.01.97 (Rj 640/97) y otras muchas posteriores, determina la pérdida de la ajenidad por la tenencia o posesión del 50% o más de las participaciones sociales. d) Por su parte la Disposición Adicional 27 del Texto Refundido de la L.G.S.S., señala: *"se tiene el control efectivo de la sociedad cuando las acciones o participaciones del trabajador, supongan al menos, la mitad del capital social; presumiéndose igualmente, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: "1º.- Que al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quines se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco, por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado; 2º que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo, y 3º, que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad"*.

Esto sentado y a la vista de la prueba practicada, analizada conforme a las reglas de la sana crítica, ha resultado acreditado que el demandante ha venido prestando servicios para la empresa "I.P., S.A." dedicada a la fabricación de tejas y ladrillos, desde el 13.03.82, como encargado general, y salario de 2.627,33 € mensuales, con la prorrata de pagas extras, labor que ha venido desempeñando, acudiendo diariamente al centro de trabajo, visitando obras y clientes y con sujeción a horario y a disciplina de sus superiores, estando sujeto al organigrama de vacaciones en el año 2002 y que en el año 2003 la empresa dispuso las de algunos trabajadores, entre ellos las del actor durante la reparación de un horno; y si bien es cierto, que fue socio fundador de la empresa, que fue constituida mediante escritura notarial de 28.12.78, por don J.P.S., (suegro del demandante), sus hijos O.P.D. y don J.J.P.D. y por el

aquí actor, con un capital social de 40.000.000.- pts, suscribiendo don J.P.S. 3.700 acciones, y el resto de los socios constituyentes 100 acciones, designándose como administrador único de la sociedad a don J.P.S. y fallecido éste, fue nombrada administradora única su esposa doña M.D.N., y mediante escritura notarial de 28.12.92 se elevaron a públicos los acuerdos sociales de adaptación de estatutos y nombramiento de cargos del consejo de administración, el cuál quedó integrado: presidente y consejero delegado, doña M.D.N., consejero delegado, don J.J.P.D., secretario, don O.P.D. y vocales, don O.P.D. y don F.D.V.; y que por escritura de 06.06.95 se elevó a público el acuerdo de ampliación de capital social de "I.P., S.A.", que se fijó en 100.000.000.- pts dividido en 10.000 acciones de 10.000.- pts de valor nominal cada una, y habiendo fallecido el 18.04.96 don J.J.P.D., por escritura pública de 26 de abril de ese año se elevó a público el acuerdo social de "I.P., S.A.", por el que se designaba presidente del consejo de administración y consejero delegado a doña M.D.N., secretario al actor, consejeros delegados a don O.P.D. indistintamente con su madre y vocal a doña O.P.D., y que por escritura pública de 26.08.96 se elevó a público el acuerdo social de cese de don O.P.D. como consejero delegado y miembro del consejo de administración y en fecha 06.07.01 se elevó a público el acuerdo del consejo de administración de "I.P., S.A." quedando constituido del modo siguiente: presidente y consejero delegado doña M.D.N., secretario, don F.D.V. y vocal doña O.P.D. Y que el 16.01.92, don J.J.P.D. como consejero delegado de "I.P., S.A." y en nombre y representación de la empresa confirió al actor poder especial, para que en nombre y representación de la misma pudiera realizar los siguientes actos y contratos: firmar correspondencia, firmar pedidos, librar, endosar, descontar y negociar letras de cambio, contratar y firmar prestamos y créditos hipotecarios hasta un límite de 20.000.000.- pts, contratar y separar el personal de la sociedad, etc, facultades que se mantuvieron hasta el año 1999. Habiendo compatibilizado su cargo de secretario del consejo de administración, con la prestación de servicios para la empresa "I.P., S.A." como encargado general, visitando clientes y obras, recibiendo órdenes del ingeniero encargado de la fábrica, sujeto a horario y asistiendo diariamente al centro de trabajo; esta Sala, llega a la conclusión, de que el vínculo que le unía con la empresa demandada, es laboral y no mercantil, materia para la que es competente este orden jurisdiccional social, pues, aun cuando el

demandante, fue socio fundador de "I.P., S.A." y desde 1992 ha formado parte del Consejo de Administración de la sociedad, primero como vocal y después como secretario hasta la fecha, es evidente que tales cargos nunca han conllevado facultades de gestión o dirección de la sociedad, las cuales han recaído sobre los consejeros delegados, y que si el actor ha actuado en representación de la sociedad, realizando actos propios de la administración societaria, aceptando letras de cambio, instando solicitudes de altas y bajas en la Seguridad Social, celebrando contratos de trabajo y sus prórrogas, expidiendo comunicaciones al I.N.E.M., presentando declaraciones ante la Agencia Tributaria o interviniendo por la empresa en actos de conciliación ante el SMAC o en procesos judiciales, lo ha sido siempre en virtud del poder otorgado en 1992, por el fallecido don J.J.P., en nombre de la sociedad, y ello con independencia de que el demandante haya firmado como secretario, representante o incluso administrador, lo cual no varía la naturaleza de su intervención en el acto o declaración correspondiente, como mero apoderado mandatario, condición en la que tal y como establece el art. 1.719 del Código Civil, no se actúa según voluntad propia, sino con arreglo a las instrucciones del mandante, no siendo incompatible el ejercicio del mandato con el desarrollo conjunto de una actividad laboral cuando el que actúa, no tiene el control directo o indirecto de la sociedad a través del capital (en cualquier caso la intervención del actor en nombre de la sociedad no ha quedado acreditada más allá de 1999) no dándose ninguna de las circunstancias que se determinan en la DA 27ª del Texto Refundido de la L.G.S.S., pues su participación en el capital social en el inicio fue de 250 acciones de un total de 10.000, que en el año 1996 transmite a su hija, y si bien en la actualidad el 50% del capital social, lo ostentan su mujer y su hija, no consta que esta última resida con su padre o dependa de él, por lo que tampoco cabría que hablar de control indirecto de la sociedad.

Y sin que se estime la pretensión subsidiaria de que la relación sea la especial de alta dirección, y se de la infracción de lo dispuesto en el Real Decreto 1.382/85, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de alta dirección, y en concreto los arts. 1º nº 1 y 2, 9 y 10 en relación con el art. 2 en su nº 1.a) del Estatuto de los Trabajadores, pues de conformidad con el art. 1º.2 del Decreto 1.382/85, de 1 de agosto: "se considerará personal de alta dirección a

aquellos trabajadores que ejerciten poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad".

La doctrina legal y la jurisprudencia (sentencias entre otras del Ts de 10.10.85, 03.06, 12.09 y 27.10.86, 22.02.88 y 13.11.89), vienen señalando como características que definen al personal de alta dirección las siguientes: 1º) El alto directivo sólo tiene como superior al órgano societario o a la persona que ocupe el puesto de titular de la empresa (el empleador en sentido funcional); 2º) La alta dirección, recibe por tanto los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa (se trata de una delegación de primer grado); 3º) La legitimación formal se complementa con el desempeño efectivo de tales poderes; 4º) El ámbito de actuación se refiere a la empresa entendida como unidad total sin perjuicio de una especialización funcional; 5º) Autonomía y plena responsabilidad, la supeditación a criterios e instrucciones sólo se aceptan si éstas son directas al emanar del empleador propiamente dicho; 6º) Carece en absoluto de relevancia aun en el aspecto plenamente indiciario la denominación que las partes hayan podido dar al cargo encomendado, o el puesto de trabajo que deba servirse; siendo lo realmente trascendente el conjunto de facultades y poderes que se desarrollen en la práctica; 7º) Así como la relación en que se encuentre el interesado con la Seguridad Social, es decir, poco importa su afiliación o alta en cualquier de los regímenes existentes; c) el Tribunal Supremo en su reciente sentencia dictada en Unificación de Doctrina de fecha 17 de junio de 1993, señala: "que la noción de alta dirección exige el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas de la misma, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento, poderes que han de referirse a los objetivos generales de la entidad lo que supone que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o aspectos trascendentes de sus objetivos, debiendo actuar el alto directivo con autonomía y plena responsa-

bilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas de la empresa, puede ser calificada como alto directivo, debiendo excluirse a quines reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora”.

Poniendo en relación estos principios con la cuestión debatida en los presentes autos, y a la vista de las funciones que se declaran probadas, igualmente se llega a la conclusión que no se trata de la relación laboral especial de alta dirección, a que se ha hecho referencia, pues a parte de no ser de recibo alegar en primer término que la relación es mercantil, para a renglón seguido afirmar que es una relación laboral, pero de carácter especial, falta, un requisito esencial, cual es un contrato escrito (art. 4.1º Real Decreto citado) sin que se haya acreditado que en el actor concurren ninguna de las notas que caracterizan la relación laboral especial, cual es el ejercicio “de 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 o instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y de administración de la entidad”, estaba sujeto a horario, se le imponían las vacaciones e incluso estaba sujeto al organigrama de vacaciones, en el año 2002 y en el año 2003 se le señalaron las mismas, junto con otros trabajadores, durante la reparación de un horno; dependiendo de un ingeniero, que no pertenecía al consejo de administración.

TERCERO.- Por la empresa, “T.P., S.A.”, se denuncia, -tácitamente-, infracción del art. 6.4 del Código Civil, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo y sus consecuencias en orden a la responsabilidad solidaria empresarial, alegando, en esencia, que la condena debería extenderse al codemandado, don O.P.D.; criterio que igualmente se mantiene por la parte actora, que denuncia infracción de los arts. 7.2 y 6.4 del Código Civil en relación con los arts. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y art. 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, así como de la doctrina jurisprudencial sobre el grupo de empresas, citando sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo (de 26.12.01 y 04.04.02), y otras de la Sala I, sobre el levantamiento del velo.

Así, pues en relación con la censura jurídica que formulan los recurrentes, dos, son las cuestiones que se plantean: a) una, referida a la existencia o no de un grupo de empresas, b) otra, referida a la doctrina de levantamiento del velo, en relación con la responsabilidad individual de la persona física, no condenada don O.P.D.

En relación con la primera de las cuestiones, la referida al grupo de empresas, la censura jurídica que se denuncia, no puede prosperar por las siguientes razones:

A este respecto, conviene recordar ciertos criterios jurisprudenciales, resumidos en la sentencia de esta Sala de 27.07.94 (rec. Nº 2.993/92) a saber: a) lo que caracteriza fundamentalmente la existencia de un grupo de empresas, son notas tales como la relación vertical de dominación de una empresa respecto de las demás del grupo, un sistema de gobierno unitario y la prestación de servicios por los trabajadores de forma indistinta y común, sea simultánea o sucesivamente (en este sentido, véanse los criterios jurisprudenciales utilizados en sentencia del TS de 03.05.90, R. 3.946, de 06.03.91, R. 1.334 y de 30.06.93, R. 4.939). b) En principio, el mero hecho de que una empresa aparezca integrada en un grupo carece de trascendencia laboral, en cuanto el establecimiento de Sociedades Mercantiles de diversa clase, con limitación de responsabilidad, y su actuación en grupo, cualesquiera que sean las relaciones civiles o mercantiles e incluso la participación accionarial existente entre ellas, es una actuación lícita amparada en el principio constitucional de libertad de empresas (art. 38 Constitución Española), teniendo cada una de ellas titularidad y personalidad jurídica independiente (S. TCT de 18.03.81, R. 1.017). c) Sin embargo, no obstante la existencia de personalidades jurídicas separadas y la limitación de responsabilidades correspondientes, ello no impide que en supuestos singulares, cuando se detecte que la constitución de sociedades o integración en el grupo, aunque al amparo formal de una norma, se produce con el propósito abusivo y fraudulento de evadir responsabilidades personales en perjuicio de otros, persiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico (arts. 6.4 y 7.1 Código Civil), puedan los Tribunales penetrar en el substrato personal de dichas entidades, levantando su “velo”, para proteger los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados, respetando de este modo “el derecho de los demás” al que

alude el art. 101 de la C.E. como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, y dispensando en definitiva la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Norma Fundamental (véase exposición de esta doctrina, clásica en la Sala 1ª del TS, en sentencia de Sala 4ª de 25.09.89, R. 6.488) pero, como también alerta la jurisprudencia, los Tribunales deberán hacer uso moderado y cauteloso de tales facultades, para no quebrantar intereses legítimos, y de ahí que deban constar en “hechos probados” datos indiciarios, suficientes en número e intensidad que permitan alcanzar la presunción lógica (art. 1.253 del Código Civil) de que la apariencia formal creada era una simple pantalla jurídica para ocultar que todas las empresas del grupo forman una unidad y son coempresarios. D) A estos fenómenos de pluralidad de empresarios integrados en grupo corresponde una responsabilidad de tipo solidario, (S TS 07.12.87, R 10.115), pero no en virtud de lo dispuesto en el art. 1.137 del Código Civil, que se refiere a las deudas constituidas expresamente con tal carácter, sino por imperativo de las reglas del mandato contenidas en el art. 1.731 del Código Civil, a cuyo tenor “si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato”. En conclusión, como dice la sentencia del T.S. de 12.07.88 (R. 5.802), es doctrina de la Sala 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, con lo que se evita pueda pesar sobre el productor contratado el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que para nada le atañen y, que por supuesto, suelen ser muy difíciles de descubrir, y ello, en aras de la seguridad jurídica y del principio de que quien crea una apariencia verosímil está obligado frente a los que de buena fe aceptan esa apariencia como realidad, a fin de no fomentar la posible aparición de empresas ficticias que carezcan de las mínimas garantías de responsabilidad dejando a los trabajadores indefensos”. Más recientemente el TS en su sentencia de 26.01.98 (RJ 1.062/98) han venido señalando “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos

o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial, sino que es necesaria la presencia de elementos adicionales. La responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad. No puede olvidarse que los componentes del propia como personas jurídicas independientes que son. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, entre los elementos adicionales que hacen falta. La jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo ha residenciado la conjunción de alguno de los siguientes: *funcionamiento Unitario de las organizaciones de Trabajo de las Empresas del Grupo. * Prestación de Trabajo común, sucesiva o simultánea, a favor de varias de las empresas del Grupo. * Creación de empresas aparentes sin sustento real. * Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. * Utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente en perjuicio de los trabajadores”, y en el presente caso, a la vista de los hechos que se declaran probados, se desprende la existencia de datos suficientes para apreciar la figura del grupo empresarial, pero no así datos relevantes para llegar a la conclusión de que existe también responsabilidad solidaria de don O.P.D. Así la unidad de dirección, aparece clara al tener las tres empresas como administrador y accionista mayoritario al codemandado don O.P.D. También lo es la prestación de trabajo común a favor de una u otra de las empresas del grupo, siendo así que don O.P.D. impartía las órdenes de trabajo a los empleados sin distinguir su supuesta vinculación laboral. Por otra parte, “D.C., S.L.” se dedica a la distribución de los productos que fabrica “I.P., S.A.”, y esta última Entidad, adquirió todas las participaciones sociales de la primera en virtud de escritura notarial, actuando como representante de “I.P., S.A.” su Administrador Único don O.P.D. Señalar también que, los camiones de “D.C., S.L.” con los que se realiza la distribución de la mercancía que fabrica “I.P., S.A.” se guardan en la nave de esta última y son reparados por personal de la misma, lo que pone de manifiesto un funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo.

Por otra parte, la recurrente “T.P., S.L.” se constituyó en diciembre de 1996 por el codemandado don O.P.D., y la única actividad que ha venido desarrollando, ha sido la de alquilar las naves industriales de las que es titu-

lar así como el material inmovilizado que existe en las mismas a "I.P., S.A.", naves que ésta ocupa en precario, de lo que se desprende, que "T.P., S.L." se constituyó con la finalidad de figurar como titular de los inmuebles que siempre ocupó "I.P., S.A.", estipulándose entre ambas un contrato de arrendamiento con la finalidad evidente de separar sus responsabilidades frente a terceros. En consecuencia, teniendo en cuenta esta actividad de alquiler de inmuebles de "T.P., S.L.", y que el fundador y administrador único de la misma es don O.P.D., quien a su vez también es socio mayoritario y administrador único de "I.P., S.A.", fácilmente se colige que el contrato de arrendamiento suscrito entre ambas Mercantiles, no es más que un instrumento jurídico formalizado para desvincularse de hipotéticas responsabilidades, por lo que la empresa recurrente ha sido correctamente condenada solidariamente, por constituir una entidad más del grupo. Procede, por tanto, desestimar este apartado del recurso y confirmar la sentencia impugnada, en cuanto de forma correcta y ajustada a derecho se aplicó la doctrina jurisprudencial que se cita como infrin-gida relacionada con el grupo de empresas.

CUARTO.- En cuanto al otro apartado del recurso, relativo a la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo y la denuncia del artículo 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Anónima y Limitada, y la condena solidaria de don O.P.D. con el resto de las condenadas, denunciándose la infracción del mencionado artículo, así como el 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, se rechaza, pues es evidente la falta de legitimación pasiva del socio y administrador de las Mercantiles codemandadas, que en el relato de los hechos declarados probados se expresa que los servicios fueron prestados para la Entidad "I.P., S.A.", (o para las empresas del grupo), pero en la resolución impugnada no se hace referencia a dato alguno que permita atribuir o extender la cualidad de empresario, al Administrador de las Sociedades, por lo que es obligada consecuencia, de todo ello, el que la referida persona individual haya de ser absuelta, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que proclama la exención de responsabilidades por las deudas sociales para los socios individuales ("...quienes no responderán personalmente de las deudas sociales"), y la misma exención se establece también en el artículo 1 de la Ley 2/1995, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada. Por lo que al no ofrecer duda, (lo que tampoco se discute) que la empleadora no ha acreditado el pago de sala-

rio alguno durante el año 2002 y enero, febrero y marzo de 2003, se estima ajustada a derecho la resolución del contrato tal como acertadamente se acordó en la sentencia de instancia. En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede, en consecuencia, desestimar los recursos interpuestos y confirmar el fallo combatido. De conformidad con el art. 233 de la L.P.L. se imponen las costas del recurso a la empresa "T.P., S.A." en las que se incluirán los honorarios del letrado de la parte impugnante en la cuantía de 150 €.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de Suplicación interpuestos por el demandante don F.D.V. y la codemandada "T.P., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social num 104/03, seguidos a instancia de don F.D.V., contra "I.P., S.A.", don O.P.D., "D.C., S.L." y "T.P., S.A.", sobre rescisión de contrato, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Se imponen las costas del recurso a la empresa "T.P., S.A." en las que se incluirán los honorarios del letrado de la parte impugnante en la cuantía de 150 €.

3870 Recurso núm. 1.480/04

S.S. REQUISITOS JURISPRUDENCIAIS CONFIGURADORES DA EXISTENCIA DE GRUPOS DE EMPRESAS LABORALMENTE RESPONSABLES.

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

A Coruña, a dieciocho de mayo 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. 1480/2004 interpuesto por la empresa "H., 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 don J.C.O. en reclamación de despido siendo demandados la empresa "H., S.A." Intervención Judicial de la Suspensión de Pagos de "H., S.A.", en las personas de los interventores don A.S.C. y don E.G.P., "T.R., S.L.", "F.J., S.L." y el FOGASA, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 432/03 sentencia con fecha 14 de octubre de 2003 por el Juzgado de referencia que desestimó las excepciones procesales de falta de legitimación pasiva alegadas y estimó la demanda.

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

"PRIMERO.- El demandante, don J.C.O., ha venido prestando servicios como personal laboral por cuenta y orden de la empresa "H., S.A." con antigüedad 14.07.97, con destino en distintos centros de trabajo sucesivos, Burela-Lugo, Brión-Ferrol, Navia-Pravia-Asturias, ASTANO-Fene, Navia-Asturias, Burela-Lugo, Gijón-Pravia-Asturias, ocupando la categoría profesional de Oficial 2ª, y percibiendo un salario mensual de 1.121.87 euros, incluida prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- El demandante suscribió con la empresa "H., S.A.", los siguientes tipos de contrato de trabajo:

1.- Contrato de trabajo de duración determinada, modalidad obra o servicio determinado, art. 15 E.T., en relación al RDL 2.546/1994, de 14.07.97, siendo la causa de temporalidad de dicho contrato *"realización de trabajos de habilitación en Construcciones B/ 061 y B/027 de Astillero "A.B., S.A."* Dicho contrato se extinguió por finalización de obra en fecha 08.12.99.

2.- Contrato de trabajo modalidad obra o servicio determinado, art. 15 E.T., en relación a la Ley 63/97, de 26 de diciembre, de fecha 09.12.99, siendo la causa de temporalidad de dicho contrato *"realización de trabajos de habilitación en el buque 277 de ASTANO, de acuerdo con el pedido n° 062/1998, de 05.05 de "M.I., S.A."", en cuya cláusula adicional única se insertó lo siguiente: "El trabajador, aunque ha sido contratado como así reconoce expresamente- para trabajar -y trabajar en el centro de trabajo de Ferrol, y siempre que así lo exijan las frecuentes e inevitables necesidades de la tipicidad,*

complejidad y justeza de tales trabajos, acepta de buen grado el tener que desplazarse a la ciudad donde esté ubicado el Astillero cliente, e incluso a permanecer en ella durante el tiempo (y cuantas veces sea) necesario". Dicho contrato se extinguió por finalización de obra en fecha 14.01.02.

3.- Contrato de duración determinada, modalidad de eventual por circunstancias de la producción, art. 15 E.T. de fecha 14.01.02, siendo la causa de temporalidad del mismo *acumulación de pedidos durante el año 2002*, que se extinguió por terminación en fecha 19.06.02.

4.- Contrato de duración determinada, modalidad obra o servicio determinado, de fecha 21.06.02, en el que figura como causa de temporalidad *realización de trabajos de habilitación en los buques 182 y 183 de Astilleros "A.B., S.A.", en cuya cláusula adicional consta lo siguiente El trabajador, aunque ha sido contratado como así reconoce expresamente- para trabajar -y trabajar en el centro de trabajo de Ferrol, y siempre que así lo exijan las frecuentes e inevitables necesidades de la tipicidad, complejidad y justeza de tales trabajos, acepta de buen grado el tener que desplazarse a la ciudad donde esté ubicado el Astillero cliente, e incluso a permanecer en ella durante el tiempo (y cuantas veces sea) necesario. Dicho contrato se extinguió por terminación en fecha 31.12.02.*

5.- Contrato de duración determinada, modalidad obra o servicio determinado, de fecha 01.01.03, en el que figura como causa de temporalidad *"realización de trabajos de Habilidadación llave en mano S/ Contrato n° 01/02 y pedido n° 260431-1 Suministro, Construcción de Imadas de Botadura para el B/367 de IZAR, Astillero de Gijón - Asturias.*

Dicho contrato se extinguió por despido objetivo de fecha 16-6-03.

TERCERO.- La TGSS emitió informe de la vida laboral del demandante en el cual constan los siguientes periodos de alta y bajas en la Empresa "H., S.A.":

Empresa	Fecha alta	Fecha baja	Días cotizados
"H., S.A."	14.07.97	08.12.99	878
"H., S.A."	09.12.99	14.01.02	768
"H., S.A."	15.01.02	19.06.02	156
"H., S.A."	21.06.02	31.12.02	194
"H., S.A."	01.01.03	13.06.03	164

CUARTO.- El Registro Mercantil de A Coruña, emitió Nota Informativa Simple y los Estatutos de la Sociedad "H., S.A.", en la cual constan los siguientes extremos:

Datos Registrales: *la sociedad "H., S.A.", figura inscrita en la hoja C 6974, tomo 1.268, folio 136, NIF ..., con domicilio social en ..., A Coruña, fecha inicio de las operaciones 14.01.80.*

b) Objeto social:

1.- La explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación buques

2.- La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título.

c) El capital social de la citada sociedad es de 180.300 euros ó 30 millones de pts, distribuidos en tres mil acciones nominativas, por importe cada una de 10.000 pts, entre tres socios don L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.B.P.

d) Domicilio social: se fija en ..., A Coruña

e) Organos de Administración: el Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.B.P., Administrador Unico don J.B.P., nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 3 de mayo de 2002 y siendo apoderados del mismo don L.S.B.V., don J.B.P., doña M.C.R.G. y don A.L.V.

QUINTO.- Asimismo, según nota informativa simple del Registro Mercantil de A Coruña, y los Estatutos de la Sociedad "T.R., S.L." obrantes a autos, constan los siguientes datos:

a) Datos registrales: empresa "T.R., S.L.", figura inscrita a la hoja C 6.986, tomo 1.268, folio 186, NIF ..., inicio de operaciones 28.12.79.

Objeto social:

1.- Construcciones, montajes e instalaciones navales e industriales así como la fabricación y compraventa de los utensilios y elementos correspondientes.

2.- La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título.

c) El capital social de la citada sociedad es de 2.000.000 pts divididas en 400 participaciones sociales de 5.000 pts cada una, distribuidos entre dos socios: don J.B.P. y don A.V.M., cada uno con doscientas participaciones sociales.

d) Domicilio social: se fija en ..., A Coruña.

e) Órganos de Administración: el Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., Presidente, su esposa doña A.P.M., Secretaria y el hijo de ambos don J.B.P., Administrador Unico don J.B.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 30 de mayo de 1998 y siendo apoderados del mismo don J.B.P., doña M.C.R.G., y don L.S.B.V.

SEXTO.- El Registro Mercantil de A Coruña emitió Nota Informativa Simple y los Estatutos de la Sociedad obrantes a autos, en relación a la empresa "F.J., S.L.", constan los siguientes datos:

Datos registrales: "F.J., S.L.", inscrita a la hoja C 9.860, tomo 1.391, folio 137, NIF ..., fecha de inicio de las operaciones 10.02.89.

Objeto social: *explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación de buques y asimismo, cualquier otra actividad de lícito comercio relacionada con las anteriores que se acuerde ejercer por la Junta General.*

El capital social inicial de la citada sociedad cuando tenía la forma S.A., era de 400.000 pts, divididas en 400 acciones siendo socios iniciales don J.A.R.G. (100 acciones), don L.S.B.V. (100 acciones) y don R.P.M. (200 acciones). En fecha 02.12.92 la citada S.A. se transformó en S.L., siendo nuevos socios don L.S.B.V., con 398 participaciones, don J.B.P., 1 participación, y doña A.B.P. 1 participación,

Domicilio social: se fija en ..., A Coruña.

e) Órganos de Administración: el Consejo de Administración está formado por don

L.S.B.V., Presidente, su esposa doña A.P.M., Secretaria y el hijo de ambos don J.B.P., Administrador Unico don J.B.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 05.11.00 y siendo apoderados del mismo don L.S.B.V., don J.B.P., don A.L.V. y doña M.C.R.G.

SEPTIMO.- La empresa "H., S.A." S.A. reconoció expresamente que por sí sola constituye un grupo de empresas con otras sociedades participadas, disueltas en la actualidad, al señalarse en la memoria económica aportada en el ERE nº 60/03, lo siguiente:

La Sociedad es miembro de la unión temporal de empresas "H., C., C., U.T.E.", CIF ..., la cual finalizó su actividad en el ejercicio de 1993 encontrándose en la actualidad pendiente de disolución de la cual posee un 62,27%. El neto patrimonial de la misma a 31 de diciembre de 2001 asciende a 2.264,73 euros del cual le corresponde a la Sociedad 1.410,25 euros en función del porcentaje de participación que posee.

Con fecha 30 de julio de 1997 se constituyó una unión temporal de empresas denominada "H.- C.N.S.L., U.T.E.", CIF ..., para la realización de la obra de Habilitación Llave en Mano de la Construcción nº 77, para A.E.S.A., Puerto Real, de la cual posee un 13,72 %.

A la fecha actual el neto patrimonial ha sido repartido entre los socios encontrándose la entidad pendiente de disolución.

Con fecha 24 de setiembre de 1997 se constituyó una unión temporal de empresas denominada "H.- C.N.S.L., U.T.E." nº 2, CIF ... para la realización de la obra de Habilitación Llave en Mano de las Construcciones números 78 y 79, para A.E.S.A. Puerto Real, de la cual posee un 9,61%.

A la fecha actual el neto patrimonial ha sido repartido entre los socios encontrándose la entidad pendiente de disolución.

OCTAVO.- La empresa demandada "H., S.A." S.A., entregó al demandante don J.C.O. en fecha 13.06.03, carta de despido objetivo, art. 52 c), del tenor literal siguiente:

Lamentamos el tener que comunicarle que esta empresa, con base en causas objetivas (fundamentalmente económicas, según informe que ponemos a su disposición), además de tener solicitado del Juzgado correspondiente la suspensión de pagos, se ve obligada a extin-

guir su con trato de trabajo, con efectos del día de hoy.

Tal decisión extintiva se fundamenta jurídicamente en lo establecido en el Art. 52.c del R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, (Ley del E.T.), en conexión con el Art. 51.1 y 53 del mismo Texto legal.

Las graves dificultades de tesorería nos impide simultanear el pago de la indemnización legal que a Vd. Le corresponde, lo cual somos los primeros en lamentar, aunque entendemos que tal indemnización podrá cobrarse del FOGASA, a tenor de lo que se dispone en el Art. 33 antes mencionados del RDL.

Así mismo con la presente se le facilita documentación necesaria para que pueda solicitar del INEM prestaciones por desempleo, lo que deberá hacer dentro del plazo de 15 días a contar desde hoy.

Por último se le informa que sin no estuviere conforme con nuestra decisión dispone de 20 días hábiles para reclamar judicialmente contra la misma.

NOVENO.- La Empresa "H., S.A." presentó en fecha 14.06.03 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Ferrol, solicitud de declaración de expediente de suspensión de pagos que fue admitido trámite por dicho Juzgado, dictándose proveído en fecha 14.06.03 en el cual se designaba como interventores Judiciales a don A.S.C. y don E.G.P.

DECIMO.- La Empresa "H., S.A." presentó en fecha 26.06.03, en la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociales Empleo y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia solicitud de Expediente de Regulación de Empleo que fue registrado con el nº 60/03 en el cual se solicitaba la autorización para la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla de la Empresa "H., S.A.", un total de 21 trabajadores, con efectos de la fecha del posible acuerdo con el se cierra el periodo de consultas y subsidiariamente con efectos del 30-6-03, adjuntando la memoria económica explicativa de la razones económicas invocadas para la extinción de dichos contratos.

UNDECIMO.- En la memoria económica aporta por la Empresa "H., S.A." en el Expediente de Regulación de Empleo 60/03 constan lo siguientes datos:

AÑO	ACTIVO	PASIVO	RESULTADO
1999	666.500.621 Ptas.	661.327.887 Ptas.	+5.172.734 Ptas.
2000	726.116.996 Ptas.	717.491.783 Ptas.	+8.625.213 Ptas.
2001	5.800.809,56 €	5.780.829,41 €	+19.980,15 €

DUODECIMO.- En fecha 26.06.03 se abrió el periodo preceptivo de consultas del E.R.E. nº 60/03 solicitándose por la Autoridad laboral el preceptivo informe del Delegado Sindical y fijándose como días de reunión los días del 27 a 30 del mes, el cual emitió el informe preceptivo, señalándose para una reunión final el día 30.06.03.

DECIMOTERCERO.- En fecha 26.06.03 la Empresa "H., S.A." previó requerimiento de la Autoridad laboral remitió a ésta relación nominal de trabajadores afectados e incluidos en el E.R.E. nº 60/03 correspondientes a la citada Empresa en el Centro de trabajo de Ferrol y que tienen la antigüedad, categoría y salarios siguientes:

Nombre	Antigüedad	Categoría	Salario
M.C.R.G.	18.11.91	Tec.Grado Superior	1.176,76
A.B.P.	04.07.01	Aux. Administrativa	813,94
J.A.P.R.	03.04.01	Tec. Ofic. 2ª	841,41
J.J.R.P.	01.07.71	Jefe Taller	1.287,62
M.I.L.E.	01.08.99	Ofic. 2ª Administrat.	851,58
A.S.G.	01.10.00	Tec. Grado Medio	1.066,17
S.P.R.	18.11.02	Peón Especialista	825,84
A.S.S.	01.01.03	Oficial 2ª	837,45
G.C.C.	18.06.62	Maestro	1.233,91
J.R.D.C.	01.12.98	Oficial 3ª	854,62
D.N.C.	04.11.02	Oficial 3ª	828,55
M.M.A.	14.11.01	Oficial 3ª	817,05
J.A.N.C.	13.04.98	Encargado	745,36
F.J.L.F.	20.01.03	Oficial 2ª	837,38
J.M.L.M.	16.12.02	Oficial 1ª	864,23
C.R.F.L.	20.01.03	Oficial 2ª	837,45
M.A.F.G.	14.06.01	Oficial 1ª	833,23
L.V.C.B.	20.11.01	Oficial 3ª	818,54
J.T.R.	26.05.71	Encargado	1.176,62
J.J.B.R.	18.10.01	Oficial 3ª	838,63
G.D.D.	10.05.82	Oficial 2ª	971,25

DECIMOCUARTO.- La empresa "H., S.L." a fecha 31.05.03, tenía una plantilla total, según certificación de vida laboral de la T.G.S.S. y los TC1 TC2 de la Seguridad Social 74 trabajadores, de los cuales 56 estaban en Ferrol y 18 en Asturias.

DECIMOQUINTO.- En dicho ERE 60/03 se abrió el preceptivo periodo de consultas señalándose reuniones para los días 26, 27, 28, 29 y 30 de junio del 2003, levantándose acta final en fecha 30 de junio del 2003, en la cual, se hacía constar lo siguiente:

"Se abre la negociación por la parte social, la que insiste en requerir a la empresa para que ésta bague lo posible por pagar a cada trabajador afectado el importe de la indemnización legal.

Por la representación empresarial, acompañada del Interventor Judicial de la suspensión de pagos, se promete hacer todo lo posible en ese sentido, si bien, sometiéndose a lo que la ley prevé con respecto a los acreedores en los expedientes judiciales de suspensión de pagos.

A continuación, por ambas partes se insiste en repetir puntualizaciones hechas en las dos reuniones anteriores, pasándose, finalmente, a concretar que la empresa satisfará los salarios hasta el día de hoy, treinta de junio, y que se solicitará, por ambas partes que las prestaciones de desempleo puedan devengarse desde el día uno del próximo mes de julio. La empresa también promete que, aunque por falta de liquidez no pueda pagarlos, facilitará a cada trabajador los dos últimos recibos de salarios incluido el salario y finiquito.

Llegados a este punto del periodo de consultas las partes llegan al acuerdo de aceptar las extinciones contractuales con fecha treinta del actual mes de junio y las indemnizaciones de 20 días por año para cada trabajador.

Y en prueba de conformidad y acuerdo entre las partes, suscriben y firman la presente acta en la localidad y fecha al principio indicadas, cuando son las diez y veinte minutos, firmando también, además del delegado de personal los veinte trabajadores afectados".

DECIMOSEXTO.- En fecha 4 de julio del 2.003, los seis trabajadores que habían sido objeto del despidos objetivos entre los días 12, 13 y 16 de junio del 2.003 A.F.V., J.C.O., C.E.P., A.J.M.N., V.M.F.L. y J.F.R. comparecieron ante la Delegación de Trabajo y presentaron escrito en el cual, por entender que existían indicios de fraude de ley y posible abuso de derecho en la conclusión del acuerdo final del ERE, en cuyo punto primero hacían constar lo siguiente:

1º. "H., S.A.", manifiesta disponer a principios de este año 2003, de una plantilla en conjunto a los 90 trabajadores.

2º.- Algunos de ellos con contratos de duración determinada fraudulentos, por lo que actualmente se siguen procesos judiciales por despido por ante el S.M.A.C. y Juzgados de lo Social de Ferrol.

3º.- A otros trabajadores de "H., S.A." se les ofreció pasar voluntariamente para otras empresas del grupo, desconocemos en que condiciones, deudas, antigüedad, etc.

4º. No entendemos aquí, nuestras sospechas e indicios, en despedirnos a nosotros 6, cuando menos –desconocemos si hay más despidos iguales a los nuestros- vía despido objetivo directo, art. 52 c) del E.T. y a otros 20 compañeros, al mismo tiempo y o con escasos días de diferencia, acudiendo al expediente administrativo vía art. 51 del E. T.

Siendo que lo lógico, legal y correcto, en su caso, sería incluírlos a todos en el expediente administrativo, pues como señala el art. 52. del E. T. "in fine".

"Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior a lo establecido en el art. 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo".

5º. Como quiera que la empresa dispersa de modos diversos la plantilla, para aparecer solicitando autorización para extinguir las relaciones laborales con menos de 25 trabajadores, nos resulta sospechoso de fraude y abuso de derecho y lo que nos motiva a ponerlo en conocimiento de la Autoridad Laboral a los efectos oportunos.

SOLICITAMOS a la Delegación Provincial de la Consellería que, luego de presentado este escrito, en unión de la documentación referida que al mismo se adjunta, se sirva admitirlo, por efectuadas las manifestaciones que contiene y, en su virtud, si así lo considera oportuno y conveniente –en su caso previo traslado del presente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a Fogasa-, se remite el expediente, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad.

DECIMOSEPTIMO.- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de La Coruña, emitió informe en fecha 7 de julio del 2003, en el que se hace constar lo siguiente:

"En relación con la solicitud de autorización presentada por la empresa "H., S.A." para proceder a la extinción de relaciones laborales con veinte trabajadores de su plantilla, se llevó a cabo actuación inspectora en fecha 4 de julio del 2003, manteniéndose entrevista con don J.B.P., administrador de la

empresa, y don G.D., representante legal de los trabajadores. Así mismo, se examinó la documentación obrante en el expediente.

De las actuaciones practicadas se pudo concluir que la empresa de referencia se constituyó en el año 1950, dedicada a la habilitación naval, es decir, terminación de buques. Ha desarrollado su actividad preferentemente para el actual Grupo IZAR (anteriormente, ASTANO y BAZAN). Según la memoria explicativa que acompaña a la solicitud, también ha prestado servicios para otras empresas del sector, viéndose afectada por los impagos de estas (INDUNOR y ASTAFERSA). A consecuencia de estos impagos, se ha reducido sustancialmente la actividad encomendada por el grupo IZAR. Por estas circunstancias, la empresa en junio de 2003 presenta solicitud de suspensión de pagos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Ferrol, que por providencia de 14 de junio resuelve dicha solicitud, y decreta la intervención judicial de la empresa.

La empresa aporta junto con la solicitud de autorización del expediente las cuentas y balances de los ejercicios 1999, 2000 y 2001. Se hace constar que no se aportan las cuentas y balances del año 2002.

Examinadas las mismas no se concluye la existencia de pérdidas en los ejercicios aportados, si bien existe una disminución de los beneficios. En las memorias que acompañan a los balances se hace referencia a la situación de "empresas del grupo y asociadas", puesto que "H., S.A." ha venido desempeñando su actividad a través de uniones temporales de empresas, y posee participación directa en otras sociedades.

Con fecha 7 de julio se recibe en esta Inspección el escrito remitido a la Autoridad Laboral por seis trabajadores de la empresa, que muestran su disconformidad con el expediente. Con fechas 12, 13 y 16 de junio la empresa comunica a estos seis trabajadores la extinción de su contrato, entendiéndose que en base a lo dispuesto en el art. 51 del RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 29), deberían haber estado incluidos en el expediente.

Por lo expuesto se concluye que, si bien existe un acta de acuerdo suscrita entre el representante de la empresa y el de los trabajadores, a juicio de la Inspectora que suscribe la documentación aportada es insuficiente para

acreditar la causa alegada, ya que no figuran las cuentas y balances del año 2002, en los balances de los tres anteriores ejercicios no se constata la existencia de pérdidas, y en todo caso, cabe la posibilidad de que la empresa solicitante forme parte de un Grupo, en cuyo caso sería necesario examinar la documentación de este”.

DECIMOCTAVO.- Del escrito inicial de los denunciantes se dio traslado a la empresa “H., S.A.”, la cual, en fecha 09.07.03 junto con el Interventor Judicial, don E.G.P. realizó escrito de alegaciones en el cual se hace constar lo siguiente:

“1ª. En segundo lugar, que los repetidos seis ex trabajadores están faltos de legitimación activa para intervenir en este expediente por varias razones: 1) porque no están afectados por el mismo; 2) porque sus contratos han sido extinguidos, unos con fecha doce como otros con fecha trece y otros con fecha dieciséis del pasado mes de junio, con fundamento en el art. 52. c) del Estatuto de los trabajadores; 3) porque no quisieron figurar en el mencionado expediente de regulación, sino que prefirieron las cartas de extinción contractual por causas objetivas, y 4) porque tampoco quisieron aceptar ofertas de trabajo en empresas afines, con las que se mantienen buenas relaciones y la posibilidad de un contrato por tiempo indefinido.

2ª. Tampoco es cierto que a los trabajadores que se les ofreció encontrarles trabajo en otras empresas no se supiese en que condiciones. Pues a todos, sin excepción, se les dijo que se les buscaría trabajo, con contrato a tiempo indefinido en diversas empresas. Tan sólo veinte trabajadores prefirieron ser regulados, por diversas circunstancias personales, y los seis ex trabajadores a que se viene haciendo referencia ni quisieron una cosa ni la otra. Tan sólo se inclinaron por la opción de recibir la carta de extinción contractual por causas objetivas, y habida cuenta de que estaban por debajo del umbral de diez.

3ª. También me parece oportuno recordar aquí que tanto a estos seis ex trabajadores como a los veinte afectados por el expediente, como al resto, se les aclaró que la grave crisis de “H., S.A.” y el criterio negativo de los analistas no le auguraba a este ninguna viabilidad. Y que, por tanto, habida cuenta de los salarios que hasta la fecha les adeudaba, así como de la total falta de trabajo u ocupación y de que mucho menos iba a

poder satisfacer salarios que fuese devengando, la mejor y única solución era tramitar lo necesario para poder percibir las prestaciones de desempleo.

4ª. Así lo comprendió la totalidad de los veinte trabajadores afectados, lo que les llevó a aceptar voluntaria y razonablemente dicho expediente. SUPLICA: Que teniendo por recibido el presente escrito, dentro de tipo y forma, me sea admitida a trámite, y en definitiva, estimado en el sentido de continuar la tramitación del expediente de regulación de empleo nº 60/03, autorizando la extinción de los contratos de trabajo de los veinte trabajadores afectados que están en perfecto acuerdo de que así sea”.

DECIMONOVENO.- En fecha 09.07.03, la Autoridad Laboral dictó resolución en el E.R.E., nº 60, en cuya parte dispositiva se hace constar lo siguiente:

“De lo que antecede, y en concreto de que el expediente no afecta realmente a la totalidad de la plantilla (21), si no a 20 trabajadores, excluyéndose a uno que es el Delegado de Personal (don G.D.D.), y que previamente a su presentación, se procedió al despido objetivo de 6 trabajadores, quedando reducida la plantilla a menos de veinticinco trabajadores, con la repercusión que ello pudiera tener para el Fondo de Garantía Salarial en el costo de las indemnizaciones (art. 33.8 del E. T.), y que cabe la posibilidad de que a empresa forme parte de un Grupo, con la consiguiente alteración de las relaciones laborales y sus consecuencias económicas, obliga a esta Delegación Provincial a apreciar que pudiera existir fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del Acuerdo suscrito, se remite por ello el citado expediente a los fines legalmente previstos.

Se suspende la resolución del expediente hasta que se dicte sentencia por ese Juzgado, rogando se notifique a esta Delegación Provincial, con el fin de resolver lo que en derecho proceda”.

VIGESIMO.- El administrador único de las empresas codemandadas “H., S.A.”, “T.R., S.L.” y “F.J., S.L.”, don J.B.P., manifestó en confesión judicial que el Delegado Sindical de “H., S.A.”, don G.D.D. no está incluido en el ERE 60/03 porque causó baja voluntaria en la empresas “H., S.A.” pasando a ser contratado por la empresa “T.R., S.L.”, en fecha 15.07.03.

VIGESIMOPRIMERO.- La empresa “H., S.A.”, se dedica a la actividad de Habili-

tación Naval de Buques, Carpintería, Ebanistería, se rige por el sector de empresas siderometalúrgicas, BOE 07.03.03 de la provincia de La Coruña y contaba a fecha 31.05.03 en Ferrol con una plantilla total de 74 trabajadores, de los cuales 56 estaban en Ferrol y 18 en Asturias.

VIGESIMOSEGUNDO.- Las empresas "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", se dedican a la actividad de construcciones, montajes e instalaciones navales e industriales y a la explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación de buques, y se rigen por el convenio del sector industrial de siderometalúrgicas BOE 07.03.03.

VIGESIMOTERCERO.- En fecha 31.07.03 la Empresa "H., S.A." remitió a la Autoridad Laboral comunicaciones en las que hacían constar que de los 20 trabajadores incluidos inicialmente en el Expediente de Regulación de Empleo 60/03, diez trabajadores habían solicitado la baja voluntaria en la Empresa "H., S.A." con motivo de haberse surgido un contrato de trabajo con otras mercantiles, siendo los interesados los siguientes:

Nombre	Antigüedad	Categoría	Salario €
S.P.R.	18.11.02	Peón Espec.	825,84
A.S.S.	01.01.03	Oficial 2ª	837,45
D.N.C.	04.11.02	Oficial 3ª	828,55
C.R.F.L.	20.01.03	Oficial 2ª	837,45
F.J.L.F.	20.01.03	Oficial 2ª	837,38
J.M.L.M.	16.12.02	Oficial 1ª	864,23
M.M.A.	14.11.01	Oficial 3ª	817,05
M.A.F.G.	14.06.01	Oficial 1ª	833,23
L.V.C.B.	20.11.01	Oficial 3ª	818,54
J.J.B.R.	18.10.01	Oficial 3ª	838,63

VIGESIMOCUARTO.- La Empresa "H., S.A." tiene centro de trabajo y domicilio en una nave industrial situada en ..., La Coruña.

Por su parte la Empresa "T.R., S.L." tiene Centro de Trabajo y domicilio en una nave industrial, en ..., La Coruña. La citada nave industrial en la que la primera Empresa ocupa la parte inferior y la segunda la parte superior, estando comunicadas ambas por una escalera común y prestando en la misma servicios indistintamente los trabajadores de una y otra Empresa.

VIGESIMOQUINTO.- La TGSS emitió informe en fecha 19.09.03, sobre la vida laboral de la plantilla de los trabajadores de "H., S.A." en el que constan los siguientes datos:

1.- Evolución de altas y bajas en la Plantilla de "H., S.A." periodo 31.05.03 a 01.09.03:

Plantilla "H., S.A."	A 31.05.03	A 21.06.03	A 30.06.03	A 31.07.03	A 01.09.03
Trabajadores de alta	79	49: 31 en Ferrol y 18 en Asturias	43: 25 en Ferrol y 18 en Asturias	25 en Ferrol	25 en Ferrol
Trabajadores de baja	5	25 en Ferrol	6	18 en Asturias	13
Total	74	49	43	25	12

2.- Evolución de la plantilla de "T.R., S.L.", periodo 30.05.03 a 01.09.03:

Plantilla "T.R., S.L."	A 31.05.03	A 30.06.03	A 31.07.03	A 01.09.03
Trabajadores de alta	51	50	68	62
Trabajadores de baja	27	17	6	1
Total	24	34	62	61

3.- Evolución de la plantilla de "F.J., S.L." en el periodo 30.05.03 a 01.09.03:

Plantilla "F.J., S.L."	31.05.03	30.06.03	31.07.03	01.09.03
Trabajadores de alta	12	23	31	36
Trabajadores de baja	0	0	0	0
Total	12	23	31	36

VIGESIMOSEXTO.- En el periodo comprendido entre el 31.05.03 a 01.09.03 se produjeron las siguientes incidencias en las plantillas de las Empresas "H., S.A.", "T.R., S.L." y "F.J., S.L."

Trabajadores	Bajas "H., S.A."	Altas "F.J., S.L."	Altas "T.R., S.L."
M.L.N.	24.06.03		25.06.03
R.M.R.	30.06.03		01.07.03
J.D.R.	24.06.03	25.06.03	
J.V.A.	24.06.03		25.06.03
V.M.B.S.	16.06.03	17.06.03	
J.L.B.F.	24.06.03	25.06.03	
C.E.P.	16.06.03		
(Demandante en despido)			
J.M.M.V.	24.06.03	25.06.03	
J.P.A.	24.06.03	25.06.03	
A.S.S.	04.08.03	05.08.03	
J.A.C.C.	08.06.03		
(Demandante en despido)			
M.S.B.	24.06.03		25.06.03
C.B.V.	13.06.03		17.06.03
J.A.L.P.	31.05.03	07.07.03	
J.M.L.M.	30.07.03	31.07.03	

DOCTRINA DAS SALAS DO SOCIAL E DO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA

J.B.P.	31.08.03	
	(Baja voluntaria es	
	Administrador	
	Único da Empresa)	
G.D.D.	15.07.03	
	Baja voluntaria	
	16.07.03	
	es el Delegado	
	de Personal	16.07.03
A.G.F.	09.06.03	10.06.03
A.M.B.	31.05.03	
R.B.C.	09.06.03	10.06.03
J.J.M.V.	13.06.03	
A.F.V.	13.06.03	
	Demandante	
	en despido	
J.A.R.L.	16.06.03	17.06.03
M.N.F.	30.06.03	01.07.03
A.A.F.S.	24.06.03	25.06.03
I.A.L.M.	31.05.03	06.07.03
V.M.F.L.	12.06.03	
	Demandante	
	en despido	
A.J.M.N.	13.06.03	
	Demandante	
	en despido	
F.J.G.B.	31.05.03	
	Demandante	
	en despido	
J.M.P.C.	13.06.03	17.06.03
L.M.M.	31.05.03	01.06.03
J.M.R.L.	31.05.03	21.07.03
J.M.E.C.	17.06.03	18.06.03
J.F.B.B.	31.05.03	01.06.03
J.D.R.L.	31.05.03	
R.B.L.	17.06.03	18.06.03
J.L.A.C.	24.06.03	25.06.03
C.C.I.	13.06.03	17.06.03
M.A.R.C.	17.06.03	18.06.03
J.C.L.P.	13.06.03	17.06.03
M.P.C.R.	13.06.03	17.06.03
J.C.R.V.	31.05.03	06.07.03
J.F.R.	12.06.03	
	Demandante	
	en despido	
E.J.R.	16.06.03	
J.A.G.C.	31.05.03	06.07.03
F.C.M.	17.06.03	18.06.03
J.C.O.	13.06.03	
	Demandante	
	en despido	
J.A.F.G.	31.05.03	07.06.03
J.J.B.R.	31.07.03	01.08.03
M.A.F.G.	30.07.03	31.07.03
C.A.G.L.	08.06.03	16.07.03
D.N.C.	10.09.03	05.08.03
R.R.D.	09.06.03	10.06.03
S.P.R.	22.07.03	23.07.03

A.C.F.	31.05.03	21.07.03
T.M.L.	31.05.03	07.06.03
R.L.F.	09.06.03	10.06.03
A.M.A.	13.06.03	17.06.03
F.L.D.	31.05.03	
F.P.J.	13.06.03	
J.L.M.B.	13.06.03	17.06.03
R.V.T.C.	02.09.03	01.09.03
F.J.L.F.	04.08.03	05.08.03
D.G.M.	13.06.03	
M.M.A.	30.07.03	31.07.03
C.R.F.L.	04.08.03	05.08.03
L.V.C.V.	31.07.03	01.08.03
A.O.F.	17.06.03	18.06.03
J.C.V.	13.06.03	

En resumen de los 74 trabajadores iniciales de "H., S.A.", 69 trabajadores causaron baja, en el periodo comprendido entre 31.05.03 a 01.09.03, de ellos 28 causaron alta en "F.J., S.L." de los cuales 10 figuraban incluidos en el expediente de regulación de empleo y causaron alta en fecha 31.07.03, y otros 24 causaron alta en "T.R., S.L.", y 18 extinguieron sus contratos en Asturias, y 4 causaron baja por terminación de contrato.

VIGESIMOSEPTIMO.- La TGSS emitió informe en relación a los 10 trabajadores incluidos en el E.R.E. en el cual constan los siguientes datos:

Nombre	Empresa	Alta	Baja
S.P.R.	"H., S.A."	18.11.02	22.07.03
	"F.J., S.L."	23.07.03	
J.M.L.M.	"H., S.A."	14.11.01	30.07.03
	"F.J., S.L."	31.07.03	
M.A.F.G.	"H., S.A."	14.06.01	30.07.03
L.V.C.B.	"H., S.A."	20.11.01	31.07.03
	"F.J., S.L."	01.08.03	
J.J.B.R.	"H., S.A."	18.10.01	31.07.03
	"F.J., S.L."	01.08.03	
A.S.S.	"H., S.A.", S.A.	04.11.02	04.08.03
	"F.J., S.L."	05.08.03	
C.R.F.L.	"H., S.A."	21.06.02	04.08.03
	"F.J., S.L."	05.08.03	
F.J.L.F.	"H., S.A.", S.A.	21.06.02	04.08.03
	"F.J., S.L."	05.08.03	
D.N.C.	"H., S.A."	04.11.02	04.08.03
	"F.J., S.L."	05.08.03	
M.M.A.	"H., S.A.", S.L.	14.11.01	30.07.03
	"F.J., S.L."	31.07.03	

VIGESIMOCTAVO.- El demandante, según certificación de su propia vida laboral aportada por el FOGASA causó alta en la empresa "G., S.L." en fecha 22.07.03, encon-

trándose prestando servicios en la actualidad en dicha empresa.

VIGESIMONOVENO.- En fecha 15.07.03 en los expedientes 1.654/03; 1.679/03 y 1.630 hasta 1.646/03 se celebraron en el SMAC de Asturias tres actas de conciliación de trabajadores de "H., S.A.", desplazados a Gijón, en la cual la Empresa "IZAR CNM, S.A." se avino a abonar a los actores las cantidades que "H., S.A." adeudaba los trabajadores en Gijón, a cuenta de la facturación interna pendiente con "H., S.A." y que afecta a los siguientes trabajadores:

Nombre	Cantidad	Causa extintiva	Empresa que abona
J.L.R.L.	3.931,42 €	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
J.L.M.R.	2.793,71€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
J.L.B.R.	3.037,40€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
J.V.A.	4.319,36€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
A.M.A.	1.709,30€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
J.A.D.C.	3.053€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
V.S.P.	1.032€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
J.C.G.	1.932,84€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
A.D.Q.	3.555,70€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
P.P.J.	1.660,84€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
R.T.C.	2.378,16€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
F.L.D.	2.724,89€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
J.C.V.	3.382,02€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
F.J.L.Q.	2.910,05€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
C.C.I.	3.702,02€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
C.B.V.	3.348,80€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
J.R.S.	508€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
D.G.M.	1.925,23€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.
L.M.F.P.	500€	Fin contrato y liquidación	IZAR,CNM, S.A.

TRIGESIMO.- En fecha 09.10.03, se dictó sentencia por este Juzgado, en los autos de juicio 433/03, en demanda de oficio, seguida a instancia de la Delegación Provincial de Trabajo de la Xunta de Galicia y 6 trabajadores coadyugantes entre los que figura el demandante, contra las empresas "H., S.A.", Intervención Legal de la Suspensión de Pagos de la Empresa "H., S.A.", "T.R., S.L.", "F.J., S.L.", 20 trabajadores afectados por el E.R.E 60/93, que después quedaron reducidos a 10, FOGASA, que estimó la demanda declarando la nulidad del acuerdo colectivo de fecha 30.06.03, que puso fin al E.R.E. 60/03, por existir fraude de ley y abuso de derecho en la conclusión del mismo. Dicha sentencia se notificó en legal forma a las partes.

TRIGESIMO PRIMERO.- La TGSS emitió informe en fecha 19.09.03 en el cual consta que, los trabajadores J.M.L.M., L.V.C.V., A.S.S., C.R.F.L. y F.J.L.F., prestaron servicios indistin-

tamente para "H., S.A." S.A., "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", pasando de unas a otras empresas en dicho período durante su vida laboral en las mismas.

TRIGESIMO SEGUNDO.- En fecha 27.06.03 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose en fecha 11.07.03 la preceptiva conciliación administrativa previa, con el resultado de intentada sin efecto, en la cual se hace constar lo siguiente:

Abierto el acto y ratificado el solicitante, concede la palabra por su orden a todos los interesados.

La demandada "H., S.A." manifiesta: Que no puede avenirse a las pretensiones del actor con base al contenido cierto de la carta entregada el 16.06.03 y que como bien sabe no se trata de un despido sino de una extinción contractual por causas objetivas (art. 52.c) del E.T.)

La demandada "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", a una sola voz manifiesta: Se alega, en primer lugar, falta de legitimación pasiva, y en segundo, en cuanto al fondo, que por eso mismo se ignoran los hechos de la papeleta y sus circunstancias, por todo lo cual, como es obvio, no pueden avenirse.

Vistas las manifestaciones de las partes y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se cierra el presente acto Sin Avenencia respecto a los demandados comparecientes "H., S.A.", "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", e Intentada sin Efecto respecto a la demandada Intervención Judicial de la Suspensión de Pagos de "H., S.A."

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

"FALLO: 1.- Que debo desestimar y desestimo las excepciones procesales de falta de legitimación pasiva alegadas por "T.R., S.L." y "F.J., S.L." por las razones expuestas en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

2.- Que con estimación de la demanda instada por don J.C.O., contra las empresas "H., S.A.", Intervención Judicial de la Suspensión de Pagos de "H., S.A." en las personas de los Interventores don A.S.C. y don E.B.P., y las empresas "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", y FOGASA, en reclamación sobre despido, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 13.06.03, constituye un despido que debe ser calificado como nulo, condenando

solidariamente a "H., S.A.", "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", a que readmitan al demandante en las mismas condiciones que tenía antes del despido de fecha 13.06.03, pero habidas cuenta que la readmisión es imposible, al estar trabajando el demandante desde el 22.07.03 para la Empresa "G., S.L." en aplicación analógica del art. 284 de LPL, resulta forzosos extinguir el contrato de trabajo del actor con las Empresas codemandadas, condenando solidariamente a "H., S.A.", "T.R., S.L." y "F.J., S.L." a que abonen al demandante una indemnización de 10.098 € ó 1.680.166 Ptas. y la suma de 1.458,60 € ó 242.691 Ptas. en concepto de salarios de tramitación, comprendidos entre 13.06.03 hasta 22.07.03.

Así mismo se condena a la Intervención legal de la Suspensión de Pagos de la Empresa "H., S.A." a estar y pasar por la anterior declaración, absolviendo la FOGASA, sin perjuicio de su responsabilidad legal subsidiaria, art. 33 E.T.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia estimatoria de la demanda, declarando que la extinción contractual por la que se accionaba constituye despido nulo y condenando solidariamente a las empresas demandadas, la recurrente "H., S.A." interesa en el apartado revisorio –bajo la cobertura del art. 191.b LPL– que en el ordinal séptimo se suprima que la indicada empresa «reconoce expresamente la existencia de un grupo de empresas».

2.- Se acepta la pretensión, porque: (a) en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley (STS 22.01.98 Ar. 7; SSTSJ Galicia 30.01.03 R. 5.819/02, 29.03.03 R. 544/00, 28.03.03 R. 2.065/00, 25.05.03 R. 3.688/00, 30.05.03 R. 1.510/00, 27.06.03 R. 2.694/03, 26.03.04 R. 3.166/01...), pero en forma alguna

tienen adecuada cabida en los HDP los medios e instrumentos de prueba que puedan llevar a las citadas conclusiones fácticas; y (b) discutiéndose en autos la existencia de «grupo de empresas» y las consecuencias atribuibles a tal dato, está fuera de lugar una manifestación como la cuestionada, al suponer un concepto jurídico que en cierto modo predetermina el fallo, en tanto que con el mismo es claro que se anticipa la decisión judicial respecto de la cuestión que se debate y –precisamente por eso– no pueden acceder a la parte histórica de la sentencia, sino que en su caso tendría adecuada ubicación y razonamiento en la fundamentación jurídica (así, SSTS 19.06.89 Ar. 4.811 y 07.06.94 Ar. 5.409; y SSTSJ Galicia –entre las recientes– de 25.01.03 R. 4.613/99, 22.03.03 R. 1.854/00, 27.03.03 R. 2.620/00, 11.04.03 R. 3.868/02, 26.04.03 R. 767/00, 30.04.03 R. 3.282/02, 30.05.03 R. 3.124/00, 12.06.03 R. 5.352/02, 18.06.03 R. 3.205/03, 02.10.03 R. 3.848/03, 30.10.03 R. 1.184/03, 21.11.03 R. 3.755/03, 11.02.04 R. 3.498/01 y 15.04.04 R. 931/04). Y con mayor motivo cuando la afirmación judicial de inicio –se reconoce expresamente la existencia de un grupo de empresas– no se corresponde con la literalidad de lo que acto continuo se indica por el Magistrado, reiterando un texto de la Memoria que es alusivo a uniones temporales de empresas.

SEGUNDO.- 1.- Se solicita la modificación del decimocuarto de los HDP («La empresa "H., S.A.", a fecha 31.05.03, tenía una plantilla total, según certificación de vida laboral de la T.G.S.S. y los TC1 y TC2 de la Seguridad Social 74 trabajadores, de los cuales 56 estaban en Ferrol y 18 en Asturias»), instando la nueva redacción que sigue: «La empresa "H., S.A." a fecha 31.05.03 tenía una plantilla total, según certificación de vida laboral de la TGSS y los TC1 y TC2 de la Seguridad Social 78 trabajadores en Ferrol –de los cuales cesaron por finalización del contrato por obra que tenían suscrito 14 de ellos el día 31.05.03, 2 trabajadores el día 08.06., otros 4 el día 09.06.03, 12 trabajadores más el 13.06.03, 1 trabajador el 16.06.03, otros 6 el 17.03.03, 9 trabajadores el día 24.06.03 y 2 el día 30.06.03; en Asturias, a fecha 31.05.03, figuraban en plantilla 5 trabajadores, todos ellos con contrato temporal por obra, que cesaron, por fin de la misma, en las siguientes fechas: el 31.05.03 un trabajador, el 08.06.03 otro y el 15.06.03 los tres restantes».

2.- Rechazamos la variación propuesta, porque –según el recurso– «tiene su soporte documental en los folios 1.573 a 1.622 de las actuaciones». Y bien se comprende que con tal

planteamiento se ha de reiterar criterio expuesto en multitud de ocasiones –entre las últimas, SSTSJ Galicia de 16.01.03 R. 5.384/02, 10.02.03 R. 2.191/02, 27.02.03 R. 2.402/02, 28.02.03 R. 551/00, 27.03.03 R. 2.886/00, 14.03.03 R. 2.984/02, 11.04.03 R. 3.947/02, 09.05.03 R. 4.233/02, 18.06.03 R. 3.205/03, 24.06.03 R. 4.682/02, 11.09.03 R. 3.568/00, 12.09.03 R. 5.029/00, 11.10.03 R. 277/03 y 20.11.03 R. 1.458/03, 18.03.04 R. 4.066/03 y 18.03.04 R. 4.138/03...– e indicar nuevamente que no es admisible la revisión fáctica propuesta cuando se interesa con la exclusiva indicación de plurales documentos, sin ninguna otra precisión o razonamiento. No hay que olvidar –así se desprende de los arts. 188 y siguientes LPL– que la Suplicación es un recurso extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, de manera que sólo permite –excepcionalmente– fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo si el error valorativo sufrido en la instancia por el Juzgador se evidencia de documentos y pericias (art. 191 «El recurso de suplicación tendrá por objeto: [...] b) Revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas»), citadas con la adecuada precisión (art. 194.3: «También habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión») y acompañadas de la oportuna argumentación (art. 194.2: «En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos»).

3.- Para que el motivo revisorio hubiera podido prosperar hubiera sido preciso, desde un plano formal, que se hiciese indicación nominativa de cada uno de los trabajadores cuyo contrato se hubiese extinguido por finalización de obra y que se citase el concreto folio –de entre los 55 que se invocan– en el que tal circunstancia consta. Tal como se formula el motivo, la parte pretende que sea la Sala quien revise toda la prueba y averigüe –para comprobar la concordancia del motivo con la realidad– cuáles fueron los trabajadores con contrato temporal finalizado, y ello es desconocer la naturaleza extraordinaria del recurso y la obligada imparcialidad del Tribunal, que no puede auxiliar en la construcción de aquél.

TERCERO.- 1.- Asimismo se propone la modificación del ordinal vigesimoprimer *in fine*, relativo al número de trabajadores de “H., S.A.”, por considerar que es reiteración de lo ya indicado en el decimocuarto de los HP; o

subsidiariamente que ofrezca la misma redacción ofrecida para este último ordinal.

2.- Se rechaza la pretensión principal, porque se trata de una mera corrección literaria que únicamente aporta a la sentencia el estilo de redacción propio del recurrente, lo que no es objeto del recurso de Suplicación. Y tampoco aceptamos la petición subsidiaria, porque previamente hemos destacado la inviolabilidad de reformar el ordinal decimocuarto.

CUARTO.- 1.- También se solicita que se suprima el HDP vigesimosegundo, por estar en contradicción con los hechos quinto –referido a “T.R., S.L.” – y sexto –alusivo a “F.J., S.L.”–.

2.- La revisión no se acepta, porque los dos últimos ordinales hacen referencia al objeto social que figura en los estatutos de cada una de las sociedades, en tanto que el ordinal undécimo refiere lo que a juicio del Magistrado constituye la actividad real de cada empresa. Y hemos de insistir en que éste es un proceso extraordinario y que en supuestos de afirmada –por la decisión recurrida– distorsión entre la realidad y la verdad formal, no puede invocarse como prueba desvirtuadora de la afirmación judicial –o en su caso del fraude– la constituida por los documentos cuya desconexión con la realidad acreditada se declara la sentencia de instancia; tales documentos tan sólo resultan acreditativos del aspecto formal de la cuestión, constituyendo –justamente por ello– el presupuesto de la discordancia declarada probada, sin que –por lo mismo– puedan en forma alguna ser considerados como demostrativos de que no existe la realidad contraria –o fraudulenta, en su caso– que ha declarado el Magistrado (SSTSJ Galicia 23.10.97 R. 3.641/97, 09.05.97 R. 1.704/97, 30.10.98 R. 4.599/95, 30.10.98 R. 3.570/98, 05.11.98 R. 3.899/98, 26.11.98 R. 3.809/95, 18.11.99 R. 4.675/96, 20.03.00 R. 5.321/96, 30.11.00 R. 2.546/97, 24.01.01 R. 3.204/97, 29.11.01 R. 5.426/01, 15.02.02 R. 3.960/98, 23.02.02 R. 4.118/98, 28.03.03 R. 501/03, 11.02.04 R. 6.781/03 y 15.04.04 R. 931/04).

QUINTO.- 1.- Se insta la modificación del HP vigésimo cuarto, para sustituir la localidad de ... por la de ... y para suprimir la frase «y prestando en la misma servicios indistintamente los trabajadores de una y otra empresa».

2.- Se rechaza la primera de las modificaciones porque no se propone prueba hábil –documental– al efecto, sino exclusiva referencia a la prueba de testigos, que por disposi-

ción legal carece de virtualidad revisoria en este recurso extraordinario (art. 191.b LPL).

3.- Y tampoco admitimos la segunda porque muy contrariamente a lo que el recurso argumenta, la afirmación «prestando servicios indistintamente» no predetermina el fallo, y al efecto ya tenemos indicado en multitud de ocasiones –SSTSJ Galicia 13.05.99 R. 1.847/96, 14.07.01 R. 3.037/00, 18.07.01 R. 287/99, 17.09.01 R. 3.584/00, 17.09.01 R. 3.605/00, 10.10.01 R. 4.520/00, 25.10.01, 24.11.01 R. 1.458/98 y R. 4.908/00, 15.02.01 R. 3.960/98, 13.03.02 R. 809/02, 25.01.03 R. 4.613/99, 26.05.03 R. 1.771/03, 28.10.03 R. 1.160/01, 11.02.04 R. 3.498/01 y 26.03.04 R. 3.313/03–, empleando palabras del Tribunal Supremo, que «la tesis del recurso llevaría a concluir que todo hecho probado que contenga una sentencia es determinante del fallo, lo que obviamente no es de recibo, pues una cosa es la valoración del juzgador al sentar el relato histórico –que puede realizar en conjunto atendido el resultado de la prueba sin precisión particularizada de por qué sienta sus afirmaciones– y otra la calificación jurídica de los datos fácticos subsumidos en la norma. Y sólo cuando la valoración entraña calificación estaremos ante supuesto en que se prejuzgue el fallo y entonces el resultado será tener por no puesta la afirmación predeterminante del fallo» (STS 19.06.89 Ar. 4.811).

SEXTO.- 1.- Se postula igualmente la complementación del trigésimo de los HDP, añadiendo *in fine* –tras la manifestación de que el acuerdo colectivo fue declarado nulo por sentencia de 09.10.03– la frase «siendo recurrida por las demandadas “H., S.L.”, “T.R., S.L.” y “F.J., S.L.”»

2.- Se acepta el motivo, porque su texto tiene plena justificación en la documental acompañatoria del recurso –anuncio de los recursos frente a aquella resolución– y cuya incorporación a las actuaciones hemos acordado en Auto de esta misma fecha.

SÉPTIMO.- 1.- En último lugar se insta la modificación del hecho probado número trigésimo primero («La TGSS emitió informe de vida laboral en fecha 19.09.03, en el cual consta que los trabajadores [...] han prestado servicios indistintamente para “H., S.A.”, “T.R., S.L.” y “F.J., S.L.”, pasando de unas a otras empresas en dicho periodo durante su vida laboral en las mismas»), para sustituir la palabra «indistintamente» por «sucesivamente».

2.- La solicitud está fuera de lugar, porque para tal rectificación no se aduce prueba documental alguna que pudiera justificarla, sino la afirmación de que el Juzgador «confunde» los conceptos «indistinto» y «sucesivo», porque «los contratos en las diferentes empresas demandadas suscritos por los trabajadores mencionados lo fueron de forma sucesiva, en sucesión de contratos, no de forma simultánea o coetánea». La falta de cita de apoyo hace que se mantenga lo que el Magistrado afirma, que durante la vida de sus contratos los trabajadores «han prestado servicios indistintamente» para las demandadas.

OCTAVO.- 1.- En el apartado de examen del Derecho y por el cauce del art. 191.c) LPL, el recurso efectúa las siguientes denuncias: (a) vulneración de la doctrina jurisprudencial en materia de grupos de empresas; (b) infracción del art. 15 –párrafos 1 y 3– ET, así como de los arts. 2, 3, 8 y 9 RD 2.720/1998, en relación con la jurisprudencia interpretativa; (c) conculcación del art. 51.1 –en relación con el art. 49–, 52 y 53 ET, así como de la jurisprudencia que los interpreta; y (d) infracción del art. 33 ET.

2.- Censuras jurídicas que la Sala rechaza, siguiendo precedentes de nuestras sentencias de 15.04.04 R. 931/04 y 16.04.04 R. 487/04, que reproducimos literalmente, salvo en las obligadas concreciones del caso.

NOVENO.- Sobre la primera de las denuncias, la relativa a la doctrina jurisprudencial acerca del «grupo de empresas», la Sala reitera doctrina ya expuesta en numerosas ocasiones –entre las últimas, sentencias de 30.05.01 R. 2.125/01, 09.05.01 R. 4.700/97, 06.11.00 R. 4.283/00, 21.09.02 R. 55/99, 17.01.03 R. 5.387/02, 19.09.03 R. 3.748/03 y 15.01.04 R. 6.056/03– y recuerda que en el ámbito mercantil son sobradamente conocidas y tratadas las diversas manifestaciones positivas de la concentración de capitales y fuerzas empresariales (Agrupaciones de Interés Económico, reguladas por Ley 12/91, de 29 de abril; Agrupaciones de Empresarios, a las que aplicar el art. 42 del Código de Comercio, el art. 87 Ley de Sociedades Anónimas, y la Ley 24/88 de Mercado de Valores; las Uniones Temporales de Empresas de que trata la Ley 18/82, de 26 de mayo, modificada por la Ley 12/91, de 29 de abril; en materia de seguros privados, el RD 2.486/98, de 20 de noviembre, modificado por RD 996/2000, de 2 de junio). Y aunque también sea conocida la figura en el campo del Derecho Fiscal (en donde se aplica

la responsabilidad solidaria por todas las deudas tributarias del Grupo, conforme al art. 38 Ley 10/82, de 26 de abril, que modifica la Ley General Tributaria; asimismo, el Grupo es contemplado en el RD 537/97, de 14 de abril), lo cierto y verdad es que en el campo del Derecho laboral –fuera de las escasas referencias que representan el art. 3 y la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto-ley 1/92, de 13 de abril (después Ley 22/92, de 30 de julio), sobre Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, del art. 7 del Real Decreto 830/85, de 30 de abril, sobre Empresas Pesqueras Conjuntas, del art. 51.14 ET, en relación con el art. 42 del Código de Comercio–, la Ley 10/97, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (modificada por la Ley 44/99, de 29 de noviembre), la cuestión relativa a la responsabilidad de los Grupos de Empresas es materia huérfana de tratamiento sustantivo y tan sólo tiene meras alusiones en sede procesal (arts. 16.5, 80.1.b, 82.3.a y 247.2 LPL). Ahora bien, ello no ha impedido un copioso tratamiento jurisprudencial, que parte de la STS de 19.05.69 Ar. 2.773 y en el que se ha pasado de una inicial concepción en el que la pertenencia al Grupo se considera un dato irrelevante desde la perspectiva laboral, al más moderno criterio de admitir la trascendencia del referido Grupo cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales.

DÉCIMO.- Reproduciendo literalmente nuestra precedentes sentencias hemos de indicar una vez más que:

(a).- El criterio general que actualmente se mantiene es el de que los vínculos accionariales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personalidad de cada una de las sociedades debidamente constituidas como tales (SSTS de 23.06.83 Ar. 3.043, 03.03.84 Ar. 1.512), de manera que el control de unas Sociedades por otras a través del capital social no altera su respectiva personalidad jurídica, salvo en los supuestos legales de fusión por absorción; y que tan sólo se admite «levantar el velo» de la personalidad jurídica y extender la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante, alcanzando al empleador real (plural o individual) y trascendiendo de las formalidades jurídicas, cuando concurren específicas circunstancias. O lo que es igual, «no es suficiente que concurra el mero hecho

de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales» (STS 26.11.90 Ar. 8.605, 30.06.93 Ar. 4.939, 20.01.97 Ar. 618, 29.10.97 Ar. 7.684 y 26.01.98 Ar. 1.062).

(b).- Asimismo se mantiene en doctrina (STS 29.10.97 Ar. 7.684) que las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajos y del aspecto de estar afectado por el fenómeno, real o ficticio de empresarios. La jurisprudencia ha utilizado para optar por una u otra de las soluciones diversos criterios, como son el de atenerse a la realidad en la identificación del empresario, en virtud del cual debe ser considerado como tal, de acuerdo con el art. 1.2 del ET, quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios, la exigencia de la buena fe, el rechazo del fraude de ley y la valoración de la responsabilidad solidaria, como la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial que inciden sobre la relación individual de trabajo, de acuerdo con el ordenamiento vigente.

(c).- La responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos –el principio de «primacía de la realidad»–, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir; y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad (SSTS 03.03.87 Ar. 1.321, 08.10.87 Ar. 6.973 y 30.06.93 Ar. 4.939). En este sentido declaró ya la STC 46/1983, de 27 de mayo, que corresponde a la Jurisdicción Laboral resolver quién es el «empresario verdadero» y quién opera como «empresario aparente» para eludir consecuencias de orden laboral que pudieran resultarle gravosas, «y ello con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos». Y en tal línea se ha indicado que para dispensar la obligada tutela judicial –art. 24.1 CE– los Tribunales pueden penetrar en el sustrato de las personas jurídicas y «levantar su velo», al objeto de proteger los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados, pues su respo-

to es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, como proclama el art. 10.1 CE (STS 25.09.89 Ar. 6.488). Pero la carga de la prueba de los supuestos determinantes de la responsabilidad del grupo empresarial recae sobre «quien pretende hacer valer los efectos jurídicos laborales atribuidos a los mismos» y que «aunque esta carga no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociables o mercantiles del grupo [...] si ha de alcanzar a las citadas características especiales que tienen relevancia para las relaciones de trabajo» (SSTS 03.05.90 Ar. 3.946, 29.05.95 Ar. 4.455 y 30.12.95 Ar. 1.003).

UNDÉCIMO.- Entre los referidos elementos adicionales, determinantes de responsabilidad solidaria del grupo, son de destacar los siguientes (SSTS 26.01.98 Ar. 1.062, 10.07.00 Ar. 3.717/01, 21.12.00 Ar. 1.870/01, 26.09.01 Ar. 1.270/02, 26.12.01 Ar. 5.292/02, 23.01.02 Ar. 2.695, 06.03.02 Ar. 4.659 y 04.04.02 Ar. 6.469):

(a).- La prestación de servicios para las diversas Empresas (SSTS 04.03.85 Ar. 1.270 y 07.12.87 Ar. 8.851), bien en forma simultánea e indiferenciada (SSTS 29.03.78 Ar. 1.111, 06.05.81 Ar. 2.103 y 08.06.88 Ar. 5.251), o bien de manera alternativa (STCT de 04.11.81 Ar. 6.441 y 09.07.82, así como STS de 01.06.78 Ar. 2.247), o también sucesivamente por mor de contratos encadenados (STCT de 03.02.84 Ar. 939, 14.10.86 Ar. 9.473 y 27.03.87 Ar. 6.699); en el bien entendido de que «salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores» (SSTS 26.11.90 Ar. 8.605, 30.06.93 Ar. 4.939 y 26.01.98 Ar. 1.062).

(b).- La superposición de Empresas en el circuito rector de las decisiones, de manera que exista una actuación y dirección unitaria del Grupo o conjunto de Empresas, agrupadas bajo unas mismas coordenadas y dictados (SSTS 06.05.81 Ar. 2.103, 05.03.85 Ar. 1.274 y 08.10.87 Ar. 6.973; STCT de 04.07.87 Ar. 6.053); o en otras palabras «SSTS 24.07.89 Ar. 5.908 y 30.12.95 Ar. 1.003» que se aprecie en el grupo de empresas una relación vertical de dirección y una dirección unitaria proyectada

tanto sobre las relaciones económicas como empresariales, de modo que, más allá del aspecto jurídico formal entre las empresas aisladamente consideradas, trascienda una misma realidad económica «fragmentada jurídicamente» proyectada a través del mando de una empresa dominante, en la que reside el poder de dirección y una situación de dependencia de las restantes, respecto a las relaciones económicas, financieras y laborales; en el bien entendido de que la mera coincidencia de accionistas en las distintas empresas no determina la responsabilidad solidaria de las sociedades componentes (STS 21.12.00 Ar. 1.870/01), a la par que no es relevante «a los efectos debatidos» la coincidencia personal en la Administración (STS 26.12.01 Ar. 5.292/02).

(c).- La amplia comunicación o trasvase entre los diversos patrimonios sociales, que produce entre ellos una situación de confusión y que influye en situaciones de crisis afectante a alguna de las Empresas del Grupo (SSTS de 11.12.85, 10.11.87 Ar. 7.838, 19.11.90 Ar. 8.583 y 30.06.93 Ar. 4.939), lo que tiene lugar en los supuestos de «caja única», falta de «tesorería propia», «cajas aparentemente únicas», renunciaciones internas de créditos, pago de nóminas y de las cuotas de la Seguridad Social (STS 08.06.88 Ar. 5.256);

(d).- La existencia de una apariencia externa unitaria, que justifica la responsabilidad global del Grupo, en aras a la seguridad jurídica y al principio de que quien crea una apariencia verosímil se halla obligado frente a los que de buen fe aceptan tal apariencia como una realidad (SSTS de 08.10.87 Ar. 6.973, 10.11.87 Ar. 7.838, 12.07.88 y 22.12.89 Ar. 9.073, 19.11.90 Ar. 8.583 y 30.06.93 Ar. 4.939);

(e).- La creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SSTS 11.12.85 Ar. 6.094, 03.03.87 Ar. 1.321, 08.06.88 Ar. 5.256, 12.07.88 Ar. 5.802 y 01.07.89); y

(f).- La utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las Empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores (SSTS de 30.01.90 Ar. 233, 03.05.90 Ar. 3.946, 04.05.90 Ar. 3.960, 24.09.90 Ar. 7.045, 31.01.91 Ar. 200, 22.03.91 Ar. 1.889).

DUODÉCIMO.- 1.- Tales criterios jurisprudenciales han de aplicarse en autos teniendo en cuenta «aparte de los datos expresados en el relato de hechos» una serie de extremos que el Magistrado afirma en el segundo de los

fundamentos de Derecho, circunstancia ésta que no les priva de valor fáctico y determina que su tratamiento procesal haya de ser –en principio– el propio de los hechos declarados probados (SSTS 17.10.89 Ar. 7.284, 09.12.89 Ar. 9.195, 19.12.89 Ar. 9.049, 30.01.90 Ar. 6.236, 02.03.90 Ar. 1.748, 27.07.92 Ar. 5.664, 14.12.98 Ar. 1.010 y 23.02.99 Ar. 2.018; y, recientemente, SSTSJ Galicia 16.01.03 R. 5.384/02, 21.03.03 R. 2.341/00, 21.03.03 R. 556/03, 29.03.03 R. 544/00, 26.04.03 R. 767/00, 30.05.03 R. 4.669/00, 17.10.03 R. 756/03, 29.11.03 R. 947/03 y 15.04.04 R. 931/04).

2.- Con inclusión debida en el relato de hechos o con ubicación formalmente inadecuada en la fundamentación jurídica, el Magistrado destaca los siguientes datos reveladores de grupo de empresas y determinantes de responsabilidad solidaria: (a) de los 74 trabajadores que “H., S.A.” tenía en 31.05.03, desde esta fecha y hasta el 01.09.03 pasaron 28 empleados a “F.J., S.L.” y 24 a “T.R., S.L.”; (b) cinco trabajadores –indicados en forma nominal por la sentencia– «han prestado servicios indistintamente» para las tres empresas; (c) el Consejo de Administración de las demandadas encarnan en las mismas personas físicas –el Sr. L.B.V. como Presidente; su esposa Sra. P. como Secretaria; y el hijo de ambos, Sr. B.P., como Administrador Único–; (d) media identidad de domicilio por parte de “H., S.A.” y “T.R., S.L.”, sito en ..., donde utilizan una nave común; (e) la facturación externa frente a otras empresas es conjunta, sin que entre las tres demandadas exista facturación interna; (f) el Delegado de personal de “H., S.A.”, no incluido en el ERE pasó a causar alta en “T.R., S.L.” el 16.07.03; (g) de los 20 trabajadores incluidos en el ERE de “H., S.A.”, 10 de ellos han pasado a “F.J., S.L.” en 31.07.03; (h) los 18 trabajadores que “H., S.A.” tenía desplazados a Asturias, todos ellos conciliaron ante el SMAC la extinción de sus contratos en fecha 15.07.03; e (i) existe identidad de objeto social y complementariedad de actividad entre las codemandadas.

3.- Los referidos extremos nos llevan a confirmar la responsabilidad solidaria declarada en instancia, porque acreditan los siguientes puntos justificativos: (1º) la prestación de servicios para las diversas empresas, en algunos casos de forma simultánea y mayoritariamente de manera sucesiva a través de contratos encadenados; (2º) la dirección unitaria, que no sólo se apunta en la identidad física de los órganos del Consejo de Administración de todas ellas, sino que se evidencia en

el constante trasvase de personal por medio de contratos temporales sin solución de continuidad o casi sin ella, y –últimamente– preordenados al ERE 60/03, presentado por “H., S.A.”; (3º) todo ello facilitado por una actividad social básicamente idéntica y complementaria en su divergencia; (4º) la apariencia unitaria, con facturación externa conjunta, disfrute del mismo domicilio e identidad de órganos rectores; (5º) la confusión patrimonial que suponen la inexistencia de facturación interna y la ubicación en nave compartida; y (6º) la contratación temporal sucesiva y trasvase de personal comporta la utilización abusiva de la personalidad jurídica, minorando los derechos de los trabajadores.

DUODÉCIMO.- En lo que se refiere a la segunda de las censuras jurídicas formuladas, la relativa al contrato para obra o servicio determinado, que es materia regulada por los preceptos que se denuncian como infringidos (arts. 15 ET y 2, 3, 8 y RD 2.720/1998, de 18 de diciembre), en primer lugar cumple recordar que en materia de contratación temporal en general, la doctrina unificada ha mantenido una serie de criterios que aunque en su mayor parte dictados para anteriores normas son aplicables a la actual regulación, por su identidad esencial (aparte de las que se dirán, SSTS 21.09.93 Ar. 6.892; 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; 20.03.02 Ar. 3.808; 21.03.02 Ar. 3.818; 23.09.02 Ar. 2003\704; 20.01.03 Ar. 1.986; 21.03.02 Ar. 3.818; y 20.01.03 Ar. 1.986). Doctrina que es resumible en los términos:

(1º).- Pese a que el art. 15.1 ET ya no prescribe expresamente –como en la redacción original– que «el contrato de trabajo se presume por tiempo indefinido», esto no significa que la temporalidad ya no necesite siempre de una causa legal que la justifique, sino que el válido acogimiento al sistema ordinario de contratación temporal, requiere en términos inexcusables que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que le es propia, siendo claro que los arts. 8.2 y 15.3 ET y 9.1 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida (SSTS 21.03.02 Ar. 3.818; y 20.01.03 Ar. 1.986).

(2º).- En principio, si los contratos se han celebrado con arreglo a la normativa que

los regula, no cabe apreciar irregularidad que conlleve la nulidad de las contrataciones ni la declaración de fijeza (STS 29.12.95 Ar. 9.847).

(3º).- Para determinar la licitud de un contrato temporal que es el último de una serie de ellos ha de tomarse en cuenta también la validez de los precedentes si no ha existido solución de continuidad entre los mismos (SSTS 20.02.97 Ar. 1.457; 21.02.97 Ar. 1.572; 25.03.97 Ar. 2.619; 05.05.97 Ar. 3.654; 29.05.97 Ar. 4.471; 29.05.97 Ar. 4.473; 02.07.97 Ar. 5.560; 17.11.97 Ar. 8.425; 17.03.98 Ar. 2.682; 06.07.98 Ar. 7.010).

(4º).- Excepcionalmente, el control de legalidad ha de atender exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre éste y el anterior haya mediado un plazo superior al plazo de caducidad de la acción de despido –20 días hábiles–, y a su vez, esta regla puede obviarse cuando se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, permanece la unidad esencial del vínculo laboral, por no existir solución de continuidad o ser de escasa entidad (SSTS 20.02.97 Ar. 1.457; 21.02.97 Ar. 1.572; 25.03.97 Ar. 2.619; 05.05.97 Ar. 3.654; 29.05.97 Ar. 4.471; 29.05.97 Ar. 4.473; 02.07.97 Ar. 5.560; 17.11.97 Ar. 8.425; 17.03.98 Ar. 2.682; 06.07.98 Ar. 7.010; 22.04.02 Ar. 7.796).

(5º).- La sucesiva contratación temporal infringiendo la normativa sobre la misma constituye *fraus legis*, sin necesidad de acreditar elemento subjetivo adicional (SSTS 29.03.93 Ar. 2.218 y 20.01.03 Ar. 1.986), porque el fraude no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal –*dolus malus*–, sino la simple y mera consciencia de que la situación laboral contemplada no implica temporalidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada, o lo que es igual, el fenómeno descrito en el art. 6.4 C.C. (STS 20.03.02 Ar. 5.284).

(6º).- Cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia; como no la tiene un recibo de finiquito cuando la empresa da por extinguido el contrato temporal viciado; y además se entiende que no existe interrupción eficiente, cuando la que media entre uno y otro contrato

temporal es inferior a 20 días hábiles (STS 21.03.02 Ar. 3.818)

(7º).- La fijeza así surgida permanece, aunque se formalicen luego otros contratos temporales, incluso aunque alguno de ellos –en sí mismo y al margen de la cadena contractual– pudiera considerarse válido, de modo que las sucesivas relaciones laborales temporales que en circunstancias normales no se hubieran comunicado, pasan a constituir una única relación laboral indefinida e indisponible, por aplicación de los arts. 3.5 y 15.3 ET (STS 21.03.02 Ar. 3.818).

DECIMOTERCERO.- 1.- Ya más específicamente sobre el contrato para obra o servicio determinado, la doctrina unificada –así, las SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida– tiene indicado que sus requisitos 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» (SSTS 10.12.96 Ar. 9.139, 30.12.96 Ar. 9.864, 11.11.98 Ar. 9.623, 28.12.98 Ar. 387, 03.02.99 Ar. 1.152, 08.06.99 Ar. 5.209, 19.07.99 Ar. 5.797, 21.09.99 Ar. 7.534, 26.10.99 Ar. 7.838 y 01.10.01 Ar. 8.490; y recordando tal criterio jurisprudencial, las SSTSJ Galicia 12.03.99 R. 1.267, 08.10.99 R. 3.921/96, 12.11.99 R. 4.277/96, 15.02.00 R. 5.149/96, 24.02.00 R. 5.583/96, 20.10.00 R. 1.839/97, 07.12.00 R. 3.312/97, 20.09.01 R. 3.892/01, 12.09.02 R. 3.594/02, 21.09.02 R. 1.305/99, 28.02.03 R. 176/03, 06.03.03 R. 398/03, 02.10.03 R. 3.848/03, 20.12.03 R. 2.343/01 y 15.04.04 R. 931/04).

2.- La doctrina se atenúa –STS 23.09.02 Ar. 2003\704– en supuestos de prestación de servicios bajo esta modalidad cuando el empresario realizaba una contrata, pues –SSTS 15.01.97 Ar. 497, 18.12.98 Ar. 307, 28.12.98 Ar. 387, 06.06.99 Ar. 5.209 y 20.11.00 Ar. 1.422–, aunque en estos casos «no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de

hacer que concluye con su total realización», se aprecia, sin embargo, la concurrencia de «una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste» (STS 22.10.03 Ar. 8.390, citando literalmente la precedente 06.06.99 Ar. 5.209).

A lo que se añade que «no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa [arrendamiento de servicios de transportes], porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo» (STS 22.10.03 Ar. 8.390).

3.- La misma doctrina insiste en la necesidad de que concurran conjuntamente todos los requisitos enumerados para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho (se citan las SSTs de 21.09.93 Ar. 6.892, 26.03.96 Ar. 2.494, 20.02.97 Ar. 1.457, 21.02.97 Ar. 1.572, 14.03.97 Ar. 2.467, 17.03.98 Ar. 2.682, 30.03.99 Ar. 4.414, 16.04.99 Ar. 4.424, 29.09.99 Ar. 7.540, 15.02.00 Ar. 2.040, 31.03.00 Ar. 5.138, 15.11.00 Ar. 10.291, 18.09.01 Ar. 8.446), destacando muy especialmente el que siempre se haya considerado decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, por lo que es trascendente que se cumpla la previsión del art. 2.2.a) citado en orden a 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. 68.92). 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.

