

juicio, relativa a que no quedó justificado que existieren razones técnicas, organizativas, productivas o económicas, para fundamentar la modificación; porque, si bien es cierto que la sala podría acordar la nulidad de la resolución impugnada, por el hecho de no haber sido abordado este importante tema en la instancia, para que el señor juez "a quo" lo hiciere; sin embargo también lo es que, como por la parte actora no se puso en duda, durante el período de consultas, previo a la decisión, la oportunidad de la medida de este concreto extremo, no obstante poder hacerlo, al tener a su alcance la base necesaria para efectuarlo, pues la empresa hizo entrega al comité, en la primera reunión, celebrada el 17 de febrero de 1999, de una memoria explicativa de las causas de la modificación; sino que se limitó a efectuar una contrapropuesta, en el sentido de que aceptaría un turno fijo de prestación de servicios los "viernes, sábados y domingos", estableciendo, como requisito principal y único, la adscripción a dicho turno fijo de los trabajadores que quisieran aceptar, y que el resto tendría una jornada, de lunes a jueves, con una jornada diaria de 8 horas, los viernes una jornada de tres, con lo que se llegaría a una jornada semanal de 35 horas, con los tres turnos que había antes de la modificación; llega a la conclusión de que el requisito, relativo a la prueba de la presencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, concurrió, pues no en vano se precisaron las mismas en dicha memoria, que, realmente, fué aceptada, en este extremo, al no ser contradicha; y de que, dado que no se observa, con lo anterior, que pudiere existir una efectiva indefensión para cualquiera de las partes, por el hecho de no haber sido analizado el tema en la instancia, tampoco se estima necesario, acordar la mencionada nulidad; procede estimar el recurso planteado y desestimar la demanda.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por la empresa "E.C., S.A.", contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 5 de Vigo, en fecha 19 de mayo de 1999; con revocación de su fallo; y con desestimación de la demanda, formulada por don E.A.A.; debemos absolver y absolvemos a la empresa citada, de sus peticiones.

2737 RECURSO N° 1.537/99

S. S.

PROCEDENCIA DA ALTA DE OFICIO NO RÉXIME XERAL POR CONTA DA XUNTA DE GALICIA, Ó EXISTIR CONTRATO DE TRABALLO E NON TRABALLO AUTÓNOMO.

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

A Coruña, a uno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 1.537/99, interpuesto por XUNTA DE GALICIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 731/98 se presentó demanda por XUNTA DE GALICIA en reclamación de alta S.S. siendo demandado el TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y don J.M.R.I. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de enero de 1999 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El demandado don J.M.R.I., viene prestando servicios para la Consellería de Xustiza, Interior y Relaciones Laborales, realizando todas las actividades relacionadas con el mantenimiento del Palacio de Justicia, tanto en lo relativo a las instalaciones como el mobiliario (repone bombillas, repara muebles, persianas y material de oficina, se encarga del funcionamiento de la calefacción, realiza instalaciones eléctricas), y remite el papel de oficio a todos los Juzgados de la provincia. Esporádicamente realiza labores de mantenimiento en la Policía autonómica.- Para realizar dichos trabajos el demandado, tiene un horario estricto, teniendo eso sí que estar localizado de lunes a viernes por las mañanas a

través de un teléfono móvil, para recibir las órdenes de los turnos a realizar, sin que tenga que estar constantemente en el centro de trabajo.- Para realizar su trabajo le son proporcionados todos los repuestos, materiales y herramientas por la Delegación Provincial, no disponiendo el mismo de una organización propia. No realiza ningún tipo de trabajo para otros empleadores. Cobra a través de la presentación de facturas en las que se detallan los actos realizados durante el mes, señalando un precio global para todos ellos. En el período enero a septiembre de 1997, la cuantía abonada oscila entre 162.168.-ptas. y 179.336.-ptas., siendo únicamente el mes de agosto cuando fija una cuantía inferior. En enero de 1998 percibió 157.600.-ptas., y 25.216.- ptas. en concepto de IVA. En febrero, 137.600.-ptas. y 22.016.-pts. de IVA. En agosto 98, 84.200.-ptas. y 13.472.-ptas. de IVA. El demandado estaba dado de alta en el RETA.- SEGUNDO.- A consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo se levantaron varias Actas de Inspección (114, 115, 116, 117 y 118/98) y se dio traslado a la Tesorería General de la Seguridad Social para que procediese a dar al demandado de alta de oficio en el Régimen General. Por Acuerdo de la Tesorería General de la Seguridad Social de 26.06.98, se formalizó su alta de oficio en dicho Régimen del demandado, con efectos de 01.03.95, a través de la Consellería de Xustiza, Interior y Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia.- TERCERO.- Formulada reclamación previa en fecha 31.07.98, fue desestimada por Resolución de fecha 20.12.98, presentando demanda la Xunta de Galicia en fecha 26.11.98.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda formulada por la XUNTA DE GALICIA, contra don J.M.R.I. y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones ejercitadas contra ellos por la parte actora.

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, desestimando la demanda formulada por la Xunta de Galicia, confirmó el alta de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social del codemandado don J.M.R.I., y frente a ella recurrió el letrado asesor del Gabinete Xurídico de la Xunta de Galicia a través de una inicial revisión fáctica, atinente al primero de los declarados

probados, y en denuncia de infracción de los arts. 7, 10 y 98 de Ley General de la Seguridad Social, en relación con el Decreto 2.530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, y de la Ley de la Función Pública de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, modificada por la Ley 4/1991, de 8 de marzo, y por la Ley 3/1995, de 10 de abril y 7 y 8 del III Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia.

SEGUNDO.- No puede prosperar una modificación de la versión fáctica elaborada por el juez “a quo” sustentada en un escrito de manifestaciones de la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relaciones Laborais de la Xunta de Galicia (folio 23), pues ni a tales efectos puede calificarse de “documento” hábil (art. 194.3 de la L.P.L.) ni su contenido trasciende de la mera opinión de un Delegado Provincial (no ratificada a presencia judicial y, aunque se hubiera ratificado, no ostentaría más carácter que el de prueba testifical, inadecuada a los efectos revisorios) subjetivamente proyectada a dirimir la cuestión litigiosa sobre la base de considerar al actor un empresario sin vínculo laboral alguno con la Consellería.

TERCERO.- La sentencia de instancia reputa probado que el actor realiza por cuenta de la Consellería de Xustiza, Interior e Relaciones Laborais servicios consistentes en actividades relacionadas con el mantenimiento del Palacio de Justicia (Audiencia Provincial de Ourense) tanto en lo relativo a instalaciones como al mobiliario (repone bombillas, repara muebles, persianas y material de oficina, se encarga del funcionamiento de la calefacción, realiza instalaciones eléctricas) y remite el papel de oficio a todos los Juzgados de la Provincia. Esporádicamente realiza labores de mantenimiento en la policía autónoma. No tiene horario estricto, aunque debe estar localizable por las mañanas, de lunes a viernes, a través de un teléfono móvil para recibir las órdenes referentes a los turnos a realizar. La Delegación Provincial le proporciona todos los repuestos, materiales y herramientas para realizar su trabajo. No presta ningún tipo de servicios para otros empleadores. Carece de organización propia. Los servicios le son retribuidos mediante la presentación de facturas en las que detalla las actividades realizadas cada mes. Estaba de alta en autónomos y en determinadas mensualidades giró el IVA.

CUARTO.- Con tales datos, acierta el juzgador de instancia al mantener la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social dando de alta al codemandado en el Régimen General por cuenta de la Xunta de Galicia (Consellería de Xustiza), pues resulta obvia la concurrencia de las

notas características de la prestación de servicios laborales por cuenta ajena: régimen de dependencia o subordinación mediante la incorporación plena y continuada a la organización empresarial a cambio de una retribución (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). El codemandado realiza la prestación que se le ordena sin mas medios que su disponibilidad personal y recibe instrucciones durante su jornada laboral (de lunes a viernes en situación localizable), careciendo de iniciativa en orden a la distribución de su tiempo o al cometido a ejecutar.

No enerva lo expuesto ni la afiliación (inducida o no) al RETA, que la T.G.S.S. corrige de oficio, ni el sistema retributivo (abono mensual previa presentación de facturas), pues aún la remuneración por resultado, que no se encuentra entre los sistemas más típicos del contrato de trabajo que suelen ser la remuneración por tiempo o por rendimiento, no es incompatible con el mismo desde el momento en que, concurriendo las notas de ajeneidad y dependencia, el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie... cualquiera que sea la forma de la remuneración (S.T.S. de 31.03.97).

Por último, no se acierta a comprender el argumento contrario a la existencia de relación laboral basado en que la Xunta, en cuanto que Administración Pública, está sujeta a criterios de contratación selectivos regidos por concurso-oposición a través de convocatorias públicas, pues no puede utilizarse en provecho propio y en perjuicio de tercero la propia conducta infractora de normas vinculantes: las Administraciones Públicas, cuando actúan como empleadoras de trabajadores vinculados laboralmente, se rigen por las normas propias del Derecho del Trabajo (S.T.S. de 12.12.97), y tales normas imponen la vinculación laboral cuando concurren los requisitos que la conforman, al margen de la apariencia fraudulenta ideada o elaborada por la Administración. En tesis de la Xunta de Galicia, como el art. 9 de la Ley de la Función Pública de Galicia –que expresamente invoca- impone la formalización por escrito de los contratos de naturaleza laboral, basta con no formalizarlo deliberadamente para que la relación -sea cual sea su verdadera naturaleza- no sea laboral, tesis que, más que un argumento, es un sarcasmo.

En definitiva y por lo expuesto.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la XUNTA

DE GALICIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Ourense de fecha 22 de enero de 1999, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

2738 RECURSO N° 3.519/96

S. S.

CARENZA ESIXIBLE ÓS EFECTOS DE CAUSAR DEREITO A PENSIÓN DE XUBILACIÓN.

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

A Coruña, a diez de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.519/96 interpuesto por doña A.G.J. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 252/96 se presentó demanda por doña A.G.J. en reclamación de JUBILACIÓN siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 10 de mayo de 1996 por el Juzgado de referencia que DESESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- La actora doña A.G.J., nacida el 07.01.21, solicitó pensión de Jubilación en fecha 05.12.95, que fue resuelta por Acuerdo de 03.01.96, en el sentido de “denegar por no acreditar el período mínimo de cotización establecido para causar derecho a pensión de Jubilación en el número Uno de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley General de la Seguridad Social... (Se le exigen 5.475 días de cotización efectiva y 341 días computando los días-cuota por pagas extraordinarias)”. 2º.- La actora acredita las siguientes cotizaciones:

Autónomos	01.10.79	a 30.11.82
Hogar discontinuo	01.04.83	a 28.02.84
R. Gral. T. parcial	12.01.87	a 31.07.94
“	01.02.93	a 31.07.94
Desempleo	01.08.94	a 30.01.95
T. Parcial	01.08.94	a 30.01.95
“	31.01.95	a 15.03.95
Desempleo	16.03.95	a 30.08.95
“	01.10.95	a 23.11.95

3º.- formulada reclamación previa en fecha 15.02.96, fue desestimada por Resolución de fecha 31.01.96, presentando demanda la actora en fecha 09.04.96

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda formulada por doña A.G.J., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a los Organismos demandados de las pretensiones ejercitadas contra ellos por la actora.”.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- 1.- La decisión de instancia negó el reconocimiento de la pensión de Jubilación solicitada, aceptando –como previamente había resuelto la EG– que la carencia exigible era de 5.474 días cotizados y que la actora únicamente acreditada 3.911 días. Resolución judicial que es objeto del presente recurso, en el que la accionante se limita a denunciar como infringida la Disposición Transitoria Cuarta del RD-Legislativo (1/1994, de 20-junio), con el argumento de que la afiliación a la Seguridad Social previa a la entrada en vigor de la LRP (Ley 26/1985, de 31-julio) habría de comportar derecho adquirido a la exigencia de una menor cotización para lucrar la prestación. 2.- Ha de recordarse que tal norma –bajo el epígrafe de “Aplicación paulatina de los períodos de cotización exigibles para la pensión de jubilación”– establece que: “1. Para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón, Agrario y Mar, y del extinguido de Ferroviarios, el período mínimo de cotización exigible para causar derecho a jubilación será el que resulte de sumar al período mínimo establecido en la legislación anterior a la

entrada en vigor de la Ley 26/1985, de 31 de julio, la mitad del tiempo transcurrido entre dicha fecha de entrada en vigor y la del hecho causante de la jubilación, hasta que el período así determinado alcance los quince años. 2. El período mínimo de cotización exigible para causar derecho a jubilación a quienes, en el momento de la entrada en vigor de la Ley 26/1985, de 31 de julio, tuvieran cumplida la edad de sesenta o más años y estuvieran incluidos en los Regímenes Especiales de Autónomos, Empleados de Hogar, o en los extinguidos de Artistas, Representantes de Comercio, Toreros y Escritores de Libros, o, como trabajadores por cuenta propia, en los Regímenes Especiales Agrario y del Mar, será el que resulte de sumar al período mínimo exigido en la legislación anterior el lapso de tiempo que, en aquel momento, les faltara para cumplir los sesenta y cinco años de edad.”

Esta referencia normativa ha de completarse con las precisiones fácticas –incuestionadas– de que la trabajadora ha nacido en..., acredita 3.911 días cotizados (341 por pagas extras), que estuvo de alta en el RETA en el período octubre-79/noviembre-82, en el REEH entre abril/83 y febrero/84, que permaneció en el RG a partir de enero/87 y hasta noviembre-95, y que ha solicitado la pensión que se discute el 5-diciembre-95.

3.- A la vista de ello disentimos del planteamiento y pretensión recurrentes, pues de aquella norma transitoria –literal reproducción de la DT Segunda Ley 26/1985– no se deriva derecho alguno para la trabajadora, tal como con todo acierto resolvió el Magistrado de instancia. Efectivamente, a la fecha de entrada en vigor de la innovación carencial introducida por la LRP de 1985 –exigiendo para lucrar la pensión mayores cuotas que la legislación anterior– la ahora demandante no se hallaba de alta en la Seguridad Social, habiendo cesado su permanencia en el RETA en noviembre/82 y en el REEH en febrero/84, y habiéndose afiliado al RGSS en enero-87. De esta forma, nos resulta claro que: (a) no puede aplicársele la DT Cuarta-2, inequívocamente requirente de que “en el momento de la *entrada en vigor* de la Ley 26/1985, de 31 de julio, tuvieran cumplida la edad de sesenta o más años y *estuvieran incluidos* en los Regímenes Especiales de Autónomos, Empleados de Hogar [...]; y (b) tampoco puede pretenderse incardinarse el supuesto en la DT Cuarta-1, siendo así que cuando se publica la Ley 26/1985 –de la que es reproducción, repetimos, la norma cuya interpretación se cuestiona– la accionante todavía no se había dado de alta en el RGSS, por lo que no puede pretenderse el mantenimiento de derecho o expectativa legítima algunos que mal

podían incorporarse al patrimonio de quien a la sazón no figuraba de alta –Régimen General– en los términos que la norma contempla; y ello con independencia de que a la fecha del hecho causante (5-diciembre-95) el apartado primero de la DT había ya dejado de tener aplicación, por cuanto que a los diez años de carencia exigidos por la legislación anterior (art. 154.1 LGSS/74) habría que añadirle la mitad del tiempo transcurrido entre la entrada en vigor de la LRP (31-julio-85) y la citada fecha del hecho causante (diciembre-95), con lo que se superan los quince años que constituyen final de la aplicación transitoria y paulatina de los períodos de cotización exigibles. Por todo ello,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por doña A.G.J., confirmamos la sentencia que con fecha 10-mayo-1996 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Orense, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolió al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

2739 RECURSO N° 3.773/97

S. S.

PROCEDENCIA DO RECOÑECIMENTO DE INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL TRALO ESGOTAMENTO DO PRAZO MÁXIMO DE DURACIÓN DA INCAPACIDADE TEMPORAL.

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

A Coruña, a diez de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.773/97 interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 183/97 se presentó demanda por don F.O.R. en reclamación de INVALIDEZ siendo demandado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de junio de 1997 por el Juzgado de referencia que ESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Que el actor, nacido el 16 de abril de 1961 y afiliado al Régimen General de la Seguridad Social como Peón de la construcción, inició situación de incapacidad Temporal, el 12 de diciembre de 1994, como consecuencia de haber sufrido un infarto agudo de miocardio, situación que le fue prorrogada mediante resolución de 31 de julio de 1996, con efectos económicos de 8 de junio de 1996./2º.- Que previo dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades el día 14 de noviembre de 1996, la Dirección Provincial del I.N.S.S. aprobó la propuesta de la Comisión de Evaluación de Incapacidades en fecha 13 de enero de 1997, declarando al actor no afecto de invalidez permanente en ninguno de los grados previstos legalmente, y extinguida la prestación de incapacidad temporal con fecha 31 de diciembre de 1996./3º.- Que don F.O.R. padece las siguientes dolencias: en diciembre de 1994 sufre un infarto agudo de miocardio. Hospitalizado ese mismo día se le practicó cateterismo cardíaco y coronariografía, mostrando un ventrículo inferior con diámetros normales, sin alteraciones segmentarias de la contractilidad y con función sistólica conservada, y coronarias sin lesiones significativas. Ergometría con gasto de 11 mts y negativa clínica y eléctrica. Se concluye con diagnóstico de Cardiopatía isquémica, posible vasoespasmo coronario. Ergometría 1995: clínica y eléctrica negativa con gasto de 13 mts. En la actualidad sigue tratamiento farmacológico./4º.- Que la base reguladora de la prestación que solicita es de setenta y cuatro mil trescientas veintinueve pesetas (74.329 ptas.) mensuales./5º.- Que se formuló la preceptiva Reclamación Previa en fecha 3 de febrero de 1997, siendo desestimada por Resolución de fecha 20 de febrero de 1997.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda formulada por don F.O.R., contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debía declarar y declaro al demandante afecto de Invalidez permanente, derivada de enfermedad común, en grado de Incapacidad Permanente Total, con el derecho a percibir una prestación mensual

equivalente al 55% de la base reguladora de setenta y cuatro mil trescientas veintinueve pesetas (74.329 ptas.), con efectos desde el 1 de enero de 1997, sin perjuicio de las mejoras correspondientes, condenando al I.N.S.S. a abonársela y a estar y pasar por esta declaración acatándola y cumpliéndola”.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La decisión de instancia declaró que el accionante se hallaba afecto de IPT, basándose en que había agotado el plazo máximo de duración prevista para la Incapacidad Temporal y que esta circunstancia determinaba –por el juego de los arts. 131 bis y 134.1 LGSS/94– obligadamente aquel reconocimiento, en conclusión incluso reforzada por la consideración de que en el vigente texto –art. 131 bis.2 LGSS/94– ha sido suprimida la expresión “eventual” calificación de IP que figuraba en el art. 133.2 LGSS/74. Criterio y decisión que recurre la EG, denunciando en único motivo la interpretación errónea de los art. 134.1, 137.4 y 131 bis.2 LGSS. 1.- El aquietamiento a los expresos HDP obliga a partir de la base de que el actor es Peón de la Construcción, ha nacido en 1961, agotó sin haber obtenido alta por curación la Incapacidad Temporal determinada por IAM en 12-diciembre-94 y sus actuales padecimientos se concretan en cardiopatía isquémica y posible vasospasmo coronario, con ergometría –1995– clínica y eléctrica negativa, con gasto de 13 mets, hallándose a tratamiento farmacológico. 2.- Tales padecimientos nos llevan a confirmar la decisión de instancia, si bien ello no es factible por los mismos argumentos. Discrepamos de la importancia atribuible al hecho de que la expresión “eventual” no figure ya en el actual texto de 1994, habida cuenta de que la misma se utilizaba porque la norma admitía –a lo que entendemos– la doble posibilidad de reconocer IP ordinaria y la que la doctrina conocía como IP presunta (provisional), y el adjetivo “eventual” iba referido a la primera, al normar concretamente el art. 133.2 LGSS/74 que “se examinará necesariamente el estado del inválido provisional a efectos de una eventual calificación de invalidez permanente, conforme a lo determinado en el primer párrafo del nº 3 del artículo 132, o del pase a la situación prevista en el apartado a) del mismo número artículo”. Excluido tal argumento, y a pesar de que la interpretación que el Magistrado hace respecto de los preceptos en cuestión ofrezcan –a juicio de la Sala, que mantuvo antaño

el mismo parecer– innegable razonabilidad, lo cierto y verdad es que ha de seguirse obligadamente el criterio hermenéutico fijado en unificación de doctrina (entre otras, SSTS 20.02.95 Ar. 1.166 y 3 febrero 1993 Ar. 738, para trabajadores del RGSS; y SSTS de 16-noviembre-92 Ar. 8.812 y 29-junio-94 Ar. 5.505, para trabajadores del RETA), manteniendo que el agotamiento del plazo máximo no implica el pase automático de la IT a la IP, sino que ha de ser el estado del enfermo el que determine –en su caso– la procedencia de la invalidez y su correlativo grado (doctrina de la que nos hemos hecho eco en multitud de sentencias, de ociosa cita). 3.- Esta doctrina nos lleva a confirmar el reconocimiento de IPT efectuado en la instancia, porque lo cierto y verdad es que la concreta situación del trabajador (nos remitimos obviamente a su patología cardíaca) es incompatible con los inevitables esfuerzos que ha de realizar un Peón de la Construcción, cuyos cometidos se caracterizan precisamente por su falta de cualificación y por el empleo de la fuerza física, de manera que entendemos perfectamente ajustada a derecho la declaración de la indicada IPT. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmamos la sentencia que con fecha 16-junio-1997 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Santiago de Compostela, a instancia de don F.O.R. y por la que se acogió la demanda formulada.ç

2740 RECURSO N° 3.418/96

S. S.

INEXISTENCIA DE TRABALLO FAMILIAR, ÓS EFECTOS DA PROCEDENCIA DE PERCEPCIÓN DE PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO.

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

A Coruña, a trece de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.418/96 interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO (INEM) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Dos de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 188/96 se presentó demanda por INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO en reclamación de DESEMPLEO siendo demandada doña F.B.B. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de abril de 1996 por el Juzgado de referencia que DESESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- La demandante, F.B.B., prestó servicios desde el 14.10.92 hasta el 31.05.94 para la patronal “E.B.B.”; y el 12.01.93 se constituyó Sociedad Limitada “M.B.” entre E.B.B” (padre de la actora), E.B.G. (hermano de la actora) y la propia actora, teniendo divididas las participaciones por partes iguales./**SEGUNDO.**- La actora vive en Redondela, parroquia de..., está casada y tiene una hija, y el padre de la actora (E.B.B.) vive en la parroquia de..., Municipio de Mos./**TERCERO.**- E.B.B., como representante de la empresa “M.B., S.L”, trató expediente de regulación de empleo nº 695/93 en el que se solicitaba la autorización para suspender el contrato de trabajo de la trabajadora F.B.G. desde el 01.12.93 y por un período de 6 meses; se dio dicha autorización por resolución de 01.02.94 de la Dirección Provincial de Trabajo y se le reconoció a la trabajadora el derecho a solicitar la prestación por desempleo./**CUARTO.**- El 03.03.94 la actora solicita la prestación por desempleo y le fue reconocida por resolución del 12.04.94, por un período de 120 días y sobre la base reguladora diaria de 3.005 ptas./**QUINTO.**- El 17.06.94 solicitó el subsidio por desempleo y le fue reconocido desde el 17.06.94 hasta el 24.11.95./**SEXTO.**- El importe de la prestación por desempleo que le fue abonada a la actora ascendió a 273.141 ptas. y el subsidio a 801.633 ptas.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** Debo desestimar y desestimo la demanda que sobre DESEMPLEO ha sido interpuesta por INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO contra F.B.B., a la que absuelvo.

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

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme el INEM con que, en la sentencia de instancia, se desestime su demanda – dirigida a que se revoque la concesión de prestaciones de desempleo, que efectuó a la demandada por resolución de 12 de abril de 1994, así como la concesión de subsidio por desempleo, que efectuó a ésta por resolución de 19 de julio de 1994; y a que se condene a la citada demandada a devolverle la suma de 1.074.774 pesetas por ella percibida por tales conceptos-, formula recurso de suplicación por la vía del apartado c) del artículo 19 del TRLPL denunciando infracción del artículo 3 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto (vigente artículo 205 de la LGSS), en relación con el 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- Estima la Sala, a la vista de los datos objetivos, que se aportan en la no controvertida relación fáctica de la sentencia de instancia, sobre la cuestión debatida –que se sintetizan en que la demandada vino prestando servicios, desde el 14 de octubre de 1992, para la empresa E.P.B.; que siguió haciéndolo, a partir del 12 de enero de 1993, en que la denominación Social de dicha empresa pasó a ser “M.B., S.L.”, y a estar constituida por E.B.B., padre de la misma, por su hermano E., y por ella, con igual número de participaciones cada uno; en que, en expediente de regulación de empleo, solicitado por E.B.B., como representante de la empresa, se autorizó a ésta a suspender por seis meses el contrato de trabajo de la demandada desde el 1 de diciembre de 1993, reconociendo a la misma el derecho a solicitar la prestación por desempleo, cosa que efectuó el 3 de marzo de 1994, siéndole reconocida por resolución de 12 de abril de 1994, por un período de 120 días; en que el 17 de junio de 1994 solicitó subsidio por desempleo, el que se le reconoció desde esta fecha hasta el 24 de noviembre de 1995; y en que la demandada, casada y con un hijo, vive en un domicilio distinto a los de su padre y hermano-, que no existe base para acoger el recurso planteado, pues no comparte la alegación del Organismo demandante, relativa a que, en el momento de la solicitud de la prestación por desempleo, se daban en la relación, que unía a la demandada con la empresa “M.B., S.L.”, los requisitos necesarios para excluir a la misma del ámbito laboral, por tratarse de una entidad de carácter familiar, en que ella es socio capitalista; pues, ni es dato suficiente para ello el hecho de que exista relación familiar entre los socios, sobre todo, una vez que no se está en el caso de tener en cuenta la presunción “iuris tantum”, que se establece en el

artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores, de excluir del ámbito de éste a los trabajos familiares, una vez que no resultó acreditado que la demandada conviviere con su padre o hermano; y de que, en todo caso, nada aparece acreditado, salvo la realidad del vínculo parental entre ellos, que abunde en el carácter familiar de la misma; ni tampoco lo es la circunstancia, de que, la demandada sea, aparte de trabajadora, socio capitalista de la empresa, dado que, por una parte, es ésta una circunstancia que, en principio, no basta por sí sola, para excluir a la misma del ámbito de la protección por desempleo -afirman las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997, 18 de marzo de 1998, etc., que el fraude no se presume y debe ser probado por la parte que lo alega, no bastando deducirlo simplemente de la relación de parentesco existente-; y, por otra, no existen en el caso que se analiza, datos -porque no puede ser incluido como tal el hecho de que, en su momento, hubiere sido aprobado un expediente de regulación de empleo de la demandada, suspendiendo su trabajo por seis meses y reconociéndole derecho a solicitar prestación por desempleo, dado que, incluso, apunta en sentido distinto a la pretensión de la entidad recurrente-, que pudiere servir para completar el relativo a la presencia de la relación de parentesco, y para poder así llegar a la conclusión, no lograda, de que el fraude existió.

Por lo expuesto.

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por el INEM, contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Duez de lo Social nº. 2 de Vigo, en fecha 30 de abril de 1996, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

2741 RECURSO N° 3.489/96

S. S.

PROCEDENCIA DA IMPOSICIÓN DE RECARGO DE PRESTACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABALLO, A CAUSA DE INFRACCIÓN EMPRESARIAL DA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS.

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

A Coruña, quince de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.489/96 interpuesto por "I., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.L.F.B.M. en reclamación de Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad siendo demandado "I., S.A.", INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "A" MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 235/94 sentencia con fecha veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y cuatro por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- El demandante, J.L.F.B.M., cuyas circunstancias personales figuran en el encabezamiento de la demanda, nacido el 30 de enero de 1950 y afiliado a la Seguridad Social con el número... vino prestando servicios por cuenta de la empresa codemandada "I., S.A.", como peón especializado, cuya patronal tiene asegurado el riesgo de accidentes de trabajo con la Mutua Patronal "A."/ 2º.- El día 19 de septiembre de 1990 el actor sufrió un accidente de trabajo cuando se disponía a llenar el depósito de combustible de la pala Carterpillar (988 BB). Para efectuar dicha operación M.L.V., en la cabina de la pala, accionaba los mandos, mientras J.L.F.B.M., situado en el cazo de la misma con un bidón de gasoil y una manguera, realizaba el trasiego del combustible. En ese momento el palista bajó el cazo y el trabajador que se encontraba en él perdió el equilibrio, cayendo al suelo./ En la cantera donde sucedieron los hechos actuaba de encargado cuando no estaba J.L.F., que lo es general, el palista, quien dio orden al demandante de realizar la labor de echar combustible a la máquina en la forma que lo hizo, lo que, además, era procedimiento habitual./ 3º.- El trabajador permaneció en situación de incapacidad laboral transitoria hasta el día 13 de mayo de 1991, fecha en la que fue dado de alta con secuelas y propuesta de incapacidad

permanente, iniciándose actuaciones en este sentido por la Mutua Patronal codemandada y emitiéndose informe por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades el 14 de junio de 1991./ Con fecha 12 de septiembre de 1991 la Dirección Provincial del I.N.S.S. dictó Resolución por la que se declara al trabajador afectado de incapacidad permanente total para la profesión habitual, con derecho a percibir una renta vitalicia del 55% de una base reguladora de 94.776 pesetas mensuales con efectos de 13 de mayo de 1991./ 4º.- como consecuencia del accidente se produjo fractura luxación de ambos codos; fractura del tercio proximal de cúbito derecho más fractura de cabeza de radio; fractura del tercio proximal cúbito izquierdo con fractura de cúpula. Afectación de cápsulas y rotura de ambos ligamentos./ Como secuelas queda limitación en codo derecho de 60% de la flexión y 140º extensión (limitación global inferior al 50%); en codo izquierdo, flexión 90º, extensión 120º (limitación global inferior al 50%); pronosupinación limitada en menos del 50% en ambos codos./ 5º.- Por Sentencia de este Juzgado de lo Social de 01.04.92 se desestimó la petición de declaración de incapacidad permanente absoluta y se apreció la excepción de defectuosa reclamación previa respecto de la acción ejercitada sobre recargo de prestaciones./ Recurrida en suplicación, fue desestimado el recurso, confirmando la resolución de instancia por otra de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 07.04.94./ 6º.- Levantada acta de infracción por la inspección de Trabajo fue recurrida la sanción impuesta, siendo interpuesto recurso Contencioso Administrativo, que terminó en Sentencia estimatoria de la Sala correspondiente, de 18 de junio de 1993, que obra incorporada en el ramo de prueba de la demandada "I., S.A."/ 7º.- Por Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. de Lugo, notificada el 24 de diciembre de 1993, se denegó la petición de declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad./ Interpuso reclamación previa el actor el 1 de febrero de 1994, desestimada por acuerdo de 5 de abril, cuando ya había sido formulada la demanda que da origen a las presentes actuaciones".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando la demanda formulada por J.L.F.B.M. contra la Empresa "I., S.A." INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL "A.", declaro que el accidente que originó la incapacidad permanente total para la profesión habitual que padece el

actor fue debido a falta de medidas de seguridad imputable a la empresa, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la patronal "I., S.A." a abonar el recargo del 30% en la prestación causada, a cuyos efectos deberá constituir el capital coste correspondiente en la Tesorería General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que la citada pensión equivale al 55% de una base reguladora de NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTAS SETENTA Y SEIS PESETAS (94.776 pesetas) mensuales".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimando la pretensión ejercitada condenó a abonar un recargo del 30% de a prestación por IPTTH, la Empresa recurrente interesa –vía art. 191.b) LPL- que se revisen los hechos declarados probados. Y en el apartado de examen del derecho, el recurso denuncia –con la cobertura del art. 191.c) LPL- la aplicación indebida de los arts. 281 y 284 de la Ordenanza para la Industria de la Construcción, y arts. 7 (números 2 y 11) y 10 (números 2 y 3) de la OGSH, en relación con los arts. 4.2.d) y 19.1 ET.

SEGUNDO.- En primer término, la Empresa solicita que se suprima del ordinal segundo que el palista hacía funciones de Encargado en ausencia del mismo. La modificación pretendida no es admisible, porque para justificarla el recurso se limita a argumentar que la categoría profesional del palista –don M.L.- era la de Ayudante y no la de Encargado, y a tal efecto se invoca la fotocopia del Libro de matrícula que figura incorporada a las actuaciones. Esta documental únicamente pone de manifiesto la categoría profesional reconocida, pero en manera alguna evidencia que sus funciones reales o cometido encomendado no fuese precisamente el afirmado por el Magistrado en su resolución, sustituir al Encargado ausente. Es más, aunque sea de innecesaria referencia por no haberse acreditado error valorativo alguno por parte del Juzgador y ser inviable la corrección fáctica propuesta- la Sala considera oportuno destacar que esa misión sustitutoria en la dirección fue inequívocamente admitida por los dos únicos testigos del proceso deponiendo ambos a instancia de la empresa-, al declarar el propio palista en el acto de juicio que "cuando no está el encargado, por ser el más antiguo, es el que da instrucciones de cómo hacer las cosas"; afirmación corroborada por el otro testigo –don

A.L.-, quien indica que “el encargado L. no solía estar allí, y entonces si se precisaban instrucciones las daba su hermano M.”.

TECERO.- Diversa suerte corresponde a la segunda de las variaciones fácticas pretendidas, las relativas a que en el mismo ordinal segundo de los HDP se haga precisión de que “no consta que el procedimiento [empleado para cargar combustible] fuese el habitual o que fuera conocido por los responsables de la empresa”. Texto que se pretende incorporar al relato de hechos basándose en la falta de prueba de la afirmación judicial y en las manifestaciones –en línea con la redacción propuesta- efectuadas por la STSJ Galicia (Sala Contencioso-administrativa) de 18-junio-1993 R. 1.061/91, que dejó sin efecto la sanción impuesta a la Empresa por supuesta infracción de medida de seguridad. 1.- Ha de recordarse que los hechos determinantes de las presentes actuaciones tuvieron lugar en 19-septiembre-90 y, por lo tanto, con antelación a la entrada en vigor de la LPRL (Ley 31/1995, de 8-noviembre), lo que obsta sea argumentable – *tempus regit factum*- su art. 42.5 y el mandato de que “La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativo a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del Sistema de la Seguridad Social”. 2.- Ahora bien, tal como tenemos recordado en precedentes ocasiones (así, en sentencia de 30-junio-98 R. 5.505/95), es obligada consecuencia del principio *non bis in idem* que cuando el ordenamiento jurídico permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos se enjuician y califican con independencia unos mismos hechos, en la apreciación de tales hechos no es admisible la autonomía entre los citados procedimientos, pues resulta claro –dice la STC 77/1983, de 3-octubre- que “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”, hasta el punto de llegar a indicarse por la STC 158/1985 (26-noviembre) –profundizando más en esta línea- 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, o que una persona fue su autor o no lo fue, 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. Para la referida doctrina del Tribunal Constitucional (STC 158/1985) la solución adecuada a este tipo de conflictos ha de

venir dada por el legislador –como en parte ha venido a serlo con el ya citado art. 42.5 LPRL-, pero en tanto no se establezcan por vía legal los mecanismos adecuados, el único medio arbitrable es el de que “...si existe una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución, o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos...”; pero –se añade por el TC- “...no se trata, pues, de que una jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos de ser motivada, de acuerdo, por otra parte, con la reiteradísima doctrina de este Tribunal Constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en derecho”. 3.- Ha de señalarse –como recordábamos en la precitada sentencia de 30-junio-98 R. 5.505/95- que el criterio del Tribunal Constitucional antes referido ha sido aplicado más recientemente por la jurisprudencia ordinaria para toda clase de cuestiones y que incluso (SSTS de 5-febrero-96 Ar. 1.021, 13-marzo-96 Ar. 2.069, 31-mayo-96 Ar. 4.711, 8-julio-96 Ar. 5.754 y 19-septiembre-96 Ar. 6.573 y 6.574) se ha sostenido que “si bien es cierto que la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales, por lo cual cuando se cuestiona [...] la validez de una resolución administrativa [...] pueden dichos órganos decidir sobre si dicha resolución es o no ajustada a Derecho, no lo es menos que en aquellos supuestos [...] en los que ya se hubiera producido pronunciamiento del orden jurisdiccional con competencia genuina al respecto, resulta obligado partir de dicho pronunciamiento para dar respuesta a la pretensión [...] pues de otro modo quedaría vulnerada la intangibilidad de una sentencia firme, infringiéndose el art. 24.1 de la Constitución, en tanto que se perjudicaba la tutela judicial efectiva”. Si bien ciertamente ha de reconocerse que la cuestión debatida en las presentes actuaciones -infracción de medida de seguridad- no es una cuestión prejudicial ajena a la “competencia genuina” del orden social, sino que sobre tal materia tiene la misma competencia que la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien a diferentes efectos (sanción administrativa en el caso de esta última, y recargo de prestaciones en el supuesto de este orden laboral).

4.- Partiendo de tal doctrina, previa a la LPRL, es claro que la decisión de instancia podía discrepar de las conclusiones de hecho obtenidas por la Sala de lo Contencioso-administrativo, pero siempre que motivase razonablemente su distinta

versión de aquéllos. Pero a pesar de que al efecto se argumenta que en el proceso contencioso-administrativo no había sido parte el actor y que no había sido recibido a prueba, en tanto que en laboral se había practicado prueba testifical, lo cierto y verdad es que es que los testimonios prestados en manera alguna justifican –sobre el controvertido punto que se interesa modificar– que la conclusión judicial de instancia hubiese divergido del Tribunal Superior de Justicia, siendo así que el Encargado sustituto –don M.L.– manifiesta que la operación de llenado del depósito “normalmente esto se hacía con una bomba”, pero que se hizo en forma diversa porque “estaba averiada desde hacía unos días y él no se había acordado de decírselo al encargado”; y sostiene su hermano don A.L. que “no vio en otras ocasiones que se hiciera la misma operación, ya que otras veces si estaba la bomba estropeada se colocaba el bidón sobre unos bloques de mármol y se chupaba de la goma para hacerlo bajar”. Es claro, a la vista de esto, que la diversidad fáctica dada en la instancia, manteniendo que el procedimiento de llenado el día de autos era el habitual, no tiene la motivada justificación que requiere la doctrina constitucional, y por lo mismo ha de aceptarse en los términos propuestos por la recurrente.

CUARTO.- 1.- Por lo que se refiere al apartado normativo, ha de recordarse en primer término que tanto el derogado art. 93.1 LGSS/74 (vigente a la fecha del hecho causante), Como el actual art. 123.1 LGSS/94, disponen que todas las prestaciones económicas que tengan causa en AT o EP, se aumentarán según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, “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”.
2.- Reiterando literalmente la STSJ Galicia 20-febrero-98 R. 3.327/97, hemos de manifestar como base de partida que la Jurisprudencia tradicional ha venido destacando el carácter sancionador y no indemnizatorio del recargo en las prestaciones establecido en el art. 123 LGG (antes, art. 90-1974). Criterio ratificado por la STC 158/85 (26-noviembre), al decir que el susodicho recargo “constituye una responsabilidad a cargo del empresario, extraordinaria y puramente sancionadora” (en la misma línea, las STS 8-marzo-93 Ar. 1.714 y 8-febrero-94 Ar. 815). Y ello, aunque igualmente se haya entendido que pese a tan evidente carácter

sancionador, respecto del accidentado tiene un sentido de prestación adicional de carácter indemnizatorio que viene a atribuirle una naturaleza dual (así, por ejemplo, las SSTSJ Murcia 18-abril-94 AS 1.503 y Andalucía/Málaga 16-septiembre-94 AS 3.341) y se haya llegado a sostener por la citada STC 158/85 que al conllevar -la medida sancionadora del recargo- una mejoría de las prestaciones debidas al trabajador por el AT o la EP, para éste se convierte en una prestación sobreañadida de Seguridad Social.

3.- En coherencia con tal planteamiento de naturaleza dual de sanción e indemnización, igualmente se ha afirmado la necesidad de que la exigencia de la correlativa responsabilidad deba realizarse de manera restrictiva. Ahora bien, la reconocida vigencia de esta doctrina no significa que el precepto sancionador haya de inaplicarse o aplicarse con benevolencia, sino tan sólo (1º) que la operatividad del mismo se subordina al diáfano acreditamiento de una infracción normativa en materia de medidas de seguridad, sosteniéndose incluso que el recargo no puede fundamentarse en vulneración de un precepto que imponga obligaciones genéricas, en planteamiento –este último- dudosamente razonable en su radicalismo, a la vista del literal texto de los arts. 93.1 LGSS/74 y 123.1 LGSS/94 (“...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...”) y que rechaza parte de la doctrina jurisprudencial (así, la STSJ Cataluña 7-febrero-95 AS 692); y (2º) que la medida punitiva también se condiciona a la indiscutible prueba del oportuno nexo de causalidad entre aquella infracción y el accidente de trabajo. Reiterando palabras de la ya clásica STS de 8-abril-69 puede decirse que se impone sustituir “la expresión criterio restrictivo por criterio estricto, de indudable menor alcance gramatical”; doctrina –la del criterio estricto- que ha sido literalmente mantenida en Suplicación (por ejemplo, la STSJ Andalucía/Málaga 21-febrero-95 AS 445).

4.- De todas formas y dada la naturaleza sancionadora del recargo y de su obligada interpretación restrictiva (entendida en los términos anteriormente indicados), se ha sostenido por la doctrina jurisprudencial que su imposición exige como requisitos generales los que siguen: (a) que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad, general o especial, y que ello resulte cumplidamente acreditado, porque al ser medida sancionadora resulta aplicable la constitucional presunción de inocencia (STSJ Comunidad Valenciana 12-julio-94 AS 3.233); (b) que medie relación de causalidad entre la infracción y el resultado

dañoso, lo cual ha de resultar ciertamente probado, porque una obligada interpretación restrictiva (tiene naturaleza sancionadora) determina que esa relación de causalidad no se presume (STCT 14-abril-86 Ar. 2.419); (c) que exista culpa o negligencia por parte de la empresa –a veces se requiere que sea exclusiva y otras veces se admite que sea compartida-, porque la responsabilidad no es objetiva (SSTSJ Asturias 17-junio-93 AS 2.820, Comunidad Valenciana 12-julio-94 AS 3.233, Castilla y León/Valladolid 15-noviembre-94 AS 4.428, Andalucía/Málaga 21-febrero-95 AS 445); y (d) que esa culpa o negligencia sea apreciable a la vista de la diligencia exigible, que resulta ser la propia de un prudente empleador, atendidos criterios de normalidad y razonabilidad, que son también los recogidos en el art. 16 Convenio 155 OIT (STSJ Castilla-La Mancha 30-marzo-94 AS 1.311, Castilla y León/Valladolid 15-noviembre-94 AS 4.428, Cataluña 7-febrero-95 AS 692 y Andalucía/Málaga 21-febrero-95 AS 445).

5.- Más en concreto y en el terreno de la casuística jurisprudencial, se ha afirmado que es deber del empresario no sólo de proporcionar los adecuados mecanismos de seguridad, sino de instruirlos sobre su utilización y obligar a su uso (SSTS 6-marzo-80 Ar. 800 y 30-enero-86), procediendo el recargo cuando los encargados o la empresa en ninguna ocasión han sancionado a los trabajadores por no adoptar las reglamentarias medidas de seguridad, habiéndose limitado a tenerlos a su disposición (STSJ Murcia 3-diciembre-91 AS 6.539), aunque tampoco sea exigible una vigilancia continua en cada una de las labores (STCT 21-enero-86 Ar. 291; SSTSJ Andalucía/Sevilla 9-octubre-92 AS 6.571 y 17-junio-93 AS 3.103). Y que desde el punto y hora en que es obligación del empresario facilitar al trabajador la formación suficiente cuando tenga que aplicar una técnica que pueda ocasionar riesgos graves (se coincide plenamente –sobre este extremo- con la sentencia de instancia), la jurisprudencia ha venido considerando que la insuficiencia de la formación proporcionada es infracción y causa determinante del recargo (SSTSJ Castilla-La Mancha 10-julio-92 AS 3.983, País Vasco 31-marzo-93 AS 1.310 y La Rioja 25-mayo-95 Ar. 119), en criterio consagrado por el art. 47.8 LSL cuando afirma que “el incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada... acerca de los riesgos del puesto de trabajo... y sobre las medidas preventivas aplicables...”. E incluso, la asignación de funciones ajenas a la categoría profesional sin tener la titulación y formación necesaria para desarrollarlas, se considera igualmente causa suficiente para imponer el recargo de prestaciones, por tratarse de una actitud

negligente de la empleadora que traslada sobre la mismas la carga de acreditar la supuesta concurrencia de “caso fortuito” en el luctuoso evento o una imprudencia profesional por parte del trabajador (STSJ Cataluña 3-febrero-93 Ar.787), siendo de destacar coincide con el art. 48.4 LSL, que califica de infracción muy grave “la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o... sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo”.

6.- Es más, como el recargo requiere que exista culpa o negligencia por parte de la empresa, se plantea jurisprudencialmente el problema de la concurrencia de culpas y la incidencia que la negligencia del accidentado pueda tener en la culpabilidad atribuible al empresario y en la consiguiente responsabilidad. Y para la doctrina jurisprudencial mayoritaria, la conducta negligente de la víctima puede exonerar del recargo, porque quiebra la relación de causalidad entre la infracción y el evento dañoso, de manera que el AT no ocurre propiamente por la falta de las medidas, sino por la imprudencia (STS 20-marzo-85 Ar. 1.356; SSTCT 21-febrero-82 Ar. 1.447, 8-octubre-86 Ar. 9.172 y 16-junio-88 Ar. 4.574; SSTSJ País Vasco 13-febrero-91 AS 1.068, Cantabria 26-febrero-91 AS 1.206, Castilla y León/Valladolid 18-junio-91 AS 3.827 y 15-noviembre-94 AS 4.428, Madrid 30-octubre-92 AS 4.959, Canarias/Las Palmas 10-diciembre-93 AS 5.197, Cataluña 10-diciembre-91 AS 6.739, 14-octubre-93 AS 4.539 y 4-mayo-94 AS 2.035, Comunidad Valenciana 17-febrero-92 AS 5.882, 12-mayo-92 AS 2.383 y 12-julio-94 AS 3.233, Andalucía/Granada 27-noviembre-92 AS 5.595 y 3-octubre-92 AS 4.959, y Andalucía/Málaga 21-febrero-95 AS 445); en este orden de cosas y muy drásticamente (en criterio que esta Sala no comparte), la STCT 7-abril-86 Ar. 2.233 llegó a sostener incluso que el cometido de la empresa concluye con proporcionar los medios de seguridad y dar las órdenes precisas, y a partir de tal momento es responsabilidad del trabajador el actuar bajo tales circunstancias, por exceder de la obligación empresarial la permanente vigilancia del personal en orden a la observancia de los medios de seguridad establecidos. Pero de todas formas y para articular esa ruptura del nexo causal y exonerar de responsabilidad al empresario, la doctrina jurisprudencial mayoritaria se inclina –en el hipotético supuesto de concurrencia de culpas- por atender a la que sea más relevante, negando la existencia del recargo cuanto sea de mayor importancia –a los efectos causales- la conducta del accidentado (STSJ Andalucía/Málaga 9-octubre-92 AS 6.571); si bien en alguna que otra resolución se hace referencia a que sólo la preponderancia

absoluta de la culpa del perjudicado y la irrelevancia de la imputable a la Empresa excluyen la imposición del recargo STSJ Canarias 27-noviembre-92 AS 5.595, y de manera intermedia, algunas resoluciones entienden que el Magistrado debe tener en cuenta esa imprudencia de la víctima a manera de compensación de culpas, para fijar la cuantía del recargo, dentro de los límites legales pero en su grado mínimo (STCT 26-mayo-93, STSJ País Vasco 30-julio-93 AS 3.396).

QUINTO.- Todo lo precedentemente indicado nos lleva a rechazar las infracciones normativas que se denuncian.

1.- Manteniéndose que accidente tuvo lugar cuando desempeñaba funciones de Encargado quien no tenía más formación que la de Palista y que da la orden (así se indica en el segundo de los fundamentos de derecho, pero con plena eficacia de HDP: SSTS 17-octubre-89 Ar. 7.284, 9-diciembre-89 Ar. 9.195, 19-diciembre-89 Ar. 9.049, 30-enero-90 Ar. 6.236, 2-marzo-90 Ar. 1.748 y 27-julio-92 Ar. 5.664; y SSTSJ Galicia 27-mayo-99 R. 1.913/99, 27-mayo-99 R. 1.536/97, 13-mayo-99 R. 892/97, 30-abril-99 R. 1.311/99, 16-abril-99 R. 1.589/96, 23-marzo-99 R. 794/99, 5-marzo-99 R. 5.546/96, 15-febrero-99 R. 4.369/96, 12-febrero-99 R. 4.364/96, 5-febrero-99 R. 5.378/98, 5-febrero-99 R. 483/96...) de que se efectúe el llenado de combustible de la pala Caterpillar precisamente desde el cazo de la misma, en el que se sitúan el obrero accidentado y el bidón de gasoil, a la par que indebidamente acciona los mandos de la máquina durante la operación de trasiego, en tal forma que el operario pierde el equilibrio y al caerse desde la plataforma se lesiona con las secuelas que determinaron el reconocimiento de IPTTH, creemos –con el Magistrado de instancia que se ha producido concurrencia de las normas genéricas y específicas de seguridad que significan el art. 281 Ordenanza Laboral de la Construcción (“las operaciones de carga y descarga [...] se harán con las debidas garantías de seguridad”), el art. 284 de la misma norma sectorial (“sólo montarán en los vehículos los trabajadores al servicio de los mismos o expresamente autorizados para ello”), y del art. 7 OGSH en su nº 2 (es obligación del empresario “adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores) y en su nº 11 (también es obligación del empresario “facilitar instrucción adecuada al personal antes de que comience a desempeñar cualquier puesto de trabajo acerca de los riesgos y peligros que en él puedan afectarle, y sobre la forma, métodos y procesos que deban

observarse para prevenirlos o evitarlos”), así como de los números 2 y 3 del art. 10 de la misma) OGSH (señala el nº 2 que el personal directivo, técnico y los mandos intermedios tienen la obligación de “instruir previamente al personal” a sus órdenes “de los riesgos inherentes al trabajo que deba realizar”; y dispone el nº3 que las mismas personas tienen la obligación de “prohibir o paralizar, en su caso, los trabajos en que se advierta peligro inminente de accidentes o de otros siniestros profesionales cuando no sea posible el empleo de los medios adecuados para evitarlos”).