4.- En el caso de autos y pese al criterio jurisprudencial flexible sobre la contratación temporal para obra en el marco de las contratas, nuestra conclusión es que la relación laboral que el demandante mantenía con “H., S.A.” es indefinida, pues si bien pudiera pensarse que las contrataciones lo fueron para cometidos con sustantividad y autonomía en la actividad ordinaria de la empresa, puesto que lo fueron para la habilitación de concretos buques y pedidos adecuadamente especificados en los respectivos contratos, cuando los contratos se celebran en forma encadenada hasta el punto de que entre la fecha inicial de la prestación de servicios (14.07.97) y la del despido (13.06.03), el trabajador únicamente no estuvo al servicio de la empresa un solo día, en concreto el 20.06.02 (así, el ordinal tercero de los HDP), la Sala llega a la conclusión de que el actor atendió la organización productiva ordinaria de la empresa durante seis años, sirviendo de forma indefinida a sus necesidades, siquiera con la minoración de derechos que se derivaba de su fraudulenta contratación temporal.

DECIMOCUARTO.- 1.- Por lo que atañe a la denunciada infracción de los arts. 51, 52 y 53 ET, los datos a tener en cuenta son los que siguen:

(a) “H., S.A.” tenía una plantilla de 74 trabajadores en 31 de mayo, 49 en 21 de junio, 43 en 30 de junio, 25 en 31 de julio y 12 en 1 de septiembre;

(b) de los 74 trabajadores que “H., S.A.” tenía en 31 de mayo, desde esta fecha y hasta el 1 de septiembre pasaron 28 empleados a “F.J., S.L.”, y 24 a “T.R., S.L.”;

(c) entre el 12 y el 16 de junio fueron despedidos por causas objetivas 6 trabajado-

res, entre ellos el demandante en las presentes actuaciones;

(d) se inicia tramitación de ERE en 26 de junio, afectando inicialmente a 20 trabajadores y posteriormente –31 de julio– a 10 trabajadores, pasando los otros 10 a prestar servicios en “F.J., S.L.”;

(e) el Delegado de personal de “H., S.A.”, no incluido en el ERE pasó a causar alta en “T.R., S.L.” el 16.07.03;

(f) los 18 trabajadores que “H., S.A.” tenía desplazados a Asturias, todos ellos conciliaron ante el SMAC la extinción de sus contratos en fecha 15.07.03;

(g) “H., S.A.” tuvo beneficios en los ejercicios 1999 a 2001, sin que se hubiese presentado las cuentas correspondientes al ejercicio 2002 (fundamentación jurídica, con valor de HDP); y

(h) las tres patronales demandadas constituyen un «grupo empresarial», como anteriormente hemos razonado en el fundamento de Derecho undécimo.

2.- Sobre tales presupuestos, la Sala coincide con la declaración de nulidad llevada a cabo en la instancia y entiende innecesario examinar su posible improcedencia por falta de prueba de la causa alegada (en función –precisamente– de declaración sobre beneficios previamente realizada). Y ello porque:

(a).- El art. 124 LPL norma que «el órgano judicial declarará nulo [...] el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo [...] si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente prevista».

(b).- El art. 52.c ET faculta la extinción del contrato por las causas objetivas en base a las causas del art. 51.1 y con los requisitos del art. 53, siempre afecte a trabajadores «en número inferior al establecido» para el despido colectivo.

(c).- El art. 51.1 ET entiende por despido colectivo –a los efectos de exigencias procedimentales y consecuencias económicas– el que afecte en un periodo de noventa días «al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores»; y que a tales efectos se computarán las extinciones «por iniciativa del empresario» y por causas no inherentes a la persona del trabajador y distintas a las previstas en el art.

49.1.c ET, «siempre que su número sea, al menos, de cinco».

(d).- Consideramos cuando menos abusivo –ya que no fraudulento– despedir por causas objetivas a seis trabajadores y a los pocos días iniciar un ERE para otros veinte, siendo así que las causas económicas por fuerza han de ser sustancialmente las mismas y que con tal proceder –al margen de posibles finalidades defraudatorias de los intereses públicos que el FOGASA tutela ex art. 33.8 ET– se laminan los derechos de los trabajadores afectados, privándoles de la garantía que significa el procedimiento contemplado en el art. 51 ET.

(e).- En todo caso es claro que en el periodo de noventa días que señala el art. 51 para concretar el ámbito numérico afectado por las extinciones que obligaría a seguir el cauce que el precepto establece, la cifra de extinciones contractuales producidas en la empresa ha sido notablemente superior al de diez exigible (ocupaba a menos de cien trabajadores), tal como anteriormente ha quedado reflejado en el apartado primero de este mismo ordinal decimocuarto; y si bien la recurrente argumenta que no puede presumirse que las citadas extinciones fueron a iniciativa del empresario, la Sala considera la conclusión contraria se impone, porque: (1º) en orden a la llamada «carga de la prueba», el art. 217 LEC norma que en relación a la misma y las reglas que con carácter general sienta, «el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio», con lo que sienta un mandato que tiene claros precedentes jurisprudenciales (STC 140/94, de 9 de mayo, y las muchas que en ella se citan; SSTs 23.09.86 Ar. 4.782, 18.05.88 Ar. 4.314, 15.07.88 Ar. 4.931, 17.06.89 Ar. 4.695, 23.09.89 Ar. 6.352 y 05.10.95 Ar. 8.667; SSTSJ Galicia de 07.11.94 AS 4.470, 11.12.95 R. 4.664/95, 21.01.96 R. 4.416/93, 07.03.96 R. 502/96, 17.09.96 R. 3.474/96, 30.06.97 R. 1.504/95, 12.09.97 R. AS 2.832, 30.03.00 R. 1/00, 21.09.02 R. 1.158/99; 25.10.02 R. 5.786/99, 23.04.04 R. 5.140/01 y 15.04.04 R. 931/04) y se halla justificado en el principio constitucional de interdicción de la indefensión y en el procesal principio dispositivo; (2º) no resulta demasiado aventurado suponer que de los 52 trabajadores que tras ver extinguido su contrato pasaron a prestar servicios para las otras dos empresa del grupo, un número superior a 4 –los que faltan para superar el ámbito del despido objetivo– vieron extinguido su contrato con “H., S.A.” por causa jurídicamente atribuible a iniciativa de la empleadora, siquiera formalmente se debiese a finalización de obra, que en las proporciones

masivas antes reflejadas y en atención a la existencia del grupo entrañaría en gran parte de los supuestos censurable fraude de ley; y (3º) en último término ha de destacarse que esa afirmación de legalidad contractual y válida extinción por causa prevista en el contrato se cohonestaba muy deficientemente con el hecho de que 18 de esas extinciones –la de los desplazados a Asturias– hubiese concluido en transacción judicial.

DECIMOQUINTO.- Para finalizar rechazamos la última denuncia del recurso, la infracción del art. 33.8 ET. Y para ello baste decir: (a) si bien la sentencia recurrida ha hecho una amplia digresión sobre la finalidad perseguida por “H., S.A.” con la sucesiva minoración de la plantilla y –sobre todo– con el despido objetivo del actor y sus otros cinco compañeros, atribuyéndoles el poco plausible objetivo de hacer entrar en juego la responsabilidad del FOGASA ex art. 33.8 ET por el método de reducir la plantilla a menos de 25 trabajadores, lo cierto y verdad es que tal cuestión no ha sido planteada por la parte actora y no ha sido objeto de pronunciamiento expreso en la parte dispositiva; (b) aunque ciertamente hubiese sido –como fue– el FOGASA el que hubiese suscitado el tema, para la Sala está claro que la sentencia que en este procedimiento se dictase únicamente podría sentar las bases fácticas que sobre tal extremo procediesen, en concreto el número de trabajadores (tal como efectivamente se hizo), pero no podría hacer un pronunciamiento sobre materia no pretendida en demanda y que excedía de su planteamiento, ya que se trata de responsabilidad prestacional del FOGASA cuya exigencia requiere el oportuno expediente administrativo, conforme a los arts. 20 y siguientes RD 505/1985, de 6 de marzo; (c) ello a pesar de que la resolución –parte dispositiva– que la Sala confirma consentiría formalmente la exención a la empresa del abono de cantidad ex art. 33.8 ET, por cuanto que si bien se ha declarado nulo el acuerdo empresarial extintivo y –conforme a los arts. 124 y 113 LPL– la condena que procede es la de “inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir”, de manera que no mediaría “indemnización legal” alguna que en parte pueda ser asumida por aquel organismo oficial, de todas formas la sentencia ha efectuado –a la vista de las circunstancias concurrentes– una aplicación analógica del art. 284 LPL y condenando al abono de indemnización y salarios dejados de percibir; y (d) tampoco lo permitirían los hechos declarados probados, conforme a los cuales en el momento en que se produce la extinción –despido nulo– del

contrato del actor la empresa tenía a su servicio como mínimo 43 trabajadores (que son los que constan a fecha 30.06.93), con lo que se supera ampliamente el límite de 24 a que el tan citado art. 33.8 ET condiciona la asunción por el FOGASA del 40 por ciento de la indemnización legal.

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por “H., S.A.”, confirmamos la sentencia que con fecha 14.10.03 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Ferrol, a instancia de don J.C.O. y por la que se acogió la demanda formulada contra la recurrente, la Intervención Judicial de la Suspensión de Pagos de “H., S.A.”, “T.R., S.L.”, “F.J., S.L.” y el Fondo de Garantía Salarial.

3871 Recurso núm. 1.786/04

S.S. EXISTENCIA DOS REQUISITOS XURISPRUDENCIAIS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE LABORAL DE GRUPOS DE EMPRESAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintiuno de mayo 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. 1.786/04 interpuesto por don O.P.D. y “T.P., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.F.V. en reclamación de rescisión siendo demandado “T.P., S.L.”; don O.P.D.; don M.F.I.E.; “I.P., S.A.”; “D.C., S.L.”; don J.A.V.H.; don A.C.M. y Fondo de Garantía Salarial; en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 735 y 736/03 acumulados sentencia con fecha veintiuno 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 demandante, don R.F.V., cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de las demandas, ha venido prestando servicios para la empresa “I.P., S.L.” desde el día 30 de marzo de 1988 con la categoría de Oficial 1ª percibiendo un salario de 1.264,16 euros mensuales, incluida la prorrata de pagas extraordinarias. El centro de trabajo está en ... (Lugo). La actividad de la empresa es la de fabricación de tejas y ladrillos. SEGUNDO.- Desde el día 10 de julio de 2003 la empresa está inactiva sin que se encomiende a los trabajadores la realización de tarea alguna. El día 30 de julio de 2003 la empresa fue cerrada sin que el actor y sus compañeros pudieran acceder a su interior. Asimismo el día 30 de julio de 2003 se dictó auto por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Viveiro por el que se acordaba declarar en estado legal de quiebra voluntaria a la entidad “I.P., S.L.” en virtud de demanda presentada en tal sentido el día 16 de julio anterior. La sociedad había estado previamente en situación de Suspensión de Pagos. TERCERO.- El día 7 de agosto de 2003 el Comisario de la Quiebra de “I.P., S.L.” remitió al demandante una carta que, en su segundo párrafo, decía: “En mi calidad de Comisario de dicha Quiebra, y por figurar Vd. como acreedor en ella, por la presente le convoco al objeto de que se sirva acudir personalmente o mediante apoderado con poder especial, a la celebración de la primera Junta General de Acreedores, a fin de proceder al nombramiento de síndicos, que tendrá lugar, en la Sala de Audiencia del citado Juzgado, calle Alonso Pérez s/n de Viveiro (Lugo), el próximo día 3 de Noviembre de 2.003 a las 10 horas. Todo ello conforme a lo acordado en las mencionadas actuaciones del Juicio Universal de quiebra”. El día 4 de abril, en Junta Universal de accionistas de “I.P., S.L.” se cambió el sistema de administración de la Sociedad de Consejo a Administrador Único tras el fallecimiento de doña M.D.N., hasta entonces Presidenta del Consejo de Administración, y se nombró Administrador Único de “I.P., S.L.” a don O.P.D. En esa misma Junta constaba como orden del día la “Exigencia de responsabilidades civiles y/o penales al socio don O.P.D., por la gestión de facto llevada a cabo desde el año 1996”. Don O.P.D. es socio mayoritario de “I.P., S.L.” con el 50% de las participaciones sociales. Del resto de las acciones pertenece, el 32,08% a doña M.O.D.P., hermana del anterior y otra participación no cuantificada

a doña M.O.D.P. CUARTO.- “I.P., S.L.” fue constituida mediante escritura notarial de 28 de diciembre de 1978 por don J.P.S., sus hijos don O.P.D. y su hermano don J.J.P.D., y por don F.D.V., con un capital social de 40 millones de pesetas, suscribiendo don J.P.S. 3.700 acciones, y el resto de los socios constituyentes 100 acciones. Se designó administrado único de la sociedad a don J.P.S. Fallecido don J.P.S., fue nombrada administradora única de “I.P., S.A.” su esposa doña M.D.N. Mediante escritura notarial de 28 de diciembre de 1992 se elevaron a públicos los acuerdos sociales de adaptación de estatutos y nombramiento de cargos del consejo de Administración, el cual se integró como sigue: Presidenta y Consejera Delegado, doña M.D.N.; Consejero Delegado, don J.J.P.D.; Secretario, doña M.O.D.P.; Vocales, don O.P.D. y don F.D.V. Por escritura de 6 de julio de 1995 se elevó a público el acuerdo de ampliación de capital social de “I.P., S.A.”, que se fijó en 100 millones de pesetas dividido en 10.000 acciones de 10.000 pts de valor nominal cada una. Se da por reproducido y cierto el acuerdo social de 2 de junio de 1995 que elevó a público la señalada escritura, al obrar como prueba en el ramo de la parte demandada. Don J.J.P.D. falleció el 18 de abril de 1996. Por escritura pública de 26 de abril de 1996 se elevó a público el acuerdo social de “I.P., S.A.” por el que se designaba Presidente del Consejo de Administración y Consejero delegado a doña M.D.N., Secretario a el actor, Consejeros Delegado a don O.P.D., y Vocal a doña M.O.D.P. Por escritura pública de 26.08.96 se elevó a público el acuerdo social de cese de don O.P.D. como consejero Delegado y miembro del Consejo de Administración de “I.P., S.A.”. En fecha 6 de julio de 2001 se elevó a público acuerdo del Consejo de Administración de “I.P., S.A.”, por el que quedaba constituido el Consejo de Administración como sigue: Presidente y Consejero Delegado, doña M.D.N. Secretario, don F.D.V. Vocal, doña M.O.D.P. El 8 de septiembre de 2000 doña M.D.N. otorgó poder notarial a favor de su hijo don O.P.D. en nombre de “I.P., S.A.”, otorgándole las siguientes facultades en el ámbito de la relación de la empresa con terceras personas o entidades: 1- Representar a la Sociedad en juicio y fuera de él, en cualquier clase de actuaciones y contratos, incluso notariales y negocios jurídicos de toda clase sin limitación alguna. 2- Nombrar y separar los empleados u obreros de la Sociedad, fijar las correspondientes plantillas y las dotaciones que correspondan. 3- Disponer de fondos, créditos y bienes sociales, y percibirlos, reclamarlos y cobrarlos, tanto de los particulares como de las oficinas públicas y estableci-

miento de crédito, y, en general, realizar toda clase de operaciones bancarias con entidades nacionales o extranjeras. "I.P., S.A.", fue declarada en suspensión de pagos, el 3 de abril de 2001, permaneciendo en esta situación durante el 2001 y 2002, habiendo sido levantada en la actualidad la suspensión. En la relación de acreedores de la suspensa figuraban: - Don O.P.D. por 28.634.233 Pts. - "D.C., S.L." por 75.909 Pts. - FOGASA por 24.509.819 Pts. Por auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vivero de 15 de julio de 2002, en expediente nº 45/01, se aprobó el convenio votado favorablemente en Junta General de Acreedores de 17 de junio de 2002. Don O.P.D. estuvo al frente de la empresa durante la suspensión de pagos mediante poder especial que le otorgó su madre para ello. La empresa OZA, centro de "A.T., S.L.", cuyo administrador único es don O.P.D. adquirió de doña M.D.N. acciones de "I.P., S.A." por escritura de 20 de octubre de 1998, en concreto: 7.650 acciones en plena propiedad, y el usufructo de las numeradas del 4.001 a la 9.550, y de la 1.851 a la 3.700. "D.C., S.L." fue constituida por escritura pública de 31 de mayo de 1999 por doña M.D.N. y don M.F.I.E. Tiene domicilio social en la Parroquia de ... Su objeto social es la comercialización de materiales de construcción. "I.P., S.A." factura a algunas empresas con el nombre de "D.C., S.L.". Los camiones que utiliza "I.P., S.A." son de "D.C., S.L.". "T.P., S.L.", es una sociedad unipersonal, de la que es socio fundador único y administrador don O.P.D. Su única actividad es la tenencia y alquiler de maquinaria. La maquinaria con la que trabaja "I.P., S.A." es propiedad de "T.P., S.L.", siendo su único cliente. Actualmente don M.C. da las órdenes en la empresa al personal, don O.P.D. firma las órdenes de pago y contratos. La nave industrial inscrita con el número 19.553 en el Registro de ... es propiedad de "I.P., S.L." QUINTO.- La mercantil "T.P., S.L." se constituyó el día 26 de diciembre de 1996 por el Codemandado don O.P.D. El objeto social que consta en los Estatutos es fabricación, venta y montajes de instalaciones industriales para la producción de productos cerámicos de cualquier clase así como forjados y cualquier prefabricado o producto utilizado en la industria de la construcción. La actividad única que ha venido desarrollando esta sociedad ha sido la de alquilar la nave industrial así como el inmovilizado que hay en ella (entre lo que se encuentra un puente grúa, una máquina cortaplasma y una placa cargadora) a "I.P., S.L." Las naves industriales construidas en las fincas registrales 20.403 y 20.404 del Registro de la Propiedad de ..., tomo 626, libro 150, folios 48 y 49 propie-

dad de "T.P., S.L." y que ocupaba en precario "I.P., S.L." fueron arrendadas a esta última sociedad en virtud de escritura pública otorgada con el número 1724 ante el Notario de ... don F.M.P. el día 16 de diciembre de 1997. Estas dos fincas fueron adquiridas por "T.P., S.L." por donación de OZA S.L. quién a su vez las había adquirido por donación de doña M.D.N., doña M.O.D.P. y don O.P.D. que, en su día, las adquirieron por herencia de don J.P.S. Las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad de ... con los números 8.269, 17.593, 4.684 y 15.077 pertenecen a "T.P., S.L.", por compraventa al Banco de Bilbao que se firmó, por parte de la sociedad, por don O.P.D. como Administrador Único. El Banco de Bilbao las había adquirido en virtud de Auto del Juzgado de Vivero de 10 de septiembre de 1997. SEXTO.- "D.C., S.L." fue constituida el 31 de mayo de 1999 y su objeto social es la compraventa, gestión y administración de bienes muebles con excepción de lo sujeto a legislación del mercado valores, inmuebles, la distribución y comercialización de materiales para todo tipo de construcciones, así como la venta y alquiler de todo tipo de maquinaria industrial. El día 26 de junio de 2003, en escritura pública, don M.F.I.E. vendió todas las participaciones sociales de "D.C., S.L." a "I.P., S.L." representada en ese acto por don O.P.D., también Administrador único de esta última entidad. Don M.F.I.E. era titular de las mil participaciones sociales de "D.C., S.L.", una comprada a doña M.O.D.P. y las otras 999 adjudicadas en la escritura fundacional. El Administrador único de "D.C., S.L." es don O.P.D. A la fecha actual el único socio de la sociedad es el codemandado don O.P.D. y su única actividad conocida es la de transporte de los materiales cerámicos que produce "I.P., S.L." Los camiones con los que se efectúa el transporte están en la nave de "I.P., S.L." Don O.P.D. es quien da las órdenes a todos los trabajadores. SÉPTIMO.- "I.P., S.L." es titular de una cuenta en Caixa Nova en Vigo, respecto de la que consta como único autorizado don O.P.D. Igualmente en el Banco Santander Central Hispano. "D.C., S.L." es titular de una cuenta en Bankinter de la que es único apoderado con firma don M.F.I.E. OCTAVO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores en la empresa. DÉCIMO.- El acto de conciliación respecto de la acción de extinción de contrato tuvo lugar el día treinta de julio de 2002, con el resultado de "Sen avinza" y respecto de la acción de despido, el día 11 de agosto de 2003, con el resultado de "Intentada sen efecto" y tras haberse presentado la papeleta el día 30 de julio de 2003".

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

“FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don R.F.V. contra “I.P., S.A.”, “D.C., S.L.”, “T.P., S.L.”, don O.P.D., don M.G.I.E., don J.A.V.H., don A.C.M. y Fondo de Garantía Salarial, debo declarar y declaro improcedente el despido del que fue objeto el demandante el día treinta de julio de dos mil tres, condenando a los codemandados a estar y pasar por esta declaración y a “I.P., S.L.”, “T.P., S.L.”, “D.C., S.L.” y don O.P.D. a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo con las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o abonarle una indemnización en cuantía de veintinueve mil trescientos treinta y nueve euros con noventa y ocho céntimos (29.339,98 euros), con abono, en cualquiera de los dos casos, de la cantidad que resulte igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o hasta que hubiese encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta sentencia y se probare por el empresario lo percibido, para su descuento”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada (don O.P.D. y “T.P., S.L.”) siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor (en realidad la estimación es parcial, porque se desestima la demanda acumulada de rescisión de contrato), declara improcedente su despido y condena solidariamente a las empresas demandadas “I.P., S.A.”, “D.C., S.L.”, “T.P., S.L.” y a don O.P.D., a que en el plazo de cinco días opten entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización de 29.339,98 Euros, y en todo caso le abonen los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la mencionada sentencia.

Y contra este pronunciamiento recurre en suplicación el codemandado don O.P.D., al objeto de obtener la revocación de la sentencia y la absolución del citado recurrente, articulando al efecto y por el cauce de los aparta-

dos b) y c) del artículo 191 de la LPL, dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La revisión de hechos probados, tiene por objeto la modificación de los ordinales segundo al séptimo, ambos inclusive, a fin de que se sustituyan por otros o se modifiquen en el sentido que se expresa, todo ello en la forma siguiente:

*Respecto al ordinal segundo, se interesa su supresión, proponiendo el siguiente texto alternativo: *“Desde el día 10 de julio de 2003 la empresa está inactiva sin que se encomiende a los trabajadores la realización de tarea alguna. El día 30 de julio de 2003 la empresa fue cerrada sin que el actor y sus compañeros pudieran acceder a su interior, como consecuencia de la ocupación e intervención judicial de la quebrada “I.P., S.A.” según Auto de Declaración de Quiebra del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Viveiro de ese mismo día. Existe identidad en las personas de los interventores judiciales de la Suspensión de Pagos de “I.P., S.A.” y el Comisario y Depositario de la Quiebra de “I.P., S.A.”, don J.A.V.H. y don A.C.M. respectivamente, sustanciados ambos procedimientos concursales ante el mismo juzgado de Viveiro...”*

*En cuanto al hecho tercero, también se interesa su supresión, ofreciendo la parte recurrente el texto alternativo siguiente: *“TERCERO: El día 7 de agosto de 2003 el Comisario de la Quiebra de “I.P., S.A.” remitió al demandante una carta que, en su segundo párrafo decía: “En mi calidad de Comisario de dicha quiebra, y por figurar Vd. Como acreedor en ella, por la presente le convoco al objeto de que se sirva acudir personalmente o mediante apoderado con poder especial, a la celebración de la Primera Junta General de Acreedores, a fin de proceder al nombramiento de Síndicos, que tendrá lugar, en la Sala de Audiencia del citado Juzgado, calle Alonso Pérez s/n de Viveiro (Lugo), el próximo día 3 de noviembre a las 10 horas. Todo ello conforme a lo acordado en las mencionadas actuaciones del Juicio Universal de Quiebra. El día 4 de abril en Junta Universal de Accionistas de “I.P., S.A.” se acordó: 1- Cambiar el sistema de administración de la sociedad de Consejo a Administrador Único tras el fallecimiento de doña M.D.N., hasta entonces presidenta del Consejo de Administración y se nombró Administrador Único de “I.P., S.A.” a don O.P.D. 2- Modificar los esta-*

tutos sociales en cuanto afecte a la regulación del órgano de administración disponiendo que el plazo máximo de ejercicio del cargo será en dos años y la reelección igualmente por plazos máximos de dos años. 3- Facultar al administrador único para instar la quiebra voluntaria de la Sociedad o, en su caso el estado legal de suspensión de pagos. 4- No aprobar las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de 2001 y 2002 presentadas por el Sr. Secretario de la Junta 5- Delegar facultades al administrador único para formalizar la modificación de los Estatutos Sociales, pudiendo modificar o subsanar el texto de los estatutos en el sentido que sugiera o proponga en su caso el Registro Mercantil hasta su definitiva inscripción. 6- No aprobar la propuesta de exigencia de responsabilidades civiles y/o penales al socio don O.P.D. por su Gestión de facto llevada a cabo desde el año 1996. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Viveiro en Autos 76/97, dictó sentencia el 10.02.98, seguidos sobre tercera de mejor derecho a instancias de "T.C.E., S.L." por la que se estableció que don O.P.D. es un socio minoritario de "I.P., S.A.". sin que por otra parte le corresponda, con carácter exclusivo, atribuciones de representación y administración, si bien como apoderado asume importantes funciones en esta materia, estos aspectos, -no ser apoderado, ni administrador único de la sociedad - son datos de por si solo relevantes para demostrar que no existe confusión o interdependencia patrimonial entre la persona física y la persona jurídica. Don O.P.D. no ha sido nunca socio mayoritario de "I.P., S.A." ni ha tenido el control de las decisiones del accionariado "I.P., S.A.""

*Respecto del hecho probado cuarto, se solicita que se suprima el mismo y se sustituya por otro del tenor literal siguiente: "CUARTO: "I.P., S.A." fue constituida mediante escritura notarial de 28 de diciembre de 1978, por don J.P.S., sus hijos don O.P.D. y su hermano don J.J.P.D., y por don F.D.V., con un capital social de 40 millones de pesetas, suscribiendo don J.P.S. 3.700 acciones, y el resto de los socios constituyentes 100 acciones. Se designó administrador único de la sociedad a don J.P.S. Fallecido don J.P.S., fue nombrada administradora única de "I.P., S.A." su esposa doña M.D.N. En fecha 16.01.92 don J.J.P.D. otorgó Poder Notarial a don F.D.V. atribuyéndoles las siguientes facultades para que en nombre y representación de "I.P., S.A." pueda realizar los actos y contratos siguientes: a.-Firmar correspondencia b.- Firmar pedidos, contratos de adquisición de materiales y contratos de arren-

damiento, incluido el arrendamiento financiero. c.- Firmar facturas y documentos de ventas, incluidas las que se realicen mediante arrendamiento financiero. d.- Librar, endosar, descontar, negociar, protestar y aceptar letras de cambio, pagarés cheques, talones y demás títulos y efectos de crédito. e.- Reclamar, pagar y cobrar cantidades firmando los oportunos documentos. f.- Abrir, disponer seguir, cancelar prorrogar y liquidar cuentas corrientes de la sociedad. g.- Solicitar, contratar, y firmar préstamos y créditos bancarios hasta un límite de 20 millones de pesetas por cada uno. h.- Contratar y separar al personal de la sociedad, señalando sus funciones y retribuciones. i.- Representar a la sociedad en toda clase de negocios, actos, contratos, asuntos judiciales, administrativos y contencioso-administrativos de cualquier clase; y representar a la sociedad ante toda clase de Autoridades, incluso juzgados y Tribunales de justicia, otorgando poderes a favor de abogados y procuradores. Don F.D.V., haciendo uso del referido poder especial, actuando como representante de la empresa "I.P., S.A.", apoderado y secretario del consejo de administración ha llevado a cabo los actos de administración en nombre del consejo, celebrando contratos de trabajo, solicitudes de altas, bajas de trabajadores... comunicaciones al INEM..., librar 68 letras de cambio, aceptadas por el mismo, con su rubrica, en nombre de "I.P., S.A." por lo ejercicios de 1996 a 1999, llegando así mismo, como apoderado de "I.P., S.A." a despedir y abonar salarios a don O.P.D. Mediante escritura de 28 de diciembre de 1992 se elevaron a públicos los acuerdos sociales de adaptación de estatutos y nombramiento de cargos del Consejo de Administración, el cual se integró como sigue: Presidenta y Consejera Delegada, doña M.D.N.; Consejero Delgado, don J.J.P.D.; Secretario doña M.O.D.P., Vocales, don O.P.D. y don F.D.V. Por escritura de 6 de julio de 1995 se elevó a público acuerdo de ampliación de capital social de "I.P., S.A.", que se fijo en 100 millones de pesetas dividido en 10.000 acciones de 10.000 pesetas de valor nominal. Se da por reproducido y cierto el acuerdo social de 2 de junio de 1995 que elevó a público la señalada escritura, al obrar como prueba en el ramo de la parte demandada. Don J.J.P.D. falleció el 18 de abril de 1996. Por escritura pública de 26 de abril de 1996 se elevó a público el acuerdo social de "I.P., S.A." por el que se designaba presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado a doña M.D.N., secretario a don F.D.V., Consejeros Delegado don O.P.D. y Vocal a doña M.O.D.P. Por escritura Pública

de 26.08.96 se elevó a público el acuerdo social de cese de don O.P.D. como Consejero Delegado y miembro del Consejo de administración de "I.P., S.A." En fecha 6 de julio de 2001 se elevó a público el acuerdo del Consejo de Administración de "I.P., S.A." por el que quedaba constituido el Consejo de administración como sigue: Presidente y Consejero Delegado, doña M.D.N. Secretario, don F.D.V. Vocal, doña M.O.D.P. El 8 de septiembre de 2000 doña M.D.N. otorgó poder notarial a favor de don O.P.D. en nombre de "I.P., S.A.", otorgándole las siguientes facultades en el ámbito de la relación de la empresa con terceras personas o entidades: 1- Representar a la sociedad en juicio y fuera de él, en cualquier clase de actuaciones y contratos, incluso notariales y negocios jurídicos de toda clase sin limitación alguna. 2- Nombrar y separar a los empleados u obreros de la sociedad, fijar las correspondientes plantillas y las dotaciones que correspondan. 3- Disponer de fondos, créditos y bienes sociales, y percibirlos, reclamarlos y cobrarlos, tanto de los particulares como de las oficinas públicas y establecimientos de crédito, y, en general, realizar toda clase de operaciones bancarias con entidades nacionales y extranjeras. "I.P., S.A.", fue declarada en Suspensión de Pagos, el 3 de abril de 2001 y 2002, habiendo sido levantada en la actualidad la suspensión. En la relación de acreedores de la suspensión figuraban: - Don O.P.D. por 28.634.233 Pts - "D.C., S.L." por 75.909 Pts - FOGASA por 24.509.819 Pts. Por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Vivero de 15 de julio de 2002, en expediente nº 45/01, se aprobó el convenio votado favorablemente en Junta General de Acreedores de 17 de junio de 2002. Don O.P.D. estuvo al frente de la empresa durante la suspensión de pagos mediante poder especial que le otorgó su madre para ello, "... persistiendo las facultades de Administración de los miembros del Consejo de "I.P., S.A." si bien la empresa se encontraba intervenida judicialmente por los interventores de la Suspensión de Pagos, don J.A.V.H. y don A.C.M. "D.C., S.L." fue constituida por escritura pública de 31 de mayo de 1999 por doña M.O.D.P. y don M.F.I.E. Tiene su domicilio social en la Parroquia de Santa Cecilia en Foz, lugar de Chao nº 11. Su objeto comercial es la comercialización de materiales de construcción. Los camiones que utiliza "I.P., S.A." son de "D.C., S.L." "T.P., S.L." es una sociedad unipersonal, de la que es socio fundador único y administrador don O.P.D. Su única actividad es la tenencia y alquiler de maquinaria. La maquinaria con la que trabaja "I.P., S.A." es

propiedad de "T.P., S.L." siendo su único cliente. Actualmente don M.C. da las órdenes en la empresa al personal, don O.P.D. firma Ordenes de Pago y contratos. La nave industrial inscrita con el nº 19.553 en el Registro de ... es propiedad de "I.P., S.A.".

*En cuanto al hecho probado quinto, se solicita que se adicione al final del mismo el texto siguiente: "T.P., S.L.", tiene domicilio social distinto a las codemandadas, habiendo venido presentando sus cuentas anuales económicas de manera diferenciada al resto de las codemandadas, no habiendo repartido dividendos alguno hasta la fecha, no existiendo unidad de caja con las codemandadas, habiendo adquirido sus bienes bien por donación, bien por subasta, bien por Leasing (arrendamiento financiero) o bien por compraventa".

*Respecto del hecho probado sexto, se interesa que se suprima del mismo lo siguiente: "...una comprada a doña M.O.D.P. y las otras 999 adjudicadas en la escritura fundacional." Y ello con el fin de cambiar la referencia a don O.P.D. por doña M.O.D.P. También interesa la supresión de la referencia que se hace a don O.P.D. en el siguiente texto: "...A la fecha actual, el único socio de la sociedad es el codemandado don O.P.D.". Indicando que la referencia debe entenderse hecha a "I.P., S.A.", y también se solicita que a la frase final del meritado hecho se añada "... en su calidad de administrador único de la meritada empresa".

*Finalmente se interesa la modificación del hecho probado séptimo, con el fin de adicionar al mismo el siguiente texto: "Las codeemandadas han venido presentando ante el Registro Mercantil, desde su constitución, contabilidad diferenciada, siendo distintos los domicilios sociales, y sin que de manera efectiva se dediquen a la misma actividad. "I.P., S.A.", ha sido auditada en distintos periodos, acreditando la última auditoria efectuada que los socios, durante los periodos 1997 a 2000, realizaron diversas aportaciones dinerarias a la sociedad, las cuales en el ejercicio 2000 se traspasan a al cuenta "aportación de socios para compensación de pérdidas" habiéndose realizado distintas ampliaciones de capital por los socios al efecto de capitalizar "I.P., S.A." en evitación de situación de desbalance. Los interventores judiciales durante la Suspensión de Pagos, no observaron anomalía alguna en la contabilidad de la hoy quebrada. Del examen de los Libros Oficiales de Contabilidad de los ejercicios 1998 a 2002, así como de los impuestos del IVA y de Sociedades de tales periodos, referentes a don

O.P.D., "T.P., S.L.", "D.C., S.L." e "I.P., S.A." no existe confusión de patrimonios ni caja única entre los demandados. "I.P., S.A.", fue declarada en quiebra voluntaria, apenas un año después de la aprobación del convenio con sus acreedores por los motivos que adujo en su demanda ante el juzgado a tal efecto"

Las modificaciones que se proponen no pueden tener favorable acogida. La primera, relativa al hecho segundo, porque ninguna trascendencia tiene para la decisión del litigio que unos mismos profesionales hayan intervenido y sigan interviniendo en la situación concursal de la codemandada "I.P., S.L."

La segunda revisión, referente al hecho tercero, porque su redacción inicial —referida a una carta del Comisario de la quiebra sobre convocatoria a una Junta Universal de Accionistas— carece de trascendencia a estos efectos. Además el penúltimo párrafo contiene valoración predeterminante del fallo, y por eso el texto ofrecido no puede figurar en el relato fáctico de la sentencia, y el último párrafo pretende constatar un hecho negativo, y no se puede recoger como hecho probado lo que no se acredita.

Respecto de la supresión del hecho cuarto, y la sustitución por la redacción alternativa, basada en Poder Notarial otorgado por don J.J.P.D. a favor de don F.D.V., porque dicho otorgamiento data del año 1.992, habiendo fallecido el poderdante el 18 de abril de 1996. Y con posterioridad a esta última fecha, se produjeron distintos nombramientos en las Mercantiles codemandadas, que aparecen perfectamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia recurrida.

En cuanto a las modificaciones de los hechos quinto y séptimo, las mismas, en esencia, son coincidentes, y se refieren a que las Mercantiles codemandadas no constituyen un grupo de empresas porque tienen domicilios sociales distintos, han presentado sus cuentas anuales de modo diferenciado, no existiendo unidad de caja, ni confusión de patrimonios, etc. Como se observa, se trata de un texto plagado de valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo, pues el recurso, en su vertiente jurídica, se centra sustancialmente en denunciar la inexistencia de grupo empresarial, por lo que el texto ofrecido resulta evidente que no puede figurar en los hechos probados de la sentencia.

Finalmente, respecto de la modificación pretendida en el hecho sexto, porque de la documental citada en apoyo de la revisión no se evidencia error del juzgador "a quo",

por cuanto, si bien la referencia debe hacerse a "I.P., S.A.", quien actúa representando a la misma es el recurrente don O.P.D.

TERCERO.- Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL formula el recurrente un segundo motivo de suplicación, relativo al examen del derecho aplicado, en el que denuncia infracción del artículo 1.1.2 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial sobre el grupo de empresas, citando Sentencias de la Sala IV del TS 26 de diciembre de 2001 y de 4 de abril de 2002, y otras de la Sala 1ª sobre el levantamiento del velo. Alegando, en esencia, que la falta de ocupación efectiva del trabajador es imputable a la empleadora "I.P., S.A." y no al recurrente, así como la no concurrencia de los requisitos exigidos para el grupo de empresas, señalando que todas las empresas han presentado sus cuentas económicas, balances, memorias, separadamente, no existiendo confusión de patrimonios, de plantillas, no hay una dirección unitaria, no hay una caja única, las empresas tienen un domicilio social distinto y, en algunos casos, hasta tienen un objeto social distinto, añadiendo que la mera coincidencia de accionistas en las distintas empresas no determina la responsabilidad solidaria de cada una de las sociedades. También se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, citando las sentencias del TS de 28 de mayo de 1984, 31 de octubre de 1996, en relación con los artículos 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

El recurso no prospera, cuestión similar a la ahora enjuiciada, ya fue resuelta por esta misma Sala, a propósito de recurso interpuesto por el mismo recurrente, en el caso del despido de otro trabajador de la misma empresa, Sentencia de fecha 23.04.04 (Recurso 1.231/04), de modo que los mismos argumentos utilizados allí por la Sala, han de ser por lo tanto los mismos que aquí se empleen para la resolución del presente recurso. Se decía en la anterior Sentencia que dos eran las cuestiones que se planteaban: a).- Una referida a la existencia o no de un grupo de empresas; y b).- otra referida a la doctrina del levantamiento del velo, en relación con la responsabilidad individual, de la persona física condenada don O.P.D.

En relación con la primera de las cuestiones, la referida al grupo de empresas, la censura jurídica que se denuncia no puede prosperar por las siguientes razones:

1.- Porque es doctrina jurisprudencial muy consolidada (STS de 24.07.89 (Ar. 5.908), 22.01.90 (Ar. 180), 30.01.90 (Ar. 233), S. 03.05.90 (Ar. 3.946), 19.11.90, 26.11.90 (Ar. 8.605) y 30.06.93 (Ar. 4.939), 26.01.98 (Ar. 1.062) la que ha señalado que el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS. Así, «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales» (Sentencias de 30.01 y 09.05.90, Ar. 233 y 3.983; y 30 de junio de 1993, Ar. 4.939). No puede olvidarse que, como señala la Sentencia de 30 de junio de 1993, «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propia como personas jurídicas independientes que son». Para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia del TS ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS. 6 de mayo de 1981, Ar. 2.103 y 8 de octubre de 1987, Ar. 6.973).

2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1985, Ar. 1.270 y 7 de diciembre de 1987, Ar. 8.851).

3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1985, Ar. 6.094; 3 de marzo de 1987 Ar. 1.321; 8 de junio de 1988, Ar. 5.256; 12 de julio de 1988, Ar. 5.802; y 1 de julio de 1989).

4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SSTS de 24.07.89 (Ar. 5.908), 22.01.90 (Ar. 180), 30.01.90 (Ar. 233), S. 03.05.90 (Ar. 3.946), 19.11.90 (Ar. 8.583), 26.11.90 (Ar. 8.605) y 30.06.93 (Ar. 4.939), añadiendo, incluso, la citada sentencia de 30.01.90, el requisito de la *utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores*.

2.- Y en el presente caso, del inalterado relato probatorio –y de lo que se afirma con evidente valor fáctico en el Fundamento de Derecho Tercero –en este caso en el Quinto- de la resolución impugnada- no solo se desprende la existencia de datos suficientes para apreciar la figura del grupo empresarial, sino también la de esos elementos adicionales relevantes para mantener la responsabilidad solidaria de las tres empresas codemandadas. Así, la unidad de dirección aparece clara al tener las tres empresas como administrador y accionista mayoritario al codemandado don O.P.D. También lo es la prestación de trabajo común, en favor de una u otra de las empresas del grupo, siendo así que don O.P.D. impartía las órdenes de trabajo a los empleados sin distinguir su supuesta vinculación laboral. Por otra parte, “D.C., S.L.” se dedica a la distribución de los productos que fabrica “I.P., S.A.”, y esta última Entidad, adquirió todas las participaciones sociales de la primera en virtud de escritura notarial, actuando como representante de “I.P., S.A.” su Administrador Único don O.P.D. Señalar también que, los camiones de “D.C., S.L.” con los que se realiza la distribución de la mercancía que fabrica “I.P., S.A.” se guardan en la nave de esta última y son reparados por personal de la misma, lo que pone de manifiesto un funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo.

Por otra parte, “T.P., S.L.” (que en el pleito anterior también actuaba como recurrente) se constituyó en diciembre de 1996 por el codemandado don O.P.D., y la única actividad que ha venido desarrollando, ha sido la de alquilar las naves industriales de las que es titular así como el material inmovilizado que existe en las mismas a “I.P., S.A.”, naves que ésta ocupa en precario, de lo que se desprende, como bien se afirma en el Tercero de los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida, que “T.P., S.L.” se constituyó con la finalidad de figurar como titular de los inmuebles que siempre ocupó “I.P., S.A.”, estipulándose entre ambas un contrato de arrendamiento con la finalidad evidente de separar sus responsabilidades frente a terceros. En consecuencia, teniendo en cuenta esta actividad de alquiler de inmuebles de “T.P., S.L.”, y que el fundador y administrador único de la misma es don O.P.D., quien as u vez también es socio mayoritario y administrador único de “I.P., S.A.”, fácilmente se colige que el contrato de arrendamiento suscrito entre ambas Mercantiles no es más que un instrumento jurídico formalizado para desvincularse

de hipotéticas responsabilidades, por lo que la empresa recurrente ha sido correctamente condenada solidariamente, por constituir una entidad más del grupo. Procede, por tanto, desestimar este apartado del recurso y confirmar la sentencia impugnada, en cuanto de forma correcta y ajustada a derecho aplicó la doctrina jurisprudencial que se cita como infringida relacionada con el grupo de empresas. Cuestión que, realmente, no es objeto de discusión en esta vía de Suplicación, por cuanto las tres empresas componentes del grupo, se han aquietado a lo declarado y decidido por la sentencia de instancia, dado que ninguna de ellas ha impugnado la misma, siendo el condenado como persona física don O.P.D. el único recurrente.

CUARTO.- En cuanto al otro apartado del recurso, relativo a la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo y la denuncia del artículo 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Anónima y Limitada, y la exclusión de responsabilidad del condenado don O.P.D., la misma debe acogerse, considerándose por la Sala que se ha producido la infracción del mencionado artículo, así como del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, dándose una evidente falta de legitimación pasiva del socio y administrador de las Mercantiles codemandadas, pues en el relato de los hechos declarados probados se expresa que los servicios fueron prestados para la Entidad "I.P., S.A." (así consta en el hecho probado primero), sin que en la resolución impugnada se haga referencia o conste dato alguno que permita atribuir o extender la cualidad de empresario al Administrador de las Sociedades, por lo que es obligada consecuencia de todo ello el que la referida persona individual haya de ser absuelta, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que proclama la exención de responsabilidades por las deudas sociales para los socios individuales ("*...quienes no responderán personalmente de las deudas sociales*"), y la misma exención se establece también en el artículo 1 de la Ley 2/1995, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada. En consecuencia, procede acoger este apartado del recurso, sobre exención de responsabilidad del socio individual, debiendo revocarse la sentencia recurrida en este concreto pronunciamiento. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que con estimación parcial del recurso interpuesto por representación letrada del recurrente don O.P.D., revocamos también en parte la sentencia que con fecha 21 de octubre de 2003 ha sido dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Lugo y absolvemos al codemandado y recurrente don O.P.D., manteniendo los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia.

3872 Recurso núm. 1.817/04

S.S. DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, POR FALLA DA FINALIZACIÓN DA OBRA OU SERVIZOS DETERMINADOS OBXECTO DE CONTRATACIÓN POR PARTE DA EMPRESA.

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

A Coruña, a veinticuatro de mayo 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. 1817/2004 interpuesto por la empresa TRAGSA 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.B.B.T. y don J.C.M. en reclamación de despido siendo demandado la empresa TRAGSA y el Ministerio de Medio Ambiente en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 679/2003 sentencia con fecha 6 de octubre de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"1.- Los actores prestaron servicios laborales para la Empresa demandada TRAGSA,

con la categoría profesional de peones, desde el 29 de noviembre de 2002 y salario mensual de 955,50 euros con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras, realizando en el momento del cese las labores propias de su categoría profesional. 2.- La empresa demandada comunicó a los actores carga fechada el 26.06.03 en el sentido siguiente: "En cumplimiento de la orden recibida del Ministerio de Medio Ambiente de fecha 12 de junio sobre la adecuación progresiva de los medios empleados a las necesidades actuales en la limpieza de las zonas afectadas por los vertidos del buque Prestige, servicio para el que UD. fue contratado y, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente del preaviso, le comunico que el próximo día 11 de julio de 2003 causará baja en esta empresa, dentro de la obra/servicio para la que fue contratado, por extinción de su contrato. A partir de la fecha antes indicada tendrá a su disposición en nuevas oficinas la correspondiente liquidación y finiquito". 3.- Las actoras firmaron contrato de trabajo por obra o servicio consistente en limpieza de residuos por vertidos del "Prestige" y cuya cláusula adicional establece lo siguiente: "según resolución de 21.11.02 en la que se procede a la interpretación del art. 5 del 18 de noviembre de 2002, en la que se establecen medidas transitorias y urgentes para hacer frente a las consecuencias del accidente del buque "Prestige" los trabajos de limpieza no serán incompatibles con la realización por el perceptor de cualquier actividad laboral durante el período establecido. 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". 4.- 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 orden a adoptar medidas de limpieza y recuperación del litoral y 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 eje-

cución 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 del litoral. Ordenar el inicio de un expediente administrativo para realizar la oportuna modificación presupuestaria de cara 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". 5.- 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 íntegramente reproducida, dirigida al Director territorial de TRAGSA, en 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 de todo lo aquí expuesto, debe ajustarse a la red de medios materiales y humanos para una adecuada optimización de los recursos". 6.- De conformidad con la orden de 12.06.03, se realizó un programa de adecuación de equipos de limpieza en la costa de Galicia por parte de TRAGSA el 18.06.03, se realizó un programa de adecuación de equipos de limpieza 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: "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". Las necesidades de personal previstas para el mes 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. 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, lo que significa que 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 182 con fecha de baja 11.07.03. 7.- 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 de 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”. 8.- Las acoras no ostentan ni han ostentado en el año anterior la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores. 9.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 31.07.03 con el resultado de “SIN AVENCENCIA”.

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

“FALLO: Que, debo estimar y estimo íntegramente las pretensiones subsidiarias de la demanda, y califico como improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa TRAGSA a que readmita inmediatamente a doña M.B.B.T. y don J.C.M. 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 cada uno de los actores de una indemnización de 1.195,98 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 hayan percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución tomándose en consideración a tal efecto el salario que se estima acreditado en Hecho probado 1º, y teniendo en cuenta la limitación que establece el art. 57.1 del E.T. y que hasta la fecha ascienden a la cantidad de 2.770,95 euros para cada uno de los actores”.

CUARTO.- Con fecha 30 de octubre de 2003, se dictó auto denegando la aclaración solicitada por la empresa TRAGSA.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre TRAGSA en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que declara improcedentes los despidos de ambas actoras que dice producidos, se la absuelva de la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.B y C LPL interesa la revisión, en forma de adiciones, de los HP 5º y 6º y denuncia la infracción del art. 15.1.a ET.

SEGUNDO.- Invocando la documental del folio 155, interesa TRAGSA se adicione al HP 5º lo siguiente: “La resolución de 12.06.03, recogía la necesidad de fijar una proporcionalidad entre los medios empleados y la situación real de la costa. Durante la catástrofe del Prestige han estado afectadas 483 playas y en la actualidad solo hay una docena. De las 400 toneladas diarias recogidas en Enero, se ha reducido a 100 toneladas diarias recogidas en la actualidad”.

E invocando documental de los folios 157, 158 y 159 interesa la parte asimismo la adición al HP 6º de lo siguiente: “El programa de adecuación de equipos de limpieza del Prestige de fecha 18 de junio de 2003 fue presentado a la Administración Pública, quien a través del “Comisionado de Medio Ambiente para actuaciones derivadas del Prestige” dio Vd. Visto Bueno”.

El respecto procede lo siguiente: A) Al folio 155 obra la resolución de 12.06.03 del Comisionado de Medio Ambiente a que se refiere el HP 5º y en la que también figura el contenido que dice el texto revisor, el que, por tanto, procede tener por incorporado al HP. Adición en realidad innecesaria desde el momento en que ya el HDP 5º de instancia no solo refleja la existencia de la resolución dicha de 12.06.03 y obrante en autos, sino que además la tiene “aquí por íntegramente reproducida”. Y B) La documental de folios 157, 158 y 159 contiene el programa a que se refiere la adición propuesta con el Vº Bº a que la misma alude, siendo deducible de ello lo petitionado, si bien la adición en realidad resulta innecesaria desde el momento en que el HP 6º declara el programa de 18.06.03 a que se refiere “con el Vº Bº del Comisionado de Medio

Ambiente, documento que consta en autos y se tiene por reproducido en su integridad...”.

TERCERO.- La argumentación que acompaña a la infracción que del artículo 15.1.A del ET formula TRAGSA al amparo del art. 191.c) LPL se sustenta en sostener que no se está en presencia de un despido “sino de una clara extinción fundada en derecho”, fruto de mantener la existencia de contratos temporales que se extinguieren válidamente a la fecha de los ceses. Destacar en concreto, dentro de sus profusas alegaciones, lo siguiente: “Nuestra discrepancia con la sentencia tiene su fundamento en la errónea interpretación del art. 15 ET a la hora de valorar los hechos que declara probados. Parece fuera de toda duda que el objeto del contrato era claro, independientemente de las peculiares circunstancias concurrentes al momento de su firma que puede que implicara la falta de detalle sobre el contenido, pero es notorio que las trabajadoras... sabían para lo que eran contratadas y, lo que es más importante sabían lo efímero de su actividad. Cuando no hubiera fuel en las playas los contratos se extinguirían...”.

La infracción denunciada y sus argumentaciones han de valorarse a partir de que son HP los fundamentales siguientes: A) Los actores prestaron servicios laborales para TRAGSA como peones (en recogida de residuos contaminantes) y desde el 29.11.02, con el salario que se dice en el HP 1º. B) A tal efecto, firmaron contrato de trabajo por obra o servicio determinado consistente –HDP 3º- en limpieza de residuos por vertidos del “Prestige” y cuya cláusula adicional establecía lo siguiente: “según resolución de 21.11.02 en la que se procede a la interpretación del art. 5 del 18 de noviembre de 2002, en la que se establecen medidas transitorias y urgentes para hacer frente a las consecuencias del accidente del buque “Prestige” los trabajos de limpieza no serán incompatibles con la realización por el perceptor de cualquier actividad laboral durante el período establecido. 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”. También preveían los contratos –cláusula 3ª- duración desde 29.11.02 “hasta fin servicio”. C) La demandada comunicó a los actores sus ceses, momento en que –HP 1º- realizaban las labores propias de su categoría, mediante carta de 26.06.03 con el contenido siguiente, conforme al HDP 2º: “En cumplimiento de la orden recibida del Ministerio de

Medio Ambiente de fecha 12 de junio sobre la adecuación progresiva de los medios empleados a las necesidades actuales en la limpieza de las zonas afectadas por los vertidos del buque Prestige, servicio para el que VD. fue contratado y, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente del preaviso, le comunico que el próximo día 11 de julio de 2003 causará baja en esta empresa, dentro de la obra/servicio para la que fue contratado, por extinción de su contrato. A partir de la fecha antes indicada tendrá a su disposición en nuevas oficinas la correspondiente liquidación y finiquito”. D) En torno a la situación creada en el litoral de Galicia por los vertidos y posterior hundimiento del petrolero “Prestige”, la Secretaría de Estado de Aguas y Costas dictó la resolución de 18.11.02 en orden a adoptar medidas de limpieza y recuperación del litoral y disponer de medios humanos al efecto, que se transcribe en el HDP 4º. E) El Comisionado de Medio Ambiente para las actuaciones derivadas del “Prestige” dictó resolución en 12.06.03 dirigida a Tragsa con el contenido del HP 5º y Fundamento Jurídico precedente 2º. Y de conformidad con ella, Tragsa realizó en 18.06.03 un programa de adecuación de equipos de limpieza en la costa de Galicia, con el Vº Bº del Comisionado. En tal programa constaba lo siguiente: “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”. Las necesidades de personal previstas para el mes 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. 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, lo que significa que 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 182 con fecha de baja 11.07.03. 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 de 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". Y F) Con su correspondiente valor fáctico, en el fundamento Jurídico 5º de la sentencia recurrida se dice, entre otras cosas: "... cuando de la prueba documental practicada se ha acreditado que existían playas y zonas para limpiar tanto en la Provincia de A Coruña, como en Pontevedra y Lugo y la reducción que pretende justificar dicho cese ha afectado tanto a la Provincia de A Coruña como a la de Pontevedra "; "... se entiende que es la limpieza de las concretas playas donde se hallaban destinados los actores ello no se ha acreditado, ni que playas limpiaban ni si las mismas están limpias de los residuos del Prestige".

CUARTO.- En torno al contrato temporal para obra o servicio determinado, sentencias de este Tribunal como las de 28.02.03 y 29.01.04 han dejado hechas argumentaciones también de consideración en el caso presente y que, por tanto, se reiteran ahora.

En orden a los requisitos del contrato temporal para obra o servicio determinado, regulado en los arts. 15.1 a) ET y 2 RD 2.720/1998, 18 de diciembre, la doctrina unificada -SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida- ha indicado que son los siguientes: «a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla 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.

QUINTO.- De conformidad con los HDP, los contratos suscritos por los actores con TRAGSA, si bien al determinar la obra o servicio que constituía su objeto se limitaron a consignar “limpieza de residuos por vertidos del Prestige”, se han de considerar de naturaleza temporal, aunque esta determinación del objeto, sin otra concreción valorable dentro del mismo que conste, es la que ha de ser considerada a los efectos de la terminación de la obra o servicio previsto, en orden a concluir lo oportuno respecto del agotamiento del objeto contractual de que se trata, previéndose asimismo contractualmente la duración “hasta fin servicio”.

Si bien en el caso –y a diferencia de otros supuestos resueltos por la Sala; como en el de STSJ Galicia 29.01.04– la obra o servicio objeto de los contratos laborales no tenía más identificación que la limpieza por vertidos del “prestige”, sin que ex post aparezca –HDP– ninguna concreción eficaz valorable a los presentes efectos de playa o lugar asignado, la misma, junto con la mención que asimismo se hace en los contratos de la resolución de 21.11.02 sobre medidas transitorias y urgentes para afrontar las consecuencias del accidente del “Prestige” y la notoriedad pública de la actuación de limpieza y saneamiento que pro-

vocó, revela y justifica oportuna y suficientemente la naturaleza temporal de la actividad contratada y la autonomía y sustantividad de la obra o servicio de que se trataba, del objeto contractual, cuya amplitud no impide la concurrencia de los requisitos esenciales y propios del contrato temporal de que se trata.

Esto mismo implica que a la hora de considerar la finalización del contrato por cumplimiento-agotamiento de su objeto, haya de atenderse a la delimitación contractual de la obra o servicio: porque así aparece válidamente en el contrato; y porque, como se dejó dicho, no hay ninguna otra concreción formal-real eficaz que conste acerca de la obra o servicio, que los HDP no explicitan. Y si ello es así, el cese comunicado a los demandantes en fecha 26.06.03 para el día 11.07.03 no puede considerarse justificado. Como a la postre viene a decir la sentencia de instancia cuando en su Fundamento Jurídico 5º dice que “se ha acreditado que existían playas y zonas para limpiar tanto en la provincia de A Coruña, como en ...”; y que “... de tal manera que no puede afirmarse que se haya conseguido el fin de servicio previsto, pues si éste es la limpieza de residuos del petrolero Prestige entonces es claro que no se ha producido... y si el fin del servicio se entiende que es la limpieza de las concretas playas donde se hallaban destinados los actores ello no se ha acreditado, ni qué playas limpiaban ni si las mismas están limpias de los residuos del Prestige”.

Al margen de las especiales características de la empresa TRAGSA (RD 379/77, RD 1.422/85, Ley 66/97...) y el marco real-legal surgido en torno a la catástrofe del “Prestige”, plasmado también en la resolución de la Secretaría de Estado de Aguas y Costas de 18.11.02, las actuaciones del “Comisionado”, incluyendo su resolución de 12.06.03, y el programa de adecuación de equipos de limpieza en la costa de Galicia por parte de TRAGSA de 18.06.03, lo cierto es que a la fecha del cese de los demandantes, julio de 2003, lo que consta en las playas de Galicia, y en concreto de A Coruña, es lo que hace constar la sentencia recurrida y se dejó transcrito. Existían playas y zonas para limpiar...; y en el propio programa de adecuación de equipos de limpieza en la costa de Galicia se daban como necesidades de personal previstas para el mes de julio en A Coruña 208 peones en playas ..., e igual para el mes de agosto, respondiendo en todo caso referido programa a una resolución para con una proporcionalidad de medios y

situación, de ajuste de medios materiales y humanos sin especificación concreta y que no encuentra justificación en su alcance a los actores dados los términos de su contratación y lo que consta y se declara en torno a su prestación de servicios y situación al tiempo de los ceses de las playas afectadas por el siniestro del "Prestige", según quedó precedentemente puntualizado.

Por consiguiente, la obra o servicio en el caso de los demandantes no estaba terminada, cumplida o agotada. A partir de lo que se ha dejado expuesto; de que la delimitación del objeto contractual en el caso de los demandantes se deriva de la limpieza de residuos del "Prestige", sin constancia de otra adscripción-concrección vinculante constatada; de que a la postre, tampoco consta acreditado en qué concretas playas o zonas materialmente trabajaron los actores y que en ellas ya no había necesidad de limpieza por los vertidos o en qué medida había desaparecido la misma y su grado de afectación al total personal allí destinado en el contexto del programa de 18.06.03 elaborado por TRAGSA (con el Vº Bº del Comisionado).

Así pues, no hay la finalización legítima de los contratos laborales suscritos por los actores en su día –viable, art. 49.1 C ET, caso de fin de la obra o servicio concertado- de tal manera que TRAGSA ha puesto fin a la relación laboral con ambos sin cobertura legal-contractual, constituyendo tal actuar (SSTS 20.02 y 21.12.95, 29.01 y 14.04.97, 19.09.00...) el despido que declara la sentencia recurrida, con las consecuencias del art. 56 ET sobre la relación laboral subyacente (en las condiciones precedentes y sin que conste producida ex post terminación legal al efecto).

Se ha de confirmar, la sentencia dictada en la Instancia, cuyos términos de condena, también en lo relativo a la cuantificación indemnizatoria, no han sido objeto de impugnación en suplicación mediante la obligada y oportuna denuncia de infracción jurídica, sin la cual no cabe a la Sala entrar a resolver al efecto; a pesar de que no se comparta la argumentación del auto de aclaración dictado por el juzgado en torno al art. 56 ET y la fijación del quantum indemnizatorio.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por TRAGSA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña de fecha 06.10.03 en Autos nº 679/03 seguidos a instancias de doña M.B.B.T. y don J.C.M. frente a TRAGSA y otro, confirmamos la sentencia recurrida.

3873 Recurso Nº 1.742/04

S.S. EXTINCIÓN LÍCITA DE CONTRATO INDEFINIDO NON FIXO, DE TRABALLADOR AO SERVIZO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, POR COBERTURA DA PRAZA EN FORMA REGULATORIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Jesús Outeiriño Fuente

A Coruña, a veinticinco de mayo 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 Rollo nº 1.742/04, comprensivo de recursos de suplicación respectivamente interpuestos por los Letrados don J.M.Q.L., en nombre y representación de doña M.A.C.L., y doña N.S.J., en nombre y representación de la Consellería de Asuntos Sociais, contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 518/03 se presentó demanda por doña M.A.C.L., sobre despido, frente a la Consellería de Asuntos Sociais. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de noviembre de 2003 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La demandante, doña M.A.C.L., ha venido prestando servicios como personal laboral por cuenta y orden de la Xunta de Galicia, Consellería de Sanidade e Asuntos Sociais, con destino en la Residencia de la Tercera Edad de ... de Ferrol, una antigüedad de 01.02.04, ocupando la categoría de Camarera-limpiadora y percibiendo un salario mensual, incluida prorrata de pagas extras, de 929,41 euros brutos, incluida prorrata de pagas extras. SEGUNDO.- La T.G.S.S. emitió informe de vida laboral de la demandante en fecha 09.07.03, en la que se hacían constar los siguientes extremos:

Empresa	Fecha de alta	Fecha de baja	Días cotizados
Xunta de Galicia, Consellería de Sanidade	01.02.94	31.12.01	2.891
Xunta de Galicia, Consellería de Asuntos Sociais	01.01.02	02.07.03	548

TERCERO.- La demandante suscribió con la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais (sic) de la Xunta de Galicia, contrato de trabajo en fecha 01.02.94, modalidad interinidad, en cuyas cláusulas sexta y séptima se hacía constar lo siguiente: "Sexta.- La duración del contrato será para cubrir vacante y se extenderá desde la toma de posesión del titular tras el procedimiento colectivo correspondiente o cualquier otro sistema de provisión reglamentario. Séptima.- El objeto del presente contrato es cubrir plaza vacante". CUARTO.- En los autos de juicio 99/99, tramitados ante este Juzgado a instancia de doña M.A.C.L. y don A.V.C. contra la Xunta de Galicia, Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, se dictó sentencia en fecha 06.05.99, en cuyos hechos probados segundo y tercero se hacía constar lo siguiente: HP 2º.- Los demandantes comenzaron a trabajar para la demandada en las fechas que se dejan dichas y en virtud de sendos contratos de interinidad, cuyo objeto era la cobertura de la plaza vacante hasta la toma de posesión del titular, una vez rematado el correspondiente proceso selectivo. HP 3º.- Por el Decreto de la Consellería da Presidencia e Administración Pública nº 413/1996, de 21 de noviembre, se aprobó la oferta de empleo público del personal laboral de la Xunta de Galicia para el año 1996, sin que una vez concluido el proceso selectivo fuesen adjudicadas las plazas ocupadas por los actores. Asimismo, en el fallo se hacía constar lo siguiente: Estimo parcialmente la demanda sobre Reconocimiento de Derechos y Cantidades formulada por doña M.A.C.L. y don A.V.C. contra la Xunta de Galicia (Consellería de Sanidade e Servicios Sociais) y, en consecuencia, declaro como indefinida la relación laboral existente entre los demandantes y la demandada y condeno a ésta a que así lo reconozca; al mismo tiempo, absuelvo a dicha demandada de las demás pretensiones de la demanda. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la parte actora, siendo resuelto el recurso por sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia, de fecha 23.12.02, en cuyo Fundamento de Derecho Primero, se señala lo siguiente: FD.- Primero: La sentencia de ins-

tancia estima parcialmente la demanda sobre reconocimiento de derechos y cantidades formulada por los actores doña M.A.C.L. y don A.V.C., contra la Xunta de Galicia (Consellería de Sanidade e Servicios Sociais), declara indefinida la relación laboral existente entre los demandantes y la demandada, y condena a ésta a que así lo reconozca. Al mismo tiempo absuelve a dicha demandada de las demás pretensiones de la demanda. Y contra este pronunciamiento recurre la parte actora, articulando un único motivo de suplicación, al amparo del artículo 191.c) de la L.P.L., en el que denuncia infracción, por interpretación errónea, del artículo 27.b.1 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, publicado en el Diario Oficial de Galicia del 28.12.94, y ello por entender que el complemento de antigüedad será de 3.671 pts. mensuales (3.932 para 1.997 y 4.015 para 1998) para todos los trabajadores vinculados por contratos temporales. Por tanto, los reclamantes tienen derecho a percibir al plus reclamado al no distinguir el Convenio entre trabajadores fijos y eventuales, pues dicho complemento se devenga por la vinculación laboral permanente y continuada en la relación laboral. Fallo: Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por los actores, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia de fecha 6 de mayo de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol y, en consecuencia, condenamos a la demandada Xunta de Galicia (Consellería de Sanidade e Servicios Sociais) a que en concepto de complemento de antigüedad les abone las cantidades siguientes: a doña M.A.C.L. 333,36 € y a don A.V.C. 529,38 euros. Y mantenemos los restantes pronunciamientos que el fallo impugnado contiene. QUINTO.- La demandante prestó servicios para la Consellería de Asuntos Sociais, con destino en la Residencia Mixta Mayores de ..., desde el 01.02.94 hasta el 02.07.03. SEXTO.- En fecha 26.03.03 la Xunta de Galicia, Consellería da Presidencia e Administración Pública, dictó Orden Ministerial, en la cual se hacía constar lo siguiente: "Por la Orden de 30 de julio de 2001 (D.O.G. nº 160, del 20 de agosto) se convocó el proceso selectivo para acceso a distintas categorías del grupo V, sendo elevadas a definitivas las pruebas de aspirantes que superaron el proceso selectivo para el acceso a la categoría 001 (Camarero/a-Limpiador/a y otras) mediante la Orden de 7 de abril de 2003 (D.O.G. nº 73, del 14 de abril) y para acceso a la categoría 011 (Limpiador/a y otras)

mediante la Orden de 11 de marzo de 2003 (D.O.G. nº 56, del 20 de marzo). Verificados los requisitos exigidos en las bases de convocatoria y celebrado el acto de petición previsto en la Orden de 6 de junio de 2003 (D.O.G. nº 112, del 11 de junio), esta Consellería de acuerdo con lo previsto en el IV convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, DISPONE: Primero.- Nombrar personal laboral fijo de la Xunta de Galicia a los aspirantes aprobados que se relacionan en el anexo I, ordenados de acuerdo con la puntuación final obtenida y adjudicándoles como destinos definitivos los que figuran en el anexo II. Asimismo, en el anexo II se hace constar que el puesto de trabajo código ASC 994030215350113 de la Residencia de Mayores de Ferrol, incluido en la relación de puestos de trabajo, resultó adjudicado a doña J.D.Y., que obtuvo una puntuación de 25,92 puntos. SÉPTIMO.- En fecha 02.07.03 la Consellería de Asuntos Sociais de la Xunta de Galicia comunicó a la actora escrito del tenor literal siguiente: "Publicada la Orden del 23.06.03 por la que se procede al nombramiento como personal laboral fijo de la Xunta de Galicia a los aspirantes que superaron el proceso selectivo de Camarera-Limpiadora (DOGA nº 127 de 02.07.03) le comunicamos que la plaza que ocupaba (código ASC 994030215350113) será cubierta con fecha 03.07.03 por la titular de la plaza, según la citada disposición. Por lo tanto, le participamos que procederemos a emitir su cese y consiguiente baja en la Seguridad Social con fecha de hoy día 02.07.03, agradeciéndole los servicios prestados. La documentación del cese le será entregada una vez firmada por la Delegada Provincial de nuestra Consellería". OCTAVO.- En fecha 18.11.02 se publicó en el B.O.E. resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se ordena la publicación de Acuerdo de Consejo de Ministros de 15.11.02, por el que se aprueba el acuerdo Administración-Sindicatos 2003-2004 para la mejora de la Administración Pública, en cuyo capítulo XIII se hace constar lo siguiente: "Los puestos del personal declarado por sentencia indefinido no fijo y cuya relación laboral de carácter temporal con la Administración fuera anterior a 2 de diciembre de 1998 serán objeto de consolidación. Cuando se trate de personal que desarrolla funciones equivalentes a las de Cuerpos y Escalas de personal funcionario, el puesto que vinieren ocupando será transformado en un puesto de carácter funcional. El personal que ostente la condición de indefinido

por sentencia con efectos anteriores a 7 de octubre de 1996 ó aquel que, en virtud de las previsiones contenidas en un Plan de Empleo aprobado con anterioridad a dicha fecha se le haya extendido pronunciamientos judiciales de las correspondientes hojas de servicios, tendrá la consideración de personal fijo, a los efectos del Convenio Colectivo que le sea de aplicación. Asimismo en el capítulo XX Ámbito de Aplicación del Acuerdo, se hace constar lo siguiente: "El presente Acuerdo será de aplicación general al personal civil de la Administración General del Estado y de los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, representando en la Mesa General de Negociación al personal de los Servicios Comunes y Entidades gestoras de la Seguridad Social y al de la Administración de Justicia. En los ámbitos sectoriales reconocidos y representados en la Mesa General de Negociación, se procederá a adaptar o excluir aquellos aspectos que afecten a sus peculiaridades conforme a los criterios establecidos en la citada Mesa General de Negociación. Queda exceptuadas de la aplicación del presente Acuerdo las condiciones de trabajo de quienes desempeñen funciones directivas y las del personal funcionario que preste servicios en el sector público empresarial. Al Personal Laboral de la Administración General del Estado le serán de aplicación los contenidos de este Acuerdo que expresamente se señalan. Lo dispuesto en los capítulos XVIII y XIX, letra d), del presente Acuerdo será también de aplicación al personal funcionario que presta servicios en el sector público estatal, a los empleados públicos en servicio activo de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales, así como de los Organismos públicos de ellos dependientes y tendrá como finalidad lograr la ordenación y racionalización de las retribuciones y su incremento homogéneo y armónico en todas las Administraciones Públicas". NOVENO.- La Secretaría de la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de A Coruña emitió Certificación en fecha 17.10.03, en la que se hace constar lo siguiente: "Informo que en esta Delegación no se tiene conocimiento de que el puesto que ocupó doña M.A.C.L. (D.N.I. ...) desde el día 1 de febrero de 1.994 en la Residencia Mixta de Mayores de Ferrol estuviese afectada por algún Plan de Empleo de los regulados en la normativa aplicable a dicho puesto y centro de trabajo; es decir, al artículo 29 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia (según

redacción dada a este precepto por la Ley 3/1995, de 10 de abril -D.O.G. nº 76 del 20 de abril-). DÉCIMO.- La Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, suscribió un contrato de trabajo, modalidad eventual por circunstancias de la producción por la demandante a tiempo completo con una duración de tres meses, desde 16.07.03 hasta 15.08.03, siendo la causa de la temporalidad del mismo "atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en (Vacaciones 16 de julio hasta el 16 de agosto), aun tratándose de la actividad normal de la empresa, con centro de trabajo en la Residencia de Mayores de Ferrol". Cesando la demandante a la fecha de la terminación de dicho contrato, 16.08.03. UNDÉCIMO.- La demandante no ostenta la condición de representante legal ni sindical de los trabajadores. DUODÉCIMO.- La demandante interpuso la correspondiente reclamación administrativa previa en fecha 15.07.03, que fue desestimada por silencio administrativo".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que con estimación de la demanda seguida por doña M.A.C.L. contra la Xunta de Galicia, Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais, en reclamación sobre despido, debo declarar y declaro que la decisión extintiva de fecha 02.07.03 constituye un despido que ha de ser calificado como improcedente, pero, habida cuenta que la readmisión de la actora en su puesto de trabajo es imposible, al estar cubierta la plaza que ocupaba de forma legal, tras el correspondiente proceso selectivo, no cabe el derecho de opción y por aplicación analógica del art. 284 L.P.L. ha de declararse la extinción del contrato de trabajo existente entre las partes, condenando al Organismo demandado, Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, a que abone a la actora la cantidad de 13.244'09 euros, en concepto de indemnización, y la suma de 3.531'76 euros, en concepto de salarios de tramitación causados desde el 02.07.03 hasta 24.11.03, excluido el período 15.07.03 a 15.08.03. Notifíquese... etc.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por la actora, declara que la decisión extintiva de fecha 02.07.03 constituye un despido que ha de ser calificado como improcedente, pero habida cuenta que la readmisión de la actora en su puesto de trabajo, es imposible, al estar cubierta la plaza que ocupaba de forma legal, tras el correspondiente proceso selectivo, no cabe el derecho de opción y por aplicación analógica del art. 284 LPL, declara la extinción del contrato de trabajo existente entre las partes, condenando al Organismo demandado Consellería de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia a que abone a la actora la cantidad de 13.244,09 en concepto de indemnización y la suma de 3.531,76 en concepto de salarios de tramitación causados desde el 02.07.03 hasta 24.11.03, excluido el periodo 15.07.03 hasta 15.08.03.

Y contra este pronunciamiento recurren ambas partes litigantes. La demandada Xunta de Galicia articulando un único motivo de suplicación, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el que denuncia infracción de los arts. 23.2 y 103.3 CE, los capítulos XIII y XX de la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002, aprobatorio a su vez del Acuerdo Administración-Sindicatos 2003-2004 para la mejora de la Administración Pública; del art. 55.4 ET en lo relativo al despido improcedente y la Jurisprudencia concordante que cita. Y ello por entender, en primer término, que no es de aplicación el citado Acuerdo a la relación laboral que unía a la actora con la demandada, vulnerando -a su juicio- la interpretación que hace la sentencia impugnada, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad consagrados en los arts. 23.2 y 103.3 CE, ya que concede la cualidad de fijo a la actora, personal indefinido, obviando dichos principios y realizando una labor interpretativa que afirma no entender. En efecto, el capítulo XX, sobre el ámbito de aplicación del acuerdo es de meridiana claridad a la hora excluir de su ámbito de aplicación a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, y pese a ello la sentencia de instancia realiza una interpretación del todo incongruente para llegar al fallo que se impugna. Dicha interpretación obvia totalmente el elemento gramatical, pues si la literalidad de

dicho capítulo es clara y no ofrece lugar a dudas, la necesidad de acudir a otros elementos interpretativos decae por su propio peso. El Juzgador, con apoyo absoluto en el elemento sistemático entiende que sí se aplica a las Comunidades Autónomas, porque el Capítulo XIII tiene un inciso final de este capítulo hace referencia "a los efectos del Convenio Colectivo que le sea de aplicación", lo que, según la sentencia recurrida, denota que se refiere no a un único convenio sino a la existencia o concurrencia de varios convenios, siendo evidente que se está refiriendo a los Convenios del personal laboral de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, esa referencia al Convenio Colectivo que le sea de aplicación tiene su razón de ser en el hecho de que el art. 1.4 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración del Estado, Resolución de 24 de noviembre de 1998, BOE de 1 de diciembre (RCL 1998/2.798), determina como determinado personal laboral está excluido de su ámbito de aplicación, siéndoles de aplicación sus propios convenios como por ejemplo los Convenios del Boletín Oficial del Estado, ONLANE, Correos y Telégrafos, Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Instituto Nacional de Educación Física de Madrid...

En segundo lugar, interpreta el inciso final del capítulo XIII cuando en realidad para este caso resulta de aplicación el inciso inicial. Así es el inciso final el que otorga una fijeza automática, mientras que el inicial tan solo determina que "serán objeto de consolidación", por lo tanto no determina la existencia de una fijeza automática, sino que la misma se adquiere a través de la consolidación del puesto, que no se ha operado, ya que el inciso inicial es de aplicación para aquellos indefinidos declarados por sentencia judicial y cuya relación laboral temporal sea anterior a 2 de diciembre de 1998, cual es el caso de la actora que comenzó sus servicios el 1 de febrero de 1994.

En consecuencia con lo anterior, sino no hay fijeza en el puesto no procede hablar de despido improcedente del art. 55.4 ET, aplicado en esta sentencia, sino que tan solo existe un cese regular de la actora por cobertura de la plaza que ocupaba a través de los procedimientos establecidos para ello, con el consiguiente cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad consagrados en la CE, tal como lo ha sostenido el TS en sus sentencias de 21 de enero de 1998 y de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/9.893).

SEGUNDO.- El examen del recurso interpuesto por la demandada lleva a la Sala a la conclusión de que debe prosperar, pues el núcleo central de la litis -y del propio recurso- se concreta a resolver si el cese de la actora, personal laboral al servicio de la Xunta de Galicia desde 01.02.94, en virtud de un contrato de interinidad, y cuya relación fue declarada indefinida por sentencia judicial, debe reputarse correcta y ajustada a derecho al haberse cubierto reglamentariamente la plaza, o, por el contrario, dicho cese debe ser calificado como constitutivo de despido, por entenderse aplicable el los capítulos XIII y XX de la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, que publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002, aprobatorio a su vez del Acuerdo Administración-Sindicatos 2003-2004 para la mejora de la Administración Pública.

Y el dilema ha de resolverse en el sentido que postula la recurrente, en base a las siguientes consideraciones:

1.- El Capítulo XX del citado Acuerdo Administración-Sindicatos, que regula su ámbito de aplicación, no permite estimarlo aplicable a las Administraciones de las Comunidades Autónomas. En efecto, dicho Capítulo XX -transcrito en su integridad en el hecho octavo- establece que *"el presente Acuerdo será de aplicación general al personal civil de la Administración General del Estado, y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, representado en la Mesa General de Negociación, al personal de los Servicios Comunes y Entidades Gestoras de la Seguridad Social y al de la Administración de Justicia."*

Quedan exceptuadas de la aplicación del presente Acuerdo las condiciones de trabajo de quienes desempeñen funciones directivas y las del personal funcionario que preste servicios en el sector público empresarial.

Al personal laboral de la Administración General del Estado le será de aplicación los contenidos de este Acuerdo que expresamente se señalan.

Lo dispuesto en los capítulos XVIII y XIX, letra d), del presente Acuerdo será también de aplicación al personal funcionario que presta servicios en el sector público estatal, a los empleados públicos en servicio activo de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, así como de los organismos públicos de ellas dependientes, y tendrá

como finalidad lograr la ordenación y racionalización de las retribuciones y su incremento homogéneo y armónico en todas las Administraciones públicas”.

Es decir, la redacción transcrita es clara y no deja dudas a propósito de su no aplicación a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, que no aparecen mencionadas en su ámbito, salvo en el particular relativo, respecto de sus empleados públicos en servicio activo, al incremento general de retribuciones y la modificación de las pagas extraordinarias, y ello con la finalidad lograr la ordenación y racionalización de las retribuciones y su incremento homogéneo y armónico en todas las Administraciones públicas. En nada afecta a lo dicho lo dispuesto en el Capítulo XIII del Acuerdo, relativo al personal indefinido o indefinido no fijo, cuyo específico régimen jurídico hay que entenderlo referido sólo a quienes se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo, pero no a quienes han quedado al margen del mismo, pues el mencionado Capítulo XIII no modifica en absoluto lo dispuesto en el Capítulo XX. Ambos capítulos regulan cuestiones distintas, pero, en todo caso, aunque hipotéticamente se estimase aplicable el Acuerdo sería preciso que se hubiese producido, en favor de la actora, la consolidación de la plaza que venía ocupando.

2.- Sentado lo anterior, y partiendo de la premisa de que el contrato de la demandante queda comprendido en la relación laboral indefinida que es consecuencia de las irregularidades en la contratación temporal en la Administración Pública, pues así fue declarado en sentencia del mismo Juzgado de lo Social, confirmada en ese particular por la de esta Sala de 23.12.02, debe entenderse aplicable la reiterada doctrina unificada sentada por al Sala 4ª del TS (Sentencias de 20 de enero de 1998, Ar. 1.000; 21 de enero de 1998 Ar. 1.138; 27 de marzo de 1998, Ar. 3.159; 20 de abril de 1998, Recurso 3.992/1997; 26.10.98, Ar. 7.885; 10.11.98, Ar. 9.543 y 18.11.98, Ar. 9.994), conforme a la cual “esta categoría aparentemente enigmática de contrato indefinido de carácter temporal, de que se sirve la jurisprudencia del Tribunal Supremo para situar estos contratos laborales concertados por la Administración pública (en este caso la Xunta de Galicia), con un planteamiento que al parecer casa más con lo que dispone el artículo 15 del ET -contrato por tiempo indefinido o contrato por duración determinada-, ha hecho decir a

un sector de la doctrina que se está ante una situación próxima al contrato temporal de duración incierta, en términos parecidos al del contrato de interinidad por vacante; y en esa línea se sitúa también la Sentencia de 20 de abril de 1998 (Ar. 3.725)”.

Y es que como señala la citada Sentencia de 10.11.98, Ar. 9.543, “lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en Sentencias, entre otras, de 7 de octubre de 1996, Recurso 3.307/1995; 10 de diciembre de 1996, Recurso 1.989/1995; 14 de marzo de 1997, Ar. 2.474, Recurso 3.660/1996; 20 de enero de 1998, Ar. 1.000, Recurso 317/1997; 21 de enero de 1998, Ar. 1.138, Recurso 315/1997; 27 de marzo de 1998, Ar. 3.159, Recurso 295/1997; y 20 de abril de 1998, Recurso 3.992/1997) ha acentuado no ha sido el carácter indefinido del contrato, sino la negación de estarse ante un contrato fijo de plantilla. Pero ha mantenido con claridad estas dos ideas principales: los trabajadores deben ser tratados en estos contratos como trabajadores con contratos indefinidos comunes, de suerte que la extinción de sus contratos debe ser acompañada de las reglas de indemnización de los trabajadores con contratos indefinidos comunes (Sentencias de 24 de enero de 1994, Ar. 865, Recurso 2000/1992; 17 de julio de 1994, Ar. 6.684; 7 de octubre de 1996, Recurso 3.307/1995; y 10 de diciembre de 1996, Recurso 1.989/1995); y en segundo lugar, que producida la provisión regular del contrato a la que no se le puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla, provisión -se repite- en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato, cubriéndose el puesto por los trámites reglamentarios (Sentencias, entre otras, de 19 de mayo de 1992, Ar. 3.577, Recurso 1.737/1991; 7 de octubre de 1996, Recurso 3.307/1995; 27 de marzo de 1998, Recurso 295/1997; y 20 de abril de 1998, Recurso 3.992/1997).

Por ello, y tal como ya señaló la sentencia de esta Sala de 24.07.99 (Recurso de Suplicación nº 3.113/99), resolviendo un supuesto semejante, “no estamos en presencia de un despido ni por la vía del art. 56 del ET ni por la de extinción por causas objetivas, al no concurrir el supuesto necesario que pueda ser subsumido en las previsiones del art. 52.c) y 51 del ET. Se está en presencia de una pura extinción contractual por una causa legítima como es la cobertura en forma reglamentaria del puesto o plaza ocupada, que opera como condición lícita de extinción de la relación laboral dada la naturaleza de ésta: causa extin-

tiva propia y distinta y al margen de la extinción por causas objetivas...”

Con mayor claridad y en el mismo sentido resuelve el Tribunal Supremo en sentencia de 27.05.02 (RJ 2002\9.893), añadiendo que no procede en estos casos la indemnización prevista para el despido objetivo. Son destacables a los efectos del presente litigio las siguientes declaraciones:

– La ocupación, definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción del contrato. Esta causa tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores.

– Cuando se nombra, posteriormente, a un fijo para uno de estos puestos, se cumple la Ley en plenitud, porque se acomoda fijeza laboral con relación de empleo público. Y el temporalmente indefinido ve concurrir la causa legal de extinción introducida en su contrato por aquel pronunciamiento judicial.

– Con la comunicación escrita de los hechos constitutivos de la causa así como de la voluntad de actuación extintiva, aparece claro que cualquiera de las causas de extinción introducidas lícitamente en el contrato y actuadas oportunamente, debe producir el efecto extintivo, salvo que la Ley o la negociación colectiva hayan sometido expresamente aquella actuación a algún requisito formal. Y no hay precepto alguno que someta la actuación de esta causa a formalidad alguna.

– No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad. De lo razonado se desprende que no ha existido despido alguno tal como postula en este punto la Administración Autonómica recurrente.

TERCERO.- Sentado lo anterior, fracasa el motivo de recurso articulado por la demandante al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el

que se denuncia infracción del mencionado Acuerdo Administración Sindicatos, por entender, en definitiva, que finalidad del citado Acuerdo para el período 2003-2004, es eliminar la temporalidad en el sector público, y que -a su juicio- del Convenio de Movilidad suscrito con fecha 30.10.03, entre la Xunta de Galicia y el MAP, bien de la aplicación de lo dispuesto en ambos textos, bien de la aplicación de cualquiera de ellos, se concluye que el cese de doña M.A.C.L., debe ser considerado como despido nulo al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 del ET, por vulnerar su derecho a la igualdad de trato con otros trabajadores de la administración, así como lo dispuesto en el art. 14 C.E. y el 23.2 de la Constitución Española.

El fracaso del motivo se fundamenta en lo ya razonado con anterioridad, pues con independencia del Convenio de Movilidad suscrito con fecha 30.10.03, entre la Xunta de Galicia y el MAP, es lo cierto que a la relación de la actora no le es aplicable el Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, cuyo Capítulo XX no comprende en su ámbito de aplicación al personal de las Comunidades Autónomas salvo en la excepción prevista expresamente, de ahí que la relación laboral entre la demandante y la Xunta de Galicia, al tratarse de un contrato temporalmente indefinido, con cobertura reglamentaria de la plaza, hace surgir una causa de extinción del mismo de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada que debe considerarse plenamente aplicable. No cabe sostener, por tanto, la nulidad del despido que postula la demandante, al existir causa para la extinción de su contrato. La conclusión final ha de ser la estimación del recurso interpuesto por la demandada Xunta de Galicia con la correlativa desestimación del formulado por la actora y revocación de la sentencia impugnada. Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandada Xunta de Galicia (Consellería de Asuntos Sociales, Empleo y Relaciones Laborales, y desestimando el formulado por la actora doña M.A.C.L., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, y, con desestimación de la demanda de despido interpuesta por la referida actora, debemos absolver y absolvemos libremente a la Administración Autonómica demandada por insistencia de tal despido.

3874 Autos núm. 5/04

S.S. CONFLITO COLECTIVO. COMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: ACCIÓN DE RESPONSABILIDADE POR FOLGA SUPOSTAMENTE ILEGAL DO PERSOAL SANITARIO DE INSTITUCIÓNS DA SEGURIDADE SOCIAL. ADECUACIÓN DE PROCEDEMENTO. LEXITIMACIÓN DE SINDICATO PARA CONVOCAR FOLGA AÍNDA QUE NON CONTE CON LEXITIMACIÓN PARA NEGOCIAR. NON É ILEGAL A FOLGA MAILA AUSENCIA DE NOTIFICACIÓN Á AUTORIDADE LABORAL, SE SE PRACTICOU AO EMPRESARIO. CARÁCTER NON NOVATORIO DA FOLGA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a veintisiete de mayo 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 autos núm. 0005/2004 seguidos a instancia del Servicio Galego de Saúde, representado y asistido por el letrado don F.C.L., contra la demandada Organización Sindical de Médicos Independientes de Galicia (OMEGA), representada y asistida por el letrado Sr. don M.H.G. según poder que obra en autos, Confederación Intersindical Galega, Unión General de Trabajadores, no comparecen pese a estar y constar citados en legal forma, Sindicato de Auxiliares de Enfermería (SATSE), comparece unida a la Confederación, Sindicato de Médicos de Galicia Confederación Estatal de Médicos de Galicia (CEMSATSE), Convergencia Estatal de Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios-CEMSATSE, representados por don C.A.N., según poder y asistidos por el letrado don F.J.M., siendo el objeto de la reclamación conflicto colectivo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- El once de marzo del corriente año se presento demanda ante esta Sala por el Servicio Galego de Saúde a seguir

por el cauce de conflicto colectivo frente a los codemandados OMEGA, CIG, SATSE, y contra UGT, demanda ampliada con posterioridad, el 22.03.04 contra CEMSATSE, postulando la declaración de ilegalidad de la huelga convocada por OMEGA en la Comunidad autónoma de Galicia para los días, 1, 2, 8, 9, 15, 16, 22, 23, 29 y 30 de marzo, así como que se declare la responsabilidad de dicho sindicato y se le condene a indemnizar al demandante en las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- La citada demanda se sustenta en lo alegados hechos de que el demandado OMEGA presentó convocatoria de huelga el 11.02.04 sin que se efectúe la misma ante la autoridad laboral, siendo la convocatoria para toda la Comunidad autónoma y para el colectivo de médicos sin distinción de razón del vinculo o nivel asistencial, estimando que tal sindicato carece de legitimidad para efectuar tal convocatoria pues su representación sólo alcanza a las áreas de Vigo, Pontevedra y Barco de Valdeorras (10,21%; 12,61% y 8,08% respectivamente), no siendo un sindicato representativo; igualmente estima que el 01.10.03 la mesa sectorial firmó el acuerdo sobre mejora retributiva y profesional del personal de las instituciones sanitarias del Servicio Galego de Saúde, publicado en DOGA 28.11.03, pretendiendo tal huelga modificar un pacto en vigor deviene en ilegal por novatoria, y que no se han cumplido las exigencias formales de convocatoria de la misma.

TERCERO.- Admitida a trámite dicha demanda se señaló para juicio el 22.04.04, emplazándose a las partes para los actos previstos, y el 13.04.04 se presentó escrito por la parte actora al objeto de que se declare ilegal la convocatoria de huelga efectuada el 31.03.04 para los días 12, 13, 14, 19, 20, 21, 26, 27 y 28 de abril del año en curso, de lo que se dio traslado a los demandados, celebrándose el acto previsto en su día con la asistencia de la parte actora y de los codemandados comparecidos, OMEGA y CEMSATSE, quienes alegaron lo que tuvieron por conveniente, tal como consta en acta, oponiéndose OMEGA a dicha demanda, se practico la prueba propuesta - documental-, elevándose a definitivas sus conclusiones respectivas, acordándose en dicho acto remitir los autos al Ministerio Fiscal para que emita informe sobre la competencia de este orden jurisdiccional para conocer del presente litigio, habiéndose emitido el 27.04.04 en el sentido favorable a dicha competencia.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales correspondientes, salvo las relativas al plazo para resolver dado el volumen de asuntos sometido al conocimiento de la Sala y las incidencias planteadas por las partes a lo largo del mismo.

Hechos probados

PRIMERO.- El Consejo de la Junta de Galicia, en su reunión del 18.03.04 acordó ratificar la resolución del D.G. de la Asesoría Jurídica de la Junta de Galicia de 03.03.04 que ordenaba el ejercicio de las acciones judiciales oportunas en relación con la convocatoria de huelga efectuada por OMEGA al objeto de obtener una declaración de ilicitud de dicha declaración, a la vista de la comunicación efectuada por la Secretaría General de la Consellería de Sanidad.

SEGUNDO.- El codemandado, OMEGA, carece de representación en la Mesa Sectorial de instituciones sanitarias compuesta por quince miembros de procedencia de la Administración sanitaria y quince procedentes de las organizaciones sindicales, mesa cuya creación fue acordada por la Mesa General de Negociación de la Comunidad autónoma de Galicia el 08.10.03, y cuya representación de personal se haya compuesta por tres representantes por cada uno de los sindicatos CIG, CEMSATSE y CCOO; dos representantes por cada uno de los siguientes: UGT, SAE y CSI-CSIF, total quince. En las elecciones a representantes de Juntas de personal en el Servicio Galego de Saúde de 27.03.03, el sindicato indicado obtuvo la siguiente representación, un delegado en Ourense por 33 votos; seis delegados en Pontevedra por 717 votos, total 750 votos y 7 delegados. El total de votos en la comunidad fue de 16.823, y elegidos 220 delegados.

TERCERO.- El codemandado OMEGA, por escrito de 11.02.04 comunicó a la Xunta de Galicia, con entrega en la Consellería de Sanidade y en la Consellería de Presidencia, relaciones institucionales y administración pública, la convocatoria de huelga para todos los lunes y martes del mes de marzo, en concreto los días 1, 2, 8, 9, 15, 16, 22, 23, 29 y 30 de dicho mes presentando como tabla reivindicativa: 1.- la subida salarial, sin contraprestaciones, en cuantía de 6000 €, para todo el colectivo médico sin exclusiones; 2.- finalización inmediata de la OPE tanto hospitalaria como en Primaria, con aumento de plazas a ofertar en esta OPE.; 3.- mejora de condiciones laborales entre

las que señala, jornada de 35 horas, aplicación de normativa Europea sobre jornada, puesta en marcha de la Carrera profesional, retribución de las horas extras, complemento de exclusividad.; fijando un comité de huelga de doce personas que señala nominalmente.

CUARTO.- El 01.10.03, después de la apertura de negociaciones entre las centrales sindicales y el Servicio Galego de Saúde en el último trimestre del 2002, se llegó a un acuerdo con CESMSATSE, CIG, SAE y UGT en el que se regulan entre otros extremos: a) la mejora retributiva del personal estatutario de instituciones sanitarias regulado por el RDL 3/87 y al personal de atención primaria; b) fijación de las bases para el diseño de la carrera profesional; c) desarrollo de la regulación sobre selección de personal y provisión de vacantes de personal estatutario, d) reapertura de plazos para la integración en el régimen estatutario del personal funcionario y laboral procedente de instituciones transferidas; e) creación de nuevas categorías y nuevos puestos que implican ejercicio de tareas de especial responsabilidad, dedicación o coordinación; f) acción social. Dicho acuerdo fue publicado en el DOGA de 28.11.03.

QUINTO.- Por escrito de 13.04.04 la parte actora insta, frente a los mismos demandados, la declaración de ilegalidad de la huelga convocada por el sindicato OMEGA para los días 12, 13, 14, 19, 20, 21, 26, 27 y 28 del mes de abril. El citado sindicato OMEGA el 31.03.04 había dirigido un escrito a la Xunta de Galicia, Consellería de Sanidade, indicando la convocatoria de huelga para los mismoS fines e intereses que en la convocatoria de huelga del mes de marzo y designando el comité de huelga con idénticos miembros que en la anterior convocatoria.

SEXTO.- El organismo demandante dispone de una plantilla de 1.957 funcionarios que incluye al personal de APD, 1.365 laborales + MIR, y 24.655 de personal estatutario distribuido entre 5.199 facultativos, 12.054 de personal sanitario no facultativo y 7.402 de personal no sanitario.

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Antes de entrar en el fondo de la cuestión debatida se han de resolver las excepciones planteadas por el codemandado OMEGA por cuanto el acogimiento de alguna de ellas impediría el conocimiento del fondo del debate así: A) Se alega en pri-

mer lugar la de incompetencia de jurisdicción por estimar que el enjuiciamiento del objeto litigioso corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. B) Excepción de litispendencia, por cuanto, afirma que aquel pacto se halla impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, subsidiariamente invoca prejudicialidad. C) Falta del requisito de procedibilidad al no constar que antes del planteamiento de la acción se halla adoptado el acuerdo de demandar por el Concello de la Xunta de Galicia y subsidiariamente invoca inadecuación de procedimiento por estimar que el único interesado en el litigio es el sindicato OMEGA:

Se ha de resolver, en primer lugar, la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada por OMEGA por cuanto, se trata de una cuestión de orden público cuyo acogimiento impide entrar a conocer del fondo del litigio, remitiendo, en su caso, a la parte actora a la jurisdicción que se estime competente para el enjuiciamiento del objeto litigioso, tal y como previene el art. 9.6 LOPJ. La cuestión competencial planteada, rechazada por el Ministerio Fiscal en su informe y por la parte actora, se sustenta en la dicción del art. 3.1.a) LPL que excluye del Orden Jurisdiccional social el conocimiento de los pleitos sobre tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativo a los funcionarios públicos y al personal al que se refiere el art. 1.3.a) LET, esto es el personal estatutario, así como en la L. 55/2003 de 16 de diciembre que aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, norma esta que, desde su exposición de motivos pretende aproximar el régimen jurídico de dicho personal al régimen de la Función pública, así se expresa el “carácter funcional del personal estatutario” y en su art. 1 determina que “Esta ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal”, lo que a su entender arrastraría la competencia para conocer de la litis a la jurisdicción contencioso administrativa, ex art. 9.4 LOPJ y art.1 de la LJCA 29/98 de 13 de julio.

La excepción no puede ser acogida siguiendo el criterio sostenido por STS Sala 4ª de 14 de febrero de 1990 y 30 de junio de 1990, según el cual, no nos hallamos ante el ejercicio de la acción de tutela del derecho de libertad sindical y del derecho de huelga del

personal estatutario o funcional del Servicio Galego de Saúde, derechos que nadie discute, sino que se nos hallamos ante el ejercicio, por parte de dicho organismo, de la acción de responsabilidad de un sindicato por infracción de normas de la rama social del derecho, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción social a tenor del art. 2.j) LPL, es decir, “se trata de pretensión promovida dentro de la rama social del Derecho, pues afecta al ejercicio del derecho de huelga, sus contornos y consecuencias derivadas de supuesta extralimitación de estos y la responsabilidad de los sindicatos por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de su respectiva competencia, figura expresamente prevista en el art. 5 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Cuando tales actos se proyecten en el ámbito de las relaciones laborales y eventualmente produzcan consecuencias perniciosas para alguna de las partes de dicha clase de relaciones, en suma, cuando mediante dichos actos, como dice el art. 2.j) LPL, resultaron infringidas normas correspondientes a la rama social del derecho, es claro que pretensión que se deduzca con relación a aquellos corresponde al ámbito jurisdiccional del Orden Social, pues así resulta del art. 9.5 LOPJ y del art. 1 de la LPL”, criterio que se mantiene, recientemente, en la STS de 22.10.02 que admite, sin planteamiento de la cuestión, la competencia de esta jurisdicción para analizar, a través del cauce de conflicto colectivo, la legalidad o ilegalidad de una huelga convocada dentro del Servicio Canario de Salud para todo su personal. Es decir, no nos hallamos ante la aplicación del art. 3 LPL, pues no se trata de tutelar el derecho del sindicato o de los afiliados o del personal al servicio del Servicio Galego de Saúde, en relación con el ejercicio del derecho de huelga, sino, de determinar si el sindicato OMEGA se ha extralimitado e incurrido en responsabilidad, en consecuencia, esta jurisdicción es competente para conocer de la presente litis por lo cual se desestima la excepción planteada.

En cuanto a la cuestión de procedibilidad, relativa a la autorización para el ejercicio de acciones, regulada en el D. 343/2003 de 11 de julio de 2003, cuyo art. 34 establece tal exigencia al disponer que “El ejercicio de acciones judiciales en nombre de la Administración de la Comunidad Autónoma y de sus organismos autónomos, requerirá acuerdo previo del Consello de la Xunta de Galicia”, tampoco concurre dicha deficiencia por cuanto dicho precepto prevé en su apartado 3º) la excep-

ción a tal exigencia previa en los “supuestos de urgencia” en cuyo caso, el ejercicio de acciones “podrá ordenarse mediante resolución motivada del director general de la Asesoría Jurídica, previa iniciativa del órgano o autoridad interesados. En este supuesto, la resolución y el escrito por el que se entabla la acción judicial se pondrá en conocimiento del Consello de la Xunta para su ratificación a través de la Consellería competente en materia de presidencia y administración pública”, lo que ocurre en el presente caso en que existe, la parte alegante ni lo discute, tal decisión del Director General de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia, tomada a instancias de la Secretaría de la Consellería de Sanidade, siendo así que la urgencia no ha de ser entendida en sentido de inaplazable, sino en atención a las circunstancias de cada caso, por lo que la convocatoria de huelga con la consiguiente suspensión de servicios de indudable trascendencia social, con posible perjuicio para terceros titulares de interés legítimos, en un área sensible como la sanidad pública y la asistencia sanitaria, no solo hospitalaria sino también en el sector primario, lleva a entender que concurría la situación de urgente planteamiento de la cuestión ante los Tribunales, de forma que pudiera resolverse la cuestión en el menor tiempo posible clarificando la situación así creada, debiendo considerarse que la declaración como ilegal de una huelga encierra en sí misma ese interés actual digno de tutela y dados los efectos directos y colaterales que una declaración de licitud o ilicitud de la huelga conlleva (STS de 05.10.98, 17.12.99 y de 22.11.00), la consideración de urgencia en el planteamiento del litigio, aparece como adecuada, por ello, tal autorización luego ratificada por el Concello de la Xunta se estima plenamente justificada y ajustada a derecho, desestimándose la excepción invocada.

En cuanto a la inadecuación de procedimiento no puede ser acogida por cuanto el proceso de conflicto colectivo se adecua pues la declaración de ilegalidad de la huelga convocada por dicho sindicato no solo produce efectos en las relaciones colectivas, entre demandante y demandado, sino que pueden extrapolarse a quienes hayan tomado parte activa en la huelga declarada ilegal, en consecuencia concurre la generalidad de la afectación que refiere el art. 151.1 LPL, por lo que se desestima el motivo.

Por último y en cuanto a la excepción de litispendencia o prejudicialidad, la misma

no puede ser atendida ante la ausencia de cualquier dato objetivo que permita su análisis, pues, sería imprescindible la acreditación de la existencia de un litigio entre las partes ante la Jurisdicción Contenciosa, que permitiera el análisis de la concurrencia de las identidades personales y objetivas, legalmente exigibles, para poder efectuar pronunciamiento al respecto y dado que la parte invocante de la excepción no ha aportado dato alguno al respecto se desestima.

SEGUNDO.- En cuanto al fondo del litigio, la parte actora sostiene la ilegalidad de la huelga convocada en base a que el sindicato convocante carece de representatividad suficiente lo que impide que pueda negociarse con él un convenio vinculante, de otra parte sostiene que no se ha cumplido el requisito de notificación previa de la convocatoria (previamente a la Autoridad Laboral) y por último que dicha huelga es novatoria por estimar que su finalidad es la modificación del acuerdo logrado en la mesa sectorial entre la administración y los sindicatos CEMSATSE, CIG, SAE y UGT. Por su parte, el demandado OMEGA funda la oposición a la demanda en primer lugar, en que el pacto entre sindicatos y la Xunta no constituye un convenio colectivo por lo tanto no se haya protegido por la inviolabilidad del mismo y la huelga no puede calificarse de novatoria; en segundo lugar, estima que el objeto de la huelga es mas amplio que dicho pacto y así, en materia retributiva se pide incremento para todo el personal médico, independientemente de su vinculo con el Servicio Galego de Saúde, la jornada no ha sido objeto de pacto, la OPE se pide su ampliación, en cuanto a retribución de horas extras, exclusividad y penosidad nada contiene el pacto por lo que tal pretensión no es novatoria; igualmente nada contiene aquel pacto sobre la legislación Comunitaria y la exigencia de su aplicación. En cuanto a la legitimidad para convocar la huelga, no es exigible, para plantear una huelga, ningún grado de representatividad vinculada a la posibilidad de negociar un convenio colectivo. En cuanto a la falta de preaviso de huelga no concurre ya que notificó por escrito a la Consellería competente la pretensión de acudir a la huelga.

En cuanto a la legitimidad de OMEGA para convocar una huelga, la doctrina Constitucional viene estableciendo en sus Sentencias de 8 de abril de 1981 y de 30 de enero de 1986 que la convocatoria de la huelga es una actividad primera o de reivindicación, respecto

de la cual se han de acentuar los mandatos constitucionales de igualdad de trato de los Sindicatos y de eliminación de preferencias contrarias a las normas sindicales, razones por las que la LOLS ha distinguido los derechos de todos los Sindicatos (art. 2.2.d) y los derechos de los más representativos a nivel estatal (art. 6.3), incluyendo entre los primeros el ejercicio del derecho de huelga, por ello, para su ejercicio no es preciso que el sindicato ostente la representatividad exigida para negociar convenios colectivos ex art. 87 LET, sino que basta con que ostente implantación en el sector de que se trate. Por implantación se ha de entender, en principio la capacidad abstracta para plantear conflictos colectivos siempre que pueda reconocérsele una relación directa con lo que es objeto del conflicto por lo que no cabe argumentar su falta, sobre la ausencia de participación del sindicato en los procesos electorales, habiendo determinado STCo de 11 de mayo de 1983 que existirá tal implantación cuando ostente un nivel de afiliación en el sector de que se trate o si se tienen delegados de personal en el sector, doctrina que aplicada al supuesto litigioso implica el reconocimiento de implantación suficiente al sindicato OMEGA desde el momento que, habiendo concurrido a las elecciones sindicales ha obtenido siete representantes, extendiendo su ámbito de representatividad a las provincias de Orense y Pontevedra, cuando menos, por ello, tal y como recoge STS de 02.02.87 y STSJ Cataluña de 27 de febrero de 2003 el artículo 3 del RDL 17/1977, hay que entenderlo en el sentido de que, si bien la titularidad del derecho a la huelga pertenece a los trabajadores, el derecho puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implantación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga, pudiendo afirmarse que el art. 2 de la LOLS viene a consagrar como derecho de las organizaciones sindicales, el ejercicio de la actividad sindical, que comprenderá, en todo caso, el desarrollo de las facultades que les corresponde en materia de huelga, por lo que ha de concluirse que el demandado goza de legitimación para dichas convocatorias de huelga.

TERCERO.- En cuanto al preaviso de huelga la doctrina de las SSTC 332/1994 (RTC 1994\332), 333/1994 (RTC 1994\333) y 40/1995 (RTC 1995\40), establece que no resulta contraria a la CE la exigencia del preaviso contenido en el art. 3 del Real Decreto-ley 17/1977 y la STC 36/1993 recordaba que, de acuerdo con las SSTC 11/1981 y 13/1986 (RTC 1986\13), el preaviso de la huelga es «responsabilidad de los

convocantes de la misma», y que «la finalidad del preaviso al empresario (art. 3.3 RDL) es la de que éste conozca que se va a realizar una huelga previamente a su realización, a fin de que esté advertido y, en los supuestos en los que la satisfacción de las reivindicaciones de los huelguistas dependan de él, que negocie desde el momento de la notificación con el comité de huelga a fin de «llegar a un acuerdo» (art. 8.2 RDL), dando la oportunidad de llegar a un pacto incluso evitando la huelga convocada», en consecuencia la falta de preaviso no es excusable, al suponer incumplimiento de un requisito legalmente exigido y de validez constitucional, dada su finalidad y eventual utilidad y su incumplimiento justifica, que se pueda considerar la huelga como ilegal según el artículo 11.d) del Real Decreto-ley 17/1977. Dicho lo cual, el preaviso que refiere la norma es doble, al empresario o empresarios afectados y a la autoridad laboral, en el presente caso, existió preaviso al empresario pero no hubo comunicación a la autoridad laboral, planteándose la cuestión de la suficiencia de tal preaviso, y a la vista de la finalidad perseguida por dicho mecanismo la Sala considera que el preaviso cumple el fin legal y constitucional encomendado cuando el empleador, único que puede negociar la solución del conflicto o adoptar las medidas de prevención de evitación de daños propios o a terceros, tiene conocimiento de la huelga con el plazo de antelación suficiente, diez días para el supuesto enjuiciado, y como en el presente caso se ha producido dicho preaviso, la ausencia de la comunicación a la Autoridad laboral no puede llevar aparejada la sanción tan grave de calificación de ilegalidad de la huelga, cuando la finalidad del preaviso a la autoridad laboral va encaminada a la intervención mediadora de la misma y a la fijación de servicios mínimos, de ser preciso, lo que evidentemente puede conseguirse desde el momento en que cualquiera de las partes implicadas, fracase en la negociación inicial para evitar el inicio de la huelga, en consecuencia tal defecto de preaviso no permite calificar de ilegal la huelga.

CUARTO.- En cuanto a la calificación de ilegalidad de la huelga por novatoria, admitida por la doctrina y Jurisprudencia la viabilidad de dichas acciones [STS 22.11.00 (RJ 2001\1.430), 05.10.98 (RJ 1998\7.314) (recurso 254/1998) y 17.12.99 (RJ 2000\522) (recurso 3.163/1998)], se ha de partir del principio general de que, ex art. 28 de la Constitución, la huelga está reconocida como un derecho subjetivo de carácter fundamental a favor de los trabajadores, precisamente para poder pre-

sionar a los empresarios en la obtención de sus intereses, cual ha reconocido reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, por tanto las únicas huelgas que en principio tienen la condición de ilícitas y abusivas por presunción legal (salvando la existencia de huelgas ilegales por su finalidad expresa o por no haberse respetado en ellas las exigencias de la convocatoria y desarrollo) son las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, y las de celo o reglamento, conforme se concreta claramente en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 72/1982, de 2 de diciembre o la 41/1984, de 21 de marzo, con la consecuencia de que en todas las demás debe de presumirse su validez, el hecho de que la ilicitud de la huelga no se presume en la generalidad de los casos impide que, en ausencia de conformidad sobre los hechos o de prueba, la presunción “iuris tantum” de licitud de la huelga deje de operar en perjuicio de los trabajadores, correspondiendo la carga de probar la existencia de los elementos fácticos de la huelga abusiva al empresario. Aplicando dicha doctrina al presente supuesto implica que, en primer lugar, no se acreditan por el demandante hechos de los que pueda extraerse la conclusión pretendida de abuso en el ejercicio del derecho de huelga, y así, de la comparación de los objetivos fijados por el sindicato demandado, como sustentadores de la huelga, y el convenio firmado por el demandante en la mesa sectorial, se observa que: a) en el ámbito personal – limitado al colectivo de médicos-, es mas amplio que aquel convenio ya que, el convenio se limita a atender al personal estatutario de instituciones sanitarias y al de atención primaria o que se hubiese integrado en esta, mientras que el objetivo de la huelga pretende abarcar a todo el personal, tanto estatutario, como funcionario, como laboral y ello tanto en su vertiente de personal fijo como al eventual, al temporal o interino; b) en el aspecto retributivo cuantitativo el pacto es inferior a la pretensión en su cuantía y en el plazo de abono; c) en el plano objetivo, la propuesta de objetivos de la huelga afecta a materias que no han sido objeto de aquel pacto, tales como la jornada de 35 horas semanales y las retribuciones por horas extraordinarias, guardias médicas y complemento de exclusividad; igualmente se contiene una pretensión genérica relativa a la aplicación de la normativa europea. En consecuencia, la huelga convocada para los fines expuestos, no puede decirse que tenga objetivamente determinada una

finalidad novatoria del pacto de 18.11.02, ni siquiera puede sostenerse que tenga por fin dar una interpretación concreta y determinada del mencionado pacto – extremo este que sería incluso lícito -, en consecuencia, salvo que se demostrase por la parte actora, que los objetivos de la huelga expuestos en el preaviso no se corresponden con la voluntad de la parte convocante, ni son reales, prueba que no se ha aportado ni siquiera por indicios, es por lo que la demanda no puede ser atendida absolviéndose al sindicato OMEG de las pretensiones en su contra deducidas.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, litis pendencia o prejudicialidad contencioso administrativa y la de falta de procedibilidad e inadecuación de procedimiento, debemos desestimar y desestimamos la demanda formulada por el Servicio Galego de Saúde contra la Organización Sindical de Médicos Independientes de Galicia (OMEGA) y contra la Confederación Intersindical Galega (CIG), contra la Unión General de Trabajadores (UGT), contra el Sindicato de Auxiliares de Enfermería (SATSE), contra el Sindicato de Médicos de Galicia Confederación Estatal de Médicos de Galicia (CEMSATSE) Convergencia Estatal de Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios -CEMSATSE, a quienes absolvemos de las pretensiones en su contra deducidas.

3875 Recurso nº 8.251/1999

S.CA. A REGRA DA CADUCIDADE REXE NO DE REINTEGRO, ONDE RECAIU O ACTO IMPUGNADO. FALLA DE CONCORRENCIA DO PRAZO DE SEIS MESES. NON REVISIÓN DE OFICIO DE AUTO DECLARATIVO DE DEREITOS NIN VULNERACIÓN DA DOCTRINA DOS ACTOS PROPIOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Luis Costa Pillado

A Coruña, a treinta e uno de maio de dos mil catro

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 8.251/99, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por Ayuntamiento de A Coruña, representado y dirigido por el Letrado de los servicios jurídicos del Ayuntamiento, contra resolución de 14.10.99 desestimatoria de recurso contra otra de la dirección provincial del INEM de A Coruña, sobre reintegro de subvenciones concedidas con cargo al programa de escuelas taller. Expediente número 5.701/97. Es parte la administración demandada Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, representada por Abogado del Estado. La cuantía del asunto es doscientos cincuenta y seis mil doscientos treinta y nueve euros (256.239 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 dieciséis de julio de dos mil tres, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se impugna mediante el presente recurso contencioso-administrativo resolución de 14 de octubre de 1999, de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, desestimatoria de recurso interpuesto por el Ayuntamiento de A Coruña contra resolución de la Dirección Provincial de A Coruña del INEM, de 7 de febrero de 1997, por la que se acuerda la devolución por dicho Ayuntamiento de la suma de 42.634.575 pesetas en concepto de reintegro de subvención para gastos de forma-

ción y perfeccionamiento y de subvención por costes salariales de los alumnos.

SEGUNDO.- Invoca la representación procesal de la Administración recurrente, como primer motivo fundamentador de su pretensión de nulidad, la caducidad de expediente, alegando que el artículo 8 del Real Decreto 2.225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para la concesión de Ayudas y Subvenciones, remite, para el control del cumplimiento del objeto, condiciones y finalidad de la subvención, al Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, añadiendo que si en el expediente instruido no recayera resolución expresa transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones producidas por causas imputables a los interesados, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992. Y entiende dicha parte recurrente que habiéndose iniciado de oficio el presente expediente el 20 de noviembre de 1995, que es cuando el Ayuntamiento tuvo conocimiento de que se iba a hacer una inspección por parte de funcionarios de la Intervención General del Estado, y no recayendo resolución en el plazo de seis meses, procedería declarar la caducidad del mismo.

Cuando así se argumenta no se cae en la cuenta de que los procedimientos de auditoría y de reintegro son procedimientos distintos que no cabe confundir, tratándose el primero de un procedimiento en el que la Administración ejercita su potestad de control financiero como forma o modalidad de control del gasto público, cuyo régimen jurídico venía dado por el RD 1.124/1978, de 12 de mayo y que luego pasó a ser regulado por el R.D. 2.188/95, de 28 de noviembre, y que finaliza con el informe definitivo de auditoría, y siendo el segundo un procedimiento que no se inicia sino después de que de aquel informe definitivo resulta la procedencia del reintegro y cuyos trámites se regulan en el Reglamento de Procedimiento para la concesión de Ayudas y Subvenciones aprobado por RD 2.225/93, de 17 de diciembre.

Es en este último procedimiento y no en el primero donde recayó el acto originario aquí impugnado y donde rige la regla de caducidad del artículo 8.2 en relación con el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, a la que alude la representación procesal de la Administración recurrente.

Pues bien, como quiera que fue el día 14 de noviembre de 1996 cuando la Dirección Provincial de A Coruña del INEM notificó al Ayuntamiento de A Coruña que por haberse detectado determinadas irregularidades referentes a la subvención concedida se había acordado el inicio de expediente para exigir el reintegro de fondos indebidamente percibidos, dando un plazo de quince días para formular alegaciones, es esa fecha y no otra la que ha de tenerse como de inicio del procedimiento de reintegro, y toda vez desde esa fecha hasta la de la resolución originaria impugnada (7 de febrero de 1997) no transcurrió el plazo de seis meses, es por lo que aquel motivo de caducidad debe rechazarse.

TERCERO.- Entiende la parte demandante que al ir aprobando el INEM las distintas justificaciones que le presentaba el Ayuntamiento en cada una de las fases no puede ahora exigir el reintegro, por suponer ello una revocación de oficio de actos previos declarativos de derechos, vedada por el artículo 105 de la Ley 30/1992, argumento que posteriormente enlaza el Ayuntamiento recurrente con la doctrina de la vinculación de los actos propios, pretendiendo que la declaración de la obligación de reintegro no resulta procedente sin seguirse la vía impugnatoria por lesividad de los propios actos.

Como tiene dicho el Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 2 de junio de 2003) "cuando se trata del reintegro o denegación de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o indebida utilización de las cantidades recibidas, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la denegación de la subvención o la devolución de lo percibido. O, dicho en otros términos, en tal supuesto no se produce propiamente la revisión de un acto nulo que requiera la aplicación de lo establecido en el artículo 102 LRJ y PAC o una declaración de anulabilidad del acto que requiera una declaración de lesividad, según el artículo 103 LRJ y PAC, sino que el acto de otorgamiento de la subvención, que es inicialmente acorde con el ordenamiento jurídico, no se declara ineficaz por motivo que afecte a la validez de su concesión, sino que despliega todos sus efectos; y entre ellos, precisamente, la declaración de improcedencia, el reintegro o devolución de las cantidades cuando no se ha cumplido la condición o la finalidad para la que se otorgó

la subvención. Es éste un efecto inherente al acto de otorgamiento de la subvención que ni se revisa ni se anula, en sentido propio, sino que la denegación o devolución representa la eficacia que corresponde al incumplimiento de la condición resolutoria con que se concede la ayuda".

El control que se llevó a efecto en el presente caso no lo era para analizar si el acto de otorgamiento de la subvención adolecía de vicios y tampoco para determinar la bondad de los actos de previa fiscalización llevados a cabo por el INEM, que no constituyen actos propios que vinculen a la Administración a admitir de modo definitivo el cumplimiento de la obligación de justificación o de la finalidad legal de la subvención, sino que se trataba de un control a posteriori de la observancia de los requisitos a los que se había supeditado el otorgamiento de la subvención, siguiéndose al efecto el procedimiento previsto en la Ley General Presupuestaria, que se proyecta a las ayudas y subvenciones públicas cuya gestión corresponda a la Administración del Estado o a sus Organismos Autónomos, financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea -Unión Europea- y cuyo artículo 81 (hoy derogado) establecía los casos en que procedía el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la subvención, señalando como tales, entre otros, el incumplimiento de la obligación de justificación o de la finalidad para la que la subvención fue concedida. Por tanto, no hubo revisión de oficio de un acto declarativo de derechos ni se ha vulnerado la doctrina de los actos propios.

CUARTO.- Para la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, el que en el acta de constancia de hechos, que está en el origen del acto originario impugnado, se indicó como objeto del control efectuado "la realización de un Control Financiero en el Ayuntamiento de A Coruña beneficiario de una ayuda procedente del Fondo Social Europeo, línea escuelas-taller", determina que la obligación de reintegro sólo pueda establecerse sobre la parte de subvención financiada con cargo a dicho Fondo.

Esa alegación debe rechazarse, pues sobre ser cierto que dicho Ayuntamiento era beneficiario de una ayuda financiada en parte por el Fondo Social Europeo, nada permite considerar que sólo a la parte de la ayuda financiada por el Fondo Social Euro-

peo habría de referirse el control financiero, siendo así que nunca se hace una tal limitación en la citada acta de constancia de hechos.

QUINTO.- Ya se ha dicho más arriba que los actos de previa supervisión por el INEM de las justificaciones que iba presentando el Ayuntamiento no constituyen actos propios que vinculen a la Administración demandada a admitir de modo definitivo el cumplimiento de la obligación de justificación o de la finalidad legal de la subvención, pues entender lo contrario significaría desposeer a la Administración de la potestad de control del cumplimiento del objeto de la subvención que le otorga el Texto refundido de la Ley General Presupuestaria y a la que se refiere el artículo 8 del reglamento aprobado por el Real Decreto 2.225/93, de 17 de diciembre, y debe añadirse ahora que el hecho de que el INEM exija del Ayuntamiento el reintegro de parte de la subvención después de haber colaborado estrechamente con él y supervisado las justificaciones que iba presentando el Ayuntamiento, no es sino consecuencia de las irregularidades puestas de relieve mediante el ejercicio de aquella potestad de control, siendo así que el pretender que con dicha exigencia del reintegro se vulneran por la Administración demandada principios tales como el de buena fe, confianza legítima, lealtad institucional y otros citados por la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, supone alterar la exacta situación de los términos en juego, pues, si fueron detectadas aquellas irregularidades, tal vulneración de principios no sería predicable sino de quien hubiere incurrido en ellas, que no sería precisamente la Administración demandada.

SEXTO.- Respecto de las facturas en cuya supuesta incorrección se basa la reclamación de 16.649.930 pesetas, se alega por el Ayuntamiento recurrente que no existe una explicación motivada de las razones que llevaron al INEM a no admitirlas, que no se indica cuáles se rechazan, y muestra su discrepancia, en todo caso, con el rechazo de determinadas facturas que considera responden a gastos de material necesario para la formación de los alumnos de la Escuela Taller.

Las indicaciones que se hacen en la resolución originaria impugnada permiten llegar a conocer qué facturas han sido efectivamente rechazadas, y si bien no se precisa en dicha resolución cuáles fueren las razones

que han llevado al rechazo de cada una de ellas lo cierto es que esas razones pueden inferirse de las menciones que se hacen en el informe definitivo de control financiero, al que se remite aquella resolución y que obra en poder del Ayuntamiento, relativas a que "La Escuela-Taller justifica numerosos gastos que no se corresponden con los conceptos fijados en el apartado II de la letra B de las resoluciones de la Dirección General del INEM de 28.02.89 y 12.03.92", y en el que se citan a las inversiones, materiales utilizados en la rehabilitación del Igesario, habilitación de aulas, mantenimiento de jardines del Ayuntamiento, etc., alquileres de máquinas utilizadas en las obras anteriores y publicidad. Por consiguiente, se han ofrecido al Ayuntamiento recurrente los criterios que fundamentaron el rechazo de las facturas, de forma que se ha posibilitado al mismo conocer los motivos que fundaron ese rechazo y rebatirlos probando que las facturas rechazadas respondían a gastos que se correspondían con los conceptos fijados en el apartado II de la letra B de las resoluciones de la Dirección General del INEM de 28.02.89 y 12.03.92, prueba que no consta hubiere tenido lugar, por lo que ha de rechazarse el motivo.

SEPTIMO.- El pretendido reintegro de 23.339.037 pesetas trae causa del menor número de horas lectivas (de 8 horas a 7 horas diarias) impartidas respecto de las que figuraban en el plan formativo para el cálculo de la subvención por costes de Formación y Funcionamiento, del cómputo como horas lectivas de las horas de formación no impartidas como consecuencia del período de vacaciones y del cómputo como horas lectivas de los festivos comprendidos entre lunes y viernes.

Respecto de la primera causa alega la recurrente que se cumplió siempre con la jornada de ocho horas diarias y que no existe prueba del supuesto incumplimiento horario, alegación que debe rechazarse por cuanto, tal y como resulta del contenido del Acta de Constancia de Hechos emitida por los Interventores de la Administración del Estado, el incumplimiento fue comprobado por el examen de los partes de asistencia y, a mayor abundamiento, por la circular del director de la Escuela Taller de fecha 9 de noviembre de 1992, sin que nada hubiere desvirtuado tal aseveración.

Respecto de la segunda y tercera causas debe decirse que la subvención concedi-

da amparaba el número de horas lectivas recogidas en el Plan Formativo propuesto en su día por la Entidad Promotora para la obtención de dicha subvención, pero no períodos vacacionales o festivos, por más que los primeros comprendieran las vacaciones reglamentarias que correspondían a los alumnos o profesores por su dedicación laboral. Asiste por ello razón a la Administración demandada cuando considera que en el cómputo de la jornada efectiva no pueden entrar, a efectos de la subvención, ni los días festivos ni los de vacaciones.

OCTAVO.- Vuelve la demanda a insistir en que se advierte falta de motivación en relación, esta vez, con la reclamación de 2.645.608 pesetas por diferencias existentes entre el importe justificado por la Escuela Taller y las nóminas de sus alumnos-trabajadores. En este punto, entendemos que confunde la parte actora la falta de motivación del expediente con el desacuerdo que le produce su contenido, porque desde todo punto de vista que se analice, el acuerdo administrativo sobre el reintegro de aquella cantidad se encuentra suficientemente motivado, en el sentido de razonado congruentemente, y como prueba de nuestra afirmación nos remitimos al contenido del Acta de Constancia de Hechos emitida por la Intervención General del Estado (páginas 26 y 27) al que a su vez se remite la resolución de 7 de febrero de 1997, y al informe definitivo evacuado por dicha Intervención (páginas 33, 34 y 35).

NOVENO.- Lo antes expuesto lleva a realizar un pronunciamiento desestimatorio del recurso y a confirmar en sus términos la resolución que se impugna, sin que se aprecien méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de A Coruña contra resolución de 14 de octubre de 1999, de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, desestimatoria de recurso interpuesto por dicho Ayuntamiento contra resolución de la Dirección Provincial de A Coruña del INEM, de 7 de febrero de 1997, por la que se acuerda la devolución por dicho Ayuntamiento de la suma de 42.634.575 pesetas en concepto de reintegro de subvención para gastos de formación y perfeccionamiento y de subvención por costes salariales de los alumnos.

3876 Recurso núm. 1.551/04

S.S. DESPEDIMIENTO TÁCITO A EXISTENCIA DO CAL DETERMINA A INVIABILIDADE DA EXCEPCIÓN DE CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a treinta y uno de mayo 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. 1.551/04, interpuesto por "C.P.V.C., S.A." y "P.I., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.B.R. en reclamación de despido, siendo demandado "C.P.V.C., S.A.", "C.P.V., S.A.", "P.C.I., S.L.", don A.J.H.R., "A.S., S.A.", Fondo de Garantía Salarial, "P.I., S.L.", doña F.S.M. y don J.S.A., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 65/03 sentencia con fecha 31.07.03, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que el actor comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "C.P.V.C., S.A.", dedicada a la actividad de Seguridad Privada y con domicilio en Barcelona, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada suscrito en fecha 01.09.98, continuando prestando servicios sin interrupción, inicialmente con la categoría profesional de Vigilante de Seguridad, pasando posteriormente a la de Inspector de Servicios, en Santiago y A Coruña, percibiendo un salario mensual de 1.156,12 euros, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. SEGUNDO.- Que el ocho de enero de 2003 el actor tuvo conocimiento, a través de otros compañeros, que se había procedido a cursar su baja en la Seguridad Social comprobando el actor que se había pro-

ducido dicha baja, con carácter voluntario, y con efectos desde el 15.12.02. TERCERO.- Que el actor no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha de su despido. CUARTO.- Que el actor estuvo los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2002 y enero de 2003 sin percibir sus retribuciones, estando en posesión de la tarjeta de AUDA-SA, facilitada por la empresa y que fue anulada a finales de diciembre de 2002 y con la que realizó diversos pagos de autopista en los meses de noviembre y diciembre. QUINTO.- Que el actor presta sus servicios como Vigilante de Seguridad en "C.P.V., S.A." desde el 01.03.03. SEXTO.- Que el actor, hasta el 08.02.03, entregaba o remitía los cuadrantes de servicios de los Vigilantes de Seguridad de los centros que llevaba como Inspector de servicios de "C.P.V.C., S.A.", realizando así mismo funciones de Inspección de Servicios de la empresa de "P.I., S.L.", pagando la nómina a los trabajadores de ambas empresas. SEPTIMO.- Que en noviembre de 2002 fue nombrado Inspector de Servicios de "C.P.V.C., S.A." don M.F.A., con ámbito de actuación en toda Galicia. OCTAVO.- Que a finales de octubre de 2002 el actor se dedicó a intentar convencer a varios trabajadores de "C.P.V.C., S.A." para que pasaran a prestar servicios para "C.P.V., S.A.", estando desde entonces prestando servicios gran cantidad de trabajadores que antes lo hacía para "C.P.V.C., S.A." y para "P.I., S.L.", para "C.P.V., S.A." y "P.C.I., S.L.", antes denominada "L.M.V., S.L.", habiéndose hecho "C.P.V., S.A." y "P.C.I., S.L." con parte de los contratos de vigilancia y guardaduría de los que antes eran adjudicatarios "C.P.V.C., S.A." y para "P.I., S.L.", habiendo sido todas ellas condenadas solidariamente, como consecuencia del despido de siete trabajadores, por sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Vigo, de fecha 25.04.03. NOVENO.- Que la empresa "C.P.V., S.A." ocupa, como domicilio social en Vigo, los locales que antes ocupaba la Delegación en Galicia de "C.P.V.C., S.A.", cuyos apoderados eran los Srs. don A.J.H.R. y don M.H.R., el primero desde 05.11.99, con las facultades que obran en el poder, revocándose ambos el 20.05.02, haciéndose notificación de dicha revocación el 22.05.02, mediante acta notarial del día anterior. En fecha 24.05.02 se otorgó a favor de don M.H.R. y don J.F.B.G. poder mancomunado, con facultades limitadas y en 29.05.02 nuevo poder a favor de don M.H.R., con las facultades que constan en el mismo, siendo revocados ambos poderes en fecha 20.09.02. DÉCIMO.- Que "C.P.V., S.A.", fue inscrita en el Registro de Empresas de Seguridad del Ministerio del Interior el 19.12.02. DÉCIMO

PRIMERO.- Que en fecha 26.11.02 el actor entregó a la empresa TCR95 S.L. borrador de contrato de arrendamiento de servicio de seguridad, por el Delegado de la empresa "A.S., S.A." en Pontevedra, con cláusula en la que se señalaba que la facturación referida al contrato sería emitida por "A.S., S.A." a la empresa "C.P.V., S.A.", la cual facturará los servicios prestados al cliente con los precios establecidos entre los mismos en base al contrato establecido entre las partes. En fecha 08.01.03 presentó nuevo presupuesto, esta vez a nombre de "C.P.V., S.A." DÉCIMO SEGUNDO.- Que en fecha 20.01.03 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de la demandada "C.P.V.C., S.A.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando las excepciones de caducidad de la acción formuladas por la representación de "C.P.V.C., S.A."; de defecto legal en el modo de proponer la demanda, formulada por las representación de "C.P.V.C., S.A." y de "A.S., S.A." y de falta de legitimación pasiva, formulada por las representaciones de "C.P.V.C., S.A.", "C.P.V., S.A." y "P.C.I., S.L.", estimando parcialmente la demanda formulada por don M.B.R. contra las empresas "C.P.V.C., S.A." y "P.I., S.L.", debía declarar y declaraba la improcedencia del despido del actor, condenando a las demandadas, de forma solidaria a estar y pasar por esta declaración y a que opten, en término de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o abonarle, de forma solidaria, la cantidad de 7.554,9 euros, en concepto de indemnización por despido y a que le abone, en todo caso, la cantidad de 2.004,08 euros, en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día 01.03.02, fecha en la que accedió a nuevo empleo, desestimando la demanda formulada, en cuanto a la superior antigüedad y salario regulador reclamados, absolviendo a las demandadas de los citados pedimento y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades legales que puedan incumbir al Fondo de Garantía Salarial, en caso de insolvencia de las condenadas y desestimando la demanda formulada contra "C.P.V., S.A.", "P.C.I., S.L." y "A.S., S.A.", debía de absolverlas y las absolvía de los pedimentos contenidos en la misma."

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

codemandadas "C.P.V.C., S.A." Y "P.I., S.L." siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda formulada contra las empresas "C.P.V.C., S.A." y "P.I., S.L." y declara la improcedencia del despido del actor, condenando a las demandadas, de forma solidaria a estar y pasar por esta declaración y a que opten, en término de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o abonarle, de forma solidaria, la cantidad de 7.554'9 euros, en concepto de indemnización por despido y a que le abone, en todo caso, la cantidad de 2.004'08 euros, en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día 01.03.03, fecha en la que accedió a nuevo empleo, desestimando la demanda formulada, en cuanto a la superior antigüedad y salario regulador reclamados, absolviendo a las demandadas de los citados pedimentos y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades legales que puedan incumbir al Fondo de Garantía Salarial, en caso de insolvencia de las condenadas y desestimando la demanda formulada contra "C.P.V., S.A.", "P.C.I., S.L." y "A.S., S.A.", a las que absuelve de los pedimentos contenidos en la misma. Contra dicha resolución interponen recurso de suplicación la representación legal de "C.P.V.C., S.A." y de "P.I., S.L."

El recurso de suplicación formulado por la representación legal de "C.P.V.C., S.A." tiene por objeto: a) Reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas de procedimiento que hayan producido indefensión; b) Revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales y c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia.

En el primer motivo, formulado al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L., postula la nulidad de la sentencia y la reposición de los autos al momento de haberse infringido normas de procedimiento, desglosando dicho motivo en los siguientes apartados: a) Modificación de los hechos alegados en la papeleta de conciliación, denunciando al efecto la infracción por inaplicación de lo dispuesto en los artículos 80 c) y 18 de la L.P.L., en rela-

ción con lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española y del artículo 1.137 de la L.E.Civ. al considerar que se ha producido una modificación sustancial de los hechos alegados en la conciliación administrativa, que debió ser merecedor de que la demanda no fuera admitida a trámite o subsidiariamente de que se requiriera al actor la aclaración de la misma; b) Solicita también la nulidad de actuaciones, al considerar que se ha infringido lo dispuesto en el citado artículo 80 de la L.P.L., al no indicarse la fecha en que el actor sitúa su despido; c) Incongruencia omisiva al considerar que la sentencia de instancia llega a la conclusión de la existencia de despido, sin efectuar pronunciamiento alguno con respecto a las pruebas practicadas y en base a las que esta parte formuló las excepciones de falta de acción, caducidad y defecto formal en la forma de proponer la demanda. Alegando, en definitiva, que la resolución de instancia carece de toda motivación que sustente el fallo, lo que genera – añade – un defecto de tutela para la parte, a la que le es imposible conocer los criterios jurídicos esenciales en los que el Juez ha apoyado su decisión; y d) Infracción de lo dispuesto en los artículos 273 y siguientes de la L.E.Civ., en relación con los artículos 90, 94.1, 268 y 324 de la L.P.L. y artículo 24 de la Constitución, así como vulneración de la tutela judicial efectiva, alegando que ha solicitado prueba anticipada, habiéndose practicado la misma, sin haber dado traslado a esta parte que, ni tan siquiera fue advertida de la recepción de dicha prueba a sede judicial, lo que, a su juicio, le ha provocado la más absoluta de las indefensiones.

Con respecto a lo invocado en el mencionado apartado a) señalar en primer lugar que no deja de sorprender la cita de los artículos 18 de la L.P.L. y 1.137 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que nada tiene que ver con lo que es objeto de impugnación, ya que el primero se refiere a la representación procesal de las partes en el procedimiento laboral y el segundo a la representación de los acreedores en Junta. Examinada la papeleta de conciliación y la demanda no se observa que se haya producido una modificación sustancial de los hechos, ya que las circunstancias que las han motivado son las mismas y la pretensión principal permanece inalterada, sin que la mera divergencia en las fechas de baja en la Seguridad Social o un mero error de transcripción, que en ningún caso han causado indefensión, puedan suponer modificación sustancial.

En cuanto a lo alegado en el apartado b) tampoco puede prosperar si tenemos en

cuenta que lo alegado era que al actor se le había dado de baja en la Seguridad Social, sin su conocimiento y consentimiento, al día 15.12.02, circunstancia de la que no tuvo conocimiento hasta el día 08.01.03.

Respecto a la incongruencia omisiva denunciada hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo en las sentencias, entre otras, de 1 de diciembre de 1998 y en la más reciente de 5 de junio de 2000, viene declarando que la obligación de congruencia que impone el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe valorarse siempre «en términos de comparación entre la pretensión procesal de las partes - lo que hace referencia a sus elementos integrantes de pedir, causa de pedir y hechos constitutivos - y la respuesta o fallo judicial que debe guardar la debida correlación con la petición y causa de pedir del actor y con la “resistencia” del demandado. En el presente supuesto se resuelve sobre la acción de despido planteada sin que la sentencia se desvíe de la cuestión litigiosa ni haya alterado de oficio los fundamentos de la pretensión, dando cumplida y razonada respuesta a cada uno de los puntos suscitados en el debate lo que posibilita, en contra de lo alegado por la recurrente, conocer los criterios jurídicos que han llevado al Juzgador “a quo” a declarar la improcedencia del despido y la condena de la parte vencida.

Por lo que a la prueba anticipada se refiere, señalar que contrariamente a lo postulado por la recurrente 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 (STC 112/1993, de 29 de marzo, 18/1996, de 12 de febrero y 78/1999, de 26 de abril). Por otra parte dicha prueba documental, solicitada por las partes y admitida por el Juzgador “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, tal como consta al folio 761 de los autos, ha impugnado el documento de cuadrantes presentado el 02.04.03 alegando textualmente que “... desconoce su autoría y los cuadrantes son distintos a los reales. Así pues la nulidad pretendida, por supuesta indefensión, ha de venir rechazada de plano.

En definitiva resaltar, que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudirse cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. El Tribunal Constitucional viene declarando, al respecto que no existe indefensión cuando «no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» y tampoco cuando «ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos», por lo que «no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado», de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquella resulta imputable a su propia conducta (SSTC 135/1986 [RTC 1986\135]; 98/1987 [RTC 1987\98]; 41/1989, de 16 febrero [RTC 1989\41]; 207/1989 [RTC 1989\207]; 145/1990, de 1 octubre [RTC 1990\145]; 6/1992 [RTC 1992\6]; 289/1993 [RTC 1993\289].

SEGUNDO.- En los motivos segundo, tercero, cuarto y quinto se postula la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida a la vista de las pruebas periciales y documentales practicadas, en concreto se pretende la modificación de los ordinales 1º, 2º, 4º, 5º y la adición de un nuevo hecho probado.

Para el ordinal primero propone el siguiente texto alternativo: “En cuanto a la categoría y antigüedad debe quedar redactado en la forma dada por el Juzgador a quo, y en cuanto al salario debe fijarse en 866,22 euros con la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias”.

Pretensión que no puede encontrar favorable acogida ya que dicha cuestión fue un hecho incontrovertido en el pleito en tanto que ni ha sido discutida ni ha sido objeto de oposición por la parte demandada en el momento procesal oportuno, ya que en ningún instante del proceso ha alegado la exclusión de los conceptos de "plus de mantenimiento y vestuario" y "plus de transporte" de los módulos indemnizatorios.

Para la revisión del hecho probado segundo de la resolución recurrida propone el siguiente texto alterativo: "El actor formula demanda ante el SMAC en fecha 09.01.03 indicando en la misma : que en fecha 1 de diciembre la empresa le comunicó verbalmente a los trabajadores que con motivo de una reestructuración del organigrama de la empresa y cambio a una nuevas instalaciones, el personal no operativo quedaría de vacaciones durante el mes de diciembre continuando con sus servicios el personal operativo, al reintentar incorporarse al puesto de trabajo la empresa había cerrado las instalaciones que poseía, así como retirado las armas que se prestaban los servicios de seguridad, una vez solicitada una vida laboral de los trabajadores comprueban que todos los trabajadores habían sido dados de baja en la seguridad social con fecha 12.12.02 y puestos los trabajadores en contacto con la sede de la empresa en Barcelona la contestación que reciben es que ya no trabajaban en la empresa. Pasando el actor a modificar los hechos de su demanda, por cuanto en la demanda presentada ante el Juzgador a quo en fecha 30.01.03, en la que refiere literalmente modificando el hecho segundo: que en fecha 08.01.02 mediante llamada telefónica de otros compañeros de la empresa se enteró que habían dado de baja en la Seguridad Social a varios trabajadores, por lo que debió solicitar una vida laboral en la TGSS comprobando que efectivamente había sido dado de baja en la Seguridad Social con fecha 15.12.02, puesto en contacto con la sede de la empresa en Barcelona la contestación que recibe es que ya no trabaja en la empresa no facilitándole más explicaciones."

Modificación que se rechaza pues el pretendido intento de demostrar que existen modificaciones entre la papeleta de conciliación y el escrito de demanda, ya ha sido rechazado al abordar el apartado a) del primer motivo.

Por otro lado postula la supresión del hecho probado cuarto y quinto de la sentencia de instancia, para que su contenido se sustituya

ya por un nuevo hecho que debe quedar redactado de la siguiente forma: "El actor trabaja indistintamente para "P.C.I., S.L." y para "C.P.V., S.A." desde el finales del mes de octubre, habiéndose comprometido "C.P.V., S.A." con la Dirección General de la Policía a dar de alta al trabajador una vez esta obtuviera la autorización para realizar servicios de seguridad, habiendo obtenido esta su autorización en fecha 19.12.02, sin que procediera a dar de alta al trabajador hasta el día 01.03.03 pese a trabajar esta para la misma. En fecha 19.11.03 por la Dirección General de la Policía se procedió a la incautación de las armas de "C.P.V.C., S.A." en los armeros que esta tenía en su delegación en Vigo."

También propone la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor literal: "La empresa "C.P.V.C., S.A." cursó baja en la Seguridad Social para el actor, con fecha de efectos el día 15.12.03, indicando como causa de la baja: baja voluntaria (doc nº 1.006). Consecuencia de que la empresa "C.P.V., S.A." y "P.C.I., S.L." se hizo propias las oficinas de "C.P.V.C., S.A." en ..., Vigo, así como los clientes de "C.P.V.C., S.A." y los trabajadores que eran de éstas, cesó en su actividad mercantil en la provincia de Pontevedra en fecha 31 de octubre de 2003. No dando ocupación, ni pagó salario alguno a sus trabajadores, cuando menos a partir de dicha fecha el actor pasó sin solución de continuidad, a prestar sus servicios adscritos a "P.C.I., S.L." inicialmente, para pasar con posterioridad a "C.P.V., S.A." "C.P.V., S.A." dicha mercantil ha copiado los distintivos de "C.P.V.C., S.A.", ha compartido con esta su centro de trabajo, ha cobrado los servicios de seguridad realizados por "C.P.V.C., S.A." y por "P.I., S.L." se ha asignado la práctica totalidad de la plantilla de las empresas catalanas en Galicia, mediante comunicados a los clientes de las empresas catalanas aduciendo una reestructuración en el grupo de empresas se ha hechos propios los clientes que eran de estas. "C.P.V., S.A." ha sufragado indemnizaciones por despido de trabajadores que habían trabajado para "C.P.V.C., S.A." asumiendo las responsabilidades de ésta."

Uno u otro intento han de venir rechazados pues la nueva redacción que se pretende incorporar incluye valoraciones jurídicas que no pueden tener cabida en la relación de hechos probados. Además la parte recurrente lo que parece pretender es una nueva valoración de toda la prueba obrante a los autos, citando un considerable número de

folios, sin tener en cuenta que los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige - como la jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan «concluyente poder de convicción» o «decisivo valor probatorio», y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del juzgador de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Por otro lado el carácter extraordinario del recurso de suplicación solo permite la revisión de la declaración de hechos probados cuando el documento en que se apoya acredita de manera clara y rotunda la existencia de error en la valoración de la prueba, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas o deducciones más o menos lógicas, que es en suma a lo que acude el recurrente para pedir la modificación de los hechos declarados probados en la resolución recurrida.

TERCERO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado denuncia la recurrente la infracción, por aplicación indebida, del artículo 103.1 de la L.P.L. en relación con lo dispuesto en el artículo 65.1 del mismo texto legal y artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, así como infracción de la Jurisprudencia que se invoca de distintos Tribunales Superiores de Justicia. Alega en este motivo que existe caducidad de la acción al considerar que el “dies a quo” a los efectos del despido, debe computarse con efectos al día 31 de octubre de 2002 o subsidiariamente en fecha 1 de diciembre de 2002, y al haber presentado la demanda ante el SMAC el día 09.01.03 y la demanda ante el Juzgado de lo Social el día 30 de enero de 2003, resultaría que su acción habría sobrepasado con exceso el plazo dispuesto en el artículo 59.3 del E.T.

Cabe señalar, en primer término que no se alega válidamente la infracción de la jurisprudencia, pues esta, según establece el artículo 1.6 del Código Civil, está formada exclusivamente por la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, lo que determina que las sentencias de órganos judiciales distintos del Tribunal Supremo no forman jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992 [RJ 1992\5.571], 1 de julio de 1994 [RJ 1994\6.326] y 28 de mayo de 1999 [RJ 1999\5.001]), y las que en ella se citan), y en el presente recurso no se invoca ninguna sentencia del Alto Tribunal.

Por lo que respecta a la caducidad alegada cabe señalar que tal como pone de relieve la sentencia de instancia, el “dies a quo” a partir del cual comienza a contar el plazo es el día 08.01.03, que es cuando el actor tiene conocimiento y constata de forma inequívoca, tras comentarios escuchados, que su baja en la empresa es de fecha 15.12.02. Como la papeleta de conciliación fue presentada ante el SMAC el día 09.01.03, 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 no ha caducado.

CUARTO.- Bajo el mismo amparo procesal denuncia la infracción del artículo 217 de la LEC, en relación con lo dispuesto en el artículo 49.a del Estatuto de los Trabajadores y artículos 44.1 y 2 del mismo cuerpo 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 segundo hemos de convenir que estamos ante un despido tácito, como pone de relieve la sentencia de instancia, pues ha quedado debidamente probado que el día 8 de enero de 2003 el actor tuvo conocimiento, a través de otros compañeros, que se había procedido a cursar su baja en la Seguridad Social, comprobando el actor que se había producido dicha baja con efectos de 15.12.02.

En el siguiente motivo (octavo del recurso) denuncia, para el supuesto improbable de entenderse que ha existido despido, la infracción de lo dispuesto en el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 44.1 y 2 del precitado texto legal y artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, así como inaplicación de la doctrina del levantamiento del velo y jurisprudencia y doctrina sentada en las sentencias que a lo largo del presente motivo se relacionan. Considera la parte recurrente que de existir condena debe ser solidaria para las demandadas “C.P.V., S.A.” y para “P.C.I., S.L.” y para “A.S., S.A.”, por lo que solicita que las citadas sean condenadas solidariamente a soportar los efectos del despido.

Para abordar esta cuestión es preciso resaltar: a) Que el Juzgador de instancia ha considerado que no resulta de aplicación la doctrina del grupo de empresas, ni puede invocarse la aplicación de los artículos 14 del Convenio Colectivo y 44 del Estatuto de los Trabajadores; b) Como consecuencia de ello en la parte dispositiva del fallo, estima parcialmente la demanda y declara la improcedencia del despido, condenando a las codemandadas "C.P.V.C., S.A." y "P.I., S.L.", de forma solidaria a las consecuencias inherentes a tal declaración, que en la sentencia se concretan y desestima la demanda formulada contra "C.P.V., S.A.", "P.C.I., S.L." y "A.S., S.A."; c) Dicha sentencia únicamente ha sido recurrida por las citadas codemandadas que han resultado condenadas.

Los antecedentes expuestos ponen de relieve que no ha sido el actor, el que a través de la demandada entablada pedía la condena solidaria de todos los demandados llamados al pleito, el que ha recurrido aquella decisión judicial que estimó parcialmente su petición y absolvió a parte de los codemandados, sino que han sido los codemandados condenados quienes, en este punto concreto, solicitan que la condena se extienda también, con carácter solidario, a los restantes demandados que han resultado absueltos. Y ello pone al descubierto una cuestión de orden público procesal que, si bien no ha sido denunciada por ninguno de los impugnantes de los recursos, la Sala no puede obviar al afectar al orden del proceso, pues tal modo de proceder obliga a determinar si en tales circunstancias pueden los demandados pedir la condena de otros que también ha sido demandados, pero que han resultado absueltos.

Cabe recordar, con carácter general, que en las obligaciones de carácter solidario es el acreedor el que tiene la opción de elegir si dirige su acción contra solo uno de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Si eligiese esta última opción, y en el supuesto hipotético de que resultasen condenados unos y absueltos otros, solo el actor estaría legitimado para pedir la condena de los que hubieren resultado absueltos, pero en ningún caso tendrían legitimación para recurrir y pedir la condena los demandados. Pues si el actor debe probar los hechos normalmente constitutivos del derecho que reclama, al demandado incumbe probar los impositivos y extintivos; y una vez obtenida la respuesta judicial a la pretensión y oposición entabladas,

las partes deben mantener la misma posición procesal, de tal manera que el demandado que haya resultado condenado únicamente podrá combatir los motivos en que la sentencia sustenta su condena y pedir su libre absolución, pero carece de legitimación para pedir que la condena se extienda a otros codemandados que han resultado absueltos, pues tal facultad está reservada, exclusivamente, al que ha entablado la acción. En consecuencia dicho motivo ha de venir también rechazado.

En el siguiente motivo (noveneno en el escrito de recurso) se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 26.2 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 110.1 de la Ley Rituaria Laboral e infracción de lo dispuesto en la Resolución de 09.02.01 de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y posterior publicación de la revisión salarial del convenio de empresas de seguridad privada a los efectos de la posible indemnización de despido que pudiera corresponderle, debiendo cuantificarse aquella conforme a un salario de 866'22 euros.

Cabe señalar que el salario no ha sido objeto de oposición por la parte recurrente en el momento procesal oportuno, por lo que se está planteando una cuestión nueva que no ha sido suscitada ni controvertida por las partes durante la tramitación del proceso y cuya admisión supondría una vulneración del principio dispositivo y de rogación que rige el proceso lo que impediría a este Tribunal, en consonancia con la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, resolver otras cuestiones que no han sido planteadas ni debatidas en la instancia.

Todo lo cual conlleva la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- El recurso de suplicación formulado por la representación legal de "P.I., S.L.", contra la sentencia de instancia, tiene por objeto: a) Reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas de procedimiento que hayan producido indefensión; b) Revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales y c) Examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia.

En los dos primeros motivos del recurso se limita a reproducir aspectos ya planteados por la otra recurrente y sobre los que ya se

ha dado resposta anteriormente, así en el primer motivo denuncia 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 del artículo 44.1 y 2 del precitado texto legal. Así como inaplicación de la jurisprudencia de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, que cita al efecto. Alega la falta de acción y el derecho a reclamar ante un despido inexistente, oponiendo, en esencia, que al no haber existido ruptura alguna de la relación laboral, nos encontramos que existe una manifiesta falta de acción y derecho para reclamar por despido. En el segundo motivo, la recurrente hace propios los motivos del recurso formulado por la codemandada "C.P.V.C., S.A.", dedicados a atacar la resultancia fáctica de la sentencia y a interesar la reposición de los autos al momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento.

Como la recurrente se limita a reproducir, sin añadir nuevos argumentos, motivos que ya han sido objeto de estudio al examinar el recurso de suplicación formulado por "C.P.V.C., S.A.", nos remitimos a lo arriba expuesto para evitar repeticiones innecesarias.

En el tercer motivo del recurso, también incide en la denuncia de los artículos 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 44.1 y 2 del mismo texto legal y de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, alegando que, de existir condena, esta debe ser solidaria para las codemandadas "C.P.V., S.A." y para "P.C.I., S.L.", al concurrir en este caso los criterios jurisprudenciales establecidos para determinar la posible configuración ilícita del grupo de empresas y por tanto la responsabilidad solidaria de todas frente a los trabajadores.

Al tratarse de la misma petición formulada por la otra parte recurrente, nos remitimos a los mismos argumentos que han servido de base para rechazarla, ya que carecería también de legitimación para efectuarla.

En consecuencia, procede la desestimación de los recursos de suplicación formulados y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de Suplicación interpuestos por "C.P.V.C., S.A." y "P.I., S.L.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago, de fecha 31-7-03, dictada en autos núm. 65/03 seguidos a instancia de don M.B.R. contra "C.P.V.C., S.A.", "C.P.V., S.A.", "P.C.I., S.L.", don A.J.H.R., "A.S., S.A.", Fondo de Garantía Salarial, "P.I., S.L.", doña F.S.M. y don J.S.A. sobre despido, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3877 Recurso núm. 1.789/04

S.S. FALLA DE CULPABILIDADE NA INSISTENCIA AO TRABALLO DO TRABALLADOR, A PESAR DA SÚA NON PRESENTACIÓN DE PARTES MÉDICOS DE CONFIRMACIÓN DE BAIXA, QUE XUSTIFICA A DECLARACIÓN DE IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a treinta y uno de mayo 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. 1.789/04 interpuesto por doña E.A.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña E.A.G. en reclamación de despido siendo demandado la Empresa "D.M., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 809/03 sentencia con fecha diecinueve de diciembre 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 demandante doña E.A.G., mayor de edad y con D.N.I número ..., vino prestando servicios para la empresa "D.M., S.A.", dedicada a la actividad de limpieza de puertos, con la categoría profesional de auxiliar administrativa y un salario mensual prorrateado de 977,41 euros. 2.- La actora inició su relación laboral con la empresa demandada el día 20 de abril de 1992 mediante contrato temporal por 3 meses, prorrogado por otros 3 el día 19 de julio. El día 22 de octubre de 1992 las partes suscribieron nuevo contrato temporal, luego convertido en indefinido, reconociéndole la empresa a la trabajadora en nóminas una antigüedad del 22 de octubre de 1992.

3.- Por medio de telegrama de fecha 25 de septiembre de este año, entregado a la actora el día 30 de septiembre, la empresa le comunicó que la despedía con efectos desde el 25 de septiembre de 2003 en base a los siguientes hechos: "Incomparecencia a su puesto de trabajo al no presentar las partes de confirmación de su citación de incapacidad laboral desde el 1 de septiembre de 2003 y teniendo conocimiento a través de la Dirección del Sergas de la anulación de su baja de enfermedad". 4.- La actora estuvo en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común por trastorno depresivo reactivo del 5 de diciembre de 2001 al 23 de julio de 2002 y del 9 de septiembre de 2002 al 21 de julio de 2003 en que fue dada de alta por la Inspección Médica por agotamiento del plazo y mejoría que le permitía realizar su trabajo. 5.- La demandante inició nueva incapacidad temporal derivada de enfermedad común por trastorno depresivo reactivo el día 8 de agosto de 2003, resolviendo la Inspección Médica el día 11 de septiembre que no se autorizaba la incapacidad temporal al existir un parte de alta extendido por la Inspección Médica dentro de los 6 meses anteriores a la baja actual. Dicha resolución se notificó a la actora el día 15 de septiembre y a la empresa en fecha que no consta. Previa reclamación previa que le fue desestimada, la trabajadora presentó demanda el día 5 de diciembre contra el Servicio Galego de Saúde impugnando la anulación de la baja médica, no constando sentencia al respecto. 6.- La demandante entregó en la empresa dentro de plazo el parte de baja del 8 de agosto de este año pero no entregó partes de confirmación, que no le fueron expedidos. No consta que la actora, tras serle notificada el 15 de septiembre por la Inspección Médica la anulación de la baja, se pusiese en contacto con la empresa demandada. 7.- La actora acudió de urgencia al Hospital Nicolás Peña por trastorno depresivo el día 1 de agosto de este año y desde entonces viene siendo tratada por el Servicio de Psiquiatría de dicho centro, tomando medicación, habiendo sido revisada los días 8 de agosto y 12 y 24 de septiembre. 8.- El día 26 de septiembre la trabajadora presentó papeleta de conciliación ante el SMAC interesando la extinción de su contrato de trabajo por presunto acoso moral por parte del gerente de la empresa. Fue citada por el SMAC para el día 8 de octubre, no constando que hubiese acudido ni que haya presentado demanda. 9.- Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC el día 16 de octubre, la misma tuvo lugar el día 31 con el resultado de sin efecto. 10.- La

demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores.

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

"FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña E.A.G. contra la empresa "D.M., S.A." debo declarar y declaro procedente el despido de la actora y, en consecuencia, declaro extinguida la relación laboral que unía a las partes sin derecho para la citada demandante a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo como absuelvo a dicha demandada de las pretensiones contra ella deducidas."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte doña E.A.G. 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 y declara procedente el despido de la demandante, absolviendo a la empresa demandada "D.M., S.A.". Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación procesal de la demandante, interesando, en primer lugar, la nulidad de actuaciones, o subsidiariamente, que se revoque la Sentencia recurrida y se estime la demanda declarando improcedente el cese de la actora, invoca al efecto por el cauce de los apartados a), b) y c) del artículo 191 de la ley de Procedimiento Laboral, tres motivos de Suplicación, dedicando el primero a instar la referida nulidad de actuaciones, el segundo a la revisión de los hechos declarados probados y el tercero al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En el motivo inicial del recurso, y por correcto cauce procesal, se interesa por la trabajadora recurrente 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, señalando que al amparo de lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el acto de juicio debe repetirse por el extravío por parte del órgano judicial del informe pericial emitido por la psicóloga doña A.I.G. que debería obrar dentro de la carpeta que figura al folio 65 de los autos, prueba pericial admitida y practica-

da en el acto de juicio, y que si el juzgador se vio privado de conocer tal prueba, se habría producido indefensión a la parte recurrente, pudiendo estar viciado el resultado del juicio.

El motivo no se acoge por las siguientes consideraciones: De una parte, la prueba pericial se practicó en el acto de juicio, cumpliéndose con el principio de inmediación, con lo cual el juzgador presencié directamente la práctica de la prueba, y las explicaciones del perito sobre el estado clínico de la trabajadora. Por otro lado, en el hecho probado séptimo de la sentencia recurrida, se hace referencia al diagnóstico de la actora, afectada de “trastorno depresivo”, por cuyo motivo acudió a urgencias el día 1 de agosto de 2003 y a las revisiones los días 8 de agosto y 12 y 24 de septiembre del citado año. Consiguientemente, la Sala no considera que la pérdida del informe pericial haya ocasionado indefensión a la recurrente, dado que el juzgador de instancia declara probado cual era el estado que presentaba la paciente en las fechas anteriores al despido, que declara procedente porque la trabajadora no presentó en la empresa en tiempo y forma, para conocimiento de ésta, los partes de baja y confirmación, siendo ésta la causa de procedencia del cese y no que el juzgador de instancia no tuviera un cabal conocimiento del estado clínico de la trabajadora, de ahí la inexistencia de indefensión.

TERCERO.- En el motivo destinado a la revisión de hechos probados se pretende, en primer lugar, que se adicione al hecho probado sexto, después de “... no entregó partes de confirmación *“desde el 1 de septiembre de 2003”*”, adición que no se acoge por resultar irrelevante para la decisión del litigio, además de tratarse de un hecho que es admitido por la propia empresa en el carta de despido. Y, en segundo lugar, se interesa la adición al final del hecho probado séptimo del texto siguiente: “... *por el servicio de neuropsiquiatría del hospital Xeral-Cies informando el Dr. F. el 12 de septiembre que no puede trabajar y el 24 de septiembre que no debe trabajar hasta la remisión de la sintomatología*”. Adición que se acoge, porque así resulta de las hojas de consulta que obran a los folios 44 y 45 de las actuaciones.

CUARTO.- En el motivo destinado a censura jurídica, la parte recurrente denuncia infracción, por inaplicación del artículo 54.1 y aplicación indebida del artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores. Se argumenta por la recurrente, en síntesis, que la sentencia

impugnada infringe las normas citadas, ya que no concurre un incumplimiento ni grave ni culpable por parte de la actora que justifique la decisión extintiva, dado que las ausencias al trabajo son justificadas, señalando que la empresa conocía la situación de baja de la actora desde el día 8 de agosto de 2003, como los sucesivos partes de confirmación hasta el 1 de septiembre del mismo años, y que pese a la anulación de baja por el SERGAS, lo cierto es que la actora no podía trabajar, como consta acreditado con los informes médicos del psiquiatra emitidos los días 12 y 24 de septiembre de 2003, y concluye que dados los antecedentes no debería entenderse que la conducta de la actora es de gravedad suficiente para justificar la sanción al tratarse de un hecho puntual, con escasos días de tardanza en la justificación.

Partiendo de los hechos declarados probados, a los fines discutidos en la presente “litis” interesa destacar lo siguiente: A).- La actora, trabajadora por cuenta ajena de la empresa “D.M., S.A.”, con la categoría de auxiliar administrativa, causó baja laboral por diagnóstico de “trastorno depresivo” el 5 de diciembre de 2001, iniciando proceso de Incapacidad Temporal que se prolongó hasta el 23 de julio de 2002. El 9 de septiembre siguiente causa nueva baja laboral que se prolonga hasta el 21 de julio de 2003, fecha en la que es dada de alta por la Inspección Médica del SERGAS por agotamiento del plazo y mejoría que le permitía realizar su trabajo. B).- Con fecha 9 de agosto de 2003, la actora inicia nueva situación de Incapacidad Temporal también por diagnóstico de “trastorno depresivo”, y con fecha 11 de septiembre la Inspección Médica del SERGAS procede a la anulación de la citada baja laboral, por existir un parte de alta extendido por la Inspección Médica dentro de los 6 meses anteriores a la última baja. Dicha resolución fue notificada a la actora el día 15 de septiembre de 2003 y a la empresa en fecha que no consta. C).- La demandante entregó en la empresa en tiempo y forma el parte médico de la baja laboral expedido el 8 de agosto de 2003, pero no entregó partes de confirmación que no le fueron expedidos. Tras serle notificada a la actora la anulación de la última baja por la Inspección Médica del SERGAS el 15 de septiembre de 2003, no lo comunicó ni se puso en contacto con la empresa demandada. D).- La actora acudió al servicio de Urgencias del Hospital Nicolás Peña de Vigo el día 1º de agosto de 2003, para ser atendida de su

“trastorno depresivo”, y desde entonces viene siendo tratada por el Servicio de Psiquiatría de dicho Centro, tomando medicación, habiendo acudido a revisión los días 8 de agosto y 12 y 24 de Septiembre de 2003, y el neuropsiquiatra que la atendió el día 12 de septiembre hace constar *“persiste sintomatología, modifíco tratamiento no puede trabajar”*, y en la hoja de consulta del 24 de septiembre consta: *“Paciente que acude c/ volante urgente, refiere mala respuesta al tto., se le ajusta. No debe trabajar hasta remisión de la sintomatología...”*. E).- Por telegrama de fecha 25 de septiembre de 2003, entregado a la actora el día 30, la empresa comunicó a la trabajadora su cese, por incomparecencia a su puesto de trabajo al no presentar los partes de confirmación de su citación de incapacidad desde el 1 de septiembre de 2003, habiendo tenido conocimiento a través de la Dirección del SERGAS de la anulación de su parte médico de baja laboral.

Concretada en la forma indicada la situación fáctica, la cuestión litigiosa radica en determinar el alcance jurídico que a la misma debe asignarse; bien el proclamado en la sentencia recurrida, despido procedente, o ya el postulado por la trabajadora recurrente, declaración de improcedencia del despido, con los efectos legales a tal declaración inherentes.

Es principio general para que el contrato de trabajo pueda extinguirse por decisión unilateral del empresario, mediante despido, de conformidad con lo preceptuado en el art. 54, núm. 1, del Estatuto de los Trabajadores, que el trabajador incurra en un incumplimiento contractual, que debe ser grave y culpable, siendo necesario que concurren ambos presupuestos -gravedad y culpabilidad-, ya que la falta de alguno de ellos provoca, ineludiblemente, la ilegalidad de la medida extintiva; además, para apreciar la existencia de tales notas, es preciso tener en cuenta no sólo los hechos que constituyen el incumplimiento, sino también todas las circunstancias, tanto objetivas como subjetivas, configuradoras de aquéllos; por otro lado, la culpabilidad hay que entenderla, de una parte, en el sentido de ser imputable a la voluntad, bien deliberada o bien negligente del trabajador, el que, por tanto, puede incurrir en causa de despido, de forma deliberada, consciente, o negligente, y de otra, en el de su inclusión en el campo civil, no en el penal. Además, para que el comportamiento del trabajador encuentre la debida subsunción dentro de la normativa pre-

vista en el art. 54 núm. 2, apartado a), del Estatuto de los Trabajadores, es preciso que las faltas de asistencia al trabajo sean repetidas e injustificadas, al implicar tal conducta un incumplimiento por parte del trabajador del deber básico de prestación de servicios que le imponen los arts. 5.a) y 20.1, ambos del citado Cuerpo Legal.

En el caso concreto que ahora se resuelve, se estima que aun cuando la conducta de la trabajadora demandante-recurrente pudiera calificarse como grave, teniendo en cuenta los días en que no ha asistido al trabajo, esto es, desde que se le notificó la anulación de la baja médica (15 de septiembre de 2003) hasta la fecha de cese, 25 del mismo mes; sin embargo, tal comportamiento no merece el calificativo de culpable, ya que el trastorno depresivo del que se encontraba diagnosticada, en esas fechas presentaba descompensación psíquica por cambio de tratamiento que era preciso reajustar, y que no le permitía trabajar, según refiere el informe del neuropsiquiatra que obra al folio 45 de las actuaciones, y que es de fecha 24.09.03, es decir, del día anterior al cese. Es cierto que el artº. 5 g) del ET impone a los trabajadores cuantos deberes se deriven de los respectivos contratos de trabajo, apartado en el que cabe incluir la obligación del trabajador de presentar a la empresa todos los partes e informes médicos acreditativos de la situación de baja por incapacidad; ahora bien, lo verdaderamente trascendente para que la inasistencia esté justificada es que la enfermedad exista y que sea conocida por el empresario. Y estas dos circunstancias concurren, sin el menor género de dudas, en el presente caso. Sobre la enfermedad de la trabajadora no existen dudas, dada la prolongada situación de Incapacidad Temporal previa al cese por la patología psíquica que padecía la trabajadora. Según se desprende del hecho probado cuarto, la primera baja laboral se inició el 5 de diciembre de 2001 y se prolongó hasta el 23 de julio de 2002, inicia una segunda baja el 9 de septiembre de 2002 hasta el 21 de julio de 2003 y al mes siguiente, el 8 de agosto, inicia de nuevo otra baja por trastorno depresivo, y la anulación de esta última baja, no es debido a curación de la trabajadora, sino a la existencia de una alta anterior extendida por la Inspección médica del SERGAS dentro de los seis meses anteriores. Por tanto, sobre el conocimiento de la empresa de la enfermedad de la trabajadora no existe duda alguna, por ello no cabe considerar injustificada la ausencia al trabajo de la demandante porque realmente estaba enferma,

y porque esta circunstancia la conocía la empresa. Y tal conocimiento resulta decisivo a la hora de enjuiciar todo el relato histórico, teniendo declarado el Tribunal Supremo que en caso de enfermedad acreditada, la presentación de los distintos informes médicos –o de los partes de baja– es una obligación meramente formal, por encima de la cual prevalece el conocimiento real de la empresa de la enfermedad del trabajador, sin que la ausencia «pueda valorarse como ausencia injustificada al trabajo y, por ello, carece de las notas de gravedad y culpabilidad que exige el art. 54.1 del ET para que acarree el despido...» (STS 8 de octubre de 1987 [RJ 1987\6.972]).

En consecuencia con lo que se deja expuesto, procede estimar la censura jurídica que la actora dirige contra la resolución impugnada, debiendo dictarse un pronunciamiento revocatorio del recurrido y declarar improcedente su cese. Dicha declaración de improcedencia debe comportar la condena de la empresa demandada a optar: entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien, a que le indemnice en la cantidad de 16.737,98 euros, previniéndole que en caso de no optar por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera, además, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde dicho despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 32,58 euros de salario/día. Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora demandante doña E.A.G., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, y con estimación de la demanda, declaramos la improcedencia del despido de la citada recurrente y, en consecuencia, condenamos a la empresa demandada “D.M., S.A.” a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte: entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a que le indemnice en la cantidad de 16.737,98 euros, previniéndole que en caso de no optar por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera, condenándola, asimismo, al abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde dicho despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón del salario diario de 32,58 euros.

3878 Recurso núm. 1.861/04

S.S. REQUISITOS XURISPRUDENCIAIS CONFIGURADORES DA EXISTENCIA DE GRUPOS DE EMPRESAS LABORALMENTE RESPONSABLES.

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

A Coruña, a treinta y uno de mayo 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. 1.861/04 interpuesto por HANAFESA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.J.M.N. en reclamación de despido siendo demandado HANAFESA, Intervención Judicial HANAFESA, “T.R., S.L.”, “F.J., S.L.” y FOGASA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 434/03 sentencia con fecha nueve de diciembre 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.- El demandante, don A.J.M.N. ha venido prestando servicios como personal laboral por cuenta y orden de la empresa HANAFESA desde el día 16 de junio de 1997, con destino en el Centro de trabajo situado en talleres de ... (Ferrol) ocupando la categoría profesional de Oficial 3º carpintero, según consta en los contratos aportados, y percibiendo un salario mensual de 1.111,87 euros, incluido el prorrateo de pagas extras. 2.- La relación laboral entre el demandante y la empresa citada en el antecedente de hecho primero, se sustenta a través de los siguientes contratos de duración determinada: -El primero suscrito por dichas partes el 16 de junio de 1997 al amparo del RDL 2.546/94 de 29 de diciembre, modalidad obra o servicio determinado, siendo la causa de temporalidad “la realización de trabajos de Habilitación para el B/358 en

Gijón, s/pedido nº 330/5 de "J.C.G., S.A.". Dicho contrato se extinguió por finalización de obra en fecha 30.11.98. -El Segundo suscrito el 01 de diciembre de 1998 al amparo del artículo 15 del E.T., según redacción dada por la Ley 63/97 de 26 de diciembre, siendo la causa de la temporalidad: "realización de trabajos de habilitación, según pedido nº 1044-040-98081-023 de "H., UTE", relativo a la subcontrata del pedio nº 60.030/8 de "J.C.G., S.A.", para el suministro y montaje de habilitaciones en el B/361". En dicho contrato se incluye una cláusula adicional única cuyo tenor literal dice: "El trabajador, aunque ha sido contratado -como así reconoce expresamente- para trabajar- y trabaja en el centro de trabajo de Ferrol, y siempre que así lo exijan las frecuentes e inevitables necesidades de la tipicidad, complejidad y justeza de tales trabajos, acepta de buen grado el tener que desplazarse a la ciudad donde esté ubicado el Astillero cliente, e incluso a permanecer en ella durante el tiempo (y cuantas veces sea) necesario". Dicho contrato se extinguió a medio de carta de despido objetivo de fecha 13.06.03, aportada por la parte demandante en el acto del juicio oral y unida a los autos. 3.- El 13 de junio de 2003, se le notifica al demandante carta de despido objetivo de la empresa HANAFESA fechada ese mismo día en la que se pone en su conocimiento que con base en causas objetivas, fundamentalmente económicas la empresa por una parte se vio obligada a solicitar del Juzgado correspondiente suspensión de pagos y por otra parte y de acuerdo con el artículo 52.c) del E.T., en conexión con el artículo 51.1 y el 53 del mismo Texto legal, la empresa se ve obligada a extinguir su contrato de trabajo con efectos al mismo día de la carta. 4.- Con fechas el 12, 13 y 16 de junio de 2003 fue extinguido el contrato de trabajo por causas objetivas de acuerdo con el artículo 52.c) del E.T. de seis trabajadores: A.F.V., J.C.O., C.E.P., A.J.M.N., V.M.F.L. y J.F.R. 5.- El 14 de junio de 2003 la empresa HANAFESA, presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Ferrol, solicitud de declaración de expediente de suspensión de pagos que fue admitido a trámite por dicho Juzgado el 14.06.03 designándose como interventores judiciales a don A.S.C. y don E.B.P. 6.- El 26 de junio de 2003, HANAFESA, presentó ante la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociales Empleo y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia solicitud de Expediente de Regulación de Empleo que fue registrado con el nº 60/03 en el cual se solicitaba la autorización para la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla de la Empresa HANAFESA, que alcanzaba en esa fecha el total de 21 trabajadores. 7.- El 30 de junio de 2003,

tras el preceptivo período de consultas se levanta acta final en la que la empresa y el delegado sindical llegan al acuerdo, entre otros puntos, de aceptar las extinciones contractuales y las indemnizaciones de 20 días por año para cada trabajador. 8.- El 4 de julio de 2003, los seis trabajadores que habían sido objeto de despido objetivo, y que constan en el hecho probado cuarto presentan escrito ante la Delegación de Trabajo mostrando su disconformidad con el expediente por entender que existían indicios de fraude de ley y posible abuso de derecho al estimar que debían de haber sido incluidos en el expediente de regulación de empleo. 9.- El 7 de julio de 2003 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de La Coruña, emitió informe en el que concluye que "si bien existe un acta de acuerdo suscrita entre el representante de la empresa y el de los trabajadores, a juicio de la Inspectora que suscribe la documentación aportada es insuficiente para acreditar la causa alegada, ya que no figuran las cuentas y balances del año 2002, en los balances de los tres anteriores ejercicios no se constata la existencia de pérdidas, y en todo caso, cabe la posibilidad de que la empresa solicitante forme parte de un Grupo, en cuyo caso sería necesario examinar la documentación de este". 10.- El 9 de julio de 2003 se dictó resolución en el Expediente de Regulación Empleo cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "De lo que antecede, y en concreto de que el expediente no afecta realmente a la totalidad de la plantilla (21), si no a 20 trabajadores, excluyéndose a uno que es el Delegado de Personal (don G.D.D.), y que previamente a su presentación, se procedió al despido objetivo de 6 trabajadores, quedando reducida la plantilla a menos de veinticinco trabajadores, con la repercusión que ello pudiera tener para el Fondo de Garantía Salarial en el costo de las indemnizaciones (art. 33.8 del E.T.), y que cabe la posibilidad de que la empresa forme parte de un Grupo, con la consiguiente alteración de las relaciones laborales y sus consecuencias económicas, obliga a esta Delegación Provincial a apreciar que pudiera existir fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del Acuerdo suscrito, se remite por ello el citado expediente a los fines legalmente previstos. Se suspende la resolución del expediente hasta que se dicte sentencia por ese Juzgado, rogando se notifique a esta Delegación Provincial, con el fin de resolver lo que en derecho proceda". 11.- El 9 de octubre de 2003 se dictó Sentencia en los autos tramitados en el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol sobre Demanda de Oficio, artículo. 146 LPL, seguida a instancia de la Delegación Provincial de Trabajo de la Xunta de Galicia y 6 trabajadores coadyuvantes

entre los que figura el demandante, contra las empresas HANAFESA, Intervención Legal de la suspensión de Pagos de la empresa HANAFESA, "T.R., S.L.", "F.J., S.L.", 20 trabajadores afectados por el E.R.E. 60/93, que después quedaron reducidos a 10 y FOGASA cuyo fallo estima la demanda, declarando que existe grupo de empresas y la nulidad del acuerdo colectivo de fecha 30.06.03, adoptado en el E.R.E. 60/03, por existir fraude de ley y abuso de derecho en la conclusión del mismo. 12.- En la sentencia citada constan como hechos probados: "DECIMO.- La empresa HANAFESA a fecha 31.05.03, tenía una plantilla total, según certificación de vida laboral de la T.G.S.S. y los TC1 TC2 de la Seguridad Social 74 trabajadores, de los cuales estaban destinados 56 en Ferrol y 18 en Asturias desplazados. DECIMOSEPTIMO.- El administrador único de las empresas codemandadas HANAFESA, "T.R., S.L.", y "F.J., S.L.", don J.S.B.P., manifestó en confesión judicial, que el Delegado Sindical de HANAFESA, don G.D.D., no está incluido en el ERE 60/03 porque causó baja voluntaria en la empresa HANAFESA pasando a ser contratado por la empresa "T.R., S.L." VIGESIMOTERCERO.- (...) En resumen de los 70 trabajadores que causaron baja en HANAFESA, en el periodo comprendido entre 31.05.03 a 01.09.03, 28 causaron alta en "F.J., S.L." de los cuales 10 figuraban incluidos en el expediente de regulación de empleo quienes causaron alta en fecha 31.07.03, y otros 24 causaron alta en "T.R., S.L." y 18 causaron baja en Asturias en fecha 15.07.03. VIGESIMOQUINTO.- En fecha 15.07.03 en los expedientes 1.654/03; 1.679/03 y 1.630 hasta 1.646/03 se celebraron en el SMAC de Asturias tras actas de conciliación de trabajadores de HANAFESA, desplazados a Gijón, en la cual la Empresa IZAR CNM, S.A. se avino a abonar a los actores las cantidades que HANAFESA adeudaba los trabajadores en Gijón, a cuenta de la facturación interna pendiente con HANAFESA y que afecta a los siguientes trabajadores: (lista igual a 18 trabajadores). VIGESIMOSEXTO.- La T.G.S.S. emitió informe en fecha 19.09.03 sobre la vida laboral de los trabajadores de las empresas codemandadas, en el periodo comprendido entre 31.05.03 hasta 01.09.03, en la cual consta que hay cinco trabajadores que han prestado servicios indistintamente para HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", J.M.L.M., L.V.C.V., A.S.S., C.R.F.L. y F.J.L.F., durante dicho periodo. 13.- En la Nota Informativa Simple y en los Estatutos obrantes en autos de las tres sociedades codemandadas consta como domicilio social: Respecto de HANAFESA: "Lugar de ..., A Coruña. Respecto de "T.R., S.L.": "..., A Coruña". Respecto de "F.J., S.L.": "..., A Coruña." 14.- En las facturas aportadas por las

codemandadas al acto de juicio consta: Respecto de HANAFESA: "Oficinas: ..., Ferrol. Como teléfonos, los mismos que constan en las Facturas de "T.R., S.L." para esta misma empresa, esto es: ... y Fax, también el mismo para las dos empresas: ... Respecto de "T.R., S.L.": "Oficinas: ..., Ferrol. Teléfonos, los mismos que HANAFESA. Respecto de "F.J., S.L.": "..., Ferrol". En la fotocopia aportada del Impuesto de Sociedades 2002, consta como número de teléfono de esta empresa el ..., es decir, el mismo que para la empresa HANAFESA y "T.R., S.L." 15.- HANAFESA y "T.R., S.L." utilizan una nave común, una de estas empresas se encuentra en la parte de arriba y otra en la parte de abajo. Las dos plantas están comunicadas, el apartado para fichar la hora de entrada y salida de los trabajadores es el mismo para las dos empresas. 16.- En la Nota Simple Informativa del Registro Mercantil y en los Estatutos de las tres sociedades consta: Respecto de HANAFESA: Su objeto social consiste en: 1. La explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación buques. 2. La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título. El capital social de la citada sociedad es de 180.300 euros o 30 millones de pts, distribuidos en tres mil acciones nominativas, por importe cada una de 10.000 pts, entre tres socios: don L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.S.B.P. El Consejo de Administración está formada por don L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.S.B.P., Administrador Unico don J.S.B.P., nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 3 de mayo de 2002 y siendo apoderados del mismo don L.S.B.V., don J.S.B.P., doña M.C.R.G. y don A.L.V. Respecto de "T.R., S.L.": Su objeto social consiste en: 1. Construcciones, montajes e instalaciones navales e industriales así como la fabricación y compraventa de los utensilios y elementos correspondientes. 2. La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título. El capital social de la citada sociedad es de 2.000.000 pts divididas en 400 participaciones sociales de 5.000 pts cada una, distribuidos entre dos socios: don J.S.B.P. y don A.V.M., cada uno con doscientas participaciones sociales. El Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., Presidente, su esposa doña A.P.M.,

Secretaría y el hijo de ambos don J.S.B.P., Administrador único don J.S.B.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 30 de mayo de 1008 y siendo apoderados del mismo don J.S.B.P., doña M.C.R.G. y don L.S.B.V. Respecto de "F.J., S.L.": El objeto social consiste en la explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación de buques y asimismo, cualquier otra actividad de lícito comercio relacionada con las anteriores que se acuerde ejercer por la Junta General. El capital social inicial de la citada sociedad cuando tenía la forma S.A., era de 4.000.000 pts, divididas en 400 acciones siendo socios iniciales don J.A.R.G. (100 acciones), don L.S.B.V. (100 acciones) y don R.P.M. (200 acciones). En fecha 02.12.92 la citada S.A. se transformó en S.L., siendo nuevos socios don L.S.B.V., con 298 participaciones, don J.S.B.P., 1 participación y doña A.B.P. 1 participación. El Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., presidente, su esposa doña A.P.M., Secretaría y el hijo de ambos don J.S.B.P., Administrador Único don J.S.B.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 05.11.00 y siendo apoderados del mismo don L.S.B.V., don J.S.B.P., don A.L.V. y doña M.C.R.G. 17.- En la memoria aportada por HANAFESA en el ERE nº 60/03 se hace constar que HANAFESA es miembro de una unión temporal de empresas, se dice literalmente: "La sociedad HANAFESA es miembro de la unión temporal de empresas "HANAFESA, C., C., U.T.E.", CIF ..., la cual finalizó su actividad en el ejercicio de 1993 encontrándose en la actualidad pendiente de disolución de la cual posee un 62,27%. El neto patrimonial de la misma a 31 de diciembre de 2001 asciende a 2.264,73 euros del cual le corresponde a la Sociedad 1.410,25 euros en función del porcentaje de participación que posee. Con fecha 30 de julio de 1997 se constituyó una unión temporal de empresas denominada "HANAFESA-C.N.S.L., U.T.E.", CIF ..., para la realización de la obra de Habilitación Llave en Mano de la Construcción nº 77, para A.E.S.A., Puerto Real, de la cual posee un 13,72%. A la fecha actual el neto patrimonial ha sido repartido entre los socios encontrándose la entidad pendiente de disolución. Con fecha 24 de septiembre de 1997 se constituyó una unión temporal de empresas denominada "HANAFESA-C.N.S.L., U.T.E." nº 2, CIF ... para la realización de la obra de Habilitación Llave en Mano de las Construcciones números 78 y 79, para A.E.S.A. Puerto Real, de la cual posee un 9,61%. A la fecha actual el neto patrimonial ha sido repartido entre los socios encontrándose la entidad pendiente de disolución." 18.- El 11 de julio de 2003 se

celebró el procedente acto de conciliación con el resultado de "Sen avinza" respecto a los demandados comparecientes HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L." y "Tentada sen efecto" respecto a la demandada Intervención judicial de la suspensión de pagos HANAFESA.