2.- En todo caso queremos destacar que ninguna trascendente culpa –a los efectos de concurrencia exonerativa o minoradora de responsabilidad– cabe atribuir a quien se limita a obedecer la orden y no ejercita –ciertamente hubiera sido factible– su legítimo *ius resistentiae*. Y de entenderse que su actuar fue negligente, por no haberse opuesto a la imprudente maniobra que se le ordenaba hacer, en todo caso su culpa es mínima y quedaba ciertamente superada por la de quien –Encargado– llevaba la dirección y daba la orden, así como por la de quien –Empresa– situaba al mando de las obras a personal que no ostentaba la debida cualificación. Y en todo caso, esa imprudencia de grado menor sería como máximo justificativa de que el recargo se imponga en su grado mínimo, conforme a los criterios jurisprudenciales a que previamente se ha hecho referencia.

3.- En último término parece oportuno hacer referencia a que si bien la decisión de instancia no hace referencia alguna a la altura que alcanzaba el plato de la máquina Caterpillar (en ello insiste la parte recurrente), ello es obedece –sin duda– a que la testifical que depuso en el acto de juicio fue expresiva de que el cazo se hallaba situado entre 1'80 y 2 metros (Srs. L.V.) y a que el art. 20-3 OGSH disponga que “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”. Por ello, al no alcanzarse los presupuestos de hecho previstos en el citado art. 20, el Juzgador de instancia no solamente no cita como precepto infringido la referida norma, sino que ni siquiera llega a hacer referencia alguna –resultaba intrascendente– a la altura de la “plataforma”. Por todo lo precedentemente dicho,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por “I., S.A.”, confirmamos la sentencia que con fecha 28-octubre-1994 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Lugo, a instancia de don J.L.B.M. y por la que se acogió la demanda formulada.

Asimismo condenamos a la parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 25.000 pts. a cada uno de los Srs. Letrados de las partes recurridas e impugnantes del recurso, la Mutua Patronal "A." y el Sr. B.M. Asimismo acordamos la pérdida de depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada o el aval presentado.

2742 RECURSO N° 3.363/99

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO POR TERSE PRODUCIDO EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA ESTIPULADO COA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a quince de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.363/99 interpuesto por don G.R.P. 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.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 18/99 sentencia con fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Probado que el demandante ha prestado servicios a la demandada desde el 01.07.91 con la categoría de celador y percibiendo un salario mensual de 131.063 ptas. líquidas, sin incluir el prorrato de pagas extras./ Segundo.- El demandante suscribió los siguientes contratos: 1º) Con la Diputación Provincial el 1

de julio de 1991, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de UN MES de duración (julio 91) en sustitución por vacaciones del titular de la plaza don F.N.I.; 2º) Con la Diputación Provincial de Orense, el día 1 de agosto de 1991 de las mismas características que el anterior, por vacaciones de don J.L.A.F.; 3º) Con la Diputación Provincial, el día 1 de septiembre de las mismas características, por vacaciones de don F.G.G. Posteriormente estuvo como demandante de empleo desde octubre de 1991 hasta que fue contratado nuevamente el 1 de febrero de 1992, fecha en la que inició de nuevo la relación laboral en el mismo centro de trabajo, de forma ininterrumpida y sin solución de continuidad, firmando al efecto los siguientes contratos: 4º) Diputación Provincial al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de UN MES, desde el 01.02.92 hasta el 29.02.92, en sustitución de baja por enfermedad del titular de la plaza E.G. 5º) Al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de UN MES, desde el 01.03.92 hasta el 31.03.92, o antes si la plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo, siendo el objeto del contrato por necesidades del servicio y circunstancias de la producción; 6º) Al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de DOS MESES, desde el 01.04.92 hasta el 31.05.92, de las mismas características que el anterior; 7º) Al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de DOS MESES, desde el 01.06.92 hasta el 31.07.92, o antes si la plaza se cubriese en propiedad por oferta pública de empleo, siendo su objeto por necesidades del servicio, circunstancias de producción, acumulación de tareas y sustitución por vacaciones de los titulares don V.S. y don A.E.G. 8º) Al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de UN MES, desde el 01.08.92 hasta el 31.08.92, de las mismas características que el anterior, con sustitución por vacaciones del titular don F.N.I. 9º) Al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de UN MES, desde el 01.09.92 hasta el 30.09.92, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación de tareas y sustitución por vacaciones del titular don J.V.L. 10º) Al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de TRES MESES, desde el 01.10.92 hasta el 31.12.92, o antes si la plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo, siendo su objeto por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación de tareas; 11º) Al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de SEIS MESES, desde el 01.01.93 hasta el 30.06.93, o antes si la plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo, siendo su objeto por necesidades del servicio y circunstancias de producción y acumulación de tareas; 12) Al amparo del R.D. 1.989/84, de UN AÑO, desde el 01.07.93 hasta el 30.06.94 o antes si se cubre la plaza en propiedad por la oferta pública de empleo, siendo prorrogado sucesivamente hasta el 31.12.94; 13º) Una vez

finalizado el contrato anterior, el actor continúa trabajando como celador, firmando un nuevo contrato de fecha 01.01.95, como interino, hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice./ Tercero.- El demandante prestó sus servicios como celador en el Hospital “S.M.M.” sin solución de continuidad hasta el día de su cese el día 16.11.98./ Cuarto.- Con fecha 21 de octubre de 1998 el actor recibió comunicación escrita en la que se le notifica por el SERGAS lo siguiente: “G.R.P.- Celador... Ourense.- Comunicaselle que, unha vez resolto con carácter definitivo o concurso oposición para o persoal laboral do Complexo Hospitalario “S.M.N. –Dr. C.G.”, próximamente se producirá a incorporación dos adjudicatarios dos postos de trabajo incluidos na devandita oferta pública de empleo.- A posible incorporación dese persoal adjudicatario no posto de trabajo que vostede viña ocupando, pode conllevar, previsiblemente, o cese na súa prestación de servicios no centro.- A efectividade do cese terá lugar, no seu caso, en datas próximas que lle serán notificadas debidamente.- Ourense, a 21 de outubro de 1998. O Xerente Xeral, Asdo: Dr. A.C.G.”./ Quinto.- Con fecha 16.11.98 el SERGAS notificó por escrito al actor: “A la atención de don/doña:.- G.R.P.,- Celador.- Habiendo tomado posesión de la plaza don/doña: J.S.B. por resolución de 29.10.1998 de la División de RR.HH. pongo en su conocimiento que el contrato suscrito por usted, dejará de surtir efectos al finalizar la jornada del día 16 de noviembre de 1998, lo que comunico a los efectos oportunos.- Ourense, 16 de noviembre de 1998.- O Xerente Xeral.- A.C.G.”/ Sexto.- Por Decreto 22/93 de 28 de enero (DOG de 12.02.93) se transfiere a la Comunidad Autónoma de Galicia el Hospital Provincial “S.M.M.” dependiente de la Diputación Provincial de Ourense, junto con la Escuela de Enfermería, ubicada en el indicado centro, transfiriendo el personal adscrito a dichos centros, entre ellos la actora, personal contratado eventual del Hospital “S.M.M.” Por Orden de 28 de abril de 1995, (DOG de 15.05.95), se crea el Complexo Hospitalario “S.M.N.” y Hospital “Dr. C.G.”./ Séptimo.- Por resolución de 8 de abril de 1996 la Dirección General de Recursos Humanos convoca concurso oposición para ingreso en las categorías incluidas en la Oferta pública de empleo para el año 1995 del Personal Laboral del Complexo Hospitalario “S.M.M.-Dr. C.G.” de Ourense. Por resolución de la Dirección de Recursos Humanos del SERGAS de 14 y 26 de mayo de 1998, se da por terminado el proceso selectivo convocado por la resolución citada de 08.04.96./ Octavo.- En fecha 21 de octubre de 1998, por la Dirección General de la División de Recursos Humanos del SERGAS, se dictan instrucciones para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los adjudicatarios de los puestos de trabajo objeto de

la oferta pública de empleo del personal laboral del C.H. “S.M.N.-Dr. C.G.”, considerando aplicables el contenido de las instrucciones de 31.07.97. Dichas instrucciones figuran incorporadas a autos teniendo aquí su contenido por reproducido./ Noveno.- El demandante no ostenta cargo sindical alguno./ Décimo.- El demandante agotó la vía previa administrativa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por G.R.P. contra el SERGAS y J.S.B., absolviendo a los demandados de las pretensiones de la misma”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados de las pretensiones de la misma; este pronunciamiento se impugna por la representación procesal del demandante construyendo el recurso que formula al amparo del art. 191, apartado c), de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando en el mismo las infracciones siguientes: A) Del art. 3 del Real Decreto 2.104/84 y la doctrina jurisprudencial sobre contrataciones temporales, así como del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 6.4 del Código Civil y de la doctrina contenida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991, la que, dice, se consolidó en años posteriores, invocando numerosas sentencias del mismo Alto Tribunal; considerando el recurrente que le son aplicables los principios que informan el derecho del trabajo, tales como el de norma más favorable, el de condición más beneficiosa, el de irrenunciabilidad y el “pro operario”. B) Del art. 8.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 2.2 de la Directiva Comunitaria nº 91/533 CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991. C) De la Resolución de la Dirección Xeral de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia, de 31 de julio de 1997, y del art. 55.1 y 5 del Estatuto de los Trabajadores, así como del art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . D) Violación de derechos fundamentales; específicamente, de los principios, proclamados en nuestra Norma Fundamental, de legalidad, seguridad jurídica, igualdad ante la Ley, tutela judicial efectiva; lo que ha causado, aduce, una verdadera y flagrante indefensión; haciendo una referencia concreta a la discriminación, con cita de dos sentencias de Tribunales Superiores de

Justicia, resolutorias de situaciones similares en función de la aplicación de las Instrucciones de la Dirección General del INSALUD, contenidas en la Circular de 14 de febrero de 1995.

SEGUNDO.- La situación de hecho objeto de debate es, por incompatida en el recurso, la reflejada en el relato histórico de la sentencia suplicada, de la que son de destacar los siguientes datos: I) El actor ha venido prestando servicios, primero, para la Diputación Provincial de Ourense y, después, para el Servicio Galego de Saúde, en el Hospital “S.M.M.”, desde el día 1 de julio de 1991, con la categoría profesional de celador y percibiendo como salario 131.063 pesetas mensuales; habiendo sido concertados tales servicios en los diversos contratos -trece- que se indican en el hecho segundo del relato fáctico de la sentencia recurrida; siendo todos ellos de duración temporal; habiéndose celebrado los once primeros al amparo del Real Decreto 2.104/84, el décimo segundo al amparo del Real Decreto 1.989/84, y el último, concertado el 1 de enero de 1995, como contrato de interinidad, hasta que la plaza fuera cubierta reglamentariamente o se amortizara. II) Por Decreto 22/93, de 28 de enero, se transfiere a la Comunidad Autónoma de Galicia el Hospital Provincial “S.M.M.”, dependiente de la Diputación Provincial de Ourense, transfiriéndose el personal adscrito a dicho centro, entre el que se encontraba el actor. Creándose por Orden de 28 de abril de 1995 el Complejo Hospitalario “S.M.N.” y Hospital “C.G.”. III) Por resolución de 8 de abril de 1996, la Dirección General de Recursos Humanos convoca concurso-oposición para ingreso en las categorías incluidas en la oferta pública de empleo para el año 1995 del personal laboral del citado complejo hospitalario y por Resolución de la mencionada Dirección General, de 14 y 26 de mayo de 1998, se da por terminado el proceso selectivo convocado por la citada Resolución de 8 de abril; dictándose por la propia Dirección instrucciones el 21 de octubre de 1998 para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los adjudicatarios a los puestos de trabajo. IV) Con fecha 21 de octubre de 1998, el actor recibió comunicación del SERGAS -cuyo contenido íntegro se recoge en el hecho probado cuarto- participándole que la incorporación del personal adjudicatario al puesto de trabajo que aquél venía ocupando, puede determinar su cese en la prestación de servicios en el centro. V) Con fecha 16 de noviembre de 1998, el SERGAS notificó al demandante que habiendo tomado posesión de la plaza doña J.S.B., el contrato suscrito con aquél dejará de surtir efectos al finalizar la jornada del día 16 de noviembre de 1998. A ello debe añadirse que, como se razona en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, el criterio seguido por el

SERGAS para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los aprobados en el concurso-oposición, de cesar a los interinos con mayor antigüedad, conforma a las instrucciones de 21 de octubre de 1998, que declara aplicables la de 31 de julio de 1997, ha de considerarse correcto.

Establecida, del modo indicado, la situación fáctica debatida, debe ahora analizarse si el acuerdo de extinción del vínculo jurídico-laboral que unía al accionante con el codemandado Servicio Galego de Saúde es conforme al ordenamiento jurídico, como ha resuelto al juzgador “a quo”, o si, contrariamente, tal acuerdo infringe la doctrina legal y jurisprudencial que en el recurso se invoca. La disyuntiva debe decidirse en favor del criterio mantenido por el juzgador de instancia, siguiendo la tesis sustentada por esta Sala en sentencias de fechas 18 -recurso nº 2.197/99- y 28 de junio de 1999 -recurso num. 2.473/99-, decisorias de supuestos esencialmente idénticos al planteado en la litis que ahora se resuelve, por las siguientes razones: A) Las irregularidades que pudieran apreciarse en las contrataciones del demandante-recurrente, en modo alguno podrían servir para conceptuar la relación jurídica que lo unía con el codemandado Servicio Galego de Saúde como fijo de plantilla, ni serían obstáculo para su cese por la cobertura, en forma legal, de la plaza que ocupaba, al ser criterio jurisprudencial reiterado -sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998, entre otras- que las irregularidades en la contratación de la Administración Pública no determinan la condición de trabajador fijo de plantilla, sino que producen el efecto de novar el contrato temporal en indefinido; estando éste sujeto a la extinción cuando la plaza sea ocupada reglamentariamente, ya que lo contrario determinaría vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad. B) El cese acordado por el Servicio demandado, comunicado al actor el día 16 de noviembre de 1998, aparece debidamente justificado; teniendo en cuenta, de una parte, que el contrato del demandante, de fecha 1 de enero de 1995, era de interinidad, habiéndose fijado su duración hasta que la plaza fuera cubierta reglamentariamente o se amortizara, y de otra, que la comunicación de cese se hizo una vez que tomó posesión de la plaza que venía ocupando el ahora recurrente, la codemandada doña J.S.B.. C) No existe vulneración de derecho fundamental alguno ni, por ende, discriminación, ya que el criterio seguido por el Servicio cuestionado de cesar a los interinos más antiguos se acomoda a la Instrucción de la Dirección General de Recursos Humanos de 31 de julio de 1997. D) En definitiva, la ruptura del vínculo jurídico-laboral, en el proceso cuestionado, no es constitutiva de

despido, sino de la causa de extinción del contrato prevista en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.- Por lo expuesto es procedente rechazar los reproches jurídicos a que el recurso se remite y, previa desestimación de éste, dictar un pronunciamiento íntegramente confirmatorio del recurrido; en consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de don G.R.P., contra la de fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Ourense, en proceso por despido promovido por el recurrente, frente al Servicio Galego de Saúde - SERGAS- y doña J.S.B., debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2743 RECURSO N° 3.700/96

S. S.

A NOVACIÓN DE ANTERIORES CONTRATOS LABORAIS NUNHA RELACIÓN ADMINISTRATIVA, AÍNDA CON RESERVA DE DEREITOS, DETERMINA A INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DO ASUNTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.700/96 interpuesto por XUNTA DE GALICIA (CONSELLERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 192/96 se presentó demanda por doña E.F.R. y doña R.M.R.C. en reclamación de PERSONAL siendo

demandado el XUNTA DE GALICIA (CONSELLERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 7 de mayo de 1996 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º)- Las actoras, doña E.F.R., mayor de edad, D.N.I... y doña R.M.R.C., tras superar el correspondiente concurso público de méritos para la cobertura de puestos laborales temporales, firmados con fecha 1 de abril 92, contrato de duración determinada al amparo del Real Decreto 1.989/84, con categoría profesional de Agente Auxiliar de Inspección, señalándose como objeto del contrato “la realización de las labores propias de la categoría profesional en el plan de inspección de hechos imponibles específicos en el impuesto de transmisiones patrimoniales y A.D.J.” Como fecha final del contrato se señaló el 31.12.92. Dicho contrato fue sucesivamente prorrogado, señalándose como fecha final de la última prórroga el 30.11.95.- 2º) Con fecha 30.11.95 la Consellería de la Presidencia y Administración Pública resuelve: “En tanto se abordan los correspondientes procesos de provisión o selectivos de acceso con carácter permanente a la función pública, transformar con esta fecha la relación de empleo inicial en otra de naturaleza interina, en las condiciones a que se refiere el artículo 7 de la Ley de la Función Pública modificado por la Ley 3/1995, continuando prestando las mismas funciones en la plaza anteriormente indicada, y consecuentemente desempeñadas como personal interino del Grupo C, Cuerpo Administrativo de la Xunta de Galicia. Contra la presente resolución podrá interponer recurso contencioso-administrativo, ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el plazo de dos meses contados desde el día de la notificación.- 3º) Con fecha 30.11.95 las actoras firman la notificación en su momento como funcionarias interinas; haciendo constar por escrito “sin renunciar a mis derechos inherentes en mi contrato anterior ya reclamados judicialmente en el Juzgado de lo Social de Santiago”. El documento les fue puesto a la firma por la Secretaría diciéndoles que firmaran o se iban a la calle.- 4º) Las actoras, dentro de un plan general de Inspección, realizan las siguientes funciones: “La Sra. F. fundamentalmente labores de registro e información, valoraciones, mecanografía, citaciones a los contribuyentes, atención al público, sellados y firmado de Libros Registro, liquidaciones por ausencia del Jefe de Servicio, etc.; y la Sra. R., labores de confección de listados para correos y para posterior publicación en el B.O.P., grabación de listados en ordenador,

etc.; y ninguna de ellas las labores específicas de Agentes Auxiliar de Inspección para las que fueron contratadas.- 5º) Con anterioridad a sus nombramientos como funcionarias interinas, interpusieron demandas ante el Juzgado de lo Social Núm. 1 de Santiago de Compostela, solicitando les fuera reconocida la condición de personal laboral fijo de las desistieron(sic) en el acto de juicio. Se agotó la vía administrativa previa.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por doña E.F.R. y doña R.M.R.C. contra la XUNTA DE GALICIA (Consellería de Economía y Hacienda), declaro la condición de las actoras como personal laboral fijo, con efectos desde el 1 de abril 92, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y a reconocerles el trienio que ya fue devengado.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda declarando la condición de las actoras como personal laboral fijo, con efectos desde el 1 de abril de 1992, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y a reconocer el trienio que ya fue devengado. Este pronunciamiento se impugna por la representación letrada de la demandada, Xunta de Galicia (Consellería de Economía e Facenda), dedicando el primero de los motivos a la excepción de incompetencia de jurisdicción, ya alegada en la instancia y rechazada en la sentencia recurrida, aunque sin cita de norma procesal de amparo, lo que no obsta a su examen y decisión; alegando, esencialmente, que por afectar la cuestión al orden público procesal y constituye un tema de derecho necesario, la Sala debe proceder al examen pleno de los autos, sin necesidad de sujetarse a los hechos de la sentencia de instancia -cita las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio y 24 de octubre de 1983, 16 de febrero de 1984 y 10 de octubre de 1985; estimando que con la decisión del juzgador de instancia se infringe lo dispuesto en el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 2, letra a) y 3, letra a), de la Ley de Procedimiento laboral, ya que si bien es cierto que las actoras cuando presentan la primera reclamación previa y la subsiguiente demanda ante el Juzgado de lo Social de Santiago, ostentaban la condición de personal laboral, no lo es menos que desisten de

tal acción sin esperar a que se dicte sentencia y cuando presentan la nueva reclamación, el 18 de enero de 1996 y la consiguiente demanda el 6 de marzo siguiente ya tienen la condición de funcionarios interinos, habiendo consentido la extinción de sus contratos laborales anteriores y accedido a continuar prestando servicios en calidad de funcionarios interinos; y partiendo de la licitud y validez de los actos administrativos que produjeron dichos nombramientos, estima la recurrente que el pronunciamiento sobre la licitud o no del acto que produce la novación extintiva de la relación laboral y el nacimiento de una relación funcionarial viene atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa, por aplicación de los preceptos que cita como infringidos; haciendo referencia a jurisprudencia uniforme sobre la cuestión, invocando la sentencia del Tribunal Supremo, para unificación de doctrina, de 20 de abril de 1992; añadiendo que los nombramientos como funcionarios interinos tienen su apoyo normativo en el art. 4º del Decreto 201/1995, de 23 de junio y en el art. 7 de la Ley de la Función Pública de Galicia, modificada por la Ley 3/1995 y la lógica opción ofrecida a las actoras de, o aceptar los nombramientos, o considerar extinguidas sus relaciones laborales, lo que nunca puede considerarse como constitutiva de intimidación prevista en el art. 1.267 del Código Civil; haciendo, finalmente, una serie de consideraciones sobre el fraude de ley, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1988 y 21 de junio de 1989.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos y con cobertura en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, se solicita la revisión de hechos declarados probados, interesando: a) La modificación del hecho probado segundo, para que quede redactado así: “El Conselleiro de la Presidencia y Administración Pública, mediante Resolución de fecha 30 de noviembre de 1995, teniendo en cuenta que los puestos que ocupan las actoras doña E.F.R., puesto EFC 991000036001128, y doña R.R.C., puesto EFC 991000036001127, tienen prevista su cobertura para ser ocupados por funcionarios, y haciendo uso de las facultades establecidas en el Decreto 201/1995, de 23 de junio, acuerda, en tanto se abordan los correspondientes procesos de provisión o selectivos de acceso con carácter permanente a la función pública, transformar con esta fecha la relación de empleo inicial en otra de naturaleza interina, en las condiciones a que se refiere el artículo 7 de la Ley de la Función Pública modificado por la Ley 3/1995, continuando prestando las mismas funciones en la plaza anteriormente indicada y, consecuentemente las desempeñarán, como personal interino del Grupo C, cuerpo

administrativo de la Xunta de Galicia. Contra la presente Resolución podrán interponer recurso Contencioso-Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el plazo de dos meses contados desde el día de la notificación". b) La modificación del hecho probado tercero, en el sentido de que su redacción sea la siguiente: "A la vista de la Resolución del Excmo. Sr. Conselleiro de la Presidencia y Administración Pública, de fecha 30 de noviembre de 1995, las actoras manifiestan su conformidad con la misma, quedando extinguida por tanto la relación laboral anterior que con carácter temporal las unía a esta Administración, sin renunciar a sus derechos inherentes a sus contratos anteriores ya reclamados judicialmente ante el Juzgado de lo Social. El documento les fue puesto a la firma por la Secretaría diciéndoles que lo firmaban o tendrán que irse a la calle"; y c) La supresión del último párrafo del hecho declarado probado cuarto, que dice "y ninguna de ellas las laborales específicas de Agente Auxiliar de Inspección para las que fueron contratadas". Se accede a la primera de las revisiones -apartado a) a la vista de los documentos que obran a los folios 52 y 81, y se rechazan las dos restantes; la del apartado b) tanto porque los documentos en que se pretende apoyar no justificaría la supresión del último inciso del hecho que se pretende revisar, cuanto porque el resto sería esencialmente coincidente con el relato judicial, y la del apartado c), porque no se invoca por la recurrente medio de prueba alguno, de los legalmente hábiles, que pudiera servirle de fundamento.

TERCERO.- La situación fáctica objeto de debate, extraída del relato histórico de la sentencia recurrida, con la modificación a que se remite el fundamento inmediato anterior, queda establecida así: A) Las actoras, tras superar, el correspondiente concurso de méritos para la cobertura de puestos laborales temporales, firmaron con fecha 1 de abril de 1992, contratos de duración determinada, al amparo del Real Decreto 1.989/84, con la categoría profesional de Agente Auxiliar de Inspección, señalándose como objeto de los contratos la realización de las labores propias de la categoría profesional en el plan de inspección de hechos imponibles específicos en el impuesto de transmisiones patrimoniales y A.D.J., y fijándose como fecha final de los mismos el 31 de diciembre de 1992; los contratos fueron sucesivamente prorrogados, señalándose como fecha final de la última prórroga el 30 de noviembre de 1995; B) Con fecha 30 de noviembre de 1995, las actoras firman la notificación de su nombramiento como funcionarias interinas, haciendo constar por escrito "sin renunciar a mis derechos inherentes en mi contrato anterior ya reclamados judicialmente en el Juzgado de lo Social de

Santiago". El documento les fue puesto a la firma por la secretaría diciéndole que firmaban o se iban a la calle. C) Con anterioridad a sus nombramientos como funcionarias interinas, las demandantes interpusieron demandas ante el Juzgado de lo Social número 1 de Santiago de Compostela, solicitando les fuera reconocida la condición de personal laboral fijo de las que desistieron en el acto del juicio. C) Las actoras, dentro de un plan general de inspección, realizan las siguientes funciones: La Sra. F., fundamentalmente, labores de registro e información, valoraciones, mecanografía, citaciones a los contribuyentes, atención al público, sellado y firmado de Libros Registro, liquidaciones por ausencia del jefe de servicio, etc., y la Sra. R., labores de confección de listados para Correos y para posterior publicación en el B.O.P., grabación de listados en ordenador, etc.; y ninguna de ellas las labores específicas de Agente Auxiliar de Inspección para las que fueron contratadas. A ello debe añadirse, el contenido del hecho segundo en la redacción que se indica en el fundamento de derecho inmediato anterior.

De la situación de hecho que queda expuesta se desprende que las prestaciones de servicios que las demandantes han iniciado el día 1 de abril de 1992 y se prolongaron hasta el 30 de noviembre de 1995, con su naturaleza originaria, laboral por tiempo determinado, y a partir de esta última fecha han surgido nuevos vínculos jurídicos entre los litigantes pero de naturaleza netamente administrativa, al ser nombradas las accionantes funcionarias interinas; y esta naturaleza funcional determina que el supuesto enjuiciado está situado fuera del campo de conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social, por imperio de lo normado en los arts. 9, números 4 y 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1.3.a), del Estatuto de los Trabajadores y 3.a) de la Ley Adjetiva Laboral, en relación con la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 13 de octubre de 1994, reiterando la mantenida por el propio Alto Tribunal en sentencia de 29 de abril de 1992, de que cuando se deduce la pretensión que da origen a la litis, la relación existente "inter partes" es la que media entre la Administración y sus funcionarios, bien sean interinos, y toda relación funcional, en la que la Administración actúa como sujeto de derecho público, se inserta típica y exclusivamente en el ámbito jurídico administrativo, que es el marco propio y único en que la misma ha de desarrollarse, y ello comporta que toda la problemática que pueda surgir en torno a tal tipo de relación sólo puede ser conocida y resuelta por los órganos jurisdiccionales pertenecientes al orden contencioso-administrativo; en este sentido se ha pronunciado esta Sala, además de otras, en

sentencias de 9 de mayo, 4 de junio y 26 de julio de 1996; y la más reciente doctrina unificada del Tribunal Supremo –“ad exemplum”, sentencias de 11 de julio de 1996 y 15 de diciembre de 1997, ha resuelto estos litigios declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social, sobre la base de que aunque hubiese irregularidades en la contratación laboral anterior, si la vinculación presente, de carácter funcionarial, nació de modo irregular, carece de relevancia debatir sobre la falta de cobertura jurídica de los anteriores contratos; afirmando, en definitiva, que la pretensión resulta indubitablemente atribuible al orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando lo que subyace a la petición explícitamente deducida - declaración de fijeza laboral- es la impugnación de una decisión administrativa, un nombramiento como funcionario interino, pretensión que, se insiste, no puede ser conocida y resuelta por la jurisdicción social; llegando a decirse, en la citada sentencia de 11 de julio de 1996, que la atribución competencial a favor del orden judicial contencioso-administrativo actúa independientemente de la actitud observada por el trabajador ante su nombramiento como funcionario interino, es decir, tanto si aceptó la designación sin reservas, como si la impugnó por reputarla irregular o contraria a derecho, ya que lo relevante es que en el momento de solicitar la declaración de fijeza laboral la relación existente con la Administración, al menos de modo formal y externo, sea de naturaleza funcional.

CUARTO.- Por lo que queda expuesto procede dar acogida a la censura jurídica a que se contrae el primero de los motivos del recurso -lo que hace innecesario el análisis de los motivos tercero y cuarto-, y con estimación de éste dictar un pronunciamiento revocatorio del recurrido, declarando la incompetencia del orden jurisdiccional social, con indicación a las demandantes del órgano judicial competente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 5º de la Ley Rituaria Laboral; en consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la XUNTA DE GALICIA (Consellería de Economía e Facenda), contra la sentencia de fecha siete de mayo de mil novecientos noventa y seis, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Pontevedra, en proceso promovido por doña E.F.R. y doña R.M.R.C., frente a la recurrente, debemos revocar y revocamos dicha resolución y dando acogida a la excepción de incompetencia de jurisdicción, debemos declarar y declaramos la incompetencia del orden jurisdiccional social para

el enjuiciamiento y decisión de la cuestión litigiosa, sin entrar a conocer del fondo de la misma, previniendo a las demandantes que pueden hacer uso de sus derechos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2744 RECURSO N° 3.210/99

S. S.

A DECLARACIÓN DE INCAPACIDADE PERMANENTE, EN TANTO NON SEXA FIRME, CONSTITÚE UNHA CAUSA “SUI GENERIS” DE SUSPENSIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO.

PONENTE: Ilmo. Sr. Don Jesús Souto Prieto

A Coruña, a dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.210/99, interpuesto por el letrado don E.A.B., en nombre y representación de don P.A.R.F., contra sentencia del Juzgado de lo Social N° Cuatro de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 183/99 se presentó demanda por don P.A.R.F., sobre DESPIDO, frente a las empresas “S.N., S.L.” y “S., S.A.”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 25 de mayo de 1999 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO: Que el demandante ha venido trabajando para la demandada “S., S.A.”, con antigüedad de 01.10.78, con la categoría profesional de Patrón de remolcador, y con salario mensual de 287.014 pesetas, sin inclusión del prorratoe de pagas extraordinarias. SEGUNDO: Que en fecha 10.08.95 el demandante fue declarado en situación de baja laboral por enfermedad, pasando a la situación de incapacidad temporal, por padecer

“lumbociatalgia hernia discal L4 L5, en la que permaneció hasta el 16.08.96. TERCERO: Con fecha 19.11.96 fue declarado por la Entidad gestora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, por padecer según el dictamen de la UVAMI “diabetes tipo II, hernia discal L4 L5, paramedial derecha, espondiloartrosis generalizada” (emitido en fecha 26.08.96). CUARTO: Contra la anterior declaración se interpuso reclamación previa, solicitando se dejase sin efecto la anterior resolución citada, al hallarse el actor capacitado para el desempeño de su profesión habitual. Desestimada la reclamación previa por resolución de 13.03.97, contra la misma se interpuso demanda que dio lugar a los autos número 264/97 del Juzgado de lo Social número 2 y en los que se dictó sentencia en fecha 05.09.97, por la que se desestimaba aquélla al estimar que el actor se hallaba incapacitado permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del T.S.J. Galicia que dio lugar al recurso número 4.453/97, pendiente en la actualidad de resolución. QUINTO: En fecha 26.11.97 el demandante solicitó la revisión de su expediente de invalidez por considerar igual que anteriormente que no se halla incapacitado para el trabajo; el I.S.M. en fecha 20.07.98 dicta resolución denegando la revisión solicitada, al estimar que no existe agravación de las dolencias que conlleve la modificación del grado reconocido. Contra la anterior resolución se interpuso en fecha 06.08.98 reclamación previa, transcurrido el plazo del silencio administrativo, se promovió demanda que dio lugar a los autos del Juzgado de lo Social número 2, número 850/98, de los que posteriormente se desistió, al serle notificada al actor resolución de la Entidad gestora por la que se acordaba declarar al demandante no afecto de invalidez permanente total por “mejoría de la patología” (fecha resolución 25.01.99). SEXTO: En fecha 5-febrero-99 el actor interpone nueva declaración(sic) previa contra la resolución referida de fecha 25.01.99, en el anterior fundamento de derecho al entender que si bien estaba conforme con la declaración de que no se halla incapacitado permanente total, para su profesión habitual, sin embargo mostraba su disconformidad con el razonamiento de que la revisión se produce por “mejoría de su patología”, dado que entiende que existió desde el principio, desde la inicial declaración de invalidez permanente, “error de diagnóstico”, solicitando nueva declaración. SÉPTIMO: Por resolución de 08.03.99 se desestimó la reclamación previa interpuesta, confirmando la resolución recurrida. OCTAVO: En fecha 3-febrero-1999, el demandante solicitó de la empresa “S.N., S.L.” el reintegro en la misma como consecuencia de

haber sido declarado apto para el desempeño de su profesión de patrón por resolución del I.S.M. de fecha 25.01.99, desestimando su pretensión la mencionada empresa, por escrito de fecha 05.02.99 que obra en autos y aquí se da por reproducido y con base en los razonamientos que en el mismo se contienen. NOVENO: La empresa “S., S.A.” dio de baja al demandante en la misma en fecha 13.09.96 por propuesta de invalidez permanente. DÉCIMO: Como consecuencia de la escisión de Servicios Auxiliares de “P., S.A.”, la Sociedad “S.N., S.L.” ha adquirido los remolcadores Sertosa Once, Sertosa Catorce, Sertosa Diecinueve, Sertosa Veinte; Sertosa Veintidós, Sertosa Veintitrés, Sertosa Veinticinco, Sertosa Veintiseis, Sertosa Veintiocho; todos los trabajadores de servicios auxiliares de “P., S.A.” (Zona Norte) han sido incorporados a “S.N., S.L.”, quien reconoció a estos últimos todos los derechos, personales, laborales, adquiridos en “S., S.A.”, no suponiendo la citada incorporación variación alguna en su relación laboral. DÉCIMO-PRIMERO: En fecha 01.03.99 se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C. con resultado de sin efecto”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don P.A.R.F. contra las empresas “S.N., S.L.” y “S., S.A.”, debo de absolver y absuelvo a las demandadas 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Son hechos declarados probados, y no combatidos, que el actor fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión de patrón de remolcador el 19.11.96 por padecer: “Diabetes Tipo II, hernia discal L4-L5, paramedial derecha, espondiloartrosis generalizada”, a cuya declaración se opuso el actor formulando demanda que fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña (autos nº 264/97) por sentencia del 05.09.97. El 26.11.97, estando pendiente ante esta Sala el recurso de suplicación nº 4.453/97 contra la anterior sentencia, solicitó el actor expediente de revisión de su invalidez por entender que no se encontraba incapacitado para el trabajo, notificándole la Entidad gestora resolución de 25.01.99 por la que se acordaba declararle no afecto de invalidez permanente total por “mejoría de la patología”, insistiendo el trabajador ante la

Gestora en que su no incapacidad no se debía a mejoría de la patología sino que hubo error de diagnóstico y nunca existió.

Al ser eliminada la situación de I.P.T., con fecha 03.02.99 el demandante solicitó de la empresa “S.N., S.L.” el reingreso, que le fue negado por escrito de 05.02.99, por haber sido dado de baja a raíz de la primera declaración de invalidez permanente total, causa extintiva del contrato de trabajo según el art. 49.1.e) E.T., añadiendo que no era aplicable la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo a que se refiere el art. 48.2 del mismo Estatuto por haber transcurrido más de dos años desde aquella declaración de incapacidad, negativa que provocó la demanda de despido de que ahora se trata.

Posteriormente, por sentencia de esta Sala de 27.07.99 –que se tiene a la vista-, se resolvió el recurso de suplicación contra la declaración de invalidez a la que anteriormente aludimos, y se revocó la sentencia de instancia declarando que el trabajador recurrente no estaba afecto de invalidez permanente para su profesión, razonando en la fundamentación jurídica que nunca lo estuvo y que era difícilmente concebible una mejoría de la dolencia lumbar en tan corto período de tiempo sin intervención quirúrgica.

La sentencia de instancia dictada en estos autos de despido, desestima la demanda del actor por entender que se produce una especie de prejudicialidad obstativa homogénea, de manera que mientras no recaiga resolución en el recurso de suplicación 4.453/97 –ya hemos visto que se produjo con posterioridad, declarando que no existe invalidez permanente- no puede hablarse de la existencia o no de despido.

Contra dicha sentencia recurre el actor con un solo motivo de censura jurídica que denuncia la inaplicación del art. 48.2 E.T. argumentando que, aunque hubiese sido dado de baja correctamente, al haber quedado sin efecto la declaración de invalidez en el expediente de revisión resuelto el 25.01.99, ya no es necesario esperar a que el Tribunal Superior se pronuncie sobre la primera impugnación de la declaración de invalidez permanente, y en consecuencia, declarado apto para el trabajo, debe reanudar la relación laboral suspendida.

SEGUNDO.- La censura debe prosperar, si bien de acuerdo con la argumentación que a continuación se expone, y ello por las siguientes razones: a) Esta Sala, siguiendo doctrina del Tribunal Supremo que luego se mencionará, entre otras en sentencia de 12.06.98 (recurso 1.501/98), ha declarado que: “la resolución del I.N.S.S. o, en su caso, la sentencia de instancia, son

inmediatamente ejecutivas, pero con el riesgo de ser revocadas, de modo que se producirían graves inconvenientes para el trabajador y empresario en el caso de acordarse la extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 49.1.e) E.T. si luego se produjese la revocación, y por ello la jurisprudencia ha venido sosteniendo que se produce una suspensión “sui generis” del contrato de trabajo, entendiendo que la efectividad inmediata de la resolución que declara la invalidez se proyecta sobre la relación de Seguridad Social (fundamentalmente en cuanto a sus efectos prestacionales), pero no sobre la relación laboral que queda provisionalmente suspendida hasta que aquella resolución impugnada adquiriese firmeza. Así lo venía estableciendo el Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencias de 24.01.84 (Ar. 90), 24.01.85 (Ar. 95) y 13.06.88 (Ar. 5.277), lo que confirma actualmente el mismo Tribunal, ya en unificación de doctrina, en sentencia de 11.05.94 (Ar. 5.355), que casa la sentencia recurrida y resuelve el debate en el sentido de que el contrato estaba en suspenso hasta que se resolviera definitivamente la invalidez permanente total, por lo que el cese de un trabajador con el contrato suspendido constituye un despido que debe ser declarado improcedente –antes nulo, conforme a lo dispuesto en el art. 55.6 E.T.”.

b) No estamos propiamente en el supuesto previsto en el art. 48.2 E.T., ya que no se trata de que la Gestora hiciese una previsión de revisión por mejoría en el plazo de dos años, de modo que, en principio, no existiría la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo a que se alude en dicho precepto, y la empresa no estaría obligada a reincorporarle en el momento en que se le solicita; pero sí estamos en el supuesto de suspensión “sui generis” que preconiza la jurisprudencia anteriormente citada, dictada incluso en unificación de doctrina, y aunque esa suspensión duraría en principio hasta que el 27.07.99 se pronunció esta Sala declarando que el actor no estuvo afecto de incapacidad permanente total en ningún momento, lo cierto es que tal suspensión desapareció ya anteriormente, el 25.01.99, al prosperar el expediente de revisión que le declaró sin invalidez permanente, y siendo esto así, eliminado el estado de suspensión de la relación laboral, la empresa estaba obligada a proporcionarle de nuevo el trabajo, y la negativa supone un despido calificable de improcedente conforme al artículo 55.4 E.T., con las consecuencias legales pertinentes. En consecuencia:

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación formulado por don P.A.R.F. contra la sentencia

de fecha 25 de mayo de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social N° Cuatro de los de A Coruña en autos instados por el recurrente frente a las empresas "S.N., S.L." y "S., S.A.", sobre DESPIDO, con revocación de la resolución recurrida y estimación de la demanda inicial, debemos declarar y declaramos que dicho trabajador fue despedido improcedentemente el 05.02.99 por las empresas de referencia, a las que debemos condenar y condenamos a que, a su opción, le readmitan en las mismas condiciones o le indemnicen con la cantidad de OCHO MILLONES SEISCIENTAS TREINTA Y NUEVE MIL UNA (8.639.001-) PESETAS, y a que en todo caso le abonen los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de NUEVE MIL QUINIENTAS SESENTA Y SIETE (9.567-) PESETAS, sin perjuicio del derecho de los empresarios a reclamar del Estado el abono de la parte que corresponda conforme al art. 57 del Estatuto de los Trabajadores.

**2745 RECURSO N°
03/0007762/1996**

S. CA.

NON COMUNICAR EN TEMPO E FORMA ALTA DE TRABALLADORA READMITIDA INMEDIATAMENTE POR NULIDADE DO SEU DESPEDIMENTO NUN CASO DE SUCESIÓN DE EMPRESA.

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

En la Ciudad de A Coruña, diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007762/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.L.C.B. por sí y para Com. Hered., de M.C.L., con D.N.I... domiciliado en c/... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don A.J.P.C.V., contra Resolución de 08.03.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad

Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.248/95; Expte. nº 19.998/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Impugnándose a través del presente recurso resolución desestimatoria del recurso ordinario interpuesto contra resolución que ratificara acta de infracción, en la que se imputaba a la comunidad hereditaria recurrente la infracción tipificada en el art. 14.1.2 de la Ley 8/88 (no comunicar en tiempo y forma el alta de una trabajadora), se viene a aducir como primer motivo del recurso la no concurrencia en la comunidad hereditaria recurrente de la condición de sujeto activo de la infracción imputada, pues si bien era cierto que el acta de infracción partiera de los hechos declarados probados y del tenor del propio fallo de la sentencia núm. 440/94, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de A Coruña, que declarara la nulidad del despido de la trabajadora a que se refiere el acta, condenando a la comunidad hereditaria recurrente a la inmediata readmisión de la trabajadora, y que dicha resolución viniera a afirmar la existencia de sustitución de empresa por subrogación de la comunidad hereditaria recurrente en la actividad de mediación de seguros que viniera desarrollando el causante de la misma, los términos de dicha sentencia no vinculaban en procedimiento judicial distinto, tratándose de un

mero elemento probatorio a valorar de forma conjunta con los restantes elementos probatorios.

Por el contrario, la Abogacía del Estado, apelando a doctrina jurisprudencial, aduce que las declaraciones efectuadas por sentencia firme del orden social producen plenos efectos dentro del orden contencioso, de suerte que al declararse por sentencia firme del orden social que la comunidad hereditaria ostenta la condición de empresario al haberse producido la subrogación empresarial prevista en el art. 44 del E.T., se trataría de una declaración que vincula en el orden contencioso-administrativo.

Sobre esta cuestión se dijo en otras sentencias de esta Sala, que las relaciones de hechos probados expresadas en sentencias firmes y definitivas dictadas por la Jurisdicción de lo Social constituyen presupuesto suficiente para que, sobre ellas, pueda desplegar la Administración Laboral y de la S.S. tanto la actividad de liquidación como la sancionadora, sin necesidad de un plus de constatación o comprobación, siempre que aquella explicitación de hechos se presente o aparezca con la amplitud e integridad suficientes que permitan y justifiquen el ejercicio de aquellas dos actividades, y ello, por la clarísima razón de que la Administración estaría operando a partir de una prueba documental privilegiada.

Por otra parte, reiterada doctrina jurisprudencial viene estableciendo la vinculación positiva de los órganos del orden contencioso-administrativo a lo resuelto por los órganos de la jurisdicción social sobre la naturaleza jurídica de las relaciones que sirven de base a las actuaciones de la Administración Laboral y a las resoluciones administrativas confirmatorias de las actuaciones de la Inspección de Trabajo, como sobre el carácter prejudicial (art. 4 LJCA) que tiene la decisión de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo cuando se pronuncian sobre la índole jurídico-laboral de la relación al revisar la legalidad de la actuación administrativa sometida a su control, al no resultar admisible que de la valoración realizada desde el mismo sector del ordenamiento jurídico pueda llegarse a resultados y soluciones contradictorias por los Tribunales, aunque pertenezcan a órdenes jurisdiccionales distintos (STS 16 y 19 de diciembre de 1997 y 6 de marzo de 1998, entre otras).

En ese sentido, nada mejor que reproducir los términos de la STS de 23 de noviembre de 1998, al expresar: “En consecuencia, reconocida por la jurisdicción laboral la existencia de relación laboral entre las partes, no puede desconocerse, en este orden jurisdiccional, como entiende la Sala de instancia dicha decisión. No se trata de poner en tela de juicio la proclamada

independencia entre los dos órdenes jurisdiccionales, sino que, aún así, la declaración de laboralidad de la relación ha de hacerse por esta jurisdicción con el carácter prejudicial previsto en el art. 4 de la LJCA cuando, como ocurre en el supuesto que nos ocupa, aquel dato es preciso para revisar la sanción impuesta por la Inspección de Trabajo. Se da, por tanto, la vinculación positiva a lo resuelto por el Juzgado de lo Social, aunque se trate de procesos de distinta naturaleza, pues es reiterada la Jurisprudencia, que deben tenerse en cuenta los hechos probados y los fundamentos jurídicos de la sentencia dictada por la Jurisdicción Social, (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 27 y 29 de febrero, 8 de marzo, 23 de abril, 25 de junio, 23 y 26 de julio, 8 de octubre y 17 de diciembre de 1996 y 20 de enero y 27 de junio de 1997 y 6 de marzo y 6 de julio de 1998)”.

Dicha doctrina, no obstante, ha de matizarse cuando se opera sobre materia sancionadora, pues como establece, entre otras, la STS de 6 de junio de 1995, en la jurisdicción contencioso-administrativa no es invocable el principio de cosa juzgada en su aspecto material que dimana de una sentencia dictada por la jurisdicción social, toda vez que la valoración jurídica de unos mismos hechos puede ser distinta al juzgar una reclamación fundada en el Derecho Social de otra basada en el Derecho Sancionador, aunque sí procede que se tengan en cuenta los hechos fijados por aquella jurisdicción y ser objeto de especial consideración a efectos de valoración de la prueba, y ello con mayor razón, si lo precedentemente resuelto por la Jurisdicción Social, definiendo y fijando con carácter definitivo un elemento laboral sustancial y constitutivo o definidor del propio tipo infraccional, fue consentido por quien es parte en ambos procesos.

II.- En el presente caso conviene significar que la referida sentencia del orden social, a partir de una serie de indicios, el más importante, la circunstancia de que uno de los comuneros, la viuda del causante de la comunidad hereditaria recurrente, pusiera en conocimiento de los asegurados el fallecimiento de aquél y la continuación de la prestación de los servicios que se venían realizando hasta tal suceso, estableció como conclusión probada, no sólo el carácter laboral de la relación de aquella trabajadora con el originario empresario, sino también la producción de subrogación o sustitución de empresa, lo que de conformidad con el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, determinaba la subrogación de la nueva empresa en los derechos y obligaciones que la anterior tenía con la referida trabajadora, subrogación que por no haber sido comunicada a la trabajadora determinaba la

calificación de tal actuación como de despido tácito, cuya nulidad se decreta en su parte dispositiva.

La comunidad recurrente, con consentir dicha sentencia, aduce ahora, en sede de demanda, la incertezza de la aseveración de que la comunidad hereditaria continuara la actividad, y ello por causa de imposibilidad legal, pues la comunidad hereditaria carecía de título legal habilitante para ello, por cuanto ninguno de sus miembros figuraba adscrito al Colegio correspondiente como Agente de Seguros o inscritos en el Registro de Agentes, ni la compañía aseguradora aceptara la subrogación de dicha comunidad en el contrato de agencia concertado con el causante de dicha comunidad.

Ha de recordarse la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el sentido de que “el art. 49.7 ET contempla de modo expreso como causa legal específica de extinción de la relación laboral el fallecimiento del empresario, mandato legal frente al que no entran en juego los diversos supuestos hereditarios, sino únicamente la manifestación de voluntad de los herederos de no proseguir ejerciendo la misma actividad productiva del fallecido, por cuanto no hay posibilidad legal de imponerles su continuación y debiendo referirse el momento en que el sucesor habrá de adoptar su decisión al tiempo que ponderadamente exija la liquidación de la empresa en atención a su complejidad y a las circunstancias concurrentes (STS 28 de junio de 1984, 26 de mayo de 1986 y 17 de junio de 1988, entre otras).

Siguiendo esa misma línea jurisprudencial, la Sala de lo Social de este Tribunal, tiene expresado que basta, por lo tanto, la manifestación de voluntad de los herederos de no proseguir la actividad productiva del fallecido para que “opere categóricamente” la causa legal específica de la extinción de la relación laboral que contempla el art. 49 núm. 7 ET (20 de agosto de 1992).

Pues bien, a la luz de tal doctrina jurisprudencial, este Tribunal no puede por menos que compartir la consideraciones y conclusiones a que llegó la referida sentencia del orden social, ya que se ajustan a la doctrina que se dejó explicitada, y ello por las siguientes consideraciones: a) el transcurso de un tiempo prudencial entre el fallecimiento del causante (17.04.94) y el momento en que la viuda comunica por escrito a los asegurados que se hará cargo de la cartera de seguros, anunciando una nueva etapa en la gestión, y ofreciéndoles el mismo servicio (04.05.94); b) el hecho de que no se comunicara a la trabajadora tal circunstancia, a la que se le

privó de las llaves del centro de trabajo; c) la gestión de recibos continuó realizándose en las oficinas del causante, pasando a gestionarse en las oficinas de la compañía aseguradora una vez que la trabajadora presentara la demanda de despido, sin que por ninguna de las dos comuneras se emitiera una declaración o comunicación a los clientes de signo contrario a aquella primera.

En consecuencia, consistiendo como consintieron las comuneras la referida sentencia, y ajustándose ésta a los presupuestos señalados por aquella doctrina jurisprudencial para la ocurrencia del instituto de la sucesión de empresa, se concluye que la relación laboral continuó, y ello al margen de su mayor o menor duración, como también de la circunstancia de que aquéllas no estuvieran habilitadas legalmente para desempeñar la actividad de agencia mediadora de seguros, por cuanto la existencia e integridad de la relación laboral no quedaban condicionadas a tal legalidad.