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

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo íntegramente las excepciones procesales de falta de legitimación pasiva alegadas por "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", por las razones expuestas en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución. Que con estimación de la demanda instada por don A.J.M.N., contra las empresas HANAFESA, Intervención Legal de la Suspensión de Pagos de HANAFESA, en las personas de los Interventores don A.S.C. y don E.B.P., y las empresas "T.R., S.L." Y "F.J., S.L." y FOGASA, en reclamación sobre despido, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 13.06.03, constituye un despido que debe ser calificado como nulo, condenando solidariamente a HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", a que readmitan al demandante en las mismas condiciones que tenía antes despido de fecha 13.06.03, con abono al actor de los salarios de tramitación causados desde 13.06.03 hasta la fecha del alta del demandante en la empresa "G., S.L.", el 18.06.03, a razón de un salario diario de 37,06 euros diarios y que hasta la fecha de 18.06.03 alcanzan la suma de 185,30 euros, condenando a la Intervención Legal de la Suspensión de Pagos a estar y pasar por la anterior declaración y absolviendo al codemandado FOGASA íntegramente 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 demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia estimatoria de la demanda, declarando que la extinción contractual por la que se accionaba constituye despido nulo y condenando solidariamente a las empresas demandadas, la recurrente HANAFESA interesa en el apartado revisorio -bajo la cobertura del art. 191.b LPL- que se modifique el undécimo de los HDP, añadiendo in fine -tras la manifestación de

que el acuerdo colectivo fue declarado nulo por sentencia de 09.10.03– la frase «La referida sentencia no es firme en derecho, por haber sido recurrida por las demandadas HANAFA-SA, «T.R., S.L.» y «F.J., S.L.»».

2.- Se acepta el motivo, porque su texto tiene plena justificación en la documental acompañatoria del recurso –anuncio de los recursos frente a aquella resolución– y cuya incorporación a las actuaciones hemos acordado en Auto de esta misma fecha.

SEGUNDO.- 1.- Con la misma cobertura procesal se solicita la supresión de ordinal duodécimo, «por cuanto que no es más que una reproducción íntegra de una serie de hechos declarados probados de otra sentencia, la cual está recurrida, existiendo en dichos autos, que no en éstos, la documental que ha servido de soporte a la revisión probatoria solicitada debidamente por esta parte en el correspondiente Recurso de Suplicación».

2.- Rechazamos la supresión propuesta, porque una cosa es el valor que haya de atribuirse a las declaraciones contenidas en la sentencia anteriormente dictada y la posibilidad de que las mismas sean revisadas en base a la prueba documental o pericial obrantes en autos, y otra muy diversa la pretendida improcedencia de que las mismas consten en el relato de hechos. Es más, para la Sala no solamente procede hacer referencia a tales declaraciones fácticas llevadas a cabo en otro proceso, sino que es del todo punto necesario hacerlas constar, bien sea para tenerlas igualmente por acreditadas (como tiene lugar en las presentes actuaciones), bien lo fuese para razonar la discrepancia con ellas, tal como impone doctrina constitucional expresiva de que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado» (STC 77/1983, de 3 de octubre), hasta el punto de llegar a indicarse –profundizando más en esta línea– por la STC 158/1985, de 26 de noviembre que repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de dos resoluciones judiciales, en virtud de las cuales resulta que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, pues ello vulneraría el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y el derecho subjetivo a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24.1, y que serían desconocidos con pronunciamientos judiciales firmes y contradictorios.

TERCERO.- 1.- En el apartado de examen del Derecho y por el cauce del art. 191.c

LPL, el recurso efectúa las siguientes denuncias: (a) vulneración de la doctrina jurisprudencial en materia de grupos de empresas; (b) infracción del art. 15 –párrafos 1 y 3– ET, así como de los arts. 2, 3, 8 y 9 RD 2.720/1998, en relación con la jurisprudencia interpretativa; (c) conculcación del art. 51.1 –en relación con el art. 49–, 52 y 53 ET, así como de la jurisprudencia que los interpreta; y (d) infracción del art. 33 ET.

2.- Censuras jurídicas que la Sala rechaza, siguiendo precedentes de nuestras sentencias de 18.05.04 R. 1.480/04, 15.04.04 R. 931/04 y 16.04.04 R. 487/04, que reproducimos literalmente, salvo en las obligadas concreciones del caso.

CUARTO.- Sobre la primera de las denuncias, la relativa a la doctrina jurisprudencial acerca del «grupo de empresas», la Sala reitera doctrina ya expuesta en numerosas ocasiones –entre las últimas, sentencias de 30.05.01 R. 2.125/01, 09.05.01 R. 4.700/97, 06.11.00 R. 4.283/00, 21.09.02 R. 55/99, 17.01.03 R. 5.387/02, 19.09.03 R. 3.748/03 y 15.01.04 R. 6.056/03– y recuerda que en el ámbito mercantil son sobradamente conocidas y tratadas las diversas manifestaciones positivas de la concentración de capitales y fuerzas empresariales (Agrupaciones de Interés Económico, reguladas por Ley 12/91, de 29 de abril; Agrupaciones de Empresarios, a las que aplicar el art. 42 del Código de Comercio, el art. 87 Ley de Sociedades Anónimas, y la Ley 24/88 de Mercado de Valores; las Uniones Temporales de Empresas de que trata la Ley 18/82, de 26 de mayo, modificada por la Ley 12/91, de 29 de abril; en materia de seguros privados, el RD 2.486/98, de 20 de noviembre, modificado por RD 996/2000, de 02 de junio). Y aunque también sea conocida la figura en el campo del Derecho Fiscal (en donde se aplica la responsabilidad solidaria por todas las deudas tributarias del Grupo, conforme al art. 38 Ley 10/82, de 26 de abril, que modifica la Ley General Tributaria; asimismo, el Grupo es contemplado en el RD 537/97, de 14 de abril), lo cierto y verdad es que en el campo del Derecho laboral –fuera de las escasas referencias que representan el art. 3 y la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto-ley 1/92, de 13 de abril (después Ley 22/92, de 30 de julio), sobre Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, del art. 7 del Real Decreto 830/85, de 30 de abril, sobre Empresas Pesqueras Conjuntas, del art. 51.14 ET, en relación con el art. 42 del Código de

Comercio-, la Ley 10/97, de 24 de abril sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (modificada por la Ley 44/99, de 29 de noviembre), la cuestión relativa a la responsabilidad de los Grupos de Empresas es materia huérfana de tratamiento sustantivo y tan sólo tiene meras alusiones en sede procesal (arts. 16.5, 80.1.b, 82.3.a y 247.2 LPL). Ahora bien, ello no ha impedido un copioso tratamiento Jurisprudencial, que parte de la STS de 19.05.69 Ar. 2.773 y en el que se ha pasado de una inicial concepción en el que la pertenencia al Grupo se considera un dato irrelevante desde la perspectiva laboral, al más moderno criterio de admitir la trascendencia del referido Grupo cuando tal dato va acompañado de elementos adicionales.

QUINTO.- Reproduciendo literalmente nuestra precedentes sentencias hemos de indicar una vez más que :

(a).- El criterio general que actualmente se mantiene es el de que los vínculos accionariales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personalidad de cada una de las sociedades debidamente constituidas como tales (SSTS de 23.06.83 Ar. 3.043, 03.03.84 Ar. 1.512), de manera que el control de unas Sociedades por otras a través del capital social no altera su respectiva personalidad jurídica, salvo en los supuestos legales de fusión por absorción; y que tan sólo se admite «levantar el velo» de la personalidad jurídica y extender la responsabilidad empresarial más allá de la sociedad contratante, alcanzando al empleador real (plural o individual) y trascendiendo de las formalidades jurídicas, cuando concurren específicas circunstancias. O lo que es igual, «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales» (STS 26.11.90 Ar. 8.605, 30.06.93 Ar. 4.939, 20.01.97 Ar. 618, 29.10.97 Ar. 7.684 y 26.01.98 Ar. 1.062).

(b).- Asimismo se mantiene en doctrina (STS 29.10.97 Ar. 7.684) que las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, dependiendo de la configuración del grupo, de las características funcionales de la relación de trabajos y del aspecto de estar afectado por el

fenómeno, real o ficticio de empresarios. La jurisprudencia ha utilizado para optar por una u otra de las soluciones diversos criterios, como son el de atenerse a la realidad en la identificación del empresario, en virtud del cual debe ser considerado como tal, de acuerdo con el art. 1.2 del ET, quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios, la exigencia de la buena fe, el rechazo del fraude de ley y la valoración de la responsabilidad solidaria, como la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial que inciden sobre la relación individual de trabajo, de acuerdo con el ordenamiento vigente.

(c).- La responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos –el principio de «primacía de la realidad»–, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir; y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad (SSTS 03.03.87 Ar. 1.321, 08.10.87 Ar. 6.973 y 30.06.93 Ar. 4.939). En este sentido declaró ya la STC 46/1983, de 27 de mayo que corresponde a la Jurisdicción Laboral resolver quién es el «empresario verdadero» y quién opera como «empresario aparente» para eludir consecuencias de orden laboral que pudieran resultarle gravosas, y ello con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos. Y en tal línea se ha indicado que para dispensar la obligada tutela judicial –art. 24.1 CE– los Tribunales pueden penetrar en el sustrato de las personas jurídicas y «levantar su velo», al objeto de proteger los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados, pues su respeto es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, como proclama el art. 10.1 CE (STS 25.09.89 Ar. 6.488). Pero la carga de la prueba de los supuestos determinantes de la responsabilidad del grupo empresarial recae sobre «quien pretende hacer valer los efectos jurídicos laborales atribuidos a los mismos» y que «aunque esta carga no ha de llegar necesariamente a la demostración de todas las interioridades negociables o mercantiles del grupo [...] sí ha de alcanzar a las citadas características especiales que tienen relevancia para las relaciones de trabajo» (SSTS 03.05.90 Ar. 3.946, 29.05.95 Ar. 4.455 y 30.12.95 Ar. 1.003).

SEXTO.- Entre los referidos elementos adicionales, determinantes de responsabilidad

solidaria del grupo, son de destacar los siguientes (SSTS 26.01.98 Ar. 1.062, 21.12.00 Ar. 2001/1.870; 10.07.00 Ar. 3.717/2001, 21.12.00 Ar. 1.870/2001, 26.09.01 Ar. 1.270/2002, 26.12.01 Ar. 2002/5.292, 23.01.02 Ar. 2.695, 06.03.02 Ar. 4.659 y 04.04.02 Ar. 6.469):

(a).- La prestación de servicios para las diversas Empresas (SSTS 04.03.85 Ar. 1.270 y 07.12.87 Ar. 8.851), bien en forma simultánea e indiferenciada (SSTS 29.03.78 Ar. 1.111, 06.05.81 Ar. 2.103 y 08.06.88 Ar. 5.251), o bien de manera alternativa (STCT de 04.11.81 Ar. 6.441 y 09.07.82, así como STS de 01.06.78 Ar. 2.247), o también sucesivamente por mor de contratos encadenados (STCT de 03.02.84 Ar. 939, 14.10.86 Ar. 9.473 y 27.03.87 Ar. 6.699); en el bien entendido de que «salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores» (SSTS 26.11.90 Ar. 8.605, 30.06.93 Ar. 4.939 y 26.01.98 Ar. 1.062).

(b).- La superposición de Empresas en el circuito rector de las decisiones, de manera que exista una actuación y dirección unitaria del Grupo o conjunto de Empresas, agrupadas bajo unas mismas coordenadas y dictados (SSTS 06.05.81 Ar. 2.103, 05.03.85 Ar. 1.274 y 08.10.87 Ar. 6.973; STCT de 04.07.87 Ar. 6.053); o en otras palabras –SSTS 24.07.89 Ar. 5.908 y 30.12.95 Ar. 1.003– que se aprecie en el grupo de empresas una relación vertical de dirección y una dirección unitaria proyectada tanto sobre las relaciones económicas como empresariales, de modo que, más allá del aspecto jurídico formal entre las empresas aisladamente consideradas, trascienda una misma realidad económica –fragmentada jurídicamente– proyectada a través del mando de una empresa dominante, en la que reside el poder de dirección y una situación de dependencia de las restantes, respecto a las relaciones económicas, financieras y laborales; en el bien entendido de que la mera coincidencia de accionistas en las distintas empresas no determina la responsabilidad solidaria de las sociedades componentes (STS 21.12.00 Ar. 2001/1.870), a la par que no es relevante –a

los efectos debatidos– la coincidencia personal en la Administración (STS 26.12.01 Ar. 2002/5.292).

(c).- La amplia comunicación o trasvase entre los diversos patrimonios sociales, que produce entre ellos una situación de confusión y que influye en situaciones de crisis afectante a alguna de las Empresas del Grupo (SSTS de 11.12.85, 10.11.87 Ar. 7.838, 19.11.90 Ar. 8.583 y 30.06.93 Ar. 4.939), lo que tiene lugar en los supuestos de «caja única», falta de «tesorería propia», «cajas aparentemente únicas», renunciaciones internas de créditos, pago de nóminas y de las cuotas de la Seguridad Social (STS 08.06.88 Ar. 5.256);

(d).- La existencia de una apariencia externa unitaria, que justifica la responsabilidad global del Grupo, en aras a la seguridad jurídica y al principio de que quien crea una apariencia verosímil se halla obligado frente a los que de buen fe aceptan tal apariencia como una realidad (SSTS de 08.10.87 Ar. 6.973, 10.11.87 Ar. 7.838, 12.07.88 y 22.12.89 Ar. 9.073, 19.11.90 Ar. 8.583 y 30.06.93 Ar. 4.939);

(e).- La creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SSTS 11.12.85 Ar. 6.094, 03.03.87 Ar. 1.321, 08.06.88 Ar. 5.256, 12.07.88 Ar. 5.802 y 01.07.89); y

(f).- La utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las Empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores (SSTS de 30.01.90 Ar. 233, 03.05.90 Ar. 3.946, 04.05.90 Ar. 3.960, 24.09.90 Ar. 7.045, 31.01.91 Ar. 200, 22.03.91 Ar. 1.889).

SÉPTIMO.- 1.- Tales criterios jurisprudenciales han de aplicarse en autos teniendo en cuenta –aparte de los datos expresados en el relato de hechos– una serie de extremos que la Magistrada afirma en el segundo de los fundamentos de Derecho, circunstancia ésta que no les priva de valor fáctico y determina que su tratamiento procesal haya de ser –en principio– el propio de los hechos declarados probados (SSTS 17.10.89 Ar. 7.284, 09.12.89 Ar. 9.195, 19.12.89 Ar. 9.049, 30.01.90 Ar. 6.236, 02.03.90 Ar. 1.748, 27.07.92 Ar. 5.664, 14.12.98 Ar. 1.010 y 23.02.99 Ar. 2.018; y, recientemente, SSTSJ Galicia 16.01.03 R. 5.384/02, 21.03.03 R. 2.341/00, 21.03.03 R. 556/03, 29.03.03 R. 544/00, 26.04.03 R. 767/00, 30.05.03 R. 4.669/00, 17.10.03 R. 756/03, 29.11.03 R. 947/03 y 15.04.04 R. 931/04).

2.- Con inclusión debida en el relato de hechos o con ubicación formalmente inadecuada en la fundamentación jurídica, la Magistrada destaca los siguientes datos reveladores de grupo de empresas y determinantes de responsabilidad solidaria: (a) de los 74 trabajadores que HANAFESA tenía en 31.05.03, desde esta fecha y hasta el 01.09.03 pasaron 28 empleados a "F.J., S.L.", y 24 a "T.R., S.L."; (b) a veces los trabajadores de HANAFESA lo hacían para "T.R., S.L." y cuando el Jefe de aquélla se ausentaba, las órdenes las daban desde "T.R., S.L."; (c) el Consejo de Administración de las demandadas encarnan en las mismas personas físicas – don L.S.B.V. como Presidente; su esposa Sra. P. como Secretaria; y el hijo de ambos, don J.S.B.P., como Administrador Único–; (d) media identidad de domicilio, taller, oficinas, teléfono e incluso aparato para fichar por parte de HANAFESA y "T.R., S.L."; (e) el Delegado de personal de HANAFESA, no incluido en el ERE pasó a causar alta en "T.R., S.L." el 16.07.03; (f) de los 20 trabajadores incluidos en el ERE de HANAFESA, 10 de ellos han pasado a "F.J., S.L." en 31.07.03; y (g) existe identidad de objeto social y complementariedad de actividad entre las codemandadas.

3.- Los referidos extremos nos llevan a confirmar la responsabilidad solidaria declarada en instancia, porque acreditan los siguientes puntos justificativos: (1º) la prestación de servicios para las diversas empresas, en algunos casos de forma simultánea y mayoritariamente de manera sucesiva a través de contratos encadenados; (2º) la dirección unitaria, que no sólo se apunta en la identidad física de los órganos del Consejo de Administración de todas ellas, sino que se evidencia en el constante trasvase de personal por medio de contratos temporales sin solución de continuidad o casi sin ella, y –últimamente– preordenados al ERE 60/03, presentado por HANAFESA; (3º) todo ello facilitado por una actividad social básicamente idéntica y complementaria en su divergencia; (4º) la apariencia unitaria, con disfrute del mismo domicilio, oficinas y talleres, así como identidad de órganos rectores; (5º) la confusión patrimonial que supone la ubicación en nave compartida, la identidad de teléfonos y el mismo apartado de control para entradas y salidas; y (6º) la contratación temporal sucesiva y trasvase de personal comporta la utilización abusiva de la personalidad jurídica, minorando los derechos de los trabajadores.

OCTAVO.- En lo que se refiere a la segunda de las censuras jurídicas formuladas, la relativa al contrato para obra o servicio determinado, que es materia regulada por los preceptos que se denuncian como infringidos (arts. 15 ET y 2, 3, 8 y RD 2.720/1998, de 18 de diciembre), en primer lugar cumple recordar que en materia de contratación temporal en general, la doctrina unificada ha mantenido una serie de criterios que aunque en su mayor parte dictados para anteriores normas son aplicables a la actual regulación, por su identidad esencial (aparte de las que se dirán, SSTS 21.09.93 Ar. 6.892; 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; 20.03.02 Ar. 3.808; 21.03.02 Ar. 3.818; 23.09.02 Ar. 2003\704; 20.01.03 Ar. 1.986; 21.03.02 Ar. 3.818; y 20.01.03 Ar. 1.986). Doctrina que es resumible en los términos:

(1º).- Pese a que el art. 15.1 ET ya no prescribe expresamente –como en la redacción original– que «el contrato de trabajo se presume por tiempo indefinido», esto no significa que la temporalidad ya no necesite siempre de una causa legal que la justifique, sino que el válido acogimiento al sistema ordinario de contratación temporal, requiere en términos inexcusables que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que le es propia, siendo claro que los arts. 8.2 y 15.3 ET y 9.1 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida (SSTS 21.03.02 Ar. 3.818; y 20.01.03 Ar. 1.986).

(2º).- En principio, si los contratos se han celebrado con arreglo a la normativa que los regula, no cabe apreciar irregularidad que conlleve la nulidad de las contrataciones ni la declaración de fijeza (STS 29.12.95 Ar. 9.847).

(3º).- Para determinar la licitud de un contrato temporal que es el último de una serie de ellos ha de tomarse en cuenta también la validez de los precedentes si no ha existido solución de continuidad entre los mismos (SSTS 20.02.97 Ar. 1.457; 21.02.97 Ar. 1.572; 25.03.97 Ar. 2.619; 05.05.97 Ar. 3.654; 29.05.97 Ar. 4.471; 29.05.97 Ar. 4.473; 02.07.97 Ar. 5.560; 17.11.97 Ar. 8.425; 17.03.98 Ar. 2.682; 06.07.98 Ar. 7.010).

(4º).- Excepcionalmente, el control de legalidad ha de atender exclusivamente al últi-

mo contrato celebrado cuando entre éste y el anterior haya mediado un plazo superior al plazo de caducidad de la acción de despido –20 días hábiles–, y a su vez, esta regla puede obviarse cuando se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, permanece la unidad esencial del vínculo laboral, por no existir solución de continuidad o ser de escasa entidad (SSTS 20.02.97 Ar. 1.457; 21.02.97 Ar. 1.572; 25.03.97 Ar. 2.619; 05.05.97 Ar. 3.654; 29.05.97 Ar. 4.471; 29.05.97 Ar. 4.473; 02.07.97 Ar. 5.560; 17.11.97 Ar. 8.425; 17.03.98 Ar. 2.682; 06.07.98 Ar. 7.010; 22.04.02 Ar. 7.796).

(5º).- La sucesiva contratación temporal infringiendo la normativa sobre la misma constituye *fraus legis*, sin necesidad de acreditar elemento subjetivo adicional (SSTS 29.03.93 Ar. 2.218 y 20.01.03 Ar. 1.986), porque el fraude no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal –*dolus malus*–, sino la simple y mera consciencia de que la situación laboral contemplada no implica temporalidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada, o lo que es igual, el fenómeno descrito en el art. 6.4 CC (STS 20.03.02 Ar. 5.284).

(6º).- Cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia; como no la tiene un recibo de finiquito cuando la empresa da por extinguido el contrato temporal viciado; y además se entiende que no existe interrupción eficiente, cuando la que media entre uno y otro contrato temporal es inferior a 20 días hábiles (STS 21.03.02 Ar. 3.818)

(7º).- La fijeza así surgida permanece, aunque se formalicen luego otros contratos temporales, incluso aunque alguno de ellos –en sí mismo y al margen de la cadena contractual– pudiera considerarse válido, de modo que las sucesivas relaciones laborales temporales que en circunstancias normales no se hubieran intercomunicado, pasan a constituir una única relación laboral indefinida e indisponible, por aplicación de los arts. 3.5 y 15.3 ET (STS 21.03.02 Ar. 3.818).

NOVENO.- 1.- Ya más específicamente sobre el contrato para obra o servicio determinado, la doctrina unificada –así, las SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida– tiene indicado que sus requisitos 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» (SSTS 10.12.96 Ar. 9.139, 30.12.96 Ar. 9.864, 11.11.98 Ar. 9.623, 28.12.98 Ar. 387, 03.02.99 Ar. 1.152, 08.06.99 Ar. 5.209, 19.07.99 Ar. 5.797, 21.09.99 Ar. 7.534, 26.10.99 Ar. 7.838 y 01.10.01 Ar. 8.490; y recordando tal criterio jurisprudencial, las SSTSJ Galicia 12.03.99 R. 1.267, 08.10.99 R. 3.921/96, 12.11.99 R. 4.277/96, 15.02.00 R. 5.149/96, 24.02.00 R. 5.583/96, 20.10.00 R. 1.839/97, 07.12.00 R. 3.312/97, 20.09.01 R. 3.892/01, 12.09.02 R. 3.594/02, 21.09.02 R. 1.305/99, 28.02.03 R. 176/03, 06.03.03 R. 398/03, 02.10.03 R. 3.848/03, 20.12.03 R. 2.343/01 y 15.04.04 R. 931/04).

2.- La doctrina se atenúa –STS 23.09.02 Ar. 2003\704– en supuestos de prestación de servicios bajo esta modalidad cuando el empresario realizaba una contrata, pues –SSTS 15.01.97 Ar. 497, 18.12.98 Ar. 307, 28.12.98 Ar. 387, 06.06.99 Ar. 5.209 y 20.11.00 Ar. 1.422–, aunque en estos casos «no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización», se aprecia, sin embargo, la concurrencia de «una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste» (STS 22.10.03 Ar. 8.390, citando literalmente la precedente 06.06.99 Ar. 5.209).

A lo que se añade que «no cabe argumentar que la realización de este tipo de tra-

bajos constituye la actividad normal de la empresa [arrendamiento de servicios de transportes], porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo» (STS 22.10.03 Ar. 8.390).

3.- La misma doctrina insiste en la necesidad de que concurran conjuntamente todos los requisitos enumerados para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a Derecho (se citan las SSTs de 21.09.93 Ar. 6.892, 26.03.96 Ar. 2.494, 20.02.97 Ar. 1.457, 21.02.97 Ar. 1.572, 14.03.97 Ar. 2.467, 17.03.98 Ar. 2.682, 30.03.99 Ar. 4.414, 16.04.99 Ar. 4.424, 29.09.99 Ar. 7.540, 15.02.00 Ar. 2.040, 31.03.00 Ar. 5.138, 15.11.00 Ar. 10.291, 18.09.01 Ar. 8.446), destacando muy especialmente el que siempre se haya considerado decisivo que quedara acreditada la causa de la temporalidad, por lo que es trascendente que se cumpla la previsión del art. 2.2 a) citado en orden a 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 tem-

poral; más si la prueba fracasa el contrato deviene indefinido.

4.- En el caso de autos y pese al criterio jurisprudencial flexible sobre la contratación temporal para obra en el marco de las contrataciones, nuestra conclusión es que la relación laboral que el demandante mantenía con HANAFESA es indefinida, pues si bien pudiera pensarse que las contrataciones lo fueron para cometidos con sustantividad y autonomía en la actividad ordinaria de la empresa, puesto que lo fueron para la habilitación de concretos buques y pedidos adecuadamente especificados en los respectivos contratos, cuando éstos se celebran en forma encadenada y sin solución de continuidad, por una sola de las empresas o por las diversas empresa del grupo, tanto respecto del actor como de sus compañeros cuyos procedimientos hemos citado como precedentes, así como de todos aquellos que hemos citado como ejemplo de trasvase de personal entre las demandadas, prestando servicios ininterrumpidos durante muchos años, la Sala llega a la conclusión de que el demandante –lo mismo que los restantes trabajadores referidos– atendió la organización productiva ordinaria de la empresa durante seis años, sirviendo de forma indefinida a sus necesidades, siquiera con la minoración de derechos que se derivaba de su fraudulenta contratación temporal.

DÉCIMO.- 1.- Por lo que atañe a la denunciada infracción de los arts. 51, 52 y 53 ET, los datos a tener en cuenta –HDP y declaraciones fácticas del cuarto fundamento de Derecho– son los que siguen:

a) HANAFESA tenía una plantilla de 74 trabajadores a 31 de mayo, 49 a 21 de junio, 43 a 30 de junio, 25 a 31 de julio y 12 a 1 de septiembre;

(b) de los 74 trabajadores que HANAFESA tenía a 31 de mayo, desde esta fecha y hasta el 1 de septiembre pasaron 28 empleados a “F.J., S.L.”, y 24 a “T.R., S.L.”;

(c) entre el 12 y el 16 de junio fueron despedidos por causas objetivas 6 trabajadores, entre ellos el demandante en las presentes actuaciones;

(d) se inicia tramitación de ERE en 26 de junio, afectando inicialmente a 20 trabajadores y posteriormente –31 de julio– a 10 trabajadores, pasando los otros 10 a prestar servicios en “F.J., S.L.”;

(e) el Delegado de personal de HANAFESA, no incluido en el ERE pasó a causar alta en "T.R., S.L." el 16.07.03;

(f) los 18 trabajadores que HANAFESA tenía desplazados a Asturias, todos ellos conciliaron ante el SMAC la extinción de sus contratos en fecha 15.07.03;

(g) las tres patronales demandadas constituyen un «grupo empresarial», como anteriormente hemos razonado en el fundamento de Derecho undécimo.

2.- Sobre tales presupuestos, la Sala coincide con la declaración de nulidad llevada a cabo en la instancia y entiende innecesario examinar su posible improcedencia por falta de prueba de la causa alegada. Y ello porque:

(a).- El art. 124 LPL norma que «el órgano judicial declarará nulo [...] el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo [...] si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente prevista».

(b).- El art. 52.c) ET faculta la extinción del contrato por las causas objetivas en base a las causas del art. 51.1 y con los requisitos del art. 53, siempre afecte a trabajadores «en número inferior al establecido» para el despido colectivo.

(c).- El art. 51.1 ET entiende por despido colectivo «a los efectos de exigencias procedimentales y consecuencias económicas» el que afecte en un periodo de noventa días «al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores»; y que a tales efectos se computarán las extinciones «por iniciativa del empresario» y por causas no inherentes a la persona del trabajador y distintas a las previstas en el art. 49.1.c) ET, «siempre que su número sea, al menos, de cinco».

(d).- Consideramos cuando menos abusivo «ya que no fraudulento» despedir por causas objetivas a seis trabajadores y a los pocos días iniciar un ERE para otros veinte, siendo así que las causas económicas por fuerza han de ser sustancialmente las mismas y que con tal proceder «al margen de posibles finalidades defraudatorias de los intereses públicos que el FOGASA tutela ex art. 33.8 ET» se laminan los derechos de los trabajadores afectados, privándoles de la garantía que significa el procedimiento contemplado en el art. 51 ET.

(e).- En todo caso es claro que en el periodo de noventa días que señala el art. 51 para concretar el ámbito numérico afectado por las extinciones que obligaría a seguir el cauce que el precepto establece, la cifra de extinciones contractuales producidas en la empresa ha sido notablemente superior al de diez exigible (ocupaba a menos de cien trabajadores), tal como anteriormente ha quedado reflejado; y si bien la recurrente argumenta que no puede presumirse que las citadas extinciones fueron a iniciativa del empresario, la Sala considera la conclusión contraria se impone, porque: (1º) en orden a la llamada «carga de la prueba», el art. 217 LEC norma que en relación a la misma y las reglas que con carácter general sienta, «el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio», con lo que sienta un mandato que tiene claros precedentes jurisprudenciales (STC 140/94, de 9 de mayo, y las muchas que en ella se citan; SSTs 23.09.86 Ar. 4.782, 18.05.88 Ar. 4.314, 15.07.88 Ar. 4.931, 17.06.89 Ar. 4.695, 23.09.89 Ar. 6.352 y 05.10.95 Ar. 8.667; SSTSJ Galicia de 07.11.94 AS 4.470, 11.12.95 R. 4.664/95, 21.01.96 R. 4.416/93, 07.03.96 R. 502/96, 17.09.96 R. 3.474/96, 30.06.97 R. 1.504/95, 12.09.97 R. AS 2.832, 30.03.00 D. 1/00, 21.09.02 R. 1.158/99; 25.10.02 R. 5.786/99, 23.04.04 R. 5.140/01 y 15.04.04 R. 931/04) y se halla justificado en el principio constitucional de interdicción de la indefensión y en el procesal principio dispositivo; (2º) no resulta demasiado aventurado suponer que de los 52 trabajadores que tras ver extinguido su contrato pasaron a prestar servicios para las otras dos empresas del grupo, un número superior a 4 «los que faltan para superar el ámbito del despido objetivo» vieron extinguido su contrato con HANAFESA por causa jurídicamente atribuible a iniciativa de la empleadora, siquiera formalmente se debiese a finalización de obra, que en las proporciones masivas antes reflejadas y en atención a la existencia del grupo entrañaría en gran parte de los supuestos censurable fraude de ley; y (3º) en último término ha de destacarse que esa afirmación de legalidad contractual y válida extinción por causa prevista en el contrato se cohonestaba muy deficientemente con el hecho de que 18 de esas extinciones «la de los desplazados a Asturias» hubiese concluido en transacción judicial.

UNDÉCIMO.- Para finalizar rechazamos la última denuncia del recurso, la infracción del art. 33.8 ET. Y para ello baste decir: (a) si bien la sentencia recurrida ha hecho una amplia digresión sobre la finalidad perseguida por HANAFESA con la sucesiva minora-

ción de la plantilla y –sobre todo– con el despido objetivo del actor y sus otros cinco compañeros, atribuyéndoles el poco plausible objetivo de hacer entrar en juego la responsabilidad del FOGASA ex art. 33.8 ET por el método de reducir la plantilla a menos de 25 trabajadores, lo cierto y verdad es que tal cuestión no ha sido planteada por la parte actora y no ha sido objeto de pronunciamiento expreso en la parte dispositiva; (b) aunque ciertamente hubiese sido –como fue– el FOGASA el que hubiese suscitado el tema, para la Sala está claro que la sentencia que en este procedimiento se dictase únicamente podría sentar las bases fácticas que sobre tal extremo procediesen, en concreto el número de trabajadores (tal como efectivamente se hizo), pero no podría hacer un pronunciamiento sobre materia no pretendida en demanda y que excedía de su planteamiento, ya que se trata de responsabilidad prestacional del FOGASA cuya exigencia requiere el oportuno expediente administrativo, conforme a los arts. 20 y siguientes RD 505/1985, de 6 de marzo; (c) con mayor causa cuando la resolución –parte dispositiva– que la Sala confirma no consentiría formalmente la exención a la empresa del abono de cantidad ex art. 33.8 ET, por cuanto que se ha declarado nulo el acuerdo empresarial extintivo y –conforme a los arts. 124 y 113 LPL– la condena que procede es la de «inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir», de manera que no mediaría «indemnización legal» alguna que en parte pueda ser asumida por aquel organismo oficial; y (d) tampoco lo permitirían los hechos declarados probados, conforme a los cuales en el momento en que se produce la extinción –despido nulo– del contrato del actor la empresa tenía a su servicio como mínimo 43 trabajadores (que son los que constan a fecha 30.06.93), con lo que se supera ampliamente el límite de 24 a que el tan citado art. 33.8 ET condiciona la asunción por el FOGASA del 40 por ciento de la indemnización legal.

Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por HANAFESA, confirmamos la sentencia que con fecha 09.12.03 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Ferrol, a instancia de don A.J.M.N. y por la que se acogió la demanda formulada contra la recurrente, la Intervención Judicial de la Suspensión de Pagos de HANAFESA, “T.R., S.L.”, “F.J., S.L.” y el Fondo de Garantía Salarial.

3879 Recurso núm. 426/04

S.S. DIFERENZAS SALARIAIS. NON CABE DEDUCIR RENUNCIA ÁS MESMAS POR CONSENTIMENTO NOS SALARIOS PERCIBIDOS NOS ANOS ANTERIORES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a treinta e uno de maio 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. 0426/04 interpuesto por “C.D.O., S.A.D.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don E.G.M. en reclamación de SALARIOS siendo demandado “C.D.O., S.A.D.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 546-2003 sentencia con fecha 5 de diciembre de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“1.- El actor don E.G.M. viene prestando servicios para el “C.D.O., S.A.D.”, desde el 12 de diciembre de 1996, realizando funciones de adjunto de gerencia, dependiendo jerárquicamente del Presidente del Club y percibiendo un salario de 1.542,60 euros incluida prorratea de pagas extras, más 24,04 euros mensuales en concepto de dietas y 180,30 euros de complemento. 2.- En fecha 2 de enero de 1998 se firmó un contrato entre don A.J.G.A., en aquel momento Presidente del club y el actor, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, y en cuya cláusula 3 se decía: “El sueldo bruto total de 3.190.000. pts. (tres millones ciento noventa mil pesetas), dividido de la siguiente forma: 1.540.000.- (un millón quinientas cuarenta mil) como Sueldo estricto, pagadero e 14 Pagas, de 110.000.- Pts. (ciento diez

mil), dos de ellas pagaderas en julio y dos de ellas en diciembre.- 660.000.- (seiscientos sesenta mil) como gastos de kilometraje, que no precisan justificación de acuerdo con la normativa fiscal vigente, pagaderas 11 meses (se excluye el mes de vacaciones) a razón de 60.000.- (sesenta mil) al mes.. 990.000 (novecientas noventa mil) como dietas de restaurantes y hoteles, que no precisan justificación de acuerdo con la normativa fiscal vigente, pagaderas 11 meses (se excluye el mes de vacaciones) a razón de 90.000.- (noventa mil) al mes.” 3.- En el periodo de mayo a octubre del año 2002 el actor percibió las siguientes cantidades:

Mayo/02	1.526,57 euros (1.322,23 € de sueldo base, 24,04 € de dietas y 180,30 € de complemento).
Junio	1.526,57 euros
Extra Julio	134,23 euros
Julio	1.526,57 euros
Agosto	1.526,57 euros
Setiembre	1.526,57 euros
Octubre	1.526,57 euros
Total:	9.293,65 euros

4.- En fecha 13 de marzo de 2003 el actor presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., celebrándose el acto de conciliación en fecha 21 de mayo de 2003, presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social Decano 4 de julio de 2003.”

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

“FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por don E.G.M. contra el “C.D.O., S.A.D.”, debo condenar y condeno al club demandado a que abone al actor la cantidad de 913,22 euros.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda formulada y condena a la parte demandada a que abone al actor la cantidad de 913,22 euros. Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación el letrado de la demandada, en cuyo primer motivo, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L. solicita la nulidad de las actuaciones y la reposición de los autos al momen-

to de haberse infringido normas del procedimiento al considerar, en síntesis, que en la súplica de la demanda rectora se solicita la condena al pago de unas supuestas diferencias salariales cifradas en una cantidad a tanto alzado, pero sin especificar concretos conceptos y periodos mensuales a los que se contraen esas diferencias, lo que ha dificultado las posibilidades de defensa.

Ha de tenerse en cuenta que la nulidad de actuaciones es siempre un remedio de carácter excepcional al que debe acudir cuando efectivamente se haya producido una vulneración de normas procesales esenciales que no sea posible subsanar por otros medios y que tal infracción haya producido indefensión a la parte que la denuncia. El Tribunal Constitucional viene declarando, al respecto que no existe indefensión cuando «no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» y tampoco cuando «ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos», por lo que «no puede equipararse con cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado».

En el supuesto enjuiciado, se reclaman unas diferencias salariales y en los hechos de la demanda se hacen constar las cantidades efectivamente percibidas por el demandante y aquellas que, conforme al pacto a que se hace referencia en la misma demanda, debió percibir el trabajador, acompañándose a la demanda el contrato en que se funda la causa de pedir. De lo que se colige que la parte demandada dispone de los datos básicos para oponer lo que a su derecho convenga. Por ello no parece que pudiera producirse menoscabo del derecho de defensa ni que la redacción de aquella pudiera privar a la parte de oponer todos los hechos impositivos o extintivos al derecho que se pide.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 191 b) de la L.P.L., solicita la parte recurrente la revisión los hechos declarados probados en la resolución recurrida, a la vista de las pruebas documentales practicadas, en concreto propone una nueva redacción parcial del ordinal segundo para el que ofrece la siguiente redacción alternativa: “Alrededor del día 14 de julio de 1998, fecha en la que se depositó en la

Oficina de Empleo correspondiente, se firmó un contrato, al que se le puso fecha 2 de enero de 1998, entre don A.J.G.A. que, en aquel momento ya no era, de hecho, presidente del club y el actor, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, en cuya cláusula 3 se decía: ... (se mantiene el resto de la redacción del HP Segundo de la sentencia)".

Modificación que no se acepta al tratarse de meras conclusiones de marcado carácter subjetivo que no encuentran apoyo en prueba documental, cuando es doctrina reiterada que el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, solo impugnables cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial que acredite de manera clara y rotunda la existencia de error en la valoración de la prueba, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas o deducciones más o menos lógicas, que es en suma a lo que acude el recurrente para pedir la modificación del hecho declarados probados en la resolución recurrida.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del mencionado artículo 191 de la L.P.L. denuncia la parte recurrente: a) la infracción del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1.203, 1.204, 1.089, 1.091, 1.255, 1.258 y 1.278 del Código Civil, así como las sentencias del TS que se mencionan, alegando que el hecho de que el actor no haya reclamado una retribución superior a la efectivamente percibida, durante todos los años en los que el supuesto contrato parece haber existido supondría, en cualquier caso, una válida renuncia de derechos... y se habría producido una novación de las condiciones económico laborales del actor, consentida y asumida por este durante un largo tiempo; b) Infracción de lo dispuesto en el artículo 217 de la L.E.Civil que sustituye al derogado artículo 1.214 del código civil, artículo 1.249 y, entre otras la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de octubre de 1996, alegando que el aquietamiento del actor durante mas de cinco años, asumiendo la retribución abonada sin objeción alguna, implica la existencia de novación del contrato, novación expresa ya que, aún cuando no ha existido acuerdo escrito y firmado por el trabajador, sí que ha percibido las nóminas sin reclamación, tacha u observación alguna de contrario y c) Infracción de los artículos 1.258 y 1.259 del Código Civil, en relación con los artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas

en la redacción dada por el R.D. Legislativo 1.564/1989 de 22 de diciembre, alegando que en la fecha del contrato, 14 de julio de 1998 quien intervino en representación de esta S.A.D. aún cuando era administrador de derecho, ya no ejercía como tal, es decir no era administrador de hecho... en la fecha del otorgamiento del contrato carecía de capacidad para obligarse en nombre del club.

En primer lugar, por lo que se refiere a la cita de la STSJ de Madrid que se cita, cumple señalar que la infracción de la jurisprudencia, según establece el artículo 1.6 del Código Civil, está formada exclusivamente por la doctrina que, de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, lo que determina que las sentencias de órganos judiciales distintos del Tribunal Supremo no forman jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992 [RJ 1992\5.571], 1 de julio de 1994 [RJ 1994\6.326] y 28 de mayo de 1999 [RJ 1999\5.001]).

Entrando en la cuestión de fondo cabe señalar que el hecho de que el actor no haya reclamado una retribución superior a la efectivamente percibida durante todos estos años, en modo alguno puede interpretarse como una renuncia a sus derechos, pues la tardanza en la reclamación ya conlleva la pérdida de parte de lo reclamado al entrar en juego la prescripción. Tampoco cabe considerar que se ha producido una novación en las condiciones económico laborales del actor por el mero hecho de haber asumido y consentido durante largo tiempo aquella situación, pues el que esto haya ocurrido no expresa voluntad novatoria alguna de la obligación existente, pues para que la sustitución de una relación obligacional por otra produzca los efectos de extinguir o modificar la primera es requisito esencial la intención de los contratantes o «animus novandi» de dar por extinguido el contrato primitivo entre ellos existente, decisión ésta que han de declarar expresamente los contratantes como condición indispensable para que la novación se produzca. Pues es ocioso recordar que la novación nunca se presume y debe constar expresamente, pues la novación entraña la sustitución o cambio de un convenio obligacional por otro, lo que presupone la subsistencia de una obligación reemplazada por otra debiendo aparecer de los términos del acto, con toda claridad, la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación. Así lo viene exigiendo el artículo 1.204 del Código Civil cuando establece que "para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se

declare terminantemente, o que la antigua o la nueva sean de todo punto incompatibles”.

En la restante alegación la parte recurrente sostiene que a la fecha de la celebración del contrato el día 14 de julio de 1998, el Sr. G.A., que intervino en representación de la S.A.D., carecía de capacidad para obligarse en nombre del club.

Señalar al respecto que el contrato que vincula a las partes litigantes se formalizó, tal como consta en la documental aportada y se recoge en la inalterada relación histórica de la resolución recurrida, el día 2 de enero de 1998, cuando aquel ostentaba el cargo de Presidente y Consejero Delegado del “C.D.O., S.A.D.” Y el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa prestar algún servicio (artículo 1.254 del Código Civil), y desde entonces obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado (artículo 1.258 del Código Civil), sin que su validez y el cumplimiento pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1.256 del precitado texto legal).

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

Fallamos

Que debemos desestimar el recurso de suplicación interpuesto por “C.D.O., S.A.D.” contra la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2003 del Juzgado de lo Social nº 1 de Orense, dictada en juicio seguido a instancia de don E.G.M. contra el recurrente, confirmando la expresada resolución.

3880 Recurso núm. 1.913/04

S.S. DIMISIÓN INEXISTENTE POR FALLA DE CAPACIDADE VOLITIVA DO TRABALLADOR, QUE DEBE CONSIDERARSE IMPROCEDENTEMENTE DESPEDIDO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, dos de junio 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. 1913/04 interpuesto por “M., S.L.” 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 A.F.N. en reclamación de despido siendo demandado “M., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 902/03 sentencia con fecha treinta de enero de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- Don A.F.N., mayor de edad, con D.N.I. número ..., vino prestando servicios por cuenta de “M., S.L.”, dedicada a transporte, desde 06.03.00, con la categoría de Administrativo, pero realizando labores de comercial. II.- El actor realizaba su trabajo con su vehículo particular, cubriendo personalmente los gastos, que luego no tenía que justificar ante la empresa; la empresa le abonaba mensualmente una remuneración de 751,25 euros con prorrata de pagas extras, más 360,61 euros como “suplido a justificar”. III.- El actor pasó a la situación de I.T. derivada de enfermedad común el 09.08.03 por “dolor torácico y crisis de angustia”. Tras ser asistido en Urgencias el día 6 anterior, -parte que entregó a la empresa- el día 19-8-03, ingresó en la Unidad de Agudos de Psiquiatría del Hospital “Nicolás Peña”, por presentar un cuadro ansioso depresivo mayor reactivo, con idea sobrevalorada de muerte e ideación autolítica, siendo alta hospitalaria el 02.09.03, y continuando actualmente en situación de I. Temporal. IV.- El día 18.08.03, el representante de la empresa presentó denuncia ante la Guardia Civil de M., contra el actor, en la que afirmaba que nada sabía de él desde el día 5 de tal mes, y que ha comprobado que ha cobrado facturas de clientes no entregadas; en virtud de tal denuncia se incoaron D. Previas por el Juzgado de Instrucción de P. V.- En días inmediatos al ingreso hospitalario del actor, se personó en el Centro el representante legal de la empresa, hablando con el actor y poniéndole a la firma un escrito que decía: “Yo, A.F.N., empleado hasta el día de la fecha en el empresa “M., S.L.”, declaro: Que en el día de hoy he rescindido voluntariamente el contrato de trabajo que me unía a

dicha empresa, habiendo recibido el importe de todos los salarios y emolumentos que me han correspondido durante el tiempo de permanencia al servicio de la misma y declarándome completamente saldado y finiquitado de todas cuentas cantidades me pudiesen adeudar. Por lo tanto, al no tener que reclamar renuncio expresamente a todo tipo de acciones contra dicha empresa ante cualquiera Tribunales u Organismos. Y para que así conste, firmo el presente finiquito en M. 1 de septiembre de 2003", así como la nómina con abono de un día de septiembre. VI.- Tras ser dado de alta hospitalaria, el actor se trasladó a Bilbao para estar con su madre durante la baja; a principios de noviembre volvió a Vigo, y al comprobar que no tenía ingresos de la empresa desde septiembre, solicitó vida laboral, que el fue expedida el 06.11.03, comprobando que había sido dado de baja en la misma el 01.09.03. VII.- Se presentó papeleta de conciliación el 19.11.03, celebrándose el acto sin avenencia el 03.12.03".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda e don A.F.N., declaro improcedente el despido de que fue objeto el 02.09.03, condenando a "M., S.L.", a que opte, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, entre el abono de una indemnización de tres mil novecientos treinta y nueve euros con trece centimos (3.939,13 €), o la readmisión a su puesto de trabajo, con pago, en todo caso, de los salarios dejados de percibir desde el 02.09.03 a la notificación de la sentencia, a razón de 25,09 euros, que serán sustituidos o compensados por las correspondientes prestaciones de I.T., en tanto está en dicha situación legal."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que declaró improcedente el despido del actor-, formula recurso de suplicación la empresa demandada, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que el hecho probado tercero de aquélla, se redacte en el sentido de que : "El actor pasó a la situación de IT derivada de enfermedad común el 09.08.03 por "dolor torácico y crisis de angustia" –tras ser asistido en

urgencias el 6 anterior, parte que entregó a la empresa-; el día 19.08.03, se le propone ingresar en la Unidad de Agudos de Psiquiatría del Hospital "Nicolás Peña", por presentar un cuadro ansioso depresivo mayor reactivo, con idea sobrevalorada de muerte e ideación autolítica, ingreso que acepta ese mismo día. Durante su estancia se muestra bien adaptado a la Unidad, siendo alta hospitalaria el 02.09.03, y continúa actualmente en situación de IT"; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por falta de aplicación, de los artículos 49.1.d) del ET y 103.1 de la LPL, en relación con los 1.255, 1.256, 1.261, 1.262, 1.265, 1.266 y 1.269 del Código Civil.

SEGUNDO.- Ante su falta de trascendencia –que deriva de que con él se pretenda, solamente, sustituir en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia, "ingresó en la Unidad de Agudos...", por "se le propone ingresar en la Unidad de Agudos..., ingreso que acepta ese mismo día..." y en añadir al mismo "durante su estancia se encuentra bien adaptado a la Unidad"; y de que tales modificaciones, sin interés práctico alguno, no afecten a la cuestión debatida-; no ha lugar a acoger el primer motivo del recurso.

TERCERO.- Igual suerte desestimatoria debe correr el segundo motivo del recurso, pues, argumentando, en primer lugar, la empresa demandada, para sostenerlo, que debe resultar eficaz el documento –que firmó el actor, en M., el 1 de septiembre de 2003, declarando rescindido el contrato de trabajo, que le unía con la empresa; que había recibido la totalidad de los salarios y emolumentos; que quedaba completamente saldado y finiquitado; y que renunciaba expresamente a todo tipo de acciones-, pues se encontraba en condiciones de tomar decisiones, y, por lo tanto, su cese no es constitutivo de despido, sino de extinción, por mutuo acuerdo del contrato (artículo 49.1.d) del ET), por lo que ninguna responsabilidad debe recaer sobre la empresa; no se comparten por la Sala dichas conclusiones, ya que, si se tiene en cuenta, por una parte, que resultó acreditado que el demandante firmó dicho documento, después de que, el 18 de agosto de 2003, le denunciare el representante de la empresa, ante la Guardia Civil, afirmando en la denuncia, que nada sabía de él desde el día 5 anterior, y que había comprobado que había cobrado facturas de clientes, no entregadas, incoándose, a raíz de la misma, diligencias Previas, por el Juzgado de Instrucción de P.; después de haber pasado

a la situación de IT, el 9 del mismo mes y año, por “dolor torácico y crisis de angustia”, tras ser asistido en Urgencias el 6 anterior; después de haber ingresado, el 19 siguiente, en la Unidad de Agudos de Psiquiatría del Hospital “Nicolás Peña”, por presentar un cuadro ansioso depresivo mayor reactivo, con idea sobrevalorada de muerte e ideación autolítica; y después de que, en los días inmediatos a su ingreso hospitalario, se presentare en el Centro el representante de la empresa, hablando con él y poniéndole a la firma el correspondiente escrito; y, por otra, que es doctrina jurisprudencial reiterada, la referente a que la dimisión del trabajador, con relación al contrato de trabajo, exige como necesaria una voluntad de éste “clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito...” (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1990, 21 de noviembre de 2000, etc.); es evidente que –sin necesidad de entrar en consideraciones extremas, como pretende la recurrente, que hagan depender la eficacia del documento, de 1 de septiembre de 2003, de que lo firmare o no el trabajador, teniendo o no anuladas totalmente sus facultades cognoscitivas y volitivas-, no puede alcanzarse la conclusión de que la firma, por parte del actor, se llevara a cabo con una voluntad clara, concreta, consciente, firme y terminante, reveladora de su propósito de extinguirlo, cuando, no solamente soportaba en el momento de hacerlo, la presión psicológica, que le originaba, lógicamente, el hecho de que se siguiera contra él un procedimiento penal, ante la denuncia del representante de la empresa; sino también cuando no se hallaba en unas condiciones mentales mínimamente aceptables, pues no en vano había tenido que internarse en un Centro Psiquiátrico, al presentar un cuadro ansioso depresivo mayor reactivo, con ideaciones sobrevaloradas de muerte y autolisis; y cuando –y ello no deja de ser lo más grave-, parece que la empresa se aprovechó de la situación, para conseguir la firma del documento, que ella misma preparó, dado que se afirma en la relación fáctica de la resolución impugnada, que “en días inmediatos al ingreso hospitalario del actor, se personó en el Centro (Unidad de Agudos de Psiquiatría del Hospital “Nicolás Peña”) el representante legal de la empresa, hablando con el actor y poniéndole a la firma un escrito que decía...”; y, sosteniendo, en segundo lugar, dicha empresa, que, al ser consciente el actor de sus actos, el “dies a quo” del cómputo del plazo de caducidad de veinte días, a que se refiere el artículo 103.1 de la LPL, debería comenzar a contarse,

a partir del día siguiente a la firma de la baja voluntaria, de modo que la acción ejercitada estaría claramente caducada, cuando decidió interponer la papeleta de conciliación por despido improcedente; tampoco en este caso, cabe compartir lo expuesto, una vez que, según resulta de lo anteriormente relacionado, no existió la baja voluntaria, por parte del trabajador, que pregonaba la demandada.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por “M., S.L.”, contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de Vigo, en fecha 30 de enero de 2004; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3881 Recurso núm. 1.688/04

S.S. IMPROCEDENCIA DE ACUMULACIÓN DE EXECUCIÓN, A PROPÓSITO DE EXECUCIÓN DEFINITIVA DE SENTENZA DE DESPEDIMIENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, cuatro de junio 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. 1.688/04 interpuesto por FOGASA contra el Auto del Juzgado de lo Social núm. Tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Ante el Juzgado de lo Social Nº 3 de Pontevedra se siguieron autos de despido a instancias de don S.J.M.C.O. contra la empresa “R.G.T, SL.”, y el FOGASA en los que recayó sentencia que declaró improcedente el despido del actor condenando a la demandada a optar entre readmitir o indemnizar al actor en la suma de 1.604.381 ptas. así como al abono de los salarios de tramitación. A instancias del

actor se celebró el oportuno incidente que se resolvió por auto de 23.11.00 que declaró extinguida la relación laboral entre trabajador y empresa a la que condeno al pago de salarios por importe de 1.279.200 ptas., posteriormente se instó la ejecución de dicha resolución que fue despachada de 20.12.00 acordándose requerir a la empresa "R.G.T, SL.", al objeto de que abone al actor la suma de tres millones cuatrocientos diecinueve mil cuatrocientas pesetas de principal mas la suma de trescientas cuarenta y una mil novecientas cuarenta ptas., que se presupuestan para intereses legales y costas., resolución notificada al FOGASA.

Posteriormente el ejecutante solicitó el embargo de cantidades que el Concello de Lalín adeudase a la mercantil ejecutada, lo que se notificó a dicho Concello y al FOGASA el 03.01.01, contestando el citado Concello el 17.01.01 que por la Tesorería General de la Seguridad Social en marzo del 2000 había procedido al embargo de iguales cantidades, e igualmente a instancias del ejecutante se trabó un vehículo, como propiedad de la ejecutada.

Por escrito de 21.02.01 el ejecutante promovió incidente en declaración de créditos singularmente privilegiados frente a la ejecutada, la Tesorería General de la Seguridad Social y FOGASA, reiterándose dicho incidente por escrito de 13.03.01 frente a la Agencia Tributaria y celebrado el incidente el 05.04.01 se dictó auto el 22.01.02 que declaró créditos singularmente privilegiados del actor el importe de 3.419.400 ptas. y teniendo conocimiento de que el Concello de Lalín adeudaba a la ejecutada el importe de 5.045.517 ptas. le requirió para que pusiera a disposición del Juzgado el importe principal reseñado mas la cuantía de 341.940 ptas., presupuestadas para intereses y costas, habiendo ingresado dicho Concello en las cuentas del Juzgado el 22.02.02 la suma requerida de 22.606,11€ (3.761.340 ptas.).

SEGUNDO.- Por escrito de 07.02.02 el FOGASA solicitó la acumulación a la presente ejecución Nº 149/2000, derivada de los autos Nº 455-2000 del JS 3 de Pontevedra, de la ejecución 137/2000 del Juzgado de lo Social Nº 5 de Vigo seguida a instancias de doña M.I.F.M. y otros, contra la ejecutada "R.G.T, SL.", en cuya ejecución dicho Organismo abonó, previa declaración de insolvencia de la ejecutada y por resolución de 24.06.01, a los trabajadores de dicha mercantil las sumas de 1.289.085 ptas. por salarios y 1.072.385 ptas. en concepto de indemnización por despido, habiendo solicitado de aquel Juzgado la subrogación por los importes

abonados, subrogación reconocida el 30.10.01. La solicitud de acumulación fue desestimada por Providencia de 18.02.02, frente a la cual se formuló recurso de reposición que fue impugnado por el ejecutante de estas actuaciones y desestimado por el auto de 24.06.02 que fue objeto de recurso de suplicación ante esta Sala dictándose sentencia el 30.01.03 que anuló las actuaciones practicadas para que se celebrara el oportuno incidente de acumulación de ejecuciones y se resolviese con libertad de criterio.

TERCERO.- Se señalo incidente de ejecución para el 20.05.03 ratificando el FOGASA su solicitud de acumulación de ejecuciones y oponiéndose el ejecutante a la misma, se dictó auto denegando dicha acumulación, resolución frente a la cual se formuló por aquel organismo recurso de reposición que le fue desestimado por nueva resolución de 3.071/2004 confirmatoria de la anterior, planteando el presente recurso de suplicación.

CUARTO.- Igualmente el FOGASA el 25.02.02 solicitó del Juzgado de lo Social Nº 5 de Vigo el embargo de bienes de la ejecutada, concretamente del premio de cobranza a su favor existente en el Concello de Lalín.

QUINTO.- Contra dicho auto 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 jurídicos

PRIMERO.- El organismo recurrente, solicita la revocación de los indicados autos y el acogimiento de su pretensión de acumulación de ejecuciones, para lo cual, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 38.2 LPL en relación con el 269.1 de dicha norma ritual y con el art. 33.4 LET, argumentando que en la presente ejecución es donde se hallan trabados los bienes de la ejecutada en ambos procedimientos y que por tanto procede dicha acumulación al objeto de efectuar un reparto igualitario de las cantidades obtenidas, siendo dicha acumulación imperativa, y debiendo efectuarse el reparto de lo obtenido a prorrata entre el recurrente, el aquí ejecutante, y los créditos de los trabajadores que le resten después del abono efectuado por el recurrente, ya que tal pago es lo que le permite al FOGASA subrogarse. El recurso ha sido impugnado por el ejecutante oponiendo la inadmisibilidad del mismo por no ser la resolución (auto de

04.10.03) recurrible, sino que la recurrible sería el auto de 3.071/2004 el cual tampoco, a su entender, es recurrible por no reunir los requisitos del art. 189.2 LPL; en segundo lugar se opone por entender que el FOGASA no ha cumplido con la obligación de acreditar los extremos precisos para poder determinar si la acumulación es preceptiva o facultativa, así como cual sería juzgado competente para decretar la acumulación, negándole legitimación al recurrente para instar tal acumulación y afirmando la extemporaneidad de tal pretensión por falta de diligencia del recurrente y restantes trabajadores interesados en la ejecución.

SEGUNDO.- Centrado así el debate, con carácter previo al examen de la cuestión de fondo planteada, debe resolverse, otra vez a instancias del ejecutante, acerca de si la resolución impugnada es susceptible de ser recurrida en suplicación, pues sólo en caso de que la respuesta fuese positiva sería posible un pronunciamiento sobre el fondo y como ya se dijo en la anterior resolución anulatoria, dictada por esta Sala, "en el ámbito del proceso de ejecución, el recurso de suplicación se limita a aquellos "autos que decidan el recurso de reposición interpuesto contra los que en ejecución de sentencia dicten los Juzgados de lo Social, siempre que la sentencia ejecutoria hubiere sido recurrible en suplicación, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado" (artículo 189.2 LPL), y siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias de 24 de febrero de 1997, 17 de noviembre de 1997 (Sala General), y de 14 de junio de 1999 se ha de interpretar la norma contenida en el artículo 189.2 LPL., en el sentido de que es factible interponer recurso de suplicación contra los autos que pongan fin al procedimiento incidental cuando decidan cuestiones nuevas de carácter sustancial no decididas o contenidas en el título ejecutivo o, en la terminología legal, cuando decidan puntos sustanciales no contenidos en la sentencia", es decir, que cabe el recurso de suplicación cuando el juez executor afronta y resuelve una cuestión que, en cuanto no debatida ni decidida en el título, es nueva en el apremio, del que constituye una incidencia con efectos prejudiciales en sentido amplio, lo que acontece en el presente supuesto ya que la posibilidad de acumular ejecuciones seguidas ante distintos Juzgados de lo Social no es una cuestión que se haya planteado en el procedimiento del que trae causa la ejecución, al tiempo que la resolución ejecutiva era recurrible en suplicación, por tanto, cabe el presente recurso sin que a ello sea óbice que se señale como recurrido el

primero de los autos o el segundo, pues este, es exigible como requisito de procedibilidad y para permitir la rectificación – en su caso –, del Juzgador de instancia, por lo cual se desestima el motivo de oposición a la suplicación. No obstante lo expuesto, la oposición al recurso plantea los siguientes aspectos: a) la falta de legitimación del FOGASA para postular la acumulación, y la falta de acreditación en el incidente de los requisitos que permiten la acumulación y el juzgado competente para decretarla; b) extemporaneidad del planteamiento y la negligencia del Organismo recurrente en la localización de bienes de la ejecutada con perjuicio del ejecutante, todo ello cuestiones de fondo.

TERCERO.- El recurso no puede ser atendido por cuanto el art. 37 LPL regula la acumulación de ejecuciones bajo dos posibilidades, facultativa y preceptiva, esta solo es exigible cuando existen indicios de que los bienes del deudor pudieran ser insuficientes para satisfacer la totalidad de los créditos que se ejecuten, y en el presente supuesto a favor de tales indicios solo concurre la afirmación del FOGASA de que abono cantidades en el Juzgado Nº 5 de Vigo por la insolvencia de la empleadora, tal indicio es manifiestamente insuficiente, pues no consta si aquel Juzgado practico las diligencias precisas en averiguación de bienes, no consta el importe de aquella ejecución, ni si allí se han embargado bienes a la ejecutada o no; a mayor abundamiento, resulta que la presunta insuficiencia de bienes parece dudosa desde el momento en que en la presente ejecución no solo se embargó el total importe de la misma, sino que incluso existe a disposición de terceros metálico a favor de la ejecutada, es decir, que tal insuficiencia es cuando menos teórica, por deducción, de una declaración de insolvencia de otro Juzgado, si a ello se añade que, en la presente ejecución no se podían embargar mas bienes a la ejecutada pues el crédito del ejecutante se hallaba cubierto en su totalidad, y además que el ejecutante para obtener la entrega del importe embargado hubo de plantear una tercería de mejor derecho frente a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Agencia Tributaria, habiéndose declarado que el total importe de su crédito es preferente a los de dichos acreedores, no cabe ahora, so pretexto de insuficiencia de bienes del deudor, pretender una acumulación de ejecuciones y reparto proporcional del metálico obtenido, en consecuencia, se desestima el recurso y se confirma íntegramente la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación planteado por el FOGASA, contra el auto de 30.01.04 que confirma el de 04.12.03 por el cual se deniega la acumulación a la presente ejecución de la tramitada ante el juzgado de lo Social Nº5 de Vigo, ejecución Nº 137-2000, resoluciones que se mantienen en su integridad.

3882 Recurso núm. 2.259/04

S.S. CUMPRIMENTO DO REQUISITO DA CONCILIAÇÃO PREPROCESSUAL PREVIA, EN PREITO POR DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Mariño Coto

A Coruña, siete de junio 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. 2.259/04 interpuesto por don D.P.B. 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 doña M.A.G.V. en reclamación de despido siendo demandado don D.P.B. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 36/04 sentencia con fecha veintisiete de febrero de dos mil cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Doña M.A.G.V., mayor de edad, con D.N.I. nº ..., viene prestando servicios por cuenta de don D.P.B. -con actividad de Restaurante-, en las siguientes circunstancias: a) Prestó servicios desde el 05.08.02 hasta enero de 2003, volviendo a trabajar el 10 de abril de

2003; b) Realizaba en un principio labores de camarera, pero venía realizando principalmente labor comercial de captación de clientes, con reparto de folletos de propaganda ante el local o en zonas turísticas; c) el salario abonado era de 1.652,78 € de Junio a agosto y de 1.081,82 € de mayo a septiembre, con prorrateo de Pagas Extras. II.- El día 12.12.03 se entregó a la actora carta que decía : "1.- El pasado día 29.11.03, tras reincorporarnos de las vacaciones anuales, y a presencia de varios compañeros de trabajo, preguntó a la Dirección de la empresa qué días iba a descansar la semana siguiente, a lo que se le respondió que ya se le fijaría el día y medio de descanso por la empresa a inicios de la semana siguiente, a lo que Vd. contestó que ud. "ya cogeré yo los días que me interesen la semana siguiente", a lo que la Dirección de la empresa le respondió que no podía tomarse los días que quisiera, que en todo caso era día y medio d descanso, y se le prohibió expresamente que se tomase el descanso sin consentimiento y fijación de los días por la empresa. 2.- Pese a lo anterior, el día 3 y 4 de diciembre de 2003, faltó Vd. a su trabajo sin autorización y sin justificación de clase alguna, dejando de prestar servicios durante los días referidos. Pero a la semana siguiente, y sin ninguna otra explicación, vuelve a faltar a su trabajo los días 10 y 11 de diciembre, también sin que esté autorizado para ello y sin que sea justificada su incomparecencia a su trabajo habitual. 3º.- Además de todo lo anterior, el día 8 de diciembre de 2003, entre las 21,00 y 22,00 horas llegó con una vestimenta inadecuada para prestar su trabajo, por lo que doña S.S., esposa del empresario, le indicó que esa no era vestimenta para ir a trabajar, a lo que ud. Contestó, a presencia de otros compañeros de trabajo, con insultos hacia mi esposa, tales como puta, perra, provocadora, etc., y causando un gran escándalo público delante de todos los comensales que en ese momento se encontraba en el restaurante, gritando alocadamente con frases como "¡echádmme, echádmme!, que os conviene", gritos que todo el comedor oyó. Como quiera que entre la vestimenta inadecuada se encontraba con dos bufandas alrededor del cuello y la cabeza, el empresario le ordenó que se quitase dichas bufandas, a lo que se negó y se dedicó el resto de la noche a estar en la puerta del restaurante, fundamento y sin realizar trabajo alguno. Y en un momento dado, tras los hechos anteriores, sin saber como consiguió llamar a su marido, que se presentó más o menos a los 15 minutos, y éste procedió a insultar al empresario y a su esposa, llamándola-

le a ésta “gorda asquerosa”. Más tarde, a la hora de la salida, se fue a la oficina para hablar con el empresario, y cuando llegó su esposa S., Vd. Le dijo que se fuera que quería hablar con D., pero que ella no pintaba, y que estaba haciendo en la oficina y que se fuera para que ella pudiera hablar con el empresario, y como S. no se fue, se marchó sin dar más explicaciones”. III.- La actora no accedió al trabajo el día 10.12.03, no existiendo en el centro cuadro de descansos. IV.- Presentó la demandante papeleta de conciliación el 23.12.03, siendo citadas las partes para el 09.01.04, a las 9,45 horas, llegado tal día y hora y no compareciendo persona alguna por la parte demandante, la Letrada conciliadora se puso en contacto telefónico con la C.I.G., en tanto aparecían en la papeleta de conciliación como representantes de la actora- hablando con el Sr. R.M., quien manifestó que de inmediato se personarían en el SMAC. Sin embargo, la parte demandada insistió en que se levantara acta de incomparecencia, lo que así se hizo a las 10,30 h., abandonando la representación empresarial las dependencias, dónde de inmediato compareció el representante de la actora, Sra. G.V., la cual había sufrido aquella noche una crisis de gastro-entero colitis, que según manifestó le había hecho perder la noción del tiempo.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que debo desestimar y desestimo las excepciones planteadas por la demandada de falta de conciliación previa y caducidad de la acción; y estimando la demanda declaro improcedente el despido de que fue objeto la actora el 12.12.03, condenando a don D.P.B., a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte entre la readmisión de la actora a su puesto de trabajo o el abono de una indemnización de 1.225,12 €, con pago en todo caso de los salarios dejados de percibir desde el despido a la notificación de la sentencia, a razón de 36,06 € diarios.”

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, desestimando las excepciones de falta de conciliación previa y caducidad de la acción

planteadas por la parte demandada, estimó la demanda interpuesta por doña M.A.G.V. y declaró improcedente el despido de que fue objeto la actora el 12.12.03, condenando a don D.P.B. a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, optase entre la readmisión a la actora a su puesto de trabajo o el abono de una indemnización de 1.225,12 Euros con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia, a razón de 36,06 Euros diarios y, frente a dicha resolución, se alza en suplicación el demandado, articulando su recurso en atención a cuatro motivos y solicitando a la Sala, en el suplico del recurso, que “se sirva dictar nueva sentencia por la que, revocando la de instancia, se estime íntegramente el presente recurso por cualquiera de los motivos alegados y todo ello con los demás pronunciamientos que correspondan”.

SEGUNDO.- En el motivo primero del recurso, con amparo procesal en el artículo 191 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, interesando que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la citación a juicio “por cuanto era y es necesario, para una defensa con todos los medios de prueba, tener conocimiento de la justificación que se alega por la actora para la incomparecencia al SMAC, al objeto de, cuando menos, poder discutir, mediante los medios de prueba pertinentes, si es, o está justificada o no la incomparecencia del día 9 de enero de 2004”, según asevera.

El demandado ampara su pretensión de nulidad de actuaciones, arguyendo, en síntesis, que no tuvo conocimiento de la existencia de un certificado del Letrado conciliador del SMAC ni de un escrito dirigido al Juzgado de lo Social de Vigo por la persona que tenía que comparecer ante dicho Organismo en nombre de la actora el día 09.01.04, ni de un parte de consulta y hospitalización por que no se le dio traslado de ello junto con la demanda, así como que en la demanda nada se dice respecto a la justificación o no de la incomparecencia de la persona que representaba a la actora y que, en el certificado del Letrado conciliador del SMAC nada se dice sobre la enfermedad de la persona que debía comparecer en representación de la actora ni el porqué del retraso en acudir al acto de conciliación, por lo que entiende que se le ha situado en una situación de indefensión que ampararía su

solicitud de retrotraer las actuaciones y darle la posibilidad de articular prueba al respecto, en defensa de sus intereses.

No ha lugar a la adopción del drástico remedio de nulidad que postula la parte demandada, ahora recurrente, habida cuenta de que, por más que no hay constancia alguna de que, en el acto del juicio celebrado en la instancia, la parte demandada hiciese protesta o mención alguna en orden a la supuesta indefensión que se derivase de la falta de traslado de documentos adjuntos a la demanda, siendo así que en dicho acto debía y podía haber puesto de manifiesto lo que a bien tuviese en relación con tal circunstancia, no puede soslayarse que, habiendo sido citado para comparecer en dicho acto “con los medios de prueba de que intente valerse”, solo a la propia parte es imputable la supuesta falta de aportación de prueba que ampara-se sus intereses, siendo de destacar que, pese a lo aseverado, el demandado propuso prueba de confesión así como la documental que se reseña en el acta del juicio, lo que pone de relieve que en modo alguno medió óbice o cortapisa que limitase o restringiese las posibilidades de defensa del demandado, al que le fueron admitidos cuantos medios de prueba tuvo a bien proponer al efecto, siendo de recordar, en atención a lo establecido por la doctrina Jurisprudencial, por todas la sentencia de 17.02.99 de la que se hace eco la propia Juzgadora de instancia, que el acto de conciliación, como presupuesto procesal, es claro que su cumplimiento o incumplimiento corresponde siempre decidirlo al Órgano Jurisdiccional y que, como se desprende de lo actuado, la patronal demandada tuvo conocimiento de que la parte conciliante, después de que desde el SMAC se pusieron en contacto con sus representantes, tenía la intención de comparecer, sin que, pese a ello, aquella parte consintiese en aguardar la llegada de la referida representación de la actora, antes bien, interesó se levantase acta de incomparecencia y, una vez solventado dicho trámite, se ausentó de las dependencias del citado Organismo, en el que, inmediatamente se personaron los representantes de la solicitante a los que se les informó de lo acaecido, lo que unido a la citación para juicio, con los trámites inherentes a ello, debió de haber movido al interpelado a acudir a dicho acto de juicio con todos los medios de prueba que tuviese a su alcance y, si consideraba que se le había colocado en indefensión por defectos en el traslado de documentos o por cualquier otra

causa, hacer oportuna protesta, lo que no consta que hubiese tenido lugar, de manera que, habiendo llegado la Juzgadora de instancia a la consideración de que la incomparecencia, o retraso en comparecer, ante el SMAC de la parte conciliante, estaba justificada en atención a la indisposición, por enfermedad, de la representante de aquella, y no evidenciándose la concurrencia de una situación de indefensión derivada de una actuación imputable al Órgano Jurisdiccional que afectase a la parte demandada recurrente, deviene procedente la desestimación del motivo primero del recurso interpuesto por dicha parte.

TERCERO.- En el motivo segundo del recurso, al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa la parte demandada recurrente, en primer lugar, que modifique el inciso final del hecho probado primero, apartado a) “in fine”, para que se consigne que la antigüedad de la actora en la empresa es desde “el 17 de abril de 2003”; en segundo lugar, que se modifique el apartado c) del propio hecho primero, ofreciendo una redacción alternativa según que se considere la categoría de la demandante como “camarera o comercial” o como “relaciones públicas”, y, por último, impugna el inciso final del hecho probado cuarto, aseverando que “la documental indica otra cosa”, con el argumento de que lo reflejado en el inciso en cuestión – a la sazón, “le había hecho perder la noción del tiempo” – era una mera manifestación de la actora y que el parte médico del folio 17 no refiere más que la dolencia pero no la que tal patología tuviera efectos sobre la percepción espacio temporal de la representante de la actora.

Como en reiteradas ocasiones ha establecido esta propia Sala, “la flexibilización en el formalismo exigible para interponer el recurso de suplicación, no puede llevar a una impugnación abierta y libre ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión, siendo así que, a tenor de reiterada jurisprudencia, de ociosa cita, el recurso de suplicación, por su naturaleza extraordinaria, no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratara, ni la parte interesada puede conseguir modificar los hechos probados si no es por el cauce y con los requisitos legales exigidos por el artículo 190 (hoy 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral) y ello siempre que las pruebas documentales y periciales practicadas pon-

gan de manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador, es decir, que se desprenda de un modo claro y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis más o menos razonables o lógicas, sin que pueda desdenarse el hecho de que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del Juzgador”, lo que aplicado al presente supuesto determina el rechazo de las pretensiones de revisión auspiciadas por la patronal demandada y es que, en relación con la modificación del inciso final, apartado a) in fine, del hecho probado primero la documental invocada, obrante a los folios 24 a 29, no pone de manifiesto la concurrencia de error de la Juzgadora de instancia en la valoración e interpretación de la prueba practicada, habiendo hecho uso de las facultades que le otorga el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y extrayendo de la confesión judicial del demandado las consecuencias que plasmó en el referido ordinal ahora impugnado, dejando patente en el fundamento jurídico primero de la propia resolución las razones por las que entiende que la antigüedad de la actora debe fijarse en el 10.4.2003, sin que la parte haya logrado desvirtuar tales razonamientos, por lo que debe mantenerse inalterado el apartado a) del hecho probado primero donde se expresa que la actora: “a) Prestó servicios desde el 05.08.02 hasta enero de 2003, volviendo a trabajar el 10 de abril de 2003”; y la propia consideración desestimatoria debe merecer la pretensión de modificación relativa al apartado c) del propio hecho primero, pues la interpretación de la prueba llevada a cabo por la Juez “a quo” en relación con el salario de la demandante, valorando la prueba de confesión empresarial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 316.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil, “ante las evasivas del empresario”, como refleja el fundamento jurídico primero b) de la resolución impugnada no ha sido desvirtuada por la parte recurrente, habida cuenta de que la documental de los folios 41, 42 y 51 a 83 y 66, 67 y 71 de los autos, en donde se plasman una nómina del actor relativa al mes de Septiembre del 2003 y Convenio Colectivo de Hostelería, sin soslayar que el Convenio Colectivo carece de efectos revisorios en suplicación, no pone de relieve, de la manera directa, inconcusa y sin necesidad de razonamientos o conjeturas que exige la naturaleza y carácter del recurso de suplicación, la concurrencia de error en la hermenéutica y valoración de la prueba efectuada en la instancia, no siendo dado a la parte sustituir por su propio e intere-

sado criterio el objetivo e imparcial parecer de la Juzgador de instancia, por lo que ha de mantenerse inalterado el apartado c) del hecho probado primero donde se expresa que “El salario abonado (a la actora) era de 1.652,78 Euros de junio a agosto y de 1.081,82 Euros de mayo a septiembre con prorrata de pagas extras”; siendo, por último, de rechazar la pretensión de que se modifique el inciso final del ordinal cuarto, habida cuenta de que la literalidad del párrafo en cuestión pone de relieve que la Juzgadora está reflejando la manifestación efectuada por la representante de la actora ante el SMAC relativa a que la crisis de gastroenteritis padecida en la noche anterior a la comparecencia le había hecho perder la noción del tiempo y tales consideraciones no pueden combatirse con el socorrido argumento de que “no está acreditado de modo alguno”, como pretende la recurrente, sin que pueda olvidarse que, conforme a reiterado criterio Jurisprudencial, sentencias, entre otras, del Tribunal Supremo de 03.06.85; 15.07.86; 21.12.89 y 27.03.90, no cabe la alegación de prueba negativa, esto es, no puede fundamentarse la revisión en el simple alegato de inexistencia de pruebas demostrativas del hecho declarado probado, habida cuenta de que es al Juzgador de instancia y no a la Sala a quien le corresponde valorar la prueba, por lo que no puede prevalecer una alegación de prueba negativa frente a una valoración probatoria hecha por el Juzgador de instancia, de manera que el inciso final del hecho probado cuarto ha de permanecer inalterado.

CUARTO.- En sede jurídica, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, la patronal recurrente dedica el motivo tercero a la denuncia de infracción del artículo 66.1 y 2, así como la inaplicación de los artículos 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y transgresión de la doctrina Jurisprudencial a que se refirió, mientras que en el motivo cuarto, con el propio amparo procesal, denuncia la infracción del artículo 11 del Real Decreto 2.756/1999, de 23 de Noviembre.

Inalterados los ordinales que constituyen el relato histórico de la sentencia de instancia, no ha de tener acogida la censura jurídica a que se contraen los referidos motivos tercero y cuarto del recurso y es que, por más que los criterios de la Juzgadora de instancia relativos a que la representación de la empresa tuvo cabal conocimiento de que los

representantes de la actora iban a comparecer en el acto de conciliación señalado para el día 09.01.04, una vez que fueron avisados por la Letrada conciliadora ante la ausencia de representante alguno en la hora señalada al efecto - las 9,45 horas, a la sazón - y que a las 10,30 horas la parte demandada, conocedora de la voluntad de los representantes de la actora, insistió en que se levantara acta de incomparecencia lo que así se hizo a las 10,30 horas, personándose de inmediato la representación de la demandante que había sufrido aquella noche una crisis de gastroentero colitis, manifestando que dicha patología le había hecho perder la noción del tiempo, no han sido desvirtuados por la parte demandada recurrente, no puede soslayarse que, aún cuando no sea facultad de las partes acomodar el horario de celebración de actos como el reseñado en atención a sus propios y particulares intereses, sí existen circunstancias que justifican la tardanza o incluso la incomparecencia, tales como indisposición o enfermedad u otras causas sobrevenidas que pongan de relieve la imposibilidad de acudir, en tiempo y forma, a la convocatoria de que se trate, y ello es lo que acaeció en el presente procedimiento, siendo de recordar que, como hemos referido "ut supra", el Órgano Jurisdiccional tiene facultades y competencia para determinar si se ha cumplido o no con el trámite de conciliación previa, y, en el caso que nos ocupa, la Juzgadora de instancia llega a la consideración de que conociendo la parte demandada la voluntad de la actora de comparecer en juicio y continuar el proceso, como se desprende del certificado emitido por la Letrada conciliadora, habiendo comparecido, aún con retraso, una vez que la contraparte se había ausentado y se había levantado acta de incomparecencia, no deviene aplicable el artículo 66.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino que debía tenerse por intentado el acto, a lo que cabe añadir que, citada con las formalidades de rigor para la celebración del juicio oral ante el Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, la parte demandada debió de haber comparecido con todos los medios de prueba de que intentase valerse, sin que el alegato, no demostrado, de que no tenía conocimiento del parte de consulta médica de la representante de la actora ni de la certificación del Letrado conciliador ni del escrito dirigido al Juzgado de lo Social por la citada representante, constituya óbice para la ratificación de lo resuelto en la instancia, no constando que en el acto del juicio hubiese hecho expresa y formal protesta al efecto,

antes bien efectuó la contestación en los términos recogidos en el acta del juicio y propuso, y le fueron admitidos, cuantos medios de prueba tuvo a bien en defensa de sus intereses, de manera que no se evidencia concurrente una situación que vulnere la normativa que se cita en el motivo tercero ni tampoco la doctrina Jurisprudencial asimismo invocada en dicho motivo, pues, habiendo llegado la Juzgadora de instancia a la consideración, entre otras, de que concurrió causa justificada en relación con la incomparecencia de la representación de la actora al acto de conciliación, cabe dar por cumplido el requisito de la conciliación previa, en tanto que, por último, tampoco se ofrece vulnerada la normativa, procesal que no sustantiva, a la que se refiere el motivo cuarto pues, emitida certificación por la Letrada del SMAC el día 13.01.04 y acreditada la causa de incomparecencia de la representación de la actora, estando próximo a agotar el plazo máximo de suspensión de 15 días, la nueva celebración de acto conciliatorio no se ofrecía necesaria habida cuenta que, como acaeció, la justificación o no de la incomparecencia habría de ser considerada y valorada por el Juzgado de lo Social que entendió del asunto, de manera que, en atención a lo hasta ahora expuesto, compartiendo la Sala los razonamientos de la Juzgadora "a quo", que no ha logrado desvirtuar la parte demandada, lo que, por ende, determina el rechazo de lo solicitado en el "otrosí segundo" del recurso, deviene procedente la desestimación del recurso articulado por don D.P.B. y la confirmación de la sentencia de instancia.

QUINTO.- En atención a lo establecido en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, se imponen a la parte demandada recurrente las costas del recurso que incluirán los honorarios del Letrado de la demandante impugnante del mismo en la cuantía de 300 Euros.

Fallamos

Desestimado el recurso de suplicación articulado por don D.P.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, de fecha 27.02.04, en autos nº 36/04, instados por doña M.A.G.V., confirmamos la resolución de instancia e imponemos a la parte demandada el abono de las costas del recurso que incluirá el pago de los honorarios del Letrado de la parte actora impugnante en la cuantía de 300 Euros.

3883 Recurso Nº 1.635/04

S.S. DISCRIMINACIÓN POR MOR DE IDADE. TRASLADO POR NON TER ACCEDIDO A OFERTA DE PREXUBILACIÓN. PROBA DE INDICIOS E XUSTIFICACIÓN DA EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Jesús Outeiriño Fuente

A Coruña, a ocho de junio 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 1.635/04, interpuesto por el Letrado don A.S.C.D., en nombre y representación de don R.F.V., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 069/04 se presentó demanda por don R.F.V., sobre tutela derechos fundamentales, frente a "B.P., S.A.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 10 de febrero de 2004 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor, don R.F.V., viene prestando sus servicios para el "B.P., S.A." desde el 01.04.67 con la categoría profesional de Técnico nivel V y percibiendo el correspondiente salario, prestando servicios en el Departamento de Producción informática de Coruña. SEGUNDO.- El actor recibió ofertas de prejubilación de la empresa demandada y que constan en los documentos nº 2 a 6º, incluidos en su totalidad. Las ofertas de prejubilación se vienen realizando también a otros trabajadores de la empresa. TERCERO.- El 18.12.03 se comunicó al actor que tenía que prestar sus servicios en el Polígono de Bergondo al encontrarse sobredimensionada la plantilla de servicios técnicos y ante la queja sobre sus servicios realizada por determinados directivos de la empresa. CUARTO.- La distancia entre A Coruña capital y la localidad de Bergondo es

inferior a 25 Km. QUINTO.- Se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C. el día 12.02.04, con el resultado de "sin avenencia".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por don R.F.V. contra el "B.P., S.A.", con intervención del Ministerio Fiscal, sobre tutela de derechos fundamentales, absolviendo a esta entidad de los pedimentos contenidos en la misma. Notifíquese... etc.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor absolviendo libremente de la misma a la empresa demandada. Y contra este pronunciamiento recurre el demandante articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la adición al final del ordinal tercero de los hechos probados del siguiente texto: "encargándosele funciones y tareas de inferior categoría".

El motivo no puede prosperar, pues la modificación interesada se apoya en un juicio de valor realizado en una carta dirigida al actor por el Presidente y Secretario del Comité de Empresa, en la que, según se expresa en la misma, en nombre de dicho Comité y siguiendo sus instrucciones, de acuerdo con un acta de 16 de enero de 2004, se procede a emitir informe sobre el referido actor. El contenido de dicha carta pone de manifiesto que se trata de un documento que no es hábil para la revisión de los hechos probados de acuerdo con lo previsto en el art. 191.b) de la LPL, ya que su contenido expresa una opinión o juicio de valor que tendrían su adecuado cauce procesal por la vía de la prueba testifical y no documental, siendo así que ninguno de los firmantes de dicha carta fue propuesto como testigo en el acto del juicio.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c) de la LPL formula el recurrente otros dos motivos de suplicación -que por su íntima conexión han de ser examinados conjuntamente en los que denuncia: en el primero, diferentes infracciones del art. 179.2 de la LPL, al estimar que la

sentencia recurrida incurre en falta de rigor al destacar la insuficiencia de los indicios aportados, haciendo caso omiso de la doctrina del TC que cita, cuando - a juicio del recurrente- si concurren tales indicios de una actuación discriminatoria, ya que el art. 179.2 y la doctrina que lo interpreta, tan sólo exigen del trabajador que aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo), una "prueba verosímil" (STC 207/2001, de 22 de octubre), un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación o de una quiebra del derecho fundamental de que se trate (SSTC 293/1993, de 18 de octubre, 87/1998, de 21 de abril, 140/1999, de 22 de julio, 29/2000, de 31 de enero, 214/2001, de 29 de octubre y 14/2002, de 28 de enero); unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión; la acreditación de la existencia de indicios racionales de la probabilidad de la lesión alegada.

Y toda la información de los hechos declarados probados, confirma -a juicio del recurrente- que existen fundadas sospechas de que el "B.P., S.A." actuó con ánimo represivo, por un móvil discriminatorio y entorpecedor de los derechos del trabajador: Así, el hecho primero de la demanda constata que el Banco decide trasladar por primera vez a un trabajador con más de 36 años de antigüedad en los Servicios Informáticos del Banco. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 20 de noviembre de 1997 (EDJ 1997/17.637), consideró como indicio suficiente "la sorpresividad del traslado al recaer sobre un empleado con más de quince años de antigüedad". El hecho probado segundo confirma el carácter represivo del acuerdo empresarial, al hacer coincidir el traslado con la decisión del trabajador de no jubilarse. Indicio que fue considerado suficiente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 31 de julio de 2002 (EDJ 2002/36.596), "acreditada la existencia de indicios reveladores de que se ha producido una vulneración de la garantía de indemnidad del demandante, dada la coincidencia de que su traslado se acuerda cuando rechaza la modificación de condiciones y ejercita acciones en defensa de sus derechos". Y el hecho tercero, a sensu contrario, demuestra que el acuerdo empresarial se adoptó sin sometimiento a procedimiento alguno y sin comunicación escrita.

En el siguiente motivo de recurso denuncia el actor la vulneración de los artículos 179.2 LPL, 30 del Convenio Colectivo de la Banca Privada y 58.2 del ET, lo que, a su juicio, supone otro indicio de que el acuerdo empresarial fue arbitrario, contrario a la buena fe y discriminatorio, ya que la revisión fáctica propuesta en este recurso, como último indicio, acredita que el actor fue destinado a realizar funciones que no son propias de su categoría profesional. En consecuencia, a pesar de las dificultades probatorias, de la imposibilidad para el trabajador de revelar los verdaderos motivos y de la inexistencia de un procedimiento, se han aportado cuatro indicios que cualquiera de ellos, generan una razonable sospecha, apariencia y presunción de que dicha entidad actuó con ánimo represivo y discriminatorio de los derechos del trabajador. Lo que ya no se entiende es que la sentencia impugnada desoiga el reconocimiento expreso que realiza la contestación a la demanda, corroborando la sospecha aportada por los indicios: "se le ofreció la posibilidad de prejubilarse, se le dio tiempo para reflexionar se le aclaró que de no prejubilarse se le cambiaría de puesto de trabajo". Sin embargo, alega el recurrente, la ilicitud del procedimiento seguido por el Banco y el incumplimiento de lo preceptuado en los citados artículos, impiden calificar la decisión empresarial como objetiva, razonable y proporcionada, pues no puede basarse tal decisión en el art. 30 del XVIII Convenio Colectivo de Banca, cuando la empresa debía ofertar las plazas vacantes a aquellos trabajadores que tuvieran interés en ocuparlas. Además, respecto de las quejas que se dicen recibidas por los servicios prestados por el actor, se ha vulnerado la forma escrita requerida por el artículo 58.2 del Estatuto de los Trabajadores. Lo que provoca que se desconozca la infracción cometida, su calificación, los hechos que la motivan, la fecha, y, en definitiva, la sanción impuesta. Ambas cuestiones se analizan en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 20 de noviembre de 1997 (EDJ 1997/17.637, del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 27 de julio de 2000 (EDJ 2000/51.781), y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 31 de julio de 2002 (EDJ 2002/36.596). Demostrado el incumplimiento de lo preceptuado en los artículos precedentes, toda vez que no se instó el procedimiento disciplinario, no se contempló por la empresa la posibilidad de peticiones voluntarias por parte de otros empleados; debe concluirse, según el recurrente, que el

“B.P., S.A.” no ha sido capaz de acreditar la bondad de su decisión.

La cuestión a dilucidar en el presente recurso -y en la demanda- es la relativa a si el cambio de puesto de trabajo ordenado al actor por el banco demandado, y consistente en enviarlo a prestar sus servicios a la localidad de Bergondo, tras su negativa a aceptar la oferta de prejubilación de la empresa, puede calificarse como discriminatorio o lesivo de un derecho fundamental. Y a la vista del contenido del relato fáctico y de los razonamientos de la sentencia de instancia, la respuesta que ha de darse por este Tribunal ha de ser en el sentido postulado por el recurrente, en función de las siguientes consideraciones:

1.- Para resolver la cuestión de fondo planteada en la demanda es obligado partir de la doctrina del Tribunal constitucional que, en una consolidada jurisprudencia que arranca de la STC 38/1981, de 23 de noviembre, ha perfilado las reglas que ordenan la distribución de la carga de la prueba en supuestos como el que ahora nos ocupa. Con arreglo a esta doctrina, «cuando se alegue que una determinada medida encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales, incumbe al autor de la medida probar que su actuación obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental» (SSTC 136/1996, de 23 de julio; 87/1998, de 21 de abril; 29/2000, de 31 de enero, y 114/2002, de 20 de mayo, 98/2003, de 2 de julio, entre otras muchas). Ahora bien, para que se produzca este desplazamiento del *onus probandi* no basta simplemente, en lo que aquí importa, con que el actor tache la medida de discriminatoria, sino que, además, «ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato» (SSTC 136/1996, de 23 de julio, y 48/2002, de 25 de junio). Sólo, pues, cuando esto último sucede, la parte demandada asume en su consecuencia «la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión» (STC 21/1992, de 14 de febrero), y destruir así la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios (STC 74/1998, de 31 de marzo). Naturalmente, no se trata de situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación— (SSTC 266/1993, de 20 de septiembre, y 214/2000, de 29 de octubre), sino ante la carga de probar, «sin que le baste intentarlo» (STC 114/1989, de 22 de junio), «la razonabilidad y proporcionalidad de la medida

adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito» contrario a la igualdad (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, y 17/1996, de 7 de febrero). En esta misma jurisprudencia está dicho también que la mencionada carga probatoria opera igualmente en los supuestos de decisiones discrecionales, o no causales, y que no precisan por tanto ser motivadas, pues «ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión discrecional contraria a los derechos fundamentales del trabajador» (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 190/2001, de 1 de octubre).

2.- Y en el presente caso, ese panorama lesivo del derecho fundamental debe entenderse acreditado, pues consta probado que el actor, trabajador al servicio de la sociedad demandada “B.P., S.A.” desde el 01.04.67, con la categoría de técnico de nivel V en el Departamento de Producción informática de A Coruña, recibió de su empleadora diversas ofertas de prejubilación, la última de fecha 23.10.03, que decidió rechazar. En 18.12.03 se le comunicó que tenía que prestar sus servicios en el Polígono de Bergondo al encontrarse sobredimensionada la plantilla de servicios técnicos y ante la queja sobre sus servicios realizada por determinados directivos de la empresa.

No ofrece duda que la decisión empresarial, producida escaso tiempo después de la negativa del trabajador a aceptar la oferta de prejubilación, comporta un evidente indicio de lesión de su derecho fundamental a no ser discriminado, en este caso, por razón de edad (art. 14 CE), así como infracción de su derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), 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 (art. 179.2 LPL).

Y tal prueba en absoluto puede estimarse acreditada, pues no la constituye la *afirmación genérica de sobredimensión de la plantilla de servicios técnicos*, ni la alegación de queja sobre el actor realizada por determinados directivos de la empresa, ya que no se ha aportado ningún dato concreto que permita apreciar la realidad de esa efectiva sobredimensión de plantilla que podría legitimar el cambio de puesto de trabajo impuesto al actor, *ni tampoco el contenido de esas supuestas quejas ni las personas que las formularon*, ni mucho menos que las mismas fuesen transmitidas al trabajador, verbalmente o por escrito, para que pudiera conocerlas y, en su caso, defenderse de ellas, o

que éste hubiese sido objeto de alguna advertencia o sanción por defectuoso cumplimiento de sus obligaciones laborales.

La decisión empresarial de cambiarle de puesto de trabajo enviándolo de Coruña a Bergondo, se revela así como lesiva de su derecho fundamental a no ser discriminado por razón de edad (art. 14 CE) frente a los demás trabajadores y, en especial, frente a quienes fueron objeto de otras ofertas de prejubilación y, que no consta, hubiesen sido objeto de un trato igual al que ha sido dado actor, a quien asistía el derecho a continuar trabajando y a no aceptar la oferta empresarial. Por ello, el proceder de la sociedad demandada, a falta de prueba de toda razonabilidad de la decisión adoptada, se revela también como lesiva del derecho fundamental a la libertad personal del trabajador (art. 17.1 CE), en cuanto que, dada su conexión y proximidad espacio temporal, aparece haberle sido impuesta como represalia y, a la vez, como medio de obligarle a aceptar esa prejubilación, al comportar para él una nueva situación laboral mas gravosa y de carácter permanente. Así lo pone también de manifiesto la propia contestación a la demanda por parte de la entidad demandada, cuando afirma que “se le dio la posibilidad de prejubilarse, se le dio tiempo para reflexionar y se le aclaró que de no prejubilarse se le cambiaría de puesto de trabajo”; acuerdo empresarial éste que se adoptó sin sometimiento a procedimiento alguno y sin comunicación escrita ni justificación de ningún tipo. Consecuentemente, y con independencia de que el art. 30 del Convenio colectivo -citado en su apoyo por la sociedad demandada al contestar a la demanda- no exija necesariamente, según la doctrina jurisprudencial (STS de 27 de octubre de 2003, RJ 2003\8.397), que se realice una convocatoria u oferta pública de las vacantes existentes, ello no significa que la empresa no tenga que considerar en su decisión los factores que la norma convencional menciona, en concreto, *la consideración de las diversas peticiones voluntarias y la proximidad del domicilio*, cuestiones éstas que la demandada no ha tomado en consideración ni a las que tampoco ha dado el mas mínimo cumplimiento. La conclusión, por tanto, ha de ser la aceptación del recurso, la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demanda en lo substancial, con la consiguiente declaración de nulidad radical de la orden de cambio de puesto de trabajo del actor, dejándola sin efecto, y condena de la sociedad demandada a la inmediata reposición del demandante a su puesto de trabajo, en las

mismas condiciones que regían con anterioridad a la mencionada orden. Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don R.F.V., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 10 de febrero de 2004 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de esta Capital, y con estimación de la demanda en lo substancial, declaramos la nulidad radical de la orden de cambio de puesto de trabajo dada al actor con fecha 18 de diciembre de 2003, la que dejamos sin efecto. En consecuencia, condenamos a la sociedad demandada “B.P., S.A.”, a la inmediata reposición del demandante a su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían con anterioridad a la mencionada orden.

3884 Recurso núm. 1.942/04

S.S. REQUISITOS PARA QUE SE DETEÑA A REMUNERACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN, EN SUPOSTOS EN QUE O EMPRESARIO RECONOCE A IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO DECRETADO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, ocho de junio 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. 1.942/04 comprensivo de recursos interpuestos por don J.S.G. y la Empresa “I., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.S.G. en reclamación de despido siendo demandado la empresa “I., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 826/03 sentencia con fecha seis de noviembre 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.- El actor don J.S.G. viene prestando sus servicios para la Empresa "I., S.L." desde el 18.06.98 con la categoría profesional de jefe de la sección de talleres y percibiendo un salario mensual de 1.880,36 euros con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias. 2.- La empresa demandada comunicó al actor el 01.09.03 carta fechada el 01.09.03 en el sentido siguiente: "Por la presente, la dirección de esta empresa, comunica al trabajador que dada la dificultad de probar la procedencia del despido, reconoce el mismo como despido improcedente y atendiendo a lo establecido en el art. 56.1.a) del E.T., indemniza al trabajador según los términos del mismo y le comunica que, en el plazo de 48 horas será consignada la cantidad correspondiente en el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, estando desde ese momento a su disposición". 3.- El actor percibió en los meses 09.02 a 08.03 incluidos los siguientes salarios con prorrateo de pagas extraordinarias:

09.02:	1.736,70 euros
10/02:	1.744,15 euros
11.02:	2.574,90 euros
12.02:	1.744,15 euros
01.03:	1.794,77 euros
02.03:	1.790,21 euros
03.03:	1.790,21 euros
04.03:	1.790,21 euros
05.03:	1.790,21 euros
06.03:	1.790,21 euros
07.03:	1.790,21 euros
08.03:	1.790,21 euros

Según consta en las nóminas aportadas tanto por el actor como por la empresa, nóminas que se tienen por íntegramente reproducidas en cuanto a los conceptos que en ellas se incluyen. 4.- La empresa demandada consignó en el Juzgado de lo Social el 02.09.03 la cantidad de 13.676,03 euros y mediante la presentación en el Juzgado de escrito del tenor siguiente: "Primero: Que con fecha 1 de septiembre de 2003 se comunica al trabajador don J.S.G., mayor de edad con D.N.I. ..., su despido con fecha de efecto del mismo día. Segundo: Que la empresa reconoce este despido como improcedente, y pone a disposición del interesado en la misma fecha, su saldo finiquito incluida la indemnización que para este supuesto de despido establece el art. 56.1.a) del E.T. Tercero: Que dado que

el trabajador no ha querido percibir en dicho acto las cantidades referidas anteriormente, la empresa, procede a consignar en este Juzgado de lo Social la cantidad correspondiente al importe de la indemnización que asciende a 13.676,03 a los efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 56.2 del texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Cuarto: Que la empresa comunicará al trabajador la disponibilidad de la citada cantidad en este Juzgado tras la consignación." 5.- No consta que el actor ostente o haya ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. 6.- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 22.09.03 con el resultado de "sin efecto".

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

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don J.S.G. contra la empresa "I., S.L." debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado al actor, condenando a la demandada a que en el plazo de cinco días, desde la fecha de la notificación de la Sentencia opte entre la readmisión inmediata del demandante en las mismas condiciones que poseía con anterioridad o el abono de una indemnización de 11.752,25 euros más, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución que asciende a 62,68 euros diarios"

CUARTO.- Que en fecha doce de noviembre de dos mil tres se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se aclara y se corrige el error sufrido en el fallo de la sentencia en el sentido siguiente: donde dice "el abono de una indemnización de 11.752,25 euros, debe decir "el abono de 14.573,10 euros"

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte don J.S.G. y por "I., S.L." siendo ambos impugnados de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Sentencia de instancia estima la demanda y declara la improcedencia del despido del actor, condenando a la empre-

sa demandada "I., S.L." a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración, en concreto, a que opte por la readmisión del demandante en su puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 14.573,10 euros, más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la resolución recurrida. Frente a este pronunciamiento, interponen recurso las representaciones procesales tanto de la empresa demandada como del trabajador demandante. El trabajador interesa la revocación de la sentencia recurrida en el particular relativo al salario aplicable, solicitando que se modifiquen las cantidades correspondientes a la indemnización, salarios de tramitación y base reguladora salarial para dichos cálculos, solicitando que se incluya el complemento de nocturnidad y que el salario de aplicación ascienda a 2.591,00 euros/mes, articulando al efecto dos motivos de Suplicación, el primero por el cauce del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, dedicado a la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo, formulado por el cauce del apartado c) del mismo artículo, con la finalidad del examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

Por su parte, la empresa demandada no cuestiona la declaración de hechos probados, y formula un único motivo de recurso por el cauce del apartado c) del citado artículo 191 de la LPL, a través del cual denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, e interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala IV del Tribunal Supremo en sus sentencias de fecha 04.03.97 y 30.12.97.

SEGUNDO.- El motivo de revisión planteado por el trabajador recurrente, cuyo recurso se examina en primer lugar, tiene por objeto modificar los hechos probados séptimo y octavo, para que queden redactados del modo siguiente: *"SÉPTIMO: El horario que venía estipulado en el contrato de trabajo era el de cuarenta horas semanales, de lunes a viernes con los descansos establecidos en la ley, sin embargo el trabajador ha venido realizando multitud de horas extras, algunas abonadas y reflejadas en las nóminas y otras pendientes de abono, y trabajando sábados y domingos. La Base Reguladora Salarial que debía recibir el trabajador es la de dos mil quinientos noventa y un euros (2.591,00 euros), incluyendo ya la parte proporcional de las tres pagas extraordinarias a las que tiene derecho el trabajador según el convenio colectivo de aplicación, desglosado de la siguiente forma:*

Salario base	860,51 Euros
Complemento lineal Convenio	277,14 Euros
Mejora Voluntaria	415,58 Euros
Prorrata Horas Extras	396,81 Euros
Complemento de Antigüedad	25,82 Euros
Complemento de Nocturnidad	26,89 Euros
Prorrata Complemento a Líquido	165,13 Euros
Prorrata de pagas extra	332,97 Euros
Plus de Transporte	90,15 Euros
TOTAL	2.591,00 Euros

Por la citada empresa demandada se adeudan cantidades salariales en concepto de atrasos por diferencias en los importes de los salarios percibidos y los que legalmente debía recibir"

"OCTAVO: El trabajador demandante venía realizando el trabajo mediante un sistema a turnos de 7,00 a 15,00 horas y de 15,00 a 23,00 horas, trabajando durante parte del segundo turno dentro del horario nocturno entre las 22,00 horas y las 6,00 horas".

Ninguna de las modificaciones pretendida por la parte recurrente puede acogerse por las siguientes consideraciones: Respecto de la primera, la relativa al hecho probado séptimo, porque de los documentos que cita en apoyo de la revisión no se desprende, en absoluto, que el salario del trabajador sea el solicitado en este motivo, además, la mayoría de los documentos citados como soporte de la modificación (la demanda y el acta del juicio) no son documentos idóneos y eficaces a efectos revisores. Y, lo mismo cabe señalar respecto de la revisión del hecho probado octavo, que se apoya en prueba de confesión, medio éste inidóneo a efectos revisores, ya que las únicas probanzas eficaces a tal fin, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, letra b) y 194.3, ambos de la LPL, son las documentales y periciales.

TERCERO.- En cuanto al motivo de censura jurídica, el trabajador recurrente denuncia, en el apartado A) infracción, por incorrecta aplicación del artículo 56.1.a) del ET, en el apartado B), vulneración de lo dispuesto en el artículo 7.3.8 del Convenio Colectivo Nacional de Artes Gráficas, relativo al complemento de nocturnidad y por extensión, infracción del artículo 3.1.b) y 36 del ET, en el apartado C), infracción del Pacto Extraestatutario de fecha 20 de enero de 2002, en relación con lo dispuesto en el artículo 82.2 y 3 del ET y artículos 1.091 y 1.254 a 1.258 del Código Civil, así como artículo 37.1 de la Constitución y artículo 3.1.b), c) y d) del ET. Y, finalmente, en el apartado D), se denuncia vulneración de lo dispuesto en el artículo

56.1.a) y b) en relación con lo dispuesto en los artículos 3.1.b), 4.1.f), 26, 29, 31, 35 y 36 todos del ET, en relación con los artículos 7.3.1, 7.3.2., 7.3.3., 7.3.4, 7.3.5, 7.3.8, 7.5 y 8.7 todos ellos del Convenio Colectivo Nacional de Artes Gráficas. Se argumenta por el trabajador-recurrente, en esencia, que los días que faltan para completar otro mes más de servicios, deben computarse a efectos de generar derecho a indemnización. Que también debe incluirse en el concepto de salario el complemento de nocturnidad. Que se debe tener en cuenta la revisión salarial del pacto extraestatutario; y, finalmente, que se debe tener en cuenta el prorrateo salarial desde el mes de noviembre de 2001 y no sólo los doce últimos meses.

En relación con el debate sobre cual debe ser el salario procedente a efectos del despido, tras algunas vacilaciones, la jurisprudencia actual, entre otras STS de 8 de junio de 1998 (Ar. 5.114), admite que esta cuestión puede ser objeto de controversia en el proceso de despido, pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es en el proceso de despido donde debe precisarse el salario correspondiente al trabajador despedido, sin que por ello se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella indebidamente otra acción, acumulación que estaría expresamente prohibida por el artículo 27.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Sentado lo anterior, el recurso del trabajador-recurrente no puede prosperar, porque el mismo estaba condicionado al éxito de la revisión fáctica, de modo que el salario que debe regir a los efectos del despido es el que venía percibiendo el trabajador en el momento del cese, y dicho salario no es otro que el que figura en el incombato hecho probado primero de la Sentencia de 1.880,36 euros mensuales. Tal como acertadamente se explica en el cuarto de los Fundamentos de Derecho, dicha cantidad resulta de los recibos de salarios, incluida la revisión salarial establecida en la Resolución de 05.02.01 del Convenio Colectivo Nacional de Artes Gráficas, sin que pueda incluirse el complemento de nocturnidad, porque según se afirma en la sentencia recurrida, no se ha acreditado que el actor viniera realizando una jornada habitual nocturna. Además, al no resultar procedente la revisión fáctica, los conceptos salariales que deben tenerse en cuenta a los efectos del despido y, consiguientemente, para el cálculo de la indemnización, son los reflejados en los hechos probados de la sentencia recurrida.

Finalmente, en cuanto al importe de la indemnización, conforme al artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, esta consistirá *"...en una cantidad de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades"*. Por lo tanto, 45 días, entre doce meses, resultan 3,75 días de indemnización por mes trabajado, el actor ingresó en la empresa el 18 de septiembre de 1998 y fue cesado con efectos de 1 de septiembre de 2003, por tanto, su antigüedad es de 5 años, 2 meses. El trabajador recurrente, señala que según el artículo 56.1 del ET la indemnización debe calcularse sobre la base de una antigüedad de 5 años y tres meses, pero la Sala no acoge esta tesis, dado que la fracción de mes no se puede tomar como mes completo, tal como sostiene el recurrente. Consiguientemente, habiendo trabajado el actor cinco años y dos meses completos, la indemnización que le corresponde ha sido correctamente calculada, por cuanto el salario/día del trabajador asciende a 62,68 euros, por 232,5 días resulta una indemnización de 14.573.10 euros, tal como consta en el auto de aclaración a la sentencia impugnada.

Por todo lo que se deja expuesto, el recurso del actor no prospera, debiendo confirmarse la sentencia recurrida en el particular objeto de impugnación en este recurso, relativo al pronunciamiento sobre el salario de aplicación.

CUARTO.- Pasando al examen del recurso de la empresa demandada, como más arriba se dijo, el mismo consta de un único motivo dedicando al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida, a través del cual denuncia infracción, por aplicación indebida, del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, e interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala IV del Tribunal Supremo en sus sentencias de fecha 04.03.97 y 30.12.97. Se alega por la empresa recurrente, en síntesis, que la sentencia recurrida aplicó el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción vigente hasta el 12 de diciembre de 2002, y no el vigente en el año 2003, año del despido, viene a señalar la empresa recurrente que efectuó adecuadamente la consignación de la cantidad objeto de indemnización, reconociendo la improcedencia del cese, por lo que se ha producido el efecto enervatorio del devengo de salarios de tramitación. Y ello porque realizó una oferta clara, precisa e inmediatamente determinable, que puso a disposición y conocimiento del trabajador los conceptos que por la empresa serían abonados, así como la cuantía correspondiente a

cada uno de ellos, perfectamente separados cuantitativa y conceptualmente y que el depósito se efectuó dentro del plazo legalmente establecido, añadiendo, finalmente, que esta forma de proceder se acomoda a la doctrina jurisprudencial transcribiendo parcialmente las dos sentencias del Tribunal Supremo anteriormente citadas.

El recurso de la empresa debe prosperar. Consta probado y así se desprende del relato fáctico, que el actor don J.S.G. vino prestando servicios para la empresa "I., S.L." desde el 18 de junio de 1998, y percibiendo un salario de 1.880,36 euros mensuales, incluida prorrate de pagas extras. En fecha 1 de septiembre de 2003 la demandada le entregó carta de despido, en el que la empleadora reconocía la improcedencia del mismo y ponía a su disposición la indemnización correspondiente y otras cantidades en concepto de liquidación y finiquito. En fecha 22.09.03 se celebró el acto de conciliación, al que no acudió la empresa demandada, la cual con fecha 2 de septiembre de 2003, consignó en el Juzgado de lo Social núm.3 de esta Capital la cantidad de 13.676,03 euros. La empresa demandada puso a disposición y conocimiento del trabajador, la liquidación y finiquito que se especifica en el documento que obra al folio 199 de los autos, en el que se determinan los correspondientes conceptos de liquidación e indemnización, esta última por importe de 14.631,10 euros, y aplicando a la cantidad global por liquidación, finiquito e indemnización de 15.786,39 euros una retención de 2.110,36 euros, resultaba un importe líquido a percibir a favor del trabajador de 13.676,03 euros, que fue la suma consignada en el Juzgado por la empresa.

Sentado lo anterior, se trata de resolver en concreto si a la luz de las previsiones del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores es o no aceptable jurídicamente el ofrecimiento por el empresario en la fecha de cese, de una cantidad en concepto de "indemnización" y otra como "liquidación y finiquito", separada de la primera, con la afirmación de que dado que el trabajador no ha querido percibir en el momento del cese (01.09.03) el saldo finiquito, incluida la indemnización, la empresa procedió a consignar el importe en el Juzgado de lo Social al día siguiente del despido.

El artículo 56.2 del ET, según la redacción dada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, dispone que *"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".

Partiendo de lo establecido en dicho precepto, la Sala considera que la consignación efectuada por la empresa es correcta y acomodada a las previsiones normativas contenidas en el artículo 56.2 del ET. El juzgador de instancia, considera defectuosamente formulada la misma por dos razones: a).- por no haber sido consignados salarios de tramitación, y, b).- por no haber efectuado la empresa una oferta separada, entendiendo el Magistrado juzgador que la oferta indemnizatoria incluye otros conceptos, pero como veremos, ello no es así.

En relación con los salarios de tramitación, en principio, y ateniéndonos al artículo 56.2 del ET, según la redacción vigente en la fecha del cese, no se devenga cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación, y por tanto no hay que consignar cantidad alguna por este concepto, cuando la empresa demandada reconozca la improcedencia del despido y realice el depósito en las 48 horas siguientes al despido, poniéndolo en conocimiento del trabajador, como se hizo en el presente caso, estableciendo el citado artículo *"...en cuyo caso no se devengará cantidad alguna"*.

Y en relación con la falta de una oferta separada, se trata de una cuestión, que con independencia de la redacción actual del citado artículo 56.2 del ET, resulta aplicable la doctrina jurisprudencial establecida en interpretación de este artículo, entre otras, por la Sentencia de 30 de septiembre de 1998, (Ar. 7.426), que condiciona la limitación en el pago por el empresario al trabajador de los salarios de tramitación a la concurrencia de los tres requisitos siguientes: reconocimiento empresarial de la improcedencia

del despido, ofrecimiento de la indemnización prevista en los apartados a) y b) del apartado 1 del indicado precepto, (el apartado -b- ya vimos que según la redacción actual no es exigible), y consignación de dicha cantidad en las 48 horas siguientes; la empresa recurrente realizó la consignación cumpliendo con todos los requisitos citados, pero según entiende el juzgador de instancia, la empresa no limitó la cantidad objeto de consignación solamente a la indemnización, sino que ofreció en el mismo documento una cantidad en concepto de "indemnización" y otra como "finiquito y liquidación" por distintos conceptos, y ello implica, a su criterio, que no cumplió con uno de los requisitos establecidos en el precepto, según la interpretación del mismo realizada por la citada doctrina jurisprudencial, pues según declara dicha Sentencia del T.S. (cuya doctrina se recoge en la sentencia recurrida) una oferta hecha en tales términos no puede considerarse aceptable a la luz de las exigencias y finalidad perseguida por el precepto estatutario que se trata de aplicar.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, según se señala en la indicada Sentencia de 30 de septiembre de 1998, admite la validez de la oferta, "...cuando el finiquito se hiciera con separación suficiente como para admitir que se trataba de dos ofertas diferentes y, por ello, de posible aceptación, negociación o rechazo independiente por no hallarse mutuamente condicionadas...". Y ello es lo que ocurre en el presente caso. Si se observa el documento que obra al folio 199 de las actuaciones, por el que se pone a disposición y conocimiento del trabajador la indemnización por despido, en el mismo aparecen perfectamente separados, tanto cuantitativamente como conceptualmente, cada una de las cantidades, de forma que dentro de la cuantía indemnizatoria la empresa no ha incluido ningún otro concepto o cantidad, sino que la cantidad ofrecida por indemnización lo es exclusivamente por tal concepto. Ciertamente que en el mismo documento aparecen otras sumas, pero es por otros conceptos ajenos al despido y perfectamente separados de las consecuencias del cese, e incluso el Alto Tribunal considera plausible y no necesariamente incompatible con las exigencias del artículo 56.2 del ET, esta técnica de tratar de solucionar un futuro proceso de salarios, siempre que la oferta se haga con la necesaria distinción de todos los conceptos indicados, como en el supuesto enjuiciado ocurrió.

El Tribunal Supremo concluye señalando que, "... aunque el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores no requiere ninguna for-

malidad específica en cuanto a la oferta empresarial que el mismo contempla, sí que exige que la misma sea lo suficientemente clara como para que el trabajador pueda aceptarla o rechazarla sin más, deviniendo contraria a tal exigencia una oferta condicionada a la aceptación del saldo y finiquito de la relación laboral". Pues bien, la oferta que efectuó la empresa en concepto de indemnización fue clara, precisa, perfectamente diferenciada, y ajena a toda condición de saldo y finiquito de la relación laboral, por lo que la Sala considera que una oferta efectuada en estas condiciones, resulta perfectamente acomodada a las previsiones normativas del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, y debe ser considerada válida y eficaz a estos efectos.

En consecuencia, procede acoger el recurso de la empresa y rechazar el interpuesto por el trabajador, sin costas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la LPL. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa demandada "I, S.L." y desestimando el formulado por el trabajador demandante don J.S.G., contra la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social nº dos de esta Capital, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia del actor don J.S.G., frente a la referida empresa demandada-recurrente, declaramos que desde la fecha del despido, cuya improcedencia ha sido reconocida por la empresa, no se devengará cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación, confirmándola en el particular relativo al salario de aplicación.

3885 Recurso núm. 1.868/04

S.S. DESPEDIMIENTO PROCEDENTE POR REALIZACIÓN DE TRABAJOS INCOMPATIBLES COA SITUACIÓN DE BAIXA POR ENFERMIDADE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña M^a Antonia Rey Eibe

A Coruña, nueve de junio 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. 1868/04 interpuesto por don F.S.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.S.C. en reclamación de despido siendo demandado "L.V., S.A" en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 832/03 sentencia con fecha 06.02.04 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 F.S.C., con DNI número ..., viene prestando servicios para la mercantil "L.V., S.A" con la categoría profesional de visitador médico como promotor de productos y especialidades farmacéuticas, desde el 01.02.01. Con anterioridad trabajó para LABORATORIOS L., acumulando una experiencia como visitador médico en división farmacéutica de 17 años.

SEGUNDO.- El salario medio mensual de don F.S.C. durante la última anualidad antes de caer de baja asciende a 4.429'69 €, cantidad bruta incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. El salario mensual a la fecha del despido es de 3.382'87 €, con prorrateo de pagas extraordinarias.

TERCERO.- Don F.S.C. ha estado de baja por incapacidad temporal derivada de síndrome depresivo con trastorno adaptativo en relación con una situación de estrés laboral, desde el 10.03.03, siendo tratado y valorada su situación de baja por la Mutua A., aunque los partes de baja y confirmación eran expedidos por los facultativos del Servicio Gallego de Salud correspondientes.

CUARTO.- El 09.10.03 y con efectos de ese mismo día, el trabajador recibió la siguiente carta de despido:

La Dirección de la empresa, una vez ha recibido la propuesta de Resolución dictada por el Instructor del expediente disciplinario incoado frente a Vd., le comunica mediante la presente su decisión de proceder a su despido disciplinario con efectos del día de hoy.

La citada decisión se ha adoptado sobre la base de que no se han desvirtuado por

Vd. las imputaciones contenidas en la carta de inicio de expediente disciplinario de fecha 25 de septiembre de 2003, referida a hechos constitutivos de infracción muy grave, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 61.2 del Convenio Colectivo Estatal de la Industria Química, así como de incumplimiento grave y culpable por su parte al amparo de lo previsto en el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Los hechos a que nos referimos son los siguientes:

-Desde el 10 de marzo de 2003 Vd. está en situación de baja médica por incapacidad laboral transitoria hallándose en un estado depresivo intenso según manifiesta en su escrito de descargos, motivo, al parecer, que le impide realizar sus funciones de visitador médico.

No obstante lo anterior, la Dirección de la empresa ha tenido conocimiento que en los meses de julio y agosto de 2003, y, por tanto, durante su período de baja por ILT, Vd. ha venido prestando habitualmente servicios en la Farmacia sita en la C/... (Orense), propiedad de su mujer, doña M.G.L., consistentes en la apertura de la misma, atención, asesoramiento y venta de productos al público durante el tiempo en que la farmacia se encuentra abierta, manipulación de los diversos productos farmacéuticos, cumplimentación y sellado de los impresos de la Seguridad Social e incluso recorte las pestañas correspondientes a las cajas y envoltorios de los medicamentos; cobro de los importes correspondientes a los medicamentos solicitados y, en general, otras actuaciones relativas a la gestión diaria de dicha farmacia. También cierra los locales donde se halla la citada farmacia, al finalizar la jornada.

En el desarrollo diario de las citadas actuaciones no sólo no se evidencia en absoluto los efectos del "síndrome depresivo muy intenso" que Vd. manifiesta padecer, sino todo lo contrario, ya que muestra de forma habitual un excelente estado de humor.

Concretamente en las fechas que a continuación se indican Vd. ha llevado a cabo las actuaciones siguientes:

Día 23 de julio de 03: Atención al público dispensando medicamentos a la clientela de la farmacia sita en la C/... (Orense).

Asimismo cierre de la citada farmacia, propiedad de doña M.G.L. a mediodía (14,34), regresando de nuevo a la farmacia por la tarde, de forma que permanece y trabaja en la misma hasta el final de la jornada, y en concreto hasta las 22,18 horas, momento en que Vd. personalmente cierra la farmacia.

Día 24 de julio de 2003: Desde primera hora de la mañana realiza Vd. las actividades propias de la gestión y llevanza de la farmacia.

Concretamente, permanece Vd. trabajando toda la mañana en la farmacia hasta las 14,28 horas, momento en el que personalmente Vd. procede a su cierre y se desplaza hasta su domicilio.

Regresa nuevamente a la misma a las 21,33 horas para proceder al cierre de la farmacia.

Día 25 de julio de 2003: Desde primera hora de la mañana, se desplaza Vd. a la farmacia en la que permanece hasta las 12,42, momento en el que abandona el citado establecimiento junto a doña M.G.L.

Nuevamente a las 13,53 horas del mismo día regresa a la farmacia y coloca un cartel en el exterior de la misma en el que Vd. facilita su propio número de teléfono móvil personal, esto es el ..., así como su dirección particular en ... Todo ello, por si algún cliente precisaba llamar en caso de urgencia.

Posteriormente Vd. y doña M.G.L. se desplazan a su domicilio. A primera hora de la tarde, Vd. regresa de nuevo a la farmacia para trabajar en ella, realizando entre otras, las actividades de desplazamiento y apertura de cajas en la zona de aquella destinada a los medicamentos. Finalmente, a última hora de la tarde, abandona de nuevo la farmacia.

Día 19 de agosto de 2003: Desde primera hora de la mañana se halla Vd. en el interior de la farmacia junto a doña M.G.L., atendiendo y asesorando a los clientes, manipulando los diversos productos farmacéuticos estampando el sello de la farmacia en los impresos de la Seguridad Social, recortando las pestañas correspondientes a las cajas y envoltorios de los medicamentos, cumplimentando los impresos oficiales y cobrando los importes correspondientes. Las citadas actuaciones Vd. las llevó a cabo durante todo el tiempo en que la farmacia estuvo abierta al público.

Día 20 de agosto de 2003: Una vez más, a primera hora de la mañana se incorpora junta a doña M.G.L. a la farmacia. De nuevo se dedica a atender y asesorar a los clientes de la citada farmacia, realizando las actuaciones propias de gestión de la misma durante el tiempo que aquella estuvo abierta al público.

Día 21 de agosto de 2003: De nuevo se halla Vd. En el interior de la farmacia aten-

diendo personalmente a los clientes durante el tiempo en que aquella estuvo abierta al público.

Asimismo, y coincidiendo con dicho período, la dirección de la empresa ha podido comprobar que Vd. ha venido haciendo uso de la tarjeta S. para repostar su vehículo particular, Modelo ..., matrícula ... Como Vd. bien sabe, la política de "L.V., S.A." en relación al uso de la citada tarjeta por parte de sus visitantes médicos consiste en el abono por su parte de la Compañía de la gasolina repostada en el vehículo de empresa que Vd. dispone, y que sin embargo, Vd. no está utilizando.

No procede que Vd. venga cargando gastos en la citada tarjeta durante un período en el que, no solo se halla supuestamente en situación de baja médica y por tanto no puede llevar a cabo actividad profesional para la compañía, sino que, además, viene desplazándose a la farmacia propiedad de su mujer con un vehículo personal repostado a cargo de "L.V., S.A."

Concretamente ha incurrido en los gastos que a continuación se indican: Junio: 122,32 euros. Julio y agosto, 222,73 euros.

Resulta evidente que los hechos descritos y, en definitiva, la actitud adoptada por Vd. Constituye una manifestación clara y expresa de un trasgresión de la buena fe contractual por su parte, por lo que la dirección de esta Compañía se ve en la necesidad de ratificar y confirmar el contenido de la propuesta de resolución efectuada por el Instructor de su expediente disciplinario, y, por tanto, acuerda proceder a su despido, decisión ésta que se adopta al amparo de lo previsto en los arts. 61.2 del Convenio Colectivo Estatal de la Industria Química y 54.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Queda a su disposición la liquidación de partes proporcionales y demás emolumentos que pudieran corresponderle.

Le rogamos que al recibo de la presente, firme un duplicado de esta carta en prueba de su recepción. Sin otro particular le saluda atentamente.

QUINTO.- De los hechos imputados en la carta de despido, ha quedado acreditado que don F.S.C. ha venido trabajando con asiduidad en la Farmacia que su esposa doña M.G.L. posee como titular en la localidad de ..., en la calle ... En concreto, los días 23, 24, 25 de julio y 19, 20 y 21 de agosto de 2003, acudía a la farmacia, despachando medicamentos, cobrando, rellenando y complementando las recetas con

las pestañas extraídas de los medicamentos, abriendo y cerrando el local, facilitando su número de teléfono móvil el día 25 de julio, festivo en Galicia, reflejando un estado de ánimo normal y de buen humor en el momento de atender a los clientes. En algunas ocasiones durante estos días permanecía en la Farmacia como único responsable de la oficina, ante la ausencia de su esposa, titular de la misma.

SEXTO.- Es práctica habitual de "L.V., S.A.", según su normativa de gestión de colaboraciones, realizar cinco tipos de colaboraciones con facultativos o instituciones:

1.- Contribución económica para la asistencia a un Congreso por medio de talón nominativo entregado por el visitador médico al facultativo correspondiente con acuse de recibo; bono de agencia cuando la tramitación de la asistencia a un congreso se hace por medio de una agencia de viajes, o tramitación por central, cuando es el propio Grupo "L.V., S.A." el que se encarga de la tramitación para la participación en un congreso.

2.- Subvención de materiales de formación (libros, revistas).

3.- Prestación de servicios, esto es, honorarios a liquidar a ponentes o conferenciantes que hubieran participado en actos científicos organizados por "L.V., S.A."; se satisface por medio de talón nominativo contra factura.

4.- Colaboración con instituciones, como instituciones médicas, clínicas, sociedades médicas, fundaciones, vinculadas a un proyecto determinado; se satisfacen por medio de talón nominativo contra factura.

5.- Reuniones médicas: actividades organizadas por el Grupo "L.V., S.A.", destinadas exclusivamente a personas facultadas para prescribir y dispensar medicamentos. Tendrán siempre carácter científico y la hospitalidad ofrecida será de carácter moderado y subordinado al motivo principal de la reunión.

SÉPTIMO.- En cumplimiento de estas normas de colaboración, los visitadores médicos del Grupo "L.V., S.A." –también el actor– venían ofreciendo y gestionando a distintos facultativos de la zona de Galicia, viajes, ponencias y cursos, que eran abonados mediante cheques nominativos entregados por los propios visitadores. Antes de su baja por incapacidad, el trabajador se ha venido negando a entregar algunos de estos cheques a los facultativos seleccionados por la empresa, cheques pertenecientes a

bolsas de viaje para cursos y cuyos originales ha aportado como prueba en el acto del juicio.

OCTAVO.- En el Código Español de Buenas Prácticas para la Promoción de Medicamentos, que se da aquí por íntegramente reproducido, aprobado el 12 de marzo de 2002 y conocido por don F.S.C., se establecen –por lo que aquí interesa– las siguientes normas:

10.1 No podrán otorgarse, ofrecerse o prometerse obsequios, ventajas pecuniarias o en especie a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración o al personal administrativo para incentivar la prescripción, dispensación, suministro y administración de medicamentos, salvo que se trate de obsequios de poco valor y relacionados con la práctica de la medicina o la farmacia.

10.2 Se considerará que el obsequio es de poco valor cuando no supere los 19 euros.

11.1 La hospitalidad en manifestaciones de carácter profesional o científico debe siempre ser razonable y su coste no puede exceder del que los destinatarios estarían normalmente dispuestos a pagar en las mismas circunstancias. El concepto de hospitalidad incluye los gastos reales de desplazamiento y estancia que sean abonados por el laboratorio y éstos deberán ser mesurados y no exagerados, y habrán de ajustarse a los días en que esté prevista la reunión científica. En este sentido, la hospitalidad no podrá extenderse más allá de lo razonable tras la realización del evento.

11.3 La hospitalidad no debe extenderse a otras personas distintas a profesionales sanitarios, considerándose profesionales sanitarios únicamente las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos.

11.6 Es aceptable el pago de honorarios razonables y el reembolso de gastos personales, incluyendo el viaje, a los moderadores y ponentes de estas reuniones, congresos, simposios y actos similares de carácter profesional o científico.

NOVENO.- Don F.S.C. ha venido utilizando un vehículo modelo ... perteneciente a la empresa demandada para realizar sus funciones de visitador médico. Este vehículo es de gasolina y para su uso el trabajador tenía una tarjeta gasolina S., que únicamente permitía repostar gasolina. Como vehículo particular, entre otros, el actor tiene un ... de gasoil. A cada trabajador la empresa le ofrecía gratuitamente la posibilidad de utilizar hasta 6.000 kilómetros para uso particular con el coche de la empresa.

DÉCIMO.- En la actualidad el trabajador conserva y no ha devuelto el vehículo, ordenador portátil, impresora y tarjeta de gasolina, facilitados por la empresa.

UNDÉCIMO.- El 10 de septiembre de 2003, la notaria de la localidad de ... se personó en la farmacia de la esposa del actor para notificar una carta emitida por la empresa el 8 de septiembre de 2003, en la que se informaba al trabajador del inicio del expediente contradictorio de instrucción por faltas graves, al tener conocimiento de la empresa de que estaba trabajando durante su período de baja y de la utilización de la tarjeta de gasolina facilitada por la empresa. Según consta en el acta notarial emitida al efecto, la persona allí encontrada no quiso hacerse cargo de la carta ni manifestar su identidad. La notario, con posterioridad y tras las fotos remitidas por la letrada de la empresa, ha reconocido que la persona que rehusó la carta y dar a conocer su identidad era don F.S.C.

DUODÉCIMO.- El 17 y 23 de septiembre de 2003 fueron entregadas a la esposa y suegro del actor las cartas de inicio del expediente disciplinario. Con fechas 25 y 26 de septiembre de 2003 fueron entregadas a la esposa y suegro del actor dos cartas idénticas remitidas al trabajador por la empresa, en las que se hacía constar que la empresa acusaba recibo del pliego de descargos remitidos por el trabajador en fecha 23 de septiembre, informándole de que el único contenido del expediente hasta ese momento era la carta de inicio del mismo, así como del plazo de dos días desde la recepción de esa comunicación para que aportara pruebas bastantes para la recusación de la persona designada como Instructor del expediente. Con fechas 19 de septiembre y 2 de octubre el trabajador remitió a la empresa por burofax pliego de descargos en donde recusaba al Instructor; ambas cartas tienen el mismo contenido. Por último, el 8 de octubre de 2003 la suegra del trabajador recibió el burofax de la empresa con la propuesta de resolución del expediente; el 9 de octubre de 2003 el trabajador remitió una misiva a la empresa como acuse de recibo de la carta de despido.

DÉCIMOTERCERO.- Don F.S.C. fue citado como testigo a un juicio por despido sustanciado ante el Juzgado de los Social número 1 de Vigo, señalado para el 16 de julio de 2002; no declaró como testigo ya que el juicio no se celebró al ser conciliado, aunque acudió al Juzgado en cumplimiento de la citación.

DÉCIMOCUARTO.- Presentada papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el día 29 de octubre de 2003, la misma tuvo lugar el día 18 de noviembre de 2003, con el resultado de *sin avenencia*.

DÉCIMOQUINTO.- El demandante no es ni ha sido durante el último año representante legal de los trabajadores.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don F.S.C., debo declarar y declaro procedente el despido de que fue objeto la misma con fecha 9 de octubre de 2003, por parte de la entidad "L.V., S.A.", convalidando la extinción del contrato en tal fecha y absolviendo a la mercantil demandada de todos los pedimentos formulados 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.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta por el actor y declara la "procedencia del despido", recurre en suplicación dicho demandante, solicitando en primer término, con amparo procesal en el art. 191.a) de la LPL, nulidad de las actuaciones a fin de que se repongan los autos al estado en el que se encontraban en el momento de haberse infringido las normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión. Sostiene el recurrente que el juzgador de instancia violó su derecho a la legítima defensa, por cuanto que con la presentación de la demanda presentó como pruebas el interrogatorio del presidente y representante legal de la empresa demandada y testifical de 28 personas, prueba que fue declarada pertinente por providencia de fecha 20.11.03, procediéndose a la citación al juicio del representante legal y de los testigos. Interpuesta reposición de contrario, fue impugnada por la recurrente, y se resolvió la reposición inadmitiendo todos los medios de prueba propuestos por dicha parte (confesión judicial y testifical), formulándose la correspondiente queja en el acto del juicio. Sostiene el recurrente que el juez de instancia en el fundamento de derecho segundo alega que no resultan acreditados los hechos contenidos en la demanda, (en la peti-

ción correspondiente al despido nulo por violación de los derechos fundamentales) cuando el propio juzgado no permitió la práctica de los medios de prueba que en un primer momento consideró pertinentes, y que luego rechazó, y que convirtió el juicio en una exclusiva de procedencia o improcedencia.

SEGUNDO.- La censura jurídica no se admite pues salvo supuestos en que se hallen comprometidos preceptos de derecho necesario que afecten al orden público del proceso el carácter excepcional de la nulidad de actuaciones requiere la vulneración de preceptos o de garantías procesales que hubieran determinado efectiva indefensión y hubiese sido precedida de la preceptiva protesta en forma conforme a lo prevenido en el art. 240 de la LOPJ, de acuerdo con unánime doctrina de suplicación y en línea con el uniforme criterio del Tribunal Constitucional, al señalar que no existe indefensión cuando no llega a producirse un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa y tampoco cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que no puede equipararse con cualquier vulneración de las normas procesales, sino únicamente cuando el interesado, de modo injustificado ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, de manera que la referida indefensión no puede ser aducida por quien no actuó en el proceso con la debida diligencia o cuando aquella resulte imputable a su propia conducta.

En el supuesto que nos ocupa el magistrado de instancia al rechazar la citación judicial de los testigos, prueba propuesta por la parte recurrente en virtud del auto de fecha 14-1-04, resolutorio del recurso de reposición no actuó caprichosamente ni arbitrariamente, sino al comprobar ante las manifestaciones del propio demandado recurrido de que los testigos propuestos no guardaban relación con el objeto del despido y no eran conocedores de la carta sancionadora, ante lo cual y visto que el demandante no acreditó en el escrito de impugnación del recurso la necesidad de oír a dichos testigos, rechazó la citación judicial de los mismos, así como la del representante legal de la empresa demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 283 de la LEC.

A la vista de lo anteriormente expuesto la Sala llega a la conclusión de que no existe la indefensión en los términos que se postula de contrario y que pudieran ser constitutivas de la nulidad solicitada; en primer lugar, porque a

tenor de lo dispuesto en el art. 82.2 de la LPL las partes comparecerán a los actos de conciliación y juicio con todos los medios de prueba de los que intenten valerse, y de hecho compareció el demandante recurrente al juicio con uno de los testigos, el Sr. D.M., cuya citación solicitó el demandante y que le fue denegada; habiéndosele formulado todas las preguntas que tuvo por conveniente y, por otra parte porque nos encontramos ante un proceso por despido en el que existe una carta de despido, con unos motivos claros sobre los que va a versar el juicio, y que así como tales motivos van a obligar al empresario en el momento del juicio a no alegar otro motivo de oposición a la demanda que los contenidos en la carta de despido, la parte actora tendría que demostrar o al menos hacer constar en el momento en el que formuló su protesta en el acto del juicio, que la declaración de los 28 médicos que proponía como testigos tenían que tener relación con el objeto de despido, dando razón del conocimiento, para desvirtuar el razonamiento del magistrado de instancia que la parte propuesta por la actora era ajena al procedimiento de despido en virtud de la carta remitida, o bien la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o derecho de indemnidad alegado de contrario en el escrito de demanda.

Por otra parte, sostiene el recurrente que la falta de los medios de prueba por inadmisión de los mismos condujo a la desnaturalización del proceso, ya que la demanda es por despido nulo discriminatorio por violación de los derechos fundamentales del actor, y lo que pasó es que el litigio se convirtió en un litigio normal donde sólo se podía discutir la procedencia o improcedencia del despido, expulsándose del enjuiciamiento la nulidad por violación de los derechos fundamentales; criterio que la Sala no comparte, por cuanto que es la propia parte la que ha venido manifestando a lo largo del procedimiento, que el mismo se encauzase a través de unos hechos tendentes a demostrar la actuación ilícita de la empresa, alegando prácticas ilegales, incentivando o sobornando a profesionales, y que al negarse motivó que la empresa procediera a su despido; y que tendrán que ser denunciados en la vía correspondiente, o a través de un proceso distinto al que ahora nos ocupa, pero que no aborda el procedimiento disciplinario que es el que se ventila en el presente juicio, ya sea a través de la nulidad por violación de derechos fundamentales o de la improcedencia, de considerar que no son ciertas las imputaciones contenidas en la carta de despido.

TERCERO.- En sede jurídica y con amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción del art. 55.5 ET, que conduce a la nulidad del despido por violación del derecho a la indemnidad. Sostiene el recurrente, tras citar varias sentencias del TS, y una del TSJ de Castilla La Mancha que, en lo que concierne al caso de autos hay más que indicios que revelan la nulidad del despido, basta con examinar la prueba documental unida a las actuaciones, folios 122 al 335, donde el trabajador se niega a ser corre ve y dile o correo entre la empresa y facultativos, e incluso cheques no entregados por el trabajador.

El TC ha señalado que en los casos que se alegue que el despido es discriminatorio o lesivo de algún derecho fundamental del trabajador, y tal alegación tenga reflejo en hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva (S TC 21/1992 por todas).

El derecho fundamental que se considera infringido por el recurrente, tal y como refleja en el escrito de recurso, no es otro sino que el art. 24 de la CE, dada la garantía de la indemnidad que en el se tutela. Sobre dicho extremo es reiterada la doctrina del TC (S. 7/93, 14/93, 140/95, 197/98, 101/2001, 196/2000 y 199/2000), según la cual "una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe de ser calificada como discriminatoria y nula contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 49.2.g) ET), de tal manera que en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia en el ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales en orden ala satisfacción de sus derechos e intereses legítimos". Por su parte, la sentencia 199/2000, expone que "el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se establece mediante la actuación de los jueces y tribunales, sino a través de garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones jurídicas o privadas... En el ámbito de las relaciones labora-

les, la garantía de la indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos. En definitiva, la garantía de la indemnidad se traduce el derecho del trabajador a no sufrir consecuencias desfavorables por el ejercicio de acciones judiciales o previas al proceso en defensa de sus derechos laborales.

En el supuesto litigioso no puede hablarse de vulneración del derecho a la indemnidad, ya que el demandante recurrente no ha iniciado acciones contra la empresa demandada, a excepción de acudir como testigo en un procedimiento por despido, ante el juzgado de lo social que por llegar a una avenencia en conciliación no se llegó a celebrar, no cabe pues relacionar este comportamiento con la causa de despido, al faltar el presupuesto básico cual es que le trabajador haya iniciado una acción judicial o al menos preparatoria, por lo que no tiene cabida en sede de vulneración de los derechos fundamentales.

CUARTO.- Con idéntico amparo procesal en el art. 191.c) de la LPL denuncia el recurrente infracción del art. 62 del Convenio Colectivo Estatal de las Industrias Químicas que establece que "para las faltas muy graves exigirá tramitación del expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador". Sostiene el recurrente que el trabajador no ha sido informado como impone la norma convencional de las imputaciones precisas y concretas que se le hacen en la carta de despido, sin que pudiera conocer los cargos que se le formulan en el expediente, pese a haber solicitado audiencia, vista y puesta en manifiesto del mismo; si se coteja la apertura del expediente disciplinario con la carta de despido, aquella no contiene detallada, precisa y concreta cronológica de los hechos que se le imputan habiéndose alterado los hechos esenciales objeto de imputación .

La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar, dando por reproducido el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia, en el sentido de que ha quedado acreditado que por parte de la empresa se tramitó el correspondiente expediente, habiéndose cumplido todos los requisitos exigidos en concreto el fundamental de audiencia al trabajador, habiéndose agotado todos los recursos posibles para poder comunicar al demandante desde el inicio los hechos contenidos en la carta de despido, que por no reiterar se dan por reproducidos en los términos reflejados por el juzgador

de instancia, y lo que es más en relación con lo que se denuncia de contrario se ha concretado y detallado las actuaciones que llevó a cabo el actor mientras permaneció en situación de incapacidad temporal, y que han sido determinantes de la sanción de despido, sin que sea exigible una similitud en la redacción de los hechos, basta que el actor en todo momento conozca los hechos que se le estaban imputando, extremo éste del que era conocedor.

QUINTO.- Denuncia el recurrente como último motivo del recurso, infracción del art. 56 del ET, alegando que aún cuando los hechos fueran tal como se relatan en la sentencia de instancia, la conducta del trabajador no puede estar incardinada en causa de despido improcedente.

La denuncia no se admite pues además de los hechos que como probados se constatan en el hecho noveno de prueba, el hecho de que el actor trabajase durante la situación de su baja médica en la farmacia de su esposa es constitutiva de trasgresión de la buena fe contractual, por cuanto la actividad desempeñada por el demandante recurrente, tal y como se refleja en el inalterado relato fáctico, en concreto en el hecho quinto consistente en: "Don F.S.C. ha venido trabajando con asiduidad en la farmacia que su esposa doña M.G.L. posee como titular en la localidad de ..., en la calle ... En concreto, los días 23, 24, 25 de julio y 19, 20 y 21 de agosto de 2003, acudía a la farmacia, despachando medicamentos, cobrando, rellenando y complementando las recetas con las pestañas extraídas de los medicamentos, abriendo y cerrando el local, facilitando su número de teléfono móvil el día 25 de julio, festivo en Galicia, reflejando un estado de ánimo normal y de buen humor en el momento de atender a los clientes. En algunas ocasiones durante estos días permanecía en la Farmacia como único responsable de la oficina, ante la ausencia de su esposa, titular de la misma" evidenciaba la aptitud para su trabajo habitual de visitador médico, pues la actividad desempeñada por el recurrente excede como mucho de lo meramente esporádico o aislado. Se trata de una actividad desempeñada en días sucesivos y con un horario continuado y regular, que entraña un comportamiento desleal y que al estar en situación de incapacidad temporal percibiendo las correspondientes prestaciones sanitarias y económicas de la seguridad social, lo obligado es procurar la curación para reintegrarse a su trabajo; y al no ser así quebranta la confianza y lealtad que la relación laboral comporta (S TS 09.10.85, 12.05.88, 17.09.90 entre otras) lo que le

hace acreedor de la sanción impuesta, en cuanto queda evidenciada una realidad constitutiva de deslealtad para la empresa y de quebrantamiento de la buena fe; y al haberlo entendido así la sentencia recurrida que declaró procedente el despido no incurrió en las infracciones de los arts 54.2.d) en relación con el art. 56 del ET, por lo que previa desestimación del recurso procede la confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto:

Fallamos

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por don F.S.C. contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número Dos de Vigo de fecha 06.02.04, debemos confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3886 Autos núm. 2/04

S.S. CONFLITO COLECTIVO. INCREMENTOS RETRIBUTIVOS NA PRÓRROGA AUTOMÁTICA DO CONVENIO. INTERPRETACIÓN DO MESMO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a once de junio 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 2/2004 seguidos a instancia del Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia contra la Fundación Instituto Galego de Oftalmología y otros.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 19 de febrero de 2004 se presentó demanda en esta Sala por el Sindicato Comisiones Obreras de Galicia contra la Fundación Instituto Galego de Oftalmología y otros, sobre Conflicto Colectivo, interesando se dictase sentencia de conformidad con el suplico de la misma.

SEGUNDO.- Una vez subsanadas las omisiones, se señaló el día 21 de abril para los actos de conciliación y juicio, acordando cita además de a las partes, a la Consellería de

Sanidade de la Xunta de Galicia, al SERGAS y a los sindicatos firmantes del Convenio al tener interés directo en el resultado del pleito.

TERCERO.- El día señalado las partes comparecientes solicitaron de común acuerdo la suspensión de los actos, que se acordó, fijándose como nueva fecha por los mismos el 26 de mayo siguiente, en que tuvieron lugar, desistiendo la parte actora de la segunda petición del suplico de la demanda, con resultado que consta en acta.

Hechos declarados probados

PRIMERO.- El sindicato CC.OO. interpone demanda de conflicto colectivo frente a las Fundaciones Públicas sanitarias que figuran en autos y tiene como base la aplicación del artículo 28, 1.3 in fine del convenio colectivo para el personal laboral del sector sanitario de Galicia gestionado por fundaciones públicas sanitarias o empresas públicas, que dice: Las cuantías establecidas en los anexos al presente convenio para los años 2002 y 2003 los son sin perjuicio de las actualizaciones que se recojan en las sucesivas leyes de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para los citados ejercicios.

Y el art. 2.3 señala que: el Convenio que prorrogara automáticamente cuando no sea denunciado por cualquiera de las partes, por escrito dentro, de los dos meses anteriores a la finalización de su vigencia... De producirse la prórroga automática de este convenio las cuantías salariales previstas en los anexos retributivos serán incrementadas conforme se disponga en la Ley anual de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Dicho convenio colectivo tenía una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003, retro trayendo los efectos económicos a 01.07.01.

SEGUNDO.- EL convenio colectivo recoge en el Anexo I las cantidades salariales pactadas, que lo habían sido aplicándole el 2% como IPC previsto para las dos anualidades 2002 y 2003.

El acta nº 12 de la comisión negociadora del convenio colectivo de 11.09.01 recoge como propuesta del protectorado que "en materia retributiva se trabaja con el objetivo de confluencia con el personal estatutario. Para esto se propone el incremento del 2% adicional que se imputa al complemento variable, y esto con independencia de la subida de los conceptos salariales previstos en las sucesivas

leyes anuales de presupuestos de Galicia para personal del ámbito público".

Las actas del 2003 nº 4 y 5 recogen las manifestaciones de la administración que contesta que el cálculo está hecho correctamente, que el incremento fue realizado sobre las tablas salariales de 2002, que los incrementos salariales tienen que realizarse conforme establecen las leyes de presupuestos. Con el porcentaje que las leyes establezcan sobre la masa salarial porque si no fuera así se estaría incumpliendo la ley

Fundamentos de derecho

UNICO.- La parte actora pretende y al amparo del artículo 28.1.3 incrementar la subida ya pactada y recogida en el Anexo I, con el 2 % que es el IPC interanual, y aplicarle otro 2% acumuladamente a los años 2002 y 2003.

El precepto discutido dice: "las cuantías establecidas en los anexos al presente convenio para el año 2002 y 2003, lo son sin perjuicio de las actualizaciones que se recojan en las sucesivas leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para los citados ejercicios".

Pero como alega la parte demandada, dicho precepto no puede ser aplicado sin tener en cuenta el art. 2, párrafo 3º del propio convenio, que se refiere a los incrementos retributivos, si después de la vigencia del convenio no se negociara otro y dispone: "De producirse la prórroga automática de este convenio las cuantías salariales previstas en los anexos retributivos serán incrementadas conforme se disponga en la Ley anual de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia".

Es decir, que lo pactado en el convenio colectivo fue la subida salarial del 2% para el año 2002 y también el previsto del 2 % para el 2003 y así se calculó y dejó fijado en las tablas salariales del Anexo I; por que de hacerse una interpretación como la que lleva a cabo el demandante, supondría que a las cantidades de anexo se les incrementase nuevamente el 2% para los dos años de vigencia, con lo que las subidas serían del 4% duplicando el IPC.

La Sala entiende que esta no es la finalidad de lo pactado y reflejado en el artículo discutido del convenio colectivo, sino que pese a su redacción oscura, debe entenderse que las actualizaciones ordinarias y que se recogen en las Leyes de presupuestos ya se tuvieron en cuenta (el 2% conocido a la fecha del convenio

para el 2002 y la misma cuantía prevista para el 2003) y la expresión “sin perjuicio” que dice la norma, se está refiriendo a las posibles revalorizaciones extraordinarias, que por diferencias en el IPC previsto y por ser superiores, a las llevadas a cabo se recogieran en las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma.

Interpretación que corrobora lo recogido en el acta nº 12 de la Comisión paritaria ya que el incremento adicional del 2% se hizo para el complemento variable, donde la subida pactada fue lógicamente superior. Y señala además que las actualizaciones de las Leyes de presupuestos de Galicia referidas a salarios del personal de la administración aunque no se recojan en el texto se actualizarían igual, por aplicación inevitable de la propia ley.

Se evidencia el sometimiento de la negociación a la legalidad vigente, como no podía ser de otra forma (ss. TS 23.09.91, RJ 6.474; 28.01.99, RJ 1.113), y por ello, si aquellas eran las subidas salariales previstas, difícilmente la administración se iba a comprometer con subidas superiores contra ley.

Y por ello se pone como límite las citadas leyes presupuestarias, que en el caso de autos sería la 6/2002 de 27 de diciembre de presupuesto generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2003 que en su art. 10, de aplicación á las fundaciones y empresas públicas comprendidas en el convenio, establece que “las retribuciones íntegras del personal no podrán experimentar en el año 2003 un incremento global superior al 2% con respecto á las establecidas en el ejercicio de 2002, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación.

Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores se deberán ajustar a lo establecido en este artículo, resultando inaplicables en caso contrario”.

Por lo que, en toda la negociación el compromiso y los límites no podían ser otros que los presupuestados, porque la negociación colectiva en el sistema público esta sujeto al principio de legalidad, tal y como preceptúa el art. 1.2 del Código Civil, el 3.2 del y 85.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo que tampoco podrían alcanzar una extensión que fuera más allá de lo realmente querido por las partes; sin que, como señala el artículo 1.283 del Código Civil, puedan entenderse comprendidos, cualquiera que sea la generalidad de los términos empleados,

cosas distintas y casos diferentes a aquellos sobre que los interesados se propusieron convenir, y lo corrobora el hecho de que solo un sindicato de los firmantes, plantee el conflicto y lo haga después de finalizada su vigencia (hasta 31.12.03 y lo plantea en el 2004).

Por lo mismo señalar que cualquier incremento global de la masa salarial que superase los límites establecidos por las Leyes de Presupuestos, tendría que ampararse en las excepciones o matizaciones que las propias leyes establecieran, que por ello son de interpretación estricta (STS 15.12.93, 1.069).

De esta forma, y en base a lo expuesto la demanda no puede prosperar; en consecuencia

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia contra Fundación Instituto Galego de Oftalmología, Fundación Pública Hospital Comarcal do Salnés, Fundación Pública Hospital da Barbanza, Fundación Hospital de Verín, Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia, Fundación Pública Hospital Virxe da Xunqueira, Instituto Galego de Medicina Técnica S.A. y Fundación Pública Escola Galega de Administración Sanitaria, a los que absolvemos libremente de las pretensiones contra ellos formulada.

3887 Recurso núm. 1.824/04

S.S. PROCEDENCIA DO DEREITO AO COBRO DE INDEMNIZACIÓN COMPLEMENTARIA POR VULNERACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALLADOR, NOS SUPOSTOS DE SOLICITUDE DE RESCISIÓN DO CONTRATO POR ACOSO MORAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, once de junio 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 1.824/04, interpuesto por la Letrada doña M.G.R., en nombre y representación de las empresas "P., S.C.", "R., S.C." e "I., S.L.", contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 573/03 se presentó demanda por doña M.J.S.S. sobre resolución de contrato, frente a las empresas "P., S.C.", "R., S.C." e "I., S.L.". En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de diciembre de 2003 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: PRIMERO.- La actora firmó el 19 de febrero de 2002 con la empresa "P., S.C." un contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial, para prestar servicios como Teleoperadora, con una jornada de lunes a viernes, de 10 a 14 horas. El salario efectivamente percibido era de 263,20 euros mensuales, con inclusión del prorrateo de pagas extras. SEGUNDO.- Desde el mes de marzo de 2002 al mes de agosto del mismo año, doña M.J.S.S. se dedicó a la venta telefónica de páginas Web. Con este fin cubría el formulario de alta en Terranova.com" con los datos que las empresas le iban suministrando directamente por teléfono. TERCERO.- Desde el mes de agosto de 2002 el producto encomendado a la actora fueron las almohadas. Doña M.J.S.S. realizaba llamadas a personas que previamente le marcaba la empresa y ofertaba el producto, explicando sus características y ventajas, así como su precio. Si el interlocutor aceptaba adquirirlo, la actora cubría un documento de albarán de entrega en el que describía el producto vendido y fijaba el precio. Introducía en el apartado de observaciones o en el reverso del documento algunas explicaciones, como la forma de localizar el domicilio del cliente o cualquier otra cuestión que pudiera ayudar a la persona encargada de entregar el producto. CUARTO.- En algunos albaranes de entrega la persona encargada de entregar el producto aparece identificada como "mensajero" y en otros como "vendedor". En todo caso era la dirección de la empresa quien determinaba la persona encargada de realizar la entrega, sin que las teleoperadoras tuvieran contacto con aquélla. QUINTO.- El trabajador encargado

de entregar el producto acudía a los domicilios de los clientes. Si el cliente recepcionaba el producto, hacía constar en el albarán de entrega, en el apartado de recibió la firma del cliente. En el caso de que el cliente no recibiese o no recepcionase el producto, hacía constar en el albarán que éste era nulo. SEXTO.- El trabajador encargado de entregar el producto vendido telefónicamente podía ofertar al cliente en su domicilio otros productos de la empresa, de los que llevaba muestras o catálogos. Si el cliente le solicitaba a un trabajador de "P., S.C." un producto de "R., S.C." o a la inversa, éste lo vendía si lo llevaba consigo o bien tomaba nota para comunicarlo a la dirección de la empresa. SÉPTIMO.- Las trabajadoras que prestan servicios como Teleoperadoras para las empresas demandadas no reciben en ningún momento una formación específica para el desempeño de este trabajo. Aprenden a desenvolverlo escuchando al resto de las compañeras. La empresa les suministra un guión sobre las características y propiedades del producto que venden telefónicamente. En el tiempo en que la actora prestó servicios, la empresa designó como supervisora de las Teleoperadoras a doña M.J.P.V., quien prestó servicios para las demandadas desde febrero de 2002 a junio de 2003. Esta trabajadora era la encargada de realizar las correcciones que considerase precisas a las Teleoperadoras, así como de motivarlas en el desempeño de su trabajo. OCTAVO.- La empresa impuso como objetivo a las Teleoperadoras un mínimo de tres ventas o citas diarias. NOVENO.- Las llamadas telefónicas realizadas por las Teleoperadoras eran gravadas por la empresa. Algunas trabajadoras tuvieron conocimiento de esta circunstancia por comunicación de la empresa; otras, al confirmarlo las compañeras y otras, como el caso de doña C.V.C., tras detectar ruidos extraños en los teléfonos y consultar a la Dirección de la empresa sobre su origen. Los teléfonos de la empresa son utilizados por las trabajadoras para la realización del trabajo; en casos de urgencia y con la autorización de la Dirección de la empresa, se emplean para asuntos personales. DÉCIMO.- El día 7 de julio la Dirección de la empresa publicó en un corcho en el que se exponían los avisos internos, una circular en la que, en esencia, se advertía: 1. La necesidad de ser puntuales, sancionándose las faltas de puntualidad: "Al llegar uno se pone a trabajar, los comentarios, charlas y demás se dejan para fuera de horarios". 2. Respeto cara a clientes y compañeros, evitando insultos escritos y orales (en caso contrario se verían obligados a sancionar). 3. Dejarse corregir para obtener un rendimiento satisfactorio,

evitar dirigir las protestas a la persona encargada de la corrección y dirigirse a la Dirección. 4. “La media jornada no contempla descanso para café; si en alguna ocasión se permite estará supeditado única y exclusivamente a los buenos resultados de la organización”. UNDÉCIMO.- Tras publicarse la circular, algunas trabajadoras, y en todo caso doña M.J.S.S. y doña C.V.C., hablaron con doña M.J.P.V., manifestándole su descontento con la circular y solicitando una entrevista con la Dirección de la empresa. DUODÉCIMO.- El día 8 de julio, cuando doña M.J.S.S. y doña C.V.C. llegaron a trabajar, la dirección de la empresa les comunicó que no continuarían realizando su trabajo en la sala grande en la que compartían espacio con las otras cuatro compañeras en ese momento, trasladándolas a un despacho pequeño, situado al lado del despacho del Encargado de “P., S.C.”, don A.V.Q. Una vez en dicho despacho, ambas trabajadoras fueron situadas con sus mesas mirando hacia la pared. Se cerró la puerta de comunicación con la sala grande y se bajaron los estores. La puerta del despacho de don A.V.Q. permaneció abierta todo el tiempo. DECIMOTERCERO.- Durante los días 8, 9 y 10 de julio las dos trabajadoras se vieron obligadas a prestar servicios en el referido despacho, incomunicadas del resto de las compañeras. Permanecieron bajo la supervisión constante del Sr. A.V.Q., quien les prohibió levantarse para ir al servicio o beber. DECIMOCUARTO.- Durante esos tres días el don A.V.Q. se dirigía a las dos trabajadoras levantando constantemente el tono de voz y corrigiéndolas insistentemente. El día 8 hostigó especialmente a doña M.J.S.S., hasta el punto de que en una ocasión, mientras ésta hablaba telefónicamente con un cliente, le gritó de tal forma que ésta se vio obligada a cortar la comunicación. La corrigió por cuestiones que hasta ese momento no fueron cuestionadas por la Dirección, insistiendo en que no sabía hacer su trabajo. DECIMOQUINTO.- El día 9 de julio el hostigamiento por parte del Sr. A.V.Q. se concentró especialmente en D^a. C., sentándose al lado de ésta, gritándole y corrigiéndola constantemente y profiriéndole expresiones tales como “no sabes leer”. Durante ese día continuó dirigiéndose a la actora con un alto tono de voz y corrigiéndola constantemente. DECIMOSEXTO.- El día 10 de julio don A.V.Q. continuó en la misma actitud. Antes de las 11 de la mañana doña C.V.C. perdió la voz y abandonó la empresa. Poco después, la hoy actora, que tenía ya concertada una cita con el Foniatra, se ausentó de la empresa y aprovechó para acudir al Médico de cabecera. DÉCIMO-SÉPTIMO.- Ese mismo día, 10 de julio, la actora

pasó a situación de baja médica con el diagnóstico de síndrome de ansiedad generalizada. Se fueron expidiendo sucesivos partes de confirmación. En el parte número 5 el facultativo cometió un error e hizo constar que el nombre de la paciente era S.S.R. Este error fue enmendado en el parte siguiente, en el que el facultativo concentró el parte de confirmación 5 y 6. DECIMOCTAVO.- La actora entregaba los partes de baja personalmente en la empresa. El día 9 de septiembre la actora acudió a la empresa para presentar un parte de confirmación acompañada de un testimonio. Ese mismo día, doña I.V.Q. presentó ante la Guardia Civil una denuncia penal contra la actora y D^a. C. por presuntas injurias. DECIMONOVENO.- El día 10 de septiembre doña I.V.Q. envió a la actora un burofax cuyo contenido se da por reproducido. VIGÉSIMO.- Durante su período de baja médica la actora recibió procedentes de la empresa, al menos dos burofaxes instándola a acudir a la cita del Dr. J.F.H. para controlar su proceso de I.T. En ambos casos la trabajadora comunicó a la empresa por escrito su negativa a acudir a dichas citas, invocando su derecho a la intimidad, razón por la que dicho control debía ser ejercido por el SERGAS o la Mutua de Accidentes de Trabajo. VIGÉSIMOPRIMERO.- La actora desde el día 6 de agosto de 2003 está siendo tratada en la Sección de Psiquiatría del C.H.U.S., de la que es Jefe de Sección el Dr. R.T.G. Inicialmente doña M.J.S.S. presentaba un cuadro ansioso caracterizado por insomnio de mantenimiento, terrores nocturnos y estado de tensión mantenida, relacionado con la situación laboral vivida los días 8, 9 y 10 de julio. Se pautó tratamiento farmacológico y terapéutico pero la evolución es desfavorable, añadiéndose a la sintomatología ansiosa un estado de ánimo decido, tristeza, apatía, anhedonia, aislamiento social y dificultades de concentración. En el mes de noviembre se exacerbaron los síntomas somáticos y neurovegetativos (mareos, náuseas, etc.). Su diagnóstico es trastorno adaptativo con síntomas mixtos de ansiedad y depresión (F43.22). VIGÉSIMOSEGUNDO.- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social realizó una visita de inspección a las empresas hoy demandadas el 12 de noviembre de 2003, emitiendo un informe en fecha 18 de noviembre, cuyo contenido se da por reproducido. VIGÉSIMOTERCERO.- Las tres empresas demandadas, “R., S.C.”, “P., S.C.” e “I., S.L.” tienen como socios a don M.R.F. y a doña I.V.Q., que son además compañeros sentimentales. Ambos son administradores solidarios de las citadas empresas. VIGÉSIMOCUARTO.- Las tres demandadas tienen su domicilio común en la C/. ... En el portal hay

un rótulo que señala "I.P." y un logotipo de la empresa (una especie de ave). Una vez que se entra en el edificio a la derecha hay unas escaleras que dan acceso a la primera planta y un letrero que indica "R., S.C.". En el bajo a la izquierda hay un letrero que indica "P., S.C." y al otro lado del pasillo hay otro letrero que indica "I., S.L." VIGÉSIMOQUINTO.- En las oficinas ocupadas por "R., S.C." se encuentran prestando servicios trabajadoras tanto de esa empresa como de "P., S.C." Todas firman en un mismo libro dietario su hora de entrada y salida de la empresa. Las tres empresas comparten instalaciones de cuarto de baño y de agua potable. VIGÉSIMOSEXTO.- Todas las instalaciones aparecen como propiedad de "I., S.L." Se encuentra documentada una cesión de uso a las otras dos empresas pero sin contraprestación económica. VIGÉSIMOSÉPTIMO.- El objeto social de cada una de las demandadas es el siguiente: "R., S.C.": "la venta de libros y otros objetos a comisión y por representación, compra, venta y alquiler de inmuebles. La distribución, comercialización y venta, incluso en régimen de agencia o franquicia, de artículos del hogar". "P., S.C.": objeto social idéntico al de la anterior. "I., S.L.": "la venta de libros y otros objetos a comisión y por representación: la compra, venta y alquiler de inmuebles". El 17 de marzo de 1.998 se amplía el objeto social a la distribución, comercialización y venta de artículos relacionados con el hogar. VIGÉSIMOOC-TAVO.- Todos los albaranes empleados para la venta de productos llevan como referencia "Grupo I.P.". VIGÉSIMONOVENO.- Las trabajadoras, con independencia de la empresa que figure como empleadora en el contrato de trabajo, prestan servicios indistintamente para una u otra, alternando períodos en los que venden productos de "R., S.C." y otros de "P., S.C.", mudando correlativamente de oficinas. TRIGÉSIMO.- El despacho pequeño situado en las oficinas que aparecen bajo la rotulación de "P., S.C." se ocupaba por alguna Teleoperadora en aquellos períodos en que había más de seis en la sala grande o cuando se tentaba promocionar un nuevo producto. Los días en que la actora ocupó ese despacho no concurría ninguna de esas circunstancias. TRIGÉSIMO-PRIMERO.- El 12 de septiembre de 2003 tuvo lugar el acto de conciliación que finalizó sin avenencia con "P., S.C." y sin efecto con las otras dos.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: FALLO. Que debo estimar la demanda interpuesta por doña M.J.S.S. contra las empresas "P., S.C.", "R., S.C." e "I., S.L.", decla-

rando extinguido en el día de hoy la relación laboral que los vincula y con causa en el incumplimiento contractual de la empresa, condenando a las empresas demandadas a abonar solidariamente a la actora una indemnización de setecientos veintinueve con ochenta y tres euros (729,83), más una indemnización de tres mil cinco con seis euros (3.005,06), como compensación de los daños y perjuicios causados. Notifíquese... etc.-

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda de resolución de contrato, declaró extinguida la relación laboral que vinculaba a la actora con las demandadas, condenándolas a estar y pasar por dicha declaración y a que le abonen de forma solidaria una indemnización equivalente a 45 días de salario por año de servicio, con prorrateo de los períodos inferiores, en la cuantía de 729'83 €, más una indemnización de 3.005 €, como compensación por los daños y perjuicios causados. Decisión judicial que es recurrida por la representación letrada de las empresas condenadas "P., S.C.", "R., S.C." e "I., S.L.", pretendiendo la revisión de los hechos declarados probados y censurando el derecho aplicado en la sentencia.

SEGUNDO.- Respecto a la revisión de los hechos probados, solicitada en la suplicación, se pretende la modificación de los ordinarios 9º, 13º, 14º, 16º, 18º y 21º.

TERCERO.- La primera revisión fáctica solicitada por la parte demandada, consiste en sustituir el hecho probado noveno por otro donde se diga que: "Las llamadas telefónicas realizadas por las Teleoperadoras con clientes y potenciales compradores eran grabadas por la empresa, a fin de controlar el trabajo y forma de realizarlo, hecho éste puesto en conocimiento de la actora, doña M.J.S.S., por la Dirección de la empresa. Los teléfonos de la empresa son utilizados por las trabajadoras para la realización del trabajo; en casos de urgencia y con la autorización de la dirección de la empresa, se emplean para asuntos personales. No consta si se graban todas o algunas llamadas; frecuencia de las grabaciones, ni criterios de elección de dichas grabaciones". Modificación que se rechaza, pues

el hecho de que la actora en su escrito de demanda refiera que las llamadas telefónicas realizadas por las Teleoperadoras con clientes y potenciales compradores eran grabadas por la empresa, no desvirtúa ni condiciona lo afirmado por la Juez a quo en su sentencia de que "las llamadas telefónicas realizadas por las Teleoperadoras eran grabadas por la empresa", sin distinguir entre las privadas o las de carácter profesional, al tiempo que reconoce que, si bien con autorización previa de la dirección, el teléfono de la empresa se podía utilizar para realizar llamadas circunscritas a la esfera privada del trabajador, las cuáles, en buena lógica, igualmente serían grabadas, valorando la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica (artículos 97.2 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

CUARTO.- Se solicita, igualmente, la revisión del hecho probado decimotercero, del siguiente tenor literal: "durante los días 8, 9 y 10 de julio las dos trabajadoras se vieron obligadas a prestar servicios en el referido despacho, incomunicadas del resto de las compañeras. Permanecieron bajo la supervisión constante del Sr. A.V.Q., que les prohibió ponerse de pie para ir al servicio o beber", por otro del tenor literal siguiente: "Durante las mañanas de los días 8 y 9 y durante parte de la mañana del día 11, las dos trabajadoras desarrollaron su trabajo en el referido despacho. Permanecieron bajo la supervisión constante del Sr. A.V.Q.", es decir, se pretende la supresión de los textos: "incomunicadas del resto de las compañeras" y "que les prohibió ponerse de pie para ir al servicio o beber". Supresión que se rechaza, pues, aparte de que la jurisprudencia ha declarado que: "no es vía adecuada para obtener la revisión la denominada "prueba negativa", consistente en afirmar que los hechos que el Juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente (sentencia del Tribunal Supremo de 10.11.86), por lo que sería necesario que de la resultancia probatoria fluyese directamente la ausencia total de soporte para los datos consignados, o bien una realidad contraria", no se puede desconocer que es doctrina reiterada que para que proceda la revisión de hechos se precisa documento o pericia que de modo evidente demuestre la equivocación del Juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas, lo que no acontece en el supuesto de autos, limitándose la recurrente a manifestar que no existe prueba suficiente, haciendo una nueva valoración de la prueba practicada y ya valorada por la Magistrada de instancia, pretendiendo, en realidad, sustituir el criterio

objetivo e imparcial de la Juez a quo por el parcial e interesado de la parte.

QUINTO.- Se interesa, igualmente, la revisión del ordinal decimocuarto, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: "Con fecha 1 de julio, sobre las 10.30 h., cuando don A.V.Q., dentro del ámbito de las funciones que tiene encomendadas y con toda corrección, procedió a corregir a doña M.J.S.S. sobre la forma en que efectuaba su trabajo, la actora le contestó a gritos que nunca se le habían facilitado las instrucciones a que se refería el Encargado, de forma desabrida y totalmente impertinente. Por dicho comportamiento fue sancionada la actora con amonestación escrita, amonestación no discutida ni recurrida". Subsidiariamente, se solicitaba que se añadiera este párrafo al hecho probado 14º, en el que se dice: "durante esos tres días don A.V.Q. se dirigía a las dos trabajadoras, levantando constantemente el tono de voz y corrigiéndolas insistentemente. El día 8 hostigó especialmente a doña M.J.S.S., hasta el punto de que en una ocasión, mientras ésta hablaba telefónicamente con un cliente, le gritó de tal forma que ésta se vio obligada a cortar la comunicación, corrigiéndola por cuestiones que hasta ese momento no fueron cuestionadas por la Dirección, insistiendo en que no sabía hacer su trabajo". Modificación que se rechaza, al implicar valoraciones o calificaciones más propias de la fundamentación jurídica de la sentencia que del relato fáctico de hechos probados, sin perjuicio de lo que se dirá en la fundamentación jurídica de aquélla, salvo en el extremo referente a que la actora fue sancionada con amonestación, al estar acreditado por documental (burofax con acuse de recibo, folios 585 y siguientes de los autos), si bien es irrelevante a los efectos de la presente litis.

SEXTO.- Se interesa la revisión del hecho probado decimosexto, del tenor literal siguiente: "El día 10 de julio don A.V.Q. continuó en la misma actitud. Antes de las once de la mañana doña C.V.C. perdió la voz y abandonó la empresa. Poco después, la hoy actora, que tenía ya concertada una cita con el Foniatra, se ausentó de la empresa y aprovechó para acudir al Médico de cabecera", y quede redactado del siguiente tenor literal: "El día 10 de julio, antes de las once de la mañana, doña C.V.C. abandonó la empresa. Poco después, la hoy actora, se ausentó de la empresa y aprovechó para acudir al Médico de cabecera". Modificación que igualmente se rechaza, al no

fundamentarse en ningún documento, tratando de hacer una nueva valoración de la prueba ya valorada y practicada en la instancia.

SÉPTIMO.- Se solicita la revisión del hecho probado decimooctavo, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: "La actora entregaba los partes de baja personalmente en la empresa. El día 09.09.03 la actora, acompañada de doña C.V.C. y de un tercer individuo, se presentaron en la sede social de la empresa, originándose un incidente, que fue objeto de denuncia ante la Guardia Civil por doña I.V.Q. A causa de dicho incidente, doña I.V.Q. amonestó por escrito a la actora y a su compañera, mediante burofax de fecha 10.09.03, por los siguientes motivos: haber introducido a un individuo ajeno a la empresa en el centro de trabajo, haberse negado a identificarlo y a explicar el objeto de su visita, al ser requeridas para ello por la empresa, y negarse igualmente a que dicho tercer individuo abandonase el centro de trabajo, a indicaciones de la empresa, todo ello acompañado de insultos a doña I.V.Q. del estilo de "ignorante, "hija de puta". Dicha amonestación no fue contestada, discutida o impugnada". Modificación que se rechaza, al resultar irrelevante, toda vez que, si bien es cierto, y así aparece acreditado a los folios 589 y 590 de los autos, que por la empresa se formuló una denuncia ante la Guardia Civil por los hechos ocurridos el día 9 de septiembre, nada tienen que ver con la petición resolutoria que efectúa la actora (aun cuando denoten un cierto enfrentamiento entre la empresa y la trabajadora) y que, en todo caso, está pendiente de resolución ante el Órgano jurisdiccional competente.

OCTAVO.- Interesa igualmente la revisión del hecho probado vigésimo-primer, para que se sustituya por otro del tenor literal siguiente: "La actora, desde el día 06.08.03, está siendo atendida en la Sección de Psiquiatría del C.H.U.S., pidiéndose la consulta por "estado de ansiedad con insomnio de conciliación". Cuando es atendida por primera vez en la Unidad de Salud Mental, un mes después de estar de baja, ya se describe mejoría. Empeora semanas después, reagudizándose los síntomas ansiosos y apareciendo sintomatología depresiva (nota de evolución 19.09.03)". Después aparecen reflejados en su historia clínica aún más altibajos en su estado de ánimo. En nota de evolución del 07.10.03 se recoge que está "peor", en las semanas previas a la baja y durante la misma doña M.J.S.S. ha vivido las siguientes situaciones estresantes: A nivel labo-

ral, en dos aspectos: Situación de conflicto que originó haber sido sancionada hasta dos veces por la empresa (los días 08.07.03 y 09.09.03) y, por otro lado, estrés derivado del normal desempeño de sus funciones; situación familiar conflictiva, al sufrir una tía paterna un episodio sicótico en el que intervienen elementos de culpa hacia la familia y que motiva el cierre de un negocio de Academia de informática que llevaba, y la obligación del padre de la actora de hacer frente a unos préstamos, respecto de los que figuraba como avalista; preparación de exámenes de selectividad de septiembre, a los que finalmente no se presenta, preparación del Juicio convocado a raíz de su denuncia a mis representadas y el de su compañera doña C.V.C.". Se propone igualmente añadir, en el mismo o nuevo ordinal que: "No está establecida la relación causa-efecto entre el trato dispensado por la empresa a la actora y la génesis, agravación o mantenimiento de su trastorno de ansiedad. Con fecha 27.10.03 por el Dr. N.B. se establece la ausencia de sintomatología ansiosa o depresiva de relevancia clínica". Modificación que se rechaza, al tratarse de hacer una nueva valoración de la prueba, ya valorada y practicada por la Magistrada de instancia, sin que se aporte documento o pericia que, de modo directo y evidente, demuestre el error de la Juzgadora, sin necesidad de presunciones, deducciones o conjeturas; y en cuanto a la adición, merece igual rechazo, al contener valoraciones o calificaciones más propias de la fundamentación jurídica de la sentencia que del relato fáctico de hechos probados.

NOVENO.- Respecto al examen de las normas sustantivas que se denuncian como infringidas, se denuncia, en concreto, aplicación indebida del artículo 50, párrafos 1º y 2º, del Estatuto de los Trabajadores, por entender que la actuación de la empresa fue correcta, integrándose su comportamiento en las facultades de dirección y control establecidas en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, sin que se dé la causa de resolución de contrato prevista en el artículo 50.1, apartado a): "Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo, que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad", y que, en todo caso, de entender que por la empresa se había incurrido en causa de resolución, no habría motivo alguno para determinar una indemnización más allá de la prevista en el artículo 50 del E.T., en su nº 2, como si de un despido improcedente se tratara, toda vez que la Juzgadora suma a la indemnización prevista en el artículo 50.2 otra adicional de

3.005'06 euros, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, al considerar se había vulnerado un derecho fundamental, solicitando, en consecuencia, que, al no existir causa de extinción, debe persistir la relación laboral que vinculaba a la actora con la demandada (o demandadas), decretando, en consecuencia, la improcedencia de fijar indemnización alguna a su favor o, subsidiariamente, para el caso de que se estime concurre causa de resolución contractual, se decreta igualmente la improcedencia de fijar indemnización alguna más allá de la establecida en el artículo 50.2 del E.T., y, en concreto, la improcedencia de fijar con cargo a la empresa y a favor de la actora, una indemnización de 3.005'06 €, además de los 729'83 €, fijados en la sentencia recurrida.

En primer lugar, hace referencia, la recurrente, a la infracción por la sentencia de instancia del artículo 50.1 del E.T., por entender que los hechos ocurridos en los días a que se ha hecho referencia no integran dicha causa, y en segundo lugar, que la indemnización compensatoria, peticionada por la actora y considerada procedente por la Juez de instancia, infringe lo dispuesto en los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil, así como reiterada jurisprudencia, que cita en el recurso.

Censura jurídica que no puede merecer favorable acogida, pues, habiendo quedado acreditado, como así se recoge en los ordinales 9º, 13º, 14º y siguientes, de la sentencia recurrida, así como en la fundamentación jurídica (con valor de hecho probado), que el día 7 de julio la dirección de la empresa publicó en un corcho en el que se exponían los avisos internos, una circular en la que, en esencia, se advertía de la necesidad de ser puntuales..., respeto para los clientes y compañeros, dejarse corregir para obtener un rendimiento satisfactorio, que la media jornada no contempla descanso para café y sólo excepcionalmente supeeditado, única y exclusivamente, a los buenos resultados de la organización, y que, tras publicarse dicha circular, algunas trabajadoras, en concreto, doña C.V.C. y doña M.J.S.S. (actora, y ahora recurrida), hablaron con doña M.J.P.V., manifestándole su descontento con la citada circular, solicitando una entrevista con la dirección de la empresa; y que el día 8 de julio, cuando doña M.J.S.S. y doña C.V.C., llegaron a trabajar, la dirección de la empresa les comunicó que no continuarían realizando su trabajo en la Sala grande, en la que compartían espacio con otras cuatro compañeras, trasladándolas a un despacho pequeño, situado al lado del despacho del encargado de "P., S.C.", don A.V.Q., y que una vez en dicho despacho,

ambas trabajadoras fueron situadas con sus mesas mirando para la pared, cerrándose la puerta de comunicación con la sala grande y bajándose los estores, permaneciendo abierta todo el tiempo la puerta del despacho de don A.V.Q., y que durante los días 8, 9 y 10 de julio se vieron obligadas a prestar servicios en el referido despacho, incomunicadas con el resto de las compañeras, permaneciendo bajo la supervisión constante de don A.V.Q., que les prohibió levantarse para ir al servicio o beber, y que durante esos tres días don A.V.Q. se dirigió a las dos trabajadoras levantando constantemente el tono de voz y corrigiéndolas insistentemente, así como que el día 8 hostigó especialmente a doña M.J.S.S., hasta el punto de que en una ocasión, mientras ésta hablaba telefónicamente con un cliente, le gritó de tal forma que se vio obligada a cortar la comunicación, corrigiéndola por cuestiones que hasta ese momento no fueron cuestionadas por la dirección, insistiendo en que no sabía hacer su trabajo, y que el día 9 de julio el hostigamiento por parte del Sr. A.V.Q. se concentró especialmente en doña C.V.C., sentándose junto a ésta, gritándole y corrigiéndole constantemente y profiriendo expresiones tales como: "no sabes leer", situación en la que persistió durante el día 10, y antes de las once de la mañana, como perdiera la voz, abandonó la empresa, y poco después, como tuviera concertada una cita con el Foniatra, se ausentó para acudir al Médico de cabecera, presentando parte de baja médica con el diagnóstico de síndrome de ansiedad generalizada, y que, pese al tratamiento farmacológico y terapéutico, la evolución es desfavorable, añadiéndose a la sintomatología ansiosa un estado de ánimo decaído, tristeza, apatía, anhedonia, aislamiento social y dificultades de concentración, siendo el diagnóstico de trastorno adaptativo con síntomas mixtos de ansiedad y depresión, y si a ello se añade que las llamadas telefónicas realizadas por las Teleoperadoras era grabadas por la empresa, sin que conste que se hubiera limitado únicamente a las realizadas como consecuencia de su actividad profesional, para las que sí estaría legitimada la empresa, de conformidad con reiterada jurisprudencia, habiendo tenido conocimiento las trabajadoras de dicha circunstancia, por comunicación de la empresa, unas, otras al confirmarlo las compañeras, y otras, como doña C.V.C., tras detectar ruidos extraños en los teléfonos y consultar a la dirección de la empresa sobre su origen, estando igualmente acreditado que los teléfonos de la empresa son utilizados por las trabajadoras para la realización de su trabajo, y en casos de urgencia y con autoriza-

ción de la dirección de la empresa, se utilizan para asuntos personales, esta Sala llega a la conclusión de que por la empresa se han cometido actos vejatorios con doña M.J.S.S., de extrema gravedad, que atentan, no sólo contra su dignidad e intimidad, sino, también, contra su integridad psíquica, al causarle una afectación de tal índole, vulnerando los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 10, 15 y 18 de la Constitución Española, por lo que se estima correcta la resolución del contrato, en base al nº 1, apartado a) del artículo 50 del E.T., con el consiguiente efecto de reconocerle el derecho a percibir la indemnización de 45 días de salario por año de servicio, tal y como acertadamente se concretó por la Magistrada de instancia en su sentencia.