III.- Aduce también la recurrente que no procedía sancionar a la comunidad hereditaria por hechos cometidos por su causante, siendo así que su fallecimiento determinaba la extinción de responsabilidad en el orden administrativo, alegato que tampoco puede compartirse, pues al margen del incumplimiento obligacional en que incurrió el empresario originario al omitir el alta de la trabajadora en el Régimen General de la Seguridad Social, la comunidad recurrente, por mor del fenómeno sucesorio, venía obligada a comunicar tal alta, y no habiéndolo hecho, resulta justificada la imputación de tal infracción a la recurrente, sin que ello suponga transgresión del principio de personalidad, por cuanto el art. 2 de la Ley 8/88 considera sujetos responsables de la infracción, además de las personas físicas o jurídicas, a las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas en dicha Ley.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por A.L.C.B. por sí y para Com. Hered., de M.C.L. contra Resolución de 08.03.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.248/95; Expte. nº 19.998/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2746 RECURSO N°
03/0007788/1996**

S. CA.

**INCREMENTO INDEBIDO DE COTIZACIÓN
POR AUMENTO SALARIAL PARA ACADAR
UNHA MELLORA DA BASE REGULADORA
DE PENSIÓN DE XUBILACIÓN.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007788/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "A., S.A.", domiciliado en c/... (Vigo), representado por don J.T.F.A. y dirigido por el Letrado don M.A.F.D., contra acuerdo de 01.02.96 desestimatoria de R. alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.773/93; Expte. nº 4.984/94. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 500.001 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna la resolución de la Autoridad Laboral por la que se le impuso a la recurrente la sanción por importe de 500.001 ptas. por infracción muy grave del art. 15.5 de la LISOS en relación con el R.D.L. de 20 de agosto de 1981 para determinar la base reguladora de la pensión por incrementar indebidamente la cotización del trabajador M.A.R. a efectos de conseguir una mejora en la base reguladora de la pensión por jubilación, conducta que fue calificada como infracción muy grave al concurrir en el recurrente una serie de circunstancias correctamente descritas en el Acta de Infracción recurrida por cuanto, dicho trabajador no sólo era partícipe en la empresa de un 25% del capital social, sino que igualmente guarda estrecha relación con el Presidente del Consejo de Administración de la Empresa "V." de la empresa sancionada, quien a su vez lo era de "J.V.L.C., S.A." y "D., S.A.", en la que el trabajador M.A. ostentaba el 32% y 29% respectivamente, lo que dio lugar a que la actuación inspectora tuviera en cuenta todas estas circunstancias, y al comparar el incremento salarial que tuvo lugar en febrero de 1990 al pasarle de la categoría de "encargado de obra" a gerente, fuera desproporcionado en relación con los demás trabajadores de más del 214,49% lo que evidencia el comportamiento fraudulento denunciado al pasar de una base de cotización de 30.900 ptas. a 90.000 ptas. en 1990.

II.- La recurrente estima que dicho incremento salarial se produjo en un momento en que igualmente se había incrementado los salarios de los demás trabajadores pero evidentemente no en la proporción adecuada sino comparativamente dándole una elevación desmedida, aun cuando la retribución no se correspondiera con el salario real, pero lo que sí es cierto que tanto por la participación del trabajador como socio capitalista en las tres sociedades aludidas como por sus vínculos con el presidente del Consejo de administración se dio una orden en las empresas citadas de aumento de la base reguladora que acusan una desproporcionalidad, no en base a unas presuntas directrices organizativas y responsabilidades sino en el ánimo de aumentar la futura pensión de jubilación y sin atenerse a la estricta aplicación de las normas contenidas en los Convenios Colectivos, como se acredita por la desproporción con los demás trabajadores de la

empresa y coincidente con la edad de 60 años del recurrente cuando se produce el mismo, por lo que no cabe alegar que ha sido una decisión unilateral de la empresa por razones organizativas sino más bien con el ánimo de mejorar la pensión reguladora de su pensión por lo que procede la desestimación de la demanda rectora.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido pro "A., S.A." contra Acuerdo de 01.02.96 desestimatoria de R. alzada contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.773/93; Expte. nº 4.984/94, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2747 RECURSO Nº
03/0007845/1996**

S. CA.

OCCUPACIÓN DE TRABALLADOR SEN DALO DE ALTA NA SEGURIDADE SOCIAL PREVIAMENTE Ó INICIO LA RELACIÓN LABORAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007845/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "S., S.L.", con D.N.I. ... domiciliado en R/ ... (Santiago (A Coruña)), representado y dirigido por el Letrado don J.B.G.C., contra Resolución de 22.02.96 desestimatoria de r. ordinario interpuesto contra otra de 22.08.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña confirmando Acta de Infracción nº 1.172/95; Expediente 19.967/1995. Es parte la

Administración demandada DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 501.000 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

Como ya recoge esta Sala en otras sentencias (r.c.a. núm. 7.731/94), para que se imputara la infracción tipificada en el art. 29.3.2 de la LISOS, en la que se ofrecía, entre otras razones para la estimación del recurso, la de que "concurría el importante dato de que la fecha de inicio de la actividad laboral del trabajador (que era percepto de prestaciones por desempleo en el momento de la visita inspectora) se sitúa en la misma fecha que la de 1 visita del actuario, es decir, el 16 de marzo de 1993. Siendo ello así, conviene reparar ahora en que el tipo infraccional es el correspondiente a la redacción anterior a la otorgada por la Ley 22/93 que solamente exige para la exigencia de infracción la falta de inscripción previa en la Seguridad Social, particular no incluido en la redacción ahora aplicable, que se venía beneficiando de la posibilidad de proceder a la inscripción del trabajador en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social dentro del plazo mencionado en el art. 17.2 de la Orden de 18.12.66, ahora modificado por la Orden de 17 de enero de 1994 tal como sucede en el presente caso, vista la fecha en que se sitúa el inicio de la actividad laboral incompatible con la percepción de prestaciones por desempleo. Procede pues, por dicho motivo,

la estimación de la petición principal contenida en la demanda...”.

II.- Siendo ello así, bastaría la argumentación jurídica contenida en dicha sentencia para la estimación del presente recurso, reforzada por la siguiente consideración: partiendo de la constatación de aquella circunstancia relativa a inicio de la relación laboral, resultaría muy forzado, desde el punto de vista jurídico, imputar al trabajador la comisión de la infracción tipificada en el art. 30.3.1 de la LISOS, si se advierte que la obligación que sobre él pesaba de comunicar a la Oficina de empleo la causa determinante de la suspensión o extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, en este caso, por colocación, debía cumplimentarse “en el momento en que se produzca” (art.28.3 del R.D. 625/85) y no antes, lo que viene a significar que en el momento de inicio de la actuación inspectora, por razones de orden temporal, la infracción imputada no se había perpetrado, siendo de advertir que la actuación inspectora vino a frustrar, precisamente, la posible comisión de la infracción imputada, a la vez que propició que tanto el trabajador como el empresario cumplimentasen sus respectivas obligaciones, y que el propio trabajador no llegase a compatibilizar las prestaciones por desempleo con la prestación de trabajo por cuenta ajena.

III.- Sin embargo y dadas las modificaciones operadas por la Ley 22/93 de 29 de diciembre es evidente que si el recurrente colocó al trabajador e inició sus trabajos con fecha 27 de abril de 1995, y si el 2 de mayo del mismo año sorprendió y comprobó estos mismos hechos por la Inspección de Trabajo, dando lugar a que al día siguiente se afiliara o diera de alta en la Seguridad Social, manteniendo el contrato de obra o duración determinada el 4 del mismo mes y año al amparo del R.D. 1.546/94 de 29-12, no ignoraba y conocía la situación de dicho trabajador, sin tener en cuenta que el precepto vulnerado estaba desde la publicación de la Ley 22/93 de 29 de diciembre, considerando que se comete infracción muy grave al dar ocupación a un trabajador sin haber sido dado de alta en la Seguridad Social previamente al inicio de la relación laboral, derogando la redacción anterior que establece un plazo de cortesía o prudencia de cinco días para que pudiera regularizar la situación laboral, cuestión que ha sido zanjada definitivamente desde finales de diciembre de 1993, habiendo ocurrido los hechos en el año 1995 lo que le hace merecedor de la sanción impuesta.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “S., S.L.”, contra Resolución de 22.02.96 desestimatoria de r. ordinario interpuesto contra otra de 22.08.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña confirmando Acta de Infracción nº 1.172/95; Expediente 19.967/1995 dictado por DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO. Sin imposición de costas.

2748 RECURSO N° 3.905/96

S. S.

COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL, Ó NON EXISTIR CONTRATO ADMINISTRATIVO, SENÓN LABORAL, ENTRE DEMANDANTE E XUNTA DE GALICIA.

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

A Coruña, veinte de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.905/96, interpuesto por Xunta de Galicia 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 doña R.G.R. en reclamación de reconocimiento de derecho, siendo demandado Xunta de Galicia, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 246/96 sentencia con fecha 31 de mayo de 1996, por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I. La actora R.G.R. prestó servicios desde el 01.10.79 como auxiliar administrativo, primero para el Departamento de formación Profesional del Ministerio de Educación y Ciencia, en base a un contrato administrativo al amparo del R.D.

1.712/66, prorrogado anualmente hasta el 31.12.84, pese a lo cual siguió prestando servicios.- II Posteriormente y transferidas las competencias a la Comunidad Autónoma, la actora siguió prestando servicios para la Consellería de Educación hasta el 18.10.93 en que pasó a la Consellería de Muller e Xuventude (Xunta de Galicia).- III. La actora percibe por premio de permanencia la cantidad de 2.260 ptas. por 4, que supone un total de 9.040 ptas. mensuales.- IV. El III Convenio para el personal laboral de la Xunta de Galicia establece que el precio del trienio es de 3.671 ptas.- V. Se ha agotado la vía administrativa previa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por R.G.R. contra XUNTA DE GALICIA-CONSELLERIA DE FAMILIA, MULLER E XUVENTUDE, debo declarar y declaro la condición de laboral fijo a la actora en su relación con la demandada, y debo condenar y la condeno a que le abone en concepto de diferencias por el complemento de antigüedad la cantidad de 148.490 ptas., así como la cantidad por este concepto de 18.355 ptas.; desestimando el 10% por mora por ser cantidades y conceptos discutidos”.

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 que estimando la demanda interpuesta declara la condición de la actora como trabajadora laboral fija condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración así como a que le abone, en concepto de diferencias por el complemento de antigüedad las cantidad de 148.490 ptas. así como 18.355 ptas. por el mismo concepto, es recurrida por la Xunta de Galicia que reproduce la excepción de incompetencia de jurisdicción rechazada en la sentencia de instancia, alegando, en síntesis, que por la disposición transitoria décima de la Ley 4/1988 de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, que estableció la posibilidad de que los contratados administrativos puedan acceder a la condición de funcionarios mediante la superación de un concurso-oposición en el que se valoraran los servicios efectivos prestados, parece claro – dice – que la relación de la actora con la Administración Autonómica sigue teniendo carácter administrativo con independencia de que no se formalizasen prórrogas a partir de diciembre de 1984, y por tanto la jurisdicción

laboral no es la competente para conocer de la pretensión actora.

Son hechos fácticos a tener en cuenta para abordar la incompetencia de jurisdicción alegada los siguientes: a) que la actora prestó servicios desde el día 01.10.79 como auxiliar administrativa, primero para el departamento de formación profesional del Ministerio de Educación y Ciencia, en base a un contrato administrativo al amparo del R.D. 1.712/66, prorrogado anualmente hasta el 31.12.84, pese a lo cual siguió prestando servicios; y b) posteriormente y transferidas las competencias a la Comunidad Autónoma, la actora siguió prestando servicios para la Consellería de Educación hasta el 18.10.93 en que pasó a la Consellería de Muller e Xuventude.

La debatida competencia jurisdiccional para resolver litigios relativos a determinadas relaciones nacidas de contratos celebrados entre Administraciones Públicas y trabajadores y en cuyo origen remoto se encuentra un contrato administrativo de colaboración temporal acogido al Decreto 1.712/1966, ha sido abordado y resuelto en la reciente sentencia del Tribunal Supremo dictada en unificación de doctrina de fecha 3 de junio de 1999 (Rec. Número 2.466/1998) que declara que la competencia para conocer de la cuestión controvertida corresponde a la Jurisdicción Social, al entender que si bien los iniciales contratos administrativos de colaboración temporal fueron el soporte de dichas relaciones de servicios hasta el momento del término final previsto en los mismos, o en su caso, hasta el vencimiento de sus prórrogas; a partir de la Ley 30/1984 de reforma de la Función Pública se prohibió la celebración de los contratos administrativos de servicios, salvo excepcionalmente para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. Siendo ello así – dice la expresada sentencia – la prestación de servicios por parte de la actora al Estado o a la Xunta de Galicia desde el vencimiento de la última prórroga válida de su contrato inicial no se ha efectuado sobre la base de un contrato administrativo, sino sobre la base de un contrato de trabajo, fuera cual fuera la forma del mismo, y desde esta perspectiva debe descartarse que nos encontremos ante una relación de servicios de funcionarios públicos; y debe descartarse también en el caso la existencia de una relación de servicios excluida del régimen laboral en virtud del artículo 1.3.a) del E.T., debida a regulación al amparo de una ley por normas administrativas o estatutarias, puesto que los servicios prestados no pueden acogerse desde luego a la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, tal como ésta excepción ha sido configurada por el legislador y entendida por la Jurisprudencia.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la cuestión de fondo, alega la Entidad recurrente que aún aceptando la condición de laboral fija de la actora, la aplicación del artículo 27.b.1 del III Convenio Colectivo del personal laboral de la Xunta de Galicia, exige tener dicha condición, situación que la actora no puede adquirir sino a partir de la resolución que así lo declare, o en todo caso, a partir de la fecha en que dicha condición se reclama de la Administración, por lo que no pueden computarse los servicios a efectos de antigüedad.

Idéntico supuesto de hecho, fue planteado por otro trabajador, y ha sido resuelto por la Sala en la reciente sentencia de 16 de julio de 1999 (Rec. 2.600/96) en la que otro demandante pedía se le reconociera la condición de laboral de carácter indefinido y reclamaba antigüedad; al igual que en supuesto de autos, también había sido contratado por el Ministerio de Educación y Ciencia, con antigüedad de 12.01.1979 y categoría de subalterno, viniendo prestando sus servicios con prórrogas sucesivas, siendo la última vigente hasta el 31.12.1983, sin que, desde entonces, se haya firmado ningún nuevo contrato, manteniéndose vigente la prestación de servicios, al haberse transferido las competencias de educación a la Comunidad Autónoma de Galicia, en la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia. En dicha resolución de 16.07.99 la Sala desestimaba todos los pedimentos contenidos en la demanda en base a las siguientes consideraciones:

La Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública dispuso que a partir de la fecha de su entrada en vigor no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo (Disposición Adicional cuarta 1), pero no que los hasta entonces así contratados pasasen a calificarse como personal laboral o funcionario, sino que estableció un sistema de convocatorias, regido por los criterios de mérito y capacidad a aplicar también por las Comunidades Autónomas en relación con el personal contratado administrativo de colaboración temporal dependiente de las mismas, de forma que todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo temporal pueda participar en las pruebas de acceso (Disposición Adicional sexta).

La Ley 4/1988 de 26 de mayo de la función pública gallega, cuyo objeto es – según reza la exposición de motivos – ordenar y regular a todo el personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, en desarrollo de su Estatuto de Autonomía y en el marco de la

legislación básica del Estado, asumió el sistema de convocatorias disponiendo que el personal transferido por el Estado, tanto en régimen de contratación administrativa (que es el caso del demandante) cuanto en otros que detalla la disposición transitoria décima (añadida por la Ley 4/1991) podrán acceder a la condición de funcionario mediante la participación y superación de un concurso oposición libre, en cuya convocatoria se respetarán los criterios de mérito y capacidad y se valorarán los servicios efectivos prestados. El personal que no supere la prueba selectiva tendrá derecho a la valoración de los servicios prestados en otras dos convocatorias consecutivas y a continuar prestando servicios en la Administración Autonómica mientras no se celebren, manteniendo la situación jurídica anterior. El que no supere el concurso-oposición en las tres convocatorias permanecerá prestando servicios en la Admón. Autonómica con la condición de “laboral fijo a extinguir” y permanecerá en la misma localidad siempre que en esta exista vacante y le serán reconocidos a efectos de trienios y antigüedad los servicios prestados con anterioridad en cualquier Administración Pública.

En consecuencia y por lo expuesto, la acción entablada sobre la única premisa de seguir prestando servicios para la Comunidad Autónoma, después de la transferencia, en situación de contratado administrativo, no puede prosperar, pues como se ha puesto de relieve, dicha situación no genera la automática clasificación en personal laboral fijo o por tiempo indefinido (y aquí nos apartamos del criterio establecido en la sentencia de 14.04.93 en la que se basa la Juzgadora de instancia), sino la situación legal correspondiente al resultado de la participación en las tres convocatorias, sin perjuicio de seguir prestando servicios en la Admón., cuyas leyes de presupuestos vienen regulando las retribuciones del personal contratado administrativamente hasta tanto no se concluya el proceso de extinción previsto en la Ley de la Función Pública gallega (Disposición transitoria primera de la Ley 11/1995 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma gallega para 1996).

Por todo ello,

Fallamos

Que rechazando la excepción de incompetencia de jurisdicción reproducida por el recurrente, y entrando a resolver en cuanto al fondo, debemos estimar el recurso de Suplicación formulado por la Xunta de Galicia, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, de fecha 31 de mayo de 1996, revocando la

resolución de instancia y absolviendo a la Xunta de Galicia de las peticiones deducidas en el escrito rector.

2749 RECURSO N° 3.367/99

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO Ó PRODUCIRSE EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABALLO DE DURACIÓN DETERMINADA ESTIPULADO CON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

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

A Coruña, a veinte de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.367/99, interpuesto por don J.C.S.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Tres de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 17/99 se presentó demanda por don J.C.S.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandados el SERGAS y don J.A.P. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 10 de mayo de 1999 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Probado que la demandante ha prestado servicios a la demandada desde el 01.07.92, con la categoría de celador y percibiendo un salario mensual de 108.353 ptas., líquidas sin prorrato de pagas extras./Segundo.- El demandante suscribió los siguientes contratos: 1º) Con la Diputación Provincial de Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes de duración (01.07.92 a 31.07.92) en sustitución por vacaciones del titular de la plaza J.A.A.N. 2º) Con la Diputación Provincial de Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes de duración desde el 01.08.92 hasta el 31.08.92, o

antes si la plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo, siendo su objeto: por necesidades del servicio y circunstancias de la producción; 3º) Con la Diputación Provincial de Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 01.09.92 hasta el 30.09.92, en sustitución por vacaciones del titular de la plaza, A.J.S.V.; 4º) Diputación Provincial de Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes, desde el 01.10.92 hasta el 31.10.92, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación e tareas; 5º) Diputación Provincial de Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes, desde el 01.11.92 hasta el 30.11.92, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación de tareas; 6º) Con la Diputación Provincial, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes, desde el 01.12.92 hasta el 31.12.92, o antes si la plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo, siendo su objeto: por necesidades del servicio y circunstancias de la producción; Diputación Provincial, al amparo del R.D. 1989/84 de fomento de empleo, de un año, desde 01.07.93, siendo prorrogado hasta el 31.12.94; 8º) Una vez finalizado el contrato anterior, el actor continua trabajando como celador, firmando un nuevo contrato de fecha 1 de enero de 1995 con el SERGAS, como interino hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice./ Tercero.- El demandante prestó sus servicios como celador en el Hospital "S.M.M." sin solución de continuidad hasta el día de su cese el día 16.11.98./ Cuarto.- Con fecha 21 de octubre de 1998 el actor recibió comunicación escrita en la que se le notifica por el SERGAS lo siguiente:/ "J.C.S.G.- Celador... 32.830 Ourense.- Comunicaselle que, unha vez resolto con carácter definitivo o concurso oposición para o persoal laboral do Complexo Hospitalario "S.M.N. -Dr. C.G.", próximamente se producirá a incorporación dos adxudicatarios dos postos de traballo incluidos na devandita oferta pública de emprego.- A posible incorporación dese persoal adxudicatario no posto de traballo que vostede viña ocupando, pode conllevar, previsiblemente, o cese na súa prestación de servicios no centro.- A efectividade do cese terá lugar, no seu caso, en datas próximas que lle serán notificadas debidamente.- Ourense, a 21 de outubro de 1998. O Xerente Xeral, Asdo: Dr. A.C.G."/ Quinto.- Con fecha 16.11.98 el SERGAS notificó por escrito al actor/ "A la atención de don/doña:- S.G.J.C.- Celador. Habiendo tomado posesión de la plaza don/doña.- J.A.P. por resolución de 29.10.1998 de la división de RR.HH. pongo en su conocimiento que el contrato suscrito por usted, dejará de surtir efectos al finalizar la jornada del día 16 de noviembre de 1998, lo que comunico a los efectos oportunos.- Ourense, 16 de noviembre

de 1998.- O Xerente Xeral.- A.C.G."/ Sexto.- Por Decreto 22/93 de 28 de enero (DOG de 12.02.93) se transfiere a la Comunidad Autónoma de Galicia el Hospital Provincial "S.M.M." dependiente de la Diputación Provincial de Ourense, junto con la Escuela de Enfermería, ubicada en el indicado centro, transfiriendo el personal adscrito a dichos centros, entre ellos la actora, personal contratado eventual del Hospital S.M.M. Por Orden de 28 de abril de 1995, (DOG de 15.05.95), se crea el Complexo Hospitalario "S.M.N." y Hospital "Dr. C.G."/ Séptimo.- Por resolución de 8 de abril de 1996 la Dirección General de Recursos Humanos convoca concurso oposición para ingreso en las categorías incluidas en la Oferta pública de empleo para el año 1995 del Personal Laboral del Complexo Hospitalario "S.M.M.-Dr. C.G.2 de Ourense. Por Resolución de la Dirección de Recursos Humanos del SERGAS de 14 y 26 de mayo de 1998, se da por terminado el proceso selectivo convocado por la resolución citada de 08.04.96./ Octavo.- En fecha 21 de octubre de 1998, por la Dirección General de la División de Recursos Humanos del SERGAS, se dictan instrucciones para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los adjudicatarios de los puestos de trabajo objeto de la oferta pública de empleo del personal laboral del C.H. "S.M.N.-Dr. C.G.", considerando aplicables el contenido de las instrucciones de 31.07.97. Dichas instrucciones figuran incorporadas a autos teniendo aquí su contenido por reproducido./Noveno.- El demandante no ostenta cargo sindical alguno./Décimo.- El demandante agotó la vía previa administrativa."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por J.C.S.G., contra el SERGAS y J.A.P., absolviendo a los demandados de las pretensiones de la misma."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda de despido apoyándose en la versión fáctica siguiente: El demandante ha venido prestando servicios como celador por cuenta de la parte demandada a través de los siguientes contratos: 1º) Con la Diputación Provincial de Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes de duración (01.07.92 a 31.07.92) en sustitución por vacaciones del titular de la plaza J.A.A.N. 2º) Con la Diputación Provincial de

Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes de duración desde el 01.08.92 hasta el 31.08.92, o antes si la plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo, siendo su objeto: por necesidades del servicio y circunstancias de la producción; 3º) Con la Diputación Provincial de Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 01.09.92 hasta el 30.09.92, en sustitución por vacaciones del titular de la plaza, A.J.S.V.; 4º) Diputación Provincial de Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes, desde el 01.10.92 hasta el 31.10.92, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación e tareas; 5º) Diputación Provincial de Ourense, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes, desde el 01.11.92 hasta el 30.11.92, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación de tareas; 6º) Con la Diputación Provincial, al amparo del R.D. 2.104/84, eventual de un mes, desde el 01.12.92 hasta el 31.12.92, o antes si la plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo, siendo su objeto: por necesidades del servicio y circunstancias de la producción; Diputación Provincial, al amparo del R.D. 1.989/84 de fomento de empleo, de un año, desde 01.07.93, siendo prorrogado hasta el 31.12.94; 8º) Una vez finalizado el contrato anterior, el actor continua trabajando como celador, firmando un nuevo contrato de fecha 1 de enero de 1995 con el SERGAS, como interino hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice./

El 21.10.98 el actor recibió comunicación del siguiente tenor: "J.C.S.G.- Celador... 32.830 Ourense.- Comunicaselle que, unha vez resolto con carácter definitivo o concurso oposición para o persoal laboral do Complexo Hospitalario "S.M.N.-Dr. C.G.", próximamente se producirá a incorporación dos adjudicatarios dos postos de traballo incluidos na devandita oferta pública de emprego.- A posible incorporación dese persoal adjudicatario no posto de traballo que vostede viña ocupando, pode conllevar, previsiblemente, o cese na súa prestación de servicios no centro.- A efectividade do cese terá lugar, no seu caso, en datas próximas que lle serán notificadas debidamente.- Ourense, a 21 de outubro de 1998. O Xerente Xeral, Asdo: Dr. A.C.G.".

El 16.11.98 el SERGAS le notificó por escrito que "Habiendo tomado posesión de la plaza don/doña.- J.A.P. por resolución de 29.10.1998 de la división de RR.HH. pongo en su conocimiento que el contrato suscrito por usted, dejará de surtir efectos al finalizar la jornada del día 16 de noviembre de 1998, lo que comunico a los efectos oportunos.- Ourense, 16 de noviembre de 1998.- O Xerente Xeral.- A.C.G."

El Hospital Provincial “S.M.M.” dependiente de la Diputación Provincial de Ourense fue transferido, junto con el personal adscrito al mismo, a la Comunidad Autónoma de Galicia en virtud del Decreto 22/93, de 28 de enero, creándose, por Orden de 28.04.96 el Complexo Hospitalario “S.M.N.” y Hospital “Dr. C.G.” La Dirección General de Recursos Humanos convocó el 08.04.96 concurso-oposición para ingreso en las categorías incluidas en la oferta pública de empleo para el año 1995 del personal laboral del Complexo Hospitalario citado, teniéndose por terminado el proceso selectivo en mayo de 1998 y dictando la Dirección General de Recursos Humanos del SERGAS, en fecha 21.10.98, instrucciones para llevar a cabo los ceses impuestos por la incorporación de los adjudicatarios, considerándose aplicables las instrucciones de 31.07.97.

SEGUNDO.- Las infracciones que denuncia el recurrente, todas ellas amparadas en el artículo 191.c) de la L.P.L., pueden resumirse así: A) Del art. 3 del Real Decreto 2.104/84 y la doctrina jurisprudencial sobre contrataciones temporales, así como del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 6.4 del Código Civil y de la doctrina contenida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991, la que, dice, se consolidó en años posteriores, invocando numerosas sentencias del mismo Alto Tribunal; considerando el recurrente que le son aplicables los principios que informan el derecho del trabajo, tales como el de norma más favorables, es de condición más beneficiosa, el de irrenunciabilidad y el “pro operario”. B) Del art. 8.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 2.2 de la Directiva Comunitaria nº 91/533 CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991. C) De la Resolución de la Dirección Xeral de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia, de 31 de julio de 1997, y del art. 55.1 y 5 del E.T., así como del art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. D) Violación de derechos fundamentales; específicamente, de los principios, proclamados en nuestra Norma Fundamental, de legalidad, seguridad jurídica, igualdad ante la Ley, tutela judicial efectiva; lo que ha causado, aduce, una verdadera y flagrante indefensión; haciendo una referencia concreta a la discriminación, con cita de dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, resolutorias de situaciones similares en función de la aplicación de las Instrucciones de la Dirección General del INSALUD, contenidas en la Circular de 14 de febrero de 1995.

TERCERO.- La cuestión sometida a debate ha sido enjuiciada por esta Sala al resolver supuestos sustancialmente idénticos, incluidos los motivos

del recurso (sentencias de la Sala de 18.06.99, 28.06.99 y 15.09.99), cuya desestimación se basa en las siguientes razones: A) Las irregularidades que pudieran apreciarse en las contrataciones del demandante-recurrente, en modo alguno podrían servir para conceptuar la relación jurídica que lo unía con el codemandado Servicio Galego de Saúde como fijo de plantilla, ni serían obstáculo para su cese por la cobertura, en forma legal, de la plaza que ocupaba, al ser criterio jurisprudencial reiterado –sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998, entre otras- que las irregularidades en la contratación de la Administración Pública no determinan la condición de trabajador fijo de plantilla, sino que producen el efecto de novar el contrato temporal en indefinido; estando éste sujeto a la extinción cuando la plaza sea ocupada reglamentariamente, ya que lo contrario determinaría vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad. B) El cese acordado por el Servicio demandado, comunicado al actor el día 16.11.98, aparece debidamente justificado; teniendo en cuenta, de una parte, que el contrato del demandante, de fecha 1 de enero de 1995, era de interinidad, habiéndose fijado su duración hasta que la plaza fuera cubierta reglamentariamente o se amortizara, y de otra, que la comunicación de cese se hizo una vez que tomó posesión de la plaza que venía ocupando el ahora recurrente, el adjudicatario. C) No existe vulneración de derecho fundamental alguno ni, por ende, discriminación, ya que el criterio seguido por el Servicio cuestionado de cesar a los interinos más antiguos se acomoda a la Instrucción de la Dirección General de Recursos Humanos de 31 de julio de 1997. D) En definitiva, la ruptura del vínculo jurídico-laboral, en el proceso cuestionado, no es constitutiva de despido, sino de la causa de extinción del contrato prevista en el art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva y por lo expuesto,

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don J.C.S.G. contra la sentencia de fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Orense, en proceso seguido a instancia del recurrente frente al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y a don J.A.P., sobre despido, que se confirma en sus pronunciamientos.

2750 RECURSO N° 3.434/99

S. S.

DETERMINACIÓN DA ANTIGÜIDADE COMPUTABLE A EFECTOS DE CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN POR DESPEDIMENTO OBXECTIVO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilma. Sra. D^a Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a veinte de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.434/99, interpuesto por don J.C.R.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. 1 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 165/99 se presentó demanda por don J.C.R.V. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la empresa “E.M.S.M., S.A.” y el AYUNTAMIENTO DE VIGO en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 31 de mayo de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- El demandante don J.C.R.V., mayor de edad y con D.N.I..., viene prestando servicios para la empresa “E.M.S.M., S.A.” con la categoría profesional de director de servicios y un salario mensual prorratoeado de 351.031 pesetas, si bien el demandante lo fija en demanda en la cantidad mensual de 331.546 pesetas.- SEGUNDO.- El actor inició su relación laboral con la empresa “E.M.S.M., S.A.” mediante contrato por lanzamiento de nueva actividad suscrito el día 31 de enero de 1989 al amparo del Real Decreto 2.104/84, contrato en el que se fijaba como fecha de inicio del mismo el día 16 de enero de 1989 (si bien hasta el día 31 de enero fue secretario personal del alcalde como funcionario de empleo eventual) y que establecía una duración de 6 meses. Mediante carta de fecha 22 de mayo de ese año la empresa le comunicó al

actor que “...estando próximo el vencimiento de su contrato con esta “E.M.S.M., S.A.” exactamente en la fecha 31 de enero de 1989 la renovación del mismo será realizada con carácter indefinido...”. Sin que conste que el actor hubiese dejado de prestar servicios, en fecha 31 de julio de 1989 las partes suscribieron nuevo contrato por tiempo indefinido y efectos a partir del 31 de julio de 1989. El día 2 de septiembre de 1991 el actor pasó a situación de excedencia forzosa al amparo del entonces vigente artículo 45.1.k) del Estatuto de los Trabajadores al ser designado por el entonces alcalde de Vigo para el puesto de asesor de la alcaldía, puesto en el que fue cesado mediante decreto de la Alcaldía de fecha 7 de junio de 1995 con efectos desde el día 17 de junio; el actor en el momento de dicho cese se hallaba en situación de incapacidad laboral transitoria, actual incapacidad temporal, en la que permaneció desde el día 17 de enero de 1994 hasta el 13 de abril de 1996 en que fue dado de alta, y el día 16 de junio de 1995 presentó escrito ante “E.M.S.M., S.A.”, comunicando su cese como asesor de la alcaldía de Vigo y solicitando su reincorporación, si bien precisaba que hallándose en situación de incapacidad laboral transitoria “mi reincorporación efectiva la realizaré en el momento de ser dado de alta”, reincorporación que se produjo de forma efectiva el día 16 de abril de 1996.- TERCERO.- Por medio de carta de fecha 4 de marzo de 1999, notificada al actor el día 5, se le comunicó que se le despedía con efectos desde el día 05.03.99 por causas objetivas conforme a lo dispuesto por el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, siendo las causas de índole organizativas y productivas, en base a los siguientes hechos: “Como consecuencia del Real Decreto 927/1998, de 14 de mayo publicado en el BOE del 26 de mayo, que liberalizó el transporte funerario, y ante la interpretación sobre su aplicación dada por el Excmo. Concello de Vigo, que autorizó a prestar servicios funerarios a empresas radicadas fuera de la localidad a los fallecidos en esta Ciudad, “E.M.S.M., S.A.” ha sufrido un descenso y pérdida de clientes o servicios, desde el mes de noviembre de 1998, que se ha ido progresivamente incrementando en los sucesivos meses, disminuyendo en cuantías importantes, la facturación de la empresa y suponen una menor actividad y producción en la misma. En efecto, la pérdida de servicios que se ha producido es la siguiente: Noviembre 1998- 28 servicios x 225.000.- (media) = 6.300.000 ptas.- diciembre 1998- 49 servicios x 225.000.- (media) = 11.025.000.- ptas.- enero 1999 -73 servicios x 240.000.- (media) = 17.520.000.- ptas.- febrero 1999- 142 servicios x 270.000.- (media) = 38.340.000.- ptas.- como puede apreciarse, la disminución de servicios y facturación, va incrementándose progresivamente, por lo que las

previsiones en meses venideros, son más negativas, lo que obliga a adoptar medidas que puedan equilibrar las cuentas de la Sociedad, que obviamente se verán muy afectadas, procediendo a reducir costes, máxime cuando la plantilla estaba dimensionada para la realización de la totalidad de los servicios de la Ciudad de Vigo, y es evidente que en el futuro, se precisarán de menor número de trabajadores, razones que justifican la amortización de puestos de trabajo. Su puesto de trabajo, como Director de Servicios, se encontraba en cierta manera sobredimensionado, toda vez que existe otra persona que desarrolla la misma actividad y funciones, don M.A.C., ya que al producirse su excedencia forzosa desde el año 1991, que duró hasta junio de 1996, tal actividad tuvo que ser cubierta por la Empresa, y tras su reincorporación al término de la excedencia, existe una clara duplicidad en la cobertura del puesto y funciones, que ante la situación creada, causa de la extinción hacen necesaria la amortización de un puesto de esas características, máxime ante la evidente disminución de actividad y producción de la Empresa. Por ello, y de conformidad con lo establecido en el Art. 53 del E.T., ponemos a su disposición, mediante la entrega en este acto de un cheque, la cantidad de 2.359.000 ptas., que corresponden a la indemnización de 20 días por año, así como el importe del salario neto de 30 días de previos, es decir la suma de 265.237.- ptas. La liquidación podrá también, si lo desea, hacerla efectiva. Rogamos se sirva firmar el recibí de la presente, así como las cantidades que se ponen a su disposición, en señal de su recepción".- CUARTO.- Desde noviembre de 1998 la empresa demandada ha perdido el monopolio que venía teniendo sobre los servicios funerarios de los fallecidos en Vigo, pudiendo ahora realizarlos otras empresas dedicadas a tales menesteres. La demandada, que en 1997 realizó 3.686 servicios, en 1998 realizó 3.531 y de enero a marzo de 1999 realizó 822; sus ingresos brutos en tales períodos fueron de 834.999.000 pesetas, 786.790.000 pesetas y 210.137.000 pesetas y los beneficios netos fueron de 175.815.000 pesetas en 1997 y de 130.176.000 pesetas en 1998 (éstos, resultado de una facturación de 768 millones y unos gastos de: 665 millones de compras y gastos, 130 sueldos y 34 de cuotas a la Seguridad Social a cargo de la empresa). En Vigo hubo en 1998 un total de 3.362 fallecidos y 1.316 en el primer cuatrimestre de 1999 de los que la empresa demandada efectuó el servicio de 3.223 en 1998 y 850 en los 4 primeros meses de 1999; la reducción se produce sobre todo respecto a los fallecidos que no eran de Vigo.- QUINTO.- "E.M.S.M., S.A.", disponía en el período de 1994-1998 de 18 conductores y dos jefes de conductores y en mayo de 1999 tenía 19 conductores y 1 jefe. Los conductores no se

limitan a conducir los coches fúnebres sino que también asean y amortajan los cadáveres, los recogen y transportan y encienden los hornos. Asimismo, la empresa tiene desde el día 1 de mayo de 1991 un supervisor general de servicios, don M.A.C., que, cuando menos desde que el actor pasó a situación de excedencia, realiza las mismas funciones que las que hace el demandante, fundamentalmente organizar y coordinar los servicios prestados por los conductores. Desde la reincorporación del actor tras su excedencia, éste trabajaba de miércoles a domingos y durante el último año lo vino haciendo de jueves a domingos, en tanto el Sr. A. lo hacía de lunes a viernes. Despedido el actor, al que la empresa remitió telegrama el día 8 de marzo para que se abstuviese de presentarse en la misma y el día 10 notificó a los recepcionistas que si se presentaba avisasen inmediatamente a la Dirección y si quería entregar alguna baja no se la admitiesen y avisasen también, la empresa ordenó a los conductores que en los fines de semana se organizasen ellos mismos, para lo que les ofreció 5.000 pesetas diarias a quien se quisiese hacer cargo de dicha tarea, lo que no fue aceptado por los conductores que querían 5.000 pesetas cada uno, cuando el actor estuvo en excedencia los conductores se auto organizaban los fines de semana y, como ahora tras el cese del actor, si hay alguna incidencia lo comunican al agente de ventas y, si éste no puede solucionarla la pone en conocimiento de la Dirección, en cuyo sentido la empresa ya hizo comunicaciones al personal conductor el día 31 de octubre de 1991 y el 3 de junio de 1996.- SEXTO.- La plantilla de "E.M.S.M., S.A." se compone de: 6 personas en ventas de las que 5 son agentes y 1 jefe de ventas, 8 en el departamento de azafatas con 6 azafatas y una jefa de azafatas y un ordenanza, 2 en administración que son un auxiliar y un director administrativo, 21 en parque móvil que son 19 conductores y 2 jefes de conductores, 1 secretaria de dirección, 1 encargado de mantenimiento, 1 director comercial, 1 apoderado y 1 asesor de la presidencia.- SÉPTIMO.- La "E.M.S.M., S.A.", se constituyó, previa aprobación por el Concello de la municipalización el servicio funerario y la constitución para llevarlo a cabo de una sociedad mixta con participación del Concello, mediante escritura pública otorgada en fecha 11 de septiembre de 1987 por el Concello de Vigo, representado por su alcalde y por su secretario, y por don S.F.V., con un capital de 300 millones de pesetas dividido en 1.530 acciones de 100.000 pesetas cada una de la serie A y 1.470 de 100.000 pesetas cada una de la serie B, que fueron suscritas las 1.530 primeras por el Concello y las 1.470 segundas por don S. en sus estatutos se disponía que la sociedad sería regida por una Junta General, un Consejo de Administración y un Gerente; la primera con 11 miembros de los

que el Concello designaría 6 que sólo el Concello podría cesar, el Consejo con 5 miembros de los que el Concello designaría 3 de los que dos necesariamente sería presidente y vicepresidente, y el Gerente nombrado por el Consejo y con las facultades que éste le otorgase. Como derecho se remitía la escritura a la Ley de Régimen Local, al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y complementariamente a la Ley de Sociedades Anónimas. Los acuerdos se adoptarían por mayoría de miembros del Consejo, precisándose el voto favorable de 4 para, entre otros asuntos, venta o compra de bienes y firma de letras de cambio por importe superior a 2 millones de pesetas. En acuerdo de la Junta de fecha 19 de octubre de 1995 se creó la figura del Consejero Delegado, en el que el Consejo podía delegar de forma permanente todas o algunas de sus facultades salvo las indelegables.- OCTAVO.- El Concello de Vigo en fecha 3 de noviembre acordó comunicar a los Hospitales de la localidad, por aplicación del Real Decreto 927/98, la liberalización del servicio funerario en Vigo y en fecha 18 de diciembre el Consejo de la empresa demandada se reunió proponiendo la parte privada recurrir dicha comunicación por los perjuicios que irrogaba a la empresa, a lo que se opusieron los Consejeros designados por el Concello. El día 25 de diciembre la empresa redactó un recurso contencioso-administrativo contra dicha comunicación solicitando la suspensión del acto, recurso cuya presentación ante la Sala correspondiente del T.S.J. de Galicia no consta. El día 3 de mayo del presente año la empresa solicitó en el Concello conformidad para modificar el plazo de amortización de los préstamos concertados por la empresa con el Banco de Crédito Local alegando para ello pérdida de clientes y servicios desde noviembre de 1998 debido a que empresas radicadas fuera de la ciudad empezarían a prestar servicios funerarios a fallecidos en la ciudad de Vigo.- NOVENO.- Presentada papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 11 de marzo frente a la empresa, la misma tuvo lugar en fecha 22 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el actor el día 24 frente a la empresa, demanda que amplió contra el Ayuntamiento de Vigo en fecha 10 de abril, ante el cuál había presentado el día 30 de marzo reclamación previa que le fue desestimada por silencio administrativo.- Décimo.- El demandante no es ni fue durante el último año representante legal de los trabajadores.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando en parte la demanda interpuesta por don J.C.R.V. contra la “E.M.S.M., S.A.”, debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha

05.03.99 por parte de dicha demandada, a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 2.723.673 pesetas, de las que se deducirán los 2.359.000 pesetas que la empresa puso a su disposición con la carta de despido en caso de haberlas cobrado el actor, poción que deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, así como a que en ambos casos le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución, de los que no cabrá deducir los entregados con motivo del preaviso, y advirtiendo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo y forma expresados se entenderá que procede la readmisión, desestimando las demás pretensiones deducidas en la demanda, de las que absuelvo a dicha demandada. Y desestimando la demanda del referido actor contra el Ayuntamiento de Vigo, debo absolver y absuelvo a éste de las pretensiones contra él deducidas.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por actor, don J.C.R.V. con DNI... contra la sentencia de fecha 31.05.99 del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, seguida a instancia del mismo y siendo demandado la “E.M.S.M., S.A.”, y el Ayuntamiento de Vigo, basándolo como primer motivo en el art. 191 apartado b) de la L.P.L en la revisión de los hechos declarados probados, concretamente del hecho segundo se adicione los siguientes términos: “El actor, conocido militante socialista, inició su relación laboral con la “E.M.S.M., S.A.” el 31 de enero de 1989 ...si bien hasta el 31 de enero fue secretario personal del alcalde socialista (M.S.) ...El día 2 de septiembre de 1991 el actor pasó a situación de excedencia forzosa... al ser designado por el entonces Alcalde socialista de Vigo (C.G.P.) para el puesto de asesor de la Alcaldía”.

Es decir se pretende la adición de las palabras “conocido militante socialista”, y en la palabra “socialistas” cuando hace mención a quien estaba en la alcaldía por aquél entonces. En base a ser hechos notorios sin citar documento alguno. No procede la adición de “conocido militante socialista al ser apreciado subjetiva no acreditada ni probada por documento alguno. En cuanto a la adición de la palabra “socialista” es irrelevante

para la resolución de un despido por causas objetivas sin que en la demanda se dijese que dicho despido obedecía a una determinada militancia política. Por lo cual debe desestimarse el motivo señalado en primer lugar.

También como segundo motivo se interesa que se adicione al hecho probado octavo el siguiente encabezado: “Octavo”. Se ha materializado un conflicto de intereses entre “F.V., S.A.” y el Excmo. Ayuntamiento de Vigo, socios ambos en la “S.M.S.M., S.A.” a consecuencia de que el Concello de Vigo, en fecha 3 de noviembre (de 1998)...” La adición que se pretende en cuanto al “conflicto de intereses” que considera probado el recurrente no ha sido así apreciada por el Juzgador de instancia, en la libre apreciación de la prueba que se le da por el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que en base a los documentos que se señala pone de manifiesto no el conflicto al que se menciona sino la discrepancia sobre un acuerdo que se toma dentro de la organización de una Sociedad, por todo lo cual no procedería la revisión alegada. Por el actor recurrente se pretende como tercer motivo la adición al Hecho probado Sexto de la Sentencia del siguiente texto: “siendo la plantilla de conductores a 22 de mayo de 1999 del jefe y 19 conductores”. Teniendo en cuenta que la carta de despido es de 04.03.99 con efectos de 05.03.99, y que la plantilla era según consta en el hecho sexto que se pretende modificar era de 19 conductores y 2 jefes, cuando se hace efectivo el despido evidentemente la plantilla quedaría en 1 solo jefe siendo irrelevante este detalle que en nada cambia ni modifica lo expuesto en el hecho probado sexto por lo cual no procede la revisión interesada. Cuando por otra parte en el hecho probado 5º de la sentencia se recoge este extremo.

SEGUNDO.- Por el recurrente se alega igualmente infracción por aplicación indebida, en base al apartado c) del art. 191 de la L.P.L así en el motivo cuarto del escrito del recurso concretamente la infracción del art. 26 del ET pretendiendo la revisión del FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO de la Sentencia y que se reconozca como salario a efecto de cálculo de indemnización la retribución contenida en el certificado de Retenciones a cuenta del IRPF correspondiente a 1998 que determina una retribución diaria por importe de 12.784 ptas. Se pretende por el recurrente infracción del art 26 del ET. En cuanto a la fijación del salario en la Sentencia de instancia, cuando no se ha pedido en el propio recurso la revisión del hecho probado 1º de la misma la cual señala que “El demandante don J.C.R.V., mayor de edad y con DNI... viene prestando servicios para la “E.M.S.M., S.A.” con la categoría profesional de director de servicios y un salario mensual prorrteado de 351.031 ptas.,

si bien el demandante lo fija en demanda en la cantidad mensual de 331.546 ptas.”. Luego en consecuencia se ha admitido por el recurrente dicho hecho como probado no puede pretender revisar el fundamento de derecho cuando fija el mismo salario, desestimando en consecuencia este motivo del recurso.

Como motivo quinto del recurso se alude a la infracción, de forma genérica, por inaplicación de la “Ley de contratos del Estado, de Bases de las Corporaciones Locales y el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales en lo que se refiere a la Constitución de Sociedades Mixtas” sin alegar artículo alguno en el que se basa ni el fundamento de la infracción. Abundando mas, la empresa demandada, se trata de una Sociedad Anónima en la que el ayuntamiento ostenta el 51% del capital social rigiéndose por la Ley de Sociedades Anónimas; desestimando, en consecuencia, este motivo del recurrente.

Como motivo señalado en sexto lugar se alega la infracción (art. 191 apartado c) de la L.P.L.) de la jurisprudencia en relación a determinar el tiempo que es objeto de cálculo a efectos de la indemnización por despido. El recurrente argumenta que a efectos indemnizatorios debe computarse el tiempo en que estuvo en excedencia, cuando en dicha situación el contrato de trabajo con la empresa “E.M.S.M., S.A.” estaba suspendido (como tal causa de suspensión se recoge en el art. 45.1 del ET.) y en esa línea se recoge en la sentencia de este mismo Tribunal Superior de Justicia de fecha 25.05.98 recurso nº 1.784/98 que dispone al igual que la del Tribunal Supremo de 30.06.97 que el tiempo de excedencia no es computable a efectos del cálculo de indemnización por despido. Alega el recurrente que “E.M.S.M., S.A.”, empresa donde estaba excedente, y el Ayuntamiento de Vigo, al cual se incorporó, son entidades vinculadas, luego el tiempo en que estuvo en excedencia debe computarse en su totalidad. Sin embargo “E.M.S.M., S.A.”, es un Ente de Derecho Privado y el Ayuntamiento un Ente de Derecho Público; en este mismo sentido, el actor antes de incorporarse a “E.M.S.M., S.A.” (hasta el 31 de enero 1989) fue secretario personal del alcalde como funcionario eventual, por ese mismo razonamiento, también debería computarse el tiempo que estuvo así contratado, lo cual resulta ilógico, porque no existe tal vinculación entre las empresas. Igualmente no debe computarse el tiempo en que estuvo en situación de incapacidad laboral transitoria (art. 45.1 ET) porque el contrato de trabajo durante dicho tiempo está en suspensión; por lo cual debe desestimarse el motivo del recurso.

Como Séptimo Motivo se alega infracción del art. 122 de la L.P.L. (por conducto del art. 191 apartado c) del mismo cuerpo procesal) ya que el despido no es improcedente sino nulo por infracción de los derechos fundamentales del trabajador. No existe en la propia Demanda ninguna referencia a tal discriminación o vulneración, y el hecho de notificarle al trabajador la carta de despido por causas objetivas no puede constituir tal violación ya que si eso fuera así todos los despidos serían nulos ya que todos podrían suponer una desconsideración al trabajador, por lo cual debe desestimarse este último motivo del recurso. Por otrosí en el escrito del recurso hace el recurrente la petición de prueba de que se requiera a "E.M.S.M., S.A." de que certifique si los contratos de los folios 327, 325 y 323 han sido o no elevados a indefinidos, dicha petición, extemporánea y fuera del procedimiento hace que sea rechazada por no hallarse incluida en lo que dispone el art. 231 de la L.P.L.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.C.R.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Vigo, de fecha 31 de mayo de 1999, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2751 RECURSO N° 3.176/99

S. S.

IMPROCEDENCIA DO RECOÑECIMENTO DA INDEMNIZACIÓN PREVISTA POR LESIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS Ó DECLARARSE NULO O DESPEDIMENTO DO TRABALLADOR.