Por lo que respecta a la supuesta vulneración de los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil, al haber percibido, además de la anterior indemnización, otra en concepto de daños y perjuicios, se rechaza, pues, de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 12.06.01, dictada en unificación de doctrina (que, aun cuando se refiere a un supuesto de despido, es aplicable, sin duda, igualmente, a la extinción del contrato de trabajo del artículo 50 del E.T.): "... en los supuestos de despido, el art. 182 de la L.P.L., se remite (inexcusablemente) a la modalidad procesal correspondiente, y siendo así que los derechos fundamentales y libertades a que nos estamos refiriendo no pueden quedar sin un procedimiento preferente y sumario" para su tutela, ha de concluirse que el proceso por despido (en este caso resolución de contrato) es el idóneo para decidir sobre estos extremos, debiendo entenderse desplazado el mandato del artículo 27.2 de la L.P.L. por el del artículo 182"; y dado que este precepto remite a la modalidad procesal correspondiente, no sólo las demandas por despido, sino también "por las demás causas de extinción del contrato de trabajo", es por lo que hay que estimar aplicable la doctrina transcrita a la extinción de la relación de trabajo del artículo 50 del E.T., añadiendo la misma sentencia a que se ha hecho mención, con cita de una sentencia anterior de la propia Sala de lo Social, de 23.03.00: "Tampoco 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", razonamiento que es igualmente de aplicación o extrapolable a

casos como el que es objeto de esta litis, en el que se pide la resolución del contrato y la indemnización por la extinción del contrato de trabajo es compatible con la reparación de los daños producidos como consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales, como la "dignidad" e "intimidad" de la trabajadora, así como el derecho a su "integridad física y mental", existiendo, por tanto, daños morales graves que la empresa debe indemnizar, y que para la determinación del quantum indemnizatorio deberán atenderse a todas las circunstancias concurrentes de lugar y tiempo, situación de superioridad del causante del daño, así como a criterios de proporcionalidad; por lo que, en atención a ello, esta Sala entiende que la cifra señalada (lo que no se discute) es adecuada, teniendo en cuenta la gravedad de la vejación a que fue sometida la trabajadora y la crisis de ansiedad y baja por depresión padecidas. En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimado el recurso de Suplicación formulado por las empresas "P., S.C.", "R., S.C." e "I., S.L." contra la sentencia de fecha 26 de diciembre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Santiago de Compostela en autos instados por doña M.J.S.S. frente a las empresas recurrentes, sobre resolución de contrato, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3888 Recurso núm. 2.025/04

S.S. REQUISITOS XURISPRUDENCIAIS CONFIGURADORES DA EXISTENCIA DE GRUPOS DE EMPRESAS LABORALMENTE RESPONSABLES.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, once de junio 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. 2.025/04 interpuesto por HANAFESA contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don V.M.F.L. en reclamación de despido siendo demandado HANAFESA, interventores don A.S.C. y don E.G.P., "T.R., S.L.", "F.J., S.L." y FOGASA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 435/03 sentencia con fecha 9 de diciembre de 2003 por el Juzgado de referencia que desestima excepciones de falta de legitimación pasiva y estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- El demandante, don V.M.F.L. ha venido prestando servicios como personal laboral por cuenta y orden de la empresa HANAFESA desde el día 28 de agosto de 1996, con destino en el Centro de trabajo situado en talleres de ... (Ferrol) ocupando la categoría profesional de Oficial 2º y percibiendo un salario mensual de 1.111'87 Euros, incluido el prorrateo de pagas extras. 2º) La relación laboral entre el demandante y la empresa citada en el antecedente de hecho primero, se sustenta a través de los siguientes contratos de duración determinada: El primero suscrito por dichas partes el 28 de agosto de 1996 al amparo del RDL 2.546/94 de 29 de diciembre, modalidad obra o servicio determinado, siendo la causa de temporalidad "la realización de trabajos de Habilitación para NC-274 "TEXACO CAPTAIN", según contrato nº 95.030-s con ASTANO. Dicho contrato se extinguió por finalización de obra el 30.11.96. El segundo suscrito el 01.12.96 al amparo del RDL 2.546/94 de 29 de diciembre, modalidad obra o servicio determinado, siendo la causa de temporalidad "la realización de trabajos de Habilitación para el B/ 357 en Gijón, según pedido nº 60.329/5 de S.A. J.C.G. Dicho contrato se extinguió por finalización de obra el 28.02.97. El tercero suscrito el 01.03.97 al amparo del RDL 2.546/94, de 29 de diciembre, modalidad obra o servicio determinado, siendo la causa de temporalidad "la realización de trabajos de Habilitación en la construcción B/083 de Astilleros "A.B., S.A.". Dicho contrato se extinguió por finalización de obra el 13.03.98. El cuarto suscrito el 14.03.98 al amparo del artículo. 15 del E.T, según

redacción dada por la Ley 63/97 de 26 de diciembre cuya causa de temporalidad fue "la realización de trabajos de Habilitación en la C/479 de Astilleros A.N., S.A." y que se extinguió por despido objetivo el 12.06.03. 3º) El 12 de junio de 2003, se le notifica al demandante carta de despido objetivo de la empresa "HANAFESA" fechada ese mismo día en la que se pone en su conocimiento que con base en causas objetivas, fundamentalmente económicas la empresa por una parte se vio obligada a solicitar del Juzgado correspondiente suspensión de pagos y por otra parte y de acuerdo con el artículo 52.c) del E.T, en conexión con el artículo. 51.1 y el 53 del mismo Texto legal, la empresa se ve obligada a extinguir su contrato de trabajo con efectos al mismo día de la carta. 4º) Con fechas el 12, 13 y 16 de junio de 2003 fue extinguido el contrato de trabajo por causas objetivas de acuerdo con el artículo 52.c) del E.T seis trabajadores: A.F.V., J.C.O., C.E.P., A.J.M.N., V.M.F.L. y J.F.Ro. 5º) El 14 de junio de 2003 la empresa HANAFESA, presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº4 de Ferrol, solicitud de declaración de expediente de suspensión de pagos que fue admitido a trámite por dicho Juzgado el 14.06.03, designándose como interventores judiciales a don A.S.C. y don E.G.P. 6º) El 26 de junio de 2003, HANAFESA, presentó ante la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociales Empleo y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia solicitud de Expediente de Regulación de Empleo que fue registrado con el nº 60/03 en el cual se solicitaba la autorización para la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla de la Empresa HANAFESA, que alcanzaba en esa fecha el total de 21 trabajadores. 7º) El 30 de junio de 2003, tras el preceptivo período de consultas se levanta acta final en la que la empresa y el delegado sindical llegan al acuerdo, entre otros puntos, de aceptar las extinciones contractuales y las indemnizaciones de 20 días por año para cada trabajador. 8º) El 4 de julio de 2003, los seis trabajadores que habían sido objeto de despido objetivo, y que constan en el hecho probado cuarto presentan escrito ante la Delegación de Trabajo mostrando su disconformidad con el expediente por entender que existían indicios de fraude de ley y posible abuso de derecho al estimar que debían de haber sido incluidos en el expediente de regulación de empleo. 9º) El 7 de julio de 2003 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de La Coruña, emitió informe en el que concluye que "si bien existe un acta de acuerdo suscrita entre el representante de la

empresa y el de los trabajadores, a juicio de la Inspectora que suscribe la documentación aportada es insuficiente para acreditar la causa alegada, ya que no figuran las cuentas y balances del año 2002, en los balances de los tres anteriores ejercicios no se constata la existencia de pérdidas, y en todo caso, cabe la posibilidad de que la empresa solicitante forme parte de un Grupo, en cuyo caso sería necesario examinar la documentación de este". 10º) El 9 de julio de 2003 se dictó resolución en el Expediente de Regulación de Empleo cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"De lo que antecede, y en concreto de que el expediente no afecta realmente a la totalidad de la plantilla (21), si no a 20 trabajadores, excluyéndose a uno que es el Delegado de Personal (Sr. G.D.D.), y que previamente a su presentación, se procedió al despido objetivo de 6 trabajadores, quedando reducida la plantilla a menos de veinticinco trabajadores, con la repercusión que ello pudiera tener para el Fondo de Garantía Salarial en el costo de las indemnizaciones (art. 33.8 del E.T.), y que cabe la posibilidad de que la empresa forme parte de un Grupo, con la consiguiente alteración de las relaciones laborales y sus consecuencias económicas, obliga a esta Delegación Provincial a apreciar que pudiera existir fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del Acuerdo suscrito, se remite por ello el citado expediente a los fines legalmente previstos. Se suspende la resolución del expediente hasta que se dicte sentencia por ese Juzgado, rogando se notifique a esta Delegación Provincial, con el fin de resolver lo que en derecho proceda". 11º) El 9 de octubre de 2003 se dictó Sentencia en los autos tramitados en el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol sobre Demanda de Oficio, artículo. 146 LPL, seguida a instancia de la Delegación Provincial de Trabajo de la Xunta de Galicia y 6 trabajadores coadyuvantes entre los que figura el demandante, contra las empresas HANAFESA, Intervención Legal de la suspensión de Pagos de la empresa HANAFESA, "T.R., S.L.", "F.J., S.L.", 20 trabajadores afectados por el E.R.E 60/93, que después quedaron reducidos a 10 y FOGASA cuyo fallo estima la demanda, declarando que existe grupo de empresas y la nulidad del acuerdo colectivo de fecha 30.06.03, adoptado en el E.R.E. 60/03, por existir fraude de ley y abuso de derecho en la conclusión del mismo. 12º) En la sentencia citada constan como hechos probados: "DECIMO.- La empresa HANAFESA a fecha 31.05.03, tenía una plantilla total, según certificación de vida laboral de la T.G.S.S. y los TC1 TC2 de la Seguridad Social

74 trabajadores, de los cuales estaban destinados 56 en Ferrol y 18 en Asturias desplazados.- DECIMOSEPTIMO.- El administrador único de las empresas codemandadas HANAFESA, "T.R., S.L.", y "F.J., S.L.", don J.S.V.P., manifestó en confesión judicial, que el Delegado Sindical de HANAFESA, don G.D.D. no está incluido en el ERE 60/03 porque causó baja voluntaria en la empresa HANAFESA pasando a ser contratado por la empresa "T.R., S.L." VIGESIMOTERCERO.- (...) En resumen de los 70 trabajadores que causaron baja en HANAFESA, en el periodo comprendido entre 31.05.03 a 01.09.03, 28 causaron alta en "F.J., S.L.", de los cuales 10 figuraban incluidos en el expediente de regulación de empleo quienes causaron alta en fecha 31.07.03, y otros 24 causaron alta en "T.R., S.L." y 18 causaron baja en Asturias en fecha 15.07.03. VIGESIMOQUINTO.- En fecha 15.07.03 en los expedientes 1.654/03; 1.679/03 y 1.630 hasta 1.646/03 se celebraron en el SMAC de Asturias tres actas de conciliación de trabajadores de HANAFESA desplazados a Gijón, en la cual la Empresa IZAR CNM, S.A se avino a abonar a los actores las cantidades que HANAFESA adeudaba los trabajadores en Gijón, a cuenta de la facturación interna pendiente con HANAFESA y que afecta a los siguientes trabajadores: (lista igual a 18 trabajadores). VIGESIMOSEXTO.- La T.G.S.S. emitió informe en fecha 19.09.03 sobre la vida laboral de los trabajadores de las empresas codemandadas, en el periodo comprendido entre 31.05.03 hasta 01.09.03, en la cual consta que hay cinco trabajadores que han prestado servicios indistintamente para HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", J.M.L.M., L.V.C.V., A.S.S., C.R.F.L. y F.J.L.F., durante dicho periodo. 13º) En la Nota Informativa Simple y en los Estatutos obrantes en autos de las tres sociedades codemandadas consta como domicilio social: Respecto de HANAFESA: "Lugar de ... Ferrol, A Coruña".-Respecto de "T.R., S.L.": "Polígono ..., A Coruña."- Respecto de "F.J., S.L.": "C/..., Ferrol, A Coruña." 14º) En las facturas aportadas por las codemandadas al acto de juicio consta: - Respecto de HANAFESA: "Oficinas: Polígono ... Taller: ... Ferrol. Como teléfonos, los mismos que constan en las Facturas de "T.R., S.L." para esta misma empresa, esto es: ... y Fax, también el mismo para las dos empresas: ... Respecto de "T.R., S.L.": "Oficinas: Polígono Taller: ... Ferrol. Teléfonos, los mismos que HANAFESA.- Respecto de "F.J., S.L.": "C/ ..., Ferrol". En la fotocopia aportada del Impuesto de Sociedades 2002, consta como número de teléfono de esta empresa el ..., es decir, el mismo que para la

empresa HANAFESA y "T.R., S.L.". 15º) HANAFESA y "T.R., S.L." utilizan una nave común, una de estas empresas se encuentra en la parte de arriba y otra en la parte de abajo. Las dos plantas están comunicadas, el aparato para fichar la hora de entrada y salida de los trabajadores es el mismo para las dos empresas. 16º) En la Nota Simple Informativa del Registro Mercantil y en los Estatutos de las tres sociedades consta: Respecto de HANAFESA: Su objeto social consiste en: La explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación buques.- La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título. El capital social de la citada sociedad es de 180.300 Euros o 30 millones de pts, distribuidos entre mil acciones nominativas, por importe cada una de 10.000 pts, entre tres socios: don L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.S.V.P. El Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.S.V.P., Administrador Único don J.S.V.P., nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 3 de mayo de 2002 y siendo apoderados del mismo don L.S.B.V., don J.S.V.P., doña M.C.R.G. y don A.L.V. Respecto de "T.R., S.L.": Su objeto social consiste en: Construcciones, montajes e instalaciones navales e industriales así como la fabricación y compraventa de los utensilios y elementos correspondientes. La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título. El capital social de la citada sociedad es de 2.000.000 pts divididas en 400 participaciones sociales de 5.000 pts cada una, distribuidos entre dos socios: don J.S.V.P. y D. Alfonso Vizoso Martínez, cada uno con doscientas participaciones sociales. El Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., Presidente, Su esposa doña A.P.M., Secretaria y el hijo de ambos don J.S.V.P., Administrador único don J.S.V.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 30 de mayo de 1008 y siendo apoderados del mismo don J.S.V.P., doña M.C.R.G., y don L.S.B.V. Respecto de "F.J., S.L.": El Objeto social consiste en la explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpinte-

ría naval y habilitación de buques y asimismo, cualquier otra actividad de lícito comercio relacionada con las anteriores que se acuerde ejercer por la Junta General. El capital social inicial de la citada sociedad cuando tenía la forma S. A., era de 4000.000 pts, divididas en 400 acciones siendo socios iniciales don J.A.R.G. (100 acciones), don L.S.B.V. (100 acciones) y don R.P.M. (200 acciones). En fecha 02.12.92 la citada S. A. se transformó en S.L, siendo nuevos socios don L.S.B.V., con 298 participaciones, don J.S.V.P., 1 participación, y doña A.B.P. 1 participación. El Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., presidente, su esposa doña A.P.M., Secretaria y el hijo de ambos don J.S.V.P., Administrador Único don J.S.V.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 05.11.00 y siendo apoderados del mismo don L.S.B.V., don J.S.V.P., don A.L.V. y doña M.C.R.G. 17º) En la memoria aportada por HANAFESA en el ERE nº 60/03 se hace constar que HANAFESA es miembro de una unión temporal de empresas; se dice literalmente: *"La Sociedad HANAFESA es miembro de la unión temporal de empresas HANAFESA, C., C., U.T.E., CIF ..., la cual finalizó su actividad en el ejercicio de 1993 encontrándose en la actualidad pendiente de disolución de la cual posee un 62,27%. El neto patrimonial del la misma a 31 de diciembre de 2001 asciende a 2.264,73 euros del cual le corresponde a la Sociedad 1.410,25 euros en función del porcentaje de participación que posee. Con fecha 30 de julio de 1997 se constituyó una unión temporal de empresas denominada HANAFESA C.N.S.L., U.T.E., CIF., para la realización de la obra de Habilitación Llave en Mano de la Construcción nº 77, para A.E.S.A., Puerto Real, de la cual posee un 13,72%. A la fecha actual el neto patrimonial ha sido repartido entre los socios encontrándose la entidad pendiente de disolución. Con fecha 24 de septiembre de 1997 se constituyó una unión temporal de empresas denominada HANAFESA C.N.S.L., U.T.E. nº 2, CIF ... para la realización de la obra de Habilitación Llave en Mano de las Construcciones números 78 y 79, para A.E.S.A. Puerto Real, de la cual posee un 9,61%. A la fecha actual el neto patrimonial ha sido repartido entre los socios encontrándose la entidad pendiente de disolución."* 18º) El 11 de julio de 2003 se celebró el procedente acto de conciliación con el resultado de "Sen avinza" respecto a los demandados comparecientes HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L." y "Tentada sen efecto" respecto a la demandada Intervención judicial de la suspensión de

pagos HANAFESA. Que, debo desestimar y desestimo íntegramente las excepciones procesales de falta de legitimación pasiva alegadas por "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", por las razones expuestas en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: Que con estimación de la demanda instada por don V.M.F.L., contra las empresas HANAFESA, Intervención Legal de la suspensión de pagos de HANAFESA, en las personas de los Interventores don A.S.C. y don E.B.P., y las empresas "T.R., S.L.", y "F.J., S.L.", y FOGASA, en reclamación sobre despido, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 12.06.03, constituye un despido objetivo que debe ser calificado como nulo, condenando solidariamente a HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", a que readmitan al demandante en las mismas condiciones que tenía antes del despido de fecha 12.06.03, con abono al actor de los salarios de tramitación causados desde 12.06.03 hasta que la readmisión tenga lugar, a razón de un importe diario de 37'06 euros y que hasta la fecha de la sentencia alcanzan la suma de 6670.80 Euros, condenando a la Intervención Legal de la Suspensión de Pagos a estar y pasar por la anterior declaración y absolviendo al codemandado FOGASA íntegramente de la pretensión formulada en su contra en el escrito recesor de los autos.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia estimatoria de la demanda, declarando que la extinción contractual por la que se accionaba constituye despido nulo y condenando solidariamente a las empresas demandadas HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", se interpone recurso exclusivamente por la empresa HANAFESA articulando dos motivos de Suplicación, dedicando el primero a la revisión de los hechos declarados probados y el segundo al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- La revisión de hechos declarados probados, formulada por el cauce procesal correcto del artículo 191.b) de la LPL, tiene por objeto la modificación de los hechos

probados 11º y 12º. La primera, para que se adicione al final del referido hecho probado 11, el texto siguiente: *"La referida sentencia no es firme en derecho, por haber sido recurrida por las demandadas HANAFESA, SA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L."."* Modificación que se acoge, porque así resulta de los documentos que obran incorporados a la pieza del recurso, cuya unión se acordó por auto de fecha 8 de junio de 2004.

Respecto de la revisión referida al hecho probado 12º, se interesa la supresión del mismo, porque a juicio de la parte recurrente se trata de una reproducción íntegra de una serie de hechos probados de otra sentencia, la cual está recurrida, existiendo en dichos autos, que no en éstos, la documental que ha servido de soporte a la revisión probatoria. Supresión que no se acoge, porque el hecho probado no hace más que constatar lo que se declaró probado en otra sentencia, en base a prueba documental conocida por la recurrente, de ahí que no se produzca la indefensión denunciada. Además, con evidente valor fáctico se vienen a recoger, en esencia, los mismos datos en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, cuya supresión no se interesó por la recurrente.

TERCERO.- En el apartado de examen del Derecho y por el cauce del art. 191.c LPL, el recurso efectúa las siguientes denuncias: a).- vulneración de la doctrina jurisprudencial en materia de grupos de empresas; b).- infracción del art. 15 -párrafos 1 y 3- ET, así como de los arts. 2, 3, 8 y 9 RD 2.720/1998, en relación con la jurisprudencia interpretativa; c).- conculcación del art. 51.1 -en relación con el art. 49-, 52 y 53 ET, así como de la jurisprudencia que los interpreta; y d).- infracción del art. 33 ET.

y en el examen de esta censura jurídica, la Sala parte de lo declarado en casos precedentes resolviendo recursos de otros trabajadores contra las mismas empresas, de modo que los argumentos utilizados en dichos supuestos (Sentencia de 15.04.04, Rec. 931/04; Sentencia de 16.04.04, Rec. 487/04; Sentencia de 22.04.04, Rec. 547/04 y Sentencia de 18.05.04, Rec. 1.480/04) han de ser los mismos que aquí se empleen para desestimar también el presente recurso.

En relación con la primera de las denuncias, la relativa a la doctrina jurisprudencial del "grupo de empresas" se decía en las dos primeras sentencias, en síntesis, que es doctrina jurisprudencial muy consolidada (STS

de 24.07.89 (Ar. 5.908), 22.01.90 (Ar. 180), 30.01.90 (Ar. 233), S. 03.05.90 (Ar. 3.946), 19.11.90, 26.11.90 (Ar. 8.605) y 30.06.93 (Ar. 4.939), 26.01.98 (Ar. 1.062) la que ha señalado que el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS. Así, «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales» (Sentencias de 30.01 y 09.05.90, Ar. 233 y 3983; y 30 de junio de 1993, Ar. 4.939). No puede olvidarse que, como señala la Sentencia de 30 junio 1993, «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propia como personas jurídicas independientes que son». Para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia del TS ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: (a).- La prestación de servicios para las diversas Empresas (SSTS 04.03.85 Ar. 1.270 y 07.12.87 Ar. 8.851), bien en forma simultánea e indiferenciada (SSTS 29.03.78 Ar. 1.111, 06.05.81 Ar. 2.103 y 08.06.88 Ar. 5.251), o bien de manera alternativa (SSTCT de 04.11.81 Ar. 6.441 y 09.07.82, así como STS de 01.06.78 Ar. 2.247), o también sucesivamente por mor de contratos encadenados (STCT de 03.02.84 Ar. 939, 14.10.86 Ar. 9.473 y 27.03.87 Ar. 6.699); en el bien entendido de que «salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores» (SSTS 26.11.90 Ar. 8.605, 30.06.93 Ar. 4.939 y 26.01.98 Ar. 1.062).

(b).- La superposición de Empresas en el circuito rector de las decisiones, de manera que exista una actuación y dirección unitaria del Grupo o conjunto de Empresas, agrupadas bajo unas mismas coordenadas y dictados, que se aprecie en el grupo de empresas una relación vertical de dirección y una dirección unita-

ria proyectada tanto sobre las relaciones económicas como empresariales, de modo que, más allá del aspecto jurídico formal entre las empresas aisladamente consideradas, trascienda una misma realidad económica –fragmentada jurídicamente– proyectada a través del mando de una empresa dominante, en la que reside el poder de dirección y una situación de dependencia de las restantes, respecto a las relaciones económicas, financieras y laborales; en el bien entendido de que la mera coincidencia de accionistas en las distintas empresas no determina la responsabilidad solidaria de las sociedades componentes (STS 21.12.00 Ar. 2001/1.870), a la par que no es relevante –a los efectos debatidos– la coincidencia personal en la Administración (STS 26.12.01 Ar. 2002/5.292).

(c).- La amplia comunicación o trasvase entre los diversos patrimonios sociales, que produce entre ellos una situación de confusión y que influye en situaciones de crisis afectante a alguna de las Empresas del Grupo (SSTS de 11.12.85, 10.11.87 Ar. 7.838, 19.11.90 Ar. 8.583 y 30.06.93 Ar. 4.939), lo que tiene lugar en los supuestos de «caja única», falta de «tesorería propia», «cajas aparentemente únicas», renunciaciones internas de créditos, pago de nóminas y de las cuotas de la Seguridad Social (STS 08.06.88 Ar. 5.256);

(d).- La existencia de una apariencia externa unitaria, que justifica la responsabilidad global del Grupo, en aras a la seguridad jurídica y al principio de que quien crea una apariencia verosímil se halla obligado frente a los que de buen fe aceptan tal apariencia como una realidad (SSTS de 08.10.87 Ar. 6.973, 10.11.87 Ar. 7.838, 12.07.88 y 22.12.89 Ar. 9.073, 19.11.90 Ar. 8.583 y 30.06.93 Ar. 4.939);

(e).- La creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SSTS 11.12.85 Ar. 6.094, 03.03.87 Ar. 1.321, 08.06.88 Ar. 5.256, 12.07.88 Ar. 5.802 y 01.07.89); y

(f).- La utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica independiente de cada una de las Empresas, con perjuicio de las garantías de los trabajadores (SSTS de 30.01.90 Ar. 233, 03.05.90 Ar. 3.946, 04.05.90 Ar. 3.960, 24.09.90 Ar. 7.045, 31.01.91 Ar. 200, 22.03.91 Ar. 1.889).

CUARTO.- Añade la Sala, en dichas Sentencias, que tales criterios jurisprudenciales han de aplicarse en autos teniendo en cuenta –aparte de los datos expresados en el relato de hechos– una serie de extremos que el

Magistrado afirma en el segundo de los fundamentos de Derecho, circunstancia ésta que no les priva de valor fáctico y determina que su tratamiento procesal haya de ser –en principio– el propio de los hechos declarados probados (SSTS 17.10.89 Ar. 7.284, 09.12.89 Ar. 9.195, 19.12.89 Ar. 9.049, 30.01.90 Ar. 6.236, 02.03.90 Ar. 1.748, etc.).

Con inclusión debida en el relato de hechos o con ubicación formalmente inadecuada en la fundamentación jurídica, el Magistrado destaca los siguientes datos reveladores de grupo de empresas y determinantes de responsabilidad solidaria: (a) de los 74 trabajadores que HANAFESA tenía en 31.05.03, desde esta fecha y hasta el 01.09.03 pasaron 28 empleados a “F.J., S.L.”, y 24 a “T.R., S.L.”; (b) cinco trabajadores –indicados en forma nominal por la sentencia– «han prestado servicios indistintamente» para las tres empresas; (c) el Consejo de Administración de las demandadas encarnan en las mismas personas físicas –el Sr. B.V. como Presidente y como Administrador Único–; (d) media identidad de domicilio por parte de HANAFESA y “T.R., S.L.”, sito en ..., donde utilizan una nave común, una empresa se encuentra en la parte de arriba y otra en la parte de abajo; (e) la facturación externa frente a otras empresas es conjunta, sin que entre las tres demandadas exista facturación interna; (f) el Delegado de personal de HANAFESA, no incluido en el ERE pasó a causar alta en “T.R., S.L.” el 16.07.03; (g) de los 20 trabajadores incluidos en el ERE de HANAFESA, 10 de ellos han pasado a “F.J., S.L.” en 31.07.03; (h) los 18 trabajadores que HANAFESA tenía desplazados a Asturias, todos ellos conciliaron ante el SMAC la extinción de sus contratos en fecha 15.07.03; e (i) existe identidad de objeto social y complementariedad de actividad entre las codemandadas; (j) el aparato de que disponen los trabajadores para fichar la hora de entrada y salida de los trabajadores es el mismo para las dos empresas.

Los referidos extremos nos llevan a confirmar la responsabilidad solidaria declarada en instancia, porque acreditan los siguientes puntos justificativos: (1º) la prestación de servicios para las diversas empresas, en algunos casos de forma simultánea y mayoritariamente de manera sucesiva a través de contratos encadenados; (2º) la dirección unitaria, que no sólo se apunta en la identidad física de los órganos del Consejo de Administración de todas ellas, sino que se evidencia en el constante trasvase de personal por medio de contratos temporales

sin solución de continuidad o casi sin ella, y –últimamente– preordenados al ERE 60/03, presentado por HANAFESA; (3º) todo ello facilitado por una actividad social básicamente idéntica y complementaria en su divergencia; (4º) la apariencia unitaria, con facturación externa conjunta, disfrute del mismo domicilio e identidad de órganos rectores; (5º) la confusión patrimonial que suponen la inexistencia de facturación interna y la ubicación en nave compartida; y (6º) la contratación temporal sucesiva y trasvase de personal comporta la utilización abusiva de la personalidad jurídica, minorando los derechos de los trabajadores.

QUINTO.- En lo que se refiere a la segunda de las censuras jurídicas formuladas, la relativa al contrato para obra o servicio determinado, que es materia regulada por los preceptos que se denuncian como infringidos (arts. 15 ET y 2, 3, 8 y 9 del RD 2.720/1998, de 18 de diciembre), en primer lugar cumple recordar que en materia de contratación temporal en general, la doctrina unificada ha mantenido una serie de criterios que aunque en su mayor parte dictados para anteriores normas son aplicables a la actual regulación, por su identidad esencial. Criterios que son resumibles en los términos:

(1º).- Pese a que el art. 15.1 ET ya no prescribe expresamente –como en la redacción original– que «el contrato de trabajo se presume por tiempo indefinido», esto no significa que la temporalidad ya no necesite siempre de una causa legal que la justifique, sino que el válido acogimiento al sistema ordinario de contratación temporal, requiere en términos inexcusables que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas como justificativa de la temporalidad que le es propia, siendo claro que los arts. 8.2 y 15.3 ET y 9.1 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, que lo desarrolla, establecen una presunción a favor de la contratación indefinida (SSTS 21.03.02 Ar. 3.818; y 20.01.03 Ar. 1.986).

(2º).- En principio, si los contratos se han celebrado con arreglo a la normativa que los regula, no cabe apreciar irregularidad que conlleve la nulidad de las contrataciones ni la declaración de fijeza (STS 29.12.95 Ar. 9.847).

(3º).- Para determinar la licitud de un contrato temporal que es el último de una serie de ellos ha de tomarse en cuenta también la validez de los procedentes si no ha existido solución de continuidad entre los mis-

mos (SSTS 20.02.97 Ar. 1.457; 17.03.98 Ar. 2.682; 06.07.98 Ar. 7.010).

(4º).- Excepcionalmente, el control de legalidad ha de atender exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre éste y el anterior haya mediado un plazo superior al plazo de caducidad de la acción de despido –20 días hábiles–, y a su vez, esta regla puede obviarse cuando se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, permanece la unidad esencial del vínculo laboral, por no existir solución de continuidad o ser de escasa entidad (SSTS 20.02.97 Ar. 1.457; 21.02.97 Ar. 1.572; 25.03.97 Ar. 2.619; 05.05.97 Ar. 3.654; 29.05.97 Ar. 4.471; 29.05.97 Ar. 4.473; 02.07.97 Ar. 5.560; 17.11.97 Ar. 8.425; 17.03.98 Ar. 2.682; 06.07.98 Ar. 7.010; 22.04.02 Ar. 7.796).

(5º).- La sucesiva contratación temporal infringiendo la normativa sobre la misma constituye *fraus legis*, sin necesidad de acreditar elemento subjetivo adicional (SSTS 29.03.93 Ar. 2.218 y 20.01.03 Ar. 1.986), porque el fraude no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal –*dolus malus*–, sino la simple y mera conciencia de que la situación laboral contemplada no implica temporalidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada, o lo que es igual, el fenómeno descrito en el art. 6.4 CC (STS 20.03.02 Ar. 5.284).

(6º).- Cuando un contrato temporal causal deviene indefinido por defectos esenciales en la contratación, la novación aparente de esta relación laboral ya indefinida, mediante la celebración de un nuevo contrato temporal sin práctica solución de continuidad, carece de eficacia; como no la tiene un recibo de finiquito cuando la empresa da por extinguido el contrato temporal viciado; y además se entiende que no existe interrupción eficiente, cuando la que media entre uno y otro contrato temporal es inferior a 20 días hábiles (STS 21.03.02 Ar. 3.818).

(7º).- La fijeza así surgida permanece, aunque se formalicen luego otros contratos temporales, incluso aunque alguno de ellos –en sí mismo y al margen de la cadena contractual– pudiera considerarse válido, de modo que las sucesivas relaciones laborales temporales que en circunstancias normales no se hubieran intercomunicado, pasan a constituir una única relación laboral indefinida e indis-

ponible, por aplicación de los arts. 3.5 y 15.3 ET (STS 21.03.02 Ar. 3.818).

ya más específicamente sobre el contrato para obra o servicio determinado, la doctrina unificada –así, las SSTS 19.03.02 Ar. 5.989 y 21.03.02 Ar. 5.990, que es la literalmente reproducida– tiene indicado que sus requisitos son los siguientes: «a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas» (SSTS 10.12.96 Ar. 9.139, 30.12.96 Ar. 9.864, 28.02.03 R. 176/03, 06.03.03 R. 398/03, 02.10.03 R. 3.848/03 y 20.12.03 R. 2.343/01).

La doctrina se atenúa –STS 23.09.02 Ar. 2003\704– en supuestos de prestación de servicios bajo esta modalidad cuando el empresario realizaba una contrata, pues –SSTS 20.11.00 Ar. 1.422, siguiendo precedentes de 15.01.97 Ar. 497, 18.12.98 Ar. 307, 28.12.98 Ar. 387 y 06.06.99 Ar. 5.209–, aunque en estos casos «no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización», se aprecia, sin embargo, la concurrencia de «una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste».

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, 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 a 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.

En el caso de autos y pese al criterio jurisprudencial flexible sobre la contratación temporal para obra en el marco de las contrataciones, nuestra conclusión es que la relación laboral que el demandante mantenía con HANAFESA es indefinida, pues si bien pudiera pensarse que las contrataciones lo fueron para cometidos con sustantividad y autonomía en la actividad ordinaria de la empresa, puesto que lo fueron para la habilitación de concretos buques y pedidos adecuadamente especificados en los respectivos contratos, cuando los contratos se celebran en forma encadenada hasta el punto de que entre la fecha inicial de la prestación de servicios (28.08.96) y la del despido (12.06.03), el trabajador permaneció vinculado permanentemente a la empresa, por lo que la Sala llega a la conclusión de que el actor atendió la organización productiva ordinaria de la empresa durante casi siete años, sirviendo de forma indefinida a sus necesidades, siquiera con la minoración de derechos que se derivaba de su fraudulenta contratación temporal.

SEXTO.- Por lo que atañe a la denunciada infracción de los arts. 51, 52 y 53 ET, los datos a tener en cuenta son los que siguen:

(a) HANAFESA tenía una plantilla de 74 trabajadores en 31 de mayo, 49 en 21 de

junio, 43 en 30 de junio, 25 en 31 de julio y 12 en 1 de septiembre;

(b) de los 74 trabajadores que «HANAFESA» tenía en 31 de mayo, desde esta fecha y hasta el 1 de septiembre pasaron 28 empleados a «F.J., S.L.», y 24 a «T.R., S.L.»;

(c) entre el 12 y el 16 de junio fueron despedidos por causas objetivas 6 trabajadores, entre ellos el demandante en las presentes actuaciones;

(d) se inicia tramitación de ERE en 26 de junio, afectando inicialmente a 20 trabajadores y posteriormente –31 de julio– a 10 trabajadores, pasando los otros 10 a prestar servicios en «F.J., S.L.»;

(e) el Delegado de personal de «HANAFESA», no incluido en el ERE pasó a causar alta en «T.R., S.L.» el 16.07.03;

Sobre tales presupuestos, la Sala coincide con la declaración de nulidad llevada a cabo en la instancia y entiende innecesario examinar su posible improcedencia por falta de prueba de la causa alegada, y ello porque:

(a).- El art. 124 LPL norma que «el órgano judicial declarará nulo [...] el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo [...] si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente prevista».

(b).- El art. 52.c ET faculta la extinción del contrato por las causas objetivas en base a las causas del art. 51.1 y con los requisitos del art. 53, siempre afecte a trabajadores «en número inferior al establecido» para el despido colectivo.

(c).- El art. 51.1 ET entiende por despido colectivo –a los efectos de exigencias procedimentales y consecuencias económicas– el que afecte en un periodo de noventa días «al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; y que a tales efectos se computarán las extinciones «por iniciativa del empresario» y por causas no inherentes a la persona del trabajador y distintas a las previstas en el art. 49.1.c ET, «siempre que su número sea, al menos, de cinco».

(d).- Consideramos cuando menos abusivo –cuando no fraudulento– despedir por causas objetivas a seis trabajadores y a los pocos días iniciar un ERE para otros veinte, siendo así que las causas económicas por fuerza han de ser sustancialmente las mismas y que

con tal proceder –al margen de posibles finalidades defraudatorias de los intereses públicos que el FOGASA tutela ex art. 33.8 ET– se laminan los derechos de los trabajadores afectados, privándoles de la garantía que significa el procedimiento contemplado en el art. 51 ET.

SEPTIMO.- Para finalizar rechazamos la última denuncia del recurso, la infracción del art. 33.8 del ET. Pretendiendo atribuir la responsabilidad del FOGASA al pago de las indemnizaciones por despido. Censura jurídica que no se acoge, (a) porque la responsabilidad del Fondo nace en el caso de empresas de menos de 25 trabajadores, y como se señala en las sentencias de la Sala sobre las que se ha amparado la presente resolución, (b) que el método de reducir la plantilla a menos de 25 trabajadores, tal cuestión no ha sido planteada por la parte actora y no ha sido objeto de pronunciamiento expreso en la parte dispositiva; aunque ciertamente hubiese sido –como fue– el FOGASA el que hubiese suscitado el tema, para la Sala está claro que la sentencia que en este procedimiento se dictase únicamente podría sentar las bases fácticas que sobre tal extremo procediesen, en concreto el número de trabajadores (tal como efectivamente se hizo), pero no podría hacer un pronunciamiento sobre materia no pretendida en demanda y que excedía de su planteamiento, ya que se trata de responsabilidad prestacional del FOGASA cuya exigencia requiere el oportuno expediente administrativo, conforme a los arts. 20 y siguientes RD 505/1985, de 6 de marzo; (c) la resolución –parte dispositiva– que la Sala confirma no consentiría la exención a la empresa del abono de cantidad alguna ex art. 33.8 ET, por cuanto que se ha declarado nulo el acuerdo empresarial extintivo y –conforme a los arts. 124 y 113 LPL– se ha condenado «a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir», de manera que no media «indemnización legal» alguna que en parte pueda ser asumida por aquel organismo oficial; y (d) tampoco lo permitirían los hechos declarados probados, conforme a los cuales en el momento en que se produce la extinción –despido nulo– del contrato del actor la empresa tenía a su servicio como mínimo 43 trabajadores (que son los que constan a fecha 30.06.93), con lo que se supera ampliamente el límite de 24 a que el tan citado art. 33.8 ET condiciona la asunción por el FOGASA del 40 por ciento de la indemnización legal.

Por todo lo indicado, se rechaza la censura jurídica dirigida frente a la sentencia recurrida, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio del recurrido, con las consecuencias previstas en los artículos 202.1.3.4 y 233.1 ambos de la Ley de Procedimiento Laboral; y en función de todo ello:

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por HANAFESA, confirmamos la sentencia que con fecha 9 de diciembre de 2003, ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Ferrol, a instancia de don V.M.F.L. y por la que se acogió la demanda formulada contra la recurrente, la Intervención Judicial de la Suspensión de Pagos de HANAFESA, “T.R., S.L.”, “F.J., S.L.” y el Fondo de Garantía Salarial.

3889 Recurso nº 4.757/01

S.S. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO. PROFESOR DE CANTEIRÍA. TRABAJO POR CONTA ALLEA, RETRIBUÍDO E DEPENDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Elías López Paz

A Coruña, a quince de junio 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 4.757/01, interpuesto por el Patronato da Fundación Escola de Canteiros da Diputación Provincial de Pontevedra contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 201-01 se presentó demanda por don J.M.B.E. en reclamación de Otros Extremos siendo demandados el Patronato da Fundación Escola de Canteiros da Diputación Provincial de Pontevedra en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de junio de 2001 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- Don J.M.B.E., mayor de edad, con D.N.I. número ..., viene prestando servicios por cuenta del Patronato da Fundación Escola de Canteiros da Diputación Provincial de Pontevedra, con la categoría profesional de

profesor de cantería, y durante los cursos académicos siguientes: 1991-92; 1992-93; 1993-94; 1994-95; 1995-96; 1996-97; 1997-98; 1999-00. El actor comenzó en enero de 1992 a prestar servicios, por baja de su compañero don S.L.P.-

2.- El actor presta servicios como profesor en horario de 9 a 13 horas, los lunes, martes, jueves y viernes durante los cursos escolares de 1991-92, 1992-93, 1993-94 y 1994-95, y en el mismo horario de lunes a jueves durante los cursos escolares 1995-96, 1996-97, 1997-98, 1999-00. El actor percibió las siguientes retribuciones económicas, en el año 1992, 985.408 ptas. anuales; en el año 1993, 979.221 ptas. anuales, en el año 1994 1.049.770 ptas. anuales, durante el año 1995, 1.154.747 ptas. anuales, en el año 1996 1.195.164 ptas. anuales, en el año 1997, 1.195.164 ptas. anuales, en el año 1998 1.220.265 ptas. anuales, en el año 1999, 1.242.234 ptas. anuales, y en el año 2000 120.000 ptas. mensuales.-

3.- En fecha 29.02.00 se formalizó por escrito contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido, entre la demandada y el actor, con la misma categoría profesional, y con un horario de 9 horas a 13 horas de lunes a jueves, percibiendo un salario mensual de 120.000 ptas.-

4.- Reclama el actor que le sea reconocida una antigüedad a todos los efectos desde el 10.10.91.-

5.- Quedo agotada la vía administrativa previa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Estimar la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la Diputación Provincial de Pontevedra, absolviendo a esta de las pretensiones de la demanda. Asimismo, estimar la demanda interpuesta por don J.M.B.E., contra el Patronato da Fundación Escola de Canteiros da Diputación Provincial de Pontevedra, declaro el derecho del actor a que le sea reconocida una antigüedad de 01.01.92 a todos los efectos condenando al Patronato de la Fundación Escola de Canteiros de la Diputación Provincial de Pontevedra a estar y pasar por tal declaración."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada Patronato da Fundación Escola de Canteiros da Diputación Provincial de Pontevedra 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 alegada por la Diputación Provin-

cial de Pontevedra, - y aunque no se diga en el fallo, tras desestimar la de incompetencia de jurisdicción- estima la demanda del actor, en realidad la estimación es parcial porque el demandante reclamaba el reconocimiento de una antigüedad desde el 10 de octubre de 1991, y la sentencia recurrida declara el derecho del actor a que le sea reconocida una antigüedad desde el 1 de enero de 1992, condenando al Patronato de la Fundación Escola de Canteiros de la Diputación Provincial de Pontevedra a estar y pasar por tal declaración. Dicho pronunciamiento es impugnado por la representación procesal del citado Patronato, al objeto de obtener su revocación y de que se desestime la demanda, invocando al efecto y por el cauce de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, tres motivos de Suplicación, el primero destinado a la revisión de los hechos declarados probados y los dos motivos restantes al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Por obvias razones procesales, por afectar al orden público procesal, debe analizarse y examinarse preferentemente la competencia de esta Jurisdicción Social para conocer "ratione materiae" de la cuestión que se ventila en esta "litis"; cuestión ésta que ha sido alegada en la instancia por la Entidad recurrente, y desestimada (aunque en el fallo no se haga constar esta circunstancia), y que es reproducida en esta vía de recurso, en el primero de los motivos dedicados a la censura jurídica, aunque formulada por un cauce procesal equivocado, pues se debió plantear al amparo del apartado a) del artículo 191 de la LPL (y no al amparo del apartado c) del citado precepto, como erróneamente se hizo), y, además, en el suplico del escrito del recurso también se debió solicitar las consecuencias derivadas de la admisión de esta excepción procesal. En cualquier caso, y por lo que respecta al examen de dicha cuestión de competencia, esta Sala goza de plena libertad, sin tener que sujetarse a los presupuestos y concretos motivos del recurso, sin someterse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y con amplitud en el examen de toda la prueba practicada, para decidir, fundadamente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes (SS. TS, entre otras, 16.02.90; Ar. 1.099, 04.07.97 Ar. 2.466).

El Patronato recurrente invoca la incompetencia de este orden jurisdiccional

social, sobre la base de considerar que el actor inicialmente era un trabajador becario en fase de aprendizaje teórico-práctico, y a partir del año 1995 su vinculación con el Patronato era de arrendamiento de servicios. Al respecto de esta alegación conviene significar, que la calificación jurídica que merezca la relación mantenida entre las partes, no viene condicionada por la denominación que se le atribuya o por la opinión que al respecto puedan manifestar los propios interesados, pues como reiteradamente declara la doctrina jurisprudencial, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes (STS 21.06.90 Ar. 5.048); debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el "nomen iuris" empleado por los contratantes (STS 23.10.89; Ar. 7.310); siendo así que la determinación del carácter laboral de la realización que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una libre calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (SSTS de 21.07.88 y 05.07.90; Ar. 6.059). De todo ello se deriva que lo esencial a tal efecto, será la valoración que merezcan las circunstancias concretas en que efectivamente se venía desarrollando la relación entre los litigantes.

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 de probanzas de la sentencia de instancia que, en lo esencial, puede resumirse así:

1.- El actor vino prestando servicios por cuenta del Patronato de la Fundación Escuela de Canteiros de la Diputación Provincial de Pontevedra, con la categoría profesional de profesor de cantería, ininterrumpidamente desde el curso 1991-1992, hasta el 1999-2000, iniciando la prestación de servicios con efectos de 1 de enero de 1992, para suplir la baja de don S.L.P.

2.- El demandante presta servicios como profesor en horario de 9 a 13 horas, los lunes, martes, jueves y viernes durante los cursos escolares de 1991-92 a 1994-1995, y en el mismo horario de lunes a jueves durante los cursos escolares de 1995-96 a 1999-2000.

3.- El actor percibió las siguientes retribuciones económicas: año 1992 = 985.408 ptas. anuales; año 1993 = 979.221 ptas. anuales; año 1994 = 1.409.770 ptas. anuales; año 1995 = 1.154.746 ptas. anuales; año 1996 = 1.195.164 ptas. anuales; año 1997 = 1.195.164 ptas. anuales; año 1998 = 1.220.265 ptas. anuales; año 1999 = 1.242.234 ptas. anuales. Y en el año 2000 venía percibiendo una retribución fija mensual de 120.000 pesetas.

4.- Con fecha 29 de febrero de 2000, las partes litigantes formalizaron contrato de trabajo a tiempo parcial indefinido, con la misma categoría profesional de profesor de cantería, jornada laboral de 9 a 13 horas de lunes a jueves, estipulándose una retribución mensual de 120.000 pesetas.

5.- No consta que la relación que el actor mantenía desde el año 1992 con el Patronato demandado, fuese en condición de becario, ni como arrendamiento de servicios, en virtud de una relación administrativa.

CUARTO.- Partiendo de la declaración fáctica que antecede, no cabe duda que la relación entre el actor y el Patronato demandado, es de naturaleza laboral, coincidiendo con el informe del Ministerio Fiscal. A veces, -no en el caso presente- es difícil distinguir cuando una actividad encaja en el ámbito mercantil o laboral, y para diferenciar entre ambos, el Tribunal Supremo declara que la línea divisoria entre la relación de carácter civil –de arrendamiento de servicios- y la contractual laboral está en la llamada "integración en el círculo rector y disciplinario del empresario" (STS 08.10.92; Ar. 7.622), concepto que se formula en la legislación vigente como "servicios dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica" (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores).

De las condiciones laborales antes expuestas se desprende que, además del carácter personal de los servicios prestados por el demandante, también percibía una contraprestación retributiva por los mismos. Por otra parte, el fruto del trabajo que el demandante realizaba, repercutía en quien lo percibía, es decir, en su empleador –el Patronato de la Fundación Escola de Canteiros-, sin que el actor percibiese lucro alguno como beneficio propio derivado de su actividad, lo que determina, claramente, la nota de ajenidad de la relación.

Otro de los elementos que caracteriza esencialmente el contrato de trabajo, es la nota

de dependencia y que claramente se aprecia en el caso enjuiciado, de un modo evidente. Según la doctrina jurisprudencial, por “dependencia” o “subordinación”, debe entenderse el hecho de encontrarse el trabajador dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria de aquél por cuya cuenta se realiza su labor, lo cual se exterioriza en determinados datos o signos, como el encuadramiento o inserción dentro del esquema jerárquico de la empresa, debiendo acatar sus órdenes, mandatos y directrices, la subordinación a la persona o personas que en aquélla tengan facultades de dirección o mando, el sometimiento a las normas disciplinarias correspondientes, la realización del trabajo normalmente en los centros o dependencias de la empresa y la sujeción a una jornada y horario determinados, etc, y aunque no sea necesario que concurran todas las circunstancias enumeradas, bastando con las que revelen la existencia de ese elemento, sin embargo, en el supuesto enjuiciado, puede afirmarse que concurren todas y cada una de las circunstancias citadas. Y ello, porque según se desprende de los antecedentes fácticos más arriba expuestos, el actor estaba sometido al poder de dirección y disciplinario de la Entidad recurrente, realizaba su actividad en un Centro del empleador, utilizaba el material que le proporcionaba el Patronato y cumplía una jornada diaria de trabajo en los términos acordados.

Dándose todas las condiciones y circunstancias que se dejan expuestas, resulta indiscutible que el actor se encontraba inserto en el círculo rector y organicista de la Fundación demandada, ya que venía realizando una prestación de servicios retribuidos, por cuenta ajena, y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona (el Patronato de la Fundación), cumpliéndose así todos los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del E.T. A lo anterior debe añadirse la presunción que contiene el artículo 8 del mismo Texto Estatutario, a favor de la laboralidad de cualquier relación contractual que vincula a quien presta un servicio de las características expuestas y al que lo recibe a cambio de satisfacer una contraprestación retributiva.

En resumen, la relación que unió al actor con el Patronato demandado antes del 29 de febrero de 2000 en que se formalizó contrato laboral indefinido, ya era una relación laboral, por reunir todas las notas configuradoras de la misma, por lo que el orden social de la jurisdicción es el competente para enjuiciar y resolver la pretensión deducida en la

demanda rectora de esta “litis”, con arreglo a lo prevenido en el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral en concordancia con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por lo que procede desestimar el recurso y dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. Por todo ello,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del demandado Patronato da Fundación Escola de Canteiros da Diputación Provincial de Pontevedra, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Pontevedra, de fecha 20 de junio de 2001, en los presentes autos 201/01 promovidos por el actor don J.M.B.E., sobre reconocimiento de antigüedad, frente a la citada Entidad recurrente, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3890 Recurso núm. 2.196/04

S.S. EXTINCIÓN ILÍCITA DE CONTRATO EVENTUAL FRAUDULENTO CONSTITUTIVA DUN DESPEDITO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Mejuto

A Coruña, diecisiete de junio 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. 2.196/04 interpuesto por don A.G.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por D don A.G.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 978/2003 sentencia con fecha 16 de febrero de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

“Primero.- El actor ha prestado servicios por cuenta de la entidad demandada, dedicada a la prestación del servicio público de correos y telégrafos, ostentando una categoría profesional de cartero, con funciones de clasificación y reparto 1.149,20 € (con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias). Presta servicios desde el 01.06.84, sin solución de continuidad. No se acredita situación de IT en fecha 12.11.03. Segundo.- Según certificación de servicios prestados (obrante al fº. 1 ramo de prueba aportado por el actor), suscribió el actor los siguientes contratos:

Categoría	Tipo contrato	F. inicio	F. fin
Agente titular Enlace R	PRI	01.06.84	06.07.84
Agente titular Enlace R	PRI	01.08.84	05.09.84
Sustituto de A.C.R.	INTERINO	06.09.84	04.12.84
Sustituto de A.C.R.	INTERINO	05.12.84	09.12.84
Sustituto de A.C.R.	INTERINO	10.12.84	21.12.84
Sustituto de A.C.R.	INTERINO	21.01.85	07.03.85
Sustituto de A.C.R.	INTERINO	08.03.85	14.04.85
Sustituto de A.C.R.	INTERINO	15.04.85	15.05.85
Sustituto de A.C.R.	EVENTUAL	16.05.85	14.08.86
Agente titular Enlace	R AAA	15.08.86	31.07.88
Sustituto de A.C.R.	EVENTUAL	10.08.88	31.12.91
Sustituto de A.C.R.	EVENTUAL	01.01.92	31.03.92
Sustituto de A.C.R.	INTERINO	01.04.92	30.4.92
Sustituto de A.C.R.	EVENTUAL	01.05.92	30.6.92
Sustituto de A.C.R.	EVENTUAL	01.07.92	30.4.93
Sustituto de A.C.R.	INTERINO	01.05.93	31.05.93
Sustituto de A.C.R.	EVENTUAL	01.06.93	31.12.93
Sustituto de A.C.R.	Mot. VACANTE	01.01.94	30.9.98
Sustituto de A.C.R.	VACANTE	01.10.98	31.10.98
Sustituto de A.C.R.	Mot. INTERINO	01.11.98	01.11.98
Sustituto de A.C.R.	Mot. VACANTE	02.11.98	29.02.00
Sustituto de A.C.R.	VACANTE	01.03.00	31.12.00
Sustituto de A.C.R.	Mot. VACANTE	01.01.01	31.01.01
Sustituto de A.C.R.	INTERINO	06.02.01	31.03.02
Sustituto de A.C.R.	VACANTE	01.04.02	30.09.02
Sustituto de A.C.R.	Mot. VACANTE	01.10.02	31.03.03
OPERATIVOS	INTERINO	01.04.03	02.04.03
OPERATIVOS	INTERINO	03.04.03	03.04.03
OPERATIVOS	INTERINO	04.04.03	30.06.03

A su vez fueron suscritos (contratos obrantes en el ramo de prueba de la parte demandada, fº 17 y ss); contrato de 12.09.03 a 11.10.03, formalizado al amparo del art. 4 RD 2.720/98, de 18 de diciembre, para sustituir por vacaciones al trabajador H.C., D.; categoría de reparto en la provincia de Orense; contrato de 16.10.03 a 31.10.03, formalizado al amparo del art. 3 RD 2.720/98, de 18 de diciembre, para

atender circunstancias de servicio, producidas por “componente de absentismo” quedando automáticamente extinguido transcurrido el período indicado; categoría de reparto en la provincia de Orense; contrato de 03.11.03 a 15.11.03, formalizado al amparo del art. 4 RD 2.720/98, de 18 de diciembre, para sustituir por “desempeño provisional-absentismo” a la trabajadora M.T., M.C.; categoría de reparto en la provincia de Orense. Tercero.- El actor no ha ostentado cargo electivo o sindical de representación de los trabajadores. Cuarto.- Fue celebrado ante el SAMC acto de conciliación sin avenencia en fecha 16 de diciembre de 2003”.

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

“FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por don A.G.S. contra Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. absolviendo a la demandada de las pretensiones de la demanda”.

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

fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Recurre el trabajador la desestimación de su demanda en reclamación de despido, instando –por el cauce del art. 191.b LPL– la modificación de los HDP, y denunciando –vía art. 191.c) LPL– la infracción por inaplicación de los artículos 15.3 ET, 37 CC de Correos y Telecomunicaciones y, entre otras, de la STS 17.03.98) y, por otro lado, por inaplicación de los artículos 55.3 y 56 ET.

2.- Por la primera de las vías solicita el trabajador que en el ordinal primero de los HDP se adicione a su párrafo primero la frase “hasta 15.11.03 en que fue cesado por motivo de «extinción de la causa de contratación», con amparo en los folios 32, 35, 15, 40, 41 y 42.

El recurso de Suplicación está sometido a un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los artículos 188 y siguientes LPL, y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el artículo 194 LPL, al decir que “en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare” y que “también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los

documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión". Y este precepto –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– supone que la Suplicación es un recurso extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado a quo si el error valorativo sufrido en la instancia por el Juzgador se evidencia de documentos y pericias. Lo que se traduce en:

a.- Que carezcan de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical (entre otras, SSTSJ Galicia 10.01.01 R. 2.952/98, 06.11.00 R. 3.643/97, 03.11.00 R. 2.886/97, 03.11.00 R. 1.832/97, 13.10.00 R. 2.500/97, 29.03.01 R. 4.594/00, 04.04.01 R. 1.464/00, 30.05.01 R. 2.265/01, 29.11.01 R. 5.426/01...).

b.- Que el acta de juicio resulte conocidamente inhábil para fundar una revisión de hechos probados, por no constituir «documento» en el sentido del artículo 191.b) LPL, alusivo a la prueba documental señalada en el artículo 194.2 LPL, y por no tratarse propiamente de un medio de prueba sino de mera síntesis de la que se ha aportado en juicio, en manera alguna modificativa de los medios utilizados en aquél (STS 24.02.92 Ar. 1.144; SSTSJ Galicia 27.02.99 AS 5.261 y 12.05.00 R. 1.748/00).

c.- Que a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas las SSTS de 17.10.90 Ar. 7.929 y 13.12.90 Ar. 9.784), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 21.01.99 R. 22/96, 21.01.99 R. 57/96, 26.02.99 R. 585/96, 23.03.99 R. 794/99, 10.06.99 R. 2.689/96, 11.06.99 R. 2.133/96, 03.03.00 R. 499/00, 14.04.00 R. 1.077/00, 15.04.00 R. 1.015/97, 22.06.00 R. 2.756/00, 13.07.00 R. 1.340/97, 13.10.00 R. 2.500/97, 26.10.00 R. 4.397/00, 20.09.01 R. 3.892/01...)

d.- Que el éxito de la pretensión revisoria está igualmente condicionada a que por

la parte recurrente se haga precisa especificación de la modificación que se propone, con redacción definitiva del texto tras la supresión o adición de parte del relato fáctico que se propone, y a que haga adecuada especificación de los documentos o pericial que evidencien la inadecuada valoración de la prueba, rechazándose referencias genéricas a ella (SSTSJ Galicia 26.01.02 R. 578/01 y 10.01.01 R. 1.791/98). Y

e.- Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada –vinculantemente– por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que –salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada– no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia (SSTS de 04.06.76 Ar. 3.434 y 05.07.90 Ar. 6.059; y SSTSJ Galicia 11.06.92 AS 3.046, 06.07.93 R. 3.833/92, 20.09.95 Ar. 3.181, 02.06.98 R. 4.761/95, 30.06.98 R. 5.505/95, 12.02.99 R. 4.364/96, 15.02.99 R. 317/96, 27.05.99 R. 1.847/97, 13.04.00 R. 4.364, 18.12.00 R. 2.911/97, 15.12.01 R. 5.948/00 y 25.01.02 R. 971/01)

2.- En consecuencia, el motivo ha de ser rechazado, pues lo que trata la parte a través de la modificación solicitada es sustituir el significado normal de la expresión “sin solución de continuidad” –ininterrumpidamente, de forma continuada– por el jurídico de sin la existencia de lapsos superiores a veinte días. Porque al expresar el Magistrado en el HDP que desde el año 1984 el actor presta servicios “sin solución de continuidad” para Correos y Telégrafos y describir en el HDP segundo los concretos contratos celebrados, lo que fija es una secuencia en el itere contractual, que admite, no obstante, cortes temporales más o menos reducidos (tres meses, por ejemplo), como posteriormente describe en el FJ segundo. La parte a través del añadido pretende que el sentido de los HDP quede alterado, cuando en realidad supone redactar de otra manera lo que ya expresaba el Juzgador –al margen de que la documental aportada no justifica la modificación interesada–.

SEGUNDO.- 1.- En sede jurídica el recurrente alega la infracción de los artículos 15.3 ET (sobre la presunción de indefinidos de los contratos temporales celebrados en fraude de ley), 37 CC de Correos y Telégrafos y la STS 17.03.98 y, por otro lado, los artículos 55 y

56 ET, porque el despido debió ser calificado de improcedente.

2.- Es doctrina de la Sala Cuarta que para determinar la licitud de un contrato temporal que es el último de una serie de ellos ha de tomarse en cuenta también la validez de los precedentes, si no ha existido solución de continuidad entre los mismos (SSTS 20.02.97 Ar. 1.457; 21.02.97 Ar. 1572; 25.03.97 Ar. 2.619; 05.05.97 Ar. 3.654; 29.05.97 Ar. 4.471; 29.05.97 Ar. 4.473; 02.07.97 Ar. 5.560; 17.11.97 Ar. 8.425; 17.03.98 Ar. 2.682; 06.07.98 Ar. 7.010). Sin embargo, el control de legalidad ha de atender de exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre éste y el anterior haya mediado un plazo superior al plazo de caducidad de la acción de despido (20 días hábiles). A su vez, esta regla puede obviarse cuando se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, permanece la unidad esencial del vínculo laboral, por no existir solución de continuidad o ser de escasa entidad (aparte de las citadas, STS 22.04.02 Ar. 7.796). No obstante, si los contratos se han celebrado con arreglo a la normativa que los regula, no cabe apreciar irregularidad que conlleve la nulidad de las contrataciones ni la declaración de fijeza (STS 29.12.95, Ar. 9.847)

3.- Por otro lado, tal como tenemos señalado en diversas ocasiones –así la STSJ Galicia 04.02.04 R. 6.706/03–, en materia de contratación la temporalidad no se presume y exige, en términos inexcusables, que concurra la causa objetiva específicamente prevista para cada una de ellas, hasta el punto de que los artículos 8.2 y 15.3 ET y 9.1 RD 2.720/1998, de 18 de diciembre, que lo desarrolla, establezcan una presunción a favor de la contratación indefinida. Pero el cumplimiento de los requisitos formales que la normativa indicada impone “no constituye una exigencia ad solemnitatem, y la presunción señalada no es iuris et de iure, sino que permite prueba en contrario, para demostrar la naturaleza temporal del contrato. Mas si la prueba fracasa, el contrato deviene indefinido” (STS 21.03.02 Ar. 3.818 y las muchas que en ella se citan)

Asimismo, la jurisprudencia también tiene declarado que la eventualidad «ha de entenderse como un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual ni razonablemente aconseja, por su excepcionalidad, un aumento de personal fijo» (STS 20.03.02 Ar. 5.284). Y también es pronuncia-

miento de la misma doctrina unificada –a propósito de la interpretación del art. 15.4 ET: “Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”– que el fraude de ley “no implica, siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal (*dolus malus*) sino la simple y mera consciencia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada. En este sentido, y con este único alcance, cabe entender que se da vida al fenómeno descrito en el artículo 6.4 del Código Civil: el contrato de trabajo concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se eludía otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir” (STS 20.03.02 Ar. 5.284; en el mismo sentido, respecto de que el *fraus legis* no requiere elemento subjetivo adicional, la STS 29.03.93 Ar. 2.218)

4.- Y como colofón, la doctrina unificada destaca que cuando se procede a extinguir un contrato pretendidamente temporal invocando una causa que resulta inexistente, si se han cumplido los requisitos de forma pedidos por el ET, el cese ha de calificarse como despido improcedente (SSTS 25.05.93 Ar. 4.124; 07.06.93 Ar. 4.547; 30.06.93 Ar. 4.943; 21.09.93 Ar. 6.892; 22.09.93 Ar. 7.026; 15.10.93 Ar. 7.603; 02.11.93 Ar. 8.346; 28.12.93 Ar. 10.074; 30.12.93 Ar. 10.081; 24.01.94 Ar. 865; 21.02.94 Ar. 1.221; 31.05.94 Ar. 5.370; 28.06.94 Ar. 5.495; 05.07.94 Ar. 7.044; 30.01.95 Ar. 527; 13.02.95 Ar. 1.150; 20.02.95 Ar. 1.162; y 21.12.95 Ar. 9.320). Doctrina aplicable específicamente a los casos en que el contrato temporal extinguido se hubiera celebrado en fraude de ley (SSTS 25.05.93 Ar. 4.124; 07.06.93 Ar. 4.547; 30.06.93 Ar. 4.943; 21.09.93 Ar. 6.892; 22.09.93 Ar. 7.026; 15.10.93 Ar. 7.603; 02.11.93 Ar. 8.346; 30.12.93 Ar. 10.081; 24.01.94 Ar. 865; 21.02.94 Ar. 1.221; 31.05.94 Ar. 5.370; 28.06.94 Ar. 5.495; 05.07.94 Ar. 7.044; 30.01.95 Ar. 527; 20.02.95 Ar. 1.162; 02.06.95 Ar. 4.749; 21.12.95 Ar. 9.320).

TERCERO.- 1.- Todo lo anterior es claramente proyectable al asunto presente y a los hechos que como incólumes han quedado. Los HDP describen la prestación de servicios del actor desde el año 1984, con diversas vicisitudes y duraciones, de su lectura se advierte

que el día 30.06.03 finalizó un contrato de interinidad –final de una serie iniciada en el 84- y el día 12.09.03 se celebró otro –continuada con otros dos-; por tanto, entre aquél y éste median dos meses y medio (74 días). En consecuencia, y aplicando la doctrina precedente, si el plazo entre dos de los contratos celebrados es superior a 20 días –plazo de caducidad para ejercitar las acciones por despido- sólo podríamos computar los posteriores a dicho corte y habría decaído cualquier reclamación de improcedencia sobre los anteriores. Esto parece que es lo que ha ocurrido en este supuesto: la interrupción es superior a veinte días, y además ha transcurrido un periodo de entidad. Sin embargo, como antes recordábamos, dicho efecto no se produce si se acredita fraude y permanece la unidad esencial del vínculo contractual. Pues bien, la permanencia existe desde el momento en que la ruptura temporal no es elevada (téngase en cuenta que incluye el periodo de agosto y julio) y existen datos que inclinan al fraude: desde el 01.06.84 hasta 30.06.04 se han celebrado con el actor 29 contratos seguidos y sin apenas días intermedios entre ellos, todos ellos se refieren a la misma categoría (con lo cual sus funciones también lo será) y es constante la existencia de contratos de duración superior a un año (del 16.05.85 al 14.08.86, del 15.08.86 al 31.07.88, del 10.08.88 al 31.12.91, etc.) por interinidad o eventualidad. Entendemos, por tanto, que existe fraude en la contratación temporal del trabajador y que ha de omitirse el corte y la caducidad de sus acciones de despido.

Lo único que podría obviar dicha consecuencia sería -STS 29.12.95, Ar. 9.847, ya citada- que los contratos se hubiesen celebrado con arreglo a la normativa que los regulaba, en cuyo caso no cabría apreciar irregularidad que conlleve la nulidad de las contrataciones ni la declaración de fijeza. La normativa a aplicar en el año 1984 sería el RD 2.104/84, de 21 de noviembre, que en sus artículos 3 y 4 fijan las condiciones en las que pueden celebrarse contratos para obra o servicio determinado y a los de interinidad, indicando que la duración máxima en cuanto a los primeros (párrafo segundo letra b) será de seis meses en un periodo de referencia de doce. Con lo cual, si el 16.05.85 el demandante celebró un contrato eventual por circunstancias de la producción hasta el 14.08.86, superó con creces dicho periodo de seis meses (un año y tres meses) e infringió claramente la normativa aplicable (sin perjuicio de otros posteriores irregulares -por

ejemplo, el de 10.08.88 al 31.12.91 de más de tres años de duración-); por consiguiente, tampoco podría incardinarse en esta última excepción alegable frente a su consideración como fraudulenta (FJ segundo.3). La razón del análisis de dicho contrato del 16.05.85 no es caprichosa, pues ésta es la fecha debemos retrotraer la antigüedad del trabajador, ya que es el primero de los contratos en que se vulnera flagrantemente su duración máxima (en los anteriores la duración oscila entre uno y tres meses) y sólo al dato objetivo de su extensión temporal podemos atender para fijar su carácter fraudulento, porque no existe posibilidad alguna de examinar los anteriores por falta de originales o copia de los mismos.

3.- Fijado lo precedente, procede estudiar el segundo de los motivos jurídicos alegados, y de acuerdo con lo que hemos expuesto *supra*, la calificación del despido deviene improcedente, puesto que los contratos celebrados lo han sido en fraude de ley y se pretende su extinción por una causa inexistente. El contrato de trabajo concluyó al amparo de una norma que autoriza la contratación temporal –la recogida en la propia sentencia recurrida, RD 270/98-, pero a la postre y atendidas las circunstancias, se elude otra norma sobre preeminencia o prioridad del contrato concertado por tiempo indefinido, cuya aplicación no podemos impedir (STS 20.03.02 Ar. 5.284).

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 CE, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por don A.G.S., revocamos la sentencia que con fecha 16.02.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Orense, y acogiendo la demanda declaramos la improcedencia del despido del que fue objeto el trabajador en fecha 15.11.03, debiendo optar la empresa demandada, “Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A.”, –en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia– por la readmisión de aquél o por la indemnización de 31.911,50 euros, y al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta la de la indicada notificación, a razón de 38,31 euros/día; salvo error u omisión.

3891 Recurso nº 2.358/04

S.S. NULIDADE DO DESPEDIMENTO INEXISTENCIA, DADA A FALLA DE INDICIOS DE REPRESALIA EMPRESARIAL VULNERADORA DA GARANTÍA DE INDEMNIDADE DO TRABALLADOR.

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

A Coruña, diecisiete de junio 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 2358/04 interpuesto por don L.A.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 46/04 se presentó demanda por don L.A.A. en reclamación de despido siendo demandado el "C.S.G., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 10 de marzo de 2004 por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El demandante don L.A.A., mayor de edad, con DNI nº ..., ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa "C.S.G., S.A.", con CIF ..., dedicada a la actividad de transporte de mercancías por carretera, desde el 16 de octubre de 2000, con categoría profesional de conductor mecánico, y con salario de 52,58 euros diarios, con prorata de pagas extras. 2.- El 17 de noviembre de 2003 la demandada comunicó al actor y a otros trabajadores de la empresa su decisión de trasladarles desde el centro de trabajo de Lugo al centro que la empresa tiene en ... (Álava), con efectos en fecha 18 de diciembre de 2003. Tanto el actor como los otros trabajadores incluidos en la medida impugnaron ante el SMAC el traslado, citándose a las partes a conciliación en fecha 22 de diciembre de 2003. Tras el acto de conciliación todos los trabajadores afectados, incluido el actor, fueron des-

pedidos de la empresa, reconociendo ésta la improcedencia de los despidos, y mostrando los trabajadores, a excepción del actor, su conformidad con las indemnizaciones, liquidación, saldo y finiquito acordados. 3.- En fecha 22 de diciembre de 2003, y con efectos a dicha fecha, la empresa comunicó al demandante carta de despido con el siguiente contenido: "*Asunto: Despido disciplinario. Efectos 22.12.03. Estimado Sr.: Por medio de este escrito queremos poner en su conocimiento la decisión de la empresa de rescindir su contrato laboral con esta misma fecha. Los hechos y motivos que fundamentan esta decisión han sido la negativa del presentarse a trabajar en el centro de trabajo de ... alegando que "no voy porque vivo en Lugo". Hemos intentado hacerle comprender que su negativa a cumplir las órdenes de trabajo suponen faltas muy graves, rogándole recapacitase su decisión pues de lo contrario obligaría a la empresa a tomar medidas disciplinarias. Pese a ello usted ha decidido no presentarse en su nuevo puesto. La indisciplina y desobediencia en el cumplimiento de las órdenes de trabajo, son calificadas como faltas muy graves conforme lo previsto en el art. 53.3) del Acuerdo General Laboral para las empresas de transportes por carretera, sancionadas con el despido según el art. 55.1.c) del citado acuerdo y que en esta ocasión aplicamos. Contra esta decisión puede recurrir ante la Autoridad Laboral. Atentamente,*". 4.- El actor no ha ostentado en la empresa durante el último año cargos de representación unitaria o sindical. 5.- El 24 de diciembre de 2003 la empresa, tras comunicar al demandante que reconocía la improcedencia del despido realizado, consignó en el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo una cantidad 7.694,20 euros en concepto de indemnización por despido. 6.- El 19 de enero de 2004 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio Provincial de Mediación, Arbitraje e Conciliación de la Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, que concluyó sin avenencia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don L.A.A. frente a la empresa "C.S.G., S.A.", debo declarar y declaro improcedente el despido del demandante con efectos de fecha 22 de diciembre de 2003, así como el derecho del actor al percibo de la cantidad de 7.532,08 euros en concepto de indemnización, que fueron consignados por la empresa en el Juzgado de lo Social nº 3.

Se declara extinguido el contrato de trabajo con fecha 22 de diciembre de 2003, sin que el actor tenga derecho al percibo de 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.- 1.- En las presentes actuaciones, seguidas por despido, la sentencia de instancia declara la improcedencia del mismo y el accionante sostiene en recurso que la medida empresarial es nula, por vulneración de derecho fundamental.

Situemos los términos del debate: conforme al relato de los HDP, la empresa comunicó al actor y a otros trabajadores en 17.11.03 que les trasladaba desde el centro de trabajo de Lugo hasta otro que tiene en Álava. Los trabajadores impugnaron el traslado y tras el acto de conciliación –22.12.03– fueron todos despedidos, por su negativa a trasladarse, reconociendo la empresa la improcedencia y mostrando aquellos su conformidad con indemnización, saldo y finiquito a excepción del actor, a excepción del actor. El Magistrado de instancia entiende que no hay vulneración alguna de derecho fundamental, declarando en la fundamentación jurídica –con pleno valor fáctico y de hecho probado– que el trabajador «decidió no incorporarse al centro de trabajo en Álava» y que la empresa «les despidió, no porque hayan reclamado frente al traslado sino porque, pese a la impugnación efectuada, y antes de su resolución, han decidido no cumplir con el traslado acordado. Podía el actor obedecido la orden y luego impugnarla; sin embargo optó por su incumplimiento en todo caso».

2.- Frente a tal criterio se formula recurso de Suplicación por el actor, instando incorporar a las actuaciones que entre el 16 y el 20.12.03 el demandante había permanecido en diversas localidades de Francia, conduciendo un vehículo de la empresa; y en el apartado de examen del Derecho se denuncia la infracción del art. 55.5 ET.

SEGUNDO.- No se acepta la revisión propuesta, porque –como el propio recurso argumenta, en apoyo precisamente de su pretensión– el indicado viaje a Francia es admiti-

do con valor fáctico por el Magistrado en la fundamentación jurídica. De esta forma, la incorporación expresa y formal al relato de los HDP es ociosa por reiterativa; a la par que en todo caso resulta intrascendente el dato, pues ninguna repercusión tiene sobre la parte dispositiva.

TERCERO.- 1.- En lo que se refiere ya al apartado de examen de la censura jurídica, hemos de destacar que en la materia de que tratamos –vulneración de derechos fundamentales– es básica afirmación (entre otras, SSTSJ Galicia 24.01.96 R. 5.579/95, 19.07.96 R. 3.474/96, 15.11.96 R. 4.779/96, 27.11.97 R. 4.407/97, 26.01.98 R. 4.882/97, 23.03.99 R. 794/99, 11.05.99 R. 1.522/99, 20.04.01 R. 2.851/95, 11.05.01 R. 2.138/01, 26.06.01 R. 2.451/01, 12.09.02 R. 3.594/02, 31.10.02 R. 4.663/02, 03.04.03 R. 710/03, 26.05.03 R. 1.771/03, 17.10.03 R. 4.867/03 y 11.02.04 R. 6.781/03) la de que no basta el simple alegato del componente discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales para justificar el desplazamiento de la carga probatoria a la Empresa, obligada así a acreditar cumplidamente que su decisión se hallaba desconectada de aquellas ilegítimas motivaciones, sino que esa inversión del onus probandi requiere que se acredite –por parte de quien lo afirma– un ambiente favorable a la discriminación o atentado contra el derecho fundamental. Con la consecuencia de que ese indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada, tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa discriminatoria o lesiva de otros derechos fundamentales (entre las últimas, las SSTC 5/2003, de 20 de enero, 84/2002, de 20 de abril, 66/2002, de 21 de marzo; 48/2002, de 25 de febrero; 41/2002, de 25 de febrero; 14/2002, de 28 de enero; 136/2001, de 18 de junio; 308/2000, de 18 de diciembre ; 101/2000, de 10 de abril...)

Con arreglo a la misma doctrina, aunque es ciertamente claro que el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo –verdadera prueba diabólica– de que no haya móvil lesivo de derechos fundamentales, sino tan sólo probar que su decisión obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión y con entidad desde el punto de vista de la

medida adoptada, acreditando que la misma se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo, de manera que es admisible la improcedencia de la decisión empresarial –que no su nulidad radical– cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se excluya en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que «puesta entre paréntesis» la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc.), la decisión «habría tenido lugar verosímelmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable».

Pero igualmente ha de tenerse en cuenta que los «indicios» de que habla el referido precepto –art. 179.2 LPL– no son identificables con la mera «sospecha», que consiste en «imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia», sino que los indicios «son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto» (STS 25.03.98 Ar. 3.012, con cita de las SSTs 09.02.96 Ar. 1.007, 15.04.96 Ar. 3.080 y 23.09.96 Ar. 6.769), por lo que la misma doctrina habla de «razonables indicios» (STC 101/2000, de 14 de abril, por ejemplo), o de «mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia» (STC 41/1989, de 22 de marzo; citada por la STS 04.05.00 Ar. 4.266). Y la apreciación indiciaria supone para la Jurisprudencia –STS 01.10.96 Ar. 7.220– una valoración jurisdiccional provisional de carácter complejo, correspondiente en principio al Juez de instancia, que versa tanto sobre elementos de hechos («indicios») como sobre calificaciones o elementos de derecho («violación» del derecho fundamental), y cuya revisión en Suplicación sólo tiene trascendencia o efecto práctico cuando el Tribunal Superior de Justicia entienda que el Juzgado de lo Social debió haber aplicado esta regla atenuada de inversión de la carga de la prueba.

2.- De otra parte ha de reiterarse –con las SSTSJ Galicia 26.05.03 R. 1.771/03, 27.02.04 R. 660/04 y 10.03.04 R. 748/04– que sobre la denominada «garantía de indemnidad» el Tribunal Constitucional recuerda –STC 198/2001,

de 4 de octubre, que se remite a la STC 140/1999, de 22 de julio; y al ATC 219/2001, de 18 de julio– que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface [...] mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza [...] En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 7/1993, 14/1993 y 54/1995). Y al efecto se decía en STC 7/1993, de 18 de enero que «si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción [...] por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula». Y como destacan esa misma Sentencia y otras posteriores –SSTC 7/1993, de 18 de enero; 14/1993, de 18 de enero; 54/1995, de 24 de febrero; 197/1998, de 13 de octubre, 140/1999, de 22 de julio; 101/2000, de 10 de abril; 196/2000, de 24 de julio; y 199/2000, de 24 de julio–, la prohibición del despido [u otra medida empresarial] como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5.c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo [...], que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo «el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes». Asimismo, el despido o otra decisión patronal dirigida contra el empleado en estos casos supondría el desconocimiento del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al art. 4.2 g) ET, que configura como tal «el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo». E igualmente cabe citar, por último, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22.09.98 (TJCE 1998\207; Asunto C-185/1997), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

En fin, señala el TC, la garantía de indemnidad ínsita en el art. 24.1 CE cubre no sólo el ejercicio de la acción judicial, sino también los actos preparatorios o previos a la misma, toda vez que, según doctrina igualmente consolidada, el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción, y en concreto, con la exigencia del agotamiento de la reclamación administrativa o de la conciliación previa, según proceda. Los mencionados actos previos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, pues, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho (por todas, las SSTC de 14/1993, de 18 de enero; 140/1999, de 22 de julio; y 168/1999, de 27 de septiembre). A lo que añadir –ya en el ámbito de la jurisdicción ordinaria– que para la doctrina unificada la tutela judicial efectiva excluye toda lesividad por el ejercicio de una acción ante los Tribunales (STS 22.09.00 Ar. 8.213).

CUARTO.- La precedente doctrina nos lleva a confirmar plenamente el criterio del Magistrado de instancia, que rechaza indicio alguno de que el empresario hubiese pretendido desconocer la garantía de indemnidad y que expresamente declara –en la fundamentación, pero con valor de hecho probado: SSTS 17.10.89 Ar. 7.284, 09.12.89 Ar. 9.195, 19.12.89 Ar. 9.049, 30.01.90 Ar. 6.236, 02.03.90 Ar. 1.748, 27.07.92 Ar. 5.664, 14.12.98 Ar. 1.010 y 23.02.99 Ar. 2.018; y, entre muchas precedentes, SSTSJ Galicia 16.01.03 R. 5.384/02, 21.03.03 R. 2.341/00, 21.03.03 R. 556/03, 29.03.03 R. 544/00, 26.04.03 R. 767/00, 30.05.03 R. 4.669/00, 17.10.03 R. 756/03 y 29.11.03 R. 947/03, 14.05.04 R. 1.543/04 y 20.05.04 R. 5.579/03– que el trabajador «decidió no incorporarse al centro de trabajo en Álava» y que la empresa «les despidió [al actor y a sus restantes compañeros], no porque hayan reclamado frente al traslado sino porque, pese a la impugnación efectuada, y antes de su resolución, han decidido no cumplir con el traslado acordado». En consecuencia, inexistente la vulneración del derecho fundamental que se argumenta,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por don L.A.A., confirmamos la sentencia que con fecha 10.03.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Lugo, frente a la empresa “C.S.G., S.A.”, y por la que se acogió parcialmente la demanda formulada.

3892 Recurso núm. 7/04

S.S. IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO. DESIGUALDADES QUE NON IMPLICAN DISCRIMINACIÓN. EXCLUSIÓN DOS TRABALLADORES TEMPORAIS DE CERTAS CLÁUSULAS CONVENCIONAIS. PROPORCIONALIDADE DE CERTAS LIMITACIÓNS DE DEREITOS EN MATERIA DE XORNADA. VULNERACIÓN DO DEREITO DE LIBERDADE DE EXPRESIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a dieciocho de junio 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 núm. 0007/04 seguidos a instancia del Confederación Intersindical Galega – CIG, representada por don S.G.G. y don J.R.R., asistidos por el Letrado don J.L.M.A., por el Ministerio Fiscal comparece Excmo. Sr. don J.R.P. y por las demandadas empresa AUDASA comparece don R.C.R. y asistido del Letrado don L.L.P.L., por el comité intercentros comparecen: don J.J.A.R., don L.M.A.L., doña M.S.B.C., y no comparecen pese a estar y constar citados don A.J.O.F. y doña M.C.P.L., por Comisiones Obreras comparece en su representación el letrado don X.R.P.D. y no comparece pese a estar y constar citada en legal forma la Unión General de Trabajadores (UGT), siendo el objeto de la reclamación impugnación de convenio colectivo.

Antecedentes de hecho

UNICO.- El 6 de abril de 2004 se presentó demanda ante esta Sala por don S.G.G. actuando en nombre y representación de la Confederación Intersindical Galega, frente a los demandados ya mencionados por providencia de fecha 14.04.04, se admitió a trámite, convocándose a la partes a los Actos de conciliación y Juicio para el 13 de mayo de 2004 y con fecha 4 de mayo del corriente año por don A.D.N. y don A.J.O.F., se presentó escrito solicitando la suspensión de dichos actos por razones de enfermedad, acordándose por pro-

videncia de fecha 06.05.04 dicha suspensión, efectuándose un nuevo señalamiento para el 10.06.04, para cuya fecha fueron convocadas las partes. Por la parte actora se afirma y ratifica en la demanda y por las demandas se opusieron a la misma por los motivos que constan acreditados en autos, recibido el juicio a prueba, por las partes de propuso Documental, que declarada pertinente se unieron los documentos a los autos aportados a tal fin, seguidamente las partes hicieron uso de la palabra para conclusiones, insistiendo en sus peticiones respectivas quedando el juicio visto a efectos de votación y fallo.

En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales. Siendo Ponente Ilmo. Sr. D. José Elías López Paz.

De todo lo actuado en juicio se declaran probados:

Hechos probados

1º).- Con fecha 16 de abril de 2002, se publicó en el Diario Oficial de Galicia Resolución de la Dirección General de Relación Laborales de la Xunta de Galicia, por la cual se disponía la inscripción en el correspondiente Registro y la publicación en el citado Diario Oficial del Convenio Colectivo de la empresa AUDASA.

2º).- El ámbito temporal del citado Convenio se establece en el artículo 4º, fijando sus efectos desde el 1 de enero de 2001 y extendiendo su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004.

3º).- La Confederación Intersindical Galega (CIG) a través de su representante legal y la Sección Sindical del indicado Sindicato en la empresa AUDASA, con fecha 6 de abril del presente año interpusieron demanda solicitando la impugnación de diversos artículos del Convenio Colectivo de la mencionada empresa. En el acto del juicio se desistió de parte las pretensiones deducidas en la demanda, interesando la nulidad de los siguientes apartados del articulado del Convenio Colectivo: A).- La nulidad del último párrafo del artículo 2 del C.C. –salvo la referencia al artículo 36- en el que se dispone: “*El personal que preste sus servicios con carácter eventual, interino, a plazo fijo, por obra o servicio determinado, de carácter discontinuo o que esté sujeto a cualquier modalidad contractual que no confiera el carácter de permanencia mencionado anteriormente y que, por sus especiales*

características de servicio, difiere del resto del personal, se regirá además de por las cláusulas del presente convenio, con excepción de los artículos 11, 36, 37, 38, 42, 43 y anexo 1, por las estipulaciones particulares establecidas en su contrato individual de trabajo y demás legislación al respecto vigente”.

Consecuencia con esta solicitud, la parte demandante interesa que sean nulas todas las referencias que en los artículos 37, 38, 42 y 43 y anexo 1 se hacen a su aplicabilidad exclusiva para los trabajadores fijos de plantilla.

B).- En el artículo 11, párrafo 4º, sobre la forma de cubrir en momentos de necesidad los cambios, entre otros, de la modalidad de jornada partida, se interesa la nulidad del apartado 2º que dice “*personal eventual si lo hubiere*”.

C).- En el artículo 11, párrafo 5º, se interesa la declaración de nulidad de la exclusión de los trabajadores eventuales de la aplicación de las mejoras que se establecen en dicho párrafo.

D).- En el artículo 11, párrafo 10º, solicita que se declare la nulidad de la excepción que se recoge en el mismo, referida al periodo de descanso de los trabajadores que prestan servicios en cabinas de peajes en las que hay un solo trabajador, concretamente de la expresión “...*excepto en aquellas en que se encuentre de servicio un solo cobrador por turno –en cuyo caso, y para no interrumpir la atención al usuario se llevará a efecto en la cabina...*”.

E).- En el artículo 11, párrafo 11º, sobre la adecuación de los horarios a la demanda del tráfico existente, interesa que se declare la nulidad del inciso final, cuando dice: “*Estos nuevos horarios serán aplicables al personal de la explotación que haya causado alta en la empresa con posterioridad al 26 de noviembre de 1997*”.

F).- Finalmente, la parte demandante interesa que se declare la nulidad del apartado 17 del artículo 50 del C.C., dentro del apartado E) “faltas menos graves”, que textualmente dispone: “*Las manifestaciones públicas de críticas o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores y a las medidas adoptadas por la Dirección de la Empresa en la organización del trabajo*”.

4º).- La empresa demandada AUDASA, en el periodo comprendido entre los meses de enero a mayo del presente año, ambos inclusive, suscribió un total de 59 contratos de traba-

jo de duración determinada, de los cuales 50 fueron a jornada parcial y 9 a tiempo completo, teniendo una duración media de cinco meses y medio.

5º).- Los aludidos contratos temporales celebrados en los cinco primeros meses del presente año, han sido como eventuales por circunstancias de la producción, –con la salvedad de uno de ellos, que lo fue por interinidad para sustituir a otro trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo-. En dichos contratos se pactó una retribución concreta, una jornada o unos ciclos rotativos de jornada, el objeto de los mismos consistente en cubrir refuerzos y otros. – o bien para cubrir refuerzos por puntas de tráfico y otras necesidades urgentes e inaplazables- y demás cláusulas.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La representación del Sindicato CIG, formula demanda sobre Impugnación de los apartados de los artículos del Convenio Colectivo que se recogen en el relato de hechos declarados probados que antecede, por entender que los mismos son discriminatorios, vulnerando derechos fundamentales con amparo Constitucional. Los indicados hechos declarados probados son el resultado de la convicción a que llega la Sala después de apreciar la prueba practicada en el acto del juicio, de conformidad con lo establecido en el art. 97.2 del TRLPL.

A la vista de las pretensiones planteadas en la demanda, el examen de las mismas debe hacerse separadamente, aunque, en lo esencial, el precepto constitucional que se denuncia como violado por los artículos del Convenio, cuya nulidad se insta, es el artículo 14 de la Constitución, por estimar que el derecho fundamental que conculca es el de igualdad, así como el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere a la no discriminación en las relaciones laborales.

Como quiera que la parte demandante relaciona el art. 14 de la Constitución con el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, parece oportuno señalar, siguiendo lo declarado por el Tribunal Supremo (Sala Cuarta) en su Sentencia de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8.659) que no cabe identificar el principio constitucional de igualdad, con la proscripción de la discriminación, aunque uno y otra tengan su sede en el art. 14 de la Constitución. Así lo recuerda también la sentencia de la Sala IV de 17 de mayo de 2000 (RJ

2000\5.513), donde en síntesis, se afirma que: “Cuando se identifican igualdad y no discriminación «se están confundiendo dos principios constitucionales, que, aunque relacionados, presentan diferencias significativas, como ha establecido con reiteración la doctrina constitucional y la de esta Sala. En este sentido las sentencias de 17 de octubre de 1990 (RJ 1990\7.929) y 23 de septiembre de 1993 (RJ 1993\7.032) señalan que el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado».

SEGUNDO.- En primer lugar, el Sindicato recurrente interesa la nulidad del último párrafo del artículo 2 del Convenio Colectivo –salvo la mención al artículo 36-, en el que se dispone: “*El personal que preste sus servicios con carácter eventual, interino, a plazo fijo, por obra o servicio determinado, de carácter discontinuo o que esté sujeto a cualquier modalidad contractual que no confiera el carácter de permanencia mencionado anteriormente y que, por sus especiales características de servicio, difiere del resto del personal, se registrará además de por las cláusulas del presente convenio, con excepción de los artículos 11, 36, 37, 38, 42, 43 y anexo 1, por las estipulaciones particulares establecidas en su contrato individual de trabajo y demás legislación al respecto vigente*”. Consecuentemente con la nulidad solicitada, la parte actora señala que deben ser nulas también las referencias que en los artículos 37, 38, 42, 43 y anexo 1 se hacen a la aplicabilidad exclusiva para los trabajadores fijos de plantilla.

El artículo 37 del Convenio Colectivo bajo la rúbrica “*Anticipos sobre haberes*”, prevé para los empleados fijos de plantilla en los que concurran una serie de motivos, unos anticipos, como máximo de tres mensualidades de los ingresos brutos del trabajador, que se comienzan a amortizar al mes siguiente de la entrega, y su devolución se debe hacer en un máximo de veinticinco pagas.

Por su parte el artículo 38, que lleva por título “*Ayuda paga gastos médicos*”, otorga a los empleados de plantilla, su cónyuge, los

hijos no emancipados y familiares reconocidos como beneficiarios de la Seguridad Social en el documento del empleado, una serie de ayudas por gastos médicos, oftalmológicos, odontológicos, ortopedia, etc, que pueden alcanzar el 75% del importe total de la factura y en el caso de gastos de odontología hasta un máximo de 400.000 pesetas por tratamiento.

El artículo 42 se refiere al derecho al “Economato” de la empresa, limitando tal derecho a los trabajadores de plantilla que expresamente lo soliciten.

Finalmente, el artículo 43, que tiene por título “Ayuda de estudios”, establece para los hijos de los trabajadores fijos de plantilla una serie de ayudas, por razón de edad que van desde las 21.127 pesetas (126,98 euros) para los comprendidos en edad de jardín de infancia (menos de tres años), hasta las 70.394 pesetas (423,08 euros) para estudios universitarios.