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

A Coruña, a veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.176/99 interpuesto por don P.D.A. y la Empresa

"M.T.N.B." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 152/99 se presentó demanda por don P.D.A. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la Empresa "M.T.N.B.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 22 de marzo de 1999 por el Juzgado de referencia que ESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor don P.D.A., ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada "M.T.N.B." en la Residencia de la tercera edad de... desde el 17 de octubre de 1994, ostentando la categoría profesional de vigilante operario encargado de mantenimiento y percibiendo un salario mensual a efectos de indemnización de 131.833 pesetas. Es delegado de personal por el sindicato CC.OO./SEGUNDO.- En fecha 27 de junio de 1994, se firmó el Convenio de colaboración entre la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais y la Mancomunidad para la gestión de la Residencia de la Tercera edad de..., en cuya disposición quinta se establece que: "a entidade comprométese a manter o servizo do centro durante toda a vixencia do convenio o cadre de persoal que figuraba na sua solicitude". En dicha plantilla figuran tres ordenanzas-vigilantes nocturnos./TERCERO.- En fecha 24 de septiembre de 1994, el actor es seleccionado en segundo lugar (22 puntos) tras las pruebas selectivas realizadas por la entidad demandada para acceder al puesto de celador-oficial de primera de la Residencia de la tercera edad de... El 17 de octubre de 1994 el actor suscribe con la entidad demandada contrato para obra o servicio determinado hasta el 31 de diciembre de 1995 para prestar servicios como celador (u otros por necesidades del servicio). El 1 de enero de 1996, suscribe otro contrato de idénticas características hasta el 31.12.96 tras el cual no se realiza ningún otro. Dichos contratos figuran incorporados a autos, teniendo aquí su contenido por reproducido. En su nómina figura la categoría de celador-mantenedor, y entre sus funciones se encuentra la de vigilante diurno-nocturno, administrar, medicación, servir comidas en el comedor, cortar césped, etc./CUARTO.- Durante 1996 y 1997 se desarrolla un grave conflicto laboral entre los representantes legales de CC.OO: y otros compañeros y la Dirección del centro y demás órganos dirigentes de la Mancomunidad. Dicha conflictividad que tuvo y tiene repercusión en los medios de comunicación se manifestó en diversas denuncias a inspección

de trabajo por vulneración de normas laborales y transgresión de los derechos de representatividad sindical, las cuales dieron lugar a diversas actas de infracción figurando incorporadas a autos y teniendo aquí su contenido por reproducido./QUINTO.- Durante dicho conflicto laboral se procede al despido disciplinario del actor el 1 de agosto de 1996. El actor reclamó contra dicho despido dando lugar a los autos nº 633/96 tramitados en el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad en los cuales recayó sentencia el 03.02.97, declarando la improcedencia del despido; dicha sentencia fue confirmada por la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 08.04.97. Instada la ejecución provisional de dicha sentencia, se dicta auto el 24.03.97 dando lugar a la ejecución provisional y condenando a la entidad demandada al abono al actor de los salarios de tramitación sin contraprestación alguna. Instada la ejecución definitiva fue acordada por Auto de 30.04.97, requiriéndose a la entidad demandada para que procediese a la readmisión inmediata del actor y se le abonasen los salarios. Dicha readmisión se hizo efectiva el 15 de julio de 1997. Desde el 1 de agosto de 1996 hasta la readmisión efectiva el 15 de julio de 1997, el actor no figura dado de alta en la Seguridad Social./SEXTO.- El 4 de agosto de 1997 la entidad demandada inicia expediente disciplinario al actor por uso indebido del crédito horario sindical, siendo sobreseído por la entidad demandada./SÉPTIMO.- Por Decreto 261/1997 de 10 de septiembre (DOG 25.09.97) se transfiere definitivamente a la "M.T.N.B." la Residencia de la 3ª edad de... El 30.09.97, la entidad demandada da por finalizado el contrato por obra o servicio a todos los trabajadores del centro, suscribiendo a continuación uno nuevo de interinidad hasta la cobertura definitiva de las plazas respectivas./OCTAVO.- En la misma fecha 30.09.97 la entidad demandada por finalizado el contrato del actor, sin que se suscriba uno nuevo. Contra dicho cese el actor formuló demanda dando lugar a los autos nº 704/97, tramitados en el Juzgado de lo Social nº 3 de esta ciudad, en los cuales recayó sentencia el 27 de abril de 1998, en cuya parte dispositiva se estimó la demanda y se declaró la nulidad del despido del actor llevado a cabo por la entidad demandada el 30.09.97 condenando a esta a la inmediata readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir. Instada la ejecución provisional la demandada opta por abonar los salarios sin contraprestación. Dicha sentencia fue confirmada por la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 15.12.98 en el recurso de suplicación interpuesto la cual no es firme./NOVENO.- Por escritos de 13 de julio de 1998 y 19.11.98 el actor solicitó diversa documentación a la entidad la cual le fue

denegada por no ser una petición mancomunada./DÉCIMO.- El 7 de noviembre de 1998, se publica en el BOE (nº. 267) Resolución de la Mancomunidad, por la que se anuncia la oferta de empleo publicada para 1998 de la que se incluyen tres puestos de operario, servicio de mantenimiento para la Residencia de la tercera edad de... El 21 de enero de 1999 se publica en el BOP los presupuestos Generales de la Mancomunidad para 1998, en los que figuran dos puestos de encargados de mantenimiento./UNDÉCIMO.- El 25 de enero pasado, la entidad demandada comunica al actor el cese por suprimir el cuadro de personal de la Residencia el puesto de celador mediante comunicación escrita del siguiente tenor literal: "Muy Sr. Mío.- Por medio de la presente, le comunicamos que, como consecuencia de la Nueva Relación de puestos de trabajo aprobado por esta Mancomunidad, y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Ourense, en fecha 21.01.1999, no existe en el cuadro de personal para 1999 el puesto de trabajo de celador en la Residencia de la Tercera edad de..., al que figuraba adscrito provisionalmente en virtud de lo dispuesto por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Ourense en autos nº 704/97, ejecución provisional 115/98. La inexistencia de dicha plaza conlleva inevitablemente la finalización de su contrato de trabajo, aún en el supuesto de que se confirmase la improcedencia o nulidad de su despido de fecha 30.09.97, toda vez que resulta de imposible cumplimiento la causa propia de la extinción de su contrato. Desde esta fecha está a su disposición la propuesta de liquidación cuyas copias se adjuntan". En la misma fecha 2 compañeros del actor trabajadores de la residencia con la categoría de vigilantes-operarios, suscriben contratos de interinidad por vacante como encargados de mantenimiento./DUODÉCIMO.- El 01.02.99, el actor interpuso reclamación previa, la cual no consta haya sido contestada.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don P.D.A. contra la "M.T.N.B." debo declarar y declaro la nulidad del despido del actor llevado a cabo por la demandada el veintidós de enero de mil novecientos noventa y nueve y en consecuencia, condeno a la entidad demandada a estar y pasar por dicha resolución y a la readmisión inmediata del actor con abono de los salarios dejados de percibir".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren la sentencia de Instancia, que declara la nulidad del despido del actor Sr. D.A., el actor mismo y la demandada. El demandante interesa que confirmando la nulidad del despido y sus efectos propios, se condene además a la empresa a que le abone 2.000.000 ptas. “en concepto de daños y perjuicios ocasionados por la vulneración de sus derechos fundamentales”, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia en un único motivo de recurso que se ha infringido el art. 55 E.T. en relación con el art. 175 L.P.L., con cita de diversas sentencias. La demandada interesa la revocación de la sentencia y se declare “procedente la extinción del contrato de don P.D.A., a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la revisión del H.P. 1º y la adición de un último párrafo al H.P. 3º y denuncia la vulneración del art. 55.5 E.T. (en cuanto al despido nulo), del art. 179 L.P.L. (en cuanto a la prueba), del R.D. 2.546/94 y del art. 49.1.b) E.T. (en cuanto al contrato de interinidad), del art. 15 y 2 del R.D. 2.546/94 (en cuanto a los contratos de obra), y del art. 15 y 9 del R.D. 2.546/94 (en cuanto a la conversión del contrato en indefinido por no dar de alta al trabajador en la S.S.).

SEGUNDO.- Interesa la demandada que el H.P. 1º se modifique de modo que pase a declarar lo siguiente: “Probado que el demandante trabaja para la demandada en la Residencia de la Tercera Edad de... desde el 17 de octubre de 1994, con la categoría profesional de celador. El demandante es Delegado de Personal del sindicato Comisiones obreras. Las retribuciones mensuales que percibe el actor son las siguientes: Sueldo base con inclusión de parte proporcional de pagas extras 108.675, Plus disponibilidad 5.175, Plus festivos 5.175, Plus nocturnidad 5.127, lo que hacen un total de 124.200. El puesto de celadores ha sido amortizado en octubre de 1996 con la entrada en vigor del nuevo cuadro de personal, no figurando ya dicha categoría en el cuadro de personal de la Residencia de la Tercera Edad de... En ninguno de los cuadros de personal de la Residencia de la Tercera Edad de... de los años posteriores aparece esa categoría profesional”.

La pretensión revisora lleva a las siguientes consideraciones: 1º) No cabe Modificar la categoría profesional que del actor declara la sentencia de Instancia, “vigilante operario encargado de mantenimiento”, sustituyéndola por la de celador, como se interesa en el primer párrafo del texto revisor que se propone. El Juzgador de Instancia, en oportuna utilización de las facultades que en orden a valorar las pruebas practicadas le reconoce el art. 97.2 L.P.L., declara como categoría profesional del actor la de

“vigilante operario encargado de mantenimiento”; y lo hace valorando la prueba practicada y los propios términos de la Sentencia firme dictada por el Juzgado en otro proceso entre las mismas partes el día 05.05.98 (y que obra aportada a los folios 437 a 439); además, en el H.P. 3º declara que en las nóminas figura “la categoría de celador-mantenedor y entre sus funciones se encuentran las de vigilante diurno-nocturno, administrar medicación, servir comidas en el comedor, cortar césped etc.”. A partir de ello, la revisión de que se habla no resulta acogible.

El recurso de la demandada no interesa la revisión del H.P.3º, de tal modo que las funciones del actor en él reflejadas están en armonía con la categoría declarada; máxime cuando la sentencia de instancia también deja establecido en su fundamento jurídico 1º, y siguiendo la sentencia firme dictada por el propio Juzgado el día 05.05.98 en otro proceso anterior, que lo único que hizo la demandada fue cambiar meramente la denominación de la categoría del actor, de celador-mantenedor, ya en octubre de 1996, y cuando las nóminas de los folios 141 y 142 que como documental se invocan para revisar recogen, como ya se dice en el H.P. 3º, la categoría no meramente de “celador” sino de “celador-mantenedor”. Frente a todo ello, la documental que se invoca para revisar no revela el error de valoración por parte del Juzgador de Instancia preciso para hacer viable una revisión de los HDP: las nóminas de los folios 141 y 142, por lo ya explicitado; y el cuadro de personal de los presupuestos del año 95 (Folios 181 a 184) y la cartelera de turnos de trabajo de los celadores del año 96, hasta octubre (Folios 264 a 267) porque no son aptos por sí mismos para acreditar la categoría del actor pretendida, máxime dado lo que se dejó razonado anteriormente en torno las funciones del demandante (H.P. 3º)... y la existencia de meros cambios de denominación del puesto laboral, apareciendo precisamente en los cuadros de personal de 1996 y siguientes las categorías que asigna la sentencia recurrida al actor y que armonizan con las funciones desarrolladas, operarios de servicios-vixiantes y encargados de mantenimiento (en el de 1995 aparecía la de “celador”).

2º.- No cabe modificar el salario mensual de 131.833 ptas. que del actor declara la sentencia recurrida sustituyéndolo por el de 124.200 ptas. que se interesa en el 2º párrafo del texto revisor. En el fundamento jurídico 2º de la sentencia de Instancia se deja razonado que el salario del actor de 131.833 ptas. es el procedente por ser el que corresponde al tiempo del cese, ocurrido en 22.01.99, salario éste ya fijado en la sentencia anterior del propio Juzgado dictada el 05.05.98. El Juzgador de Instancia rechaza el salario

pretendido por la empresa, argumentando que si bien “se fija en la sentencia de la Sala de 15.12.98, ello es referente al cese de 30.09.97 y por tanto al salario percibido en dicho año...”. En este contexto, las nóminas de los folios 141 y 142 alegadas no resulta documental apta para revisar al no revelar el error preciso al efecto por parte del Juzgador de Instancia; por encima cuando resulta que la propia demandada recurrente aparece fijando un salario mayor que el que ahora invoca (127.200 ptas.) en el proceso seguido por el despido del actor habido el 30.09.97.

Y 3º) Finalmente, del texto que se propone en el párrafo 3º de la revisión y cuyo aval probatorio está constituido por los presupuestos de la Mancomunidad de los años 95 (Folios 181 a 184), 96 (Folios 174 a 178), 97 (Folios 159 a 164) y 99 (Folios 153 a 157), conteniendo el cuadro de personal, solo cabe admitir, como adición al H.P. 1º, el hecho que aparece de esta documental de que en los cuadros de personal de la Residencia de la Tercera Edad de... de los años dichos aparece, en el de 1995 la categoría de celador y en los de los años siguientes la de operarios de servicios-vixientes y la de encargados de mantenimiento. Tal es lo que procede declarar, sin que en ningún caso proceda introducir en los H.P. conclusiones valorativas predeterminantes del fallo, como subyacen en la literalidad del texto que propone la parte.

TERCERO.- También propone la demandada se añada, como último párrafo, al H.P. 3º lo siguiente: “Cuando en abril de 1997 se requiere a mi representada para que proceda a readmitir al actor, esta se opone dado que no existe ya en el cuadro de personal de la residencia de la Tercera Edad de... el puesto de celador teniendo que readmitir al actor por mandato judicial a pesar de ello, en fecha 17.07.97”. Invocándose como prueba al efecto la documental obrante a los folios 398 y 399, que contiene auto dictado por el Juzgado nº 3 de Ourense el 09.07.97 en autos 633/96, ejecutoria 26/97, la única revisión que cabe admitir es la adicionar al H.P. 3º que en la ejecutoria 26/97, dimanante de autos por despido nº. 633/96, a que también se alude en el H.P. 5º, se dictó el auto dicho que obra a los folios 398 y 399, en orden a la readmisión del actor por parte de la demandada, habiendo formulado ésta las alegaciones que en dicho auto quedan reflejadas y cuyo contenido se da por reproducido. Esto es lo que se deriva de la documental aducida para revisar, sin que en ningún caso proceda incorporar a los H.P. conclusiones valorativas de parte, que también en cierto sentido se contienen en el texto revisor propuesto.

CUARTO.- En cuanto al derecho aplicado, procede examinar en primer término los motivos

articulados en el recurso interpuesto por la demandada al amparo del art. 191.c) L.P.L. En este sentido, en el primer motivo, denunciando la vulneración del art. 55.5 E.T., se concluye por la parte, tras una larga serie de alegaciones, lo siguiente: “Por tanto de lo expuesto es claro que si el único indicio que hay para considerar que el despido es vulnerador de la tutela a la libertad sindical son las denuncias del trabajador a la Inspección de Trabajo frente a las causas razonadas y objetivas de la empresa para considerar el despido nulo, no puede prosperar dicha calificación, y cualquier otra calificación del mismo infringiría el art. 55 del E.T.”

En el segundo motivo, denunciando infracción del art. 179 L.P.L., se concluye la argumentación alegando: “Entendemos que la parte actora en el acto de juicio no ha conseguido demostrar dichos indicios en virtud de lo cual debería haber sido desestimada su pretensión de nulidad del despido por violar el mismo derechos fundamentales. Al no entenderlo así la Juzgadora ha vulnerado el art. 179 de la L.P.L.”.

En el tercer motivo se esgrime “que la ejecución provisional que se está realizando tiene que ser en virtud de un contrato de interinidad, no olvidemos de una plaza que no existe en el cuadro de personal...”

En el cuarto motivo, denunciando infracción del art. 15 E.T. y 2 R.D. 2.546/94, se terminan las alegaciones en la forma siguiente: “Por tanto y a la luz de lo expuesto y la doctrina sentada en esta sentencia es claro que los contratos de obra celebrados con el actor han sido realizados conforme a derecho y no cabe por tanto considerar la relación laboral del actor como indefinida”.

Y en el quinto motivo se denuncia infracción del art. 15 E.T. y 9 R.D. 2.546/94, y al hilo de ello la parte argumenta que la falta de alta del trabajador en la S.S. habida durante cierto período no constituye ningún supuesto de los contemplados en el art. 9 R.D. 2.546/94 a los efectos de la conversión de un contrato temporal en indefinido.

QUINTO.- Es doctrina del T.C. Que el indicio de trato discriminatorio o atentatorio contra derechos Fundamentales desplaza al empresario la carga de probar causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión adoptada (SSTC 266/1993, 21/1992, 197/1990, 187/1990, 135/1990, 114/1989, 166/1988, 104/1987, 88/1985, 47/1985, 94/1984 y 38/1981), tanto por la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, cuanto por la dificultad que el trabajador tiene para acreditar la existencia de una causa de despido discriminatoria o lesiva de otros

derechos fundamentales. Ciento que no basta la mera afirmación de la existencia de una causa atentatoria contra derechos fundamentales, sino que ha de probarse indiciariamente la existencia de aquella causa (SSTC 266/1993 y 21/1992), tal como expresamente disponen los arts. 96 y 179.2 de la vigente LPL; y una vez acreditados tales indicios, el empresario no tiene que demostrar el hecho negativo -verdadera prueba diabólica- de que no haya móvil lesivo de derechos fundamentales, sino tan solo probar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión (SSTC 266/1993, 135/1990 y 114/1989) y con entidad desde el punto de vista de la medida adoptada, en el bien entendido de que no cualquier motivo sirve para justificar el despido, porque, de lo contrario, el empresario podría muy bien encubrir un despido discriminatorio bajo el pretexto de pequeños incumplimientos contractuales. La decisión empresarial será, así, válida, aún cuando sin completar los requisitos para aplicar la potestad sancionadora en su grado máximo, se presenta ajena a todo móvil discriminatorio o atentatorio de un derecho fundamental", de manera que acreditado el indicio sobre posible lesión de derecho fundamental, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo (STC 95/1993); y es más, se ha excluido la vulneración de derechos fundamentales en supuestos "pluricausales" (SS 21/1992 y 135/1990), admitiéndose por el mismo Tribunal Constitucional la improcedencia del despido -que no su nulidad radical- cuando a pesar de los referidos indicios y de que la medida empresarial resultase a la postre antijurídica (por inadecuada), de todas formas se había excluido en el relato fáctico la presencia de cualquier propósito discriminatorio o atentatorio al derecho constitucional invocado, por llegarse a la convicción de que "puesta entre paréntesis" la circunstancia supuestamente determinante de la alegada discriminación (actividad sindical, sexo, raza, etc), "el despido habría tenido lugar verosímilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario" (STC 21/1992 de 14-febrero).

Bajo esta perspectiva el Tribunal estima ajustada a derecho la conclusión a la que llega la sentencia recurrida de que los hechos acreditados en el proceso ponen de relieve "una conducta empresarial discriminatoria respecto a los demás trabajadores y represaliadora de la actividad

sindical del demandante, sin que por la demandada se haya suministrado prueba alguna que justifique objetiva y razonablemente el cese del mismo... como por el hecho de que lo único que se efectúa por la demandada es un cambio de denominación de la categoría del actor... por lo que cese por inexistencia de la plaza de celador, cuando ni siquiera ostentaba ya esta categoría según consta en las distintas sentencias, no es justificación objetiva y razonable para el cese del actor..."

SEXTO.- La demandada decidió el día 25.01.99 el cese del actor aquí impugnado aduciendo la supresión del puesto de celador del cuadro de personal de la Residencia, puntuizando en la comunicación remitida al efecto que como consecuencia de la nueva relación de puestos de trabajo aprobada y publicada en 21.01.99 "no existe en el cuadro de personal para 1999 el puesto de trabajo de celador en la Residencia..." y que "la inexistencia de dicha plaza conlleva inevitablemente la finalización de su contrato de trabajo, aún en el supuesto de que se confirmase la improcedencia o nulidad de su despido de fecha 30.09.97..."

Sin embargo, sucede, en primer término, que en el recurso mismo se afirma que el puesto de celador ha sido "amortizado" en octubre de 1996, a pesar de lo cual la relación de servicios del actor se mantuvo, con las vicisitudes que luego se dirán y que ya se recogen en la sentencia de este T.S.J. dictada en el recurso 3.183/98 el día 15.12.98; es más, esta Sentencia resolvió declarar despido y despido nulo en la decisión de extinguir la relación con el actor acordada por la empresa el 30.09.97, decisión cuyo motivo explicitado fue meramente el de la finalización del contrato por obra o servicio determinado. Finalización de contrato que no fue considerada procedente por la Sentencia de este T.S.J. antes referida, que asimismo estimó que los contratos de trabajo suscritos por el actor no se "acomodaron" a la normativa bajo cuyo amparo se celebraron; en este sentido, en el Ftº. Jurídico 4º de esta sentencia se argumenta en forma aquí también aplicable lo siguiente: "A ello debe añadirse que el accionante inició la prestación de servicios para la empleadora recurrente el día 17 de octubre de 1994, con la categoría profesional de celador, en virtud de contrato para obra o servicio determinado y con duración hasta el 31 de diciembre de 1995; suscribiendo el 1 de enero siguiente uno nuevo, de idéntica naturaleza y con duración hasta el 31 de diciembre del mismo año, tras el cual no se ha realizado ningún otro. Además, desde la fecha del primer despido -1 de agosto de 1996- hasta el 15 de julio de 1997, el actor no figuró de alta en la Seguridad Social. De resaltarse que la modalidad de contratación

elegida para concertar la prestación de servicios no se acomodaba a la normativa reguladora de la misma, en cuanto impone que los trabajos o tareas a realizar -en los contratos para obra o servicio determinado- tengan autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad normal de la empresa; sustantividad ésta que no concurría en el objeto del contrato del demandante, ya que el mismo comprendía actividades normales de la empresa, en la Residencia de la Tercera Edad en...".

En cualquier caso, es lo cierto que el demandante ha venido prestando servicios para la demandada efectuando las funciones que se declaran en el incombaticido H.P. 3º, las que se revelan propias de categorías denominadas en los cuadros de personal posteriores a 1996 como vigilante operario y encargado de mantenimiento, recordándose que también en las nóminas formalmente se hacía figurar la categoría de "celador mantenedor"; de esta manera, valorando el conjunto de circunstancias acreditadas y como concluye la sentencia recurrida, lo que ha venido a efectuar la demandada en lo que afecta al actor y su puesto laboral ha sido un mero cambio de denominación de la categoría y, además y consecuentemente, a fundar su cese en la inexistencia por amortización formal de la plaza de celador cuando procediendo ello en todo caso de 1996, el actor realmente ya no ostentaba tal categoría con su función y actividad propia. Así pues, la causa del cese acordado en fecha 25.01.99 no es admisible, proyectándose sobre una relación laboral matizada en su naturaleza por la falta de acomodación de la modalidad de contratación suscrita y servicios que originó y que se prestaron con la normativa reguladora de aquélla, como así fue considerado por la sentencia dictada por este Tribunal el 15.12.98 al hilo de resolver la impugnación del cese dado al actor en el año 1997, de lo que se hace eco el Juzgador de Instancia.

Pero no sólo se está en presencia de una extinción contractual adoptada por la Mancomunidad en base a una causa sin aptitud legal al efecto. También las circunstancias acreditadas revelan que tal decisión empresarial fue, como dice el Juzgador de Instancia, "discriminatoria respecto a los demás trabajadores y represaliadora de la actividad sindical del demandante", de modo que resulta procedente la calificación del despido como nulo al amparo del art. 55.5 del E.T.

Ya la Sentencia dictada por este T.S.J. en fecha 15.12.98 calificó como despido nulo la decisión extintiva que había acordado la demandada el 30.09.97; al hilo de ello, esta resolución hacia hincapié en lo fundamental siguiente: en la indicada fecha, la demandada dio por finalizados

los contratos por obra o servicio determinado a todos los trabajadores del Centro, suscribiendo a continuación uno nuevo de interinidad a los mismos excepto al actor; decisión condicionada por ser éste delegado de personal de CC.OO., según se ponía de manifiesto valorando la decisión adoptada y hechos tales como el conflicto laboral suscitado en 1996 y 1997, las denuncias presentadas a la Inspección de Trabajo, el despido disciplinario del actor acordado en agosto de 1996... Todo ello, reflejado en lo oportuno en los HDP y Ftos. Jurídicos de la sentencia aquí recurrida, junto con que en la misma fecha en que se cesa al actor por última vez, en 25.01.99, dos compañeros "trabajadores de la Residencia con la categoría de vigilantes-operarios, suscriben contratos de interinidad por vacante como encargados de mantenimiento" (H.P.11), funda la existencia también en el caso presente de indicios y/o hechos reveladores de (posible) lesión de derecho fundamental, con la consecuente carga para la demandada (Fundamento 5º precedente) de acreditar que la medida adoptada es razonable y objetiva y no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental. Sin embargo, como ya quedó oportunamente argumentado, en el cese del actor acordado el 25.01.99 no es factible apreciar justificación objetiva y razonable de clase alguna y en los términos obligados a estos efectos, de tal manera que la conclusión solo puede ser la adoptada por el Juzgador de Instancia, despido nulo por aplicación del art. 55.5. E.T., pues se mantiene con evidencia que la decisión extintiva de la relación ha sido de nuevo el resultado de una conducta empresarial cualificada por la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, por discriminatoria y por impulsada y condicionada por ser el demandante delegado de personal por el Sindicato de CC.OO. y la actividad correspondiente como tal.

Por consiguiente, la Sentencia de Instancia no ha incurrido en las infracciones que le imputa el recurso de la demandada que en ningún caso hacen viable su pretensión; tampoco los relativos al contrato de interinidad y de obra por todo lo razonado. Por último, puntualizar que la falta de firmeza de la Sentencia dictada por este T.S.J. en 15.12.98 respecto al despido de 30.09.97 (H.P. 8º) lo que propicia sobre el presente es lo que en cierto sentido indicaba la S. del T.S. de 09.06.97, al decir que "el segundo despido sólo podía tener operatividad si se confirmaba y mantenía la declaración de nulidad del primero, dado que si por el contrario, ese primer despido se calificaba de procedente y válido, el nexo contractual quedaba definitivamente extinguido, lo que privaría de eficacia y valor a cualquier consecuencia correspondiente al segundo de estos despidos".

SÉPTIMO.- Denuncia el demandante en su recurso la infracción del art. 55 E.T. y 175 y siguientes L.P.L. y cita diversas sentencias de T.S.J. para fundar la pretensión que articula de que se condene también a la demandada a abonar 2.000.000 ptas. en concepto de daños y perjuicios ocasionados por la vulneración de sus derechos fundamentales. El recurso no prospera.

Similar pretensión ya fue formulada por el demandante al hilo del cese laboral acordado el día 30.09.97. El Tribunal asume la argumentación contenida en la Sentencia dictada por este T.S.J. en el recurso nº 3.183/98, en fecha 15.12.98, resolviendo la cuestión dicha; sentencia que en su fundamento jurídico 5º hacia las consideraciones siguientes: "El motivo no puede seguir un cauce estimatorio, siguiendo la tesis mantenida por esta Sala en sentencia de fecha 23 de julio de 1996 -recurso núm. 3.016/1996-, resolutoria de un supuesto con pretensión idéntica a la aquí deducida por el demandante, en la que se argumentaba "...cuando el art. 182 de la LPL establece que las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo... en las que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental, se tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad correspondiente, en este caso a la de despido, quiere decir que se está reservando al procedimiento de los arts. 175 a 181 para la protección de esos derechos en si mismos, y no cuando son causa que vicia actos jurídicos cuya protección está prevista en otros procedimientos (STS 25 noviembre 1994). Por ello, si la lesión del derecho fundamental se materializó y consumó con el acto mismo del despido las consecuencias jurídicas que se deriven de esa lesión han de ser las expresamente previstas por la Ley para tal supuesto, esto es, la obligada readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 del ET y 113 de la LPL), ya que éstos tienen un marcado carácter indemnizatorio al no responder a contraprestación por efectivo trabajo. En consecuencia, no cabe fijar la indemnización adicional que se reclama -en cuantía de dos millones de pesetas-, en cuanto que la reparación de las consecuencias derivadas del acto del despido nulo se obtiene aplicando las específicas medidas que la Ley establece para este caso, y que, obviamente, han de ser distintas de las señaladas por la STS 9 junio 1993 que contempla un supuesto diferente y cuya doctrina no puede entenderse infringida...".

En definitiva, en el caso presente la lesión del derecho fundamental se materializó en y con el acto constitutivo de despido impugnado en el proceso, y sus consecuencias jurídicas han de ser las previstas legalmente para tal supuesto, las del

art. 55.6 E.T., no cabiendo, consecuentemente, fijar indemnización adicional a las mismas.

OCTAVO.- Por todo lo expuesto procede desestimar ambos recursos y dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado. El rechazo del recurso de la demandada lleva a imponerle las correspondientes costas en aplicación del art. 233.1 L.P.L.

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por ambas partes, demandante y demandada, contra la sentencia de fecha veintidós de marzo de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Ourense, en proceso por despido promovido por don P.D.A. frente a la empresa "M.T.N.B.", tramitado bajo el nº 152/99, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2752 RECURSO N° 3.250/99

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO Ó PRODUCIRSE EXTINCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA ESTIPULADO CON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

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

A Coruña, veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.250/99, interpuesto por don L.J.F.R., 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 L.J.F.R. en reclamación de despido, siendo demandado Servicio Galego de Saúde y don A.P.R., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 17/99 sentencia con fecha 27 de abril

de 1999, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- El actor don L.J.F.R., prestó servicios para la Excmo. Diputación Provincial de Ourense en el Hospital “S.M.N.”, desde el 1 de julio de 1991 al 31 de diciembre de 1991, con la categoría profesional de celador mediante los siguientes contratos: 1.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (julio 91) en situación por vacaciones del titular de la plaza don E.F.G.- 2.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (agosto 91) en situación por vacaciones del titular de la plaza don G.F.P.- 3.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (setiembre 91) en situación por vacaciones del titular de la plaza don R.A.N.- 4.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (octubre 91), no se concreta el objeto, si bien se suscribe al amparo del art. 3º de dicho Real Decreto.- 5.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (noviembre 91), por necesidades del servicio y circunstancias de producción.- 6.- Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (diciembre 91), por necesidades del servicio y circunstancias de producción.- En fecha 1 de julio de 1992 fue nuevamente contratado, prestando servicio de forma ininterrumpida y sin solución de continuidad, mediante los siguientes contratos: a) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de julio de 1992 hasta el 31 de julio de 1992, figurando la coletilla “o antes si 1 plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo”.- b) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de agosto de 1992 hasta el 31 de agosto de 1992, o antes si la plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo.- c) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de setiembre de 1992 hasta el 30 de septiembre de 1992, siendo el objeto la sustitución por vacaciones anuales del titular don C.G.G.- d) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de octubre de 1992 hasta el 31 de octubre de 1992, por necesidades del servicio y acumulación de tareas.- 3) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de noviembre de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1992, o antes si la plaza se cubriese en propiedad mediante oferta pública de empleo, siendo el objeto por necesidades del servicio, acumulación de tareas y circunstancias de producción, concertado al amparo del art. 3º del referido Real Decreto- f) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de

duración, desde el 1 de diciembre de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1992, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación de tareas.- g) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de enero de 1993 hasta el 31 de enero de 1993, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación de tareas.- h) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de febrero de 1993 hasta el 28 de febrero de 1993, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación de tareas.- i) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de marzo de 1993 hasta el 30 de abril de 1993, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación de tareas.- j) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración, desde el 1 de mayo de 1993 hasta el 20 de mayo de 1993, por necesidades del servicio, circunstancias de producción y acumulación de tareas.- k) Al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de dos meses de duración, desde el 1 de junio de 1993 hasta el 30 de junio de 1993, por necesidades del servicio, circunstancias de producción.- l) Al amparo del Real Decreto 1.989/84 de fomento de empleo de un año, desde el 1 de julio de 1993, siendo prorrogado sucesivamente hasta el 31 de diciembre de 1994, o antes si se cubre la plaza en propiedad por oferta pública de empleo.- Con fecha 1 de enero de 1995 firmó un contrato de interinidad hasta la cobertura del puesto de trabajo vacante que se cubra por el procedimiento legal, convencional o reglamentario previsto, así como por su amortización.- En todos dichos contratos, que por constar en autos se dan por reproducidos, figura como categoría profesional del actor la de Celador. El actor percibió un salario de 171.315 ptas. mensuales incluida prorrata de pagas extras.- **SEGUNDO.-** El actor fue transferido al Servicio Galego de Saúde como Celador, por el Decreto 22/93, de 28 de enero (Diario Oficial de Galicia de 12 de febrero de 1993).- **TERCERO.-** Por resolución de la División de Recursos Humanos del Servicio Galego de Saúde de 14 y 26 de mayo de 1998 se dio por finalizado el proceso selectivo convocado por resolución de la entonces Dirección Xeral de Recursos Humanos de 8 de abril de 1996 por la que se convocaba concurso-oposición para el ingreso en las categorías incluidas en la oferta pública de empleo para el año 1995 del personal laboral del Complexo Hospitalario “S.M.N.C.G.” de Ourense.- **CUARTO.-** En fecha 21 de octubre de 1998, por mor de la incorporación del personal que resultó seleccionado, la Dirección del Centro le comunicó que tal circunstancia podría suponer el cese en el desempeño de su prestación de servicios. La comunicación de pre-cese por

constar en autos se da por reproducido.- QUINTO.- En fecha 16 de noviembre de 1998 se le notificó su cese por la incorporación de don J.A.P.R., Celador, que tomó posesión de su plaza ese día, obtenida en el procedimiento convocado por resolución de 8 de abril de 1996.- SEXTO.- El Servicio Galego de Saúde al existir más plazas vacantes cubiertas por interinos que personas aprobadas en el proceso de selección, para el cese siguió el criterio de cesar a los interinos más antiguos recogido por la instrucción de la Dirección General de Recursos Humanos dictada en fecha 31 de julio de 1997, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido. La relación de trabajadores cesados en esta categoría por orden de antigüedad por obrar en autos se da

por reproducida. El actor ocupa en la lista el número 13, con una antigüedad del 1 de julio de 1992. La lista de trabajadores interinos que continuaron prestando servicios después del 16 de noviembre de 1998, por constar en autos se da por reproducido.- SÉPTIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo representativo alguno de los trabajadores.- OCTAVO.- D. S.R.C., viene prestando servicios para el Servicio Galego de Saúde en el Hospital “S.M.N.” desde hace 9 años, con la categoría de Operario, realizando funciones de Celador desde el inicio de su prestación de servicios, últimamente con un contrato de interinidad.- NOVENO.-D.

J.S.G., prestó servicios en el Hospital “S.M.N.” en los siguientes períodos, con la categoría de celador y mediante los contratos que constan en autos y que se dan por reproducidos:

- Celador laboral eventual desde el 01.07.92 hasta el 31.07.92
- Celador laboral eventual desde el 01.08.92 hasta el 31.08.92
- Celador laboral eventual desde el 01.09.92 hasta el 30.09.92
- Celador laboral eventual desde el 01.10.92 hasta el 31.10.92
- Celador laboral eventual desde el 01.11.92 hasta el 30.11.92
- Celador laboral eventual desde el 01.12.92 hasta el 31.12.92
- Celador laboral eventual desde el 01.01.93 hasta el 31.01.93
- Celador laboral eventual desde el 01.01.94 hasta el 30.06.94
- Celador laboral eventual desde el 01.07.94 hasta el 31.12.94
- Celador laboral eventual desde el 01.01.95 hasta el 16.11.98

DÉCIMO.- D. R.S.M., prestó servicios en el Hospital “S.M.N.” en los siguientes períodos, con las categorías que se indican, mediante los contratos que constan en autos y se dan por reproducidos, continuando prestando servicios en la actualidad:

- | | |
|---------------------------------------|-----------------------|
| - Celador eventual desde el 01.07.91 | hasta el 31.07.91 |
| - Operario eventual desde el 01.08.91 | hasta el 31.08.91 |
| - Celador eventual desde el 01.09.91 | hasta el 30.09.91 |
| - Celador eventual desde el 01.07.92 | hasta el 31.07.92 |
| - Celador eventual desde el 01.08.92 | hasta el 31.08.92 |
| - Celador eventual desde el 01.09.92 | hasta el 30.09.92 |
| - Celador eventual desde el 01.11.92 | hasta el 30.11.92 |
| - Celador eventual desde el 01.12.92 | hasta el 31.12.92 |
| - Celador eventual desde el 01.01.93 | hasta el 31.01.93 |
| - Celador eventual desde el 01.02.93 | hasta el 28.02.93 |
| - Celador eventual desde el 01.03.93 | hasta el 30.04.93 |
| - Celador eventual desde el 01.05.93 | hasta el 31.05.93 |
| - Celador eventual desde el 01.06.93 | hasta el 30.06.93 |
| - Celador eventual desde el 01.07.93 | hasta el 30.06.94 |
| - Celador eventual desde el 01.07.94 | hasta el 31.12.94 |
| - Celador interino desde el 01.01.95 | continúa en la fecha. |

UNDÉCIMO.- Don L.M.V.C., prestó servicios en el citado Hospital en los siguientes períodos, con las categorías que se indican, mediante los contratos que constan en autos y que se dan por reproducidos, continuando prestando servicios en la actualidad:

- | | |
|--------------------------------------|-------------------|
| - Celador eventual desde el 15.05.89 | hasta el 30.06.89 |
| - Celador eventual desde el 01.07.89 | hasta el 31.07.89 |
| - Celador eventual desde el 01.08.89 | hasta el 31.08.89 |
| - Celador eventual desde el 01.05.91 | hasta el 10.06.91 |

- | | |
|--------------------------------------|--------------------------|
| - Celador eventual desde el 11.06.91 | hasta el 30.06.91 |
| - Celador eventual desde el 01.07.91 | hasta el 31.12.91 |
| - Celador eventual desde el 01.01.92 | hasta el 30.08.92 |
| - Celador eventual desde el 01.09.92 | hasta el 30.04.93 |
| - Celador eventual desde el 01.05.93 | hasta el 30.05.93 |
| - Celador eventual desde el 01.06.93 | hasta el 30.06.93 |
| - Celador eventual desde el 01.07.93 | hasta el 31.07.93 |
| - Celador eventual desde el 01.08.93 | hasta el 31.10.93 |
| - Celador eventual desde el 01.11.93 | hasta el 31.10.94 |
| - Celador eventual desde el 01.11.94 | hasta el 30.04.95 |
| - Celador eventual desde el 01.05.95 | continuando en la fecha. |

DUODÉCIMO.- Formulada reclamación previa en fecha 1 de diciembre de 1998 fue desestimada por resolución de fecha 26 de enero de 1999, presentando demanda el actor ante el Juzgado de lo Social Decano el 4 de enero de 1999”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda formulada por don L.J.F.R. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y don J.A.P.R., debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones ejercitadas contra ellos por el actor.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme el actor con que, en la sentencia de instancia, se desestime su demanda - en solicitud de que se declare la nulidad del despido, de que fue objeto por el SERGAS, por discriminatorio o, subsidiariamente, la improcedencia del mismo, al ser un trabajador, vinculado a dicha Entidad Gestora por tiempo indefinido y al haberse producido fraude de Ley y vicios sustantivos-, formula recurso de suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, por una parte, el apartado primero del hecho probado primero -que afirma “...al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (julio 91) en sustitución por vacaciones del titular de la plaza don E.F.G.”-, se sustituya por otro que diga “al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (julio 91)”; por otra, el apartado segundo de dicho hecho -que afirma “al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (agosto 91) en sustitución por vacaciones del titular de la plaza don G.F.P.”-, se sustituya por otro que diga “al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (agosto 91)”; por otra, el apartado tercero del mismo hecho -que afirma “al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un

mes de duración (septiembre 91) en sustitución por vacaciones del titular de la plaza don R.A.N.”-, se sustituya por otro que diga “al amparo del Real Decreto 2.104/84, eventual de un mes de duración (septiembre 91)”; por otra, se modifique el hecho probado cuarto, para que quede redactado en el sentido de que “en fecha 21 de octubre de 1998... se dictan instrucciones para llevar a cabo los ceses..., considerando aplicable el contenido de las instrucciones de 31.07.97...”, y de que “no consta que la causa que motiva la terminación de sus servicios según las Instrucciones del cese, haya sido comunicada al actor con carácter previo..., como era preceptivo...”; por otra, se incluya en el hecho probado sexto el inciso “si bien no está acreditada la antigüedad de los mismos”, al hacer referencia a la relación de trabajadores cesados en la categoría y a la lista de trabajadores interinos que continuaron prestando servicios; por otra, se modifique la redacción del octavo, para que señale que “don S.R.C. viene prestando servicios, desde el inicio de su relación laboral, en calidad de celador, perteneciente al grupo E, siendo en el puesto de trabajo, más antiguo que el actor. No ha quedado acreditado en autos ni consta documentalmente que dicha persona ostente la categoría profesional de operario”; y, por otra, se sustituya el hecho probado duodécimo, por otro que afirme que “interpuesta reclamación previa, la demandada SERGAS no ha contestado en el plazo legal, según el apartado 2 del artículo 69 de la LPL”; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por una parte, del artículo 3 del Real Decreto 2.104/1984, de la doctrina jurisprudencial sobre contrataciones temporales sucesivas, y de los artículos 15 del Estatuto de los Trabajadores y 6.4 del Código Civil; por otra, del artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 2.2 de la Directiva Comunitaria nº 91/533 CEE, del Consejo, de 14 de octubre de 1991; por otra, de la Resolución de la Dirección Xeral de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia, de 31 de julio de 1997, y de los artículos 54.1 del Estatuto de los Trabajadores, 1.214 del Código Civil y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, por otra, de los derechos fundamentales de legalidad,

seguridad jurídica, igualdad ante la ley y tutela judicial efectiva.

SEGUNDO.- No son viables las revisiones fácticas, que se pretenden con el primer motivo del recurso, ya que, las que se relacionan con el hecho probado primero, mediante las que se pretenden suprimir las referencias que se efectúan a que las contrataciones temporales, que se indican, lo fueron en sustitución, por vacaciones, de otros trabajadores, contienen, al pretenderse con ellas eliminar la utilización en los respectivos casos de la modalidad de los contratos de interinaje, un claro matiz valorativo, impropio de ser analizado por la vía de un motivo, cuyo objeto exclusivo es la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; y las restantes, o incurren en el mismo defecto, o, las que contienen conclusiones negativas, no fueron acreditadas, al no citarse o ser insuficiente la cita de prueba adecuada -documental o pericial, según previene el apartado b) del artículo 191 del TRLPL-, para llevarlas a cabo.

TERCERO.- Se denuncia por el demandante, con el segundo motivo del recurso, en primer lugar, infracción de los artículos 3 del Real Decreto 2.104/1984, 15 del Estatuto de los Trabajadores y 6.4 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial sobre contrataciones temporales sucesivas, dado que, según afirma, el primer contrato y los siguientes, concertados entre las partes, de naturaleza eventual, carecen de causas objetivas que los justifiquen, al no expresarse en ellos en que consistían y cuales eran, en cada caso, las necesidades del servicio, o la acumulación de tareas, o las circunstancias concretas de producción; y, por ello, al apreciarse la presencia de fraude de ley, ya desde el primer contrato, el despido debe estimarse nulo, o, subsidiariamente, improcedente; pero, por la Sala no puede compartirse tal argumentación, pues, por una parte, si bien es cierto que es esta la orientación, que se siguió, en su momento, entre otras, por las Sentencias del Tribunal Supremo que se citan en el escrito del recurso; sin embargo, también lo es que, en esta materia, se produjo una profunda evolución jurisprudencial, hasta que, a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996, se matizó el alcance de los efectos, que producen las contrataciones temporales irregulares con los Organismos Públicos -con un criterio seguido con posterioridad por otras, entre ellas por ejemplo, las de 20 y 21 de enero, 27 de marzo, 20 de abril y 22 de septiembre de 1998, etc.-, en el sentido de afirmar que dichas irregularidades no pueden otorgar la fijeza en la relación laboral, ya que con ello se vulnerarían las normas sobre la limitación de puestos de trabajo, la reserva general a favor de la cobertura

funcional y las reglas imperativas sobre selección en función de los principios de igualdad, mérito y capacidad; y, por ello, cuando la doctrina se refiere al carácter indefinido del contrato, en estos supuestos quiere decir que no está sometido a término y que la Administración está obligada a la provisión regular del puesto de trabajo, y, una vez producida ésta, existe causa para extinguir aquel contrato; y, por otra no puede pasar desapercibido, a efectos de resolver la cuestión litigiosa, que es la doctrina jurisprudencial vigente -y no la que quedó anticuada-, la que debe ser tenida en cuenta, pues el ámbito de su influencia no se extiende a la creación y vigencia normativa -dónde tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil, acerca de que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario-, sino que queda limitado al de la interpretación y aplicación de éstas -en el que, precisamente, uno de los criterios a seguir es, según dispone el artículo 3.1 de aquél Código, verificar dicha interpretación en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad-.

CUARTO.- Se alega por el actor, en segundo lugar, con el segundo motivo del recurso, infracción del artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 2.2 de la Directiva Comunitaria nº 91/533 CEE, del Consejo, de 14 de octubre de 1991, porque, según entiende, el SERGAS no cumplió con el deber de información, que le correspondía, al no poner en su conocimiento los elementos esenciales de la relación laboral, que le ligó con él, dado que, incluso, no le proporcionó la posibilidad de tener conocimiento de lo que firmaba; pero es obvio que una alegación como la expuesta, de carácter meramente hipotético y carente de todo apoyo probatorio, no puede ser acogida.

QUINTO.- Se denuncia, también, con el segundo motivo del recurso, infracción de la Resolución de la Dirección Xeral de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia, de 31 de julio de 1997 -concretamente, de su punto 2, que establece que “a continuación, se procederá al cese del personal interino en plaza vacante más antiguo”, que “a efectos de determinar la mayor antigüedad, se computará el tiempo del contrato o nombramiento vigente y los contratos o nombramientos temporales anteriores a éste, siempre que se trate de la misma plaza básica de la categoría y no hubiese solución de continuidad entre ellos y el de interinidad”, y que “como criterio general, en caso de empate, se mantendrá en la plaza el/la profesional de mayor edad”-, porque, según entiende, “la fecha de antigüedad, respecto al último contrato de interinidad celebrado, difiere

ostensiblemente de la fecha que figura en la lista, dado que, en ella, la fecha de antigüedad es la que se corresponde con la fecha del primer contrato, que en ningún caso era un contrato de interinidad, sino un contrato de distinta naturaleza” y “resulta que el verdadero contrato de interinidad es el último contrato suscrito, y, por lo tanto, la fecha de antigüedad habrá de consistir en la fecha que consta en ese contrato”; pero lo cierto es que la pretendida infracción no se observa por parte alguna, ya que, al considerar el SERGAS, que la fecha de antigüedad de la actora, a efectos del cese, era la del primer contrato temporal celebrado, se ajustó, precisamente, a lo dispuesto en las citadas instrucciones, acerca de que “a efectos de determinar la mayor antigüedad, se computará el tiempo del contrato o nombramiento vigente y los contratos o nombramientos temporales anteriores a éste...”; y que la apelación, que efectúa a una supuesta situación discriminatoria, por el hecho de que, en otras Comunidades Autónomas se aplique el criterio de que ha de prevalecer el personal con mayor antigüedad en el último contrato o nombramiento, siendo subsidiario el de antigüedad acumulada; carece de la más mínima fuerza, pues, aparte de que se olvida de que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, existen materias que no son competencia exclusiva del Estado, porque, las Comunidades Autónomas podrán asumir una amplia gama de éstas, en virtud de sus respectivos Estatutos (artículos 149 y 15 de la Constitución)-, lo cierto es que da, al contenido de dichas instrucciones, una importancia mayor de la que, efectivamente, les corresponde, pues, como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 1997, al analizar las Instrucciones, emitidas por la Dirección General del Insalud, en Circular de 14 de febrero de 1995, fijando criterios objetivos de sustitución de médicos interinos del régimen estatutario por médicos titulares, “el criterio de la antigüedad o permanencia en la plaza, además de ser corregido en su caso por el de las necesidades del servicio, puede ser descartado en cualquier momento, de estimarse contrario a los intereses asistenciales, por pacto escrito entre la dirección y la junta de personal del centro correspondiente”

SEXTO.- Denuncia el actor, en tercer lugar, con el segundo motivo del recurso, infracción de los artículos 54.1 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, y del 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque, según afirma, al no haber existido información respecto a los motivos del cese y a los criterios en que éste se fundó, de acuerdo con las instrucciones contenidas en la Resolución referida -pues, en la carta de precese sólo se hizo referencia a que la incorporación de los adjudicatarios del concurso-oposición, podía dar lugar al cese en los servicios, que venían

prestando los trabajadores temporales; y, en la de cese nada se añadió a la anterior, dado que sólo indicó que, por haber tomado posesión un trabajador, nombrado en propiedad, se extinguía su contrato de trabajo-, no conoció el criterio de antigüedad, aplicado por el SERGAS, para extinguir los contratos, y el contenido de las listas para analizar si dicho criterio se aplicó correctamente; pero, si se tiene en cuenta que la causa del cese estuvo claramente precisada, no solamente por dichas comunicaciones, sino también por las bases previas del concurso-oposición de provisión de plazas, y por las instrucciones, que estableció, con relación a él, el SERGAS, previo acuerdo con las organizaciones sindicales, en las que, entre otros extremos, se determinaba el orden en que habían de producirse los ceses, en función de la cobertura de plazas, que resultare de aquél; que se dio publicidad a las listas de cese, mediante su exposición en los pertinentes tablones de anuncio, con lo que las conoció, o, al menos, pudo conocerlas adecuadamente; y que se le comunicó el cese, por cobertura de plaza, con designación del trabajador que la ocupaba, con lo que tuvo a su alcance los datos necesarios para efectuar posibles impugnaciones, relacionadas con su situación -o sea, si el cese en su interinidad o temporalidad obedecía o no a la cobertura de la plaza en propiedad, y el posible derecho de preferencia entre los cesados o debidos cesar-; se llega a la conclusión de que nada cabe objetar al SERGAS, con relación a una posible no acreditación de la causa del cese, pues se entiende que puso al alcance de aquél, directa o indirectamente, los datos necesarios para cumplimentar el trámite de audiencia, necesario para alejar la duda de una posible indefensión.

SEPTIMO.- Se alega, finalmente, por el recurrente, en el segundo motivo del recurso, violación de los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, igualdad ante la ley y tutela judicial efectiva, y presencia de discriminación, en base a una argumentación, que viene a ser una síntesis de las utilizadas para defender las anteriores; pero cabe responder a la citada alegación, también con el resumen de las razones, que se expusieron para rechazar aquéllas -dado que, en definitiva, el actor, por una parte, fue cesado, por su condición de trabajador por tiempo indefinido, cuando su plaza fue cubierta por otro en propiedad, tras obtener éste plaza en el concurso-oposición celebrado; por otra, no acreditó que se hubiere vulnerado, con relación a él, el criterio de mayor antigüedad, aplicable a los trabajadores temporales interinos, en seguimiento de lo dispuesto en las instrucciones dadas por la Dirección Xeral de Recursos Humanos del SERGAS, en fecha 31 de julio de 1997; y, por otra no demostró que existiere algún trabajador

que, por su mayor antigüedad, debiere ser cesado con prioridad-; con lo que, tampoco en este supuesto, se observan las infracciones denunciadas.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por don L.J.F.R., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Ourense, en fecha 27 de abril de 1999; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

2753 RECURSO N° 3.521/99

S. S.

DESPEDIMENTO NULO POR VIOLACIÓN EMPRESARIAL DE DEREITOS DE LIBERDADE SINDICAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.521/99 interpuesto por "P., S.A." Compañía de Seguridad, 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 J.L.C.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 70/99 sentencia con fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El actor empezó prestando sus servicios laborales para la Empresa "P.S., S.A." desde el

día 03.08.94 ocupando la categoría profesional de vigilante de seguridad. En fecha 02.02.95 causó baja en la Empresa y el 08.02.95 nueva alta subrogándose la Empresa "P., S.A." en la anterior Empresa el 16.06.95. El actor viene prestando sus servicios en el Centro de Trabajo que la Empresa tiene en... (La Coruña) en el recinto de la Empresa "E., S.A." y percibiendo un salario de 136.924 ptas. incluida la parte proporcional de pagas extras./ 2.- Que el trabajador J.M.C.A. formuló a la Empresa escrito de denuncia, en fecha 2 de diciembre de 1998, declarando que a las 21,36 horas del día 2 de diciembre de 1998 en la margen izquierda de los vestuarios de "P., S.A." está estacionado el Nissan Patrol M...WM y al lado izquierdo de éste también estacionado el Nissan Terrano M...WL separados entre sí como unos dos metros. En el asiento del conductor del M...WL se encuentra el declarante y al M...WM se sube en el asiento del conductor el Sr. J.L.C. el cual lo enciende y manteniendo el arranque accionado como unos 30 segundos y al mismo tiempo dando acelerones. Me entero de esta acción mediante el fuerte ruido que hacía el motor de arranque de dicho Nissan. Hechos que se ponen en conocimiento del Responsable de turno Sr. G.R. Que en fecha 02.12.98 el Sr. J.M.C.A. era vigilante de seguridad siendo ascendido a principios de enero de 1999 a responsable de equipo. Dicho trabajador denunció asimismo a otro trabajador de la Empresa A.G.G. quien presidió Asamblea de Trabajadores el 27 de enero de 1999 con el único punto del orden del día de revocación de los miembros del Comité de Empresa existentes en la actualidad así como sus suplentes y que fue aprobado por mayoría y que también fue objeto de despido por la empresa mediante carta fechada el 23 de febrero de 1999 y que se da aquí por reproducida por obrar unida a los autos./ 3.- La Empresa comunicó al Comité de Empresa la apertura de expediente al actor contestando el Comité en fecha 07.12.98 a medio de carta de esa fecha que se da aquí por reproducida por obrar unida a los autos./ 4.- La Empresa demandada despidió al actor a medio de carta de fecha 13.01.99 en el que textualmente dice lo siguiente: "la Dirección de esta Empresa le comunica, por medio del presente escrito, que ha tomado la decisión de sancionarle, por comisión de faltas laborales./ Los hechos que fundamentan legalmente esta decisión son los siguientes: Que el pasado día 02.01.99 a las 21,36 horas puso en marcha el vehículo de esta compañía M...WM, y una vez en marcha el motor y en punto muerto, siguió accionando el motor de arranque por un espacio aproximado de 30 segundo continuos, con el claro ánimo de estropearlo, ya que al mismo tiempo daba acelerones./ En uso de la facultad sancionadora que a la Empresa le concede el art. 58 del Estatuto de los Trabajadores, esta Dirección ha

decidido: Calificar la falta de MUY GRAVE e imponerle la sanción de DESPIDO, a tenor de los arts. 57.10 y 58.3 de nuestro Convenio Colectivo./ La presente sanción surte efectos el 13.01.99./ 5.- El actor el día 2 de enero de 1999 no trabajó pues tenía el día libre./ 6.- En fecha 18.12.98 el Jefe de Equipo Sr. T. comunica al Sr. S. P. que el vehículo M...WK estuvo en el Taller a consecuencia de una avería en el motor de arranque desde el día 6 al día 15 del presente mes... Que el día de la fecha se repara también el arranque del Nissan M...WK el cual estaba en las mismas condiciones que el anterior. Destacarle que próximamente revisaremos el Nissan M...WM el cual presenta los mismos fallos que los anteriores./ 7.- El actor es afiliado al Sindicato CC.OO. Que en fecha 02.09.98 se celebró Asamblea de dicho Sindicato en la que se acordó proceder a la revocación del Comité de Empresa y la designación de uno nuevo, resultando designado el actor como candidato a las elecciones a representantes de los Trabajadores presentándose dicha candidatura en fecha 16.03.99. En fecha 19 de octubre de 1998 se convocó una Huelga indefinida convocada por el Sindicato C.I.G. En dicha Huelga tomó parte activa el actor acudiendo a multitud de reuniones entre el Comité de Huelga y la Empresa y en las que estaban presentes -entre otros- S.P., S.G., J.C., etc./ 8.- El sindicato CC.OO. constituyó en la Empresa "P., S.A." una sección sindical designando como delegado sindical a J.S.N.C. el cual también ha sido despedido por la Empresa. El trabajador Sr. L.V. formó parte del Comité de la Huelga antes mencionada y también fue despedido en virtud de denuncia formulada por M.A.C.A., hermano de J.C.A., el cual fue trasladado a la Provincia de Lugo por la Empresa./ 9.- El día 3 de febrero de 1999 se celebró el acto de conciliación administrativo".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por el actor debo estimar y estimo íntegramente las pretensiones de la demanda, y califco como NULO el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa "P., S.A." a que readmita inmediatamente al actor en el puesto de trabajo que venía desempeñando antes de producirse el despido y asimismo a que satisfaga al actor los salario que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda, declarando la nulidad del despido del demandante y condenando a la empresa demandada a soportar las consecuencias legales inherentes a ello. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de la patronal interpelada, la que construye el primero de los motivos del recurso que formula al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, postulando las revisiones de hechos probados siguientes: A) La adición al primero del siguiente texto: "El actor causó baja el 02.02.95 en la empresa "P.S., S.A.". La empresa "P.S., S.A.", con motivo de la subrogación de fecha 16.06.95 remitió a la empresa "P., S.A." certificación de los datos personales del trabajador, indicando como antigüedad 08.02.95. fecha de celebración de un contrato de obra o servicio. Asimismo, el actor con motivo de la subrogación indicada, firmó documento de subrogación donde se confirma la citada antigüedad. Por tanto la antigüedad del actor es de 08.02.95". B) La sustitución dentro del hecho probado primero de la afirmación: "...y percibiendo un salario de 136.924 ptas incluida la parte proporcional de pagas extras", por el siguiente tenor literal: "...y percibiendo un salario de 130.116.- ptas incluida la parte proporcional de pagas extras".

Se aceptan las dos revisiones, la primera, a la vista de los medios de prueba, invocados por la recurrente, que son: el certificado de la empresa saliente -folios 35, 36 y 37- y, singularmente, el documento de subrogación suscrito por el demandante y "P., S.A.", que ocupa el folio 50 de los autos, así como el contrato de trabajo celebrado entre los colitigantes, obrante al folio 51; y la segunda, una vez examinadas las hojas salariales de los folios 42 a 48 y por las razones que, más adelante, serán expuestas.

SEGUNDO.- Con cobertura en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, en el segundo, y último, de los motivos, se denuncia, en primer término, infracción de los arts. 14.c.2 -sobre la antigüedad- y 70 del Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Seguridad -sobre el salario- y la jurisprudencia relativa a la antigüedad de la relación laboral. La censura habrá de prosperar, una vez que se han aceptado las revisiones fácticas a que se remite el fundamento de derecho que antecede; respecto a la antigüedad, porque de conformidad con el citado precepto convencional, la empresa adjudicataria del servicio deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviere reconocidos en la anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que éstos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se

hayan puesto en su conocimiento junto a la documentación pertinente, y la antigüedad postulada por la patronal es la reflejada en el documento, antes indicado, certificado de la empresa saliente y, especialmente, en el documento de subrogación firmado por el actor; y en cuanto al salario, porque, como argumenta la recurrente, en las nóminas del trabajador demandante se incluyen retribuciones correspondientes a los pluses de transporte y de vestuario, conceptos éstos que no tienen naturaleza salarial por imperio de lo normado en los arts. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores y 74 del Convenio Colectivo del Sector, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 y otras de la Audiencia Nacional y de Tribunales Superiores de Justicia. Estimándose, en definitiva, compartiendo la tesis de la recurrente, que tales conceptos retributivos no deben ser incluidos en el salario a los efectos previstos en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, al haberse tenido en cuenta por el juzgador de instancia los referidos conceptos retributivos como integrantes del salario, es de apreciar en su resolución la censura jurídica que se examina; señalándose como importe del salario percibido por el actor recurrido, el más arriba señalado. Es de resaltar que por la parte recurrente, en sus alegaciones finales sobre la cuestión analizada, manifiesta que el salario que debe marcarse(sic), debe ser de 126.896 pesetas, con prorrata de pagas extras, en sustitución del recogido en la sentencia; mas tal alegato no resulta admisible, tanto porque no es coincidente con la pretensión revisora -allí se solicitaba un importe superior-, a la que debe estarse, cuanto porque la exclusión de los mencionados conceptos no puede dar lugar a la diferencia pretendida; pero es que, además, la recurrente al dar contestación a la demanda, alegó que el salario del trabajador ascendía a la cantidad que es la que pretende con la revisión antedicha. Por el contrario, no puede aceptarse, la exclusión, así bien postulada por la recurrente, del concepto de nocturnidad, por no citarse norma alguna del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se considere infringida, incumpliéndose, de este modo, la previsión normativa contenida en el art. 194, nº 2, de la Ley Rituaria Laboral -la cita, única que se hace por la recurrente es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ineficaz, por obvias razones-; en todo caso, es de significar que en el supuesto hipotético de que se aceptara, teniendo en cuenta el importe asignado al complemento de referencia, la diferencia sería superior a la interesada por la recurrente.

En el mismo motivo se denuncia, en segundo lugar, y finalmente, infracción de los arts. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 96 , 108 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y de la

jurisprudencia aplicable a estos preceptos; aduciendo que al exigirse violación de derecho fundamental o libertad pública, tal circunstancia implica la existencia de un indicio concreto, que no ha existido y tan solo hay referencias genéricas; añadiendo que, entiende que la intervención en una huelga, incluso dentro del comité, la afiliación a un sindicato, el propósito de ser candidato aún en el caso, que niega, de que lo conozca la empresa, no puede constituir una barrera de impunidad cuando se cometen actos como los indicados en la carta de despido; finalmente se denuncia infracción de la que denomina jurisprudencia relativa a los despidos, en los que no se consigue acreditar lo indicado en la carta de despido, citando las sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 2 de diciembre de 1986 y 8 de septiembre de 1989, con transcripción fragmentaria de su fundamentación jurídica.

Del relato fáctico de la sentencia de instancia, con las modificaciones a que se remite el primero de los fundamentos que anteceden, son de destacar, a efectos de resolver la censura jurídica a que se refiere el párrafo inmediato anterior, los siguientes: A) El demandante viene prestando servicios para la empresa demandada, desde el 8 de febrero de 1995, con la categoría profesional de vigilante de seguridad y percibiendo como salario ciento treinta mil ciento diecisésis pesetas mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extras. B) La empresa demandada despidió al actor a medio de carta de fecha 13 de enero de 1999, alegando como causa el hecho de que el día 2 del citado mes, a la 21,36 horas puso en marcha el vehículo de la compañía demandada M...W, y una vez en marcha el motor y en punto muerto, siguió accionando el motor de arranque por un espacio aproximado de 30 segundos continuos, con el claro ánimo de estropearlo, ya que al mismo tiempo daba acelerones. C) El demandante no trabajó el día 2 de enero de 1999 pues tenía el día libre. D) El día 18 de diciembre de 1998, el jefe de equipo Sr. T. comunica al Sr. S.P. que el vehículo M...WK, estuvo en el taller a consecuencia de una avería en el motor de arranque, desde el día 6 hasta el 15 del presente mes, y que en el día de la fecha también se repara el arranque del Nissan M...WK, el que estaba en las mismas condiciones que el anterior, destacándose que próximamente sería revisado el Nissan M...WM, el cual presenta los mismos fallos que los anteriores. E) El actor está afiliado al sindicato Comisiones Obreras; habiéndose celebrado Asamblea de este sindicato el 2 de septiembre de 1998, en la que se acordó proceder a la revocación del Comité de Empresa y la designación de uno nuevo, resultando designado el actor como candidato a las elecciones a representantes de los trabajadores, presentándose

dicha candidatura en fecha 16 de marzo de 1999. F) Con fecha 19 de octubre de 1998 se convocó una huelga indefinida por el sindicato C.I.G., en la que tomó parte activa el actor acudiendo a multitud de reuniones entre el comité de huelga y la empresa y en las que estaban presentes, entre otros, S.P., S.G. y J.C. G) El sindicato Comisiones Obreras constituyó en la empresa demandada una sección sindical, designando como delegado sindical a J.S.N.C., el que también ha sido despedido de la empresa. H) El trabajador Sr. L.V. formó parte del comité de huelga antes mencionado y también fue despedido en virtud de denuncia formulada por M.A.C.A., hermano de J.C.A.: este último dirigió escrito a la empresa, con fecha 2 de diciembre de 1998, denunciando los hechos por los que, posteriormente, fue despedido el demandante; en dicha fecha, el Sr. C. era vigilante de seguridad, siendo ascendido, a principios de enero de 1999, a responsable de equipo, y el mismo trabajador denunció a su compañero de trabajo, A.G.G., el que presidió la asamblea de trabajadores el 27 de enero de 1999, en la que se acordó, por mayoría, la revocación de los miembros del Comité de Empresa, que también fue despedido mediante carta fechada el 23 de febrero de 1999.

En aplicación de lo normado en el art. 179.2 de la Ley Rituaria Laboral (precepto éste aplicable en los procesos por despido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 182 de la propia Ley), en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Por otro lado, es criterio reiterado del Tribunal Constitucional -por todas, sentencias 38.1981, 135/1990 y 266/1993- que el indicio de trato discriminatorio que atente contra derechos fundamentales desplaza al empresario la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable la decisión extintiva, tanto por la primacía de aquéllos, como por la dificultad que el trabajador habrá de encontrar para demostrar la existencia de despido discriminatorio o que lesione otros derechos fundamentales; y si bien no basta la alegación de existencia de vulneración, debiendo probarse, al menos indiciariamente, la existencia de causa, una vez acreditados los indicios, los empresarios habrán de demostrar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a cualquier propósito contrario al derecho constitucionalmente protegido

En el caso que ahora se resuelve, sobre la empleadora que recurre recaía la carga probatoria a que se remiten el antes citado precepto procesal

y doctrina del Alto Tribunal, pero lo cierto es que por la misma no sólo no se ha cumplimentado debidamente el “onus probandi” que sobre ella gravitaba, sino que de los medios probatorios aportados por la contraparte se ha constatado debidamente, cual se refleja en el relato histórico de la sentencia de instancia, la existencia de circunstancias realmente motivadoras de la decisión extintiva del vínculo jurídico que unía a los litigantes, ajenas, en absoluto, al incumplimiento contractual que pudiera ser determinante, “per se”, de la apreciación de causa resolutoria.

Lo que queda razonado habrá de conducir a calificar el acto extintivo de la relación jurídico-laboral que vinculaba a los contendientes, en el proceso cuestionada, como vulnerador de los derechos reconocidos en los arts. 28 de la Constitución y doce de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 2 de agosto de 1985, lo que determina que la decisión de la empleadora interpelada merece el calificativo de despido nulo, por imperio de lo preceptuado en los arts. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley de Trámites Laboral, con los efectos inherentes a tal declaración; y al haberlo apreciado y proclamado así el juzgador de instancia, su resolución no es merecedora del reproche jurídico que se analiza.

TERCERO.- Por todo lo queda expuesto procede desestimar el recurso en cuanto en el mismo se cuestiona la calificación del despido litigioso, confirmándose en este particular la sentencia recurrida, y estimarlo en cuanto se impugna la antigüedad y el salario que venía percibiendo demandante -con su repercusión en los salarios de tramitación-, particulares éstos en los que debe revocarse el fallo censurado, en los términos anteriormente indicados; con los efectos prevenidos en los arts. 201.3 y 233.1, ambos de la Ley Procesal Laboral; y en función de todo ello,

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa “P., S.A.”, contra la sentencia de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Ferrol, en proceso por despido promovido por don J.L.C.R., frente a la recurrente, debemos revocar y revocamos dicha resolución, en el sentido de señalar como antigüedad del trabajador demandante la del día ocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco y como salario percibido por el mismo el de ciento treinta mil ciento diecisésis pesetas mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extras; y

desestimándolo en el resto, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida en los demás pronunciamiento que contiene. Sin imposición de costas. Hágase devolución a la recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir; manteniéndose el aseguramiento prestado sin imposición de costas.

**2754 RECURSO N°
03/0007882/1996**

S. CA.

OCUPACIÓN DE TRABALLADOR TITULAR DE PRESTACIÓN POR DESEMPEÑO SEN DALO DE ALTA CON CARÁCTER PREVIO NA SEGURIDADE SOCIAL.

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

En la Ciudad de A Coruña, veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007882/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.M.R., con D.N.I... domiciliado en... (Ourense), representado por don A.P.F. y dirigido por el Letrado don A.J.M.D., contra Resolución de 21.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Orense de 08.02.95 sobre acta de infracción nº 390/95; Expte. nº 20.216/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase

sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- En el acta de infracción, ratificada por las resoluciones que son objeto del presente recurso, se imputó al empresario recurrente la infracción tipificada en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, en razón de haber dado ocupación a un trabajador titular de las prestaciones por desempleo, sin haberle dado de alta con carácter previo en la Seguridad Social.

Pasamos a extractar la postura impugnatoria del recurrente, referida a la inexistencia de la infracción imputada, pues al admitir al trabajador ignoraba que fuese perceptor de las prestaciones por desempleo; en consecuencia, la única conducta antijurídica imputable era la de no haber cursado el alta del trabajador con anterioridad al inicio de la prestación laboral, esto es, la infracción tipificada en el art. 14.1.2 de la Ley 8/88.

II.- A la fecha de comisión de la infracción imputada, ésta quedara afectada por la reforma operada por la Ley 22/93, de 29-XII, que dio nueva redacción a las dos modalidades de infracción tipificadas en el art. 29.3.2 de la 8/88, describiéndose la submodalidad comisiva de que aquí se trata como: "dar ocupación a trabajadores titulares o solicitantes de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral". La descripción del tipo ha de complementarse con las prescripciones contenidas en la O.M. de 17 de enero de 1994, sobre presentación de solicitudes de afiliación y altas de los trabajadores en la Seguridad Social, que vino a derogar el art. 17.2 de la O.M. de 28 de diciembre de 1966, que otorgaba al empresario el plazo de cinco días para proceder a dar de alta en la Seguridad Social al trabajador que iniciara la relación laboral, y en cuyo art. 1º se establece que "las solicitudes de afiliación de trabajadores a la Seguridad Social y de altas, iniciales o

sucesivas, de los mismos en el Régimen de Seguridad Social que corresponda deberán formularse por los sujetos obligados, ante las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de la misma, con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del trabajador, mediante la presentación en las citadas Dependencias de los documentos establecidos al efecto o su remisión, a través de correo o fax, acompañados de fotocopia del documento nacional de identidad del trabajador o, en caso de ser extranjero, del documento identificativo del mismo... En los casos excepcionales en que no hubiera podido preverse con antelación suficiente la iniciación de la prestación de servicios, si el día o días anteriores a la misma fueran inhábiles, o si la prestación de servicios se iniciare en horas asimismo inhábiles, las solicitudes de afiliación y/o de alta de los trabajadores podrán comunicarse mediante la remisión a las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de la misma, y a través de fax o por cualquier otro medio informático, electrónico o telemático”.

Por otra parte, ha de significarse, en cuanto al elemento subjetivo del tipo infraccional, que el dolo del autor debe abarcar o comprender el conocimiento de la condición de preceptor de prestaciones por desempleo del trabajador, elemento que lo diferencia del tipificado en el art. 14.1.2.

Por último, señalar que no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo exculpatorio. Valga como cita dos sentencias del Tribunal Constitucional 62/94, de 28-II y 133/95, de 25-IX, entre otras.

III.- En el presente caso, concurren una serie de indicios que se recogen en el acta de infracción (reconocimiento por parte del trabajador de que iniciara la actividad laboral el día anterior a la fecha de visita de la Inspección; la no inscripción del trabajador en el Libro de Matrícula de Personal; el trabajador cesara un mes antes en la misma empresa por terminación del contrato de trabajo, cese que motivara el devengo y percepción de las prestaciones por desempleo; el

recurrente no procediera a darle de alta en la Seguridad Social con anterioridad al inicio de la relación laboral), los cuales, por su variedad y carácter probado, permiten deducir que el empresario recurrente conocía la condición de perceptor de prestaciones por desempleo del trabajador, y que la omisión o incumplimiento de tales deberes previos no tenía otra finalidad que la de ocultar la situación laboral del trabajador, propiciando la compatibilidad de aquel percibo con la actividad laboral, circunstancia que se trató de corregir o enmendar una vez producida la visita de la Inspección de Trabajo.

En consecuencia, quedando acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo imputado, resulta rechazable la pretensión degradatoria que interesa el recurrente.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por A.M.R. contra Resolución de 21.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Orense de 08.02.95 sobre acta de infracción nº 390/95; Expte. nº 20.216/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO YSEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

2755 RECURSO N° 3.212/99

S. S.

OS PLANS DE OPCIÓN DE ACCIÓNS, ANTES DO EXERCICIO DA OPCIÓN CORRESPONDENTE, NON TEÑEN NATUREZA SALARIAL Ó TRATARSE DE MERAS ESPECTATIVAS DE DEREITOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

En A Coruña, a veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.212/99, interpuesto por el letrado don J.M.O.C en nombre y representación de don E.F.R., contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 200/99 se presentó demanda por don E.F.R., sobre DESPIDO, frente a la empresa “A.U.A., S.A.”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de abril de 1999 por el Juzgado de referencia, que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO: Que el demandante don E.F.R. vino prestando sus servicios para la demandada “A.U.A., S.A.” con antigüedad de 01.01.72, con la categoría profesional de Grupo II nivel 6. SEGUNDO: Que la demandada en fecha 14 de enero del presente año notificó al demandante su decisión de proceder a su despido objetivo. Por la implantación y operatividad del nuevo sistema informático Oasis. TERCERO: Que en la nómina del actor se incluye desde el mes de marzo de 1997, en concepto de 005- C.P. Trabajo, 8.235 ptas., cantidad fija que se percibe mensualmente y por la que se cotiza por parte de la empresa. Dicha cantidad tras solicitudes de los trabajadores y aceptación del cambio de horario de jornada continuada a jornada partida, se incluyó en la nómina del personal administrativo, por la empresa con la finalidad de compensar el cambio de horario producido a partir del año 1997. CUARTO: La entidad demandada ofertó a sus empleados los siguientes planes y en los siguientes términos: a) PLAN DE OPCIÓN 1996 PARA LOS EMPLEADOS DE “A.” EN TODO EL MUNDO, “A.U.A., S.A.”. *Introducción: El Plan de Opción a Cinco Años para los Empleados de “A.” en todo el mundo, que cumplen los requisitos, les otorga anualmente el derecho de adquirir un Derecho de Opción. Este año 1996 es, sin embargo, el último año del Plan. Esta Opción para los empleados les concede el derecho para adquirir 125 acciones de “A.”, al precio de cierre en la Bolsa de Comercio de Amsterdam (16,30 horas Horario Centro Europeo) de la acción de “A.”, el último día de negocio de octubre. Este año 1996, dicho día es el 31 de octubre. La adquisición de la Opción estará libre de gastos, exceptuando eventuales gastos fiscales u oro tipo de gastos estipulados por las autoridades españolas. El Derecho a la Opción sin embargo expira después de cinco*

años (o, si se alcanzara antes, dos años después de finalizar la relación laboral con “A.”). Esto significa que este año los empleados de “A.U.A., S.A.” de nuevo tendrá el derecho de adquirir una Opción para comprar 125 acciones de “A.”. Los requisitos que cada empleado debe satisfacer es que deben encontrarse trabajando con “A.U.A., S.A.” (u otra subsidiaria de “A., N.V.”) desde el 1 de noviembre de 1995 y continuar todavía prestando sus servicios hasta el período no determinado el 1 de noviembre de 1996. Las condiciones bajo las cuales se garantiza la Opción, se han detallado en las Reglas de los Empleados para el Plan de Opción de Acciones 1996, que se adjunta. Esta carta sirve para explicar distintos aspectos en relación con el Plan de Opción para los Empleados”. El demandante firmó documento de adhesión al plan en fecha 02.10.1996, en el que consta: “El que suscribe, don E.F.R., empleado de “A.U.A., S.A.”, con antigüedad superior a un año y en alta al 31.10.95, declara: He recibido, mediante escrito de fecha 1 de octubre de 1996, enviado por mi empresa “A.”, la opción de suscripción de 125 acciones ordinaria de “A., N.V.” de Valor Nominal de 1 florín holandés cada una, al precio de cierre de las acciones “A., N.V.” el 31 de octubre de 1996 en la Bolsa de Amsterdam. Esta opción se regirá por las normas del PROGRAMA DE OPCIÓN DE ACCIONES “A.” DE 1996, que conozco y acepto en su totalidad. Reconozco que el Programa y el derecho de opción indiviso por las 125 acciones comenzarán el 31 de octubre de 1996 y finalizarán el 31 de octubre del 2001. Si causara baja en la Empresa, deberé ejercitarse antes el derecho ya que en su caso contrario le perderá(sic). Acepto que, como todo el conjunto del Plan Social de “A.”, está afecto al artículo 4º del Convenio Colectivo del Sector Seguros, que determina la compensación de las retribuciones y condiciones tomadas en su conjunto y cómputo anual, y a su validez es exclusivamente para este año 1996 no siendo exigible otros años ni/o en el mismo sentido, tanto individual como en su conjunto, un nuevo programa. Si en algún otro año se concede, se comunicará oportunamente. Solicito y acepto la opción en mi propio nombre y no en el de otra persona. Y para que conste, lo firmo el 2 de octubre de 1996. Firmado”. QUINTO: Para el año 1997 la empresa demandada igualmente ofertó determinados planes en las siguientes condiciones. “TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL PLAN DE OPCIÓN DE ACCIONES 1997. DEFINICIONES: “En este Plan, en principio, las siguientes palabras y expresiones tendrán el siguiente significado: a.- Plan de opciones: Este Plan de Opción de Acciones para los Empleados 1.97. b.- Derecho de Opción: El derecho de adquirir ciento veinticinco (125) acciones ordinarias de “A.” (“Acciones”) cada una de ellas

con un valor a la par de un Florín Holandés (NLG, 1,00).= c.- Fecha de Referencia: 31 de octubre de 1997. La fecha en la cual se concede el Derecho de Opción. d.- Precio de Ejercicio: El precio oficial de cierre de las acciones en la Bolsa de Amsterdam en la Fecha de Referencia, multiplicado por ciento veinticinco (125). e.- "A.": "A. N.V." f.- "A.A.": "A.U.A., S.A." de Seguros y Reaseguros. 2.- CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN. Pueden participar en el Plan de Opción solamente los empleados/as de "A.A." que, a 31 de octubre de 1997, hayan prestado sus servicios durante un período interrumpido(sic) de 1 año como mínimo en "A.A.", y cuyo contrato de empleo se mantenga en vigor el 1 de noviembre de 1997. Solamente aquellos Empleados que pudiendo participar hayan devuelto la Declaración de Aceptación a "A.A.", debidamente cumplimentada y firmada, de tal forma que "A.A." la reciba antes del 24 de octubre serán Participantes del Plan de Opción. El riesgo de que la Declaración de Aceptación no sea recibido por "A.A." antes de dicha fecha será soportado por cada Empleado/a. Los Participantes recibirán un Impreso de Ejercicio, redactado con su nombre. El original de este Impreso de Ejercicio también servirá como Certificado de Participación. 3.- DERECHOS DE OPCIÓN. El derecho de Opción solamente se aplicará para todas las Acciones de una sola vez. El derecho de Opción tiene una duración máxima de cinco años a partir de la fecha de Referencia. 4.- EJERCICIO DE LOS DERECHOS. El interés del Participante en el Plan de Opción estará sujeto a un período de reserva de tres años a partir de la Fecha de Referencia. El Derecho de Opción solamente puede ejercitarse tras la finalización del período de reserva de tres años durante los días hábiles en la Bolsa de Amsterdam, sujeto a lo estipulado en el Apartado 5". SEXTO: El demandante se adhirió al plan de 1997 por medio del siguiente documento suscrito el 02.10.97 PLAN SOCIAL – OPCIÓN SOBRE ACCIONES "A.", AÑO 1997- CERTIFICADO DE ADHESIÓN. FECHA DE RESERVA 31.10.97. FECHA EJERCICIO DESDE 01.11.2000, HASTA 31.10.2002 – *El que suscribe don E.F.R., empleado de "A.U.A., S.A.", con antigüedad superior a un año y en alta al 31.10.96, declara: 1.- He recibido, mediante escrito de fecha 1 de octubre de 1997, enviado por mi empresa "A.", la opción de suscripción de 125 acciones ordinarias de "A. N.V." de Valor Nominal de 1 florín holandés cada una, al precio de cierre de las acciones "A. N.V." el 31 de octubre de 1997 en la Bolsa de Amsterdam. 2.- Esta opción se regirá por las normas del PROGRAMA DE OPCIÓN DE ACCIONES "A." DE 1997, que conozco y acepto en su totalidad. 3.- Reconozco que el Programa y el derecho de opción indiviso por las 125 acciones comenzará el 31 de octubre de 1997 y finalizarán el 31 de*

octubre de 2002. 4.- Soy consciente que el ejercicio del derecho sólo podrá ejercitarse dentro de los períodos hábiles entre el 1 de noviembre del año 2000 y antes del 31 de octubre del 2002. 5.- Si causara baja en la Empresa, deberá ejercitarse antes el derecho ya que en caso contrario lo perderé. 6.- Acepto que, como todo el conjunto del Plan Social de "A.", está afecto al artículo 4º del Convenio Colectivo del Sector Seguros, que determina la compensación de las retribuciones y condiciones tomadas en su conjunto y cómputo anual. 7.- Su validez es exclusivamente para este año 1997 no siendo exigible otros años ni/o en el mismo sentido, tanto individual como en su conjunto, un nuevo programa. Si en algún otro año se concede, se comunicará oportunamente. 8.- Solicito y acepto la opción en mi propio nombre y no en el de otra persona. Y para que conste, lo firmo el 2 de octubre de 1997. SÉPTIMO: La demandada ofertó a sus trabajadores para el año 1998 el siguiente plan. Seguros "A.": TÉRMINOS Y CONDICIONES DEL PLAN DE OPCIÓN DE ACCIONES 1998. 1.- DEFINICIONES. En este Plan, en principio, las siguientes palabras y expresiones tendrán el siguiente significado: a.- Plan de Opciones: Este Plan de Opción de Acciones para los Empleados – 1.998. b.- "A.": "A. N.V." c.- Share: Acciones ordinarias de "A.". d.- Derecho de Opción: El derecho de adquirir ciento veinticinco (125) acciones ordinarias de "A." ("Acciones"), cada una de ellas con un valor a la par de un Florín Holandés (NLG 1,00). e.- Fecha de Referencia: 23 de marzo de 1998, la fecha en la cual se concede el Derecho de Opción. f.- Precio de Ejercicio: El precio oficial de cierre de las Acciones en la Bolsa de Amsterdam en la Fecha de Referencia, multiplicado por ciento veinticinco (125). g.- "A.": "A.U.A., S.A." de Seguros y Reaseguros. h.- Participante: El participante en el Plan de Opción, según dice el artículo 2.3. i.- Impreso de Ejercicio: El documento de apoyo del Derecho de Opción. j.- Precio de Venta: el precio contra el cual las Acciones, debido al ejercicio del Derecho de Opción, se venden en las Bolsas de Amsterdam. 2.- CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN. 2.1. Pueden participar en el Plan de Opción solamente los empleados/as de "A.A." que a 1 de marzo de 1998 hayan prestado sus servicios durante un período ininterrumpido de 3 años como mínimo en "A.A.". 2.2. Por la Disposición transitoria, los empleados serán considerados que cumplen los requerimientos del art. 2.1 si han estado prestando sus servicios ininterrumpidamente para "A.U.A., S.A." desde el 1 de noviembre, y continúan el 1 de marzo de 1998, incluido. 2.3. Solamente aquellos Empleados que pudiendo participar hayan devuelto la Declaración de Aceptación a "A.A.", debidamente cumplimentada y firmada, de tal

forma que "A.A." la reciba en la fecha indicada en esta declaración de aceptación, serán participantes del Plan de Opción. 2.4. El Riesgo de que la Declaración de Aceptación no sea recibido por "A.A." antes de dicha fecha será soportado por cada Empleado/a. 2.5. Los participantes recibirán un Impuesto de Ejercicio, redactado en su nombre. El original de este Impreso de Ejercicio también servirá como Certificado de Participación. 3.- DERECHOS DE OPCIÓN. 3.2. El derecho de opción solamente se aplicará para todas las Acciones de una sola vez. 3.3. El Derecho de Opción tiene una duración máxima de cinco años a partir de la fecha de Referencia. 4.- EJERCICIO DE LOS DERECHOS. 4.1. El interés del Participante en el Plan de Opción estará sujeto a un período de reserva de tres años a partir de la Fecha de Referencia, concedido el derecho al 100% el 24 de marzo del año 2001. El Derecho de Opción solamente puede ejercitarse en, o a partir, del 24 de marzo del año 2001, y sólo en los días hábiles en la Bolsa de Amsterdam, sujeto a lo estipulado en el Apartado 5. OCTAVO: El demandante se adhirió al plan de opción de acciones del año 1998 a través del siguiente documento suscrito en fecha 23.02.98. "DIRECCIÓN DE RECURSOS HUMANOS.- PLAN SOCIAL.- OPCIÓN SOBRE ACCIONES "A" 1998.- CERTIFICADO DE ADHESIÓN – FECHA DE RESERVA 23.03.98 – FECHA DE EJERCICIO Desde 24.03.2001, hasta 23.03.2003. El que suscribe, don E.F.R., empleado de "A.U.A.", cumpliendo los requisitos exigidos, declara: 1.- He recibido, mediante escrito de fecha 23 de febrero de 1998, enviado por mi Empresa "A." la opción de suscripción de 125 acciones ordinarias de "A. N.V." de Valor Nominal de 1 Florín Holandés cada una, al precio de cierre de las acciones "A. N.V." el 23 de marzo de 1998 en la Bolsa de Amsterdam. 2.- Esta opción se regirá por las normas del EMPLOYEE STOCK OPTION PLAN 1998 A. – U.A.- TERMS AND CONDITIONS" (en su versión inglesa). 3.- Solamente tendrá pleno derecho sobre las opciones reservadas a partir del 24 de marzo del 2001. Si antes de esta fecha causara baja en la Empresa (salvo por incapacidad, jubilación o fallecimiento), no tendrá ningún derecho. 4.- Desde esa fecha y hasta el 23 de marzo del 2003 podrá ejercitarse el derecho dentro de los períodos hábiles determinados al efecto. 5.- Si causara baja en la Empresa, deberá ejercitarse antes el derecho ya que en caso contrario le perderé. 6.- Acepto que, como todo el conjunto del Plan Social de "A.", las cantidades que reciba por este concepto, están afectas al artículo 4º del Convenio Colectivo del Sector Seguros, que determina la compensación de las retribuciones y condiciones tomadas en su conjunto y cómputo anual. 7.- Su validez es exclusivamente para este año 1998, no

siendo exigible otros años ni/o en el mismo sentido tanto individual como en su conjunto, un nuevo programa. Si en algún otro año se concede, se comunicará oportunamente. 8.- Solicito y acepto la opción en mi propio nombre y no en el de otra persona. Y para que conste, lo firmo el 23 de febrero de 1998. NOVENO: En fecha 10.02.99 se celebró acto de conciliación ante el S.M.A.C., con resultado de sin avenencia. Si bien en dicho acto la demandada reconoció la improcedencia del despido, consignando la cantidad en concepto de indemnización y salarios de tramitación de 9.228.678 ptas., sobre un salario anual de 2.704.000 ptas.".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO. Que estimando en parte la demanda promovida por don E.F.R. contra la EMPRESA "A.U.A., S.A.", debo declarar y declaro que la cuantía de la indemnización por despido a abonar al trabajador asciende a la suma de 9.618.953 Pts. y la de los salarios de tramitación a la de 221.200 Pts. Condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y al abono de las cantidades, en las cuantías y conceptos anteriormente referidos. 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda, declarando que la cuantía de la indemnización por despido a abonar al trabajador asciende a la suma de 9.618.953 Pts. y la de los salarios de tramitación a la de 221.200 Pts.; condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y al abono de las cantidades, en las cuantías y conceptos referidos. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal del demandante, dedicando el primero de los motivos del recurso a la revisión de hechos probados y, con cobertura en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicita que al final del hecho probado tercero se añada la siguiente redacción: "Que asimismo y por parte de la Empresa, se abonó al actor unos Planes de Opción de Acciones correspondientes a los ejercicios 1996, 1997 y 1998 (f.21 al 25) los cuales a la fecha del despido suponían el beneficio en pesetas siguientes conforme a cada uno de los planes -1996: 3.542.102 Ptas.-; -1997: 2.911.912 Ptas.-; y -1998: 1.940.645 Ptas.- Por tanto, y siendo el salario mensual regular del actor de 237.000 Ptas. (F. 42 al 58), resulta un salario mensual total -una vez efectuado el

prorratoe entre años correspondiente al salario irregular derivado de los planes de opción de acciones pendientes de ejercitarse en la fecha del despido, y una vez prorratoeados asimismo en doce mensualidades, resultando de la operación la cantidad de 381.442 Ptas. -mensuales-, 618.442 Ptas. -(237.000 381.442)". Se pretende apoyar dicha adición en el informe emitido por el Economista-Auditor don J.M.Y.C., obrante a los folios 18 al 20, así como de la pericial practicada por el mismo en el acto del juicio y de que las cantidades correspondientes a los beneficios derivados de los distintos planes de opciones en la fecha del despido, se desprenden del estadillo emitido por la empresa demandada y obrante como documento en el folio 26, que fue expresamente reconocida por la empresa demandada en la prueba de confesión judicial. La revisión no prospera; de un lado, porque el informe pericial parte de un dato incierto, cual es el de que el demandante hubiera ejercitado el derecho de opción, lo que no ha acontecido, como más adelante se razonará, y de otro, porque tal informe hace referencia, asimismo, al aspecto tributario de las acciones. Además de la revisión que queda indicada, el recurrente formula, con carácter subsidiario, en el mismo motivo, otras tres peticiones, cada una de ellas alternativa a la anterior; partiendo en todas -como en la principal- de un salario regular mensual de 237.000 pts., incrementándolo con las cantidades -que denomina salario irregular- derivadas de la opción de acciones, en las dos primeras peticiones subsidiarias, correspondientes a los ejercicios de 1996 y 1998, respectivamente, fijando dichas cantidades en 295.175 pts, y 161.720 pesetas, también respectivamente, y señalando la cantidad de incremento -sobre el salario regular- en la tercera de las peticiones subsidiarias, en 71.100 pts. mensuales, que representa el 30%, en concepto de salario en especie, de las percepciones salariales del actor. Estas revisiones, subsidiariamente postuladas, habrán de seguir el mismo cauce denegatorio que la principal, por carecer, como ésta, del debido soporte probatorio.

Con el mismo apoyo procesal que el motivo anterior, se interesa la adición de un nuevo hecho probado, que sería el noveno -pasando a ser el décimo el que figura con este ordinal en la sentencia- que tendría la siguiente redacción: "Los rendimientos resultantes de los anteriores Planes de Opción de Acciones relativos a los ejercicios 1996, 1997 y 1998 -y respecto a los cuales el actor no tiene que pagar precio alguno (F. 75, 77, 87, 93, 98, 99 y 110)-, son a todos los efectos SALARIOS que la empresa abona a sus empleados, pues dichos planes se abonan en función de la actividad laboral que prestan éstos para la demandada, y su condición de salarios se desprende del art. 1.c) de la Ley 13/96, así como

de los documentos remitidos por la empresa y firmados por el actor correspondientes a cada uno de los planes, y en los cuales de remite expresamente a estos al Art. 4º del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguros y Reaseguros en cuanto a la compensación de las retribuciones en su cómputo anual". Se citan por el recurrente como medios probatorios, en apoyo de tal petición revisora los siguientes: último párrafo del hecho probado cuarto; punto 6 del hecho probado sexto y punto 6 del hecho probado octavo; folios 22, 24, 27 vuelto, y 28, 72, 87, 90, 94, 100, 107 y 11; el informe obrante a los folios 18 al 20 y pericial. Como la anterior, la revisión está llamada a fracasar; de una parte, porque estos medios probatorios en modo alguno pueden servir de apoyatura a la revisión que se analiza; de un lado, porque de ninguno de ellos se desprende la existencia de rendimientos de planes de opción de acciones de los ejercicios de 1996, 1997 y 1998; de otro, porque la constancia en hechos probados de la sentencia, a que se remite el recurrente -referencias al art. 4º del Convenio Colectivo del sector de Seguros-, no precisaría su reiteración; pero es que, además, buena parte del texto alternativo propuesto por el recurrente -con cita de preceptos legales y convencionales- por su carácter netamente jurídico no podría encontrar la debida ubicación en el relato fáctico de la sentencia.

SEGUNDO.- En el campo del derecho y con cobertura en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral se denuncia, de un lado, infracción del art. 26.1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 1.c) de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, así como del art. 4º del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguros y Reaseguros y del art. 1.119 del Código Civil, en conexión con sus arts. 1.088 y concordantes, y de otro, infracción del art. 56.2 del citado Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 56.1.a) y 56.1.b) del mismo texto legal, por estimar, esencialmente: a) que los planes ofertados por las empresas a sus trabajadores tienen naturaleza salarial, puesto que se abonan como consecuencia de la relación laboral y no suponen el desembolso de cantidad alguna o asunción de riesgo por parte del trabajador; reconociendo la empresa su propio carácter salarial al remitirse al art. 4º del Convenio Colectivo del sector, estando comprendidos dentro del art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores y art. 1º de la Ley 13/96; b) que el no ejercicio de la opción de 1996 y que las opciones de los ejercicios de 1997 y 1998 no pueden ser ejercitadas en la fecha del despido, habrá de estarse al cumplimiento ficticio establecido en el art. 1.119 del Código Civil, al tenerse por cumplida la condición cuando es el obligado quien impide voluntariamente su

cumplimiento, como sucedió al haber acordado la empresa demandada un despido, cuya improcedencia admitió después -cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León/Valladolid de 04.01.99; c) que el hecho de que la cantidad a percibir por los planes de opción de acciones no esté determinada, no es óbice para negar su naturaleza salarial; d) que la estimación del recurso conllevaría que la empresa debería ser condenada al abono de los salarios de tramitación hasta la notificación de la sentencia, y en el supuesto de que fuese desestimado procede igualmente la condena al abono de tales salarios hasta la notificación de la resolución, toda vez ha existido un cálculo deficiente e inexacto por parte del empresario de la indemnización básica por despido improcedente, así como de los salarios de tramitación hasta la fecha de la conciliación ante el S.M.A.C., desvirtuando el efecto de la interrupción del devengo de los repetidos salarios previsto legalmente; no siendo aplicable la doctrina del error excusable del art. 122.3 de la Ley de Procedimiento Laboral -invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996-, ya que aquí no se trata de un error de escasa cuantía, pues supone una diferencia, entre indemnización y salarios, devengados a la fecha de la conciliación, de 611.475 pesetas y el concepto discutido era evidente que formaba parte de los salarios habituales del actor; habiéndose tratado de un incumplimiento ostensible e inexcusable, que arroja una diferencia notable y desproporcionada, carente de justificación de una cuantía inferior a la legal; siendo la cantidad ofrecida y consignada insuficiente en concepto de indemnización y salarios de tramitación, por lo que no puede tener el efecto legal de interrupción del devengo del salarios de tramitación del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, citando las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla León/Valladolid, de 27.07.98, Castilla la Mancha, de 23.06.98, Madrid, de 19.05.98 y Murcia de 05.11.97.

TERCERO.- Del inmodificado relato fáctico de la sentencia recurrida son de destacar los siguientes datos: A) El demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada "A.U.A., S.A." desde el 1 de enero de 1972, con la categoría profesional de Grupo II, Nivel 6. B) Con fecha 14 de enero de 1999, la empresa demandada notificó al demandante su decisión de proceder a su despido objetivo, por la implantación y operatividad del nuevo sistema informático Oasis. C) En fecha 10 de febrero de 1999 se celebró acto de conciliación, sin avenencia; si bien en el mismo la demandada reconoció la improcedencia del despido consignando la cantidad de nueve millones doscientas veintiocho mil seiscientas setenta y

ocho pesetas, en concepto de indemnización y salarios de tramitación, sobre un salario anual de dos millones setecientas cuatro mil pesetas. D) La entidad demandada ofertó a sus empleados -que reunieran determinados requisitos, que cumplía el actor- los planes de opción de acciones ordinarias de "A.", para los años 1996, 1997 y 1998, a los que se adhirió el demandante, suscribiendo el correspondiente documento de adhesión; pormenorizándose en los ordinales cuarto a séptimo, ambos inclusive, del relato histórico de la sentencia recurrida, todas las circunstancias de las ofertas y adhesiones del actor, de las que son de resaltar las siguientes: a) que la opción de compra era de ciento veinticinco acciones, cada una de ellas con un valor a la par de un florín holandés; b) el derecho de opción, para el plan de 1996, comenzaría el 31 de octubre de este año y finalizaría el 31 de octubre del 2001, para el plan de 1997, comenzaría el 31 de octubre del mismo año y terminaría el 31 de octubre del 2002, y para el plan de 1998, empezaría el 24 de marzo del 2001 y terminaría el 23 de marzo del 2003; c) las fechas de referencia en las cuales se concedía el derecho de opción eran las que quedan señaladas como de comienzo del plan; d) el ejercicio del derecho de opción del año 1997 debería ejercitarse entre el 1 de noviembre del año 2000 y antes del 31 de octubre del 2002 y el del año 1998 solamente podría ejercitarse en, o a partir, del 24 de marzo del 2001; e) si causare baja en la empresa, deberá ejercitarse antes el derecho, ya que en caso contrario lo perdería.

CUARTO.- La pretensión en la demanda deducida tendía al incremento de la indemnización y salarios de tramitación que al actor-recurrente corresponde, a consecuencia del despido objetivo acordado por la empleadora interpelada, la que reconoció su improcedencia en el acto conciliatorio celebrado en el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación consignando la cantidad que se indica en el apartado C) del fundamento de derecho que inmediatamente antecede, calculada sobre el salario anual que en el propio fundamento se indica; basándose tal incremento, en tesis del demandante, de un lado, en que debe ser incluida en el salario la cantidad de ocho mil doscientas treinta y cinco pesetas, reflejadas en su nómina bajo el epígrafe C.P. Trabajo, y de otro, en que debe computarse igualmente en el salario, y a los mismos efectos, "la parte proporcional del ejercicio de opción de las acciones correspondientes a los períodos 1996, 1997 y 1998 que no han sido rescatadas en ejercicios anteriores por el actor y que por tanto se encuentran pendientes de devengo en el momento del despido". En la sentencia de instancia se ha dado acogida a la primera de las peticiones, rechazándose la segunda, por lo que la temática que en el recurso se plantea queda

limitada a ésta última, con la salvedad, en cuanto a salarios de tramitación a que, después se hará referencia; debiendo decidirse, por tanto, si el pronunciamiento recurrido es conforme a derecho, o si, por el contrario, es merecedora del reproche jurídico que el recurrente la dirige. El dilema debe resolverse en favor de la tesis mantenida por el juzgador “a quo”, ya que no pueden considerarse como integrantes de la retribución salarial del actor los planes de opción de acciones a que se refiere el apartado D) del fundamento de derecho inmediato anterior, toda vez dichos planes no eran más que una expectativa de derecho, que no llegó a consolidarse, no ya por no haber ejercitado el correspondiente derecho de opción, sino porque, al menos los correspondientes a los años 1997 y 1998, no podrían ejercitarse hasta el 1 de noviembre del año 2000 y hasta el 24 de marzo del año 2001, respectivamente; por lo que se está en presencia de una expectativa de derecho que, como tal, y por sus propia naturaleza, no puede traducirse en una resultado pecuniario, el que, en todo caso, estaría subordinado a una aportación dineraria del demandante -el valor que alcanzaran las acciones- y la cotización que las mismas tuvieran posteriormente; además, el derecho de opción se ha perdido, ya que su ejercicio debía hacerse antes de causar baja en la empresa; y aún admitiendo que el demandante hubiera ejercitado el derecho de adquisición de acciones el 10 de febrero de 1999, como se afirma en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, tal ejercicio sería ineficaz, tanto por su ejercicio prematuro como por ser posterior al despido. Sin embargo, y como antes queda apuntado, al fijarse en la sentencia recurrida el periodo de devengo de los salarios de tramitación hasta el día de la celebración del acto conciliatorio ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, como se razona en el sexto de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, esta limitación temporal vulnera la normativa contenida en el art. 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, como denuncia el recurrente; habida cuenta de que la diferencia entre la cantidad consignada por la empleadora y la reconocida en la sentencia, derivada de la cuantía del salario que venía percibiendo el actor que recurre, no encuentra justificación alguna y asciende a una cuantía nada despreciable, como lo pone de manifiesto el resto entre ambas sumas; de ahí que el importe de los salarios de tramitación debe señalarse hasta el día de la fecha de notificación de la sentencia de instancia, cual postula el recurrente; procediendo, por ello, y en este particular, modificar la sentencia recurrida, manteniéndose los restantes pronunciamientos que contiene; y en función de todo ello,

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de don E.F.R., contra la sentencia de fecha dieciséis de abril de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número cuatro de A Coruña, en proceso por despido promovido por el recurrente frente a la empresa “A.U.A., S.A.”, con revocación parcial de la misma, debemos condenar y condenamos a la patronal demandada a que abone al demandante los salarios de tramitación hasta el día de la fecha de notificación de la sentencia de instancia; manteniendo los restantes pronunciamientos del fallo censurado.