Como se puede observar, estos cuatro tipos de ayudas están previstas, exclusivamente, para los trabajadores fijos de plantilla. Y ello, según el Sindicato demandante vulnera el artículo 14 de la Constitución y el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores. Así pues, la cuestión a resolver por la Sala consiste en determinar si la diferencia de la modalidad del vínculo que une a los trabajadores con la empresa, puede constituir un elemento de desigualdad de trato respecto a los trabajadores temporales, por cuanto éstos últimos están excluidos de las indicadas ayudas.

Para resolver esta cuestión es necesario recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance del principio de igualdad ante La Ley, cuyos rasgos esenciales resume la STC 76/1990 (RTC 1990\76) así: «a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razo-

nables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con lo que sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos». El mismo Tribunal en su Sentencia 2/1998 de 12 de enero (RTC 1998\2) señala que «el Convenio Colectivo aunque ha de respetar ciertamente las exigencias indeclinables del derecho de igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas en el que el Convenio Colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1998 [RTC 1998\177], 171/1989 [RTC 1989\171], 28/1992 [RTC 1992\28] entre otras)».

Y teniendo en cuenta esta doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, la Sala considera que las exclusiones que hace el Convenio Colectivo respecto de los trabajadores temporales, no son contrarias a la Constitución, de modo que los preceptos del Convenio tal como están redactados, no atentan al principio Constitucional de igualdad. Y es que el hecho de no tener acceso a dichas ayudas no constituye un elemento de trato desigual respecto de los trabajadores fijos de plantilla, por cuanto aquellos están sometidos a unas condiciones laborales –individualmente pactadas–, que por su propia naturaleza hace inviable o, cuanto menos, muy difícil, que puedan tener acceso a dichas prestaciones. Así, en cuanto a los anticipos de haberes, teniendo en cuenta la duración media de los contratos de trabajo temporales de cinco meses y medio al año, y el plazo convencionalmente pactado para la devolución del anticipo de hasta veinticinco pagas, se podría producir un grave desajuste o distorsión de esta ayuda si se concediese al trabajador temporal, dado que éste podría tener un plazo de hasta cinco años para la devolución (si trabaja una media de cinco meses por año). La misma disfunción se podría producir en el caso de las ayudas por gastos médicos, que podrían alcanzar un

importe muy superior a lo que el trabajador perciba en concepto de retribución durante el tiempo que dure su relación laboral. Y lo mismo cabe decir de las ayudas por estudios a las que alude el artículo 43 del Convenio, que se perciben por cada curso escolar, y que parece lógico que el que las percibe tenga una vinculación laboral con la empresa durante todo el periodo del curso escolar, situación que no concurre en los trabajadores temporales -como más arriba se ha dicho-.

En cuanto al derecho al economato, tampoco la Sala estima que existe vulneración del principio de igualdad, por trato discriminatorio, dada la especial organización y configuración que presenta el ejercicio de este derecho en el artículo 42 del Convenio Colectivo, pues de este precepto se desprende que no se trata sin más de utilizar el economato de la empresa, sino de la inclusión de trabajadores en alguno de los economatos concertados al efecto, constituidos por dos Fundaciones Laborales, lo que desde el punto de vista organizativo, no resulta acorde con la naturaleza de un vínculo laboral de naturaleza temporal.

En todo caso, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2002, "la negociación colectiva, reconocida con rango constitucional en el art. 37 de la Constitución Española de 1978 y como fuente del derecho y derecho laboral básico, respectivamente, en los artículos 3.1.b) y 4.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, debe tener un marco de actuación que permita la regulación de la relación laboral en función de las concretas situaciones, de índole social y económica, que caractericen, en un momento dado, al concreto colectivo al que la misma va referida. Y si bien es cierto que, esto, no puede en modo alguno, conllevar infracción de la norma legal, también lo es que debe reconocerse a los que negocian colectivamente la posibilidad de atemperar la regulación de la relación de trabajo a la peculiar situación del proceso productivo de la empresa o empresas en las que va a regir el pacto colectivo que de la negociación resulte". Y teniendo en cuenta esta doctrina, conviene resaltar que los distintos tipos de ayudas, en la forma en que se hallan reguladas, y que ya estaban previstas así en Convenios Colectivos anteriores, se hayan establecidos en función de la distinta vinculación con la empresa, obedecen a una razón justificada y proporcionada desde el punto de vista laboral, dada la concreta situación laboral del personal afectado, debiendo admitirse como constitu-

cional el trato distinto que se da en el supuesto examinado, dada la desigual naturaleza de la relación laboral.

TERCERO.- En segundo lugar, el Sindicato demandante interesa la nulidad de diversos apartados del artículo 11 del Convenio Colectivo, señalando que los apartados cuarto, quinto y decimoprimer del referido artículo 11 vulneran el artículo 14 de la Constitución y el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, y que el apartado décimo del mismo artículo 11 vulnera normas de derecho necesario, concretamente el artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores.

El artículo 11, párrafo 4º, regula la forma de cubrir en momentos de necesidad los cambios, entre otros, de la modalidad de jornada partida, y se dice que dichos cambios se ajustarán a unos criterios, señalando que en primer lugar se cubrirán con personal voluntario, de forma rotativa; en segundo lugar, con el personal eventual, si lo hubiere; y, en tercer lugar, a falta de los anteriores, con el personal restante, también de forma rotativa. Y se interesa la nulidad del apartado 2º que dice "*personal eventual si lo hubiere*".

En el artículo 11, párrafo 5º, se establece: "*Al personal que realice jornada partida, prevista en los puntos 1º y 3º, le será compensado el importe del kilometraje de los dos desplazamientos adicionales que se realicen al centro de trabajo, computándose como tiempo necesario a razón de 30 minutos diarios su jornada de trabajo y adaptándose su horario a las puntas de trabajo*". El artículo 11 del Convenio, y por tanto también este apartado, no resulta de aplicación a los trabajadores temporales, dada la excepción prevista en el último párrafo del artículo 2 del Convenio, y el Sindicato demandante interesa la declaración de nulidad de esta exclusión y de la no aplicación de las mejoras que se establecen en dicho párrafo, a los trabajadores eventuales.

En el artículo 11, párrafo 11º, sobre la adecuación de los horarios a la demanda del tráfico existente, se dispone: "*en la explotación se introducirán nuevos horarios y ciclos que permitan su adecuación a la demanda de los tráficos existentes, cubriendo jornadas continuadas o partidas, fines de semanas, días especiales, etc. A estos efectos, se establece una flexibilidad de más o menos tres horas, sin fijarla de antemano. Estos nuevos horarios serán aplicables al personal de explotación que haya causado alta en la empresa con posterioridad al 26 de noviembre*

de 1997". El Sindicato demandante interesa que se declare la nulidad del inciso final, cuando dice: "Estos nuevos horarios serán aplicables al personal de la explotación que haya causado alta en la empresa con posterioridad al 26 de noviembre de 1997", dado que, según su criterio, este inciso introduce condiciones de trabajo discriminatorias por razón de la fecha de ingreso en la empresa.

Y para determinar también en este caso, si estos tres apartados (el cuarto, el quinto y el decimoprimer) del artículo 11 Convenio Colectivo de la empresa demandada, vulneran el principio Constitucional de igualdad, también aquí es necesario acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance del principio de igualdad ante La Ley, tal como se hizo en el Fundamento anterior, y la doctrina del T.C. que allí se expuso, también resulta extrapolable respecto de la constitucionalidad de los apartados ahora examinados. El Tribunal Constitucional, en una jurisprudencia reiterada, viene señalando que el derecho a la igualdad ante la Ley impone al legislador y a quienes la aplican la obligación de dispensar un mismo trato a quienes se encuentran en situaciones jurídicas equiparables con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable [SSTC 114/1987 (RTC 1987\114) y 109/1988 (RTC 1988\109)]. Ahora bien, también ha precisado que en ocasiones la desigualdad de trato puede estar legitimada, si obedece a una causa justificada y razonable, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho o situación de las personas afectadas [STC 29/1987 (RTC 1987\299)].

En el caso de los tres apartados examinados del artículo 11, la Sala considera que se produce un trato desigual, totalmente injustificado, de los trabajadores temporales respecto de los trabajadores fijos de plantilla de la empresa AUDASA, y por tanto, entendemos que dichos preceptos vulneran el artículo 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto al apartado cuarto del artículo 11, sobre la forma de cubrir en momentos de necesidad los cambios, entre otros, de la modalidad de jornada partida, se establece un criterio discriminatorio, al imponer la obligación de tener que realizar la cobertura el trabajador eventual, antes que el fijo de plantilla, dándose una desigualdad desprovista de toda justificación objetiva y razonable, dado que lo lógico y razonables es efectuar los llamamien-

tos para cubrir los periodos de cambio de jornada, siempre que no exista personal voluntario, llamando al personal fijo y al temporal con el mismo trato, y la norma convencional es discriminatoria, en cuanto impone un llamamiento con desigualdad de tratamiento sin justificación razonable.

Y lo mismo cabe decir del apartado quinto del citado artículo 11, dado que este artículo establece una doble compensación para el personal fijo de plantilla que realice jornada partida, y que consiste en el derecho a percibir un importe por el kilometraje por los dos desplazamientos adicionales que se realicen al centro de trabajo, y, además, al trabajador fijo de plantilla se le computa como tiempo necesario a razón de 30 minutos diarios de su jornada de trabajo. Por el contrario, y al no resultar de aplicación este artículo 11 a los trabajadores temporales, por la exclusión prevista en el artículo 2 último párrafo del Convenio Colectivo, resulta que el trabajador temporal no goza de esta compensación, lo que constituye una desigualdad de tratamiento legal injustificada por no ser razonable, por cuanto, en este caso, el distinto vínculo contractual que une a los trabajadores con la empresa, no justifica un trato distinto.

Por lo que respecta a la nulidad del artículo 11, párrafo 11º, sobre la adecuación de los horarios a la demanda del tráfico existente, debiendo cubrir jornadas continuadas o partidas, fijándose una flexibilidad de más o menos tres horas, en función del tráfico existente, horario que sólo resultaría de aplicación a aquellos trabajadores que hayan causado alta en la empresa con posterioridad al 26 de noviembre de 1997, la Sala también considera que este inciso del mencionado apartado 11º, introduce condiciones de trabajo desiguales por razón de la fecha de ingreso en la empresa, y por lo tanto es contrario al artículo 14 de la Constitución, porque la autonomía colectiva no permite que el producto normativa que resulte del acuerdo, la norma paccionada, pueda establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo, sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad adecuada.

Sobre esta cuestión, cabe citar la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 de marzo de 2004 (STC 2004/27) en la que rechaza que los complementos de antigüedad y vinculación tengan distinta base de cálculo, fundándose exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, así como la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo sobre esta misma cuestión,

recogiendo los rasgos esenciales de la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8659) y STS de 20.09.02 (RJ, 2003/500) señalando: "...1º) La desigualdad con relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de una justificación objetiva y razonable entre situaciones que pueden considerarse iguales. 2º) El Convenio Colectivo, aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación. De ahí que las diferencias de trato en las condiciones de trabajo establecidas en Convenio Colectivo hayan de ser razonables, de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito de la vida social. 3º) No es contraria por tanto a dicho principio, la regulación diferente en Convenio Colectivo de condiciones de trabajo si va referida a distintas actividades y responde a las peculiaridades de cada una de ellas y las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción son adecuadas y proporcionadas. 4º) Establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de contratación rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores quiebra el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que de razón de esta desigualdad".

La aplicación presente caso de la doctrina expuesta permite resaltar que la fijación de unos horarios por la empresa para cubrir jornadas continuadas y partidas, o bien para cubrir horarios los fines de semana, días especiales, etc, en los términos en que se halla regulada esta cuestión en el apartado decimoprimer del artículo 11 del Convenio Colectivo, conculca el constitucional principio de igualdad, al no ofrecer ninguna justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La única que se explicita, no atiende a la intensidad, naturaleza, duración u otros particulares atinentes a la actividad laboral a desarrollar, sino exclusivamente el momento de la incorporación de los trabajadores a la empresa en una concreta fecha, la del 26 de noviembre de 1997, sin ninguna otra justificación razonable. Se rompe así el equilibrio de la relación entre jornada y trabajo respecto de determinados trabajadores, que resultan desfavorecidos con relación a sus compañeros más antiguos, por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es el de la fecha de contratación.

Finalmente, y por lo que al artículo 11 del Convenio Colectivo se refiere, el Sindicato demandante interesa la nulidad del apartado décimo de dicho artículo, en el que se dispone: *"El tiempo de descanso para el personal que realice jornada continuada, que tiene carácter de tiempo efectivo de trabajo entre veinte y treinta minutos en todas las Estaciones de Peaje, excepto en aquéllas en que se encuentre de servicio un solo cobrador por turno –en cuyo caso, y para no interrumpir la atención del usuario, se llevará a efecto en cabina, se mantiene en los mismos términos y condiciones que han venido rigiendo hasta el día de la fecha, sin que ello signifique una alteración de la práctica habitual, tal y como se viene utilizando dicho descanso y que se concreta en que sólo se lleva a cabo fuera del puesto de trabajo en las Estaciones de Peaje en la jornada diurna"*. Según el Sindicato demandante, este apartado del artículo 11 del Convenio Colectivo, vulnera normas de derecho necesario, al no respetar lo dispuesto en el artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores.

En el artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores se dice: *"Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este período de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo"*. Se regula así la práctica popularmente conocida como "pausa o descanso para el bocadillo". Y este descanso de quince minutos, es, en efecto, como afirma el Sindicato actor, un mínimo de derecho necesario en caso de jornada continuada. La regulación que de este derecho mínimo hace el artículo 11-párrafo 10º- del Convenio, considera como tiempo de trabajo efectivo entre 20 y 30 minutos, si bien en aquellos peajes con un solo cobrador por turno, el tiempo de descanso debe realizarse en la cabina, y atendiendo al usuario de la autopista, con lo cual el descanso puede verse interrumpido, una o varias veces, de modo que el derecho mínimo reconocido por el Estatuto de los Trabajadores puede verse alterado.

Pese a ello, dada la especial naturaleza de la prestación de servicios en aquellos peajes con una sola cabina, donde normalmente existe poco tráfico, a la Sala le parece excesivo, y una medida desproporcionada, obligar a la empresa a que desplace a otro trabajador durante la pausa para el bocadillo, para que el cobrador

pueda disfrutar de este derecho mínimo. Ahora bien, el derecho del trabajador al disfrute del indicado descanso que tiene reconocido en el citado artículo 34.4 del ET, también resulta indiscutible. Es esta tesis, la Sala se inclina por la solución apuntada por la más autorizada doctrina científica en otros supuestos semejantes del aquí enjuiciado, en el sentido de que se puede pactar que no se descansen, pero percibiendo el trabajador duplicado el importe de los salarios correspondientes al periodo pactado para la pausa, solución que el artículo 34.4 no prohíbe expresamente, como, por el contrario, sí se establece en el artículo 38.1 respecto de las vacaciones anuales, que no se pueden sustituir por compensación económica. Consecuentemente, la regulación de este derecho mínimo tal como aparece redactado en el texto del Convenio, no la consideramos contraria al artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, por la razón anteriormente expuesta, aunque, en un futuro, debiera ser objeto de revisión, y que el trabajador-cobrador viese compensada la alteración de este derecho, que previsiblemente, y sobre todo en jornada diurna se va a ver alterado.

CUARTO.- Por último, el Sindicato demandante interesa la nulidad del apartado 17 del artículo 50, apartado E), dentro de las faltas menos graves, que considera como tal: *“Las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores y a las medidas adoptadas por la Dirección de la Empresa en la organización del trabajo”*. Entiende el Sindicato actor, que este apartado vulnera el artículo 20.1.a) de la Constitución, sobre el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, en relación con los artículos 2.1.d) y 2.2.d) de la Ley 11/85 de Libertad Sindical.

Así pues, la Sala debe examinar si el indicado apartado es contrario a la libertad de expresión, y vulnera el indicado derecho fundamental. Para resolver esta cuestión, acudimos a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia de fecha 28 de enero de 2002 (RTC 2002/20), en la que se examinan el contenido y los límites de este derecho fundamental. Declara dicho Tribunal que “... se hace preciso recordar que la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones

injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 80/2001, de 26 de marzo [RTC 2001\80], F. 3, con cita de la STC 88/1985, de 19 de julio...”.

Teniendo en cuenta esta doctrina constitucional, y puesta en relación con el citado apartado 17.E) del artículo 50 del Convenio, se observa que el derecho de libertad de expresión del que también es titular el trabajador, se ve coartado de forma genérica, tal como aparece redactada la norma en cuestión, de forma que se hace necesario especificar, determinar y matizar que o cuales manifestaciones pueden entrañar falta sancionable, por cuanto el Tribunal Constitucional señala que este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desahogada y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero [RTC 2000\6]; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre [RTC 2001\204], F. 4), pues «así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe sociedad democrática» (SS. TEDH de 23 de abril de 1992 [TEDH 1992\1], § 42 [Castells c. España], y de 29 de febrero de 2000 [TEDH 2000\90], § 43 [Fuentes Bobo c. España]).

En consecuencia, las frases o expresiones ultrajantes u ofensivas podrían ser objeto de sanción, pero un trabajador de la empresa tiene derecho en el ejercicio de su libertad de expresión a efectuar determinadas críticas en el seno de su relación de trabajo, sin que las mismas deban entrañar sanción alguna. Por ello, cuando realmente del texto de la norma convencional se desprende que cualquier crítica o disconformidad con la decisión de un superior o con la dirección de la empresa, ya sería sancionable, como falta menos grave, la Sala considera que el indicado apartado 17.E) del artículo 50 del Convenio tal como ha sido redactado, es contrario a la Constitución por vulnerar el artículo 20.1.a) de la misma.

Y en función de cuanto se deja expuesto, procede estimar en parte la demanda, declarar la nulidad de los apartados del Convenio en los términos declarados, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración. Y en función de todo ello:

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos en parte la demanda interpuesta por el Sindicato Confederación Intersindical Galega (CIG), y por la representación de la Sección Sindical del men-

cionada Sindicato CIG en la empresa demandada, contra la empresa AUDASA, el Ministerio Fiscal y contra los Sindicatos CC.OO., UGT y SITA, sobre impugnación de convenio colectivo, y, en consecuencia, debemos anular y anulamos, los apartados cuarto, quinto y decimoprimer del artículo 11 del Convenio Colectivo publicado en el Diario Oficial Galicia de fecha 16 de abril de 2002, de la empresa AUDASA, por ser contrarios al principio constitucional de igualdad, en los términos declarados en el Fundamento de Derecho Tercero de la presente resolución, así como el número 17, del apartado E) del artículo 50 del citado Convenio, por ser contrario al principio Constitucional de libertad de expresión y difusión del pensamiento, tal como se expone en el Cuarto de los Fundamentos que anteceden. Condenamos a los demandados a estar y pasar por estar declaración, y los absolvemos del resto de las pretensiones frente a ellos ejercitadas en la demanda.

3893 Recurso núm. 2.071/04

S.S.

INEXISTENCIA DOS REQUISITOS CONFIGURADORES DO ARRENDAMENTO CIVIL DE SERVIZOS, POLO QUE PROCEDER DECLARAR A COMPETENCIA XURISDICCIONAL PARA COÑECER DA DEMANDA SOBRE RESCISIÓN DE CONTRATO DE TRABALLO FORMULADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, dieciocho de junio 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 2.071/04, interpuesto por la Letrada doña M.T.F., en nombre y representación de don M.R.C., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Uno de los de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 355/03 se presentó demanda por don M.R.C., sobre resolución contrato, frente al Instituto Social de las Fuerzas Armadas. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 10 de 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: "PRIMERO.- El demandante, don M.R.C., ha venido prestando servicios como Médico con relación estatutaria para el SERGAS, con una antigüedad de 1972, ocupando la categoría profesional de Médico General de cupo y percibiendo un salario mensual de 1.800 €. SEGUNDO.- El demandante ha venido prestando servicios desde el año 1978 para el "ISFAS", con la categoría de Médico colaborador especialidad Medicina General de cupo y percibiendo un salario por acto médico realizado de 1,80 €, siendo el salario percibido del año 2002 por un total de 9.459 actos médicos, la suma de 17.103,24 € anuales ó 1.425,27 € mensuales y el percibido en el año 2003, período 01.01.03 hasta 31.08.03 ascendió a la suma total de 8.458,04 € ó 1.208 € mensuales. TERCERO.- El actor desde el año 1985 tiene reconocida por el SERGAS la compatibilidad entre la actividad principal a tiempo parcial de Médico General de cupo con el SERGAS, con plaza en propiedad y vínculo estatutario en el Consultorio de F. con consulta de presencia física de 08,30 hasta 11,00 horas mañanas, y servicio de localización hasta las 17,00 horas, con la actividad privada para el "ISFAS", con horario de consulta de lunes a viernes, de 17,30 a 19,30 horas, también a tiempo parcial, siendo remunerado en el "ISFAS" por acto médico desde 1978 a razón de 288 pesetas por acto médico realizado. CUARTO.- El SERGAS dictó resolución en fecha 29.12.98, en la que se reconocía la compatibilidad del demandante en los siguientes términos: Actividad principal pública: Personal estatutario, Médico General de cupo no consultorio médico de F. (Ferrol). Dependiente del SERGAS a tiempo parcial. Actividad pública secundaria: Médico de Medicina General o de Familia, en el Consultorio del "ISFAS" de Ferrol, a tiempo parcial desde 1978. Actividad privada: Médico colaborador en el Igualatorio Colegial de "A.M.Q., S.A. de Seguros (MEDIC)". En la citada resolución se hace constar lo siguiente: Visto el expediente instruido como consecuencia de la solicitud de autorización de compatibilidad en los términos arriba expresados y tramitado de conformidad con los artículos 9 a 14 de la Ley de 26 de diciembre y de acuerdo con los informes de la Inspección General de Servicios de las Administraciones Públicas y de la División de Recursos Humanos del SERGAS. El artículo 1.1 de la Ley 53/84 de 23 de diciembre del Personal de Compatibilidad, dispone que el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar

sus actividades con el desempeño por sí mismo o mediante sustitución de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en un servicio público, salvo en los casos previstos en la misma. Asimismo el artículo 3.1 de la Ley 53/84 establece que sólo se podrá desempeñar un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público en los supuestos de funciones docente o sanitaria y en aquéllos otros puestos que por razón de interés público se determinen por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto o por el Órgano competente de gobierno de la Comunidad Autónoma. El desarrollo de esta segunda actividad expresa autorización de compatibilidad que no puede suponer modificación de jornada de trabajo y horario en ninguno de los dos puestos de trabajo. Asimismo, el artículo 1.2 señala lo siguiente: "El artículo 1.2 de la citada Ley prohíbe la percepción de más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas, salvo en los supuestos mencionados con anterioridad. La Disposición Transitoria Tercera de la Ley y el artículo 24 del Real Decreto 598/85, del 30 de abril, establecen que el personal sanitario que desempeñara dos puestos de trabajo en el sector público con anterioridad al 1 de enero de 1983 podrá seguir compatibilizando los dos puestos de trabajo en el sector público hasta el 30 de septiembre de 1985, sin necesidad de solicitar autorización para ello, siempre que no fueran incompatibles el 1 de enero de 1983, ni existiese coincidencia de horarios. A partir del 1 de octubre de 1985 sólo podrán compatibilizarse dos puestos en el sector público sanitario si ambos se vinieran desempeñando a tiempo parcial, debiendo solicitarse en tales supuestos la correspondiente autorización antes del 1 de enero de 1986 si se desea continuar en su desempeño hasta que tenga lugar la reordenación de alguno de los puestos, momento en el que quedará automáticamente anulada la autorización de compatibilidades obtenida. En consecuencia, vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación, esta Consellería da Presidencia e Administración Pública resuelve autorizar la compatibilidad solicitada entre las actividades públicas referenciadas. Con respecto a la actividad privada se autoriza la compatibilidad solicitada, presuponiendo el estricto cumplimiento de sus obligaciones en el sector público y con las limitaciones previstas en los artículos 11 y 12 de la Ley 53/84, que determinan que la actividad privada no puede ser ejercida respecto de personas que estén incluidas en su cupo por razón de su actividad pública". QUINTO.- El

"ISFAS" formuló pliego de cláusulas administrativas y técnicas en el expediente G 007/99, de gestión de servicio público del "ISFAS" para la contratación por este Organismo mediante concierto de los servicios de atención primaria modalidad Medicina de Familia, Pediatría y Enfermería de la localidad de Ferrol, en fecha 01.10.00, en el cual se hace constar lo siguiente: Objeto: El expediente en el que se integra el presente Pliego tiene por objeto facilitar la prestación de servicios de Medicina Familiar, Pediatría y Enfermería, a asegurados y beneficiarios de "ISFAS", adscritos a la Modalidad Asistencial D-1 en la localidad de Ferrol y en los términos y con las condiciones exigibles a la atención primaria que se contemplan en el Pliego de Prescripciones Técnicas, modalidades de Medicina de Familia, Pediatría y Enfermería; y ello habida cuenta de que dicha asistencia no se encuentra incluida en la Instrucción 140/1994, de 23 de diciembre, sobre colaboración concertada del "ISFAS" con la Sanidad Militar, y que a tenor de la Disposición Primera del R.D. 517/86, de 21 de febrero, de incompatibilidades no se ha producido ingreso alguno de facultativos militares en este escalón de atención primaria. Naturaleza Jurídica del contrato y procedimiento de adjudicación: De conformidad con lo preceptuado en los arts. 155.1 y 157.c) de la LCAP, en relación con los arts. 75.2 y 3 y 170 del R.D. 2.330/78, de 29 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el contrato que se perfeccione, en atención al carácter público de los servicios que constituyen su objeto, se calificará como contrato de Gestión de Servicios Públicos, adoptando la modalidad de concierto mediante adjudicación directa. Presupuesto: El presupuesto estimado para la vigencia del contrato es de cuarenta y dos millones de pesetas, 252,08 €, y su ejecución está acaparada por los siguientes certificados que obran unidos al expediente, con cargo al concepto presupuestario 259. Ejercicio 1999: Retención de crédito por importe de 10.500.000 pts. Ejercicio 2000: Compromiso de crédito por importe de 21.000.000 pts. Ejercicio 2001: Compromiso de crédito por importe de 10.500.000 pts. Precios: La actividad asistencial objeto del contrato dará lugar al abono por el "ISFAS" de una cantidad mensual fija y otra variable en función del número de actos Médicos realizados en consulta y vistas domiciliarias. La cantidad mensual fija será, durante el primer año de vigencia del contrato, de 50.000 pts., 300,51 €, para las modalidades de Medicina de Familia y Pediatría, y de 37.000

pts., 22,37 €, la modalidad de Enfermería. La cantidad mensual variable se determinará siguiendo los siguientes criterios: Modalidad de Medicina de Familia: El importe a abonar por cada acto será de 299 pts. cuando se lleve a cabo en Consultorio, y de 712 pts., en caso de visitas domiciliarias. En consonancia con el objetivo de calidad fijado en cuanto al tiempo mínimo por consulta, una vez que se supere la cifra de 625 actos en consultorio en un mes, por el resto de los actos en Consultorio se abonarán 1,35 € ó 224 pts. por acto Médico. Cuando el número de visitas domiciliarias superó el número de 200, por el resto de las visitas que se realicen dentro de ese mismo mes se abonarán 3,21 € ó 534 pts. por acto médico. Duración del concierto: El contrato tendrá una duración de 2 años a partir del 01.10.99 y podrá prorrogarse por años sucesivos por mutuo acuerdo de las partes. Los respectivos acuerdos de prórroga quedarán condicionados a la existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas de los mismos en el ejercicio correspondiente. Capacidad para contratar: Podrá optar a formalizar el contrato de gestión de servicios objeto del presente pliego, en la modalidad correspondiente, el facultativo no militar que, manteniendo en la actualidad un régimen de colaboración con el "ISFAS" en la localidad de Ferrol, esté en posesión de las siguientes titulaciones: a) Para la modalidad de Medicina de Familia: estar en posesión del Título de Licenciado en Medicina y Cirugía y disponer del Título de Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, o de la certificación a la que se hace referencia en el Real Decreto 853/1993, de 4 de julio, o, en su defecto, estén en condiciones de obtenerla. Si el mencionado régimen de colaboración estuviese amparado en una relación contractual administrativa, la misma quedará sin efecto a partir del día 1 de octubre de 1999, fecha en que todas las relaciones entre el facultativo y el Instituto comenzarán a regirse por el presente pliego y demás normas de desarrollo. El interesado deberá poseer capacidad de obrar y solvencia en los términos previstos en los arts. 16 y 19 de la LCAP. Asimismo deberá no estar afectado por ninguna de las prohibiciones para contratar que se enumeran en el art. 20 del citado texto legal, modificado por la Disposición Adicional 1ª de la Ley 9/96, de 15 de enero. El facultativo deberá acreditar su afiliación y alta en el Régimen de Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad que desempeñe, así como el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, en los términos previstos en los arts.

7 y 8 del Real Decreto 390/96, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, con Contratos de las Administraciones Públicas (B.O.E nº 70, de 21.07.96). Acreditará estas circunstancias mediante certificación expedida por el Órgano competente, que deberá cumplir los requisitos consignados en el art. 9.2 del R.D. 390/1996, de 1 de mayo. El alta en el Impuesto de Actividades Económicas se acreditará mediante copia autenticada o compulsada del documento de alta en la matrícula del impuesto y, en su caso, del último recibo satisfecho por tal concepto. Formalización del contrato: El documento administrativo en que se formalice el contrato se otorgará dentro de los 30 días siguientes al de la notificación de la adjudicación, constituyendo título suficiente para acceder a cualquier Registro. No obstante lo anterior, dicho contrato administrativo podrá elevarse a escritura pública, a petición del contratista y a su cargo. El facultativo adjudicatario, además del contrato, deberá firmar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas, considerándose parte integrante de aquél. En caso de no formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario, el Órgano de Contratación podrá acordar la resolución del mismo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.3 de la LCAP. En tal caso procederá la indemnización de los daños y perjuicios que hubieran podido ocasionarse. Jurisdicción competente: Agotada la vía administrativa, todas las cuestiones surgidas sobre la interpretación, resolución y efectos del presente contrato se resolverán en vía contencioso-administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha jurisdicción. SEXTO.- El "ISFAS" emitió certificación en fecha 05.07.03, en la que se hace constar lo siguiente: "Don M.R.C. ha desempeñado sus funciones como médico colaborador del "ISFAS" durante el año 2002 en las siguientes condiciones: Asistencia en Consultorio (presencia física): - Horario: 19:00 a 21:00 horas. -Días: de lunes a viernes. -Modalidad: presencia física. -Tipo de retribución: cheque asistencia por acto médico sin limitación de número. Asistencia en domicilio: -Horario: de 09:00 a 17:00 horas. -Días: de lunes a viernes. -Modalidad: según avisos. -Tipo de retribución: cheque asistencia por acto médico sin limitación de número. Jornada de sábados: -Horario de consultorio: de 15:00 a 17:00 horas. -Horario de avisos domiciliarios: de 09:00 a 17:00 horas. -Modalidad: un médico de asistencia en consultorio y a domicilio según avisos, y en turno rotativo entre todos los médicos del consulto-

rio. -Tipo de retribución: cheque asistencial. Observaciones: en el mes de mayo de 2002 se suprime el servicio de sábados que venía funcionando desde 1979, volviéndose a restablecer el servicio en mayo de 2003. SÉPTIMO.- El "ISFAS" emitió certificación en fecha 15.07.03, en la que se señala lo siguiente: "Que el nº medio de pacientes asignados al cupo del Dr. don M.R.C. se deduce entre el número total de asegurados que tienen la modalidad asistencial D1. (asistencia sanitaria primaria a través de la consultoría del "ISFAS", como es este caso) dividido entre el nº de médicos que atendió en su momento a ese colectivo de asegurados.

Año	Nº Asegurados	Nº Médicos	Cupo/médico
2000	9.363	7	1.337
2001	9.122	7	1.303
2002 (Enero/Oct.)	7.530	6	1.255
2002 (Nov./Dic.)	7.530	5	1.506
2003 (Junio)	7.071	5	1.414

OCTAVO.- El "ISFAS" emitió certificación en fecha 15.07.03, en el cual hace constar que durante el año 2002 don M.R.C. sustituyó al Dr. D. los días 26 a 30 de agosto de 2002, el mes de octubre de 2002 por vacaciones del Dr. D., en el mes de noviembre de 2002 se le incorpora parte del cupo del Dr. D. por cese de éste por traslado a Toledo en el Consultorio y los restantes meses desde enero a diciembre del 2002 no realizó ninguna otra sustitución. NOVENO.- El SERGAS emitió certificación de fecha 29.07.03, en la que se hace constar lo siguiente: "Según informe de la Consellería y Administraciones Públicas, la actividad principal del Dr. M.R.C. es la de "Médico de cupo perteneciente al SERGAS". Como médico colaborador del "ISFAS" siempre se le autorizó a realizar todos los cursos propuestos, públicos o privados. Por consiguiente del primer Apartado no se aporta certificación, habida cuenta que no se han impartido cursos, por parte del "ISFAS" a los Médicos colaboradores de esta Delegación. DÉCIMO.- El "ISFAS" emitió informe de fecha 24 de julio de 2003 en el que se hace constar lo siguiente: "Existen "Historias Clínicas Normalizadas" para los Consultorios de Medicina General y Pediatría (se adjunta modelo). Así como "Fichas Médicas Personalizadas" para cada paciente (se adjunta modelo), donde debe figurar los datos y extractos de mayor interés que precisa el Médico. Cada facultativo tiene "dos armarios archivadores" para guardar dicha documentación, así como el esto de pruebas diagnósticas, anales, radiografías, etc.

Cada facultativo tiene asignado "un Auxiliar de Clínica" encargado de proporcionar la documentación que el facultativo requiere, así como archivar de nuevo una vez terminada la consulta. Siendo el facultativo el único responsable de cubrir con el máximo de datos los historiales clínicos de los pacientes, así como su actualización". UNDÉCIMO.- El "ISFAS" emitió certificación en fecha 29.09.03, que señala lo siguiente: "Que las retribuciones devengadas por don M.R.C. a través del consultorio médico del "ISFAS" durante el ejercicio económico 2003 han sido las que a continuación se detallan:

Año 2003	Actos médicos en domicilio	Actos médicos en consultorio	Retribuciones íntegras en euros
Enero	3	1.082	1.960,44
Febrero	4	991	1.800,92
Marzo	6	958	782,78
Abril	4	797	782,78
Mayo	4	855	782,78
Junio	6	799	782,78
Julio	0	322	782,78
Agosto	0	818	782,78
Total	27	6.622	8.458,04

Por la entrada en vigor de la Instrucción AM-2/03 se suprime el sistema de pago por acto médico a través de cheques asistenciales sin limitaciones y se implanta el sistema de cita previa (30 consultas diarias). Del mismo modo se le aplican las limitaciones retributivas impuestas por el artículo 7 de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. DUODÉCIMO.- El "ISFAS" en fecha 20.02.03 dictó la Instrucción AM 2/2003 sobre regulación del funcionamiento de los Consultorios de Atención Primaria del "ISFAS" para la asistencia de los asegurados que, estando adscritos a la asistencia sanitaria de la Sanidad Militar, elijan esta modalidad, en cuyo punto tercero se hace constar lo siguiente: Tercera.- Organización de los servicios. La organización específica de los servicios es competencia del Delegado del "ISFAS". Horario de Consultorios: El Delegado del "ISFAS" fijará el horario de atención procurando la mayor amplitud posible y asegurando el horario de tarde que permita la correcta atención del personal en activo. Cita previa: Por la Delegación se dictará la norma y se implantará la cita previa telefónica de los pacientes, que permita utilizar los servicios y conseguir la mayor comodidad de aquéllos. Por el personal encargado del servicio de cita previa en consultorio se confeccionaran los listados diarios

de los paciente para cada consulta, teniendo en cuenta el tiempo mínimo de consulta para cada área, que será para Medicina de Familia 5 minutos, para Pediatría 10 minutos y para Enfermería 5 minutos. Horario de consulta y tipos asistenciales: Los profesionales colaboradores de las distintas áreas, Medicina Familiar, Pediatría y Enfermería, permanecerán en consulta durante, al menos, dos horas al día de lunes a viernes, salvo festivos, en horario que determine el Delegado del "ISFAS", en función de procurar la mayor actividad asistencial durante el tiempo que permanezca abierto el Consultorio. Durante los sábados, el Delegado de "ISFAS", en relación con la experiencia de la demanda asistencial, podrá autorizar la no presencia física en el Consultorio de todos o parte de los profesionales colaboradores, siempre que permanezcan localizados y disponibles durante el horario asignado, de forma que se garantice el cumplimiento de los servicios, para lo que podrá garantizar los turnos adecuados. El número de titulares y beneficiarios adscritos a cada Médico de familia, en lo posible, estará comprendido entre 1.250 y 2.000; no más de 1.500 en Pediatría y hasta 2.250 en Enfermería. Atención domiciliaria: La atención domiciliaria en situaciones de urgencia inmediata o vital que pudieran precisar los asegurados está cubierta las 24 horas de todos los días del año por los Servicios de Urgencia de la Seguridad Social, a través del Servicio telefónico 061. Cuarta.- Marco de relaciones de los profesionales sanitarios para el personal sanitario colaborador, facultativos y profesionales de enfermería, la relación vendrá determinada por su particular modelo de contratación administrativa o colaboración, correspondiendo igualmente al Delegado la organización de los servicios en los términos expresados en el párrafo anterior. En todo caso, este personal deberá cumplir los siguientes requisitos y normas: Estar en posesión de la titulación específica necesaria para desempeñar la labor asistencial. Cumplir la legalidad vigente en materia de Incompatibilidades, tanto en cuanto a la posesión de la correspondiente autorización de compatibilidad en los casos que sea exigible, como en materia de retribuciones y sus topes. Cumplir los horarios de servicios derivados de su modelo de contratación o colaboración informando al Delegado del "ISFAS" con la debida antelación para la oportuna autorización de compatibilidad en los casos que sea exigible, como en materia de retribuciones y sus topes. Cumplir los horarios de servicios derivados de su modelo de contratación o colaboración informando al Delegado del

"ISFAS" con la debida antelación para la oportuna autorización sobre cualquier tipo de ausencia por permisos, vacaciones o circunstancias extraordinarias, al igual que las posibles sustituciones que se propusieran para cubrir dichas ausencias. Las ausencias vacacionales no podrán superar los 30 días por año ocupacional. Dos: Retribuciones: Para el personal laboral serán las definidas en el Convenio Único para el personal laboral de la Admón. del Estado para cada grupo y categoría profesional. Para los profesionales colaboradores y adjudicatarios de un contrato administrativo, las que específicamente se determinen en el modelo, teniendo en cuenta en los supuestos retributivos por situación de compatibilidad autorizada de conformidad a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas en el R.D. 517/1986, de 21 de febrero, sobre incompatibilidades del personal militar se fijará una cantidad que en ningún caso podrá superar el referido tope. Disposición transitoria primera: A la entrada en vigor de la presente instrucción de los Delegados del "ISFAS" de las localidades con consultorio con atención primaria, se tomarán las medidas oportunas de regularización de la situación de compatibilidad de los facultativos y los profesionales de Enfermería colaboradores, tanto a lo referente a las declaraciones de compatibilidad, como a los topes retributivos máximos que por segunda actividad compatible determina la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. DÉCIMOTERCERO.- El Delegado del "ISFAS" en Ferrol dictó resolución en fecha 27.02.03, en la que se hacía constar lo siguiente: Conforme a la Resolución del Secretario General Gerente del "ISFAS", de 27 de febrero de 2003 se pone en conocimiento del personal colaborador que no está sujeto a contratación administrativa y realiza su función como segunda actividad pública compatible, conforme determina la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y el R.D. 517/1986, que con independencia de la obligatoriedad de proceder a la regularización de la situación de compatibilidad en los términos y plazos indicados en el escrito remitido el 17.12.02, a partir del próximo 1 de marzo se aplicarán los topes retributivos máximos que establece la normativa indicada y que se concreta en el 30% de las retribuciones ordinarias de la actividad principal en el sector público, entendidas en el cómputo anual. Para el cálculo del indicado 30% se partirá de las nóminas aportadas por los interesados, por lo que se solicita a la mayor brevedad las de aquellos médicos y A.T.S. colaboradores que

aún no las hubieran aportado. DÉCIMO CUARTO.- El demandante, don M.R.C., Médico colaborador del "ISFAS" del Consultorio de Ferrol, realizó declaración jurada del tenor literal siguiente: "Declaro bajo mi responsabilidad que conozco las normas que contiene la Instrucción AM-2/2003, de 20 de febrero, sobre "Regulación del funcionamiento de los Consultorios de Atención Primaria del Instituto para la asistencia de los asegurados que, estando adscritos a la asistencia sanitaria de la Sanidad Militar, elijan esta modalidad" y conforme con lo preceptuado en la Disposición Transitoria segunda de dicha Instrucción: Me comprometo a cumplir lo regulado en dicha norma, adaptando mi colaboración profesional a los preceptos que la misma contiene". DÉCIMO QUINTO.- El demandante interpuso en 12.05.03 la correspondiente reclamación administrativa previa, que fue desestimada por nueva resolución expresa de fecha 05.08.03".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: 1.- Que debo estimar y estimo la excepción de falta de jurisdicción por razón de la materia alegada por el Organismo demandado "ISFAS", por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho Segundo y Tercero de la presente resolución. 2.- Que con desestimación de la demanda deducida por don M.R.C. contra el "ISFAS", en reclamación sobre resolución de contrato, debo declarar y declaro que la relación jurídica que vincula al actor con el "ISFAS" desde 17.10.99 es de naturaleza administrativa, haciendo saber a las partes que el Orden Jurisdiccional competente para el examen de su pretensión es el Contencioso-Administrativo, absolviendo en la instancia al Organismo demandado, sin entrar a conocer del fondo del asunto. Notifíquese... etc."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la parte actora la sentencia de instancia que, sin entrar en el fondo de la cuestión debatida apreciando la excepción de incompetencia de jurisdicción, desestimó su demanda, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual en primer lugar, con amparo en el art. 191.b) LPL, insta la revisión

del relato fáctico al objeto de que se modifiquen los ordinales 2º), 3º), 7º), 10º), y se adicione un nuevo ordinal 16º) efectuando las correspondientes propuestas. En segundo lugar, si bien con cita procesal incorrecta del art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación de art. art. 1 y 2.a) LPL en relación con el art. 9.4 y 5 LOPJ y art., 1.1 LET, así como con la DA 4ª) de la L. 30/84 de 2 de agosto de reforma de la función pública y los arts. 3.1.a), 154 y 196.3, a), b), c), d), y e) del RDL 2/2000 TR de la L. de contratos de las Administraciones públicas, al objeto de que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo y que por tanto compete a esta jurisdicción el conocimiento y resolución del presente litigio.

En tercer lugar, con amparo procesal en el art. 191.c) LPL, denuncia la infracción por inaplicación del art. 50.1.a) y 2 en relación con el art. 56.a) y b) de LET, en relación con el art. 41.1 a), b), d) y nº 3 de dicho texto legal, así como el art. 145.1 LPL.

En primer lugar se ha de resolver la cuestión de "competencia por razón de la materia", la invocación de la excepción - estimada en la instancia - obliga a la Sala a conocer de la misma sin someterse a los estrictos límites formales del recurso de Suplicación no quedando vinculada a las alegaciones de las partes, sino que permite el análisis del total material probatorio existente en autos, tal como tiene sentado de forma reiterada la doctrina de nuestro mas Alto Tribunal, (SSTs 23.01.90 y 01.03.90, 24.01.92, 05.03.92 entre otras), en consecuencia y obviando que la denuncia debía haberse efectuado al amparo del art. 191.a) LPL, ya que el resultado de la misma implica, de desestimarse el recurso la confirmación de la resolución de instancia con remisión del actor a la Jurisdicción contenciosa para plantear sus pretensiones, y que de acogerse el recurso, conlleva la nulidad de dicha resolución con devolución de los autos a su origen para que se dicte otra entrando en el fondo del debate, es por lo que no procede analizar el motivo relativo a la revisión fáctica ni el motivo relativo a la cuestión de fondo, pues ambas cuestiones serán objeto de estudio por la Jurisdicción competente, en su caso, o por el Juez de instancia.

SEGUNDO.- Dicho lo anterior, entrando en el análisis de los elementos probatorios obrantes en el pleito, se ha de partir para resolver la cuestión competencial, de los siguientes datos: 1.- El actor ostenta la condición de médico de medicina general, con vínculo estatutario,

al servicio del sergas en la plaza de F. desde 1972, a tiempo parcial con jornada de 8,30 a 11 horas y servicio de localización hasta las 17 horas, y retribución por el sistema de cupo. 2.- Que desde 01.10.78 el actor ha venido prestando servicios para el ISFAS, como médico colaborador, especialidad de medicina general, percibiendo su retribución "por acto médico", habiendo obtenido, a requerimiento de ISFAS, con fecha de 27.12.98 de la Xunta de Galicia la declaración de compatibilidad entre su actividad para el Servicio Galego de Saúde y su actividad en ISFAS, así como médico al servicio del Igalatorio colegial de "A.M.Q., SA.", no obstante en 30.12.85 había solicitado la compatibilidad para desempeñar actividad privada como médico consultor de ISFAS en Ferrol; 3.- El actor prestaba sus servicios en horario de 19 a 21 horas de lunes a viernes y últimamente de 17,30 a 19,30 y a partir de abril 2003 horario de 18 a 21 horas de lunes a viernes, turnándose con otros médicos del consultorio para la guardia de los sábados por la tarde; 4.- Los servicios se desempeñan en el consultorio del demandado ISFAS y a través del sistema de cita previa que se concierta con el personal administrativo de dicho organismo, siendo obligatorio para el actor asumir 30 citas diarias; el actor dispone de dos archivadores y de impresos modelados para documentar su actuación, teniendo a su disposición un auxiliar de clínica facilitado por el demandado. 5.- Las instrucciones del demandado a partir de febrero del 2003 se refieren a jornada mínima diaria y fijación de horario de desempeño de la misma, determinación de cupos de asegurados a cada médico; control de la cita previa de los beneficiarios.

Con los anteriores datos y a la vista de la doctrina contenida en STS de fecha 21.03.1997 (RJ 1997\2.614), la separación entre el contrato de trabajo y otros excluidos de la jurisdicción laboral es muchas veces borrosa y difícil, y habrá que atenderse a las concretas circunstancias del caso enjuiciado, esto es, si existen o no las notas de ajenidad o dependencia, que tipifican la existencia del contrato de trabajo. Las notas definitorias de la relación laboral vienen constituidas por la concurrencia de una prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empleador (art. 1.1 LET), esto es, dependencia, y por la atribución -desde el principio- de los frutos del trabajo al empleador, términos definidos por la STS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 2000\1.427) que viene a señalar que "la dependencia consiste en la situación del trabajador sujeto, aun en forma

flexible y no rígida, ni intensa, a la esfera organizativa y rectora de la empresa, y no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía (STS/IV 07.03.94 [RJ 1994\2.210]), pues mal puede ser empresario quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales y personales propios de la misma, mas sin que sea necesaria la concurrencia de una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organizativo y rector (SSTS/IV 14.02.94) del empleador; aplicando las anteriores consideraciones al supuesto enjuiciado ha de concluirse que la relación del actor con el demandado es laboral, pues no puede negarse la ajenidad, ya que es el ISFAS quien hace suyos los frutos de la actividad al conseguir mediante ella la consecución de su propia finalidad institucional de prestación de la asistencia sanitaria en el ejercicio de sus competencias. La dependencia se manifiesta en la realización del servicio en los locales del ISFAS en la jornada y los horarios señalados por esta entidad, quién fija también el horario de las visitas domiciliarias, imparte instrucciones sobre la forma de prestarse el servicio, determina las sustituciones y pone los medios materiales y personales precisos para el desempeño por el actor de la actividad, por ello, resulta evidente que no se está en presencia del simple arrendamiento de servicios de un titulado que ejerce su profesión liberal -donde el profesional realiza su cometido con entera independencia, teniendo libertad para aceptar o rechazar los encargos, y normalmente cuenta con una organización propia, en ocasiones con trabajadores a su servicio, percibe sus retribuciones en forma de honorarios, que fija valorando por si mismo los servicios prestados, atendiendo en su caso a los establecidos por la corporación profesional respectiva-, sino que es patente la dependencia del actor y su "integración en el círculo rector y disciplinario del empresario", por lo que la relación es laboral (STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2000, 4 de diciembre de 2001 y STSJ de Aragón de 10 marzo de 2000 y 25 de septiembre de 2000), y complete el conocimiento de la cuestión litigiosa a este orden jurisdiccional, por lo que al no haberlo entendido así el juzgador de instancia incurre la resolución recurrida en los defectos imputados, procede su revocación y reposición de los autos al momento de haberse dictado para que asumiendo la propia competencia, con libertad de criterio, se dicte otra entrando en el fondo de la cuestión debatida.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso de suplicación formulado por don M.R.C. contra la sentencia dictada el 10.11.03 por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Ferrol en autos Nº 355.2003 sobre rescisión de contrato contra el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y con anulación de dicha resolución acordamos la reposición de los autos al momento de haberse dictado para que por el Juzgador de instancia, con libertad de criterio, asumiendo la competencia material para conocer le litigio dicte otra resolviendo el fondo de la cuestión debatida.

3894 Recurso núm. 2.165/04

S.S. INCOMPETENCIA JURISDICCIONAL, AO OSTENTAR O DEMANDANTE A CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR SOCIAL DAS SOCIEDADES DEMANDADAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, dieciocho de junio 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. 2.165/04 interpuesto por don R.V.I.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don R.V.I.M. en reclamación de despido, siendo demandado "M.G.M.G., S.L." y "T.M.G., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 840/03 sentencia con fecha dos de marzo de dos mil cuatro, por el Juzgado de referencia, que declaró la incompetencia de jurisdicción.

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

"1º.- Don R.V.I.M., mayor de edad, con D.N.I. núm. ..., comenzó a trabajar para la empresa "M.G.M.G., S.L.", en 07.01.82, como vendedor y encargado general, pasando después a formar parte de la empresa. Con fecha de 22 de septiembre de 1988, en escritura pública del Notario de P., y en nombre y representación de la Cía. Mercantil "M.G.M.G., S.L.", domiciliada en ... P., por tiempo indefinido, según escritura autorizada por el Notario de P., el 13 de febrero de 1980, se designa Vicepresidente de la Sociedad a don R.V.I.M.; se nombra también a este último, Director-Gerente, con las facultades que se dicen en la escritura y se dan por reproducidas. 2º.- Con fecha de 29 de junio de 1992, por escritura pública número 2.088, del Notario de Vigo Sr. Z.H., se modifica la razón social y órganos de administración, transformando la sociedad en S.L. y nombramiento de Administrador único. Se confiere a don R.V.I.M., poder para ejercitar las facultades que señala del artículo 15 de los Estatutos. 3º.- El 8 de mayo de 1997, se otorga escritura número 1.758, ante el Notario de Vigo Sr. R.G., por el administrador único don M.A.C.L. de solemnización de acuerdos sociales; se determina la participación social de los socios, correspondiendo a don R.V.I.M. 131 participaciones sociales, números 430 al 560, se adaptan los Estatutos a la vigente Ley 2/95 de Sociedades de Responsabilidad Limitada y se ratifica el nombramiento de administrador único a don M.A.C.L. En el listado de nómina periódica en la Caja de Pensiones de la empresa, aparece don R.V.I.M. como empleado. El salario que percibía el actor por la empresa era de 4.974,66 euros mensuales, incluido prorrateo de pagas extras. 4º.- Por escritura pública número 1.896, de fecha 10 de julio de 1991, ante el Notario de Vigo, Sr. Z.H., por don M.A.C.L. y por don R.V.I.M. se constituyó la empresa "T.M.G., S.L.", con un capital social de quinientas mil pesetas, dividido en cincuenta participaciones sociales, de diez mil ptas cada una, aportando don R. 120.000 ptas, adjudicándole en pago 12 participaciones sociales; se designan ambos socios administradores de forma solidaria e indistinta. 5º.- Por otra escritura pública número 1.755, de fecha 8 de mayo de 1997, del Notario de Vigo Sr. R.G., se solemnizan acuerdos sociales, consistentes en: Determinación de las participaciones sociales: A don M.A. 38 participaciones números 1 a 38 y a don R. 12 participaciones números 39 a 50. Modificación de Estatutos Sociales, para adaptarlos a la Ley 2/95 de 23 de marzo de sociedades de Responsabilidad Limitada, se ratifican los cargos de administradores solidarios e indistintos. El actor, como Adminis-

trador de la empresa, suscribió contratos de trabajo, notificó finalizaciones de los contratos y certificaciones (folios 75 a 85). En listado de nómina periódica, de la empresa, aparece el actor como empleado. El salario que venía percibiendo por esta empresa era de 1.551,66 euros mensuales, incluido prorrateo de pagas extras, designado en nómina como gerente. El salario total de ambas empresas es 6.526,32 euros. 6º.- Con fecha de 18 de noviembre de 2003, "M.G.M.G., S.L." le hace entrega de la siguiente carta: "Muy señor nuestro: Los órganos decisorios de esta Sociedad han decidido proceder con fecha de hoy a destituirle como Administrador de la misma y al propio tiempo le comunicamos también por medio de la presente: 1) La decisión de la empresa de prescindir de sus servicios como Administrador de la sociedad. 2) Asimismo, que con fecha de hoy la empresa procede al desistimiento de su actividad en la misma, de conformidad con el artículo 11 del Real Decreto 1.382/85, de 1 de agosto (BOE del 12.08.55). 3) y por ello, en breve le remitiremos copia de su liquidación cese con los haberes que le corresponden a día de hoy, así como la liquidación de haberes que se le preparará para su cobro. 4) Al propio tiempo, se ruega que proceda Ud. A entregar las llaves de la Empresa que obran en su poder, así como al teléfono móvil y cualquier otra cosa que pudiera tener y que sea propiedad de la misma. 5) Este desistimiento viene determinado por una serie de sucesos que Ud. Conoce y que han hecho perder la confianza en Ud. A los órganos decisorios de la sociedad, los cuales, haciendo uso de la normativa vigente procede al desistimiento de su contrato de trabajo como alto cargo y el consecuente cese en la misma al dar por finalizado dicho contrato. Rogando firme "el enterado" de esta comunicación, sin otro particular, le saludamos atentamente". 7º.- Con la misma fecha, "T.M.G., S.L." le hace entrega de la misma carta anterior. 8º.- las empresas demandadas forman una misma unidad empresarial, y hasta el año 1992, el actor era encargado general sin poderes. 9º.- Se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje e Conciliación, el 15 de diciembre de 2003, habiéndose presentado papeleta el 28, que resultó sin efecto".

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

"FALLO: Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, aducida por la demandada, frente a

la demanda planteada por don R.V.I.M., contra las empresas "M.G.M.G., S.L." y "T.M.G., S.L.", debo declarar y declaro la incompetencia de este Juzgado, para conocer de la demanda por razón de la materia, declarando la competencia de la jurisdicción ordinaria, a la que deberán acudir las partes si les interesa, y absolviendo en la instancia a las demandadas, sin entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada".

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, desestimó la demanda, sin entrar a conocer en el fondo del asunto, por considerar que la relación que unía al actor con las demandadas era de naturaleza mercantil, al desempeñar el cargo de administrador con las mas amplias facultades. Decisión judicial que es recurrida por el actor, pretendiendo por un lado, con adecuado amparo procesal, la revisión del relato de hechos probados, y en concreto los ordinales primero y segundo, a fin de que los mismos queden redactados del tenor literal que se concreta en el recurso, y por otro lado, interesa igualmente, la censura del derecho aplicado en la sentencia, y así denuncia, (aunque no por el cauce adecuado), con amparo en el apartado a) del art. 191 de la L.P.L., infracción de normas de procedimiento generadoras de indefensión, pretendiendo la devolución de los autos al Juzgado de procedencia, rechazando el conflicto de competencia suscitado por la demanda, entrando a conocer del fondo de la cuestión litigiosa, cuando el cauce procedente sería el del 191.c), pues no se está discutiendo, propiamente, esa supuesta infracción de normas o garantías procesales que hayan generado indefensión, sino únicamente la competencia o incompetencia de la jurisdicción social para resolver la materia objeto de esta "litis", y ello es una cuestión de derecho que solamente puede ser combatida con amparo en el apartado c) del art. 191 de la L.P.L. (y no a través de lo dispuesto en el apartado a) de la Ley Procesal Laboral), denunciándose -tácitamente-, infracción por aplicación indebida del art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores y 1.1 y 8 del mismo cuer-

po legal y de la jurisprudencia (que cita y se tiene por reproducida).

La cuestión que se debate en las presentes actuaciones, consiste en determinar, si la relación existente entre el actor y las demandadas, tiene o no naturaleza laboral, y dicha materia es por su propia naturaleza de orden público, -revisable incluso de oficio-, con posibilidad, o mejor aún, con obligación legal de la Sala, de conocer la totalidad de cuantas actuaciones se han realizado en los autos, sin sujetarse en exclusiva ni a la relación de hechos probados, ni a la revisión solicitada, ni a la decisión judicial dictada en instancia, ni tampoco a las alegaciones y argumentaciones que figuren en los escritos de recurso e impugnación.

Para una más acertada resolución de esta litis se ha de tener en cuenta: A) de conformidad con el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, se excluyen del ámbito regulado por la presente Ley: *“la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revisitan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo”*. B) El Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, entre otras en las de 21.01.91, 27.01.92, 22.12.94, 30.11.96, 16.06.98, viene señalando que: *“el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada (al igual que el que ostenta tal cargo, o el consejero delegado, en una sociedad anónima) está vinculado a ésta por una relación de naturaleza societaria, incluido en el ámbito del derecho mercantil y excluida del derecho del trabajo, tal como claramente dispone el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores”*; señalando igualmente: *“que en cuanto un miembro del órgano de administración de la sociedad anónima, lleva a cabo, actividades gerenciales, viene determinando que la inclusión o exclusión de tal relación en el ámbito laboral, no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, o funciones que realiza el sujeto, sino a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquélla consiste en una relación orgánica por integración de quien desempeña el trabajo de dirección del Órgano de Administración Social cuyas facultades son las que en definitiva se actúen directamente o mediante delegación, la relación no puede ser laboral*

sino mercantil, lo que conlleva como regla general, solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino de relación laboral común, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos, de administración de la sociedad, y de una relación de carácter laboral, es decir, cuando una persona física, como es el consejero delegado, realiza funciones gerenciales o de gestión o de administración de la sociedad y lo hace a título de órgano estructural de la sociedad, no estamos ante la figura del alto cargo, sino ante la situación de expresa exclusión laboral que contempla el art. 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores; sólo cuando esa función se realiza por persona ajena a los órganos sociales, haciendo uso de los apoderamientos pertinentes, y en virtud de un compromiso previamente contraído con los órganos sociales, que no a título de relación societaria, es cuando se da la figura del personal de alta dirección.

Del análisis de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, resulta acreditado: A) que el actor don R.V.I.M., comenzó a trabajar para la empresa “M.G.M.G., S.L.” el 07.01.82, primeramente como vendedor y encargado general, pasando después a formar parte de la empresa. Así con fecha 22.10.88, y en escritura pública del notario de P., se le designó vicepresidente de la sociedad, así como director gerente; y por escritura pública notarial de fecha 29.06.92, se nombró a don M.A.C.L. administrador único de la sociedad, habiéndosele conferido al actor poder para ejercitar las facultades que señaladas en las letras a), c), d), f), gran invalidez), h), i), j), l), m), n), o) y p) del art. 15 de los Estatutos Sociales con la limitación de que los contratos de compraventa que celebre sobre bienes muebles o inmuebles no puedan superar el importe de 1.00.000 pts, y así mismo en la citada escritura se adjudicaron las participaciones sociales de “M.G.M.G., S.L.” del siguiente modo: a don M.A.C.L.: 427 (76,25% del capital social); a don M.N.M.: 2 (0,35%) y a don R.V.I.M.: 131 (23,40%); B) Con fecha 08.05.97, se otorga escritura notarial por el administrador único don M.A.C.L. de solemnización de acuerdos sociales; se determina la participación social de los socios, correspondiendo a don R.V.I.M. 131 en número de participaciones sociales, números 430 al 560, se adaptan los estatutos a la vigente Ley 2/95 de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y se ratifica el nombramiento de administrador único a don M.A.C.L. En el listado de nómina periódica

ca en la caja de pensiones de la empresa, aparece don R.V.I.M. como empleado con un salario de 4974,66 € mensuales. C) Por escritura pública notarial, de fecha 10.07.91 por don M.A.C.L. y don R.V.I.M., se constituyó la empresa: "T.M.G., S.L.", con un capital social 500.000 ptas dividido en 50 participaciones sociales de 10.000.- pts cada una, aportando don R.V.I.M. 120.000 pts, adjudicándosele en pago 12 participaciones sociales, designándose ambos socios administradores, de forma solidaria e indistinta. Por otra escritura pública notarial de fecha 08.05.97, se solemnizan los acuerdos sociales consistentes en: determinación de las participaciones sociales: a don M.A. 38 participaciones de números 1 a 38 y a don R. 12 participaciones números 39 a 50. Se modifican los estatutos sociales para adaptarlos a la ley 2/95 de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ratificándose en los cargos de administradores solidarios e indistintos, y el actor, como administrador de la empresa, suscribió contratos de trabajo, notificó finalizaciones de los mismos y extendió certificaciones, aún cuando aparezca en el listado de nómina periódica de la empresa como empleado, siendo el salario de 1551,66 €, designado en nómina como gerente. D) Que con fecha 18.11.03 las demandadas "M.G.M.G., S.L." y "T.M.G., S.L.", enviaron al actor comunicación del tenor literal siguiente: *"Muy Sr. Nuestro: los órganos decisorios de esta sociedad han decidido proceder con fecha de hoy a destituirle como administrador de la misma y al propio tiempo le comunicamos también por medio de la presente: 1) la decisión de la empresa de prescindir de sus servicios como administrador de la sociedad. 2) Asimismo que con fecha de hoy la empresa procede al desistimiento de su actividad en la misma, de conformidad con el art. 11 del Real Decreto 1.382/1985, de 1 de agosto (B.O.E. de 12.08.55). 3) Y por ello en breve le remitiremos copia de su liquidación y cese con los haberes que le corresponden al día de hoy, así como la liquidación de haberes que se le preparará para su cobro. 4) Al propio tiempo se ruega que proceda Vd. a entregar las llaves de la empresa que obran en su poder, así como el teléfono móvil y cualquier otra cosa que pudiera tener y que sea propiedad de la misma. 5) Este desistimiento viene determinado por una serie de sucesos que Vd. conoce y que han hecho perder la confianza en Vd. a los órganos decisorios de la sociedad, los cuales, baciendo uso de la normativa vigente, procede al desistimiento de su contrato de trabajo como alto cargo y el consecuente cese en la misma al dar por finalizado*

dicho contrato. Rogando firme "el enterado" de esta comunicación, sin otro particular, le saludamos atentamente". Se intentó sin avenencia conciliación ante el SMAC.

De todo ello se infiere, que el actor, junto con otros socios, constituyó las sociedades "M.G." y posteriormente "T.M.G., S.L.", habiendo ostentando en la primera la condición de "vicepresidente" y "director gerente", (en tanto que don M.A.C.L. ostentó la condición de "administrador único"), con las más amplias facultades que se recogían en el art. 15 de los Estatutos Sociales, (con la única limitación de que los contratos de compraventa que celebre sobre bienes muebles e inmuebles no pudieran superar el importe de 1.000.000 pts), facultades que de hecho eran totales, pudiendo acordar y realizar sin limitación alguna cuantas estime convenientes para la gestión de los negocios, asuntos e intereses sociales, firmando documentos de la concesión, las cuentas anuales de hacienda, contratando y despidiendo empleados, etc..., lo que quedó acreditado tanto documental, como testificalmente, como a través de la propia confesión del Sr. R.V.I.M., de tal modo que el otro socio y administrador no aparecía o lo hacía en contadas ocasiones, siendo la gestión del actor la propia de un órgano de administración, condición que posteriormente fue confirmada al constituirse la sociedad "T.M.G., S.L." en que uno y otro ostentan la condición de administradores solidarios e indistintos, teniendo las mismas funciones (como así se recoge en la escritura de constitución y en los estatutos). De esta suerte, se encuentra en la empresa en una situación privilegiada, sin recibir mandato alguno de otras altas esferas, con plenos poderes inherentes a la estructura empresarial y societaria; lo que lleva a esta Sala a la conclusión, de que el vínculo que le une con las empresas demandadas es mercantil y no laboral, por lo que, de conformidad con lo acertadamente razonado por el Magistrado de instancia y por el Ministerio Fiscal, al tratarse de materia ajena a este Orden Jurisdiccional Social, procede desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don R.V.I.M., contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 840/03, seguidos a instancia del recurrente contra "M.G.M.G., S.L." y "T.M.G., S.L." sobre despido, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3895 Recurso nº 946/02

S.S. RECARGO DA PRESTACIÓN. INFRACCIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDADE E SAÚDE NO TRABALLO. INSUFICIENCIA DAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rosa Mª Rodríguez Rodríguez

A Coruña, a vinte de junio 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 946/02 interpuesto por la empresa "R., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 616/00 se presentó demanda por "R., S.A." en reclamación de recargo de prestaciones siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y don J.E.E. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de febrero de 2001 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Don J.E.E., mayor de edad, titular del D.N.I. nº ..., nacido el ..., afiliado a la Seguridad Social en el Régimen General con el nº ..., vino prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa "R., S.A.", domiciliada en ... (Lugo) dedicada a la actividad de recauchutados, con nº de inscripción a la Seguridad Social ..., siendo la categoría profesional de don J.E.E. la de Oficial 2ª Soldador y su base de accidentes de trabajo 192.409 pesetas mensuales (con inclusión de prorratas de pagas extras). 2.- Don J.E.E. el día 6 de junio de 1996 sufrió un accidente de trabajo cuando cayó de un andamio, a consecuencia de dicho accidente don J.E.E. sufrió fractura de ambas muñecas, tras múltiples intervenciones quirúrgicas. Don J.E.E. fue dado de alta con informe propuesta por los servicios médicos de la Mutua Gallega de accidente de

trabajo, con secuelas de pseudoartrosis de escafoides carpiana izquierda, la empresa "R., S.A." tenía asegurado el riesgo derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional, con la Mutua Gallega de accidentes de trabajo. 3.- En base al informe propuesta emitido por los servicios médicos de la Mutua Gallega en relación con las dolencias del actor, y tras previo dictamen de la unidad médica de valoración de incapacidades, por la Comisión de evaluación de incapacidades, se formuló propuesta de resolución de fecha 11.12.97, considerando que el actor presentaba como secuela del accidente laboral "pseudoartrosis de escafoides carpiana izquierda" proponiendo calificación de I.P.T., dicha propuesta fue confirmada por la dirección Provincial del INSS por medio de resolución de fecha 11 de diciembre de 1997. Por sentencia de fecha 7 de mayo de 1998 del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo se reconoció al actor una I.P.A. derivada de accidente de trabajo, al padecer el actor las siguientes dolencias: "Anquilosis casi total de la muñeca derecha, Flex, 5º, desviación cubital 0º, extensión 0º y desviación radial 0º. En muñeca izquierda también presenta una severa limitación de los movimientos, Flex, 10º, desviación cubital 0º, extensión 5-10º y desviación radial 0º. Severa afectación de los huesos del carpo de ambas muñecas. Necrosis escafoides, pseudoartrosis, denegación trapecioescafoidea, destrucción ósea en trapecio, dolor a esfuerzos mínimos", condenando a la Mutua Gallega de accidentes de trabajo a que abone al actor una pensión vitalicia del 100% de la base reguladora de 192.409 pesetas, con efectos económicos desde la fecha del dictamen de la UVMI (25.09.97), que el actor percibirá doce veces al año, más los incrementos y mejoras legales que procedan, condenando asimismo al INSS y al TGSS en sus respectivos conceptos y responsabilidades reglamentarias que les correspondan. 4.- Se inicia expediente sancionador contra la empresa para la que trabajaba don J.E.E. por el accidente de trabajo que sufrió el trabajador el día 07.06.96, el 10 de julio de 1996, el inspector de trabajo realiza una visita al centro de trabajo al complejo "A.A., S.A." de ... para informarse sobre el accidente de trabajo de don J.E.E., levantándose acta de infracción nº 256/96, comprobando lo siguiente: "El día del accidente el trabajador se encontraba en la nave de electrólisis de la factoría "A.A., S.A." sustituyendo la goma del carril de la grúa puente, a la altura de la cuba 149. Para realizar tal tarea se encontraba subido a un andamio metálico con una plataforma de tres metros de altura y 1 m de ancho, protegida con una barandilla que no

cubría todo el contorno de la plataforma, toda vez que la barandilla lateral solamente se encontraba sujeta en un solo extremo, careciendo además de barra intermedia, resultando que por ese hueco fue por donde se cayó el accidentado. Los hechos anteriores constituyen infracción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales de acuerdo con el art. 45.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales, por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 14 de la Ley ya citada y los art. 20.3 y 23 de la ordenanza general de Seguridad e Higiene en el trabajo de 9 de marzo de 1971. Los hechos descritos están calificados y tipificados, preceptivamente como infracción grave en el art. 47.16 f) de la Ley 31/1995, ya citada. Se aprecia responsabilidad solidaria de la empresa "A.A., S.A." de acuerdo con lo dispuesto en el art. 42.2 en relación con el art. 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre. La sanción correspondiente se aprecia en su grado mínimo. Por lo que se propone la imposición de la sanción por un importe total de 250.100 pesetas", dicha propuesta es aceptada por la Consellería de justicia, interior y relaciones laborales (delegación Provincial en Lugo) que la confirma en resolución de 14.11.1996 en todos sus extremos. 5.- En fecha 4.4.2000 se comunica por la Dirección Provincial del INSS a don J.E.E., a la empresa "R., S.A." y a la empresa "A.A., S.A.", la apertura del expediente de responsabilidad empresarial-recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en relación con el accidente sufrido por don J.E.E. el día 07.06.96, las partes en dicho expediente realizan las alegaciones oportunas, acordando el INSS por resolución de fecha 16.06.00 declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador don J.E.E. en fecha 7 de junio de 1996, declarando en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente de trabajo citado, sean incrementadas con el 30%, con cargo a la empresa "R., S.A.", declarando asimismo la responsabilidad solidaria de la empresa "A.A., S.A." 6.- Don J.E.E. formuló reclamación previa solicitando que el recargo de las prestaciones fuera del 40% pero dicha reclamación previa fue desestimada por el INSS por resolución con fecha de salida de 18.07.00. La Empresa "A.A., S.A." en fecha 05.09.00 presenta demanda contra el INSS, la TGSS y don J.E.E., solicitando se deje sin efecto la resolución del INSS que imponía un recargo del 30% de todas las prestaciones de la Seguridad Social que reciba don J.E.E.

como consecuencia del accidente de trabajo sufrido el 07.06.96. 8.- Por el accidente de trabajo de don J.E.E. se incoaron Diligencias Previas que luego se transformaron en falta recayendo Sentencia en fecha 07.01.00 en el Juzgado de Instrucción de Vivero donde en los hechos probados se dice textualmente: "... el 7 de junio de 1996, don J.E.E., por aquel entonces trabajador de la empresa "R., S.A." cuando se encontraba desempeñando su trabajo sufrió un accidente al caerse desde un andamio metálico que tenía una plataforma de unos 3 metros y metro de ancho, plataforma que se encontraba protegida por una barandilla, si bien esta no protegía todo su contorno. El andamio carecía, además, de barra intermedia, de modo que quedaba libre un hueco a través del cual se cayó el trabajador...".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegado por el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social. Que desestimo la demanda interpuesta por "R., S.A." contra el INSS, la TGSS y don J.E.E., sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene, absolviendo a los meritados demandados de los pedimentos contenidos en la demanda".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y confirma la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que imponía al demandante el recargo por falta de medidas de seguridad en un 30%. 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 cuarto para que se incluya a fin en el relato de hechos probados el siguiente texto:

a) "Tal y como se desprende del acta de inspección, la visita del actuario a la empresa tuvo lugar después de haber transcurrido mas de un mes desde el accidente, y la forma en que este se produjo se describe a través de conjeturas del Inspector ya que ninguna de las personas que se hallaban en el

lugar del hecho observaron como tuvo lugar la caída del operario”, y

b) Igualmente para añadir, al cuarto de los hechos probados el siguiente texto: “El accidente no se produjo por rotura o fallo de los elementos del andamio, sino por circunstancias que se desconocen”.

La revisión se apoya, como la anterior, en el contenido del acta de la inspección, y no puede prosperar por que la sentencia declara probado el contenido íntegro del acta y el recurrente pretende dar la redacción que le conviene, cuando además no es real, ya que el inspector comprobó el andamio donde tuvo lugar el accidente, hizo el croquis del mismo y las conclusiones obtenidas se reflejan en ella y en la sentencia. Y las circunstancias del accidente están acreditadas y han sido declaradas probadas en el juicio de faltas y recogidas en la sentencia de instancia en la propia fundamentación jurídica.

SEGUNDO.- Así mismo se interesa, la adición del siguiente texto al resultando octavo:

“Si bien en el informe del Técnico del Centro de Seguridad e Higiene se dice que se aportan fotografías y croquis del andamio lo cierto es que solo aparece el último de los documentos aludidos, que por su simplicidad no permite deducir siquiera las características del andamio, al contrario de lo que sucede en el croquis detallado unido al expediente y trasladado a los autos”. Se solicita la revisión con fundamento en los documentos unidos al folio 41 y al folio 229 de los autos.

Añadir igualmente al hecho probado octavo, el siguiente texto:

“El informe emitido por el Perito a la vista del croquis unido al expediente indica que se acomoda a la legalidad vigente al momento del accidente”.

Tampoco le revisión prospera por que el croquis que “de detallado”, califica el recurrente, y el informe pericial ya fue examinado y valorado por el juez de instancia en los fundamentos de derecho, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, le otorgan el arts. 97.2 de la LPL y arts. 348 y 326 nº 3 de la supletoria LEC, y no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada.

TERCERO.- Como segundo motivo del recurso y al amparo del Art. 191.c) de la de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia la

infracción del art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social por que para su aplicación ha de estar justificada plenamente la inexistencia de medidas de seguridad ordenadas en disposiciones legales o reglamentarias y además que el accidente se hubiera producido como consecuencia de dicha falta.

El art. 123 citado establece: 1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

Y la sentencia declara probado que: el accidente se produjo cuando don J.E.E. se cayó desde un andamio que estaba a 3 metros de altura y de un metro de anchura, el andamio estaba protegido por una barandilla que no cubría toda la plataforma pues estaba sujeta por un solo extremo, careciendo de barra intermedia, siendo éste el hueco por el que cayó don J.E.E.

El andamio no reunía las medidas de seguridad exigibles, ya que la protección con barandilla no cubría todo el contorno de la plataforma.

Y estos hechos infringen los art.14 de la Ley 31/1995 de prevención de Riesgos Laborales y art. 20.3 y 23 del la Ordenanza de seguridad e Higiene de 9 de marzo de 1971 que dicen: Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de salud en el trabajo.

El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

Y 20.3: Las plataformas que ofrezcan peligro de caída desde más de dos metros estarán protegidas en todo su contorno por barandillas y plintos, con las condiciones que señala el artículo 23. Y este dice: Las barandillas y plintos o rodapiés serán de materiales rígidos y resistentes. La altura de las barandi-

llas será de 90 centímetros como mínimo a partir del nivel del piso, y el hueco existente entre el plinto y la barandilla estará protegido por una barra horizontal o listón intermedio, o por medio de barrotes verticales, con una separación máxima de 15 centímetros.

Los plintos tendrán una altura mínima de 15 centímetros sobre el nivel del piso.

Las barandillas serán capaces de resistir una carga de 150 kilogramos por metro lineal.

CUARTO.- Resumida la normativa aplicable, resulta evidente, a la vista del inalterado fáctico de la sentencia de instancia, la relación de causalidad entre la infracción de esa normativa y la producción del accidente de trabajo, porque la barandilla que protegía el andamio no cubría todo el contorno de la plataforma, estaba sujeta por un solo extremo y el trabajador se precipita al suelo por el hueco lateral que quedaba sin rodear.

Esta conclusión es ajustada a la reiterada doctrina jurisprudencial que señala: STS 08.10.01 RJ 2002/1.424- La vulneración de las 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 (RCL 1995\3.053), norma que estaba ya en vigor cuando acaeció el accidente que hoy se enjuicia. Esta Ley, en su artículo 14.2, establece 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...». En 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 debe 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 aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimien-

to 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.

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 la empresa «R., S.A.», contra la sentencia de fecha 05.02.01, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo, en el Procedimiento nº 616-00, sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

3896 Recurso núm. 6.269/02

S.S. COMPETENCIA DA XURISDICIÓN SOCIAL. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL DO PERSOAL LABORAL AO SERVIZO DA XUNTA DE GALIZA. IRRECURRIBILIDADE DE SENTENZA DITADA EN PROCESO DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, AÍNDA QUE SE ACUMULE RECLAMACIÓN DE DIFERENZAS SALARIAIS.

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

A Coruña, a veinticinco de junio 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. 6.269/02 interpuesto por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria (Xunta de Galicia) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.A.B.G. en reclamación de clasificación profesional siendo demandada la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria (Xunta de Galicia) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 538/02 sentencia con fecha 25 de octubre de 2002 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

“PRIMERO.- La actora doña M.A.B.G. presta servicios para la Consellería demandada en el C.E.I.P. ... de ...-Ourense, con la categoría profesional de Oficial 2ª Cocina (Grupo IV, Categoría 5) desde el 19 de setiembre de 1998. SEGUNDO.- El servicio de cocina está compuesto por un Oficial 2ª Cocina (la actora) y un Ayudante de cocina. TERCERO.- Desde su ingreso en el centro realiza diariamente las siguientes funciones: -Participación, junto con el encargado de comedor, en la confección de menús del centro. -Responsabilidad directa en la elaboración y condimentación de los menús diarios. -Aportar las sugerencias oportunas para los procesos de racionado diario. -colaborar en los pedidos diarios, recepción y control de la mercancía. -realizar tareas de limpieza en utensilios y accesorios de cocina. CUARTO.- La diferencia retributiva entre la categoría que reclama y la de Oficial 2ª de Cocina, son las siguientes:

	Año 2002	Año 2001
Oficial 1ª Cocina	181.987 pts. (1.093,77 euros)	178.419 pts
Oficial 2ª Cocina	154.207 pts (926,80 euros)	151.183 pts
Diferencia:	27.780 pts (166,96 euros)	27.236 pts (166,69 euros)
Abril a diciembre/01	27.236 pts x 10 meses = 272.360 pts	
Enero a marzo/02:	27.780 pts x 3 meses = 11.120 pts	
	383.480 pts (2.304,76 euros).	

QUINTO.- Formulada reclamación previa en fecha 15 de mayo de 2002 fue desestimada por resolución de fecha 19 de junio de 2002, presentando demanda el actor ante el juzgado de lo social Decano el 28 de junio de 2002”.

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

“Fallo: Que estimando la demanda formulada por doña M.A.B.G. contra la Conselle-

ría de Educación e Ordenación Universitaria (Xunta de Galicia), debo condenar y condeno a la Consellería demandada a que en lo sucesivo abone a la actora el salario correspondiente a la categoría profesional de Oficial 1º, mientras siga ejerciendo las mismas funciones y le abone en concepto de atrasos la cantidad de 2.304,76 euros”.

CUARTO.- Con fecha seis de noviembre de dos mil dos se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Estimar el Recurso de Aclaración interpuesto por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria (Xunta de Galicia) contra la Sentencia de fecha 25 de octubre de 2002, la cual procede aclarar en su pie de recurso, en el sentido de que contra dicha sentencia cabe Recurso de Suplicación, que deberá ser anunciado en este Juzgado en el plazo de cinco días hábiles”.

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.

SEXTO.- En fecha 8 de junio del presente año se acordó por Providencia remitir el presente procedimiento al Ministerio Fiscal a fin de que emitiera el pertinente informe sobre incompetencia de jurisdicción, lo que fue cumplimentado.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el letrado de la Xunta de Galicia en solicitud de la revocación de la sentencia de instancia, que tras rechazar la excepción de incompetencia de jurisdicción, estima en parte la demanda, rechazando la clasificación como oficial 1ª cocina y condenando a la hoy recurrente a que abone a la actora el salario correspondiente a la categoría de oficial 1ª mientras siga ejerciendo las mismas funciones y también le abone atrasos. A tal efecto y al amparo del art. 191.C LPL formula la recurrente un único motivo en el que afirma que la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, citando el IV C.C. Único del Personal Laboral de la Xunta de Galicia, el art. 103 CE y sentencias TSJ Galicia de 1995 y 1996 y STS de 8/5/98, terminando el motivo diciendo que las funciones no son las que se recogen en el C. Colectivo del INSERSO, sino en el del Personal Laboral del Mº de Educación.

SEGUNDO.- La cuestión en torno a la competencia de jurisdicción queda planteada

considerando que la actora presta servicios para la Consellería demandada en el CEIP de ...-Ourense con la categoría profesional de Oficial 2ª Cocina (grupo IV, categoría 5) desde 1998, realizando las funciones que se dicen en el HP 3º, reclamando aquélla en demanda la categoría de oficial 1ª cocina y el abono del salario correspondiente a tal categoría y atrasos desde abril 2001 a marzo 2002.

La pretensión así planteada debe estimarse competencia de orden jurisdiccional social. Como ha resuelto ya esta Sala en supuesto sustancialmente similar en S. de fecha 17.06.04 (Rec. 1.144/03) y cuyos argumentos al efecto son dables reiterar en cuanto que fundan debidamente también en el caso de autos la competencia del orden social. Dice la sentencia dicha en su Fundamento Jurídico 2º:

1.- Aún a pesar de que el recurso no explice –indebidamente– norma alguna infringida en el primero de los motivos, de todas formas el carácter improrrogable de la jurisdicción (art. 9.6 LOPJ) y la naturaleza de orden público y de derecho necesario que corresponde a la competencia, determinan –STSJ Galicia 02.05.03 R. 1.731/00, entre otras tantas– que el Tribunal deba resolverla con carácter prioritario y que al haberlo actúe con plena libertad y soberanía en el examen de la totalidad de las actuaciones, sin estar vinculado a las afirmaciones fácticas contenidas en la sentencia, ni coartado por los términos del recurso y de su posible impugnación, al objeto de establecer los presupuestos de hecho y de derecho que son indispensables para revolver la cuestión competencial (SSTS 03.06.83 Ar. 2.961, 19.01.84 Ar. 67, 05.03.85 Ar. 1.272, 24.04.86 Ar. 2.239 y 18.07.89 Ar. 5.871).

“... 2.- Hay que partir de la base de que a la jurisdicción social le compete el conocimiento «de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho» (arts. 9.5 LOPJ y 1 LPL) y que –en línea con tal genérica declaración– se establece que los órganos jurisdiccionales del Orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan «entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo» (art. 2ª LPL). Presupuesto jurisdiccional que se completa con la indicación de que cuando las Administraciones Públicas actúan como parte en un contrato de trabajo quedan plenamente sometidas al Ordenamiento laboral, habida cuenta del sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que les impone el art. 103.1 de la Constitución (así, STC 205/1987, de 21 de

diciembre; y SSTS 18.03.91 Ar. 1.875 y 07.10.92 Ar. 7.621); y de que –ya más en concreto–, en cuanto parte de relaciones laborales privadas, las citadas Administraciones se rigen por el Derecho del Trabajo común y sectorial en materia de clasificación profesional (STS 03.06.94 Ar. 5.402).

3.- Frente a tan claras disposiciones e interpretación resulta de insólito planteamiento la pretensión de la Xunta de Galicia, argumentando que como la clasificación profesional del personal que para ella presta servicios en régimen de laboralidad incide –de prosperar– en la relación de puestos de trabajo y ésta es redactada tras un procedimiento administrativo, la competencia para conocer de la cuestión ha de ser atribuida al orden contencioso-administrativo. Insólito –decimos– porque no se alcanza a comprender la sinrazón de que la jurisdicción contencioso-administrativa pudiera aplicar – e interpretar– el Estatuto de los Trabajadores, normas sectoriales y convenios colectivos (salvo que se pretenda el absurdo de que las relaciones laborales de tales empleados no se rigen por las normas laborales), y porque toda reclamación judicial que efectúen los trabajadores al servicio de la Administración Pública siempre ha de ser impugnación de un acto administrativo e incluso puede tener efectos reflejos sobre disposiciones administrativas de carácter general (piénsese en las reclamaciones salariales, sobre todo colectivas, y su incidencia en los presupuestos y su normativa de aprobación).

Y con carácter decisivo ha de destacarse que la cuestión que la recurrente plantea ya ha sido resuelta –como la decisión recurrida argumenta– por el ATS 11.03.02, dictado por la Sala de Conflictos, en el que el Alto Tribunal argumenta que «el actor, trabajador laboral, ejercita una acción para el reconocimiento de una determinada categoría profesional e insta el pago de un complemento salarial. No realiza impugnación de la resolución administrativa que acordó asignar unas determinadas denominaciones a una relación de puestos de trabajo, sino que ejercita acciones derivadas de su contrato de trabajo, al amparo de lo dispuesto en los arts. 22 y 26 del Estatuto de los Trabajadores, y en el que la Administración demandada lo es en cuanto empleadora, no por el ejercicio de facultades derivadas de su potestad administrativa».

TERCERO.- Rechazada la incompetencia de jurisdicción alegada, el recurso se rechaza y la sentencia de instancia se confirma

en tal extremo, con rechazo del recurso sin necesidad de otro examen al tratarse la materia de fondo de clasificación profesional y, como tal, sin recurso de Suplicación respecto de ella; como ya dejó apuntado el auto del juzgado de 06.11.02.

Asimismo, la sentencia de este Tribunal antes citada también dejó sentado que no cabe entrar en la cuestión de fondo argumentando al respecto (Fundamento Jurídico 4º) lo siguiente:

A) "No cabe entrar a conocer la cuestión de fondo, porque es incontestable que los arts. 137.3 y 189.1 LPL descartan la viabilidad de la Suplicación frente a sentencias –o autos– que se dictan en los procesos por clasificación profesional (SSTS 09.03.92 Ar. 1.628; 13.07.92 Ar. 5.606; 15.07.92 Ar. 5.623; 22.07.92 Ar. 5.647; 28.09.92 Ar. 6.819; 20.10.92 Ar. 7.656; 30.10.92 Ar. 7.859; 30.10.92 Ar. 7.860; 11.11.92 Ar. 8.797; 05.02.93 Ar. 741; 11.02.93 Ar. 1.155; 12.03.93 Ar. 1.856; 17.03.93 Ar. 1.869; 23.03.93 Ar. 2.200; 27.03.93 Ar. 2.215; 29.03.93 Ar. 2.220; 30.03.93 Ar. 2.223; 01.04.93 Ar. 2.898; 02.04.93 Ar. 2.903; 06.04.93 Ar. 2.914; 07.04.93 Ar. 2.919; 20.04.93 Ar. 3.342; 24.04.93 Ar. 3.357; 27.04.93 Ar. 3.371; 17.05.93 Ar. 4.101; 17.05.93 Ar. 4.104; 04.06.93 Ar. 4.550; 07.06.93 Ar. 4.556; 21.06.93 Ar. 4.770; 24.09.93 Ar. 7.829; 28.09.93 Ar. 6.819; 20.10.93 Ar. 7.848; 20.10.93 Ar. 7.851; 29.10.93 Ar. 8.080; 22.11.93 Ar. 8.928; 07.12.93 Ar. 9.634; 10.12.93 Ar. 9.775; 14.12.93 Ar. 9.781; 15.12.93 Ar. 9.959; 31.01.94 Ar. 402; 09.02.94 Ar. 2.471; 15.02.94 Ar. 1.048; 24.02.94 Ar. 1.514; 04.03.94 Ar. 2.058; 07.03.94 Ar. 2.209; 16.03.94 Ar. 2.357; 28.03.94 Ar. 2.647; 29.04.94 Ar. 3.468; 05.05.94 Ar. 3.997; 27.03.95 Rec. 2.269/94; 17.05.95 Ar. 3.981; 20.06.95 Ar. 5.213; 28.05.96 Ar. 4.686; 29.06.96 Ar. 5.400; 27.02.99 Ar. 2.026; 02.12.99 Ar. 9.685; 02.02.00 Ar. 408; 10.06.02 Ar. 8.136, incluyendo los dirigidos a precisar los efectos temporales de la reclasificación acordadas (SSTS 22.09.98 Ar. 7.421; 08.02.99 Ar. 1.593; 24.05.99 Ar. 4.840; 20.11.99 Ar. 9.504; 17.01.00 Ar. 917; 01.02.01 Ar. 795).

(b).- La irrecurribilidad se extiende a los casos en que se acumula al proceso de clasificación profesional la reclamación de diferencias salariales, aunque éstas superen las 300.000 pesetas –actualmente 1803,04 euros– (SSTS citadas, así como las de 14.02.01 Ar. 2.520; 30.05.02 Ar. 7.568; 28.10.02 Ar. 2003\1.376), siquiera la conclusión haya de ser diversa en los supuestos en que sólo se interesen diferencias salariales derivadas de la realización de tareas correspondientes a funciones de categoría superior (STS 05.11.97 Ar. 8.086);

e incluso la existencia de una «afectación masiva» desde la óptica subjetiva no abre las puertas de la suplicación a esta modalidad procesal (SSTS 10.12.93 Ar. 9.775 LGS; 21.01.94 Ar. 360; 24.02.94 Ar. 1.514; 07.03.94 Ar. 2.209)".

CUARTO.- Por consiguiente, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria (Xunta de Galicia), rechazamos la excepción de incompetencia jurisdiccional que ha sido alegada y declaramos que por razón de la materia relativa a la acción principal ejercitada, no procede recurso de Suplicación contra la sentencia que con fecha 25.10.02 ha sido dictada en autos nº 538/02 tramitados por el Juzgado de lo social nº Uno de los de Ourense, a instancia de doña M.A.B.G., por lo que declaramos firma la indicada resolución.

3897 Recurso nº 2.292/04

S.S. REQUISITOS XURISPRUDENCIAIS CONFIGURADORES DA EXISTENCIA DE GRUPOS DE EMPRESAS LABORALMENTE RESPONSABLES.

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

A Coruña, veintiocho de junio 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 2.292/04, interpuesto por la empresa HANAFESA contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 433-03 se presentó demanda por don J.F.R. en reclamación de Despido siendo demandados la empresa HANAFESA, Intervención Judicial de la suspensión de pagos de HANAFESA,

en las personas de los interventores, don A.S.C. y don E.G.P., EMPRESA "T.R., S.L.", EMPRESA "F.J., S.L." y Fondo de Garantía Salarial en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 de noviembre de 2003 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El demandante, don J.F.R. ha venido prestando servicios como personal laboral por cuenta y orden de la empresa HANAFESA desde el día 2 de agosto de 1999, con destino en el Centro de trabajo situado en talleres de ... (Ferrol) ocupando la categoría profesional de Oficial 2º y percibiendo un salario mensual de 1.111,87 Euros, incluido el prorrateo de pagas extras.

2.- La relación laboral entre el demandante y la empresa citada en el antecedente de hecho primero, se sustenta a través de dos contratos de duración determinada:

El primero suscrito por dichas partes el 2 de agosto 1999 al amparo del art. 15 del E.T, modalidad eventuales, por circunstancias de la producción siendo la causa de temporalidad del mismo atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos, consistentes en A.T. de habilitación y andamiaje, que se extinguió por terminación el 31 de agosto de 1999.

El 1 de septiembre de 1999 las partes acordaron una primera prórroga del contrato anterior al amparo del Real Decreto 2.720 de 2 meses de duración que finalizó el 31 de Octubre de 1999.

El segundo suscrito el 2 de noviembre de 1999 al amparo del art. 15 del Estatuto de los trabajadores, siendo la causa de temporalidad "la realización de trabajos de habilitación en el buque 277 de ASTANO, de acuerdo con el pedido nº 062-1998-5-0-05/1998 de M.I.". Dicho contrato se extinguió por despido objetivo de fecha 16.06.03.

3.- El 12 de junio de 2003, se le notificó al demandante carta de despido objetivo de la empresa HANAFESA fechada ese mismo día en la que se pone en su conocimiento que con base en causas objetivas, fundamentalmente económicas la empresa por una parte se vio obligada a solicitar del Juzgado correspondiente suspensión de pagos y por otra parte y de acuerdo con el artículo. 52.c) del E.T, en conexión con el artículo. 51.1 y el 53

del mismo Texto legal, la empresa se ve obligada a extinguir su contrato de trabajo con efectos al mismo día de la carta.

4.- Con fechas el 12, 13 y 16 de junio de 2003 fue extinguido el contrato de trabajo por causas objetivas de acuerdo con el artículo 52.c) del E.T seis trabajadores: A.F.V., J.C.O., C.E.P., A.J.M.N., V.M.F.L. y J.F.R.

5.- El 14 de junio de 2003 la empresa HANAFESA, presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Ferrol, solicitud de declaración de expediente de suspensión de pagos que fue admitido a trámite por dicho Juzgado el 14.06.03, designándose como interventores judiciales a don A.S.C. y don E.G.P.

6.- El 26 de junio de 2003, HANAFESA, presentó ante la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociales Empleo y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia solicitud de Expediente de Regulación de Empleo que fue registrado con el nº 60/03 en el cual se solicitaba la autorización para la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla de la Empresa HANAFESA, que alcanzaba en esa fecha el total de 21 trabajadores.

7.- El 30 de junio de 2003, tras el preceptivo período de consultas se levanta acta final en la que la empresa y el delegado sindical llegan al acuerdo, entre otros puntos, de aceptar las extinciones contractuales y las indemnizaciones de 20 días por año para cada trabajador.

8.- El 4 de julio de 2003, los seis trabajadores que habían sido objeto de despido objetivo, y que constan en el hecho probado cuarto presentan escrito ante la Delegación de Trabajo mostrando su disconformidad con el expediente por entender que existían indicios de fraude de ley y posible abuso de derecho al estimar que debían de haber sido incluidos en el expediente de regulación de empleo.

9.- El 7 de julio de 2003 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de La Coruña, emitió informe en el que concluye que *"si bien existe un acta de acuerdo suscrita entre el representante de la empresa y el de los trabajadores, a juicio de la Inspectora que suscribe la documentación aportada es insuficiente para acreditar la causa alegada, ya que no figuran las cuentas y balances del año 2002, en los balances de los tres anteriores ejercicios no se constata la existencia de pérdidas, y en todo caso, cabe la posibilidad de que la empresa solicitante forme*

parte de un Grupo, en cuyo caso sería necesario examinar la documentación de este”.

10.- El 9 de julio de 2003 se dictó resolución en el Expediente de Regulación de Empleo cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

“De lo que antecede, y en concreto de que el expediente no afecta realmente a la totalidad de la plantilla (21), si no a 20 trabajadores, excluyéndose a uno que es el Delegado de Personal (Sr. G.D.D.), y que previamente a su presentación, se procedió al despido objetivo de 6 trabajadores, quedando reducida la plantilla a menos de veinticinco trabajadores, con la repercusión que ello pudiera tener para el Fondo de Garantía Salarial en el costo de las indemnizaciones (art. 33.8 del E.T.), y que cabe la posibilidad de que la empresa forme parte de un Grupo, con la consiguiente alteración de las relaciones laborales y sus consecuencias económicas, obliga a esta Delegación Provincial a apreciar que pudiera existir fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del Acuerdo suscrito, se remite por ello el citado expediente a los fines legalmente previstos.

Se suspende la resolución del expediente hasta que se dicte sentencia por ese Juzgado, rogando se notifique a esta Delegación Provincial, con el fin de resolver lo que en derecho proceda”.

11.- El 9 de octubre de 2003 se dictó Sentencia en los autos tramitados en el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol sobre Demanda de Oficio, artículo. 146 LPL, seguida a instancia de la Delegación Provincial de Trabajo de la Xunta de Galicia y 6 trabajadores coadyuvantes entre los que figura el demandante, contra las empresas HANAFESA, Intervención Legal de la suspensión de Pagos de la empresa HANAFESA, “T.R., S.L.”, “F.J., S.L.”, 20 trabajadores afectados por el E.R.E. 60/93, que después quedaron reducidos a 10 y FOGASA cuyo fallo estima la demanda, declarando que existe grupo de empresas y la nulidad del acuerdo colectivo de fecha 30.06.03, adoptado en el E.R.E. 60/03, por existir fraude de ley y abuso de derecho en la conclusión del mismo.

12.- En la sentencia citada constan como hechos probados:

“DECIMO.- La empresa HANAFESA a fecha 31.05.03, tenía una plantilla total, según certificación de vida laboral de la T.G.S.S. y los TC1 TC2 de la Seguridad Social 74 trabajadores, de los cuales estaban destinados 56 en Ferrol y 18 en Asturias desplazados.

DECIMOSEPTIMO.- El administrador único de las empresas codemandadas HANAFESA, “T.R., S.L.”, y “F.J., S.L.”, don J.S.B.P., manifestó en confesión judicial, que el Delegado Sindical de HANAFESA, don G.D.D. no está incluido en el ERE 60/03 porque causó baja voluntaria en la empresa HANAFESA pasando a ser contratado por la empresa “T.R., S.L.”

VIGESIMOTERCERO.- (...) En resumen de los 70 trabajadores que causaron baja en HANAFESA, en el periodo comprendido entre 31.05.03 a 01.09.03, 28 causaron alta en “F.J., S.L.”, de los cuales 10 figuraban incluidos en el expediente de regulación de empleo quienes causaron alta en fecha 31.07.03, y otros 24 causaron alta en “T.R., S.L.” y 18 causaron baja en Asturias en fecha 15.07.03.

VIGESIMOQUINTO.- En fecha 15.07.03 en los expedientes 1.654/03; 1.679/03 y 1.630 hasta 1.646/03 se celebraron en el SMAC de Asturias tres actas de conciliación de trabajadores de HANAFESA desplazados a Gijón, en la cual la Empresa IZAR CNM, S.A. se avino a abonar a los actores las cantidades que HANAFESA adeudaba los trabajadores en Gijón, a cuenta de la facturación interna pendiente con HANAFESA y que afecta a los siguientes trabajadores: (lista igual a 18 trabajadores).

VIGESIMOSEXTO.- La T.G.S.S emitió informe en fecha 19.09.03 sobre la vida laboral de los trabajadores de las empresas codemandadas, en el periodo comprendido entre 31.05.03 hasta 01.09.03, en la cual consta que hay cinco trabajadores que han prestado servicios indistintamente para HANAFESA, “T.R., S.L.” y “F.J., S.L.”, J.M.L.M., L.V.C.V., A.S.S., C.R.F.L. y F.J.L.F., durante dicho periodo.

13.- En la Nota Informativa Simple y en los Estatutos obrantes en autos de las tres sociedades codemandadas consta como domicilio social:

Respecto de HANAFESA: “Lugar de ..., Ferrol, A Coruña”.

Respecto de “T.R., S.L.”: “Polígono de ..., A Coruña.”

Respecto de “F.J., S.L.”: “C/..., A Coruña.”

14.- En las facturas aportadas por las codemandadas al acto de juicio consta:

Respecto de HANAFESA: “Oficinas: Polígono ... Taller: Lugar de ..., Ferrol. Como teléfonos, los mismos que constan en las Fac-

turas de "T.R., S.L." para esta misma empresa, esto es: ... y Fax, también el mismo para las dos empresas: ...

Respecto de "T.R., S.L.": "Oficinas: Polígono ... Taller: Lugar de ..., Ferrol. Teléfonos, los mismos que HANAFESA.

Respecto de "F.J., S.L.": "C/ ..., Ferrol". En la fotocopia aportada del Impuesto de Sociedades 2002, consta como número de teléfono de esta empresa el ..., es decir, el mismo que para la empresa HANAFESA y "T.R., S.L."

15.- HANAFESA y "T.R., S.L." utilizan una nave común, una de estas empresas se encuentra en la parte de arriba y otra en la parte de abajo. Las dos plantas están comunicadas, el aparato para fichar la hora de entrada y salida de los trabajadores es el mismo para las dos empresas.

16.- En la Nota Simple Informativa del Registro Mercantil y en los Estatutos de las tres sociedades consta:

Respecto de HANAFESA:

Su objeto social consisten en:

La explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación buques.

La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título.

- El capital social de la citada sociedad es de 180.300 euros o 30 millones de pts, distribuidos entre mil acciones nominativas, por importe cada una de 10.000 pts, entre tres socios: don L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.S.B.P.

- El Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., su esposa doña A.P.M. y el hijo de ambos don J.S.B.P., Administrador Único don J.S.B.P., nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 3 de mayo de 2002 y siendo apoderados del mismo don L.S.B.V., don J.S.B.P., doña M.C.R.G. y don A.L.V.

Respecto de "T.R., S.L.":

Su objeto social consiste en:

Construcciones, montajes e instalaciones navales e industriales así como la fabrica-

ción y compraventa de los utensilios y elementos correspondientes.

La participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto para el desarrollo propio de 4ta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de ellas por cualquier título.

El capital social de la citada sociedad es de 2.000.000 pts divididas en 400 participaciones sociales de 5.000 pts cada una, distribuidos entre dos socios: don J.S.B.P. y D.A.V. M., cada uno con doscientas participaciones sociales.

El Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., Presidente, Su esposa doña A.P.M., Secretaria y el hijo de ambos don J.S.B.P., Administrador unico don J.S.B.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 30 de mayo de 1008 y siendo apoderados del mismo don J.S.B.P., doña M.C.R.G., y don L.S.B.V.

Respecto de "F.J., S.L.":

El Objeto social consiste en la explotación de un taller de carpintería, ebanistería, así como carpintería naval y habilitación de buques y asimismo, cualquier otra actividad de lícito comercio relacionada con las anteriores que se acuerde ejercer por la Junta General.

El capital social inicial de la citada sociedad cuando tenía la forma S. A., era de 4000.000 pts, divididas en 400 acciones siendo socios iniciales don J.A.R.G. (100 acciones), don L.S.B.V. (100 acciones) y don R.P.M. (200 acciones). En fecha 02.12.92 la citada S.A. se transformó en S.L, siendo nuevos socios don L.S.B.V., con 298 participaciones, don J.S.B.P., 1 participación, y doña A.B.P. 1 participación.

El Consejo de Administración está formado por don L.S.B.V., presidente, su esposa doña A.P.M., Secretaria y el hijo de ambos don J.S.B.P., Administrador Único don J.S.B.P., Vocal, nombrado por cinco años por Junta General de socios, acuerdo de fecha 05.11.00 y siendo apoderados del mismo don L.S.B.V., don J.S.B.P., don A.L.V. y doña M.C.R.G.

17.-En la memoria aportada por HANAFESA en el ERE nº 60/03 se hace constar que HANAFESA es miembro de una unión temporal de empresas; se dice literalmente:

"La Sociedad HANAFESA es miembro de la unión temporal de empresas HANAFESA,

C., C., U.T.E., CIF ..., la cual finalizó su actividad en el ejercicio de 1993 encontrándose en la actualidad pendiente de disolución de la cual posee un 62,27%. El neto patrimonial de la misma a 31 de diciembre de 2001 asciende a 2.264,73 euros del cual le corresponde a la Sociedad 1.410,25 euros en función del porcentaje de participación que posee.

Con fecha 30 de julio de 1997 se constituyó una unión temporal de empresas denominada HANAFESA C.N.S.L., U.T.E., CIF ..., para la realización de la obra de Habilitación Llave en Mano de la Construcción nº 77, para A.E.S.A., Puerto Real, de la cual posee un 13,72%.

A la fecha actual el neto patrimonial ha sido repartido entre los socios encontrándose la entidad pendiente de disolución.

Con fecha 24 de septiembre de 1997 se constituyó una unión temporal de empresas denominada HANAFESA C.N.S.L., U.T.E., CIF ... para la realización de la obra de Habilitación Llave en Mano de las Construcciones números 78 y 79, para A.E.S.A. Puerto Real, de la cual posee un 9,61%.

A la fecha actual el neto patrimonial ha sido repartido entre los socios encontrándose la entidad pendiente de disolución."

18.- El 11 de julio de 2003 se celebró el precedente acto de conciliación con el resultado de "Sen avinza" respecto a los demandados comparecientes HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L." y "Tentada sen efecto" respecto a la demandada Intervención judicial de la suspensión de pagos HANAFESA.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, debo desestimar y desestimo íntegramente las excepciones procesales de falta de legitimación pasiva alegadas por "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", por las razones expuestas en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.- Que con estimación de la demanda instada por don J.F.R., contra las empresas HANAFESA, Intervención Legal de la suspensión de pagos de HANAFESA, en las personas de los Interventores don A.S.C. y don E.G.P., y las empresas "T.R., S.L.", y "F.J., S.L.", y FOGASA, en reclamación sobre DESPIDO, debo declarar y declaro que la decisión extintiva empresarial de fecha 12.06.03, constituye un despido que debe ser calificado como nulo, condenando solidariamente a HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L.", a que readmitan al demandante en las mismas condiciones que tenía antes

del despido de fecha 12.06.03, con abono al actor de los salarios de tramitación causados desde 12.06.03 hasta que ésta tenga lugar, a razón de un importe diario de 37,06 Euros, y que hasta la fecha de la sentencia alcanzan la suma de 667,08 Euros, condenando ala Intervención Legal de la Suspensión de Pagos a estar y pasar por la anterior declaración y absolviendo al codemandado FOGASA íntegramente de la pretensión formulada en su contra en el escrito rector de los autos.". Con fecha 21 de noviembre de 2003, se ha dictado Auto, cuya Parte Dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo aclarar y aclaro la sentencia dictada en fecha 20.11.03, en el sentido de que debe sustituirse la fecha que consta en el Hecho probado 16 referente al acuerdo de nombramiento del Sr. J.S.B.P., por la de 30 de mayo de 1998 y en el fallo debe sustituirse el párrafo que consta en el párrafo 2º del Hecho 2º de la presente resolución por el siguiente: "(...) a que readmitan al demandante en las mismas condiciones que tenía antes del despido de fecha 12.06.03, con abono al actor de los salarios de tramitación causados desde 12.06.03 hasta la fecha de alta de dicho trabajador en "G.S., S.L.", esto es, el 30.06.03, a razón de un salario diario de 37,06 Euros diarios y que hasta la fecha de 30.06.03 alcanza la suma de 667,08 Euros (...)".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La Entidad Mercantil code mandada HANAFESA, 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. En el escrito de impugnación del recurso de suplicación, las otras dos entidades mercantiles codemandadas -la Entidad Mercantil "T.R., S.L." y la Entidad Mercantil "F.J., S.L."- no impugnan el recurso, sino que se adhieren al recurso, solicitando su absolución. Sí se opone a los motivos del recurso de suplicación el trabajador demandante en su escrito de impugnación, solicitando la total confirmación de la sentencia dictada en la instancia procesal.

SEGUNDO.- Respecto a la revisión de los hechos probados, se pretenden, en el escrito de formalización del recurso de suplicación, las siguientes modificaciones fácticas, a las cuales se adhieren las codemandadas impugnantes:

1ª. La adición de un inciso final, en el Hecho Probado Undécimo, donde se diga que *"la referida sentencia no es firme en derecho, por haber sido recurrida por las demandadas HANAFESA, "T.R., S.L." y "F.J., S.L.""*, adición acogible, ya que, al margen de cuál sea su trascendencia jurídica, se sustenta en la documental adjunta a la formalización del recurso de suplicación y que se ha unido a las actuaciones.

2ª. La supresión del Hecho Probado Duodécimo alegando que, como reproduce los hechos declarados probados en la sentencia referida en el Hecho Probado Undécimo, no encuentra sustento probatorio suficiente, además de producir indefensión a la parte, supresión inacogible, en primer lugar, porque, en el relato judicial, simplemente se recoge el contenido de una sentencia, y así se dice expresamente, una sentencia que, aunque entonces no fuese firme, efectivamente se había dictado y efectivamente tenía ese contenido, y, en segundo lugar, porque, al reproducir el contenido de una sentencia, no se vulnera, por ese solo hecho, el derecho de defensa de la parte, salvo, naturalmente, si se hubiese producido algún vicio procesal impidiéndole a la parte desenvolver su defensa en contra del contenido de esa otra sentencia, pero eso no se alega –y, si se alegase, la letra b), y no la a), del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral sería un cauce procesal totalmente inidóneo–.

TERCERO. Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, la parte recurrente, a lo que se adhieren las codemandadas impugnantes, denuncia (1) la infracción de la jurisprudencia sobre grupos de empresas, (2) la infracción del artículo 15.1.a) y 3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 2, 3, 8 y 9 del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, (3) la infracción de los artículos 49.1.c), 51.1-5 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, y (4) la infracción del artículo 33.2-8 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajador solicita el rechazo de la denuncia.

Tales denuncias jurídicas resultan inacogibles, debiéndose entender reproducidos los argumentos consignados, en casos esencialmente iguales al de autos, en las Sentencias de 15.04.04, Recurso 931/2004, de 16.04.04, Recurso 487/2004, de 22.04.04, Recurso

547/2004, y de 18.05.04, Recurso 1.480/2004, de esta Sala de lo Social, argumentos que, en el caso de autos, son aplicables en atención a las siguientes resultancias fácticas declaradas probadas:

1º. En cuanto a la infracción de la jurisprudencia sobre grupos de empresas, la denuncia es rechazable porque existen indicios suficientes de confusión de patrimonios y/o de trabajadores y de unidad de dirección de las diferentes empresas, y, en concreto, así racionalmente se puede inducir de la confusión de domicilios, teléfonos y faxes –Hechos Probados Décimo Tercero y Décimo Cuarto–, de la unidad del centro de trabajo de dos empresas, con un aparato común de control horario –Hecho Probado Décimo Quinto–, y de la identidad y/o complementariedad de los objetos sociales y de la identidad de los socios y administradores sociales –Hecho Probado Décimo Sexto–, existiendo trasvases de trabajadores y prestaciones indistintas de servicios –como se deriva de lo afirmado, con valor fáctico, en el Fundamento de Derecho Segundo–.

2º. En cuanto a la infracción del artículo 15.1.a) y 3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 2, 3, 8 y 9 del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre, la denuncia es rechazable porque, como el trabajador ha prestado servicios durante más de cuatro años sin solución de continuidad –Hechos Probados Primero y Segundo–, debemos considerar que, aunque su relación laboral se formalizó a través de dos contratos temporales con sus correspondientes prórrogas, dichos contratos eran fraudulentos, lo que, además, se compadece con lo que, según se deduce de los relatos fácticos de las sentencias relativas a otros trabajadores –y que se han citado más arriba dentro de este Fundamento de Derecho–, aparenta ser práctica usual de empresa.

3º. En cuanto a la infracción de los artículos 49.1.c), 51.1-5 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, la denuncia es inacogible porque, en atención al número de trabajadores afectados por un anterior despido objetivo, entre ellos el demandante –Hecho Probado Cuarto–, y por el casi simultáneo expediente de regulación de empleo –Hecho Probado Sexto–, amén de la existencia de trasvase de trabajadores dentro de los noventa días anteriores a otras empresas del grupo, que a su vez extinguieron sus contratos de trabajo –Hecho Probado Décimo Tercero–, se superan claramente los umbrales del despido colectivo.

4º. En cuanto a la infracción del artículo 33.2-8 del Estatuto de los Trabajadores, la denuncia es inacogible, aparte la existencia de fraude de ley –a la vista de la totalidad de los Hechos Probados, y, en particular, el Cuarto, el Sexto, el Séptimo, el Noveno, el Décimo, el Undécimo y el Duodécimo-, lo cierto es que, declarada la nulidad de la extinción contractual del demandante, no hay indemnización alguna –la condena es de readmisión- susceptible de ser imputada, en el proceso en estos autos seguido, al Fondo de Garantía Salarial.

CUARTO. Desestimados los motivos del recurso de suplicación y confirmada íntegramente la sentencia de instancia, se acordará lo procedente en cuanto a depósitos y consignaciones –artículo 202 de la Ley de Procedimiento Laboral-, y se condenará a las costas –artículo 233 de la referida Ley-.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la entidad mercantil HANAFESA contra la sentencia de 20 de noviembre de 2003 del juzgado de lo social número 2 de Ferrol, dictada en juicio seguido a instancia de don J.F.R. contra la recurrente, la intervención judicial de su suspensión de pagos integrada por don A.S.C. y don E.G.P., la entidad mercantil “T.R., S.L.”, la entidad mercantil “F.J., S.L.” y el Fondo de Garantía Salarial, la sala la confirma íntegramente, y, en legal consecuencia, condenamos a la recurrente a la pérdida de depósitos y consignaciones y a las costas de la suplicación, cuantificando en 300 euros los honorarios del letrado del trabajador.

3898 Recurso nº 2.660/04

S.S. TUTELA DA LIBERDADE SINDICAL. EXCLUSIÓN DE SINDICATO DE COMISIÓN PARITARIA SEN FUNCIÓNS NEGOCIADORAS. DIFERENZA ENTRE COMISIÓNS ABERTAS E PECHADAS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Luis Fernando de Castro Mejuto

A Coruña, a veintiocho de junio 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 2.660/04, interpuesto por la Confederación Intersindical Galega y Sindicato de Trabajadores de “R.P., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. tres de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 184-2004 se presentó demanda por Sindicato de Trabajadores de R. y Confederación Intersindical Galega (CIG) en reclamación de Tutela Libertad Sindical siendo demandados el Ministerio Fiscal, Comisiones Obreras, Empresa “R.P., S.A.” y Confederación de Trabajadores Independientes en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 5 de abril de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- El Convenio Colectivo de la empresa “R.P., S.A.”, aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de setiembre de 2003, recoge en sus artículos 27, 34, 58 y 75 la existencia de una serie de comisiones en cada Centro de Trabajo, de las que formarán parte los sindicatos firmantes del Convenio.- Segundo.- Dichos sindicatos son CCOO, UGT, y CTI, de conformidad con lo señalado en la resolución aprobatoria del mismo.- Tercero.- En las elecciones sindicales celebradas en el Centro de trabajo de La Coruña, el 17 de diciembre de 2002, resultaron elegidos cinco miembros de CCOO, uno de la Confederación de Trabajadores, seis de la Confederación Sindical Gallega y cinco de la Unión General de Trabajadores.- El 10 de julio de 2003 los representantes elegidos por UGT acuerdan su baja en dicho sindicato y la constitución del Sindicato de Trabajadores de “R.P., S.A.” (STR).- Cuarto.- Los sindicatos demandantes han sido excluidos de las citadas comisiones. Sí participan en aquellas comisiones que no tienen esta limitación.- Quinto.- El Sindicato Confederación Intersindical Gallega participó en las negociaciones del Convenio Colectivo, votando en contra de su aprobación.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones alegadas, desestimo la demanda formulada por Confederación Intersindical Galega (CIG) y Sindicato de Trabajadores de “R.P., S.A.”, y declaro que no ha existido violación

de derecho sindical ni de la libertad sindical de los actores, absolviendo de la demanda 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- Recurren las actoras la desestimación de su demanda, instando –por el cauce del artículo 191.b LPL– la modificación de los hechos declarados probados, y denunciando –por la vía artículo 191.c LPL– la infracción de diversos artículos constitucionales y de legalidad ordinaria, así como de jurisprudencia aplicable al caso.

2.- Por lo que se refiere a los motivos fácticos del recurso, se pretenden las siguientes alteraciones:

a) Que en el ordinal tercero de los HDP se añada al final el siguiente inciso: “O sindicato CIG foi o sindicato que máis número de votos obtivo, cun total de 154 votos”, con amparo en los folios 165 a 167 y 240 a 242,

b) Que en el ordinal cuarto de los HDP se sustituya el segundo de los párrafos por el siguiente: “os sindicantes demandantes foron excluídos das citadas comisións”, con amparo en los artículos 34, 58, 75 y DA 5ª del Convenio Colectivo aplicable a las partes y a los folios 142, 146, 151, 155, 279, 284, 289 y 293, donde se refieren aquéllos artículos, y

c) Que en el ordinal cuarto de los HDP se sustituya el segundo de los párrafos por el siguiente: “en data 13-1-03 constitúese o comité de empresa aceptándose por unanimidade unha lista de candidatos para as diferentes comisións de traballo, entre elas, as establecidas nos arts. 27, 34, 58 y 75 do convenio, nas que están integrados representantes tanto da CIG como de UGT, que logo causaron baixa deste último sindicato formando parte do STR. En data 02.10.03 apróbase por maioría no Comité de empresa unha proposta conxunta entre CIG, STR e CTI”, con amparo en los folios 159, 297 a 309.

3.- En el apartado de examen del Derecho aplicado, se denuncia: (a) la vulneración de los artículos 14, 37 y 53 CE, los artículos 2.a y 114.1 de la Ley 29/98, de 13-7, los artículos 1, 2.2.d, 6, 7 y 12 LOLS, SSTs 6-4-93,

23-11-93 y SSTC 9/86 y 7/90; (b) la vulneración de los artículos 4.1.g, 61, 63, 64, 66 y 71 ET; y (c) la de los artículos 1281 y 1284 CC en relación con los 34, 58, 75 y DA 5º del CC de “R.P., S.A.” (BOE 07.10.03).

SEGUNDO.- 1.- Esta Sala no puede aceptar ninguna de las modificaciones fácticas interesadas. En cuanto a la primera, debe ser rechazado de plano, porque tal como se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas las SSTSJ Galicia 18.05.00 R. 4.857/98, 15.06.00 R. 1.117/97, 13.07.00 R. 3.217/00, 13.07.00 R. 253/97, 03.11.00 R. 4.435/00, 12.01.01 R. 3.357/97, 23.02.02 R. 2.956/98, 18.05.02 R. 5.419/98, 14.09.02 R. 4.295/01 y 14.09.02 R. 4.295/01), en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos –controvertidos– que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley (STS 22.01.98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o prolija, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose –incluso– la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11.12.97 Ar. 9.313, 01.07.97 Ar. 6.568, etc.). En definitiva, debe existir una interconexión entre los motivos a los que se refiere el artículo 191.b) LPL (los de “hechos”) y los que se articulan al amparo de la letra c) de dicho precepto (los de “derecho”), pues si ello no se realizara de al manera indicada se produciría una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos fácticos. Y debe quedar claro que estos últimos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un HDP sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de ins-

tancia. La alteración propuesta por las actoras supone decir algo que ya se expresa (cual es el resultado de las elecciones sindicales) y nada añade a los motivos de impugnación del fallo ni tiene trascendencia jurídica, con lo que no podemos aceptarla.

2.- En cuanto a la segunda y a la tercera, la respuesta ha de ser desestimatoria nuevamente. Aparte de que no se sabe muy bien qué redacción pretenden las recurrentes para el ordinal impugnado ("HDP CUARTO.- Los sindicatos demandantes han sido excluidos de las citadas comisiones. Si participan en aquellas comisiones que no tienen esta limitación"), pues en su segunda propuesta indican que la redacción definitiva de dicho HDP quedaría reducido a su párrafo primero, pero en la tercera interesan sustituir el párrafo segundo –ya inexistente– por la redacción que antes hemos recogido. La interpretación más adecuada a pesar de su defectuosa configuración es entender que se proponen primero la segunda –sustitución por otro texto– y luego la primera –en caso de no aceptarse aquélla, su supresión–.

Ha de reiterarse una vez más –SSTSJ Galicia 23.03.04 R. 615/04, 11.02.04 R. 6.871/03, 23.12.02 R. 1.744/02, 15.06.02 R. 938/99, 16.05.02 R. 1.171/99, 03.05.02 R. 944/02, 07.02.02 R. 499/01, 25.10.01 R. 1.458/98, 05.07.01 R. 2.775/01, 20.04.01 R. 2.851/95, 05.03.01 R. 277/01, 08.02.01 R. 5.959/00, 19.01.01 R. 5.470/00, 10.01.01 R. 2.952/98– que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser –STC 18/1993, 294/1993 y 93/1997– de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal *ad quem* no puede valorar *ex novo* toda la prueba practicada en autos.

Naturaleza que se plasma en el artículo 191 LPL (STC 294/1993, de 18.10), cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso: SSTCT 04.04.75 Ar. 1.660, 05.10.77 Ar. 4.607; y STS 12.06.75 Ar. 2.709–, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica (STC 17.10.94 Ar. 272), la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los artículos

316, 326, 348 y 376 LEC, así como el artículo 97.2 LPL. Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado *a quo* es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho, precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez *a quo*.

El recurso de Suplicación está sometido a un mínimo formalismo en su planteamiento, tal como se desprende de su regulación en los artículos 188 y siguientes LPL, y muy particularmente de las prevenciones contenidas en el artículo 194 LPL, al decir que "en el escrito de interposición del recurso se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare" y que "también habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, los documentos o pericias en que se base el motivo de la revisión". Y este precepto –sostiene unánime doctrina jurisprudencial– supone que la Suplicación es un recurso extraordinario y no una apelación que permita examinar nuevamente toda la prueba obrante en autos, por lo que sólo permite excepcionalmente fiscalizar la labor de valoración probatoria llevada a cabo por el Magistrado *a quo* si el error valorativo sufrido en la instancia por el Juzgador se evidencia de documentos y pericias. Lo que se traduce en:

a.- Que carezcan de toda virtualidad revisoria las pruebas de confesión judicial y testifical.

b.- Que el acta de juicio resulte conocidamente inhábil para fundar una revisión de hechos probados.

c.- Que a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas las SSTs de 17.10.90 Ar. 7.929 y 13.12.90 Ar. 9.784), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensible-

mente subjetivo de la propia parte (así, SSTSJ Galicia 21.01.99 R. 22/96, 21.01.99 R. 57/96, 26.02.99 R. 585/96, 23.03.99 R. 794/99, 10.06.99 R. 2.689/96, 11.06.99 R. 2.133/96, 03.03.00 R. 499/00, 14.04.00 R. 1.077/00, 15.04.00 R. 1.015/97, 22.06.00 R. 2.756/00, 13.07.00 R. 1.340/97, 13.10.00 R. 2.500/97, 26.10.00 R. 4.397/00, 20.09.01 R. 3.892/01).

d.- Que el éxito de la pretensión revisoria está igualmente condicionada a que por la parte recurrente se haga precisa especificación de la modificación que se propone, con redacción definitiva del texto tras la supresión o adición de parte del relato fáctico que se propone, y a que haga adecuada especificación de los documentos o pericial que evidencien la inadecuada valoración de la prueba, rechazándose referencias genéricas a ella (SSTSJ Galicia 26.01.02 R. 578/01 y 10.01.01 R. 1.791/98). Y

e.- Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada –vinculadamente– por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba.

3 – Todo ello supone que rechazamos las modificaciones propuestas. Primero, y sin perjuicio de lo indicado antes, ninguna razón ni documento se ha aportado por las actoras que demuestren el yerro del Juzgador, es más, en su demanda (folios 3-5) se menciona su participación en el resto de las Comisiones –tal y como se ha reflejado en la Sentencia de instancia–; parece más un intento de redactar los hechos de forma que se cree la apariencia de discriminación a todos los niveles (tanto en las sindicalizadas, como en las negociadoras), cuando aquí se está discutiendo única y exclusivamente su posible existencia en relación con las previstas en los artículos 34, 58, 75 y Disposición Adicional 5º del Convenio Colectivo de “R.P., S.A.” (todas de carácter sindicalizado), así el Magistrado *a quo* constata dos hechos irrefutables: la exclusión de las citadas comisiones y su participación en el resto. Segundo, las modificaciones interesadas son irrelevantes a efectos del fallo –que es lo trascendente en la Suplicación– con lo que los mismos argumentos que antes (FJ segundo.1) podríamos reiterar. Y tercero, porque las revisiones de los HDP se ampararán en prueba documental o pericial y aquí lo hace en los artículos antes citados del Convenio Colectivo a pesar de que cite los folios en los que ha

quedado incorporado –por fotocopia– aquél. Llegados a este punto, la Sala ha de destacar la posibilidad –excepcional– de revisar los HDP por el cauce de denuncia infracción normativa, pero sólo por la vía de preceptos relativos a la valoración de la prueba, algo que aquí no concurre y por tanto no se puede admitir como medio hábil (así –entre las más recientes– SSTSJ Galicia 21.01.00 R. 5.385/1999, 15.04.00 AS 1.248, 30.06.00 R. 2.962/2000, 13.07.00 AS 1.962, 07.11.02 R. 4.652/02, 30.11.02 R. 5.359/99, 28.03.03 R. 1.721/00 y 30.10.03 R. 1.791/03).

TERCERO.- 1.- En el apartado de examen del Derecho aplicado, se denuncia: (a) la vulneración de los artículos 14, 37 y 53 CE, los artículos 2.a y 114.1 de la Ley 29/98, de 13.07, los artículos 1, 2.2.d, 6, 7 y 12 LOLS, SSTS 06.04.93, 23.11.93 y SSTC 9/86 y 7/90; (b) la vulneración de los artículos 4.1.g, 61, 63, 64, 66 y 71 ET; y (c) la de los artículos 1.281 y 1.284 CC en relación con los 34, 58, 75 y DA 5º del CC de “R.P., S.A.” (BOE 07.10.03).

2.- Antes de proceder al análisis de las concretas vulneraciones esgrimidas se hace necesario realizar alguna matización acerca de las llamadas comisiones sindicalizadas y su diferencia con respecto a las negociadoras, puesto que en este asunto la posible vulneración de aquella libertad se produce por la exclusión de unos sindicatos con representación en el Comité de Empresa de aquéllas al no haber asignado el Convenio Colectivo respectivo participación a los no firmantes. Como bien ha recordado el Magistrado en la instancia, dentro de las comisiones que pueden constituirse relacionadas con un Convenio han de diferenciarse entre las llamadas sindicalizadas y las negociadoras, considerando que no se produce ninguna vulneración de la libertad sindical por la exclusión de los sindicatos recurrentes de las primeras, pues no son negociadoras –ni integran, entonces, el contenido esencial de aquélla–, de hecho, recoge las funciones que desarrollan –vid artículos 27, 34, 58 y 75– y plasma en qué consiste cada una para excluir su naturaleza negociadora y llegar a la conclusión anterior (tras cita de diversas SSTC aplicables al supuesto, así 213/91 y 184/91).

3.- El enunciado del artículo 28.1 CE no puede considerarse exhaustivo o limitativo, sino “meramente ejemplificativo” (STC 23/1983) y se distingue –STC 132/2000– entre: (a).- Un contenido esencial, integrado por “el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical, sin el cual este derecho no sería

recognoscible”, tales como las facultades de fundación, de afiliación y de actividad –reunión, negociación colectiva, promoción de conflictos colectivos y huelga– de los sindicatos; (b).- Un *contenido adicional*, formado por facultades o derechos adicionales atribuidos por normas o Convenio Colectivo, y cuya configuración no está sujeta a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial. La participación en las referidas comisiones –sindicalizadas– no integra el contenido esencial del derecho de libertad sindical, sino el contenido adicional, que se regulará conforme a la ley y al Convenio Colectivo que lo desarrolle. En este caso, el de “R.P., S.A.” (RDGT 22.09.03), donde se fija que sólo los sindicatos firmantes del mismo participarán en las comisiones anteriores, excluyéndose a los que no lo hubieran hecho. Si bien ex art. 85 ET se admite que las partes firmantes de un CC puedan crear comisiones ad hoc tanto de interpretación y administración del convenio como con funciones que vayan más allá de éstas, el TC establece la doctrina –iniciada con la STC 73/1984– de que aunque las comisiones “negociadoras” sean de libre creación, la libertad de las partes se ve restringida en la medida en que no resulta posible atribuir funciones modificadoras de condiciones de trabajo a comisiones “cerradas” o de composición restringida, excluyendo a aquellos sindicatos que tengan legitimación para negociar (STC 184/1991), pero –a sensu contrario– sí serán admisibles en las que no tengan dicho carácter –las sindicalizadas–, como en el asunto presente.

4.- A dicha conclusión se llega a pesar de las alegaciones realizadas por los sindicatos en su recurso, porque las sentencias tanto del TS, como del TC que esgrimen como justificativas de sus posiciones se refieren específicamente a la proporcionalidad representativa y todas ellas consisten en comisiones negociadoras. De hecho, la propia STS 23.11.93 dice que “[...] Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado respecto a los criterios de mayor representatividad y mayor implantación que estos criterios no pueden utilizarse con cualquier propósito y que no toda regulación apoyada en ellos puede consignarse legítima, pues «no lo es aquella que (los) utiliza para establecer un trato diferente de materias que ninguna relación guardan con ellos[...]» y, así mismo, que “el Tribunal Constitucional ha declarado en su S. 73/1984 que negar mediante una previsión de un convenio colectivo la participación en la negociación a quien está facultado para ello constituye una vulneración

de su derecho a la libertad sindical”, lo que está específicamente referido a comisiones negociadoras, pero no al resto de éstas. Además, de forma reiterada se admite la introducción de diferencias entre los sindicatos, siempre que se haga con arreglo a criterios objetivos “que aseguren que en la selección no se van a introducir diferenciaciones caprichosas y arbitrarias” –STC 7/90– y la utilización del criterio de la firma del Convenio para participar en las comisiones de Desarrollo de Carreras Profesionales, Préstamos, Horas Extras y Empleo-Contrataciones, no es ni caprichoso, ni arbitrario, sino objetivo y plenamente justificado de medio a fin perseguido.

Sobre esta misma cuestión, la importante STS 28.01.00 Ar. 1.320, dice que “la doctrina de esta Sala al respecto es bien conocida por su abundancia y porque en todo ha seguido la proclamada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 9/1986, 39/1986 y 184/1991, en el sentido de que «la diferenciación entre firmantes o no firmantes del convenio colectivo [...] está basada en un criterio objetivo, razonable y no arbitrario», y no es una decisión que pueda ser en modo alguno calificada de arbitraria sino, por el contrario, de adecuada a la finalidad perseguida [...] y, además, «teniendo en cuenta que ese factor diferencial se introduce precisamente respecto a la exclusión de la central sindical no firmante de organismos o sedes de encuentros creadas en la ejecución o para el cumplimiento del citado pacto, no puede dudarse de la calificación como razonable del criterio de diferenciación, que es de carácter objetivo, que no hace inviable la posibilidad de acceso a cualquier central sindical representativa que acepte el pacto, y en el que existe una adecuada proporción entre el medio y el fin perseguido». Como resumen de tal doctrina cabe afirmar que el sindicato demandante que, habiendo participado en el proceso negociador, rehusó libre y voluntariamente la firma del pacto carece del derecho reclamado a formar parte de la comisión mixta o paritaria de dicho convenio; no parece razonable admitir que un tercero intervenga en la interpretación, aplicación y puesta en práctica de un pacto expresamente rechazado por él”.

CUARTO.- Sentado que las comisiones sobre las que se litiga no son negociadoras, no existe ni vulneración de derecho fundamental, ni de los artículos del ET que regulan el Comité de Empresa (máxime cuando especificadas que son sus funciones no incluyen ninguna

atribuida a éste), con lo que desestimamos el primero y el segundo de los motivos jurídicos sostenidos. En cuanto al tercero –infracción de los artículos 1.281 a 1.284 CC–, conviene apuntar que se refieren a la interpretación de los contratos y, como las partes recurrentes precisan, la primera de las normas dice “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratante se estará al sentido literal de sus cláusulas”. Pues bien, el artículo 34 –Horas Extras– del Convenio Colectivo dice “[...] esta comisión estará compuesta por tres representantes de la Dirección y uno por cada uno de los Sindicatos firmantes del Convenio” –esto es, CCOO, UGT y CTI–, el artículo 58 –Préstamos– dice “[...] previo informe de una comisión mixta entre la Dirección de la Empresa y los Sindicatos firmantes del presente Convenio” –los mismos–, el 75 –Empleo-Contrataciones– dice “se crea una comisión paritaria sindical de la que formarán parte los sindicatos firmantes del presente CC [...]” –nuevamente los mismos– y la Disposición Adicional Quinta – Ayuda Social– dice “para hacerla efectiva [la subvención a la que se refiere], los Sindicatos firmantes del Convenio Colectivo en cada Centro de Trabajo, deberán remitir a Recursos Humanos la relación del personal destinatario...” –ídem–.

Esta Sala cree que los términos de las precitadas normas son claros y no ofrecen dudas de ninguna clase, en consecuencia, a su literalidad ha de atenderse. Lo que se quiere decir en dichas normas es precisamente lo que se ha recogido: la participación en las comisiones que se crean está restringida a los sindicatos que hayan firmado el Convenio y, por ende, vedada a los que no lo hubiesen hecho. Debemos, por tanto, desestimarse también este tercer motivo.

QUINTO.- No podemos de dejar hacer una mención al sindicato STR, porque si bien el recurso ha sido interpuesto por él y por la CIG conjuntamente, ningún motivo ha alegado que sirva para desvirtuar la razón que le es aplicable, es decir, su exclusión de las tan citadas comisiones no se produce porque no haya suscrito el Convenio –que no lo ha hecho en puridad al ser de nueva constitución, a pesar de que sus miembros procedan de un sindicato firmante (UGT)–, sino porque la representación, en tanto en cuanto no se celebren nuevas elecciones, corresponde al sindicato de procedencia –UGT– y el nuevo no tendría derecho a la participación en las comisiones porque no es representativo a ningún nivel; la

actividad de esos trabajadores se produce en su condición de miembros del Comité de Empresa, pero sin que puedan alterar la atribución de resultados electorales (RD 1.844/94 y LOLS), a salvo los derechos básicos de cualquier sindicato –vid FJ segundo–.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con lo establecido por el artículo 117 CE, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por Confederación Intersindical Galega (CIG) y Sindicato de Trabajadores de “R.P., S.A.”, confirmamos la sentencia que con fecha 05.04.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de A Coruña, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la empresa “R.P., S.A.”, Comisiones Obreras y Confederación de Trabajadores Independientes.

3899 Recurso núm. 807/04

S.S. SUPOSTOS EN QUE A EMPRESA USUARIA E A EMPRESA DE TRABAJO TEMPORAL RESPONDEN SOLIDARIAMENTE DAS CONSECUCENCIAS DO DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE DO TRABALLADOR FRAUDULENTA CEDIDO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, treinta de junio 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 807/04, interpuesto por el Letrado don F.P.V., en nombre y representación de doña M.P.L.V., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 239/03 se presentó demanda por doña M.P.L.V., sobre DESPIDO, frente a "P.H., S.A.", "A.G., S.A.", "O.T.T., E.T.T., S.A.", "A.R.H., S.A.", "E.E., S.L.", "AD.R.H., S.A." y al Fondo de Garantía Salarial. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de diciembre de 2.003 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.P.L.V., mayor de edad, con DNI nº ..., viene prestando servicios por cuenta de la entidad mercantil "A.G., S.A.", empresa de trabajo temporal, desde el día 10.02.03, a favor de la empresa usuaria "P.H., S.A.", perteneciente al sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, con la categoría profesional de auxiliar de fabricación y con un salario mensual de 1.107,94 euros, incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. No ostenta ni ostentó en el último año la condición de Delegada de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegada Sindical. 2º. La relación laboral que ha venido vinculando a la demandante con la entidad mercantil "P.H., S.A.", devino de la suscripción de diferentes contratos de trabajo de duración determinada desde el día 02.10.89, a saber: Del 02.10.89 a 21.12.89, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"razones de temporada y excesiva demanda de productos y por necesidades de fabricación ante la campaña de marisco, incluido mejillón"*. Del 15.01.90 a 29.01.90, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"razones de temporada y excesiva demanda de productos y por necesidades de fabricación ante la campaña de marisco, incluido mejillón"*. Del 19.02.90 a 05.03.90, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación ante la campaña de marisco, incluido mejillón"*. Del 07.05.90 a 06.08.90, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. Del 03.09.90 a 28.09.90, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción,

teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. Del 20.11.90 a 19.12.90, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. Del 10.07.91 a 19.10.91, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. Del 01.06.92 a 18.10.92, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. Del 23.08.93 a 22.10.93, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. Del 26.09.94 a 18.12.91, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. Del 23.10.95 a 22.11.95, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. Del 30.01.96 a 28.02.96, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. Del 24.06.96 a 19.09.96, mediante la suscripción de un contrato eventual por circunstancias de la producción, teniendo por objeto *"Razones de temporada y por necesidades de fabricación"*. 3º. La demandante, además de en los períodos anteriormente reseñados, ha prestado servicios propios para la entidad mercantil "P.H., S.A." mediante su cesión por empresas de trabajo temporal, en los siguientes períodos: De 19.08.97 a 19.12.97, mediante la suscripción con la entidad mercantil "AD.R.H., S.A.", empresa de trabajo temporal, de un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, teniendo por objeto *"Incremento de producción por crecimiento de la demanda mientras ésta se mantenga"*. De 10.06.98 a 21.12.98, mediante la suscripción con la entidad mercantil "AD.R.H., S.A.", empresa de trabajo temporal, de un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, teniendo por objeto *"Incremento de producción por crecimiento de la demanda mientras ésta se mantenga"*. De 26.01.99 a 26.03.99, mediante la suscripción con la entidad mercantil "E.E., S.L.", empresa de trabajo temporal, de un

contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, teniendo por objeto *"Incrementar la producción por incremento de la demanda mientras ésta se mantenga en la empresa"* "P.H., S.A." De 21.04.99 a 23.05.99, mediante la suscripción con la entidad mercantil "A.R.H., S.A.", empresa de trabajo temporal, de un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, teniendo por objeto *"Incremento producción por crecimiento de la demanda mientras ésta se mantenga"*. De 10.08.99 a 22.12.99, mediante la suscripción con la entidad mercantil "A.R.H., S.A.", empresa de trabajo temporal, de un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, teniendo por objeto *"Limpieza y elaboración de mejillón y bonito durante la campaña de estos productos"*. De 17.01.00 a 14.04.00, mediante la suscripción con la entidad mercantil "A.R.H., S.A.", empresa de trabajo temporal, de un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, teniendo por objeto *"Necesidades de fabricación de tunidos por exceso de materia prima"*. De 25.04.00 a 16.06.00, mediante la suscripción con la entidad mercantil "A.R.H., S.A.", empresa de trabajo temporal, de un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, teniendo por objeto *"Estocaje de Albacora y Yellow Fin para la campaña de verano 2000"*. Del 03.07.00 a 21.12.00, mediante la suscripción con la entidad mercantil "O.T.T., S.A.", empresa de trabajo temporal, de un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, teniendo por objeto *"Tarea de limpieza y elaboración del mejillón y atún blanco durante la campaña de este producto"*. Del 24.05.01 a 20.12.01, mediante la suscripción con la entidad mercantil "A.I., S.A.", empresa de trabajo temporal, de un contrato de duración determinada para obra o servicio determinado, teniendo por objeto *"Tareas de limpieza y elaboración de tunidos y mariscos"*. Del 10.02.03 a 10.04.03, mediante la suscripción con la entidad mercantil "A.G., S.A.", empresa de trabajo temporal, de un contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas y exceso de pedidos, teniendo por objeto *"Apoyo al personal de plantilla en las labores de manipulado y limpieza de pescado, debido al aumento de pedidos"*. 4º. La demandante ha sido perceptora de prestaciones por desempleo en los siguientes períodos: de 07.08.90 a 02.09.90, de 29.09.90 a 19.11.90, de 20.12.90 a 09.07.91, de 10.10.91 a 30.05.92, de 19.10.92 a 22.08.93, 23.10.93 a

18.09.94, de 01.03.96 a 23.06.96, de 20.09.96 a 18.08.97, de 20.12.97 a 09.06.98, de 22.12.98 a 25.01.99, de 27.03.99 a 20.04.99, de 24.05.99 a 25.07.99, de 07.01.00 a 16.01.00, de 15.04.00 a 24.04.00, de 17.06.00 a 02.07.00, de 22.12.00 a 23.05.01 y de 05.02.02 a 04.06.02. 5º. La demandante ha estado en situación de incapacidad temporal en los siguientes períodos: De 17.09.01 a 04.02.02 bajo el diagnóstico de *"tiroiditis"*, proceso de incapacidad iniciado mientras prestaba servicios por cuenta de la entidad mercantil "A.I., S.A.", empresa de trabajo temporal. De 28.02.03 a 03.10.03 bajo el diagnóstico de *"distimia"*, proceso de incapacidad iniciado mientras prestaba servicios por cuenta de la entidad mercantil "A.G., S.A.", empresa de trabajo temporal. 6º. En fecha 26.03.03 la entidad mercantil "A.G., S.A.", empresa de trabajo temporal, notificó a la actora la siguiente comunicación: *"Con esta fecha la Empresa le comunica la próxima finalización el día 10 del mes de abril de 2003, de los trabajos realizados, para los que fue contratado mediante contrato de trabajo de fecha 10 de febrero de 2003 que fue registrado en el INEM. La presente comunicación se hace a efectos de lo dispuesto en el R.D. 2.720/98 (B.O.E. 08.01.99)."* 7º. En fecha 10.02.03 la entidad mercantil "A.G., S.A.", suscribió con la entidad mercantil "P.H., S.A.", en calidad de empresa usuaria, contrato de puesta a disposición con una duración estimada hasta la fecha 10.04.03, del que derivó la contratación por parte de la empresa de trabajo temporal, incluida la propia demandante, de 79 contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas y exceso de pedidos, de fecha 10.02.03, cuyo idéntico objeto consistió en *"Apoyo al personal de plantilla en las labores de manipulado y limpieza de pescados, debido al aumento de pedidos"*. Las citadas contrataciones fueron extinguidas el día 10.04.03. 8º. Desde la incorporación a la plantilla de la entidad mercantil "P.H., S.A.", de los trabajadores doña M.F.J., encargada y su hijo, don B.R.F., existen habituales discusiones entre la trabajadora demandante y los anteriores compañeros de trabajo, discusiones que tienen lugar en el centro de trabajo de la mercantil "P.H., S.A." y de las que es conocedor el Sr. B.R., director general de la citada mercantil. 9º. Se intentó sin avenencia la obligatoria conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación".

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

siguiente: "FALLO Desestimando la demanda interpuesta por doña M.P.L.V., contra la Entidad Mercantil "P.H., S.A.", la Entidad Mercantil "A.G., S.A.", la Entidad Mercantil "A.L., S.A.", la Entidad Mercantil "O.T.T., S.A.", la Entidad Mercantil "A.R.H., S.A.", la Entidad Mercantil "E.E., S.L." y la Entidad Mercantil "AD.R.H., S.A.", absuelto a estas demandadas de todas las peticiones de la demanda. Todo ello con la intervención del Fondo de Garantía Salarial. Notifíquese... etc."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda formulada por la actora contra las empresas demandadas, a las que absolvió de las peticiones de la demanda, se alza en suplicación la representación procesal de la parte actora, interponiendo recurso en base a dos motivos, correctamente amparados ambos 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 en el primer motivo del recurso, denuncia infracciones jurídicas, concretamente denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 15 del ETT, en relación con el artículo 3.2ª) del RD 2.720/1988 de 18.12, artículo 9.3 del mismo RD y artículo 6 y 7 del Código Civil, alegando en esencia que debe existir una causa concreta que permita la contratación eventual y tal causa concreta debe establecerse con precisión y claridad en el contrato y en el caso actual, el contrato de la demandante de 10-02-2003 suscrito con "A.G., S.A.", indica que tiene por objeto "el apoyo al personal de plantilla en las labores de manipulado y limpieza de pescado debido al aumento de pedidos, sin embargo estima que tal expresión "aumento de pedidos" no identifica con precisión y claridad la causa que justifica la contratación, sino que se remite a una de las posibles causas que permiten en general, el uso de estos contratos, y se desconoce cuáles sean esos pedidos concretos que, por encima de los habituales, permiten a la empresa utilizar esa modalidad contractual, alegando asimismo que siendo una ETT, la

contratante, de acuerdo con el artículo 6 de la ley 14/94 según redacción dada por la Ley 29/1999 sólo puede utilizar la modalidad de contratación temporal en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada, y la ausencia de este requisito fundamental en el contrato, de acuerdo con el art. 15.3 del ETT y 9.3 del RD 2.720/1988 permiten presumir que el contrato de la demandante, por estar suscrito en fraude de ley, es indefinido.

El Tribunal Supremo al interpretar el artículo 3.2.a) del Real Decreto 2.546/1994 precedente del vigente RD 2.720/1998 ha manifestado en multitud de sentencias, de las que son expresión las de 24 de junio (RJ 1996\5.303), 25 de noviembre (RJ 1996\8.721), 17 de diciembre (RJ 1996\9.715), 10 de diciembre (RJ 1996\9.139) y 30 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9.864) y 18 de noviembre de 1998 (RJ 1998\10.000), que el válido acogimiento de tal modalidad contractual no sólo requiere que se «concierte para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos», sino además que, al ser concertado, sea consignada con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique y que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de tales tareas. Por tanto y dado que en el contrato de la demandante suscrito el 10.02.03 suscrito con la empresa de trabajo temporal "A.G., S.A.", se indica que tiene por objeto "el apoyo al personal de plantilla en las labores de manipulado y limpieza de pescado debido al aumento de pedidos, y es obvio que tal expresión "aumento de pedidos" no identifica con precisión y claridad la causa que justifica la contratación, sino que únicamente se remite a una de las posibles causas que permiten en general el uso de estos contratos, por cuanto que la empresa en modo alguno ha probado cuáles son esos pedidos concretos, que, por encima de los habituales, permiten a la empresa utilizar esa modalidad contractual y en el acto del juicio la empresa no acreditó su naturaleza temporal, no cabe duda que la contratación temporal de la trabajadora recurrente debe considerarse realizada en fraude de Ley. Porque como también ha tenido ocasión de señalar esta Sala en numerosas sentencias, en este tipo de contratación la empresa debe probar que se trata de un momento álgido de producción identificable en el tiempo, antes del cual había menos trabajo y des-

pués del cual disminuye también y por ello además de la precisión en la expresión de la causa se debe justificar la temporalidad, porque si estamos ante la normal actividad de la empresa, al utilizar este tipo de contratación se está eludiendo la fijeza, utilizando en fraude de ley la norma. Razones que conduce a la estimación de este primer motivo de recurso y dado que el contrato eventual se considera en fraude de ley, el contrato que unía a la demandante con la empresa "A.G., S.A." por ello indefinido, y el cese por fin de contrato constitutivo de despido y en consecuencia procede declarar la improcedencia del despido de la demandante.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente denuncia en el último motivo del recurso, infracción por interpretación errónea del artículo 7.3 del Convenio Colectivo, en relación con el artículo 6.4 del Código Civil, alegando en esencia que el citado precepto convencional, tras indicar la preferencia en el sector por la contratación indefinida del tipo fijo-discontinuo, indica que los contratos eventuales y temporales y provenientes de ETT sólo pueden tener por objeto la cobertura de ausencias, los trabajos especialmente cualificados o propios de oficios, la atención de pedidos imprevistos y la abundancia puntual en la campaña de materias primas, y la utilización de estos contratos eventuales mediante ETT, es aún más limitada que en la regulación general, pues sólo pueden utilizarse en la atención de pedidos imprevistos y la abundancia puntual en la campaña de materias primas. Y en caso contrario las empresas deben ejercitar sus contrataciones mediante contratos indefinidos en la modalidad de fijos-discontinuos, por tanto si se concluye que el contrato temporal no podía llegar a término, por ser realmente indefinido fijo-discontinuo, debió entenderse que tal cese constituía un despido improcedente, con las consecuencias que legalmente se derivan de esta situación, y por aplicación del artículo 6.4 del CC debe ser condenada además de "A.G., S.A." la empresa usuaria "P.H., S.A." y la antigüedad para determinar la indemnización debe incluir los periodos precedentes al último contrato, a pesar de haber sobrepasado 20 días de interrupción sobradamente, puesto que en la propia naturaleza de la relación va implícita la existencia de interrupciones fraudulentas sin que sea posible conocer cuando habría sido llamada la demandante para reiniciar su actividad de Sr. consi-

derada trabajadora fija; por todo lo cual solicita la estimación del recurso, la declaración de improcedencia del despido, condenando a las consecuencias de esta declaración solidariamente a "P.H., S.A." y a "A.G., S.A."

Respecto de ello decir que el artículo 7 del Convenio Colectivo de aplicación dispone en el apartado b) del párrafo 1.1.1 que "es fijo de carácter continuo... el trabajador no comprendido en el párrafo anterior que haya prestado sus servicios en la misma empresa durante cinco años consecutivos con un promedio de más de trescientos cincuenta días de trabajo al año...", por su parte el apartado g) dispone que: "Los trabajadores eventuales que hayan permanecido en alta en la empresa 240 días por año, durante los cinco años consecutivos a la entrada en vigor del presente Convenio, adquirirán la condición de fijos-discontinuos. Asimismo los trabajadores eventuales que a partir de la entrada en vigor del presente Convenio, durante tres años consecutivos o cinco alternos, permanezcan en alta en la empresa 240 días por año adquirirán la condición de fijos-discontinuos...". Por tanto y dado que según resulta del inmodificado relato fáctico desde la última contratación que vinculó a la empresa "P.H., S.A." a través de la empresa "A.I., S.A." y que finalizó el día 20.12.01 hasta la formalización de la última contratación a través de la empresa "A.G., S.A.", en fecha 10.02.03 se produjo una interrupción de más de 1 año, por tanto no cabe la aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 7 del Convenio Colectivo. Y respecto de la denunciada infracción del artículo 7.3 del Convenio Colectivo, en el que tras indicar la preferencia en el sector por la contratación indefinida del tipo fijo-discontinuo, indica que los contratos temporales y proveniente de ETT sólo pueden tener por objeto la cobertura de ausencias, los trabajos especialmente cualificados o propios de oficios, la atención de pedidos imprevistos y la abundancia puntual en la campaña de materias primas, la Sala estima que dicha pretensión no puede tener favorable acogida, por cuanto que plantea la cuestión dando por supuesto el incumplimiento de la norma convencional por la empresa usuaria, cuestión sobre la que no se ha suscitado controversia en el pleito, y sobre la cual la actora no ha practicado prueba alguna, ni se ha intentado revisión fáctica ni adición alguna al respecto, y sin que resulten aplicables al supuesto de autos la sentencia que invoca la recurrente al estar referidas a conflictos colectivos suscitados en empresas ajenas a esta litis. La cuestión

relativa al incumplimiento de la norma convencional por la empresa usuaria es una cuestión sobre la que no se ha practicado prueba alguna, sin que tampoco se hubiese planteado la revisión fáctica al efecto, pues en ningún momento del juicio se han efectuado alegaciones ni prueba alguna para tratar de determinar si se ha cumplido o no el artículo 7.3 del Convenio Colectivo de aplicación, no se ha examinado el volumen de contrataciones temporales, ni si a lo largo de los años 2001 y 2002 se ha logrado una mayor estabilidad de las plantillas, al no se objeto de *litis*. Y por todo ello se estima que no procede acoger la denuncia efectuada. Siendo asimismo de señalar que según resulta del relato fáctico, desde la última contratación que vinculo a la empresa "P.H., S.A." a través de la empresa de trabajo temporal "A.I., S.A." y que finalizo el 20.12.01 hasta la formalización de la última contratación a través la empresa "A.G., S.A.", en fecha 10.02.02 se produjo una interrupción de más de 1 año, y por ello el transcurso de más de 1 año sin que la trabajadora prestase servicios en la empresa demandada "P.H., S.A.", impide la aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio Colectivo relativo a la consideración de una relación laboral con fija o fija-discontinua, al no cumplirse los requisitos previstos para catalogar dichas situaciones laborales. Por lo que ha de decaer la denuncia jurídica formulada en el segundo motivo del recurso.

Plantea la recurrente el tema de la responsabilidad solidaria, entendiendo las impugnantes que la citada responsabilidad nunca puede alcanzar a las consecuencias del despido, de las que sólo debe responder la empresa de trabajo temporal y no la usuaria. Tal cuestión ha sido resuelta de forma diversa por los distintos Tribunales Superiores de Justicia. Y en concreto la Sala de los social del Tribunal superior de justicia de la comunidad Valenciana en varios pronunciamientos ha declarado la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria en supuestos semejantes al ahora planteado. por ejemplo en las sentencias de 10 de junio de 1999 (AS 1999\4.703) y 20 de julio de 1999 (AS 1999\4.703), se ha señalado que «nada en la ley citada ni en el RD 4/1995 (RCL 1995\308 y 1.179) que la desarrolla permite suponer que las limitaciones a las obligaciones del empresario usuario alcancen a aquellos supuestos en los que la usuaria, en evitación de una indefinición temporal de un contrato, utiliza los servicios de una ETT mediante la petición expresa del trabajador, para el trabajo que éste ya venía desempeñando, a través de

un nuevo contrato que debe necesariamente calificarse de fraudulento al carecer de causa de la eventualidad. Efectivamente, la limitación de responsabilidad a que se refiere el citado art. 16.3 debe interpretarse como aplicable exclusivamente a aquellos supuestos en que la puesta a disposición responde a una causa cierta y legal, pero no cuando, sin connivencia o con ella, la empresa usuaria utiliza la intermediación, no como medio de obtener un trabajador por necesidades coyunturales, sino como una manera de eludir las consecuencias establecidas en el Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995\997), en su art. 43 cuando se regulan las consecuencias de la utilización de esta intermediación de manera distinta a la legalmente establecida. Sólo esta interpretación posibilita el mantenimiento de los derechos laborales plasmados en el Estatuto de los Trabajadores, que no puede entenderse que ceda ante el contenido de una supuesta ley especial (la Ley 14/1994), pues la especialidad de dicha ley se refiere al modo de contratar, sin alteración alguna de las consecuencias de la utilización fraudulenta de las previsiones legales en materia de relaciones laborales. Por ello, la única conclusión razonable, a juicio de esta Sala, es la de, tras la declaración de improcedencia del despido, condenar a ambas empresas solidariamente, a las obligaciones derivadas de la misma». Por todo lo cual, procede entender no ajustada a derecho la interpretación que de los preceptos mencionados ha realizado la sentencia de instancia y procede por ello la extensión de la responsabilidad por la declaración de improcedencia del despido a ambas empresas, lo que conduce a la estimación parcial del recurso y a la revocación de la sentencia de instancia, declarando la improcedencia del despido y la condena solidaria de "A.G., S.A." y "P.H., S.A."

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de Suplicación formulado por doña M.P.L.V. contra la sentencia de fecha 22 de diciembre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Social N° Dos de los de Pontevedra en autos instados por la recurrente frente a "P.H., S.A.", "A.G., S.A.", "O.T.T., S.A.", "A.R.H., S.A.", "E.E., S.L.", "AD.R.H., S.A." y al Fondo de Garantía Salarial, sobre despido, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, y estimando en parte la demanda rectora, debemos declarar y declaramos improcedente el despido de la actora efectuado por la empresa "A.G., S.A.", y debemos condenar y condenamos solidariamente a las empresas codemandadas "A.G., S.A." y "P.H.,

S.A.” a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución opten entre readmitir a la demandante o a indemnizarla en la cantidad de doscientos sesenta y ocho euros con sesenta y cuatro céntimos (268'64 €), y en ambos casos con el abono de los Salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución (y sin que obviamente proceda el abono de los Salarios de tramitación en períodos coincidentes de percepción de IT).

3900 Recurso núm. 2.386/04

S.S. EFICACIA ASIGNABLE AOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTADUARIOS.

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

A Coruña, treinta de junio 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. 2.386/04 interpuesto por don F.P.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.P.P. en reclamación de despido siendo demandado la empresa “N.E., S.A.” y la empresa “L.S., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 517/03 sentencia con fecha 27 de febrero de 2004 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

“PRIMERO: Que el demandante don F.P.P. vino prestando sus servicios para la demandada “N.E., S.A.” con antigüedad de 06.04.82, con la categoría profesional de Ofi-

cial de Máquinas, causando baja en dicha empresa en fecha 21.01.94 y percibiendo un salario mensual de 2.866,67 euros con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias. SEGUNDO: En el año 1993 la “N.E.M.M., S.A.” (hoy denominada “N.E., S.A.”), tenía una flota compuesta por seis barcos, petroleros y mercantes, y 287 tripulantes, y se encontraba ante un inminente peligro de desaparición por las cuantiosas pérdidas que acumulaba (5.574 millones de pesetas en 1992 y 5.162 millones de pesetas en 1993). Como consecuencia de esa situación “N.E., S.A.” y su Comité de Flota suscribieron los Acuerdos de 15 de noviembre de 1993, en los que, en resumen se establecía: La extinción de los contratos de trabajo de todos los trabajadores que formaban parte de la plantilla de “N.E., S.A.” (287 trabajadores) que causaban baja en la Empresa, percibiendo las correspondientes indemnizaciones conforme a las cuantías que se establecían concretamente para cada trabajador y cuyo importe total se elevaba a la cifra de 2.600 millones de pesetas. Se dio la opción para aquellos trabajadores, que así se hubieran pronunciado, de que una vez causado baja en “N.E., S.A.”, suscribieron un nuevo contrato de embarque con “L.S., S.A.”, (de la que aquella es su mayor accionista) a cuyo fin se establecían las condiciones que habrían de incorporarse al contrato de trabajo de los citados trabajadores con “L.S., S.A.”, y consecuentemente se regulaba el citado contrato de trabajo estableciendo en su artículo 1 que “la duración de este contrato de trabajo con “L.S., S.A.” sería por un plazo de 9 años a contar desde la fecha de su entrada en vigor”, y en el artículo 2 se establecía como fecha de entrada en vigor del contrato “aquella en la que el trabajador causará baja en la “N.E., S.A.””. Asimismo se estipulaba el otorgamiento de un aval bancario para garantizar la obligación asumida por “L.S., S.A.” de mantener vigente la relación laboral de esos tripulantes, en los que ese encontraba el actor por un plazo máximo de nueve años. Al mismo tiempo el Comité de Empresa autorizaba la venta de los buques de “N.E., S.A.” a “L.S., S.A.” y el abanderamiento de estos en Bahamas. En la disposición adicional primera del referido acuerdo, se hace constar que “Primera.- Transcurridos nueve años de vigencia del presente contrato, si e tripulante causara baja por decisión de la Cia. No basaba en motivos disciplinarios, percibirá una indemnización de 45 días por año de servicio a computar desde el ...”. TERCERO: Como consecuencia de los citados Acuerdos la empresa “N.E., S.A.” promovió el correspondiente Expediente de Regu-

lación de Empleo Extintiva de los contratos de trabajo de los 287 trabajadores de su flota, entre los que se encontraba el ahora actor, regulación en la que recayó acuerdo de las partes, en fecha 22 de noviembre de 1993 que fue aprobada por la Dirección General de Trabajo, por resolución de 1 de diciembre de 1993, quedando extinguidos los contratos de trabajo de todos aquellos trabajadores en diciembre de 1993, y por lo que respecta al actor en fecha 21 de enero de 1994, abonándose por "N.E., S.A." a los citados trabajadores la cuantía total de 2.600 millones de pesetas convenidos como indemnización. Y al actor extinguido su contrato de trabajo con la Compañía "N.E., S.A." en fecha 21 de enero de 1994, se le abonó el importe de su indemnización, es decir la cantidad de 7.013.256 Ptas. CUARTO: A partir por tanto de los mencionados Acuerdos de 15 y 22 de noviembre de 1993, "N.E., S.A." dejó de tener buques de su propiedad y dejó de tener tripulantes; procediendo "L.S., S.A." a suscribir los correspondientes contratos de embarque con aquellos tripulantes comprendidos en los citados Acuerdos, que previamente habían causado baja en "N.E., S.A.", entre los que se encuentra el actor. Como consecuencia de los citados acuerdos y de la mencionada Regulación de Empleo de 1 de diciembre de 1993, una vez extinguida por el actor su relación laboral con el "N.E., S.A." y percibida su indemnización, el actor suscribió contrato de trabajo con "L.S., S.A.", en cumplimiento de los citados Acuerdos. QUINTO: "L.S., S.A.", es una entidad mercantil constituida en Bahamas el 9 de noviembre de 1989, con domicilio, primero en Bahamas y actualmente por cambio del mismo, en Madeira (Portugal), cuya actividad social es la de Naviero o armador; Es propietaria de siete buques, petroleros y cargueros, que llevan a cabo navegación de altura por todo el mundo, y todos ellos abanderados fuera de España, cuatro en Bahamas y el resto en Madeira, concretamente el Castillo de Simancas en el que el actor llevó a cabo su último contrato de embarque está registrado en las Islas Bahamas. En marzo de 2003, encomendó la gestión de la contratación del personal tripulante a la mercantil portuguesa "P.M.G.N.U., LDA.", con domicilio en Lisboa, hasta esa fecha la citada gestión de la contratación del personal se efectuaba por la sociedad panameña "I.S.M., S.A." SEXTO: El demandante formalizó con "L.S., S.A." contrato de embarque en fecha 22.01.94, a través de "I.S.M., S.A.", y sucesivos contratos de las mismas características, siendo el último formalizado de fecha 14.09.02, el cual finalizó

el 4 de abril de 2003. En el anexo nº 1 a este último contrato de embarque se hace constar que: "Todos los marinos españoles serán contratados a través del Instituto Español de Emigración y estarán protegidos, en España durante su período de contrato, por la Seguridad Social española en lo referente a asistencia médica por enfermedad común accidente no laboral, siendo las cuotas a cargo de los Armadores del buque. SÉPTIMO: En fecha 25 de febrero de 2003, se suscribió acuerdo Marco entre la entidad mercantil "L.S., S.A." y el sindicato UGT miembro de la ITF, el cual obra en autos y se da aquí por reproducido, en dicho acuerdo se hace constar que el mismo afecta al colectivo denominado "tripulantes A", (incorporándose al acuerdo relación nominal entre la que se encuentra el actor). Y en el mismo se expone que ante la finalización de los contratos individuales de los "tripulantes A", y del acuerdo de 15 de noviembre de 1993, se considera necesario acordar condiciones de embarque de los "Tripulantes A". La entrada en vigor del mencionado acuerdo se regula expresamente en el addendum nº 1 al acuerdo marco ya referido pactado en Lisboa el 26 de febrero de 2003. OCTAVO.- El demandante solicitó en fecha 12 de septiembre de 2002 la pensión de jubilación, desde la situación de asimilado al alta, por paro involuntario, siendo preceptor de prestación contributiva de desempleo, la cual le fue reconocida con efectos de 13/09/02, por resolución de la entidad gestora de fecha 01.10.02. NOVENO: El último contrato del actor suscrito con "L.S., S.A." es de fecha 14.09.03 (2 días después de solicitar la jubilación). Finalizado el 04.04.03. DÉCIMO: El actor recibió una comunicación de "P.M." de fecha 24 de marzo de 2003 notificada el 25/03/2003 en la que esta, como gestor de la contratación de los trabajadores de "L.S., S.A." le ofrecía embarcar. Y en esa comunicación también se le requería para que aportara la documentación correspondiente y entre esta la referente a aquella que acreditara su cotización al Convenio Especial de Emigrantes de la Seguridad Social. (Régimen Especial del Mar). Requisito que el actor no podía cumplir, en cuanto el artículo 6 apartado a) de la OM de 28 de julio de 1987, que desarrolla el Decreto de 996/86 de 25 de abril, regulador del Convenio Especial de los Emigrantes, declara que el Convenio Especial se extingue "por adquirir el interesado la condición de pensionista por jubilación. En la fecha de la comunicación anteriormente, referida el demandante no tenía suscrito convenio especial de emigrantes, ya que hacía dos

meses le habían comunicado su jubilación. El 05.04.03 estaba jubilado y percibía la pensión del Instituto Social de la Marina, netos 1.200 euros. El demandante en enero de 2003, cuando desembarca del Castillo de Simancas, sabe que se está negociando un acuerdo con UGT como consecuencia de una huelga. Es conocedor de que todos los compañeros jubilados no han sido embarcados. Todos los demás sí. UNDÉCIMO: El actor en fecha 04.04.03 comunica por teléfono a la entidad "P.M." su disponibilidad para embarcar, y el 14 de abril lo confirma por Fax, no remitiendo la documentación requerida, al no recibir respuesta el 28 de abril de 2003, comunica a la entidad "P.M.", su disponibilidad para embarcar y que habiendo finalizado sus vacaciones el 4 de abril se encuentra en expectativa de embarque. No recibiendo contestación. DUODÉCIMO: En fecha 11.06.03 se celebró acto de conciliación ante el SMAC con resultado de sin efecto".

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

"FALLO: que desestimando la demanda promovida por demandante don F.P.P. contra las empresas "N.E., S.A." y la empresa "L.S., S.A." debo declarar y declaro que no hubo despido sino cese por terminación de contrato, absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos contenidos en aquella".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- 1.- La adecuada exposición de la cuestión litigiosa y de la solución que la Sala entiende ajustada a Derecho impone una somera indicación de los puntos de hecho que configuran la litis y que no se discuten en este trámite.

(a).- El actor prestó servicios como Oficial de Máquinas para la "N.E., S.A." desde el 06.04.82 y hasta el 21.01.94, fecha en la que cesó por consecuencia de ERE, que finalizó por acuerdo de las partes y fue aprobado por Resolución de la General de Trabajo de 01.12.93.

(b).- La Empresa y su Comité de Flota suscribieron Acuerdo de 15.11.93, en el que acordaron: (a) la extinción indemnizada del contrato de los 287 trabajadores de la plantilla, percibien-

do el actor 7.013.256 pesetas de indemnización; (b) se concedió a los trabajadores suscribir contrato de embarque con la Empresa "L.S., S.A." -de la que "N.E., S.A." es la mayor accionista- por nueve años, a contar desde que «el trabajador causara baja en la "N.E., S.A.", estipulándose el otorgamiento de un aval bancario para garantizar la obligación asumida durante esos nueve años; (c) la venta de los buques a la citada empresa y el abanderamiento de los mismos en Bahamas; y (d) se estipuló en la disposición adicional primera del mismo Acuerdo que «Transcurridos nueve años de vigencia del presente contrato, si el tripulante causara baja por decisión de la Cia. no basada en motivos disciplinarios, percibirá una indemnización de 45 días por año de servicio a computar desde el...».

(c).- A partir de los citados acuerdos, la hoy denominada "N.E., S.A." vendió los buques a "L.S., S.A.", domiciliada en Bahamas y actualmente en Madeira, y la misma suscribió los contratos de embarque de los trabajadores afectados por el Acuerdo de 15.11.93.

(d).- En 25.02.03 se suscribió Acuerdo Marco entre "L.S., S.A." y el sindicato UGT -miembro de la ITF-, afectante al colectivo del que formaba parte el actor, y en el que -ante la finalización sus contratos individuales y del Acuerdo de 15.11.93- se resaltaba la necesidad de acordar las condiciones de trabajo de los mismos, disponiéndose como requisito de contratación que el trabajador acreditase su cotización al Convenio Especial de Emigrantes (estipulación 4ª), excluyéndose expresamente a quienes se hallares jubilados conforme a la Seguridad Social española (estipulaciones 5ª.1 y 7ª.1).

(e).- En 24.03.03 se le ofreció al actor embarcar, requiriéndole para que aportara -entre otras- documentación acreditativa de su cotización al Convenio Especial de Emigrantes; documentación que no aportó y por lo que no fue contratado, teniendo conocimiento cabal de esta circunstancia en 15.05.03.

(f).- El actor solicitó en 12.09.02 pensión de Jubilación, que le es reconocida con efectos de 13.09.02.

(g).- El actor no es afiliado a UGT.

2.- El trabajador formuló demanda, con pretensión principal de que se condenase a las demandadas a readmitirle en el puesto de trabajo; subsidiariamente a que se le abonase la indemnización de 45 días por año de servicios, computando la antigüedad desde el

ingreso en ENE; y en último término, a que le hiciese efectiva la indemnización prevista en el Acuerdo Marco de 25.02.03 para personas de 57 años no embarcadas.

3.- La sentencia de instancia desestimó tales pretensiones, entendiendo –tras rechazar diversas excepciones– que el citado Acuerdo Marco tenía eficacia *erga omnes*. Y el recurso –amparado en el art. 191.c) LPL– denuncia (a) la infracción del art. 3.1 ET, en relación con los arts. 37 CE y 1.257 y 1.259 CC, con referencia a la afirmada eficacia general del Acuerdo Marco; y (b) la vulneración de los arts. 10 a 16 LEC, y 16 y 17 LPL, en relación con la cuestionada falta de legitimación pasiva de “N.E., S.A.”

SEGUNDO.- 1.- Es innegable que el Acuerdo Marco no tiene cualidad de convenio colectivo estatutario. Ello se deriva del hecho de que: (a) tratándose de convenios afectantes a parte de los trabajadores de la empresa, el art. 87.1 ET requiere acuerdo expreso –inexistente en autos– de los citados trabajadores designando a los representantes sindicales, a los efectos de la negociación; (b) tampoco se cumplen las prevenciones formales contenidas en el art. 90 ET.

2.- La obligada consecuencia de ello es que el Acuerdo Marco carece de la eficacia general que establece el art. 82.3 ET, en tanto que contractual y no normativa, como tenemos señalado en sentencias ya lejanas –por ejemplo, la STSJ Galicia 25.09.96 R. 4.153/96– con cita de doctrina del extinguido Tribunal Central de Trabajo (así, SSTCT 20.12.80, 12.11.81, 16.02.82, 06.04.83, 19.04.83, 20.12.83, 08.05.84, 18.05.84, 25.05.84, 25.05.87 y 16.11.87).

A tales efectos –a manera de ejemplo– se reproduce la STS 25.09.03 Ar. 7.201: «La validez de este tipo de pactos está reconocida a nivel constitucional, aunque de manera explícita no se aluda a ellos en los artículos 7 y 28.1 de la Constitución, pero el Tribunal Constitucional tiene declarado en sus sentencias 39/86, 104/87, 9/88 y 8 de junio de 1999 que la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida y, a nivel de legalidad ordinaria, al referirse el artículo 163.1 de la Ley de Procedimiento Laboral a los convenios colectivos «cualquiera que sea su eficacia», está aludiendo tanto a los convenios colectivos de eficacia «erga omnes», como a los convenios de eficacia limitada. Esta Sala también se ha pronunciado al respecto en las sentencias de 8 de junio de 1999 (RJ 1999\5.208) y 18 de febre-

ro de 2003 (RJ 2003\3.372), proclamando que el artículo 37.1 de la Constitución ampara por igual a los convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios; el pacto atípico o extraestatutario presupone un acuerdo plural entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios, no ajustado a las exigencias formales del Título III del Estatuto de los Trabajadores, sino acogido genéricamente al artículo 37 de la Constitución, y al carecer en nuestro sistema positivo de un soporte normativa específico y suficiente, habrá de disciplinarse por las normas generales de la contratación del Código Civil, si bien con la aplicación necesaria de las reglas y principios del Derecho del Trabajo que confluyen en el caso, pero siempre influenciado de manera acusada por el principio de libertad de contratación que admite la celebración de acuerdos, individuales o colectivos, incluso cuando se negocian al margen de las previsiones del Título III del Estatuto de los Trabajadores, pero esa peculiar naturaleza del pacto extraestatutario lo sitúa fuera de la normativa legal en cuanto a su vigencia y permanencia en el tiempo, de manera que el ordenamiento no ha previsto para el caso una garantía de estabilidad y de bloqueo, aunque sea temporal, frente a pactos futuros de la misma índole, en un sentido y un alcance semejantes a los previstos en los artículos 82.3 y 84 del Estatuto de los Trabajadores».

En el mismo sentido, aparte de las citadas en la precedente, las SSTs 11.03.03 Ar. 3.351, 30.01.03 Ar. 3.207, 16.05.02 Ar. 7.561, 04.12.00 Ar. 2001\2.055... Y la doctrina se reitera en la STC 12/2001, de 4 de junio, al indicar que «Tales pactos [los extraestatutarios], que se encuentran amparados por el art. 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal «erga omnes», y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias. Se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1.257 del Código Civil). La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representa-

ción para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales».

3.- Si la principal característica de estos pactos extra-estatutarios estriba en que su ámbito personal de aplicación se limite a la empresa y a los trabajadores que –bien por sí mismos o bien a través del Sindicato al que vienen afiliados– los concertaran inicialmente, así como a aquellos otros que en lo sucesivo se adhieran al concierto por cualquiera de los medios previstos en el ordenamiento jurídico (STS 30.03.99 Ar. 3.779), en decisión individual plenamente válida y eficaz (STC 108/1989, de 8 de junio; y SSTs 14.11.94 Ar. 9.071 y 08.06.99 Ar. 5208), la cuestión en autos –tal como se plantea en el recurso y en su impugnación– se centra en si el trabajador demandante se ha adherido al tan cuestionado Acuerdo Marco.

Y al respecto se ha indicado que esta adhesión «siempre tendría lugar en forma tácita si el trabajador recibe y acepta sin protesta las ventajas del nuevo acuerdo, pues ello siempre sería expresión de un consentimiento» (STS 10.06.98 Ar. 4.105), puesto que –como señala la STS 30.03.99 Ar. 3.779– «La doctrina civilista admite sin restricciones el consentimiento [...] tácito, siempre que ello pueda inferirse con claridad de la conducta de la correspondiente parte contratante, de tal suerte que esta inferencia sea lógica y se ajuste a lo prevenido en los arts. 1.249 y 1.253 del Código Civil, criterio que viene siendo seguido por la Jurisprudencia de la Sala 1ª de este Tribunal Supremo. Así, la STS-1ª de 7 de julio de 1990 (RJ 1990\5.782), con cita de las de 7 de diciembre de 1966 (RJ 1966\5.706) y 3 de junio de 1968 (RJ 1968\3.064), señala que el consentimiento puede ser “expreso, tácito y presunto, pudiendo también considerarse como manifestación de voluntad el silencio cuando el que calla debe hablar”; la STS-1ª de 19 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10.287), citando además las de la propia Sala de 30 de noviembre de 1957 (RJ 1957\3.570) y 30 de mayo de 1963, enseñó que “el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente”, así como que “el consentimiento tácito exige la realidad de un acto que ponga de relieve el deseo o voluntad del agente”, pudiendo inferirse de los “facta concludentia” o actos claros e inequívocos que revelen la voluntad de consentir; y en la STS-1ª de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986\2.822), con cita de las de 24 de mayo de 1975 (RJ

1975\2.621), 24 de enero de 1957 (RJ 1957\367), 14 de junio de 1963 (RJ 1963\3.057) y 25 de enero de 1965 (RJ 1965\262), puede leerse que “existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que, al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales y del tráfico, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva, se trata de los llamados hechos concluyentes (“facta concludentia”) y, como tales, inequívocos que, sin ser medio directo de exteriorización del interno sentir, lo da a conocer sin asomos de duda”.

4.- Muy contrariamente a lo que se mantiene en la impugnación del recurso, para la Sala no existen en autos hechos inequívocos de los que deducir que el accionante se ha adherido de forma tácita al Acuerdo Marco. Aún a pesar de que en demanda se afirme –hecho tercero– que «Habiendo finalizado la vigencia del Acuerdo, es decir los 9 años de embarque con garantía de continuidad [...] se ha vuelto a reunir la representación de la Empresa y una representación de trabajadores que han realizado una nueva y actual prórroga del Acuerdo, por el que todos los afectados quedan nuevamente incluidos en el nuevo Acuerdo y embarque para un nuevo periodo de tiempo, que el actor desconoce, dado que él y aproximadamente unas 12 personas más han quedado excluidas de embarque y no han sido informados del exacto contenido del nuevo Acuerdo». A juicio de la Sala, con tales palabras lo único que el actor parece expresar es su creencia de que el Acuerdo le vincula, pero en modo alguno que se adhiera al mismo; es más, entendemos insostenible la existencia de consentimiento tácito a un Acuerdo cuyo contenido se dice desconocer.

TERCERO.- Esta última consideración nos lleva a otra más decisiva en términos del presente recurso, y es la de que la naturaleza extraestatutaria –e inaplicabilidad al actor– del Acuerdo Marco de 25.02.03 es cuestión que se plantea por primera vez en este trámite, siquiera la sentencia de instancia hubiese tratado oficiosamente la cuestión y hubiese llegado a concluir que aquella cualidad –extraestatutaria– no impedía su eficacia generalizada. El actor, ni en la demanda ni en el acto de juicio –que se limita a ratificar aquella– cuestiona la eficacia *erga omnes* del Acuerdo Marco; y ni que decir tiene que ésta

es la postura mantenida por las empresas demandadas. Tan sólo en el recurso la parte actora trata el tema de la naturaleza jurídica del Acuerdo Marco y sostiene –contra lo afirmado en demanda– no estar incluido en su ámbito de aplicación.

Pero con tal planteamiento se olvida que el recurso de Suplicación tiene carácter extraordinario y que es consecuencia de ello –entre otras– que la temática a dilucidar en el mismo se encuentre limitada –aparte de cuestiones procesales y de orden público– al enjuiciamiento de materias jurídicas y fácticas planteadas por las partes en instancia (a título de ejemplo, las SSTs 11.07.89 Ar. 5.453, 22.12.89 Ar. 9.261, 8.04.91 Ar. 3.256, 29.01.93 Ar. 384, 23.09.97 Ar. 6.579 y 14.05.98 Ar. 4.651; y las SSTSJ Galicia –entre las recientes– 14.03.03 R. 423/03, 27.03.03 R. 800/00, 06.06.03 R. 4.832/00, 19.06.03 R. 2.559/03, 12.09.03 R. 5.029/00, 25.09.03 R. 4.862/03, 04.10.03 R. 1.893/01, 24.10.03 R. 4.352/03 y 26.04.04 R. 5.134/01). Por esta razón ni siquiera habría de examinarse la primera –decisiva, en términos de recurso– de las infracciones denunciadas.

CUARTO.- De todas formas la Sala quiere resaltar que la Disposición Adicional primera de los Acuerdos de 15.11.93, entre la “N.E., S.A.” y su Comité de Flota, no llevarían –de todas formas– a la conclusión que el actor mantiene.

Es cierto que tal cláusula literalmente indica que al término de los nueve años de vigencia de los mismos, «si el tripulante causara baja por decisión de la Cia. no basada en motivos disciplinarios, percibirá una indemnización de 45 días por año de servicio a computar desde el...». Pero entendemos que la convención no puede ser entendida en términos literales, sino que ha de serlo en el sentido de que la indemnización procedería en todo caso de baja por decisión «injustificada» de la Compañía. Y ello porque: (a) tal interpretación textual conduciría al absurdo de que habría de contratarse –indemnizarse, en caso contrario– a trabajadores con capacidad laboral disminuida o anulada, sean supuestos de Invalidez Permanente oficialmente declarada o de casos de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación a las modificaciones técnicas, lo mismo que habría de renovarse la contratación aún en circunstancias obstativas que constituyesen fuerza mayor; (b) tratándose de acuerdo suscrito entre empresa y representantes de los trabajadores de nacionalidad española, es lógico entender que las cláusulas concertadas hayan de interpretarse a la luz de

nuestra legislación, en la que los eventos de Jubilación, Invalidez Permanente, fuerza mayor, causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, amén de las causas objetivas, son determinantes de la válida extinción del contrato de trabajo (art. 49 ET); (c) si la finalidad del Acuerdo de 1993 era garantizar la futura actividad laboral de los trabajadores afectados, no es razonable hacer una «lectura» del mismo que lleve a consecuencias mucho más beneficiosas que las obtenibles en la propia empresa de procedencia y por aplicación de las leyes nacionales, protegiendo el contrato de trabajo en la empresa de destino de forma muy superior a lo que estaba en aquélla, de forma que la relación laboral permaneciese «acorazada» incluso frente a supuestos que con arreglo a las leyes españolas serían legítima causa extintiva; (d) la inexigibilidad de la contratación una vez se ha alcanzado la cualidad de pensionista de Jubilación responde a la obvia finalidad de tal instituto y al principio general de incompatibilidad que se proclama en el art. 165 LGSS; y (e) el planteamiento de la parte actora, invocando la normativa nacional exclusivamente en los aspectos que le beneficiarían y rechazando nuestra legislación en todo lo que le perjudica, parece inaceptable utilización de la denominada técnica del «espigueo».

QUINTO.- De lo anteriormente razonado se deduce que tanto por aplicación –correctamente interpretada– de la Disposición Adicional Primera del Acuerdo de 15.11.93, cuanto por expresa exigencia del Acuerdo Marco de 2003, la nueva contratación del actor en mayo de 03 se hacía inviable, porque estaba ya jubilado y porque en tal situación no cabía suscribir Convenio Especial de Emigrantes –condición indispensable para suscribir el correspondiente contrato de embarque, conforme a la estipulación 4ª del Acuerdo Marco–, tal como prescribe el art. 6.c) OM 28.07.98. En consecuencia y siquiera sea por argumentación distinta, la Sala considera que el fallo de instancia es ajustado a Derecho; y por lo mismo,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por don F.P.P., confirmamos la sentencia que con fecha 27.02.04 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de A Coruña, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a “N.E., S.A.” y a “L.S.C., S.A.”.