2756 RECURSO N° 3.461/99

S. S.

IMPOSIBILIDADE DE COMPENSAR CON REDUCCIÓN DE XORNADA O TRABALLO PRESTADO EN FESTIVOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

En A Coruña, a veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.461/99, interpuesto por el letrado don H.M.F.V., en nombre y representación de la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS DA XUNTA DE GALICIA, contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de los de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 313/99 se presentó demanda por don J.C.S. como Delegado de la Sección Sindical de la U.G.T. en el Comité Provincial del Organismo al que demanda, sobre CONFLICTO COLECTIVO, frente a la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS DA XUNTA DE GALICIA. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 27 de

mayo de 1999 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Con fecha 11 de febrero de 1999, don J.C.S., en calidad de Delegado de la Sección Sindical de U.G.T. del Comité Provincial de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, Delegación Provincial de Lugo, interesando que se reconociese el derecho del personal afectado del CAMP de... a disfrutar de un día de descanso incrementado en un 75% del tiempo de prestación por cada día festivo trabajado, y la inclusión en la cartelera de turnos de 1999 de los indicados descansos. Sobre dicha reclamación previa, el Director del CAMP emitió un informe que consta en autos y cuyo contenido se da aquí por reproducido. Dicho informe es de fecha 16 de febrero de 1999 y propone la desestimación de la reclamación previa. SEGUNDO.- El día 12 de mayo de 1999, por el indicado Delegado sindical se presentó demanda judicial de Conflicto Colectivo, contra la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia, conflicto que afecta a los trabajadores del CAMP de... que trabajan en día festivos. TERCERO.- El CAMP de... y sus trabajadores fueron transferidos a la Xunta de Galicia por Real Decreto 218/96, de 9 de febrero, con motivo de la ampliación de servicios y medios traspasados del INSERSO a la Xunta de Galicia por Real Decreto 285/85. Con fecha 30 de julio de 1997 se firma por el Comité Intercentros y la Administración Autonómica el acuerdo de integración del personal laboral de los CAMP de... y..., y con ese motivo se produce la homologación del personal y se aplica el III Convenio Colectivo de la Xunta con efectos de 1 de octubre de 1997. CUARTO.- El Convenio Colectivo de la Xunta, en su artículo 18, establece una jornada máxima anual de 1.665 horas, mientras que el del INSERSO señalaba una jornada anual de 1.711 horas, en su artículo 20. QUINTO.- Los trabajadores del CAMP de... vienen realizando una jornada diaria de 7 horas, cuando el artículo 18 del Convenio Colectivo de la Xunta establece “(a) como regla general, la jornada de presencia y trabajo efectivo será de 37 horas y 30 minutos semanales, de lunes a viernes en todos los centros de trabajo de la Xunta de Galicia, de forma continuada en términos generales en turnos de mañana, tarde o noche, excepto en aquellos centros que, por la naturaleza de sus funciones, se haga necesaria la jornada partida. La jornada máxima anual será de 1.665 horas... (b) la Dirección de cada centro, previa autorización de la Consellería de la que depende, y de los representantes de los trabajadores, podrá negociar su horario o una jornada distinta a la expresada en el apartado anterior cuando, por sus peculiaridades específicas, así se considere

necesario, respetándose en todo caso la capacidad organizadora de la Xunta de Galicia”.- SEXTO.- El artículo 20 del Convenio Colectivo de la Xunta dice “...para los servicios que haya que prestar necesariamente en Domingo y Festivos se establece un descanso adicional del 75% del tiempo de prestación. Este descanso adicional será pactado de mutuo acuerdo entre ambas partes. (3) Todo el personal vinculado a este Convenio disfrutará como descanso los días 24 y 31 de diciembre. Si por necesidades del servicio no se pudiesen disfrutar esos días, se facilitará un descanso equivalente en el mes de enero siguiente, con una compensación adicional igual a la que tienen los Domingos y Festivos”.- SÉPTIMO.- La Administración demandada estableció, a partir de 1 de enero de 1999, unas carteleras laborales para los E.T.A.R. y camareros-limpiadores del CAMP de..., carteleras que constan en la pieza de prueba de la parte actora y cuyo contenido se da aquí por reproducido íntegramente. Dicha cartelera se fijó tras diferentes reuniones mantenidas durante el año 1998 entre trabajadores y dirección del centro, sin que alcanzase acuerdo alguno.- OCTAVO.- Se da aquí por reproducidos el “cuadro de horarios de personal a partir de 1 de enero de 1998” firmado el 28 de noviembre de 1997 entre Dirección y Comité de empresa; el “Acta de 24 de septiembre de 1997, de reunión del Comité de empresa y Dirección” sobre horarios y plantillas para el 1 de octubre de 1997, en el que consta que el acuerdo se extenderá hasta 31 de diciembre de 1997; y el “acta de 13 de octubre de 1997 de reunión Dirección-Comité de empresa”. Todos estos documentos constan en la pieza de prueba de la parte demandada y su contenido íntegro, repetimos, se da por reproducido en este ordinal”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO. Que, estimando íntegramente la demanda presentada por don J.C.S. en su condición de Delegado de la sección sindical de U.G.T. en el Comité Provincial de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, contra dicha Consellería, declaro y reconozco el derecho de los trabajadores del CAMP de... a disfrutar de un día de descanso incrementado en un SETENTA Y CINCO POR CIEN (75%) del tiempo de prestación por cada día festivo trabajado, con inclusión en la cartelera de mil novecientos noventa y nueve de los indicados días de descanso y condeno a la demandada a estar y pasar por estos pronunciamientos. 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la demandada CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAS la sentencia de instancia solicitando su revocación y con amparo en el art. 191.b) LPL se solicita la revisión del relato histórico de dicha resolución al objeto de que el párrafo primero del ordinal quinto sea substituido por la redacción que se propone: “Según acuerdo Dirección Centro –Comité de Empresa y horarios de trabajo para 1998 del CAMP de..., algunas categorías de trabajadores, por ejemplo ETARS (encargados de trabajos asistenciales y reparadores) camareras limpiadoras, que tiene que trabajar también en Domingos y Festivos, y en compensación parcial del descanso adicional vienen realizando una jornada de 7 horas diarias o 35 semanales, cuando el art. 18...”; se cita en apoyo de tal pretensión revisoria los documentos obrantes a los folio 64 a 67 de los autos, relativos al calendario laboral para 1998 y actas de reuniones de comité y dirección de 1997. No se admite la modificación postulada por cuanto se incluye en la misma valoraciones subjetivas y afirmaciones que no resultan de dichos documentos como la afirmación de que tienen que trabajar en Domingos y Festivos, afirmación carente de prueba y que no resulta de dichos documentos, de otra parte la jornada que efectivamente se realiza en el centro aparece ya recogida en el hecho que se pretende modificar, por todo ello se mantiene intacto dicho relato fáctico.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo en el art. 191.c) LPL, se denuncia infracción del art. 18 y art. 20. 2 y 3 del Convenio colectivo de la Xunta de Galicia. Para la resolución del litigio debe partirse de las siguientes aclaraciones: a) la demandada cumple con dar un día de descanso, por cada festivo o domingo trabajado, incrementado en un 75% del tiempo así prestado, y lo reconoce dicha demandada sin discusión sobre tal extremo apareciendo previsto en el calendario laboral del corriente año, en cada caso y para cada trabajador el descanso ordinario compensatorio por cada festivo o domingo trabajado (el secretario del comité de empresa así lo certifica al f. 16); b) lo que no incluye la demandada en el calendario laboral de 1999 es el descanso complementario del 75% por los días festivos o domingos trabajados; c) este descanso nunca fue incluido en los calendarios y el convenio prevé su disfrute por acuerdo “entre las partes”; d) ha existido una práctica consensuada entre la empresa y los trabajadores de compensar este incremento del 75% del descanso, con una reducción de la jornada diaria en 30 minutos,

desarrollando así una jornada semanal de 35 horas en lugar de las 37,5 pactadas; e) no consta que en el año anterior algún trabajador haya superado la jornada máxima convencionalmente establecida; f) han existido negociaciones varias entre empresa y comité para fijar el calendario laboral para el corriente año sin que llegaran a un acuerdo al pretender la representación actora que en las carteleras se incluyera la previsión del descanso compensatorio del 75% por trabajo en festivos y domingos.

Establecido lo anterior esta Sala se ha pronunciado en sentido diverso sobre la cuestión y así mientras en la S. de 28.01.99 se acogió similar pretensión a la de los actores para el CAMP de..., la S. de 10.12.1998 acogió la demanda del Comité oponiéndose precisamente a que por la demandada se fijaran unilateralmente en las carteleras los disfrutes del tiempo compensatorio de descanso por el trabajo realizado en Domingos y festivos y ello con fundamento en que tal tiempo debe ser fijado de mutuo acuerdo entre empresa y trabajador o mediante la correspondiente negociación de conformidad con el art. 18,2 del Convenio único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

TERCERO.- Establecido así el debate no cabe duda que no es admisible la postura de la Xunta de Galicia de compensar el incremento de descanso semanal del 75% pactado mediante una reducción de la Jornada diaria en media hora, y ello por cuanto la finalidad del descanso no es otra que otorgar un tiempo libre al trabajador dirigido no sólo a recuperar física y psíquicamente su capacidad de trabajo, sino que además tiene otras finalidades complementarias cuales son la integración familiar, la posibilidad del asueto etc. consecuentemente la decisión compensatoria no se comparte, por ello, y sin perjuicio de que la demandada exija el cumplimiento de la jornada laboral convencionalmente pactada, dicho complemento de descanso ha de ser otorgado a los productores para su disfrute íntegro sin que quepa su compensación con reducción de jornada, por lo que en tal extremo la resolución debe ser confirmada.

Otra suerte debe correr la pretensión de que se establezca en las carteleras o calendario laboral, de forma predeterminada la fecha de disfrute de dicho descanso complementario y ello por cuanto: a) no es de fácil asunción la pretensión de obtener en vía judicial lo que no se ha podido obtener mediante la negociación, máxime cuando la elaboración del calendario laboral es competencia del empleador (ART. 34.6 LET) en el regular ejercicio de sus facultades de dirección (art. 20 LET) y no se ha acreditado que la negociación

haya sido efectuada de mala fe por parte del empleador; b) por lo ineficaz de tal pretensión ya que una vez establecida la cartelera bastará con que un trabajador sea baja en la empresa, inicie proceso de incapacidad temporal, solicite permiso etc. para que dicha cartelera quede sin contenido, salvo que se pretendiera mantener a ultranza su aplicación con el consiguiente riesgo de desatención del servicio o la imposición al demandado de ampliar la plantilla hasta extremos insospechados para poder atender dichas contingencias; c) por cuanto el propio convenio en el art. 20.2 en su parráfo segundo establece “Este descanso adicional será pactado de mutuo acuerdo entre ámbalas dúas partes”, precepto que ha de ser entendido en el sentido de que el disfrute de dicho descanso se pactará entre trabajador y empleador, salvo que se hubiera logrado un pacto en aplicación del art. 18.b) de dicho convenio, para la fijación íntegra de horario y jornada, pacto que no se ha alcanzado, consecuentemente no procede fijar en el calendario anual el disfrute del descanso compensatorio por lo que al no haberlo entendido así el Juzgador de instancia debe estimarse el recurso en este aspecto, entendiendo infringido el precepto convencional citado art. 18, revocando en tal aspecto la resolución recurrida. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso planteado por la XUNTA DE GALICIA contra la sentencia dictada el 27.05.99 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo en autos nº 313/99 sobre conflicto colectivo, seguidos a instancias del DELEGADO DE LA SECCIÓN SINDICAL DE UGT en el Comité Provincial de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, y con revocación parcial de dicha resolución se acuerda que la demandada no tiene obligación de incluir en la cartelera del corriente año los días de descanso complementario (75%) por trabajos desarrollados en domingos y festivos, manteniéndose en el resto la resolución recurrida.

2757 RECURSO N° 3.755/99

S. S.

PROCEDENCIA DA MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DO HORARIO DECRETADO POLA EMPRESA Ó EXISTIREN RAZÓNS XUSTIFICADORAS DA DECISIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

La Coruña, a veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.755/99 interpuesto por don A.F.P., don G.B.R., don I.C.R., don J.M.L.G. y don R.N.I. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.F.P., don G.B.R., don I.C.R., don J.M.L.G. y don R.N.I. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado “C.E.S.P.A., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 197/99 sentencia con fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Que la empresa demandada “C.E.S.P.A., S.A.” dedicada en... a la actividad de reposición y conservación de zonas verdes, tiene una plantilla de 105 trabajadores./ 2º.- Que desde el 01.01.1999, la empresa “C.E.S.P.A., S.A.”, comenzó a prestar servicios de conservación de zonas verdes del Concello de Vigo, según contrato adjudicado por el Concello de Vigo, actividad que hasta entonces venía desarrollando la empresa “S.U.G., S.A.” / 3º.- Que en diciembre de 1998, la empresa “S.U.G., S.A.” y el Comité de Empresa firmaron un calendario laboral para el año 1999, con el siguiente horario: de lunes a viernes 3 turnos: 1- de 7 a 14,50 horas; 2- de 14 a 21,50 horas y 3- de 22 a 5,50 horas, con descanso para el bocadillo de 20 minutos./ 4º.- Que en el mes de enero de 1999, la empresa “C.E.S.P.A., S.A.” y el Comité de Empresa, hoy demandante iniciaron negociaciones para el cambio de horario en la empresa, celebrando reuniones en febrero de 1999 con el objeto de la iniciación del período de consultas, por cambio de jornada y horario laboral y contestando el Comité a la empresa que acuerda desestimar en su totalidad la propuesta de la empresa./ 5º.- Que el día 10 de marzo de 1999, después de los trámites pertinentes de consultas, la empresa comunicó a todos los trabajadores que al haber transcurrido el plazo establecido en el

art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a las consultas previas iniciadas el día 22 de febrero de 1999, sin haber obtenido un resultado positivo sobre el nuevo horario de trabajo y jornada laboral, les comunica que a partir del próximo día 10 de abril, el horario y la jornada laboral serán los siguientes: Horario de 15 de octubre a 15 de abril de lunes a viernes de 7,45 a 15,05 horas; de 15 de abril a 15 de octubre de 7 a 14,20 horas./ Los sábados el 50% de la plantilla, de forma alternativa, esto es, la mitad un sábado y la otra mitad el siguiente y así sucesivamente, con el siguiente horario: - De 15 de octubre a 15 de abril de 7,45 h a 12,45 h- De 15 de abril a 15 de octubre de 7,00 h a 12,00 h./ El tiempo de descanso para bocadillo de lunes a viernes será de 20 minutos de 10,40 a 11,00 horas./ Se respetará en cualquier caso la jornada máxima laboral fijada en el Convenio y la que venía haciéndose hasta el 31 de diciembre de 1998./ Los días 12 de octubre y 7 de diciembre librarán el 50% de la plantilla para cumplir lo dispuesto en el punto cuatro anterior./ En cuanto a la relación de trabajadores que tienen que efectuar la nueva jornada y horario, se les comunicará por los medios habituales con la debida antelación./ 6º.- Que en el Servicio de Conservación de Zonas Verdes adjudicado por contrato por el Concello de Vigo a la empresa “C.E.S.P.A., S.A.”, existen labores de riego y labores de limpieza. Y ha resultado acreditado en autos que en las labores de riego, las condiciones climáticas de la Ciudad de Vigo determinan que durante los meses de verano de junio a septiembre, la disminución de las precipitaciones y el aumento de las temperaturas provoquen un déficit hídrico que obliga a aumentar la frecuencia del riego para satisfacer las necesidades de la vegetación./ por ello, en los meses de verano, la frecuencia de los riegos deberá ser diaria, y nunca sobrepasar el intervalo de 2 días entre riegos, pues de lo contrario se ocasionarían pérdidas irreversibles del material vegetal implantado y la inviabilidad de las nuevas plantaciones; y en cuanto a la limpieza debe ser diaria e intensa los fines de semana, para cumplir los criterios de estética, salud pública y satisfacción de los usuarios./ 7º.- Que asimismo ha resultado acreditado en autos, que la hora de comienzo de trabajos en un parque público tiene que adaptarse a la luz natural, razón que justificaría el establecimiento de un horario de invierno y un horario de verano./ 8º.- Que el pliego de condiciones para la contratación por concurso público de los servicios de conservación y reposición de zonas verdes del Concello de Vigo, solamente contempla y valora la contratación de personal extra de sábados, domingos y festivos para una zona específica, como es..., por la existencia de piscinas públicas, y para el resto de las zonas verdes, el horario de la jornada semanal laboral, debe adaptarse a las

necesidades de las dos labores básicas (limpieza y riegos) con el fin de prestar al ciudadano de Vigo un servicio eficiente y óptimo./ 9º.- Que la contratación de personal extra para prestar servicios, los sábados, no se podrá realizar con personal de la plantilla estable mediante el pago de horas extras, por dos motivos, por cuanto que se superaría el cómputo máximo de horas extras admitido por el Convenio de Jardinería por individuo, supondría la realización de horas extras de forma mayoritaria y se haría necesaria, la contratación de personal específico, para la realización de trabajos los sábados de no realizarse por turnos con la plantilla habitual, lo cual supondría que a dicho personal tendría que dársele una formación adecuada, que requiere bastante tiempo y dedicación, supondría también incumplimiento de la oferta de la empresa aprobada y valorada por el Concello de Vigo en la adjudicación de la misma, y la rotura del equilibrio económico de la concesión, según la oferta realizada por “C.E.S.P.A., S.A.”./ 10º.- Se intentó Conciliación ante el SMAC instada y celebrada los días 18 de marzo y 5 de abril de 1999 con el resultado de Sin Avenencia./ 11º.- Que con fecha de 08.04.1999 por el Presidente, Secretario y demás miembros del Comité de Empresa, presentaron ante esta Jurisdicción Social, demanda de Conflicto Colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo contra la empresa “C.E.S.P.A., S.A.”, solicitando que se deje sin efecto el calendario laboral anunciado el 10.03.1999 y se continúe con el calendario firmado por el Comité de Empresa y la Patronal en Diciembre de 1998./ 12º.- Que el presente Conflicto Colectivo afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa./ 13º.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del Procedimiento”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por A.F.P., G.B.R., I.C.R., J.M.L.G. y R.N.I. contra “C.E.S.P.A., S.A.”, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones contenidas en demanda”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda de Conflicto Colectivo por modificación sustancial de condiciones de trabajo contra la empresa “C.E.S.P.A., S.A.”, en

la que se solicitaba se dejara sin efecto el calendario laboral anunciado el 10.03.99 y se continuara con el calendario firmado por el Comité de Empresa y la Patronal “S.U.G., S.A.” en diciembre de 1998, se interpone recurso de suplicación por los promoventes del conflicto, pretendiendo, como primer motivo de recurso, la revisión de los hechos declarados probados a fin de que se adicione al ordinal 6º y 9º, textos del tenor literal siguiente: “El informe o estudio climático y necesidades de riego de parques y jardines de Vigo realizado por la empresa “C.E.S.P.A., S.A.” tiene fecha de 23 de abril de 1999. Y el informe pericial sobre las mismas causas de 18 de abril de 1999”, “La justificación de “C.E.S.P.A., S.A.” para el establecimiento de horario de trabajo para el establecimiento de horarios de trabajo en la conservación de zonas verdes públicas de la ciudad de Vigo tiene fecha de 20 de abril de 1999”. Adición que si bien merece favorable acogida, al estar acreditada por los informes obrantes a los folios 86 a 89 y 100 a 105 y 79 a 83 de los autos, es irrelevante a los efectos de la resolución de la presente litis, de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho.

SEGUNDO.- Como segundo motivo, con adecuado amparo procesal -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- se denuncia infracción del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, alegando fundamentalmente, que aunque se estimase la necesidad de que la frecuencia de los riegos no puede sobrepasar nunca el intervalo de dos días en los meses de verano, y que es el fundamento del fallo, esa circunstancia nos llevaría a que estaría justificada la modificación durante los meses de verano pero no a lo largo del resto del año, aduciendo que no es necesario probar que en Galicia la frecuencia de lluvias es abundante y no existen períodos de sequía prolongada excepto los meses de julio y agosto.

Como trámite previo, y aún cuando no se denuncia expresamente quebrantamiento de forma, ni se pide la nulidad de las actuaciones -lo que demuestra lo insostenible de su tesis-, se alega indefensión, manifestando ignorarse las razones para modificar la jornada. Alegación que no tiene el menor fundamento, por cuanto ha resultado acreditado y así consta en la fundamentación jurídica, (que aunque en lugar inadecuado, tiene valor de hecho probado), que desde que se iniciaron las negociaciones entre la empresa y el comité para la modificación del horario, la empresa indicó a aquél las razones que le llevaron a tal modificación, por lo que es obvio, que no existe indefensión de ningún tipo. Por otro lado, el propio presidente del comité, (como se recoge en la sentencia), admitió que sí

habían tratado sobre el tema del riego en la época del verano, de la luz solar, que hacía absurdo tener la hora de entrada a las 7:00 de la mañana en invierno, cuando es de noche y no se puede trabajar hasta que se hace de día, y las razones de limpieza, los fines de semana, especialmente en verano, cuando son más utilizados los jardines, zonas de playas y otros parques.

Entrando en el fondo del asunto, para una más acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta que, de conformidad con el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores: “La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las que afecten a las siguientes materias entre otras: a) jornada de trabajo y b) horario, estableciendo el párrafo segundo del citado precepto, que “se entenderá” que concurren las causas a que se refiere este artículo, cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa, a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. Es decir, para acordar las modificaciones de las condiciones de trabajo, no se precisa que la empresa se encuentre en una situación de crisis “o emergente” sino que bastará que la modificación contribuya a mejorar la situación de la empresa en el mercado para que la medida esté justificada, por lo que su adopción cabe aunque el balance económico de la empresa pueda ser positivo o no exista peligro alguno sobre su futura viabilidad, o como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23.01.98: “dicha facultad empresarial podrá ejercitarse cuando su adopción pueda contribuir, real y efectivamente, a mejorar la competitividad de la empresa, articulando el legislador esta facultad como un instrumento destinado a conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del mercado, permitiendo una mejor organización de sus recursos productivos, para dar respuesta a las exigencias necesarias para mantener o aumentar los niveles de competitividad”.

Del relato fáctico de hechos probados se desprende, que en el mes de enero de 1999 la empresa “C.E.S.P.A., S.A.” y el Comité de Empresa iniciaron negociaciones para el cambio de horario en la empresa, celebrando reuniones en febrero de 1999 con el objeto de la iniciación del período de consultas por cambio de jornada de horario laboral, habiéndose desestimado por el Comité la propuesta de la empresa. Con fecha

10.03.99, la empresa comunicó a todos los trabajadores que al haber transcurrido el plazo del art. 41.4 del ET, relativo a las consultas previas iniciadas el día 22.02.99, sin haber obtenido resultado positivo sobre el nuevo horario de trabajo y jornada laboral, les comunica que a partir del próximo 10 de abril, el horario y la jornada laboral serán los siguientes: "Horario de 15 de octubre a 15 de abril de lunes a viernes de 7,45 a 15,05 horas; de 15 de abril a 15 de octubre de 7 a 14,20 horas./ Los sábados el 50% de la plantilla, de forma alternativa, esto es, la mitad un sábado y la otra mitad el siguiente y así sucesivamente, con el siguiente horario: - De 15 de octubre a 15 de abril de 7,45 h a 12,45 h – De 15 de abril a 15 de octubre de 7,00 h a 12,00 h./ El tiempo de descanso para bocadillo de lunes a viernes será de 20 minutos de 10,40 a 11,00 horas./ Se respetará en cualquier caso la jornada máxima laboral fijada en el Convenio y la que venía haciéndose hasta el 31 de diciembre de 1998./ Los días 12 de octubre y 7 de diciembre librará el 50% de la plantilla para cumplir lo dispuesto en el punto cuatro anterior./ En cuanto a la relación de trabajadores que tienen que efectuar la nueva jornada y horario, se les comunicará por los medios habituales con la debida antelación.

Esto sentado, el tema debatido se centra en determinar si la modificación de jornada del horario establecido estaba justificada por razones organizativas, técnicas, económicas y de producción. Y en este sentido, ha quedado igualmente acreditado (ordinal 6º): "que en las labores de riego las condiciones climáticas de la ciudad de Vigo determinan que durante los meses de verano de junio-septiembre, la disminución de las precipitaciones y el aumento de las temperaturas provocan un déficit hídrico que obliga a aumentar la frecuencia del riego para satisfacer las necesidades de la vegetación, por lo que la frecuencia de los riegos en los meses de verano deberá ser diaria y nunca sobrepasar el intervalo de dos días entre riegos, pues, de lo contrario se ocasionarían pérdidas irreversibles del material vegetal implantado y la inviabilidad de las nuevas plantaciones; y en cuanto a la limpieza debe ser diaria e intensa los fines de semana, para cumplir los criterios de estética, salud pública y satisfacción de los usuarios y que así mismo la hora de comienzo de los trabajos en el parque público debe adaptarse a la luz natural, razón que justificaría el establecimiento de un horario de invierno y un horario de verano; y que así mismo el pliego de condiciones para la contratación por concurso público de los servicios de conservación y reposición de zonas verdes del Concello de Vigo, solamente contempla y valora la contratación de personal extra los sábados, domingos y festivos para una zona específica, como es..., por la existencia de piscinas públicas

y para el resto de las zonas verdes, el horario de la jornada semanal laboral debe adaptarse a las necesidades de las dos labores básicas (limpieza y riegos) con el fin de prestar al ciudadano de Vigo un servicio eficiente y óptimo. Por otro lado no se puede desconocer que la contratación de personal extra para prestar servicio los sábados, no se puede realizar con personal de plantilla estable, mediante el pago de horas extras, y ello fundamentalmente por dos razones, por un lado porque se superaría el cómputo máximo de horas extras admitido por el Convenio de jardinería, y por otro lado la contratación de personal propio específico para realizar trabajo los sábados, supondría tener que darle formación específica, todo lo que justifica que se imponga un turno rotativo y se realice los sábados con la plantilla fija de la empresa y justifica y hace razonable la modificación del horario establecido, fijando un horario de verano y otro de invierno, ya que ello repercute en un mejor servicio y explotación de la empresa. Por lo expuesto, siendo ajustada a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por don A.F.P., don G.B.R., don I.C.R., don J.M.L.G. y don R.N.I., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Vigo, de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y nueve, dictada en autos núm. 197/99 seguidos a instancia de los demandantes contra la "C.E.S.P.A., S.A." sobre CONFLICTO COLECTIVO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

**2758 RECURSO Nº
03/0007846/1996**

S. CA.

OCUPACIÓN DE TRABALLADOR TITULAR DE PRESTACIONES POR DESEMPREGO SEN TELO DADO DE ALTA CON CARÁCTER PREVIO NA SEGURIDADE SOCIAL.

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

En la Ciudad de A Coruña, veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007846/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "F., S.L.", con D.N.I... domiciliado en... (Santiago), representado y dirigido por el Letrado don J.B.G.C., contra Resolución de 22.02.96 desestimatoria de r. ordinario interpuesto contra otra de 30.08.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña confirmando Acta de Infracción nº 1.047/95; Expediente 19.964/95. Es parte la Administración demandada DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- En el acta de infracción, ratificada por las resoluciones que son objeto del presente recurso, se imputó a la empresa recurrente la infracción tipificada en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, en razón de haber dado ocupación a un trabajador titular de las prestaciones por desempleo, sin haberle dado de alta con carácter previo en la Seguridad Social.

Pasamos a extractar la postura impugnatoria de la recurrente, referida a la inexistencia de la

infracción imputada, pues al admitir al trabajador ignoraba que fuese perceptor de las prestaciones por desempleo, por lo que no podía hablarse de "connivencia con el trabajador"; en consecuencia, la única conducta antijurídica que le sería imputable era la de no haber cursado el alta del trabajador con anterioridad al inicio de la prestación laboral, esto es, la infracción tipificada en el art. 14.1.2 de la Ley 8/88.

II.- A la fecha de comisión de la infracción imputada, ésta quedara afectada por la reforma operada por la Ley 22/93, de 29-XII, que dio nueva redacción a las dos modalidades de infracción tipificadas en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, describiéndose la submodalidad comisiva de que aquí se trata como: "dar ocupación a trabajadores titulares o solicitantes de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral". La descripción del tipo ha de complementarse con las prescripciones contenidas en la O.M. de 17 de enero de 1994, sobre presentación de solicitudes de afiliación y altas de los trabajadores en la Seguridad Social, que vino a derogar el art. 17.2 de la O.M. de 28 de diciembre de 1966, que otorgaba al empresario el plazo de cinco días para proceder a dar de alta en la Seguridad Social al trabajador que iniciara la relación laboral, y en cuyo art. 1º se establece que "las solicitudes de afiliación de trabajadores a la Seguridad Social y de altas, iniciales o sucesivas, de los mismos en el Régimen de Seguridad Social que corresponda deberán formularse por los sujetos obligados, ante las Direcciones Provinciales de la Tesorería general de la Seguridad Social o Administraciones de la misma, con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del trabajador, mediante la presentación en las citadas Dependencias de los documentos establecidos al efecto o su remisión, a través de correo o fax, acompañados de fotocopia del documento nacional de identidad del trabajador o, en caso de ser extranjero, del documento identificativo del mismo... En los casos excepcionales en que no hubiera podido preverse con antelación suficiente la iniciación de la prestación de servicios, si el día o días anteriores a la misma fueran inhábiles, o si la prestación de servicios se iniciare en horas asimismo inhábiles, las solicitudes de afiliación y/o de alta de los trabajadores podrán comunicarse mediante la remisión a las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de la misma, y a través de fax o por cualquier otro medio informático, electrónico o telemático".

Por otra parte, ha de significarse, en cuanto al elemento subjetivo del tipo infraccional, que el dolo del autor debe abarcar o comprender el

conocimiento de la condición de perceptor de prestaciones por desempleo del trabajador, elemento que lo diferencia del tipificado en el art. 14.1.2, sin que el tipo de referencia exija, como alude la recurrente, aquel otro elemento subjetivo de la “connivencia del empresario con los trabajadores”, pues tal elemento es exigible en la otra submodalidad comisiva, que se describe como “la connivencia con los trabajadores para la obtención indebida por parte de éstos de las prestaciones por desempleo”.

Por último, señalar que no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo exculpatorio. Valga como cita dos sentencias del Tribunal Constitucional 62/94, de 28-II y 133/95, de 25-IX, entre otras.

III.- En el presente caso, concurren una serie de indicios que se recogen en el acta de infracción (reconocimiento por parte del trabajador y de la empresa de que el inicio de la actividad laboral se produjera el día anterior a la fecha de visita de la Inspección; la no inscripción del trabajador en el Libro de Matrícula de Personal; el trabajador facilitó inicialmente una filiación simulada, sin que el representante de la empresa, pese a conocer al trabajador, hubiera intentado su rectificación ante la persistencia del Controlador Laboral por procurar la verdadera filiación; el contrato de trabajo aparece firmado con fecha posterior en dos días al de la visita; la empresa recurrente no procediera a darle de alta en la Seguridad Social con anterioridad al inicio de la relación laboral), los cuales, por su variedad y carácter probado, permiten deducir que la empresa conocía la condición de perceptor de prestaciones por desempleo del trabajador, y que la omisión o incumplimiento de tales deberes previos no tenían otra finalidad que la de ocultar la situación laboral del trabajador, propiciando la compatibilidad de aquel percibo con la actividad laboral, circunstancia que se trató de corregir o enmendar una vez producida la visita de la Inspección de Trabajo.

Por otra parte, dichos indicios no resultaron enervados por contraprueba de la recurrente, no pudiendo reconocérsele tal carácter a una declaración jurada del trabajador aportada a la vía

administrativa, en la que se hace referencia a que fuera el propio trabajador quien confundiera a la empresa sobre la fecha real de cese en el percibo de las prestaciones por desempleo, pues tal soporte documental, con no revestir autenticidad, tampoco puede considerarse como prueba testifical pues no se rindió con las garantías procesales propias de tal clase de prueba.

En consecuencia, quedando acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo imputado, procede la desestimación del recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “F., S.L.” contra Resolución de 22.02.96 desestimatoria de r. ordinario interpuesto contra otra de 30.08.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña confirmando Acta de Infracción nº 1.047/95; Expediente 19.964/95 dictado por DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO. Sin imposición de costas.

**2759 RECURSO N°
03/0007905/1996**

S. CA.

OCUPACIÓN DE TRABALLADOR TITULAR DE SUBSIDIO POR DESEMPEÑO SEN TELO DADO DE ALTA CON CARÁCTER PREVIO NA SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007905/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.J.M., con D.N.I... domiciliado en... (Vigo),

representado por doña M.A.O.L. y dirigido por el Letrado don J.R.V., contra Resolución de 31.01.96 desestimar(sic) recurso ordinario interpuesto contra otra de 23.03.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra confirmando acta de Infracción nº 220/95; Expediente nº 15.395/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 500.100 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de lo autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna resolución de la Autoridad Laboral por la que se impone la sanción de 500.100 ptas. a la recurrente titular de una Academia de Idiomas por dar ocupación a una trabajadora de limpieza sin haber sido dada de alta en tiempo y forma en el Régimen General de la Seguridad Social estando percibiendo subsidio de desempleo vulnerando lo dispuesto en los arts. 29.3.2 de la LISOS y 221 del R.D. 1/94 de 20 de junio. De los hechos descritos en el expediente administrativo y de lo actuado se desprende: 1º.- Que dicha trabajadora había prestado con anterioridad relaciones laborales mediante un contrato a tiempo parcial suscrito al amparo del R.D. 1.991/84, desde el 15 de octubre de 1993 hasta el 21 de junio de 1994, por 1,30 horas al día de lunes a viernes, durante la vigencia de dicho contrato a tiempo parcial desempeñaba o ejercía profesionalmente labores de limpieza en dicho Centro de trabajo. 2º.- Por resolución del 11.05.94

se le reconoció por el INEM subsidio de desempleo de 01.05.94 al 30.04.96. Con anterioridad y por resolución del INEM de 22 de diciembre de 1993 se le concedió prestación por desempleo al 100% del 1 de octubre de 1993 hasta el 31 de marzo de 1994. 3º.- Acto seguido y por resolución de fecha 15 de octubre de 1994 por el INEM se le reconoce subsidio de desempleo en cuantía del 81,25% dada la naturaleza y calificación del contrato laboral por el período del 1 de mayo de 1994 al 21 de junio de 1994. 4º.- Posteriormente se gira visita por la actuación inspectora el 25 de octubre de 1994 sorprendiendo a la trabajadora que prestaba servicios desde primeros de octubre sin darle de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. La recurrente entiende que se trataba de una compensación o acuerdo tácito con la trabajadora por no haber trabajado durante seis días del mes de junio de 1994 lo que le hace merecedor a la vista de la documentación aportada de la sanción que ahora se recurre por dar ocupación a una trabajadora sin darle de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. 5º.- Cuestión que zanja la recurrente dándole de alta el 27 de octubre del mismo año. La trabajadora figura de baja en las prestaciones por desempleo desde el 01.03.95.

II.- Dada la farragosa y falta de claridad de las argumentaciones de la demanda junto con la dispersión legislativa en materia de contratación a tiempo parcial o por obra determinada, hemos de tener en cuenta que ha de calificar como falta muy grave tal y como se recoge en la contestación a la resolución recurrida, cuanto tales hechos tienen su encaje en el art. 29.3.2 de la LISOS por no comunicar el alta al Régimen General de la Seguridad Social, por ello si se trata de un contrato a tiempo parcial es evidente que la recurrente no puede compatibilizar el contrato temporal con el percibo de la prestación por el subsidio por desempleo otorgado el 19.05.94 por el INEM del 01.05.94 a 30.04.96, y por consecuencia es perfectamente aplicable lo dispuesto en el art. 15.2 del R.D. de 2 de abril de 1985 sobre desempleo reproducido por el art. 221 del R.D.L. 1/94 T.R. de la Seguridad Social, siempre y cuando se haga la rebaja proporcional del salario percibido, sin cumplir las comunicaciones de alta y baja formales.

Por todo ello e iniciando relaciones laborales en la empresa sin haberse comunicado la baja y alta por la trabajadora y la empresa, el 21 de octubre de 1994 hasta el 27 del mismo mes y año es evidente que se ha incumplido con la obligación legal, sin perjuicio de la posible compensación de jornales que se adeudaban entre las partes tanto en cuanto la trabajadora tiene que comunicar la baja a la Entidad Gestora como por el empresario

de darle de alta en el Régimen General de la S. Social.

III.- A la vista de las alegaciones impugnatorias vertidas por la parte recurrente, se hace preciso hacer una serie de reflexiones o consideraciones, que no son más que fiel reflejo de una doctrina jurisprudencial muy consolidada del propio Tribunal Supremo, sin olvidar la línea jurisprudencial que, en esta materia, viene sosteniendo esta misma Sala. Conforme al art. 52.2 de la Ley 8/88, las actas levantadas por la Inspección de Trabajo gozan de la presunción de acierto y veracidad, respecto de los hechos o circunstancias comprobados con ocasión de la visita inspectora y reflejados en el acta, bien porque su realidad objetiva fuera susceptible de percepción directa por el Inspector en el momento de la visita, o bien, porque hayan sido comprobados por dicho funcionario, por documentos o testimonios entonces recogidos, o actuados y plasmados en el correspondiente expediente, si éste fuera la forma de actuación, operándose, en tal caso, una inversión de la carga probatoria para el imputado, que se verá precisado, entonces, a destruir dicha presunción de carácter iuris tantum. Ahora bien para que opere dicha presunción, será preciso que el acta se formule y redacte con todos los requisitos que prevé aquel precepto, y otros que disciplinan la actividad sancionadora, o en su caso, la liquidatoria de cuotas, entre los que se encuentra, la necesaria descripción de los elementos fácticos que procuren una mínima identificación de los hechos relevantes a efectos de tipificación de la infracción imputada y de los que permitan la graduación de la sanción, sin que pueda quedar al margen de esa descripción, la consignación de los medios de comprobación manejados o utilizados por la Inspección, exigencias derivadas de la propia naturaleza de las actas de infracción, cuya función no puede reducirse a la de meras actas de acusación formal, pues con cumplirla, a ella se le añade, la de constituir soporte fáctico y probatorio sobre el que va a incidir la actividad sancionadora de la Administración si aquel doble contenido lo propicia. Por ello mismo, aquella presunción no alcanza a las meras suposiciones, conjeturas, juicios de valor o calificaciones que pueda hacer aquel funcionario en sede de la propia acta de infracción. Decir, por último, que dicha presunción no se desvanece o enerva por la circunstancia de que sean los Controladores de Empleo, los que como colaboradores de la Inspección, realicen la actividad de comprobación, por cuanto es a dichos funcionarios a los que corresponde comprobar y controlar cerca de las empresas y los trabajadores que el disfrute de las prestaciones por desempleo no se computabiliza con el trabajo por cuenta ajena o propia, poniendo en conocimiento de la

Inspección los hechos que puedan ser constitutivos de infracción, y a ésta, la proposición de sanciones si corresponde (R.D. 1.638/81, de 19 de junio) (Sentes. T.S. 25 de noviembre de 1988, 6 de noviembre de 1989 y 8 de marzo de 1990, entre otras).

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.J.M. contra Resolución de 31.01.96 desestimar(sic) recurso ordinario interpuesto contra otra de 23.03.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra confirmando acta de Infracción nº 220/95; Expediente nº 15.395/95 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2760 RECURSO N°
03/0007908/1996**

S. CA.

COMPATIBILIZAR O PERCIBO DE PRESTACIÓN CO TRABALLO POR CONTA PROPIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007908/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.M.S., con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don J.M.F.G.D., contra Resolución de 20.03.95 desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra otra de 21.08.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña confirmando acta de Infracción nº 51/95; Expediente 18.906/1995. Es parte la Administración demandada DIRECCIÓN GENERAL DE

EMPLEO, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna la resolución de la Autoridad Laboral por la que estima que el recurrente ha incurrido en infracción muy grave al vulnerar el art. 30.31 de la LISOS por compatibilizar la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia, al conducir un camión de su propiedad durante ciertas horas alternando con un conductor de la Empresa, el día 29 de marzo de 1993 cuando en esa fecha percibía las prestaciones por desempleo concedidas por el INEM del 1 de octubre de 1992 al 9 de septiembre de 1993, la parte recurrente estima insuficiente la probanza de tal hecho en cuanto la actuación inspectora independientemente del tiempo o lapso entre el levantamiento del Acta de infracción 29.05.95 y los hechos denunciados año 1993, constata que la apreciación de un día para conceptuar o estimar que dichos actos para definirlos de una manera continuada y habitual no es correcto habida cuenta que el recurrente hizo uso de la conducción del camión debido a ciertas circunstancias, como el estado de indisposición del conductor el día en que fue denunciado.

II.- Evidentemente de lo actuado se desprende que es verdad que se incoa el acta con cierta dilación pero ello fue debido a un error material al no especificar el precepto infringido por ello se ordenó ininterrumpidamente la reanudación y

levantamiento de una nueva acta por orden de la inspección; por otra parte, de las pruebas aportadas en que se hace constar que reiteradamente se le exigió al recurrente a fin de recabar las pruebas directas de los hechos denunciados como la visita de la actuación inspectora el 6 de mayo de 1994 a la Empresa, en que se comprobó y fue reconocido por el recurrente que era cierto e insoslayable que ese día 29 de marzo de 1993 había conducido el camión durante cierto tiempo al estar indisposto un empleado de la empresa cuando realizaba un viaje a V..., además de dirigir un fax a tráfico para examinar los discos del tacógrafo a fin de autenticar los hechos, y citación en el domicilio del recurrente a los efectos de ratificar los extremos de la denuncia lo que equivale a una actividad infructuosa que no se puede negar la validez y certeza de los hechos denunciados frente a la subjetividad del recurrente que no desvirtuó la veracidad y objetividad del acta de la inspección por cuanto pudo y debió avisar a otro operario de su Empresa para realizar dicho trabajo.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por A.M.S. contra Resolución de 20.03.95 desestimatoria de recurso ordinario interpuesto contra otra de 21.08.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña confirmando acta de Infracción nº 51/95; Expediente 18.906/1995 dictado por DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO. Sin imposición de costas.

**2761 RECURSO N°
03/0007945/1996**

S. CA.

COTIZACIÓN DOS SUBAXENTES DE SEGUROS QUE COLABORAN CON CORREDORES E AXENTES DE SEGUROS TITULADOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/007945/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por V.R.B., con D.N.I... domiciliado en c/... (Vigo), representado por don C.G.G. y dirigido por el Letrado doña C.T.A., contra Resolución de 21.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de liquidación nº 707/94; Expte. nº 11.577/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 465.470 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad o no al ordenamiento jurídico de la resolución recurrida, dictada con fecha 21 de febrero de 1996 por la Dirección General de Servicios, Subdirección General de Recursos, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, desestimatoria de recurso de alzada interpuesto el 21 de febrero de 1995 contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad

Social y Asuntos Sociales de Pontevedra de fecha 31 de enero de 1995.

La citada resolución trae su origen del acta de liquidación número 707/94 en la que, tras visitar el centro de trabajo, "A.S.A." c/... Oficina 23 de Vigo y comprobar el Controlador Laboral que faltaba el Alta en el Régimen de Autónomos y la consiguiente cotización a dicho Régimen, el trabajador V.B., D.N.I... que ejerce como subagente, constató que efectivamente existió ese ejercicio habitual, personal y directo de la actividad mediadora de seguros, por cuanto que su padre don V.R.D. -única persona que se encontraba en el establecimiento abierto y que recibió al funcionario actuante- alegó que el negocio lo desempeñaba también su hijo ausente en aquel momento, acreditando ciertamente tal extremo, mediante exhibición y aportación de documentos denominados "Contratos de Gestión Mercantil de Colaboración en la Mediación de Seguros", extendido por la citada Agencia en la fecha en él expresada y ampliada al 10 de noviembre de 1993, contrato del que se acompaña copia simple.

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

II.- Sin duda de las propias alegaciones del recurrente resulta confirmado el contenido del acta que prácticamente se transcribe, si bien dicho recurrente discrepa de las consecuencias jurídicas que al mismo se anudan, cual es la liquidación por el importe en el período al que se contrae, toda vez que la verdadera cuestión de fondo es la existencia o inexistencia de la obligación legal de cotizar en el RETA por parte del hoy recurrente, dado que los subagentes no tienen esa obligación legal de estar dados de alta en dicho régimen y menos de cotizar, pues que a tenor del art. 7.3 de la Ley 9/92 en virtud del contrato precitado con "A.", sólo ha adquirido el compromiso de colaborar en la promoción y mediación de seguros, y esta tarea de subagentes de seguros no colegiados no se incluye en el ámbito de aplicación de tal Régimen.

La cuestión, por tanto, concreta y particular que se plantea en este proceso, consiste en la determinación de si es conforme a Derecho que se obligue a don V.R.B. a afiliarse al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social por el período en que ha desarrollado la actividad de subagente, la cual ha de resolverse teniendo en cuenta la doctrina general desarrollada sobre el tema en la S. 21 de diciembre de 1987 y corroborada en la 2 de diciembre de 1998 del TS, en la que se indica que

la actividad de “subagente de seguros” es de libre ejercicio y no tiene que suponer necesariamente relación laboral con el agente de seguros con el que colabora en la tarea de captación de pólizas o contratos de seguros.

III.- La L. 117/1969 de 30 de diciembre, de la producción de seguros privados en su art. 12.1 establece que “los agentes de seguros bajo su responsabilidad podrán utilizar los servicios de los subagentes que con ellos colaboren en la producción de seguros sin que por ello adquieran la condición de agentes”, añadiendo seguidamente que “no podrán ser nombrados subagentes quienes están en causa que, en su caso, les inhabilitaría para ejercer la profesión de agentes”, distinguiéndose dos clases de éstos en el art. 10 de la misma, agentes afectos o libres, según se hallen vinculados a una entidad aseguradora por medio de contrato o sin él, sirviendo como mediadores entre la entidad y clientes. En los mismos términos, y en julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley anteriormente citada. Por su parte el núm. 1 dispos. adic. 3^a L 33 /1984 de 2 de agosto, sobre ordenación de los seguros privados dispone que la L 117/1969 de 30 de diciembre, a la que hemos hecho referencia se modifica en los términos que se indican: “i) Los corredores y los agentes de seguros titulados, bajo su responsabilidad podrán utilizar los servicios de subagentes que colaboren con ellos en la promoción y mediación de seguros sin tener la condición de agente o corredor, pero con idénticas incompatibilidades”.

Por medio de estas disposiciones el subagente de seguros se constituye en un “tertium genus” entre los profesionales -Agentes de Seguros- y otros trabajadores con relación laboral de dependencia de la fase productiva. Es decir, son personas que sin ser obviamente agentes de seguros, desempeñan actividades similares de colaboración con ellos, captando clientes en el mercado en orden a la promoción y mediación de contratos de seguros, en virtud de pactos de naturaleza mercantil que libremente convengan con el agente de seguros con el que colaboran, sin que generalmente exista una dependencia funcional exclusiva y excluyente, ni sujeción a horario, jornada, descansos, etc., lo que debe de conducir a su exclusión conceptual como trabajadores por cuenta ajena.

Se señalaba, asimismo, en la mencionada sentencia, que el subagente de seguros tampoco tiene encaje en el campo específico del Régimen especial de trabajadores autónomos, por cuanto el D. 806/73 de 12 de abril, que incorporó a dicho Régimen a los productores de seguros, limitó la

incorporación a los agentes que figuren como tal integrados en el colegio nacional (art. 1.1), pero sin cita ni referencia alguna a los subagentes.

Conforme a estos antecedentes, la sentencia concluía en la necesidad de acudir al concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo contenido en el art. 2. D 2.530/70, de 20 de agosto, que lo define como “aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo...”, fijándose especialmente en la nota de la habitualidad, entendida no como mera periodicidad, sino en el sentido de que el trabajo personal y directo debe ser cotidianamente la principal actividad productiva que desempeñe el trabajador.

Atendiendo a esta nota definidora, observamos que en ningún momento se ha hecho mención de la misma en el expediente ni la actuación inspectora la tuvo, desde luego, en cuenta, lo que impide conocer si efectivamente en don V. Concurría la circunstancia precisa para poder admitir que consideración a tal doctrina, que deviene aplicable en los presentes autos, deba estimarse el recurso formulado contra la resolución impugnada, por ampararse su pretensión igualmente en el art. 7.3 de la Ley 7/92, que no es más que reproducción de lo ya dispuesto en el art. 12.1 de la Ley 117/1969, de 30 de diciembre.

IV.- En el presente caso no son de apreciar, sin embargo, motivos determinantes de expresa condena en costas al no concurrir las circunstancias que, conforme al art. 131 de la Ley Jurisdiccional, harían preceptiva su imposición.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por V.R.B. contra Resolución de 21.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de liquidación nº 707/94; Expte. nº 11.577/95 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia declarar la nulidad de la liquidación impugnada, por no ser conforme a Derecho. Sin imposición de costas.

2762 RECURSO N° 3.444/96

S. S.

PROCEDENCIA DA IMPOSICIÓN DO RECARGO DE PRESTACIÓNÓS Ó NON ROMPERSE O NEXO CAUSAL ENTRE A INFRACCIÓN EMPRESARIAL E O DANO OCORRIDO Ó TRABALLADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Emilio Fernández de Mata

A Coruña, a veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.444/96 interpuesto por el Letrado don D.V.C., en representación de don C.R.S. y la Letrada doña D.G.S., en representación de “M.F.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. cuatro de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 712/95 se presentó demanda por el Letrado don D.V.C., en nombre y representación de don C.R.S. en reclamación de prestaciones por falta de medidas de seguridad en accidentes de trabajo, siendo demandados J.F.I., “M.F.L.”, Mutua de Accidentes de Trabajo “A.”, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de febrero de 1996 por el Juzgado de referencia que desestimaba la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El demandante C.R.S., D.N.I..., figura afiliado al Régimen Especial del Mar de la Seguridad Social con el nº... por su profesión de marinero en el buque “B.A.” cuyo armador era G.L. a la fecha 10.05.93 y propiedad de la demandada “M.F.L.”, empresa Británica representada en España por el codemandado J.M.F.I., D.N.I... según poder que le fue otorgado el 17.02.87 en Inglaterra, quien contrató al actor el 19.02.93 con contrato de fomento de empleo

por una duración de doce meses hasta el 19.02.94, dicha empresa tiene en España el nº de SS... y el buque “B.A.” el nº..., buque que adquirió dicha codemandada el 05.04.83 de la empresa “P.L.”. Segundo.- Los demandados J.F.I., “M.F.L.” tenían asegurado el riesgo de accidentes de trabajo con la Mutua codemandada “A.”. Tercero.- El actor C.R.S. el día 10.05.93 hallándose prestando servicios a bordo del buque “B.A.”, en el Puerto de... – Escocia, sufrió un accidente consistente en que al estar descargando hielo del volquete de un camión para la bodega del buque se atascó dicho hielo por lo que varios marineros, entre ellos el actor cumpliendo órdenes de contramaestre S.M. subieron a dicho vehículo para picar el hielo ordenándose al camionero que elevase un tercio el volquete lo que hizo se desgajó un trozo de hielo hacia la puerta trasera del volquete y posteriormente el bloque mayor que rompió dicha puerta arrastrando a los marineros y al actor lanzándoles sobre la cubierta del buque, cogiendo al actor dentro de la bodega donde quedó cubierto por una capa de hielo hasta que fue rescatado y trasladado al hospital de “A.” y posteriormente al “C.H.K.” donde fue atendido médicaamente, siendo dado de alta el 04.02.94. Cuarto.- Como consecuencia de dicho accidente le quedaron al actor las secuelas de “traumatismo craneoencefálico cerrado que provocó estado de coma durante cinco días, y fractura de tibia izquierda en su tercio medio” por las que fue declarado el 21.10.94 por el INSS en I.P.A con derecho a prestación anual de 983.880 ptas. con cargo del INSS previa capitalización por “A.”, cuantía elevada por sentencia de este juzgado en autos 58/95 a la suma de 1.124.662 ptas. anuales dictada el 08.03.95. Quinto.- El actor el 01.03.95 solicitó del INSS se tramitase expediente de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad resolviendo dicho demandado denegar dicho recargo el 14.06.95 y formulada reclamación previa le fue desestimada por nueva resolución de 03.08.95. Sexto.- Se presenta demanda el 11.09.95.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que debo de desestimar y desestimo la demanda formulada por C.R.S. contra J.F.I., “M.F.L.”, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y Mutua “A.” a quienes absuelvo del contenido de dicha demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario y por la empresa “M.F.L.”, siendo igualmente impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados. Frente a este pronunciamiento se interpone recurso por la representación de la empresa “M.F.”, que peticiona, en el primer motivo de suplicación y al amparo de lo dispuesto en el artículo 189.1.c) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, que se admite a trámite del recurso formulado, por haberse rechazado la excepción de falta de legitimación pasiva por el Juzgador de Instancia y existir un claro temor de la empresa a que el argumento jurídico sea empleado en otros procedimientos, citando en su amparo la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1992.

Pues bien, como la propia parte recurrente admite en su recurso, sólo está legitimado para recurrir quien sufra gravamen con la sentencia, ya que los recursos procesales son remedios establecidos por el ordenamiento jurídico para que el litigante que se crea dañado por una resolución judicial pueda perseguir y obtener su reforma, es decir, que sólo tienen un interés legítimo para interponerlos, aquéllos que resulten o puedan resultar perjudicados, pero esta conclusión, basada entre otras en sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de octubre de 1997, admite excepciones, tal y como señala sentencia de la misma Sala, con cita de varias sentencias del Tribunal Supremo, de fecha 12 de noviembre de 1998. Por otro lado esta Sala en su sentencia de 18 de junio de 1998 se ha pronunciado sobre la admisibilidad del recurso cuando se ha rechazado una excepción que ha provocado una absolución en instancia, pues dicho rechazo justifica la existencia de un interés legítimo para impugnar la referida resolución, pues la empresa no ha sido absuelta totalmente de la demanda.

En el presente supuesto la parte se ampara en la excepción de falta de legitimación pasiva desestimada, con olvido de que doctrinalmente dentro del concepto de legitimación se comprenden las denominadas legitimación ad procesum y la legitimación ad causam. La primera de ellas es la capacidad de ser parte en el procedimiento, que caso de no concurrir conlleva una absolución en instancia, mientras que la segunda entraña una real capacidad para ser parte en el procedimiento y ser condenada o absuelta, es decir, caso de no concurrir conlleva una absolución plena en cuanto al fondo, absolución que se deriva del fallo de la sentencia recurrida, absolviendo plenamente a la recurrente de los pedimentos contenidos en la misma, lo que conlleva una real falta de interés legítimo directo

para recurrir, ya que el absuelto en cuanto al fondo no ostenta legitimación para ello.

Por ello procede inadmitir el recurso formulado por la representación de la empresa “M.F.L.”, sin entrar a conocer sobre el resto de los motivos contenidos en el mismo.

SEGUNDO.- Que recurre la parte actora contra el fallo absolutorio de la sentencia interesando en el único motivo de suplicación que se revoque la sentencia dictada por el Juzgado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 190.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, por entender que la sentencia ha infringido la legalidad por aplicación indebida del artículo 1.105 del Código Civil y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando en su amparo las sentencias de 31 de marzo de 1995 y la de 4 de julio de 1983 e inaplicación de los artículos 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores; el Convenio 155 de la O.I.T. de 22 de junio de 1981; la Directiva CEE 1982/501 de 20 de julio; el artículo 118 A del Tratado Constitutivo de la CEE; la Directiva Marco 1989/391 y los artículos 7.2, 102.2 y 5 de la Ordenanza General de la Seguridad e Higiene en el Trabajo aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971, en relación con el artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

TERCERO.- La infracción debe de admitirse pues, del inalterado relato fáctico de la sentencia se deduce que el actor y otros trabajadores debieron de subir al bolquete del camión para ayudar a fraccionar el hielo, siguiendo las instrucciones del contramaestre – representante en aquel momento de la empresa – quién, además dio orden al conductor del camión de elevar el bolquete a un tercio, medida en sí misma peligrosa, teniendo en cuenta las circunstancias de la descarga y el gran peso del hielo a descargar, habiendo declarado nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 06.05.1998 que “El artículo 93.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 – hoy artículo 123 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/94 de 20 de junio – establece el recargo de las prestaciones causadas por accidente “cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos, o en las 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”. El precepto establece, para la procedencia del recargo, la necesidad de que exista una relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido y es cierto que esta

conexión puede romperse según la doctrina de esta Sala cuando la infracción es imputable al propio interesado (sentencias de 20 de marzo de 1985 y 21 de abril de 1988)."

Por ello debe de observarse si existe la rotura del nexo causal, no apareciendo acreditado dicho extremo, ni que el siniestro se debiera a infracción imputable al trabajador, antes al contrario, el siniestro resulta imputable al incumplimiento de la empresa, pues si ésta hubiera cumplido las medidas de seguridad exigibles y reflejadas en los informes levantados por la Autoridad de Gran Bretaña competente en la materia, obrantes a los folios 97 a 107 y sus traducciones a los folios 119 a 127, tan sencillas como realizar la descarga en el muelle y arrojando a paladas el hielo a la bodega del barco, el daño no se hubiera producido y esta relación de imputación del resultado dañoso no se altera por la conducta del actor, porque: 1º) No consta que éste haya incumplido su deber de colaboración o información a la empresa. 2º) El eventual incumplimiento de esas obligaciones no tendría en cualquier caso entidad suficiente para alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada directamente a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo, adoptando las medidas que la legislación establece con esta finalidad (art. 19.1 del Estatuto de los Trabajadores). 3º) Aunque pudiera reconocerse al trabajador un posible derecho de resistencia para negarse a cumplir la prestación de trabajo en condiciones que suponen una amenaza para su seguridad, la falta de ejercicio de este derecho, que es lo único que aparece acreditado en el caso, no supone consentimiento en la producción de daño, ni culpa concurrente que pueda compensar la de la empresa.

En consecuencia procede revocar la sentencia y como quiera que la responsabilidad en materia de recargos de prestaciones en materia de falta de medidas de seguridad es responsable único el empresario y del inalterado relato de hechos fácticos contenido en la sentencia se deduce que el empresario real era la empresa "M.F.L.", ella debe de ser declarada responsable del pago del 50% del recargo interesado en demanda, sin que ninguna responsabilidad pueda imputarse al resto de los codemandados, incluido J.F.I., pues del mismo relato fáctico tan solo se extrae que ostentaba la consideración de representante de la empresa en España, en virtud de poder otorgado por aquélla.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado don D.V.C., en nombre

y representación de don C.R.S., contra la sentencia de fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa y seis dictada por el Juzgado de lo Social número cuatro de los de Vigo, en autos seguidos a instancia del recurrente contra J.F.I., "M.F.L.", la Mutua de Accidentes de Trabajo "A.", el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, debemos de revocar y revocamos la citada resolución estimando la demanda que dio lugar a las presentes actuaciones contra "M.F.L.", declarando el derecho del recurrente a percibir el recargo de prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad en cuantía del 50%, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a que se lo abone manteniendo el pronunciamiento absolutorio en cuanto el resto de los demandados.

2763 RECURSO N° 3.772/99

S. S.

COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DA DEMANDA DE VIOLACIÓN DOS DEREITOS DE LIBERDADE SINDICAL DO PERSONAL ESTATUTARIO Ó SERVICIO DAS INSTITUCIÓNS SANITARIAS DA SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.772/99, interpuesto por SERVICIO GALEGO DE SAÚDE(SERGAS) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 598/98 se presentó demanda por don J.R.V.F. en nombre y representación de la Confederación de

Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios, CSI-CSIF en reclamación de Tutela de Derechos Fundamentales siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE (SERGAS) y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 13 de enero de 1999 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El día 30 de mayo de 1998 se constituyó en el Hospital “A.M.” de Ferrol la Sección Sindical de la Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios (CSI-CSIF), resultando elegido Secretario General P.G.G. y Delegado Sindical J.E.R.V.- **SEGUNDO.-** La candidatura presentada por la citada Confederación de Sindicatos en el Área Sanitaria de Ferrol logró el 3,7% de los votos en las últimas elecciones sindicales, celebradas el 30 de marzo de 1995, sin obtener ningún representante en la Junta de Área.- **TERCERO.-** El día 5 de mayo de 1998 el Director General del Hospital “A.M.” de Ferrol envió a don P.G.G., Facultativo de Anestesia y Secretario General de la Sección Sindical, una comunicación en la cual se dice textualmente: “En relación con la petición del Presidente Territorial de Sanidad de CSI-CSIF referida a la autorización para asistir a una reunión el día 6 de mayo a las 12 horas en la Dirección Xeral de RR.HH., pongo en su conocimiento que esta Dirección ha resuelto a propuesta de la Dirección Médica: No autorizar su desplazamiento a la citada reunión debido a las ineludibles necesidades asistenciales que concurren el citado día, por encontrarse Usted asignado en el quirófano de urología en actividad que no admite demora y en las que a pesar de los esfuerzos de la Dirección Médica, no ha podido ser destituido”.- El 10 de noviembre de ese mismo año 1998 el Director Gerente del Hospital “A.M.” de Ferrol dirigió una comunicación a don J.E.R.V., Facultativo del Servicio de Anestesia-Reanimación, con el siguiente texto: “En relación con su petición de fecha 10.11.98 para asistir a la reunión convocada para el día 11 de noviembre y tras elevar consulta a la Dirección General de Recursos Humanos, pongo en su conocimiento lo siguiente: Es responsabilidad de esta Gerencia proteger el derecho a la salud de los pacientes que prevalece sobre el derecho a la libertad sindical, por lo que no puedo acceder a su petición atendiendo a la situación de precariedad actual en que se encuentra el Servicio de Anestesia, con 3 anestesistas en situación de Incapacidad Temporal que no han podido sustituirse a pesar de las gestiones realizadas, lo que obligaría a suspender 4 intervenciones programadas, con los pacientes ingresados para ese día”.- **CUARTO.-**

En la distribución del Servicio de Anestesia, Reanimación y Tratamiento del Dolor correspondiente al día 6 de mayo de 1998 al Dr. G.G. le correspondió la asistencia en las intervenciones quirúrgicas del Servicio de Urología, en el que se intervino quirúrgicamente a don J.M.P.D. practicándosele “nefrectomía radial, tumor renal I.”, desde las 9:30 a las 14:30 horas. Este paciente había ingresado en el hospital el 17 de abril de ese mismo año para ser intervenido quirúrgicamente.- **QUINTO.-** Por su parte, el día 11 de noviembre de 1998 el Dr. R.V. intervino como anestesista en cuatro intervenciones programadas por el Servicio de Ginecología del Hospital “A.M.” de Ferrol, cuyas pacientes habían ingresado con anterioridad en el centro sanitario para ser intervenidas quirúrgicamente con el fin de realizarles “hist. Abdominal + D.A.”, una de ellas, otra “plastias” y otras dos “legrado”.- **SEXTO.-** El día 5 de mayo de 1998 cuatro facultativos del Servicio de Anestesia se encontraban disfrutando de permiso retribuido, solicitado con anterioridad, haciéndose imposible la sustitución del Dr. G.G.- La misma imposibilidad se dio el día 11 de noviembre, fecha en la que tres facultativos del mismo Servicio se hallaban en situación de incapacidad temporal.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** Desestimo la demanda sobre tutela de la libertad sindical formulada por don J.R.V.F., en nombre y representación de la Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios, CSI-CSIF, contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y, en consecuencia, absuelvo al demandado de las pretensiones de la misma.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia desestima la demanda sobre tutela de libertad sindical, absolviendo al SERGAS de las pretensiones de la misma, y contra dicha resolución se alza en Suplicación el propio SERGAS para reproducir la excepción de incompetencia de jurisdicción que ha venido rechazada en la resolución recurrida, denunciando la infracción del artículo 3º de la L.P.L., según redacción dada por la disposición adicional quinta de la Ley 29/1998 de 13 de julio que aprueba la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa, en relación con el artículo 359 de la LEC, así como el artículo 1.3.a) del E.T., alegando que el

orden jurisdiccional social era competente para conocer de la tutela de libertad sindical del personal estatutario, cuestión resuelta por varias sentencias del TS, dictadas en recursos para la unificación de doctrina, pero desde la reforma del artículo 3.1.a) de la L.P.L. considera la recurrente que dicha competencia, en esta materia concreta, ha quedado expresamente excluida de este orden jurisdiccional.

La cuestión a dilucidar en el presente recurso versa sobre la competencia de este orden jurisdiccional social para conocer de los litigios sobre tutela de libertad sindical promovidos por el personal estatutario de la Seguridad Social, después de la entrada en vigor de la Ley 29/1998 de 13 de julio que aprueba la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa, publicada en el BOE de 14 de julio de 1998, pues aunque en su disposición final tercera se establecen dos períodos diferentes para su entrada en vigor (a los cinco meses de su publicación en el BOE, salvo en lo concerniente a la atribución de las materias comprendidas en la letra a) del apartado 2 del artículo 3 de la L.P.L., que lo hará al año de la entrada en vigor del resto de la Ley); como quiera que el supuesto contemplado no se encuentra en dicho apartado 2º sino en el 1º, es evidente que, habiéndose presentado la demanda el día 22 de diciembre de 1998, resulta aplicable dicha Ley que, a tenor de lo expuesto, entró en vigor el 14 de diciembre de 1998.

La citada Ley 29/1998, en su disposición adicional quinta modifica, en efecto, el artículo 3 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril, pero dicha modificación no altera la redacción del entonces apartado c) del artículo 3 de la L.P.L., que pasa ahora a ser el apartado a) de dicho artículo pero con idéntico texto, pues la modificación se ha producido en los apartados que entonces se designaban con las letras a) y b), actuales b) y c), así como la adición de un segundo párrafo. Pero en lo que atañe al texto en cuestión aquel permanece invariable, al seguir estableciendo: 1. No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: a) De la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho a huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal a que se refiere el artículo 1.3.a) del texto refundido de la Ley del E.T.

Como quiera que la nueva redacción del artículo 3.a) de la L.P.L., es la misma que la que contenía el artº 3.c), siguiendo la exclusión sin alcanzar al personal estatutario al servicio de la Seguridad Social, es evidente que ha de mantenerse la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en su sentencia de 15 de diciembre de 1997 (Rec.

802/1997) declaró la competencia del orden social para conocer de las acciones de tutela de la libertad sindical, ejercitadas por el personal estatutario frente a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

En consecuencia y por lo expuesto, siendo materia de impugnación, únicamente la alegada incompetencia, procede la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE (SERGAS), contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Ferrol de fecha 13 de enero de 1999, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

2764 RECURSO N° 3.930/99

S. S.

NON VIOLA OS DEREITOS DE LIBERDADE SINDICAL O QUE NON SE APLIQUEN CRITERIOS DE PROPORCIONALIDADE NA FORMACIÓN DAS COMISIÓNNS INTERNAS DO COMITÉ DE EMPRESA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Mª Cabanas Gancedo

A Coruña, veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.930/99, interpuesto por Unión General de Trabajadores, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Unión General de Trabajadores en reclamación de Tutela de libertad sindical, siendo demandado Centrales Sindicales Comisiones Obreras y Confederación

Intersindical Galega, la Entidad Mercantil “E.N.C., S.A.” y el Comité de Empresa, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 326/99 sentencia con fecha 9 de julio de 1999, por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- El COMITÉ DE EMPRESA DE LA EMPRESA “E.N.C., S.A.”, Fábrica de... está compuesto por 13 miembros, de los cuales 7 pertenecen a la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, 4 a la UNION GENERAL DE TRABAJADORES y 2 a COMISIONES OBRERAS.- 2º.- A 10.11.1998 se celebró junta del comité, donde se discutió el reglamento de funcionamiento acaeciendo las siguientes incidencias: “Reanudada a sesión, non se presenta ningún Regulamento más que o presentado pola CIG, polo que se somete a votación a súa aprobación, facéndose artigo por artigo.- Apróbanse por 8 votos a favor e 3 abstencións, o articulado e os artigos 1 e 2. No artigo 3 apróbanse por 7 votos a favor e 4 abstencións os apartados 1 e 2, no apartado 3, -C.- presenta a seguinte redacción “Os órganos colexiados do Comité, son as Comisións de traballo do Comité de Empresa, da cal a súa composición en nº será proporcional á representación legal que cada Sindicado acadara nas eleccións sindicais”.- CC.OO súmase á proposta.- Sométese a votación a proposta de -C.-, sendo rexeitada por 4 votos a favor é 7 en contra, aprobándose por 7 votos a favor, 1 en contra e 3 abstencións a redacción do borrador.- Tratándose o artigo 4 do Regulamento e sendo as 11,30 horas ausentanse da Xunta os membros do Comité e Delegados Sindicais pertenecentes a UGT e a CC.OO.- Séguese votando o Regulamento polos presentes na xunta, acadando os artigos, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5.1, 6, 6.1, 6.2 Disposición final única e Disposición transitoria, 7 votos a favor, 0 en contra e 0 abstencións.- De seguido sométese a aprobación o Regulamento, sendo aprobado por unanimidade dos presentes (7 delegados).- 3º.- Se dice, en el artículo 3.3º del referido reglamento, que, “os órganos colexiados, son as comisións de traballo do Comité de Empresa, as cales, a súa composición e número será acordada pola maioría do Comité de Empresa, de entre os seus membros”.- 4º.- Con fecha 02.12.1998, se constituyeron las comisiones de trabajo del comité de empresa, cuyos miembros son, en su totalidad, de la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA.- 5º.- De acuerdo con el Convenio Colectivo de “E.N.C., S.A.” Fábrica de..., DOG 30.07.1998, se establecen las siguientes comisiones de interés a la resolución el litigio: - Comisión paritaria de interpretación y vigilancia,

artículos 1.5 y 1.6: “Artigo 1º.5. Constitución, composición e funcións.- 1.- Existirá unha comisión paritaria que estará composta por catro membros designados pola empresa e catro designados polo comité de empresa. A dita comisión paritaria será o órgano para interpretar, vixiar, conciliar e artibra-lo disposto no presente convenio colectivo.- 2.- Os membros da comisión posúen os mesmos dereitos e obrigas e, en particular a facultade de dá-la opinión sobre calquera asunto que sexa sometido a este órgano. Cada un deles terá dereito a un voto.- 3. Os vocais designados polo comité de empresa cesarán na comisión paritaria cando este órgano, reunido en pleno e por maioria, acorde tirarlle-la confianza; neste caso, procederase a unha nova designación.- Artigo 1º.6. Procedimento de actuación.- 1.- Os acordos tomados na comisión paritaria non poderán volver a ser reconsiderados pola comisión da que formen parte os novos vocais designados polo comité de empresa, en virtude do que se indicou no parágrafo anterior.- 2.- En caso de empate, seguiranse os trámites establecidos pola lexislación vixente. 3. A comisión paritaria reunirase cando existan asuntos que reclamen a súa atención ou cando o solicite calquera das partes.- 4. A comisión paritaria elaborará a súa propia normativa”.- Comisión del economato; artículo 6.12: “Ó se-la empresa membro do economato colectivo “P.”, hoxe “F.L.P.”, a empresa seguirá intervindo na xunta administrativa dela con dous vocais, un designado polo comité de empresa e outro pola dirección”.- Comisión de premios y sanciones, artículo 7.2: “A partir das relacións xa definidas neste convenio, a dirección oírá o comité, representado por unha comisión de tres membros, con carácter previo á imposición de premios e sancións; e naquelas cuestións que susciten un conflicto individual derivado dunha promoción ou provisión de vacantes ou afecten as condicións de traballo dun posto determinado.- Esta comisión do comité de empresa terá só voz e non será, en absoluto, vinculante para a empresa.- Así mesmo, deberá ser operativa e non resultar gravosa para a empresa”.- Comisión de movilidad funcional, disposición adicional segunda: “1. A mobilidade funcional é a consecuencia da facultade da dirección para organiza-lo traballo co fin de logra-la plena ocupación e o pleno emprego de todos e cada un dos traballadores, así como a consecuencia dunha mellor e máis racional explotación da fábrica.- 2. A empresa e os representantes dos traballadores son conscientes da necesidade de mellora-la competitividade e a calidade cara o futuro. Para iso, é necesario continua-lo desenvolvemento e a mellora tecnolóxica das instalacións da fábrica.- 3.- Estas melloras darán lugar á supresión de diversos postos de traballo e á modificación doutros, dando lugar a unha progresiva reducción do cadre

de persoal necesario para a produción e o mantemento da fábrica. A dita reducción do persoal non se fará de forma traumática e para evitalo aplicarase ó personal sobrante a mobilidade funcional, destináddoo ós postos nos que se vaian producindo vacantes.- Estes traslados realizaranse informando ó comité de empresa sobre as causas que os producen.- O dito comité de empresa designará unha comisión que ademais de coñece-las causas anteditas, coñecerá e será oída en relación cos plans de formación que se programen para adapta-los traballadores ós seus novos cometidos, se estes plans foran necesarios, ademais de recibir información sobre o aproveitamento e os resultados dos ditos cursos.- 5.- No suposto de que, aínda tendo persoal sobrante, fose necesario contratar novo persoal fixo, o comité de empresa será informado das causas que motivaron o ter que recorrer á contratación de novo persoal".- Comisión de formación, disposición adicional sexta: "Para tódolos temas relacionados coa formación (formación continua, prácticas, aprendizaxe, seguridade, etc), créase unha comisión.- A dita comisión que será presidida polo director do complexo, constará de tres membros designados polo comité de empresa e outros tres membros designados pola dirección, que serán os responsables de formación, seguridade e recursos humanos.- A comisión reunirase cando os asuntos que se vaian tratar o requirian e, en todo caso, unha vez ó ano".- 6º.- No se acreditó que las comisiones de créditos, de papelería, de horarios, del comedor y de valoración de puesto de trabajo tengan facultades negociadoras o decisorias".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Desestimando la demanda interpuesta por la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES contra la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA, COMISIONES OBRERAS, LA EMPRESA "E.N.C., S.A." y el COMITÉ DE EMPRESA DE SU FÁBRICA DE..., absuelto a estos demandados de todos los pedimentos de la demanda".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme la Central Sindical actora con que, en la sentencia de instancia, se desestime su demanda –dirigida a que se declare que el artículo 3.3º del Reglamento del Comité de Empresa de la Fábrica de... de la Empresa "E.N.C., S.A.", vulnera el derecho de libertad

sindical, y, por lo tanto, se le declare nulo; y a que, igualmente, se declare nulo el acuerdo de dicho Comité, por el que se excluye de las Comisiones de trabajo del mismo al Sindicato demandante, así como su derecho a formar parte de las citadas Comisiones, en proporción a su representación en el Comité-, formula recurso de suplicación, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción del artículo 28 de la Constitución, en relación con el 7 del mismo Texto, y con el 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

SEGUNDO.- A efectos de defender su recurso, la Central Sindical, que lo interpone, sigue una línea argumental, en el sentido de que, como en el impugnado artículo 3.3º del Reglamento de Funcionamiento del Comité de Empresa de la Empresa "E.N.C., S.A", Fábrica de..., aprobado en junta, celebrada el 10 de noviembre de 1998, se afirma que "los órganos colegiados, son las comisiones de trabajo del Comité de Empresa, cuya composición y número será acordada por la mayoría del Comité de Empresa, de entre sus miembros" y como todos los miembros designados de las Comisiones de Trabajo del mismo, pertenecen, exclusivamente, a la Central Sindical codemandada "Confederación Intersindical Galega", que tiene mayoría en dicho Comité –pues, de sus trece miembros, 7 pertenecen a ésta, 4 a UGT y 2 a CC.OO-, ello lleva consigo que los pertenecientes a UGT no puedan ejercer las actividades sindicales que les son propias, la condición de por el hecho de no ostentar la condición de sindicato mayoritario y de no aplicarse el principio de representación proporcional.

TERCERO.- Estima la Sala que el recurso no puede tener acogida, ya que, si bien es cierto que, en principio, sería deseable que se aplicare el principio de representación proporcional, para constituir las comisiones de trabajo del Comité de Empresa de la Empresa codemandada, pues la presencia en ellas de la mayoría y de las minorías sindicales, enriquecería, lógicamente, los resultados a conseguir por las mismas; sin embargo, también lo es que no se observa que la no aplicación de este sistema, incida en contra del principio de libertad sindical, pues, ni infringe lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución –únicamente referido a que todos tienen derecho a sindicarse libremente y a reconocer el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses-, ni en el 7 del mismo Texto – que, entre otros extremos, hace mención a que la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos de trabajadores deberán ser democráticos-; ni en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical- que precisa que ésta comprende, entre otros, el derecho a la actividad sindical (punto 1,

apartado d) -; porque no existe, según se deduce del examen de lo que, en concreto, se analiza, el hecho de que el Comité de Empresa hubiere acordado, por decisión mayoritaria, permitida por la aplicación del artículo 3.3^a de su Reglamento de funcionamiento, a su vez, aprobado por la mayoría de sus miembros, que los componentes de las comisiones de trabajo pertenecieren, exclusivamente, al sindicato, también mayoritario, no contradice, ni expresa, ni implícitamente, las declaraciones programáticas de los preceptos constitucionales citados, ni, tampoco el derecho a la actividad sindical, a que se refiere el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical –que, según el apartado d) del mismo, comprende el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas–; máxime, además, cuando las citadas comisiones paritarias de trabajo carecen –como se afirma, sin haber sido desvirtuado en esta alzada, en la resolución impugnada–, de facultades negociadoras o decisorias; cuando en el artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores, al tratar de los Comités de Empresa, sólo se establece la obligación de guardar la proporcionalidad de los sindicatos, según los resultados electorales considerados globalmente, con relación a los comités intercentros, pactados, en los supuestos previstos, por convenio colectivo; cuando la doctrina jurisprudencial y la del Tribunal Constitucional, al analizar supuestos análogos al debatido, se refiere a que, a los órganos de trabajo, creados en los Comités de Empresa, con funciones meramente administrativas o de interpretación, no les son aplicables los criterios de proporcionalidad representativa (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1991, 7 de mayo de 1992, 16 de mayo de 1994, etc; y del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1992, etc.); y cuando nada obsta a que las actividades, que tienen encomendadas por el correspondiente Convenio Colectivo, de interpretación y vigilancia, de economato, de premios y sanciones, de movilidad funcional y de formación, puedan ser desarrolladas por el minoritario Sindicato accionante, o por cualquiera otro, presente en el Comité de Empresa, con carácter independiente, a efectos de presentar a éste las oportunas conclusiones.

Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por la Central Sindical

Unión General de Trabajadores, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo social nº 1 de Pontevedra, de fecha 9 de julio de 1999; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

2765 RECURSO N° 3.821/99

S. S.

XUSTIFICACIÓN DA INSTALACIÓN DE CÁMARAS DE VIDEO NA EMPRESA Ó EXISTIREN PROBADAS RAZÓNS OBXECTIVAS DE SEGURIDADE.

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

A Coruña, a veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.821/99 interpuesto por don J.C.D. y doña M.P.P.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.C.D. y doña M.P.P.A. en reclamación de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES siendo demandado “P.V., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 231/99 sentencia con fecha veintidós de mayo de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- Por don J.C.D., como delegado sindical de Comisiones Obreras facultado por la Sección Sindical en reunión celebrada el día 15 de abril para actuar en nombre de todos los afiliados, y doña M.P.P.A. como delegada sindical de la Confederación General del Trabajo facultada por la Sección Sindical en reunión celebrada el día 20 de abril para actuar en nombre de todos sus afiliados, se presentó demanda el día

28 de abril solicitando la nulidad radical de la medida empresarial, colocación de cámaras de vídeo en el centro de trabajo de la demandada “P.V., S.A.”, dedicada a la actividad de centro sanitario, por vulneración del derecho de intimidad y solicitando que se desmantelaran dichas cámaras y se condenase a la empresa a estar y pasar por dicha declaración./ Segundo.- “P.V., S.A.”, previos informes solicitados a las empresas de seguridad “S., S.L.” y Grupo “C.S., S.A.”, que le remitieron la primera estudios y ofertas el 23 de julio y el, 6 de noviembre de 1998 y la segunda un informe el día 10 de junio de 1998, instaló a través de la primera empresa 10 cámaras: primera en el vestíbulo de la planta 1^a que graba de 19,30 a 7; segunda en clínica de sueño que graba por detector de presencia en igual horario que la anterior; tercera en reproducción humana que grava por detector de presencia de 22 a 7; cuarta en pasillo litotricia que graba de 22 a 7; quinta en pasillo rayos que graba de 22 a 7 por detector de presencia; sexta en puerta lencería, que es el acceso a lavandería y proveedores, y que graba las 24 horas y por detector de presencia, séptima en el hall de la 7^a planta con iguales características que la anterior; octava en informática igual que la anterior; novena en la entrada principal que graba las 24 horas sacando foto cada 4 segundos y décima en urgencias igual que la anterior. Las cámaras graban en disco duro y son controladas por un empleado de “P.V., S.A.” al que se explicó el funcionamiento; los guardias de seguridad que “C., S.A.” tiene en el centro sólo pueden ver los monitores instalados en un cuarto al que sólo ellos tienen acceso, salvo cuando deben ausentarse por algún incidente acaecido en cuyo caso dejan en su lugar a un celador de “P., S.A.”, pero no tienen control sobre el sistema. Las imágenes se toman por cada cámara sucesivamente 4 segundos cada una y el disco tiene capacidad para 3 días, pasados los cuales sigue grabando borrando las imágenes anteriores, si bien se pueden obtener las imágenes de ese período de 3 días, en tanto no hayan transcurrido y se hayan borrado, y conservarlas. Estas cámaras no graban sonido ni el equipo instalado tiene capacidad para ello y son fijas./TERCERO.- La cámara situada en urgencias está en la entrada y no enfoca directamente la entrada sino que enfoca de forma lateral al local en el que trabajan administrativos; la del pasillo de rayos grava el pasillo de acceso a urgencias; la de litotricia está situada en el pasillo de acceso a urgencias y grava los accesos a litotricia, laboratorio, policlínica interior y resonancia magnética y nuclear; la del hall de entrada grava la entrada principal del centro, el hall y el mostrador y una ventanilla de recepción, hall desde el que se accede a la cafetería, a traumatología y otros servicios del centro; la de lencería, que es una de las entradas

del hospital por la que entra personal y los proveedores, enfoca la puerta de entrada. En farmacia se colocó una cámara pero se retiró. No hay cámaras instaladas en los servicios, comedores, baños ni en lugares privativos del personal o pacientes, sino que todas están en los accesos al hospital o en pasillos de paso general o del personal. La colocación de las cámaras se comunicó a la presidenta del comité de empresa antes de su instalación, facilitándole copia de la fotocopia incluida en el estudio de “S., S.L.”, aportada por la empresa, en la que constan 20 cámaras, aunque luego sólo se llegaron a colocar 10 y la de farmacia que se retiró; la presidenta no consta que lo haya comunicado directamente a los miembros del comité, que no hablaron del tema, pero colocó la foto en el tablón del comité y junto al lugar donde están los ficheros para que fiche el personal. Los empleados vieron las cámaras el mismo día que fueron colocadas./ Cuarto.- “P.V., S.A.” tiene 5 accesos desde el exterior; uno de ellos es la entrada principal donde está el hall, otra es la puerta de lencería y otra la de urgencias, no constando las otras dos cuáles sean. Tiene 3 vigilantes, de “C., S.A.”: 1 por las mañanas de lunes a viernes en la entrada de lencería y otros dos permanentemente que andan por todo el centro. Estos mismo vigilantes los tenía antes de ser instaladas las cámaras hace unos 3 meses./ Quinto.- En 1998 y hasta el 25 de abril de 1999 en “P.V., S.A.” se produjeron múltiples sustracciones de material del centro y pertenencias del personal y de los pacientes. El día 3 de febrero de este año fue despedido un auxiliar administrativo por sustraer un ordenador portátil del aula de informática que fue declarado procedente por el Juzgado de lo Social número 4 de esta ciudad mediante sentencia de fecha 6 de abril cuya firmeza no consta. No consta que se hayan producido robos en la sección de lencería./ Sexto.- “P.V., S.A.” es un centro hospitalario que tiene concierto con el Servicio Galego de Saúde para atender a beneficiarios de la Red Sanitaria Pública.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.C.D. como delegado sindical de Comisiones Obreras y doña M.P.P.A. como delegada sindical de la Confederación General del Trabajo contra la empresa “P.V., S.A.”, y con la intervención del Ministerio Fiscal, debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones contra ella deducidas.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda, interpone recurso doña P.P., como delegada de la Sección Sindical de la CGT en “P.V., S.A.”, y también don J.C., como delegado sindical de CC OO. Aquel primer recurso articula un único motivo al amparo del art. 191.c) LPL en el que denuncia infracción del art. 18.1 C.E., del art. 4.2.e) del E.T., 7.5 L.O. 1/82 y del art. 20.3 E.T.; en virtud de ello se pide la estimación de la demanda. El otro recurso contiene tres motivos, articulados al amparo del art. 191.a), b) y c) LPL, denunciándose en el primero de ellos la infracción del art. 97.2 LPL, interesándose en el segundo la revisión de los H.P., y argumentándose en el tercero la existencia de una interpretación errónea del artículo 18.1 C.E., del art. 4.2.e) y 20.3 del E.T., de los arts. 7.5 y 8.2 de la L.O. 1/82, del art. 10.1 y 3 Ley 14/86 y del art. 6, 1, 2, 3 y 5 y D.A 9 de la L.O de 04.08.97; en función de ello y sin perjuicio de interesar en el motivo formulado al amparo del art. 191.a) LPL la declaración de nulidad de la sentencia recurrida, se pide la revocación de dicha sentencia.

SEGUNDO.- El recurso interpuesto por el Delegado de CCOO en el motivo que articula al amparo del art. 191.a) LPL aduce que la sentencia de instancia ha infringido el art. 97.2 LPL por cuanto que -se dice- aportada a autos certificación del H.X.C. (folio 46), el juzgador de instancia no hace mención en los HDP a dicho documento “cuando sí que tendría que valorarse el mismo, produciéndose en consecuencia la infracción de normas procesales...”. El motivo no se acoge, en absoluto procediendo la declaración de nulidad de la sentencia de instancia.

La sentencia recurrida cumple los requisitos que el efecto exige el art. 97.2 LPL, puesto que declara en los H.P. que contiene todo lo necesario para decidir la cuestión planteada y motiva oportunamente el pronunciamiento que efectúa a través de los fundamentos de derecho. En realidad, la parte viene a articular un motivo de nulidad en base a lo que, a lo sumo, no pasa de ser sino una cuestión de valoración probatoria y, en su caso, de revisión de los H.P. vía art. 191.b) LPL. Y es que el juzgador de instancia, a partir de que en la sentencia que dictó ha motivado oportunamente en hechos y en derecho su decisión, se ha limitado a valorar la prueba practicada en el proceso al amparo del art. 97.2 LPL, reflejando sus resultados en los hechos que declara probados, de tal modo que si la parte considera que por un posible error o una omisión en esta valoración no se ha dejado constancia en ellos de un concreto y particular extremo que en

su opinión resulta trascendente y acreditado por cierta documental- en el caso, la obrante al folio 46-, lo que procede es que utilice el cauce del art. 191.b) de la LPL, pero en ningún caso cabe formular un motivo de nulidad; motivo éste que de conformidad con lo dispuesto en el art. 191.a) LPL, ha de responder a presupuestos y causas cualitativamente diferentes de las alegadas. En suma, la sentencia de instancia no está viciada de motivo de nulidad alguno.

TERCERO.- La misma parte recurrente interesa que con base a la documental del folio 46, se incorpore como nuevo HDP lo siguiente: que en el Complejo Hospitalario “X.C.”, se encuentran instaladas diez cámaras, conectadas a un centro de control, sin embargo, las mismas están situadas o enfocadas hacia el exterior, grabando las incidencias que se den en dichas puertas o en todo caso hacia el, exterior, pero nunca hacia el interior del centro hospitalario”.

Y efectivamente, al folio 46 se constata que el director de gestión del X.C. informa acerca de las cámaras de control existentes en dicho centro en la sustancial forma que indica la parte; y siendo esta prueba apta para revisar los H.P. y oportunamente fiable, procede acceder a la revisión interesada (como H.P.7º), sin perjuicio de valorar su trascendencia en la cuestión planteada en sede de examen del derecho aplicado.

CUARTO.- Las infracciones legales que al amparo del art. 191.c) LPL denuncia ambos recursos han de ser examinadas a partir de los siguientes fundamentales HDP: A) “P.V., S.A.” es un centro hospitalario de Vigo que tiene concierto con el Sergas para atender a beneficiarios de la Sanidad Pública y en el que la demandada, titular del centro, resolvió instalar diez cámaras fijas en los lugares que se concretan en el H.P. 2º y que graban en la forma que se indica en el H.P. 3º. En todo caso, no hay cámaras instaladas en los servicios, comedores, baños ni en lugares privativos del personal o pacientes, sino que todas están en los accesos al hospital o en pasillos de paso general o del personal. B) Las cámaras citadas no graban sonido, ni el equipo instalado tiene capacidad para ello. Son controladas por un empleado de “P.V., S.A.” y los guardias de seguridad del centro (de la empresa “C., S.A.”) sólo pueden ver lo monitores instalados en un cuarto de acceso restringido a ellos o a algún celador de “P.V., S.A.”. Las imágenes se toman como indica el H.P. 2º. C) “P.V., S.A.” comunicó a la presidenta del Comité de Empresa la instalación de las cámaras antes de proceder a ello. Los empleados vieron las cámaras el mismo día que fueron colocadas. D) “P.V., S.A.” tiene 5 accesos desde el exterior,

manteniendo 3 vigilantes de la empresa “C., S.A.” En 1998 y hasta abril de 1999, en “P.V., S.A.” se produjeron múltiples sustracciones de material y pertenencias de personal y pacientes; también un Aux. Administrativo fue despedido por sustraer un ordenador portátil, despido declarado procedente por sentencia del juzgado. Y E) en el Complejo Hospitalario X.C. instalaron cámaras en la forma que se indica al folio 46.

QUINTO.- Los recursos, como ya se dijo, reclaman la estimación de la demanda; en ésta los respectivos Delegados de CC.OO y de la C GT formulan la pretensión de que se declare la nulidad radical de la medida empresarial de colocación de cámaras de vídeo en el centro laboral de “P.V., S.A.” por vulneración del derecho a la intimidad y se condene a que dichas cámaras sean desmanteladas.

Al hilo de denunciar la infracción normativa que se dejó concretada, el recurso de la Delegada de la CGT culmina sus alegaciones afirmando lo siguiente: “En consecuencia, entendemos que la instalación de las diez vídeo cámaras fijas, que permanecen instaladas, es vulnerador del derecho fundamental a la intimidad y a la propia imagen de estos trabajadores, pues no se han cumplido las garantías mínimas legalmente exigibles; y particularmente en mayor grado, la captación permanente de la imagen de algunos trabajadores incurre flagrantemente en tal violación.”.

Asimismo, en el recurso del Delegado de CC.OO. se argumenta, básicamente: “En aplicación de los preceptos anteriormente referenciados se viene admitiendo que el empresario no puede llevar a cabo la instalación de cualquier medio audiovisual de control de forma indiscriminada, sino que dicha instalación será admisible cuando sea objetivamente necesaria por exigencias organizativas y productivas o como medida de seguridad en el trabajo, de ahí, que haya ciertos... sin embargo, la actividad de la empresa demandada no encaja en las anteriores por lo tanto, la justificación de las diez cámaras instaladas en la empresa demandada es más débil o incluso no justificada, máxime si tenemos en cuenta que algunas de las cámaras incluso están orientadas y enfocadas hacia los trabajadores que prestan servicios, en concreto la del Hall de la entrada principal...”

Los recursos y sus argumentaciones no resultan acogibles, procediendo la confirmación de la sentencia de instancia, que desestima la demanda de forma ajustada a derecho.

SEXTO.- EL Juzgador de instancia ya se hace eco de las sentencias dictadas por este TSJ en fechas 21.04.95 y 25.01.96, que resolvieron

pretensiones de semejanza cierta con la que aquí se plantea. En concreto, la S. dictada por este Tribunal el 21.04.95 dejó hechas una serie de consideraciones al hilo de la aplicación del art. 20.3 y 4.2 E.T. que en el modo oportuno también resultan asumibles por la Sala a los efectos presentes. En la sentencia citada se argumenta, entre otras cosas y tras valorar lo dispuesto en los arts. 2, 7 y 8 de la L.O. 1/82, lo siguiente: “...debe recordarse que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumbe al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985). Pero tampoco puede desconocerse que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en nuestra norma fundamental (arts. 38 y 33 de la C.E.). Por ello el Tribunal Constitucional en sentencias 73/1982, 120/1983, 19/1985, 170/1987, 6/1988, 129/1989 y 126/1990, ha venido aludiendo a la adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en la que se integra y que se ejerció se ha de valorar en el marco de la relación laboral”; asimismo y al hilo del art. 20.3 ET, la sentencia sigue diciendo lo siguiente: “...Precepto que indudablemente autoriza a tener una persona en el lugar de la prestación de servicios para la vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales, que puede ser sustituida acudiendo a los medios y adelantos que hoy la técnica ofrece, como puede ser la instalación de una cámara de televisión, pero sólo limitada a estos fines, lo que excluye todo tipo de publicación y de difusión de imágenes captadas, o de conservación de las mismas una vez visualizadas dentro de un tiempo razonable y en las instalaciones de la empresa por la persona encargada del control, salvo que se haya apreciado infracción sancionable en cuyo supuesto podrían ser conservadas durante y a los solos efectos de prueba Por tanto, la vigilancia con la instalación indicada con carácter permanente, y en los términos indicados, no sobrepasa los límites del ejercicio del derecho de control del empresario, reconocido en el art. 20.3 del E.T. aunque a través de ella se visualicen las puertas de acceso a los lavabos, a la salas de descanso, etc., lo que no conculca la intimidad, como lo demuestra el hecho de que tales puertas están en un lugar público, en el que están o pueden estar, no sólo los trabajadores, sino también los mandos, e incluso los empresarios. Y no se visualiza el interior de los locales en donde se desenvuelve la vida íntima del personal como

pueden ser los lavabos o los vestuarios, o incluso la vida privada del colectivo de trabajadores, como puede ser la sala de descanso, en los comedores o en cualquier lugar de esparcimiento.”

SEPTIMO.- El art. 20.3 del E.T. establece que el empresario “podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida...”; en armonía con ello, el art. 4.2.e) del E.T. establece el derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad. Precisamente, es el derecho a la intimidad de los trabajadores el que fundamentalmente se alega en la demanda (folio 5) para solicitar el “desmantelamiento” de las cámaras de vídeo instaladas en el centro Hospitalario de “P.V., S.A.”. Por tanto, el problema planteado se concreta en determinar si en el caso presente la medida empresarial de colocación de las cámaras citadas conculca los derechos de los trabajadores del centro Hospitalario a la intimidad y a la dignidad y a la propia imagen; lo que así se sostiene en los recursos interpuestos.

El Tribunal considera lícita la medida empresarial en cuanto amparada por el art. 20.3 del E.T. y por respetuosa con sus límites y condicionantes propios y con los que se derivan del art. 18 C.E., del art. 4.2.e) del E.T. y del art. 7 y 8 L.O. 1/82, e incluso del art. 6 L.O. 4/97 y de las demás normas que se invocan en los recursos, los que en absoluto han sido infringidos por la sentencia de instancia

OCTAVO.- Ha quedado constatada en el proceso la existencia de una finalidad y de un interés legítimo en la medida adoptada por la empresa de instalar cámaras de vídeo en el centro Hospitalario “P.V., S.A.”. Fin e interés subyacentes que directamente al menos, no vienen a radicar en un control laboral o de vigilancia estricta del trabajo del personal sino en controlar la seguridad del centro. En primer lugar porque consta acreditado que se han producido en el centro “múltiples sustracciones” de material y pertenencias del personal y de los pacientes (H.P. 5º); lo cual pone de relieve tanto la insuficiencia de las medidas de seguridad hasta entonces adoptadas, debido esencialmente a la magnitud y complejidad del centro (H.P. 4º), como la necesidad de implantar nuevas y más eficaces medidas al efecto. Y en segundo lugar, porque la localización, control y condiciones de grabación de las cámaras instaladas resultan plenamente armoniosas con aquella finalidad e interés dichos; dado que las cámaras están colocadas en los

accesos al hospital o en pasillos de tránsito general o del personal y no hay ninguna dentro de despachos ni en lugares de trabajo estricto ni en locales de intimidad del personal o de pacientes, como comedores, baños etc.; y dado que no se graba sonido y existe un rígido control de las cámaras.

Si ello es así, no cabe duda de que, como considera la sentencia recurrida, el objetivo primario y fundamental de la instalación de las cámaras fue el de dotar al centro hospitalario de unas oportunas y suficientes medidas de seguridad de las que hasta entonces carecía, y que la medida resulta adecuada; también en cuanto respeta los derechos en juego y a considerar del personal del centro, como ahora quedará definitivamente puntualizado. El efecto de afectación laboral y/o de cierto y en todo caso indirecto control que del trabajo también lleva consigo la medida de instalación de las cámaras, aparece igualmente amparado legalmente; en concreto a través del art. 20.3 E.T. y porque no se han rebasado o desconocido sus límites y condicionantes propios y los derechos de los trabajadores. Es retomable aquí la esencia de lo que en torno al precepto del E.T. mencionado argumentaba la sentencia dictada por este TSJ en 21.04.95 y que se dejó reflejado en fundamento precedente. El art. 20.3.e) E.T. autoriza al empresario a adoptar medidas de control y vigilancia laboral en las instalaciones de la empresa, lo que también puede hacer acudiendo a medios técnicos como el de la instalación de cámaras siempre que, como sucede en el caso de Autos, la medida sea proporcionada, responda razonablemente y se limite a estos fines y respete adecuadamente la intimidad y la dignidad de los trabajadores. Precisamente, la S. del T.S.J. de Cataluña de fecha 25.04.94 también hacía hincapié en ello, concluyendo que la mera toma de imágenes (sin grabación de las conversaciones de los trabajadores entre sí y con clientes) puede también considerarse como una actuación de control normal que no vulnera el derecho de los trabajadores a la intimidad.

Este contexto argumental y los HDP ponen de relieve, sin necesidad de otras consideraciones, la irrelevancia jurídica del hecho de que el enfoque de las cámaras instaladas en “P.V., S.A.” sea hacia el interior del centro, en todo caso como se recoge en el H.P. 3º y 4º; o que la cámara situada en “urgencias” capte “de forma lateral al local en que trabajan administrativos”; o la situación de las cámaras instaladas en el Complejo Hospitalario “X.C.” Nada de ello supone o encierra vulneración del art 4.2.e) y 20.3 del E.T y de los derechos constitucionales de que son titulares el personal del centro “P.V., S.A.”, así

resultando de todo lo que se ha dejado razonado precedentemente.

Por consiguiente, la sentencia de instancia no presenta las infracciones legales que le atribuyen los recursos, cuyas argumentaciones igualmente se rechazan. Procede, pues, confirmar la referida sentencia por ajustarse a derecho, con desestimación de los recursos interpuestos.

Fallamos

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por doña M.P.P.A., como Delegada de la Sección sindical en "P.V., S.A." de la CGT, y por don J.C.D., como delegado sindical de CCOO, contra la sentencia dictada el día 22.05.99 por el Juzgado de lo Social número Uno de Vigo en Autos tramitados bajo el nº 231/99 a instancias de los recurrentes frente a la empresa "P.V., S.A.", confirmamos la sentencia recurrida

**2766 RECURSO N°
03/0007920/1996**

S. CA.

OCCUPACIÓN EN TRABALLOS
COMPATIBLES CO SUBSIDIO POR
DESEMPREGO.

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

En la Ciudad de A Coruña, veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007920/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por N.H.M., con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado por don A.P.F. y dirigido por Letrado, contra Resolución de 26.02.96 desestimatorio de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña de 29.06.95 sobre acta de infracción nº 974/95; Expte. nº 18.895/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL,

representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 501.000 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 21 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- En el acta de infracción, ratificada por las resoluciones que son objeto del presente recurso, se imputó al empresario recurrente la infracción tipificada en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, en razón de haber dado ocupación a un trabajador titular de las prestaciones por desempleo, sin haberle dado de alta con carácter previo en la Seguridad Social.

Pasamos a extractar la postura impugnatoria del recurrente, referida a la inexistencia de la infracción imputada, pues con ignorar al tiempo de la contratación que el trabajador fuese perceptor del subsidio de desempleo, resultaba que el trabajador percibía unos ingresos por la actividad prestada, que no alcanzaban, en cómputo mensual, el 75% del salario mínimo interprofesional (fijado para el año 1995 en 62.700 ptas. mensuales), requisito a que anudaba el art. 215 de la Ley General de Seguridad Social (art. 7 del R.D: 625/85), el reconocimiento y percepción de tal subsidio. Que, en consecuencia, la única conducta antijurídica imputable era la de no haber cursado el alta del trabajador con anterioridad al inicio de la prestación laboral, esto es, la infracción tipificada en el art. 14.1.2 de la Ley 8/88.

II.- A la fecha de comisión de la infracción imputada, ésta quedara afectada por la reforma operada por la Ley 22/93, de 29-XII, que dio nueva redacción a las dos modalidades de infracción tipificadas en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, describiéndose la submodalidad comisiva de que aquí se trata como: "dar ocupación a trabajadores titulares o solicitantes de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral". La descripción del tipo ha de complementarse con las prescripciones contenidas en la O.M. de 17 de enero de 1994, sobre presentación de solicitudes de afiliación y altas de los trabajadores en la Seguridad Social, que vino a derogar el art. 17.2 de la O.M. de 28 de diciembre de 1966, que otorgaba al empresario el plazo de cinco días para proceder a dar de alta en la Seguridad Social al trabajador que iniciara la relación laboral, y en cuyo art. 1º se establece el régimen jurídico a que deben ajustarse las solicitudes de afiliación de trabajadores a la Seguridad Social y de altas, iniciales o sucesivas.

Por otra parte, ha de significarse, en cuanto al elemento subjetivo del tipo infraccional, que el dolo del autor debe abarcar o comprender el conocimiento de la condición de perceptor de prestaciones por desempleo del trabajador, elemento que lo diferencia del tipificado en el art. 14.1.2, debiendo advertirse que no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, incluido el aludido elemento subjetivo, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo exculpatorio.

Por último, señalar que la rato legis de la infracción no es otra que la de evitar que el trabajador compatibilice las prestaciones por desempleo con el trabajo retribuido. Por ello, en los supuestos, tasados, en los que esté autorizado legal o reglamentariamente tal compatibilidad, los principios de intervención mínima y de legalidad, no autorizan a la imputación de tal infracción al empresario, aun cuando no haya dado de alta al trabajador en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral, ello al

margen de que se le pueda imputar la infracción tipificada en el art. 14.1.2.

III.- Pues bien, en el presente caso con resaltar que no resultan desecharables las razones que aduce el empresario recurrente para justificar el desconocimiento de la condición de perceptor de aquel subsidio del trabajador (el cese en la percepción del subsidio se produjo una semana después de iniciada la relación laboral), las condiciones con las que fue contratado el trabajador, referidas todas ellas en el acta de infracción, llevan a estimar que el trabajador podía compatibilizar aquel subsidio por desempleo con la actividad laboral allí caracterizada, o dicho de otra manera, de acuerdo con aquella normativa, reunía las condiciones para ser beneficiario del subsidio por desempleo. En efecto, la jornada pactada era de 16 horas semanales, comprensiva de sábados y domingos a tiempo completo, fijándose un salario de 4.000 ptas. por día trabajado. Siendo ello así, ya se advierte que el trabajador carecía de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% del Salario Mínimo Interprofesional, sin que resulte aceptable el cómputo que hace la Administración, al considerar el sueldo/día que percibía el trabajador, por cuanto los preceptos que se dejaron citados prevén expresamente el cómputo mensual.

Siendo ello así, procede la estimación del recurso, y con él, la anulación de las resoluciones recurridas que conlleva el que se deje sin efecto la sanción impuesta, todo ello sin perjuicio de que la Administración, si lo estima oportuno, acuerde proceder contra el recurrente en depuración de responsabilidades por la posible comisión de la infracción tipificada en el art. 14.1.2 de la LISOS.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por N.H.M. contra Resolución de 26.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S Social de A Coruña de 29.06.95 sobre acta de infracción nº 974/95; Expte. nº 18.895/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia con el pronunciamiento señalado en el F.J. III, in fine de esta sentencia. Sin imposición de costas.

**2767 RECURSO N°
03/0008035/1996**

S. CA.

**OCUPACIÓN DE TRABALLADOR SEN TELO
DADO DE ALTA CON CARÁCTER PREVIO
NA SEGURIDADE SOCIAL.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008035/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "C.J.F. y E.F., S.L.", con D.N.I... domiciliado en... (Pontevedra), representado por don R.P.L. y dirigido por el Letrado don J.M.R.A., contra Resolución de 19.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 614/95; Expte. nº 18.316/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 505.000 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 21 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad o no al ordenamiento jurídico de la resolución recurrida, dictada con fecha 19 de febrero de 1996 por la Dirección General de Servicios, Subdirección General de Recursos Humanos, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, confirmatoria de la resolución dictada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra de 26 de mayo de 1995 en virtud de la cual se le impone la sanción de 505.000 ptas. como autora de una infracción muy grave a tenor del art. 29.3.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril y en su grado mínimo a tenor del art. 36 de esa ley.

La citada resolución desestimó, en efecto, el recurso ordinario interpuesto por la empresa "J.F. y E.F., S.L." contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra, confirmatoria a su vez del Acta de Infracción núm. 614/95, de 24 de abril de 1995, por la que estimándose a la recurrente responsable de una infracción muy grave de las definidas en el citado art. de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, se le impuso la sanción de referencia.

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

II.- En el caso de autos nos hallamos en presencia de una sanción que tiene su origen en un acta de la Inspección de Trabajo que contiene un explícito relato de las circunstancias que determinaron su extensión. Se trata por tanto de un acto administrativo sancionador dictado por la Administración laboral cuya fiscalización corresponde a esta jurisdicción contenciosa, lo que no ocurriría si el recurso versara, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 31/84, de 2 de agosto, sobre una resolución del Instituto Nacional de Empleo relativa al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de las prestaciones por desempleo.

III.- Concretados en esos términos el objeto de la presente litis, hay que examinar el fondo del asunto; a este respecto, debe tenerse en cuenta

que, como se revela del acta, realizado el control del personal que se hallaba en el centro de trabajo el día de la Inspección, ésta pudo comprobar la presencia de A.L.M. con D.N.I... en el centro de trabajo, quien le manifestó que era su segundo día de trabajo, habiendo sido llamado a la obra por J.F.V. Sus tareas consistían en colocar losetas de mármol a la entrada del inmueble. Vestía mono de color azul. Solicitada la vida laboral del trabajador, resulta que en la fecha de la actuación, 7 de marzo de 1995, se encontraba percibiendo el subsidio de desempleo, desde el 02.03.94, teniendo derecho hasta el 01.12.95. En la misma fecha de visita de la Inspección el trabajador solicita alta en el Régimen Especial de Autónomos, haciendo constar como fecha de inicio de su actividad el día 6.

En el particular conviene recordar antes que nada que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre, 24 de noviembre y 27 de diciembre de 1988; 29 de marzo y 6 de noviembre de 1989 y 2 de febrero de 1990, la que declara que las actas levantadas por la Inspección de trabajo, previa actuación de los controladores de empleo, gozan de presunción "iuris tantum" de veracidad prevista en el art. 38 del Decreto 1.860/75, de 10 de julio, pudiendo los inspectores desarrollar su función fiscalizadora, incluso sin necesidad de visitas, mediante comprobación del expediente administrativo, siempre que constaten, a la vista de las actuaciones practicadas por dichos controladores de empleo, la existencia de hechos constitutivos de infracción.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos hay que confirmar, pues, la resolución impugnada, al no resultar atendibles los motivos de impugnación de la empresa, para quién don A., no era perceptor de subsidio de desempleo desde el 5 de marzo de 1995, pues había formalizado la baja en el INEM (folio 7), baja que resolvió éste el 10 de mayo de 1995 (folio 10); quizá haya que reprochar a don A., su retraso en comunicar a la S.S. El comienzo de su nueva actividad como autónomo.

En relación con tales alegatos éstos no resultan atendibles, por cuanto que los medios con que estaba ejerciendo su tarea (picos, paletas, cubos, hormigoneras, losetas, cemento, etc.), eran de la empresa, -cosa que por otro lado esta no niega- no disponiendo en consecuencia de material propio de su actividad como autónomo don A.; luego dichas tareas las realizaba como personal asalariado de la empresa, dentro de la hora habitual en el ramo de la construcción, y como quiera que el inicio de su actividad el día anterior a la visita no coincide con su alta en el Régimen General de la Seguridad Social, ya que ésta ha de

solicitarse antes de la iniciación de los servicios: art. 32.3.1 del RD 84/96, de 26 de enero, lo que la empresa no hizo, la sanción impuesta ha de confirmarse.

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

IV.- No son de apreciar motivos determinantes de expresa condena en costas al no concurrir las circunstancias que, conforme al art. 131 de la Ley Jurisdiccional, harían preceptiva su imposición.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "C.J.F. y E.F., S.L.", contra Resolución de 19.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 614/95; Expte. nº 18.316/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2768 RECURSO N°
03/0008731/1996**

S. CA.

OCUPACIÓN DE TRABALLADOR TITULAR DE SUBSIDIO POR DESEMPREGO SEN TELO DADO DE ALTA CON CARÁCTER PREVIO NA SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, treinta de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008731/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.D.S.L., con D.N.I... domiciliado en (VIGO), representado por doña M.A.O.L. y dirigido por el

Letrado don J.R.V., contra Resolución de 24.05.96 que desestima recurso ordinario contra otra de 10.07.95 de la Dirección Provincial de Trabajo en Pontevedra que confirma el acta de infracción nº 13/95 por pérdida de prestaciones de desempleo (expte. 529/96). Es parte la Administración demandada SECRETARÍA GENERAL DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEG. SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 720.386 ptas.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna resolución de la Autoridad Laboral por la extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de cantidades desde el 15.10.94 de 720.386 ptas. a la recurrente titular de la "A.I." por dar ocupación a una trabajadora de limpieza sin haber sido dada de alta en tiempo y forma en el Régimen General de la Seguridad Social estando percibiendo subsidio de desempleo vulnerando lo dispuesto en el art. 30.3.1 de la LISOS y arts. 221 y 231 R. D. L. 1/92. De los hechos descritos en el expediente administrativo y de lo actuado se desprende: 1º.- Que dicha trabajadora había prestado relaciones laborales mediante un contrato a tiempo parcial suscrito al amparo del R.D. 1.991/84, desde el 15 de octubre de 1993 hasta el 21 de junio de 1994 por 1,30 horas al día de lunes a viernes, equivalente a un 18,75% de la jornada laboral total desarrollando labores de limpieza en dicho Centro de trabajo. 2º.- Por resolución del INEM de 22 de diciembre de 1993 se le concedió

prestación por desempleo al 100% por pérdida de trabajo a tiempo completo del 1 de octubre de 1993 hasta el 31 de marzo de 1994. 3º.- Por resolución del 11.05.94 se le reconoció por el INEM subsidio de desempleo por el tiempo parcial se le reduce al 81,25%. 4º.- Acto seguido y por resolución de fecha 15 de octubre de 1994 por el INEM se le reconoce subsidio de desempleo en cuantía del 81,25% dada la naturaleza del contrato por el período de 1 de mayo de 1994 al 21 de junio de 1994. 5º.- Posteriormente se gira visita por la actuación inspectora el 25 de octubre de 1994 sorprendiendo a la trabajadora prestando servicios desde primeros de octubre comienzo del año escolar por no haber trabajado durante seis días del mes de junio 1994 lo que le hace merecedor a la vista de la documentación aportada de la sanción que ahora se recurre por dar ocupación desde el 21.10.94 a una trabajadora sin darle de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. 6º.- Cuestión que zanja la recurrente dándole de alta el 27 de octubre del mismo año. La trabajadora figura de baja en las prestaciones por desempleo desde el 01.03.95.

II.- Dada la farragosa y falta de claridad de las argumentaciones de la demanda junto con la dispersión legislativa en materia de contratación a tiempo parcial o por obra determinada, hemos de tener en cuenta que ha de calificarse como falta muy grave tal y como se recogen en la contestación, cuanto tales hechos tienen su encaje en el art. 30.3.1 de la LISOS por no comunicar el alta al Régimen General de la Seguridad Social, desde el 21.10.94 por ello si se trata de un contrato a tiempo parcial, es evidente que la recurrente no puede compatibilizar el contrato temporal con el percibo de la prestación por el subsidio de desempleo otorgado el 19.05.94 por el INEM del 01.05.94 a 30.04.96, y por consecuencia es perfectamente aplicable al caso lo dispuesto en el art. 15.2 del R.D. de 2 de abril de 1985 sobre desempleo reproducido por el art. 221 del R.D. 1/94 TR de la Seguridad Social siempre y cuando se haga la rebaja proporcional del salario percibido al tiempo trabajado.

Por todo ello y teniendo en cuenta que no se comunicó la baja y alta al INEM de la nueva colocación por la trabajadora y la empresa, ya que desde el día 21 de octubre de 1994, hasta el 27 del mismo mes y año por lo que es evidente que se ha incumplido con la obligación legal, por ambas partes sin perjuicio de la posible compensación de jornales que se adeudaban antes las partes, ajeno a este proceso dada la limitación competencial de esta jurisdicción contenciosa ajena a las cuestiones de calificación laboral en cuanto a jornadas y salarios.

III.- A la vista de las alegaciones impugnatorias vertidas por la parte recurrente, se hace preciso hacer una serie de reflexiones o consideraciones, que no son más que fiel reflejo de una doctrina jurisprudencial muy consolidada del propio Tribunal Supremo, sin olvidar la línea jurisprudencial que, en esta materia, viene sosteniendo esta misma Sala. Conforme al art. 52.2 de la Ley 8/88, las actas levantadas por la Inspección de Trabajo gozan de la presunción de acierto y veracidad, respecto de los hechos o circunstancias comprobados con ocasión de la visita inspectora y reflejados en el acta, bien porque surealidad objetiva fuera susceptible de percepción directa por el Inspector en el momento de la visita, o bien, porque hayan sido comprobados por dicho funcionario, por documentos o testimonios entonces recogidos, o actuados y plasmados en el correspondiente expediente, si éste fuera la forma de actuación, operándose, en tal caso, una inversión de la carga probatoria para el imputado, que se verá precisado, entonces, a destruir dicha presunción de carácter iuris tantum. Ahora bien para que opere dicha presunción, será preciso que el acta se formule y redacte con todos los requisitos que prevé aquel precepto, y otros que disciplinan la actividad sancionadora, o en su caso, la de los elementos fácticos que procuren una mínima identificación de los hechos relevantes a efectos de tipificación de la infracción imputada y de los que permitan la graduación de la sanción, sin que pueda quedar al margen de esa descripción, la consignación de los medios de comprobación manejados o utilizados por la Inspección, exigencias derivadas de la propia naturaleza de las actas de infracción, cuya función no puede reducirse a la de meras actas de acusación formal, pues con cumplirla, a ella se le añade, la de constituir soporte fáctico y probatorio sobre el que va a incidir la actividad sancionadora de la Administración si aquél doble contenido lo propicia. Por ello mismo, aquella presunción no alcanza a las meras suposiciones, conjeturas, juicios de valor o calificaciones que pueda hacer aquel funcionario en sede de la propia acta de infracción. Decir, por último, que dicha presunción no se desvanece o enerva por la circunstancia de que sean los Controladores de Empleo, los que como colaboradores de la Inspección, realicen la actividad de comprobación, por cuanto es a dichos funcionarios a los que corresponde comprobar y controlar cerca de las empresas y los trabajadores que el disfrute de las prestaciones por desempleo no se computabiliza con el trabajo por cuenta ajena o propia, poniendo en conocimiento de la Inspección los hechos que puedan ser constitutivos de infracción, y a ésta, la proposición de sanciones si corresponde (R.D. 1.638/81, de 19 de junio) (Sentes. T.S. 25 de

noviembre de 1988, 6 de noviembre de 1989 y 8 de marzo de 1990, entre otras).

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.D.S.L. contra Resolución de 24.05.96 que desestima recurso ordinario contra otra de 10.07.95 de la Dirección Provincial de Trabajo en Pontevedra que confirma el acta de infracción nº 13/95 por pérdida de prestaciones de desempleo (expte. 529/96) dictado por SECRETARÍA GENERAL DE EMPLEO DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEG. SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2769 RECURSO N°
03/0008060/1996**

S. CA.

**INSUFICIENTE ACTIVIDADE
INVESTIGADORA PARA SANCIONAR POR
TER COMPATIBILIZADO O PERCIBO DE
PRESTACIONES CO TRABALLO POR CONTA
ALLEA.**

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

En la Ciudad de A Coruña, cinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008060/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.A.R.R., con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado doña F.D.A.C., contra Resolución de 17.04.96 desestimatorio de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña de 18.08.95 sobre acta de infracción nº 35/95, sanción por pérdida de prestaciones de desempleo; Exp. 19.048/95. Es parte la Administración demandada

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Frente a las resoluciones recurridas, que imputaron al recurrente la comisión de la infracción tipificada en el art. 30.3.1 de la Ley 8/88 (compatibilizar el percibo de prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta ajena), se erige el presente recurso, aduciendo el recurrente que las resoluciones impugnadas vulneraron tanto el principio de seguridad jurídica como el derecho a la presunción de inocencia, pues el resultado de la actividad de constatación llevada a cabo por el Inspector actuante, resultaba insuficiente para sostener o fundamentar la infracción imputada, como así resultaba de los términos del acta, más propios de una denuncia que reflejo de una auténtica actividad de comprobación, sustentándose la imputación de la infracción en el único dato de la presencia del recurrente en el interior de un vehículo particular saliendo del centro de trabajo, presencia en todo caso circunstancial u ocasional, pues acudiera a una cita para una posible oferta de trabajo cristalizada días después de la fecha de visita.

II.- Sobre el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo, esta Sala tiene dicho, haciéndose eco de un criterio jurisprudencial muy consolidado, que la presunción de certeza o veracidad reconocida a aquellos documentos (art.

38 del Decreto 1.860/75 y art. 52 de la Ley 8/88) alcanza a los datos fácticos que permitan sustanciar la infracción imputada, siempre que sean susceptibles, por su realidad objetiva y visible, de ser apreciados personal y directamente por el Inspector o Controlador de Empleo en el acto de la visita al centro de trabajo, o que resulten acreditados bien documentalmente o por testimonios entonces recogidos o, en su caso, mediante la instrucción del oportuno expediente; de ello se desprende que aquella presunción no puede extenderse a meras apreciaciones, valoraciones, conjeturas o calificaciones o predeterminaciones jurídicas que aquellos funcionarios puedan reflejar en las actas.

Por otra parte, también debe reseñarse que una cosa es que la presunción de certeza o veracidad a que se refiere el art. 52.2 de la Ley 8/88 no pueda extenderse a las simples, impresiones, deducciones, juicios de valor o calificaciones jurídicas que pueda hacer el funcionario actuante, y otra muy distinta es la idoneidad, como prueba de cargo, de las presunciones o indicios que permita dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción. Como se dijo ya en otras ocasiones, no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo exculpatorio. Valga como cita dos sentencias del T.C. 62/94, de 28-II y 133/95, de 25-IX.

III.- El relatorio fáctico el acta de infracción lo es del siguiente tenor: "Que en virtud de visita efectuada el 02.11.94 entre las 5,30 y 6 horas de la mañana y teniendo en cuenta la hora en que se realiza la misma, que se trataba de un martes, después del puente del 1 de noviembre, que estaba dentro de un vehículo particular, y que como el resto de trabajadores salió cuando llegó el administrador D. que no existió alta previa, que solicitada información al INEM ese mismo día consta que se encuentra en situación de alta en prestación por desempleo y que posteriormente, el 07.11.94, se le da de alta en el Régimen General, se ha comprobado que el trabajador mencionado realizó trabajos por cuenta del empresario... mientras era perceptor de prestaciones por desempleo, desde el día de la visita, al menos, y sin que, en el momento de la

colocación, la hubiera comunicado a la Oficina de Empleo”.

IV.- En principio debe significarse, como se tiene dicho en otras ocasiones, que la mera presencia de una persona en un establecimiento o centro de trabajo no autoriza a concluir que obedece a la existencia de una actividad laboral, si en el acta no se plasman, más allá de esa circunstancia, otros hechos determinantes, que se erijan en auténticos indicios de estar en presencia de una actividad laboral, sea por cuenta propia o ajena.

Lo dicho no resulta baladí desde el punto de vista jurídico, y más cuando el operador del derecho actúa o debe fiscalizar la actividad sancionadora de la Administración, a la que le son aplicables, con ciertos matices, como expresa la Jurisprudencia constitucional, los principios que rigen en el derecho y proceso penales, entre ellos, el que la carga de la prueba pesa o incumbe a la parte que acusa.

Pues bien, en el presente caso, partiendo de la base fáctica del acta, ya se concluye que resulta muy forzado, desde el punto de vista jurídico, imputar al recurrente la comisión de la infracción tipificada en el art. 30.3.1 de la LISOS, pues al margen de advertir una insuficiente actividad de investigación tendente a constatar que realmente se estaba en presencia de una relación laboral, siendo significativo que el funcionario actuante se abstuviera de tomar declaración al recurrente y a los responsables o directivos de la empresa o a los demás trabajadores, dichos indicios, con tener virtualidad tanto para avalar la versión de la Inspección como la explicación que el recurrente ofrece sobre su presencia en el centro de trabajo, resultan insuficientes para inferir que la presencia del recurrente obedecía a razones de ocupación laboral, pues se trata de indicios menores (hora temprana de presencia, singularidad de la propia fecha de la visita, no coincidencia del recurrente y el administrador) que por su carácter circunstancial o lejano respecto del presupuesto de hecho que se pretende dejar probado (actividad laboral), hacen endeble el propio proceso de inferencias. En definitiva, estamos en presencia de una mera sospecha o conjectura, insuficientes, como es sabido, para destruir la presunción de inocencia (STC 45/97, de 11 de marzo, entre otras).

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.A.R.R. contra Resolución de 17.04.96 desestimatorio de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña de 18.08.95 sobre acta de infracción nº 35/95, sanción por pérdida de prestaciones de desempleo; Exp. 19.048/95. dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, anulamos las resoluciones recurridas, dejando sin efecto la sanción impuesta. Sin imposición de costas.

**2770 RECURSO N°
03/0008070/1996**

S. CA.

CONIVENCIA ENTRE EMPRESARIO E TRABALLADOR PARA OBTENER DE FORMA FRAUDULENTA PRESTACIONES POR DESEMPREGO.

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

En la Ciudad de A Coruña, cinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0008070/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por F.P.N., con D.N.I... domiciliado en c/... (Vigo), representado y dirigido por el Letrado don E.E.V. (Habilitado), contra Resolución de 29.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 102/95 sanción por pérdida de prestaciones de desempleo, Expte. 20.218/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las

diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 28 de septiembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugnan a través del presente recurso las resoluciones de la Administración Laboral ratificadoras de la imputación al recurrente de la infracción tipificada en el art. 30.3.3 de la Ley 8/88 (connivencia con el empresario para la obtención indebida de prestaciones por desempleo).

La actitud impugnatoria de la recurrente discurre por el cauce de negar la existencia de la infracción, aduciendo que el acta no era merecedora de reconocerle la presunción de certeza, pues contenía meras apreciaciones, juicios de valor e indicios o presunciones no constatadas e insuficientes para dar por acreditada la existencia de connivencia de la trabajadora con la empresa para la obtención de las prestaciones de desempleo. Añade que el despido improcedente sin readmisión acordado o convenido por conciliación ante el SMAC, determinante de la situación legal de desempleo y que posibilitara el acceso del recurrente a las prestaciones por desempleo, se ajustara a los dictados del art. 56 del E.T., y que si bien “existiera ilegalidad en la actuación por parte de la empresa en el despido, que parece no poder subsistir con dos cocineras o con una sola de deficiente salud (la recurrente), pero es realmente difícil apreciar connivencia por despido simulado y sin causa, cuando las causas del despido son tan obvias”, aludiendo con ello al proceso de lumbalgia dorsal dolorosa que la recurrente sufriera a lo largo del año 1994 y que le incapacitara laboralmente en varias ocasiones.

II.- Conviene significar que la imputación de aquella infracción se fundamentó en la

apreciación de una serie de indicios constatados por el Controlador Laboral, que llevaron, primero, al Inspector que autorizó el acta actuante, tras su verificación, y después, al propio órgano sancionador, a concluir que existiera connivencia de trabajador y empresa para la obtención indebida de prestaciones por desempleo, “expresada mediante el ejercicio de un despido simulado, con simulación absoluta, que supone la inexistencia del acto de despido, encubiertos por uno meramente aparente y ficticio, despido, por tanto, sin causa y nulo”.

Sobre el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo, esta Sala tiene dicho, haciéndose eco de un criterio jurisprudencial muy consolidado, que la presunción de certeza o veracidad reconocida a aquellos documentos (art. 38 del Decreto 1.860/75 y art. 52 de la Ley 8/88) alcanza a los datos fácticos que permitan sustanciar la infracción imputada, siempre que sean susceptibles, por su realidad objetiva y visible, de ser apreciados personal y directamente por el Inspector o Controlador de Empleo en el acto de la visita al centro de trabajo, o que resulten acreditados bien documentalmente o por testimonios entonces recogidos o, en su caso, mediante la instrucción del oportuno expediente; de ello se desprende que aquella presunción no puede extenderse a meras apreciaciones, valoraciones, conjeturas o calificaciones o predeterminaciones jurídicas que aquellos funcionarios puedan reflejar en las actas.

Por otra parte, también debe reseñarse que una cosa es que la presunción de certeza o veracidad a que se refiere el art. 52.2 de la Ley 8/88 no pueda extenderse a las simples, impresiones, deducciones, juicios de valor o calificaciones jurídicas que pueda hacer el funcionario actuante, y otra muy distinta es la idoneidad, como prueba de cargo, de las presunciones o indicios que permita dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción. Como se dijo ya en otras ocasiones, no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo exculpatorio. Valga como cita dos sentencias del T.C. 62/94, de 28-II y 133/95, de 25-IX.

III.- Procede, en consecuencia, analizar si los indicios que se recogen en el acta reúnen aquellas notas, y si los mismos permiten obtener aquella conclusión o inferencia.

En el acta de infracción se recogen los medios de comprobación manejados por el funcionario actuante (documental laboral y declaraciones de la recurrente y socios de la empresa), que permiten fijar los siguientes hechos probados, apreciados como indicios para obtener aquella inferencia, y que no fueron contradichos por contraprueta de la recurrente:

- En fecha 9 de mayo de 1995, el Controlador Laboral giró visita al centro de trabajo. Se trata de un negocio de café-bar del que es titular una entidad societaria conformada por el cónyuge, éste, administrador único y socio mayoritario, e hijos de la recurrente, que a la vez figuran como trabajadores por cuenta ajena.

- En el momento de la visita, el Controlador sorprende a la recurrente en la cocina del establecimiento hosteler, “pelando unas patatas, y al comprobar la identidad del funcionario actuante, se puso muy nerviosa, quitándose aceleradamente el mandil que llevaba puesto, y sentándose en la sala del bar, en una mesa”.

- La recurrente era solicitante de prestaciones por desempleo desde el 24 de febrero de 1995.

- Que durante el período 18.03.93 a 20.02.95, la recurrente fue trabajadora por cuenta ajena con categoría de cocinera de la citada empresa societaria.

- En fecha 02.01.95, el administrador único de la sociedad hace entrega a la recurrente de una carta de despido, en la que se expresaba “...dejará usted de trabajar para esta empresa por las razones expuestas en su momento”, cesando el 19.01.95.

- En fecha 20.02.95 se celebra conciliación ante el SMAC con resultado de avenencia, reconociendo la empresa la improcedencia del despido.

- Requerido el administrador único por la Inspección para que presentara la documentación requerida, no mostró la carta de despido ni el acta de conciliación, “y en ningún momento pudo explicar cuales fueron las razones expuestas en su momento para que ejerciera el derecho disciplinario como administrador de la sociedad limitada y despidiera a su esposa”, ni demostrara “fehacientemente el pago efectivo de la indemnización”.

IV.- Conviene significar que el presupuesto de la connivencia que está en la base de la infracción imputada, cuando se actúa o exterioriza mediante la creación de la apariencia de un despido, que no responde a la realidad de la situación entre el trabajador y la empresa, difícilmente puede acreditarse de modo palpable y mediante pruebas irrefutables sin acudir a la metodología probatoria que ofrece la prueba de indicios, pues el despido que posibilitara el acceso a las prestaciones por desempleo se actúa normalmente, en el aspecto formal, con visos o apariencia de legalidad.

Sentado lo anterior, dejando al margen las apreciaciones que se hacen en el acta sobre un posible error de encuadramiento de la recurrente, o sobre las consecuencias jurídicas derivadas del régimen de gananciales que regía el régimen económico matrimonial de la recurrente y su cónyuge, pues se trata de apreciaciones jurídicas, acertadas o no, pero en ningún caso de indicios, ha de concluirse que las circunstancias fácticas que se dejaron expresadas, se revelan como auténticos indicios que por reunir aquellas notas a que hacíamos referencia, se estiman como suficientes e idóneos, no sólo para destruir la presunción de inocencia, sino también para, a través de un juicio racional y lógico, inferir a aquél hecho-consecuencia sobre el que se sustancia la infracción imputada, esto es, que la empresa, a través de su administrador, y la trabajadora recurrente, en connivencia, simularon un cese laboral, vía despido, existente sólo en el aspecto formal, como procedimiento idóneo, aunque ilegítimo, para posibilitar el acceso de la recurrente a las prestaciones por desempleo.

En efecto, dejando al margen toda consideración sobre la importancia que pueda tener aquí el hecho parental y convivencial de la trabajadora, así como la apreciación o consideración de aquella empresa societaria como una auténtica sociedad familiar de corte capitalista tan solo en lo formal, que parece encubrir en realidad, con dicho ropaje societario, una actividad empresarial de carácter autónomo, en el que la sociedad y la persona de los socios se confunden, circunstancias ambas que rechazarían la condición de trabajadora por cuenta ajena de la recurrente, por aplicación de lo dispuesto en el art. 7.2 del TRLGSS (R.D. Legislat. 1/94), y en consecuencia, impedirían el acceso a las prestaciones por desempleo supuesto de producirse la situación legal de desempleo, es lo cierto que aquella más que sospechosa forma de generar el despido, inidentificado tanto en su aspecto causal como en sus consecuencias o efectos, dada la mera referencia vaga y genérica a “razones expuestas en su momento”, no acreditadas en este trance procesal, referencia sólo explicable por la connivente actuación

tendente a propiciar que la recurrente accediese a las prestaciones por desempleo, unida a la circunstancia de que la recurrente es sorprendida por el Controlador realizando la actividad propia para la que fuera contratada, se revelan como indicios adecuados y suficientes para inferir el carácter ficticio del despido, o si se quiere, simulado en fraude de ley, permitiendo, en consecuencia, formar la convicción sobre la existencia de connivencia entre empresa y trabajadora para la obtención indebida de prestaciones por desempleo.

Por todo lo razonado, procede la desestimación del recurso.

V.- No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 31 de la Ley Jurisdiccional).

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por F.P.N. contra Resolución de 29.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 102/95 sanción por pérdida de prestaciones de desempleo, Expte. 20.218/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

2771 RECURSO Nº 3.369/99

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO POR TERSE PRODUCIDO EXTINCIÓN POR DENUNCIA DE CONTRATO DE DIMENSIÓN DETERMINADA ESTIPULADO CON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

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

A Coruña, a seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 3.369/99 interpuesto por don F.R.F.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.R.F.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE y don B.C.M. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 10/99 sentencia con fecha 10 de mayo de 1999 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primer.- El demandante vino prestando servicios a la demandada desde el día 01.08.91, percibiendo un salario mensual de 126.890 pesetas sin inclusión de pagas extra y con la categoría de celador./ Segundo.- El demandante inició su relación laboral el día 01.08.91 como celador como consecuencia de contrato suscrito con la Diputación Provincial de Orense al amparo del R.D. 2.104/84 de carácter eventual de 1 mes de duración en sustitución, por vacaciones, de S.A.G.C.; a la finalización de su relación laboral figuró como demandante de empleo hasta el día 01.01.92 fecha en la que inicia una nueva relación laboral con la demandada al amparo del R.D. 2.104/84 con una duración de 6 meses (hasta el 30.06.92); sin solución de continuidad y al amparo del R.D. 2.104/84 suscribe nuevo contrato con duración hasta 31.08.92 o hasta que la plaza se cubra en propiedad y también sin solución de continuidad suscribió nuevo contrato al amparo del R.D. 1.989/84 de fomento de empleo el que fue prorrogado hasta el 31.08.95 y en septiembre de 1995, sin solución de continuidad suscribe contrato de interinidad; contratos cuyo contenido se da aquí por reproducido./ Tercero.- El demandante prestó sus servicios como celador en el Hospital "S.M.M." sin solución de continuidad hasta el día de su cese el 16.11.98./ Cuarto.- Con fecha 21 de octubre de 1998 la demandada comunica por escrito al demandante lo siguiente: "F.R.F.M., Celador, Avda... Ourense.- Comunicaselle que, unha vez resolto con carácter definitivo o concurso oposición para o persoal laboral do Complexo Hospitalario "S.M.N.-Dr. C.G.", proximamente se producirá a incorporación dos adxudicatarios dos postos de traballo incluidos na devandita oferta pública de emprego.- a posible incorporación dese persoal adxudicatario no posto de traballo que vostede viña ocupando pode conllevar, previsiblemente, o cese naúa prestación de servicios no centro.- A efectividade do cese terá lugar, no seu caso, en datas próximas que lle serán notificadas debidamente.- Ourense a

21 de outubro de 1998 O Xerente Xeral, Asdo. Dr. A.C.G."/ Quinto.- Con fecha 16 de noviembre de 1998 la demandada notifica por escrito al demandante lo siguiente: "Habiendo tomado posesión de la plaza don B.C.M., por resolución de 29.10.98 de la División de Recursos Humanos pongo en su conocimiento que el contrato suscrito por usted dejará de surtir efectos al finalizar la jornada del día 16 de noviembre lo que le comunico a los efectos oportunos; Ourense a 16 de noviembre de 1998. El Gerente General A.C.G."/ Sexto.- Por Decreto 22/93 de 28 de enero (DOG. 12.02.93) se transfiere a la comunidad Autónoma de Galicia el Hospital Provincial "S.M.M." dependiente de la Diputación Provincial de Ourense, junto con la Escuela de enfermería, ubicada en el indicado centro, transfiriendo el personal adscrito a dichos centros, entre ellos la actora, personal contratado eventual del Hospital "S.M.M.". Por Orden de 28 de abril de 1995, (DOG de 15.05.95), se crea el Complexo Hospitalario "S.M.N." y Hospital "Dr. C.G."/ Séptimo.- Por resolución de 8 de abril de 1996 la Dirección General de Recursos Humanos convoca concurso oposición para ingreso en las categorías incluidas en la Oferta Pública de empleo para el año 1995 del Personal Laboral del Complexo Hospitalario "S.M.M.- Dr. C.G." de Ourense. Por resolución de la Dirección de Recursos Humanos del SERGAS de 14 y 26 de mayo de 1998, se da por terminado el proceso selectivo convocado por la resolución citada de 08.04.96./ Octavo.- En fecha 21 de outubro de 1998, por la dirección General de la División de Recursos Humanos del SERGAS, se dictan instrucciones para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los adjudicatarios de los puestos de trabajo objeto de la oferta pública de empleo del personal laboral del C.H. "S.M.N. - Dr. C.G.", considerando aplicables el contenido de las instrucciones de 31.07.97. Dichas instrucciones figuran incorporadas a autos teniendo aquí su contenido por reproducido./ Noveno.- El demandante no ostenta cargo sindical alguno./ Décimo.- El demandante agotó la vía previa administrativa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don F.R.F.M. debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones de la misma."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor la sentencia de instancia, que desestima la demanda interpuesta por despido, en solicitud de su revocación; a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia que aquella sentencia infringe, en primer lugar, el art. 3 RD 2.104/84 y doctrina jurisprudencial sobre contrataciones temporales sucesivas y art. 15 E.T. y 6.4 C. Civil, en segundo lugar, el art. 8.5 E.T. en relación con el art. 2.2 de la Directiva Comunitaria nº 91/533 CEE del Consejo, de 14.10.91, en tercer lugar la resolución de la D. Xeral de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia de 31.07.97 y el art. 55.1 y 55.5 E.T. y 7 LOPJ y 24 y 9 C.E, y en último lugar, que viola ciertos derechos fundamentales que concreta.

SEGUNDO.- No articulándose en el recurso revisión alguna de los HDP por la vía obligada del art. 191.b) L.P.L., de los que declara la sentencia de instancia, consecuencia en todo caso de una valoración adecuada e imparcial de la prueba practicada por parte del Juzgador de Instancia no desvirtuada a través del recurso, resulta lo esencial siguiente: 1) El actor prestó servicios como celador en el Hospital "S.M.M." de Ourense, habiendo suscrito los siguientes contratos: Inició la relación laboral en fecha 01.08.91 como consecuencia de contrato suscrito con la Diputación de Ourense al amparo del R.D 2.104/84 de carácter eventual de 1 mes de duración, a cuyo término figuró como demandante de empleo hasta que el 01.01.92 inició una nueva relación con la demandada al amparo del R.D. 2.104/84 con una duración de 6 meses; sin solución de continuidad y al amparo del R.D. 2.104/84, suscribió nuevo contrato con duración hasta 31.08.92 o hasta que la plaza se cubriese en propiedad; y también sin solución de continuidad suscribió nuevo contrato al amparo del R.D. 1.989/84 de Fomento de Empleo, que fue prorrogado hasta el 31.08.95; en septiembre de 1995, sin solución de continuidad suscribe contrato de interinidad. 2) Por resolución de 08.04.96 se convocó concurso oposición para ingreso en las categorías incluidas en la oferta pública de empleo para 1995 del personal laboral del Complexo Hospitalario "S.M.M. - Dr. C.G." de Ourense, que concluyó por resoluciones del Sergas de 14 y 26.05.98. 3) El 21.10.98 el Sergas dictó instrucciones para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los adjudicatarios de las plazas, considerando aplicables las instrucciones de 31.07.97. 4) Con fecha 21.10.98 el Sergas comunica al actor que "una vez resuelto con carácter definitivo el concurso oposición para el personal laboral del Complexo Hospitalario "S.M.N. - Dr. C.G.", próximamente se producirá la incorporación de los adjudicatarios de los puestos de trabajo incluidos en la señalada oferta pública de empleo.

La posible incorporación de ese personal adjudicatario en el puesto de trabajo que usted venía ocupando puede conllevar, previsiblemente, el cese en su prestación de servicios en el centro. La efectividad del cese tendrá lugar, en su caso, en fechas próximas que le serán notificadas debidamente". 5) El 16.11.98 el demandante recibió la siguiente comunicación: "...Habiendo tomado posesión de la plaza don B.C.M. por resolución de 29.10.98 de la división de RR.HH. pongo en su conocimiento que el contrato suscrito por usted dejará de surtir efectos al finalizar la jornada del día 16 de noviembre. Y 6) En el Fundamento Jurídico 1º de la sentencia recurrida y también con su oportuno valor de HP se dice que "el criterio seguido por el Sergas, para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los aprobados en el concurso-oposición ya citado, de cesar a los interinos con mayor antigüedad, conforme a las instrucciones de 21.10.98, que declara aplicables las de 31.07.97...".

TERCERO.- La denuncia que en primer lugar formula el recurso del art. 3 R.D. 2.104/84 y cierta jurisprudencia y del art. 15 E.T. y 6.4 C. Civil se traduce en que, según la parte, desde el primer contrato se aprecia fraude de ley y que, por ello, "siguiendo el criterio jurisprudencial consolidado, mi representada en tales circunstancias ya había adquirido sin duda la condición de trabajador fijo". La sentencia recurrida razona adecuadamente sobre el particular al dejar sentado que en ningún caso "la irregularidad contractual en la que hubiera podido incurrir la Administración Pública, alegada por la actora, según la doctrina jurisprudencial... no constituyen un fraude de ley ni convierten en fijos de plantilla a los trabajadores afectados, únicamente se convertían dichos contratos, a efectos de irregularidad, en contratos indefinidos hasta la cobertura en legal forma de la plaza". Efectivamente, las irregularidades en los contratos suscritos con el actor en ningún caso pueden propiciar que su relación con el Sergas pasase a otorgarle la condición legal de fijo de plantilla ni impiden el cese por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba; consecuentemente, esto último comprende el proceso integral oportuno, incluyendo los criterios generales fijados para los ceses del personal no fijo de plantilla cuando existan más plazas vacantes cubiertas interinamente que personas aprobadas en el proceso de selección. El T.S. en sentencias de 20/1 y 21/1, 27/3, 20/4 y 22/9/98 ha dejado establecido que las irregularidades de contratación no determinan la condición de trabajador fijo de plantilla, sino tan solo la de novar el contrato temporal por otro por tiempo indefinido, pero sujeto a la condición de extinción cuando la plaza ocupada se cubra en forma reglamentaria, ya que en otro supuesto se

produciría un ingreso en plantilla sin respetar los principios de igualdad de oportunidades, a través de la oferta pública de empleo. En supuesto similar, la Sentencia de este Tribunal de fecha 21.06.99 hacía las siguientes consideraciones, también aquí de aplicación: "1º) La jurisprudencia establece como principios rectores de la contratación temporal por las Administraciones Públicas: A) La sujeción a la normativa general, coyuntural o sectorial que incorpore las normas específicas reguladoras del contrato de trabajo así como, respecto de la selección de su personal, a los principios de igualdad, mérito y capacidad. B) Las eventuales irregularidades no determinan necesariamente atribuir al contrato de trabajo el carácter indefinido; a tal fin no basta una simple inobservancia de la regulación contractual, sino que es preciso un defecto esencial que lleve a prolongar la relación laboral más allá del tiempo pactado, porque el fraude de ley es algo más que la simple omisión de determinadas formalidades en la constitución de la relación jurídica y requiere la voluntad de eludir un mandato imperativo que pretende obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.

La naturaleza indefinida de la relación laboral litigiosa, que ahora es el resultado de las infracciones que la administración contratante cometió respecto de las normas reguladoras de los contratos suscritos con el trabajador recurrente, no implica que éste tenga la condición de trabajador fijo de plantilla porque, como declara la jurisprudencia (TS ss. 7-10-96, 20-1, 13-10-98), "... la calificación en las administraciones Públicas de la relación contractual de trabajo como relación de carácter indefinido no exime a aquéllas del deber legal de convocar los concursos o pruebas oportunos para la acreditación de méritos, ni exonera al trabajador afectado de la carga de participar en dichos concursos o pruebas si quiere consolidar de manera estable el desempeño del puesto de trabajo, ni permite tampoco reconocer a dicho trabajador tal condición si el resultado de la prueba o concurso es favorable a otro candidato...".

De acuerdo con todo ello, el motivo se desestima, pues en modo y momento alguno el actor ha ostentado durante su relación con el Sergas la condición de fijo de plantilla ni ha consolidado derecho alguno a no ser cesado caso de ser cubierta la plaza que ocupaba en forma reglamentaria; que es lo que considera el juzgador de instancia.

CUARTO.- También en orden a derecho se denuncia la infracción del art. 8.5 del E.T., en relación con la Directiva Comunitaria 91/533, de 14 de octubre, en la que se contempla el deber de

información al trabajador de los elementos esenciales de su relación de trabajo, cuyo contenido entiende la recurrente que ha sido omitido a lo largo de los años en que prestó servicios, aduciendo las irregularidades habidas, que no “se le ha dado la posibilidad de tener conocimiento de lo que firmaba, habiéndole sido entregada copia de los contratos suscritos, una vez que fue despedido...”. La argumentación no puede admitirse, resultando puramente hipotética; en realidad esencialmente contradictoria con la firma de los diversos contratos que el actor llevó a cabo, de tal modo que no puede deducirse o concluirse que desconozca sus contenidos, lo que en todo caso a él sería imputable. Tampoco aparece reclamando o denegándosele información alguna durante la relación de servicios.

QUINTO.- Se denuncia también la infracción de la resolución de la D.G. de Recursos Humanos de la Xunta de Galicia de 31 de julio de 1997, en relación con el art. 55 del ET. Y 7 de la LOPJ, que se considera producida a la vista del contenido de la carta de precese y de la de cese, pues en la primera sólo se hace una referencia a que la incorporación de los adjudicatarios del concurso-oposición del personal laboral puede dar lugar al cese en los servicios que venían prestando y en la carta de cese nada se añade a la referida comunicación, ya que tan solo se indica que por haber tomado posesión un trabajador nombrado en propiedad se extingue el contrato de trabajo del actor. Entiende el recurrente, en esencia, que al no existir información respecto a los motivos del cese y a los criterios en que éste se funda, de acuerdo con las instrucciones contenidas en la resolución referida, se desconoce el criterio de antigüedad que aplica la Entidad demandada para extinguir los contratos, y desconoce asimismo el contenido de las listas, para poder analizar si dicho criterio se aplicó correctamente. Al hilo del motivo se aducen los arts. 24 y 9 C.E., se cuestionan antigüedades y listas... y, por último, se alega la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Galicia en fecha 28.04.99 y cuya copia se acompaña al recurso para su unión al proceso al amparo del art. 231 L.P.L. La unión de dicha sentencia procede al amparo del referido precepto y dada su fecha y la del acta de juicio. La argumentación tampoco prospera.

La causa del cese del actor está oportunamente precisada en las comunicaciones habidas, primero con la carta de precese y luego con la de cese (HDP 4^a y 5^a); y también en las bases previas del concurso de provisión de plazas y en las instrucciones que con carácter general y por derivación del mismo estableció el Sergas, previo acuerdo con las Org. Sindicales, para determinar el orden en el que habían de producirse los ceses

en función de la cobertura de plazas como resultado de concurso-oposición. Se sabe, en suma, que a consecuencia del citado concurso oposición y al resultar adjudicadas las plazas, los afectados habían de cesar conforme a determinados criterios; así se lo indicaba suficientemente al actor la carta de precese; y éste conoce o puede conocer las listas de cese, pues consta fueron publicadas en los respectivos tablones de anuncios y en modo alguno es obligado su remisión individual a cada uno de los trabajadores afectados; y cuando se comunica el cese al actor, se le participa que se debe a cobertura definitiva de su plaza con indicación del trabajador que pasa a ocuparla y que la obtuvo en el procedimiento convocado... (H.P. 5º). De este modo, queda posibilitada debidamente la impugnación de la decisión de cese con las comunicaciones habidas, sin que subyazca en ello la vulneración de las normas que se pretende en el motivo. A partir de ello y consecuentemente, en nada valorable influye, en orden a una debida defensión, la alegación relativa a que también se debía explicitar en las comunicaciones habidas los criterios para el cese de los afectados o las listas, ni lo demás argumentado en el motivo, también objeto de razonamiento al hilo de abordar la última infracción legal que se denuncia.

Puntualizar por último, de un lado, que los HDP nada declaran a cerca de que el Sergas no hubiera aplicado en el supuesto de los celadores el criterio de cesar al interino más antiguo y en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de instancia se afirma tajantemente que se siguió tal criterio “conforme a las instrucciones de 21.10.98, que declara aplicables las de 31.07.97...”. De otro lado, que el pronunciamiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este T.S.J. en fecha 28.04.99 (resolviendo recurso promovido por un sindicato) se limita a anular la base sexta, B) fase de concurso, nº 18, respecto de la resolución del Sergas de 08.04.96 convocando concurso-oposición -que se refiere exclusivamente al proceso de cobertura reglamentaria -en propiedad- de las plazas en oferta pública de empleo, y más en concreto a la consideración como mérito el haber prestado servicios previos en las que precisamente eran objeto de convocatoria-, dejando sentado (“considerando” 3º) que a la fase primera o de oposición “no se le ha opuesto tacha alguna, sino que es la de concurso en esas condiciones la que al ser anulada deberá dar paso a una regulación adecuada al respecto para la participación en ella de quienes hubiesen superado la oposición”, de manera que además de que el demandante no efectuó impugnación alguna que conste en vía Contencioso-Administrativa y que el Sergas

adoptó las decisiones que le afectaron en momento anterior a ser dictada la sentencia dicha, referida resolución, sin perjuicio de los efectos susceptibles de desplegar en su ámbito propio y según los términos dichos de la misma, carece de aptitud jurídica para por sí sola y por sí misma, dejar afectada la situación del demandante, siendo argumentable, como dice la S. de este T.S.J- de 24.09.99 en asunto similar, “en pretensión relativa a la adquisición de la plaza en propiedad, pero nunca al cese como trabajador temporal”.

SEXTO.- Alega el recurso, finalmente, violación de derechos fundamentales, y en especial discriminación. Al hilo de ello, argumenta la recurrente: “En consecuencia, teniendo en cuenta que ni la carta de precese, ni la carta de cese informan adecuadamente a la actora de los motivos por los que fue cesada... y teniendo en cuenta que no se ha aportado la lista de personal interino eventual del Hospital Provincial.. ha de concluirse que se han violado los principios constitucionales contenidos en nuestra Carta Magna de legalidad, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, tutela judicial efectiva...”; y también alega discriminación, citando sentencias de los TSJ de Castilla-León y Castilla la Mancha...

La sentencia recurrida argumenta oportunamente en torno a la legalidad del cese del actor a partir de que la plaza que ocupaba pasó a serlo por persona que la obtuvo en el proceso selectivo reglamentario convocado al efecto; y también razona que al hilo de la cobertura de la indicada plaza, el Sergas no vulneró ningún derecho fundamental del demandante ni lo discriminó, aplicando oportunamente para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los aprobados en el concurso oposición el criterio de cesar a los interinos con mayor antigüedad conforme a las instrucciones de 21.10.98, que declaraba aplicables las de 31.07.97. A partir de ello y de tal actuación como única probada, resulta que es legítimo el criterio de cesar a los interinos más antiguos, recogido por la instrucción de la D.G. de recursos Humanos dictada en 31.07.97, habiendo entendido la S. del T.S. de fecha 13.10.97 (Ar. 7.300) que el criterio de cesar por cobertura reglamentaria de plaza interina a quien más tiempo lleva ocupando una vacante temporal es legítimo. Por otro lado, las alusiones a la prueba no aportada carecen de la trascendencia que pretende la parte, máxime cuando en su momento no aparece formulada protesta en forma y en el recurso ni se interesa revisión de los HDP por la vía del art. 191.b) L.P.L. Igualmente carece de eficacia la apelación que se hace a una posible discriminación por el criterio de la antigüedad en la prestación de servicios adoptado por el Sergas (instrucciones de 31.07.97) para el orden de cese de sus

trabajadores interinos y no el principio de la antigüedad en la última contratación seguido por el Insalud (circular 14.02.95) a los mismos fines y que el recurrente defiende, pues en manera alguna ello supone un trato desigual injustificado porque, junto a lo que dejamos consignado, una y otra entidades ostentan legalmente la potestad organizativa y de gestión de los recursos sanitarios y asistenciales dentro de su respectivo ámbito territorial.

En consecuencia, ratificamos la sentencia de instancia que no apreció despido y entendió que el cese del actor fue conforme a derecho, por no tener la cualidad de trabajador fijo de plantilla y por haber sido cubierta la plaza que ocupaba por el trabajador codemandado como titular de la misma, cese en el que por otra parte no aparece obviada la aplicación de los criterios establecidos con carácter general y reglamentario al efecto.

Por todo ello y en consecuencia, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de Instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don F.R.F.M., contra la sentencia dictada el día 10.05.99 por el Juzgado de lo Social nº Tres de Orense en autos nº 10/99, tramitados por despido a instancias del recurrente frente al Sergas y don B.C.M., confirmamos la sentencia recurrida.

2772 RECURSO N° 3.696/99

S.S.

A REVOCACIÓN DO MANDATO DO REPRESENTANTE UNITARIO DETERMINA QUE, EN CASO DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, A OPCIÓN ENTRE READMISIÓN E INDEMNIZACIÓN CORRESPONDA Ó EMPRESARIO.

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

A Coruña, a once de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA