

3014 RECURSO N° 3.191/2000

S. S.

RESPONSABILIDADE SOLIDARIA: NON PROcede. INEXISTENCIA DE GRUPO DE EMPRESAS. NON SE APRECIA UNIDADE DE DIRECCIÓN, NIN CONFUSIÓN DE PATRIMONIOS, NON UTILIZACIÓN ABUSIVA DA PERSONALIDADE XURÍDICA DIFERENCIADA.

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

A Coruña, a veintisiete de julio de dos mil.

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 3.191/2000 interpuesto por "F.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. CINCO de VIGO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 535/99 se presentó demanda por J.S.G. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el "F.Y.O.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de marzo de 2000 por el Juzgado de referencia que estima parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º).- Don J.S.G., con D.N.I..., venía trabajando para la empresa "G.D.E., S.L.", domiciliada en... Vigo, con la categoría profesional de Oficial 1ª, desde el 04.11.96 y salario mensual de 140.000 pesetas incluido prorrato de pagas extras.- 2º) Con fecha 27.08.99 la empresa le comunicó a medio de escrito lo siguiente: "Lamentamos comunicarle que la Dirección de esta Empresa, se ve obligada a proceder a su despido objetivo en base a lo establecido en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, debido a la situación económica negativa que la empresa atraviesa, por cuanto se encuentra incursa en procedimientos de apremio, Seguridad Social y diversos proveedores a la que se une ahora la falta de trabajo una vez acabadas las obras que teníamos".- 3º) Se celebró

acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación que resultó sin efecto.- 4º) El actor ha ampliado la demanda contra las demás empresas demandadas, en base a entender que existe grupo de empresas y responsabilidad solidaria.- 5º) En este Juzgado se han dictado sentencias nº 484/99 y 489/99, por despido improcedente contra la Empresa "G.D.E., S.L." en cuyos procedimientos se sigue incidente de no readmisión en los autos nº 529 y 530 de 1999.- 6º) La Empresa "C.C.I.E.D.G., S.A." se constituyó en Escritura nº 2.419, Vigo 02.10.95. Notario don G.G.B.S. por: 1. Don J.P.B., nacido 26.09.61, casado con doña A.M.V.C., D.N.I..., suscribe 200 acciones - desembolsa 25% 500.000 pesetas.- 2. Don J.A.T.P., nacido 29.07.64, casado con doña C.B.L., D.N.I..., suscribe 200 acciones - desembolsa 25%, 500.000 pesetas.- 3. Don F.J.M.C., nacido 03.01.69, casado con doña M.C.F.R., D.N.I..., suscribe 200 acciones - desembolsa 25% 500.000 pesetas.- 4. Don J.G.P.R.D., nacido 05.03.55, casado con doña M.C.E.M., con D.N.I..., suscribe 200 acciones - desembolsa 25% 500.000 pesetas.- 5. Don C.D.C.D.S., nacido 24.04.46, casado (régimen separación bienes), D.N.I..., suscribe 200 acciones -desembolsa 25% 500.000 pesetas.- capital 12.000.000 pesetas, 1.200 acciones nominativas, suscriben totalidad y desembolsan 25%.- Presidente: Don J.P.B., Secretario, don J.A.T.P., Vicepresidente, don F.J.M. Objeto: Central de compras, actividades artículo 5 apartado E, Ley 23/92, consistente en instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad. Instalación y mantenimiento de antenas de televisión, circuitos cerrados, televisión por cable. Instalación y mantenimiento de sistemas de calefacción, de fontanería, eléctricos y antiincendios. Construcción, adquisición, explotación y venta de instalaciones industriales, etc.- Las actividades integrantes del objeto social podrán ser desarrolladas por la Sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o participaciones en Sociedades con objeto idéntico o análogo. Domicilio en... (Pontevedra) C/... Por escritura nº 2.632/96 del notario de Pontevedra don E.M.A. de 14.06.96. Los anteriores (1, 2, 3, 4, 5, y 6) y, 7. Don J.L.B.P., nacido 19.01.45, casado con doña M.C.V., D.N.I...- 8. Don J.L.A.R., nacido 27.08.53, casado con doña M.D.V.G. D.N.I...- 9. Don A.M.P.G., nacido 04.09.48, soltero, D.N.I... Este además como representante y administrador solidario de "P.C., S.L.". Los seis primeros son los únicos socios de "C.C.I.E.D.G., S.L.", y venden 100 acciones cada uno de la sociedad, a "P.C., S.L." y a don J.L.B.P. y a don J.L.A.R.- "P.C., S.L." tendrá 300 participaciones sociales. don J.L.P. 150 y don J.L.A. 150.- Modifica el objeto social quedando: "Central Compras y

Ventas de muebles, inmuebles y productos manufacturados. Ingeniería, realización y mantenimiento de instalaciones eléctricas, mecánicas, gas, climatización, agua, electromecánicas, de seguridad y especiales necesarias de la construcción, industria en general, incluso naval, aeronáutica y de protección y conservación de medio ambiente. Traslado domicilio Vigo, Avda...- Consejo: Presidente: don J.D.C.D.S., Secretario: don J.P.B.; Vocales: don J.L.A.R. y don A.M.P.G. Escritura de 14.06.96 del Notario Sr. M.A., núm. 2.633/96 se apodera a don J.I.M.A., don A.M.P.G., don J.D.C.D-S. y don J.A.T.P.- Por escritura 2.789/97 del Notario Sr. M.A., de 27.05.97.- Los ocho primeros y don A.M.P.G., en representación y como Administrador Solidario de "P.C., S.L.". don J.L.A.R., en representación y como Administrador solidario de "A.B.T.A., S.L." y don C.R.P. en representación y como Administrador solidario de "G.D.E., S.L.". Se venden y tramitan acciones de "C.D.C.I.E.D.G., S.A." a las otras sociedades, quedando las acciones de dicha sociedad de la forma siguiente: "P.C.": 400 acciones.- "A.B.T.A., S.L.": 400 acciones.- "G.D.E., S.L.": 400 acciones.- Consejo: Presidente: don A.M.P.G., Secretario: don C.R.P., Vocales: don J.D.C.D-S., don J.L.B.P. y don J.P.G.- Escritura de 27.05.97. Escritura de apoderamiento a don A.M.P.G., don C.R.P. y don J.L.A.R.- Escritura 6.112/98, 09.11.98, compraventa de acciones de "C.D.C.I.E.G., S.A." por "G.D.E., S.L." a don J.M.G.D.- Don C.R.P. como representante y administrador de "G.D.E., S.L." vende a don J.M.G.D. 400 acciones.- Por escritura de 30.11.98, se amplía el objeto social, domicilio y nombramiento de Consejo y Consejero Delegado. El objeto, se amplía en el mismo concepto que tenía en la escritura originaria de constitución. Domicilio en Pontevedra, Avda...- Se designan miembros del Consejo: Presidente: don A.M.P.G., Vicepresidente: don J.L.A.R.. Secretario: don J.L.B.P.- Vocal: don B.P.G.- 7º) "C.E., S.L." El 28.05.96 en..., (Portugal), don F.M.G.R., Administrador de la S.A. "F.I.E., S.A.", C.R.P. como Socio Gerente en representación de "A.I., S.L."- Don A.M.P.G., en representación de "P.C., S.L."- Y don P.A.H.S., constituye "F.G.I.E.E., Lda.". Objeto: Elaboración de estudios, proyectos, instalaciones eléctricas, sanitarias, gas, seguros y otras instalaciones especiales.- Capital: 6 millones de escudos, 2 millones P.A.H.S. y 1 millón cada uno de los otros.- En escritura 6.379, de 23.11.98, después de varias vicisitudes, como el aumento de capital sociedad y cambio de nombre de la sociedad por "C.E., LDA", don C.R.P., en representación de "G.D.E., S.L.", vende a don J.M.G.D., una cuota de "C.", del 20% equivalente a 4.000.000 de escudos portugueses.- 8º) Por escritura de 21.05.99, nº

2.382 del Notario Sr. M.A.. don J.R.V.L., nacido 30.06.52, casado con doña C.M.S., D.N.I..., 240 participaciones.- Don J.L.A.R., nacido 27.08.53, casado con doña M.D.V.G., D.N.I...- Don B.P.G., nacido 18.02.60, casado con doña M.D.G.S., D.N.I..., en su nombre y don J.L.A. y don B.P. en representación y como consejeros de "C.D.C.I.E.D.G., S.A." constituyen "C.A., S.L." 6 millones - 600 participaciones.- Centro de Instalaciones 360 participaciones. Sistema Administradores mancomunados.- Objeto: Estudio de Arquitectura. Ingeniería y Diseño. Central compras, artículo 5 Ley 23/92, calefacción, fontanería, electricidad, climatización, ventilación, etc. Podrán ser desarrollados por la sociedad total o parcialmente, de modo directo o indirecto, mediante titularidad de acciones o participaciones en sociedades mercantiles. Domicilio Pontevedra, Avda... 9º) "E.". Por escritura pública nº 1.970 de 11 de diciembre de 1990, ante el Sr. notario don M.M. participaciones.- 1. Don C.R.P., nacido 08.01.54, casado con doña M.I.B., D.N.I... 175 participaciones 2. Don J.D.C.D.S., nacido 24.04.46, casado con doña M.L.A.S., D.N.I... 175 participaciones - 3. Don A.F.P.P., nacido 10.07.48, casado con doña J.G.V., D.N.I. 175 participaciones. Constituyen S.L. "G.O.T., S.L.", capital 525.000 pesetas, 525 participaciones de 1.000 pesetas.- Administrador indefinido don J.D.C.- Objeto: Estudio ingeniería técnica.- En el año 1995, escritura 918 de fecha 29 de marzo ante el Notario Sr. G.B., se aumenta el capital social en 975.000 pesetas (quedando en 1.500.000 pesetas) se cambia la denominación que pasa a ser "E.E.C.E., S.L." Se renueva a don J.D.C.D-S. el cargo de Administrador único. La participación social en el aumento es: don A.F.P., 215 participaciones (215.000 pesetas).- Don C.R.P., 12 participaciones (12.000 pesetas).- Don J.D.C.D.S., 13 participaciones (13.000 pesetas).- Don J.M.V.M., D.N.I..., casado con doña E.L.L., 360 participaciones (360.000 pesetas).- Don J.L.O.C., soltero, D.N.I..., 375 participaciones (375.000 pesetas).- En escritura nº 2.363/95, de 26 de septiembre, don A.F.P., transmite a don C.R.P. 13 participaciones de "E., S.L.", a don J.D.C. 12 participaciones; don J.M.V.M. transmite a don J.P.B. 35 participaciones, don J.L.O.C. vende a don J.G.P.R.D. 125 participaciones. Don J.L.O.C. vende a don J.G.P.R.D. 175 participaciones, a don J.A.T.P. 100 participaciones. Se traslada el domicilio a la C... de Vigo. Se aumenta el capital social en 100.000 pesetas (1.600.000 pesetas).- El 07.05.97 don J.P.B. y su esposa vende al resto de los socios 200 participaciones, que tiene el primero en la sociedad.- El 26.03.99, por escritura pública, se aumenta el capital social de "E." en 224.000 pesetas 224 participaciones, que suscribe don P.L.M.- En dicha escritura don C.R. cede y

transmite a don P.L.M. 228 participaciones.- Por escritura Pública de 15.07.99 don A.F.P., vende a don P.L.M. sus 228 participaciones. Es nombrado en Junta General como Administrador único, don P.L.M.- 10º) "G.S., S.L." En escritura pública de 6 de septiembre de 1994, los Sres: Don C.R.P., nacido 08.01.54, casado, don J.D.C.D.S., nacido 24.04.46, casado y don F.J.M.C., nacido 03.01.69, casado, constituyen "G.S., S.L." capital 3.000.000 pesetas 300 participaciones por partes iguales. Administrador único (10 años) a don F.J.M.C.- Objeto: Instalaciones eléctricas en general, así como la comercialización y mantenimiento de aparatos y sistemas de seguridad, Domicilio en Vigo-Beade. Las operaciones podrán ser realizadas por la Sociedad, ya directamente, ya indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto social análogo o mediante cualesquiera otras formas admitidas en derecho.- Administrador Único don F.J.M.C. Así resulta de escritura de 17.12.97, don C.R. vende sus 100 participaciones a F.J.M.C. Quedan desvinculados de la sociedad don C.R. y "G.E., S.L." Únicos socios de "G.S., S.L.", don F.J.M.C. y don M.F.R..-11º) CECOMINSA. Se anuncia (folios 539 y siguientes como grupo de empresas entre: "G.D.E., S.L.;" "G.S., S.L.;" "AB T.A., S.L.," "P.C., S.L.;" "F.G., Ltda." Furgoneta PO-... (Fotos) Ramo prueba "G.B." Emblema (el que figura en la foto). "G.D.E.V., S.L." -Vigo; "G.D.E., S.L." Vigo; "G.P., S.L." Pontevedra, "G.D.E.S., S.L." Santiago, "C.G.E." (637).- Es una sociedad anónima, Avda...- 12º) Por escritura de 26.02.91, don J.D.C.D.S. y don C.R.P. constituyen la Sociedad "G.P., S.L.", domicilio en Vigo, C/..., capital 500.000 pesetas. 50 participaciones de 10.000 pesetas, que se atribuyen al 50% cada uno. Administrador: don J.D.C. Objeto: Comercialización y mantenimiento de aparatos y sistemas de seguridad, sistemas electrónicos, visuales, etc. Puede ser desarrollado por la Sociedad total o parcialmente de modo indirecto mediante la titularidad de participaciones en sociedades con objeto análogo. Después de ampliación de capital reforma de estatutos, por escritura de 18.09.98 don J.D.C. y don C.R. venden sus participaciones sociales a don J.P.B. y a don P.P.C., y a doña R.M.F.V.- 13º) Por escritura nº 379 de 15.02.95, don C.R.P., don J.D.C.D.S. y don J.R.D., constituyen la Sociedad "G.B., S.L." con un capital social de 1.500.000 pesetas, dividido en 150 participaciones sociales de 10.000 pesetas, aporta cada uno 500.000 pesetas y adquieren 50 participaciones sociales. Designaron Administrador único a don J.R.D. Objeto de la Sociedad, la realización de instalaciones eléctricas en general, así como la comercialización y mantenimiento de aparatos y sistemas de seguridad, etc. Domicilio social en

Baiona...- El 27.09.96, mediante escritura se cambia el domicilio social que pasa a ser carretera..., Beade-Vigo.- En escritura de 16.11.98, don C.R.P., vende sus 50 participaciones sociales a don J.V., don M.A.B.L., don L.A.C.V., doña M.D.R.G., doña G.E.G.S., don M.G.D., don M.I.B. y don M.A.S.V. Los siete primeros participaciones y el último 1. Por escritura del mismo día, se eleva el capital social en la suma de 6.000.000 de pesetas. También en escritura del mismo día se acuerda el nombramiento de Administrador único a don D.C.D.S. y se adoptan los estatutos sociales.- 14º)- TÉCNICOS ASOCIADOS. Escritura de constitución de 5 de abril de 1984, don J.L.B.P., casado con doña M.C.V., don J.L.A.R., casado con doña M.D.V.G., constituyen Sociedad Mercantil A.B. "T.A., S.L." Capital Social 1.500.000 pesetas, en 150 participaciones. Administradores solidarios. Objeto social: comercialización e instalación de elementos y materiales utilizados en obras de climatización, fontanería, gas, y construcciones en general. Dichos señores siguen siendo administradores solidarios, según escritura de reelección el 05.09.97.- 15º) "P.C., S.L.", en escritura nº 240 de 4 de febrero de 1991, por don A.M.P.G. y don J.P.G., fundan y constituyen "P.C., S.L.", capital social 5 millones, en 500 participaciones de 10.000 pesetas cada una. don A. suscribe 300 y don J. 200. Administradores ambos. Objeto de la sociedad: la instalación de climatización, fontanería y los servicios de mantenimiento de las mismas, así como comercialización de los repuestos de dichas actividades y la compra-venta y promoción de terrenos y edificaciones, y derivada de la construcción.- Por escritura de 28 de julio de 1998 se adaptan los estatutos a la Ley 2/95, se reelegirán a los mismos administradores.- 16º) "G.D.E.V., S.L." Se constituyó en escritura pública nº 1.138, el 24.05.94, por don C.R.P., don J.D.C.D.S. y don J.A.T.P. Capital 3 millones de pesetas, en 300 participaciones de 10.000 pesetas. Suscriben cada uno un millón de pesetas, 100 participaciones. Administrador único: don J.A.T.P. Objeto de la sociedad: la realización de instalaciones eléctricas en general, así como la comercialización y mantenimiento de aparatos y sistemas de seguridad, etc. Podrán ser realizadas por la sociedad ya directamente, ya indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades de objeto idéntico o análogo o mediante cualquier otra admitida en Derecho.- Por escritura de 27.04.99 don C.R. vende a don J.L.I.B. 100 participaciones de "G.D.E.V., S.L." y se nombra Administrador único a don J.L.I.B..- El 1 de diciembre de 1999, en escritura pública don J.D.C.D.S. cede a los otros dos socios, don J.A.T.P. y don J.L.I.B. su participación en la sociedad.- 17º) "G.D.E., S.L." Se constituyó por

escritura de 12 de diciembre de 1985 ante el Notario de Vigo, Sr. Z.D.H., por don J.D.C. y D.S. y don A.C.V., capital social de 1.000.000 de pesetas, divido en 200 participaciones sociales de 5.000 pesetas cada una. Aportan cada uno 500.000 pesetas. Se designan administradores a ambos. Domicilio..., Objeto social: realización de toda clase de instalaciones eléctricas, así como cualesquiera otros actos relacionados con tal actividad.- El 13 de septiembre de 1988, don A.C.V., cede a don C.R.P. sus cien participaciones sociales. Se nombran ambos administradores solidarios. En escritura de 23 de mayo se cambia el domicilio a Vigo, C/..., y se amplia el objeto que pasa a ser; realización de toda clase de instalaciones eléctricas, comercialización y mantenimiento de aparatos y sistemas de seguridad y se modifican los estatutos. El 2 de febrero de 1994 se aumenta el capital social en 9 millones. El 25 de octubre de 1996 se cambia el domicilio a la carretera... El 30 de diciembre de 1998 se nombra administrador único a don C.R.- 18º) El actor don J.S.G., trabajó para "E.C.E., S.L." del 12.09.95 a 17.10.95. En "C.D.C.I." de 18.10.95 al 11.6.96. Para "G.B., S.L." del 04.11.96 al 27.08.99. El 6 de septiembre de 1999 figura de alta por "G.E.V., S.L."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando parcialmente la demanda planteada por don J.S.G., contra las empresas "G.D.E., S.L", "G.D.E.V., S.L.", "G.B., S.L.", "G.S., S.L.", "C.E., S.L.", "E.C.E., S.L.", "G.P., S.L.", "C.A., S.L.", "C.D.C.I.E.D.G., S.A.", "P.C., S.L." Y "T.A., S.L.", debo declarar y declaro como improcedente el despido realizado al trabajador por la Empresa "G.D.E., S.L.", a que lo readmita en las mismas condiciones que existían antes del despido, o, a su elección, que el abone las cantidades siguientes.

a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrumpiéndose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de QUINIENTAS OCHEENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTICINCO PESETAS (585.125.-).

b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador será de 4.667 pts. diarias.- Todo ello con la intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.- La opción deberá ejercitarse

mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, sin esperar a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera.

Asimismo, debo absolver y absuelvo al resto de las entidades demandadas "G.D.E., S.L.", "G.D.E.V., S.L.", "G.B., S.L.", "G.S., S.L.", "C.E., S.L.", "E.C.E., S.L.", "G.P., S.L.", "C.A., S.L.", "C.D.C.I.E.D.G., S.A.", "P.C., S.L." Y "T.A., S.L.", DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda interpuesta por el actor, declara improcedente su despido y condena a la empresa demandada "G.D.E., S.L." a que en el plazo de 5 días opte entre la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo, o al abono de una indemnización de 585.125 ptas., más los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de aquella resolución a razón de 4.667 ptas. diarias, absolviendo al resto de las entidades demandadas "G.D.E.V., S.L.", "G.B., S.L.", "G.S., S.L.", "C.E., LTDA." "E.C.E., S.L.", "G.P., S.L", "C.A., S.L.", "C.D.C.I.E.D.G., S.A.", "P.C., S.L." y AB "T.A., S.L".

Y contra este pronunciamiento recurre el Fondo de Garantía Salarial articulando un único motivo de Suplicación, correctamente amparado en el apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando infracción de lo previsto en el apartado 1 y 2 del art. 1. del Estatuto de los Trabajadores, así como la doctrina que cita de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el denominado grupo de empresas, y ello, por entender que del examen de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia resulta patente, a su juicio, la existencia de circunstancias suficientes para apreciar la concurrencia de un grupo empresarial entre todas las codemandadas, y que éstas deben responder solidariamente de las deudas salariales que genera cualquiera de ellas. Alegando el organismo recurrente que, en primer lugar, existe una prestación sucesiva de servicios por parte del actor para varias empresas del grupo, tal y como consta en el hecho declarado probado número 18, lo que evidencia, sostiene, las conexiones entre

las empresas. Igualmente alega el organismo recurrente, que en el caso de autos concurre la confusión de patrimonios, coincidencia de socios, actividad y en algunos casos domicilio. Esta confusión de patrimonios y coincidencia de socios, se deduce del relato fáctico de la sentencia recurrida, donde consta la composición de las distintas sociedades.

Así la empresa “C.C.I.E.G., S.A.”, fue constituida por personas físicas todas ellas socios de las empresas que llevan la denominación de “Gallega” y la localidad de su sede. Y entre todas las demandas que llevan la denominación de “Gallega” y el nombre de la localidad de su sede, resulta todavía más evidente la conformación de un grupo empresarial con intereses y lazos comunes, no sólo la denominación “Gallega” sino también la actividad (todas ellas dedicadas a instalaciones eléctricas) y su composición social (de todas ellas son socios don C.R. y don J.D.C. incorporándose en todas ellas un tercer socio. Y los socios de todas ellas constituyen la empresa “E.C.E., S.L.”, si bien ampliando la actividad del grupo; y “C.A., S.L.” formada mayoritariamente por “C.C.I.E.G., S.A.” (siendo su representante legal don C.R.), si bien ampliando también el objeto social. Y concurre además la nota jurisprudencial de apariencia externa de unidad (pues como consta en el H.D.P. nº 11 de la sentencia recurrida) “C.” se anuncia como grupo de empresas entre “G.E., S.L.”, “G.S., S.L.”, “AB T.A., S.L.”, “P.C., S.L.”, “F.G., S.L.”. Figurando los anagramas de todas las empresas demandadas, por lo que la existencia del grupo empresarial, deriva de sus propios actos.

SEGUNDO.- La censura jurídica que se denuncia, no puede prosperar por las siguientes razones: Es doctrina jurisprudencial muy consolidada (S.T.S. de 22.01.90; 30.01.90; 19.11.90; 26.11.90; 30.06.93 y 26.01.98, entre otras) la que ha señalado que el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia de la Sala 4º del T.S. Así, “no es suficiente que concorra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores si no que es necesario además la presencia de elementos adicionales (s. 30.01.91 y 09.05.90).

No puede olvidarse que como señala la sentencia de 30 de junio de 1993 “los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas

independientes que son”. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Este dato será determinante de la existencia del grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Para lograr tal efecto hace falta un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia del T.S., ha residenciado en la confusión de alguno de los siguientes elementos: Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. Prestación de trabajo común simultanea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo. Creación de empresas aparentes sin substrato real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección. (ss. 19.11.90 y 30.06.93)

Y todo ello teniendo en cuenta que salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persigue una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedece a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del art. 43 del E.TT. (s. 26.11.93 y 30.06.93).

Pues bien en el supuesto enjuiciado, y a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta esta sala estima que ni del relato fáctico, ni de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, se desprenden datos suficientes para que permitan apreciar la existencia de un grupo empresarial entre las empresas codemandadas, y mucho menos una responsabilidad solidaria por el despido del que fue objeto el trabajador demandante.

En efecto, en el relato fáctico solo consta que el actor trabajó sucesivamente durante escasos períodos de su vida laboral para las empresas, “E.C.E., S.L.”, “C.C.I., S.L.”, “G.B., S.L.”, “G.E., S.L.”, y “G.E.V., S.L.”, sin que en ningún momento lo hubiese hecho para las otras empresas codemandadas; concretándose esos períodos trabajados; del 12.09.95 al 17.10.95 para la primera; del 18.10.95 al 11.06.96 para la segunda; del 25.06.96 al 30.10.96 para la tercera y para “G.E., S.L.” del 04.11.96 al 27.08.99, empresa que le despidió mediante carta de fecha 27.08.99.

Asimismo del relato fáctico no se deduce la existencia de una unidad de dirección, como sostiene el organismo recurrente, pues por un

lado, y según resulta del relato fáctico, en el momento del despido don C.R.P. y don J.C.D.S., no eran socios de todas las sociedades, y de hecho se desvincularon de algunas sociedades vendiendo las acciones a otras personas y así, por ejemplo en la empresa “G.E.S., S.L.” con fecha 17.12.97 se otorgó escritura de compraventa de participaciones y don C.R. y don J.D.C. quedan desvinculados de dicha sociedad vendiendo sus participaciones a don F.J.M. y a un nuevo socio don M.F., y este último no ha tenido participación en el capital de las otras empresas codemandadas.

Otras sociedades demandadas como “C.A., S.L.” se constituyó por escritura de fecha 21.05.99, y ni su objeto social ni su participación social no tienen identidad alguna con “G.D.E., S.L.” (empresa que despidió al actor). Otra sociedad codemandada como “C.E., S.L.” fue constituida por escritura otorgada el 28.05.96, en... (Portugal). Y desde el año 1998 quedó desvinculada de “G.D.E., S.L.” y de don C. R. inicialmente socios de esta. Otra codemandada “C.D.C.I.E.G., S.A.” se constituyó en el año 1995 y en el año 1998 don C. R. queda desvinculado de esta sociedad. Otra sociedad codemandada, la mercantil “AB T.A., S.L.” tiene como socios fundadores a don J.L.A. y don J.L.B. que no forman parte del accionariado de “G.D.E., S.L.”

Que por otro lado la apariencia externa de unidad que pudiera producir la publicidad compartida, y un objeto social semejante (esto último únicamente en aquellas sociedades que llevan la denominación de Gallega y del lugar de ubicación, se desvanece cuando se observa que los socios en el momento del despido no son coincidentes y que la administración de todas ellas está encomendada a personas distintas, así por lo que respecta a las que llevan la denominación de Gallega, la de “G.D.E., S.L.” esta atribuida a don C. R. como administrador único, la de “G.B., S.L.” fue atribuida a don J.D.C. y la administración de la compañía “G.D.E.V., S.L.” esta atribuida a don J.L.I., la de “G.D.P.” a don J.D.C. y la de “G.S., SL” el administrador es don F.J.M.

Consecuentemente, no existiendo unidad de dirección empresarial ni mucho menos confusión de patrimonio ni tampoco como señala la sentencia del T.S. de 30.01.90, utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores, no cabe apreciar con los datos existentes y que han sido analizados el pretendido grupo empresarial ni en último término la postulada responsabilidad solidaria, sobre todo cuando no consta que exista la caja única que la doctrina del T.S. ha estimado en alguna ocasión determinante de la responsabilidad solidaria, que

en principio es contraria a la independiente de cada una de las sociedades integrantes del grupo.

Por todo lo cual procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida, en cuanto de forma correcta y ajustada a derecho, apreció la existencia de un despido improcedente del actor y condenó exclusivamente a la última empleadora “G.D.E., S.L.”.

Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida incluyéndose en las mismas la cantidad de 25.000 ptas. en concepto de honorarios de cada uno de los Letrados de las partes impugnantes (art. 233 LPL)

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. CINCO DE VIGO, en fecha 30 de marzo de 2000, autos nº 535/99, confirmándose íntegramente el fallo combatido. Con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en el recurso, que incluirá la cantidad de VEINTICINCO MIL PESETAS (25.000 ptas.), en concepto de honorarios por cada uno de los Letrados de las partes impugnantes.

3015 RECURSO N° 1.535/2000

S. S.

**LESIÓN DA LIBERDADE SINDICAL.
ACHEGA DE INDICIOS E
DESPRAZAMENTO DA CARGA DE PROBA.
CUANTIFICACIÓN DA INDEMNIZACIÓN.
CONCEPTOS QUE SE PODEN INCLUÍR E
ACREDITACIÓN DE CADA UN DELES.**

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

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 1.535/2000 interpuesto por don P.D.A. y Mancomunidad das

“T.N.B.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por P.D.A. en reclamación de tutela libertad sindical siendo demandado Mancomunidad das “T.N.B.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 881/99 sentencia con fecha veinte de enero de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El actor don P.D.A., ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada Mancomunidad de “T.N.B.” en la Residencia de la Tercera Edad de (P.T.) 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 patas. El actor fue delegado sindical desde el 12 de septiembre de 1995 hasta el 25 de noviembre de 1999, en que celebradas nuevas elecciones sindicales no fue elegido, no habiendo presentado el Sindicato CC.OO al que pertenece como afiliado candidatura a estas elecciones. 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 (P.T.), en cuya disposición quinta se establece que: “a entidade comprométese a manter o servicio do centro durante toda a vixencia do convenio o cadro persoal que figuraba na súa 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 (P.T.). 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 de diciembre de 1996 tras el cual no se realiza ningún otro, en su nómina 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. Cuarto.- Durante 1996 y 1997 se desarrolla un grave conflicto laboral entre los representantes legales de CC.OO. y otros compañeros de la Dirección

del Centro y demás órganos dirigentes de la Mancomunidad. Dicha conflictividad que tuvo 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, las cuales se encuentran incorporadas a autos. 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 tramitados en el Juzgado de lo Social nº tres de esta ciudad en los cuales recayó sentencia el 3 de febrero de 1997, 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 8 de abril de 1997. Instada la ejecución provisional de dicha sentencia, se dicta Auto el 24 de marzo de 1997 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 de abril de 1997, 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 el 17 de julio de 1997, el actor no figura dado de alta en la Seguridad Social. Sexto.- El cuatro 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 (Diario Oficial de Galicia de septiembre de 1997) se transfiere definitivamente a la Mancomunidad das “T.N.B.” la Residencia de la Tercera Edad de (P.T.). El 30 de septiembre de 1997, 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 de septiembre de 1997 la entidad demandada da 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 tres 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 de septiembre de 1997 condenando a ésta 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

de diciembre de 1998 en el recurso de suplicación interpuesto, la cual no es firme al haber sido recurrida en casación por ambas partes. Noveno.- Por escritos de 13 de julio de 1998 y de 19 de noviembre de 1998, 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 Boletín Oficial del Estado (nº 267) resolución de la Mancomunidad, por la que se anuncia la oferta de empleo publicada para 1998 de la que se excluyen tres puestos de operario, servicio de mantenimiento para la Residencia de la Tercera Edad de (P.T.). El 21 de enero de 1999 se publica en el Boletín Oficial de la Provincia los presupuestos generales de la Mancomunidad para 1998, en los que figuran dos puestos de encargado de mantenimiento. Undécimo.- El 25 de enero de 1999 la entidad demandada comunica al actor el cese por suprimir del cuadro de personal de la residencia el puesto de celador mediante comunicación escrita del siguiente tenor literal: Muy señor mío: Por medio de la presente le comunicamos que, como consecuencia de la Nueva Redacción de puestos de trabajo aprobado por esta Mancomunidad y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Ourense, en fecha 21 de enero de 1999, no existe en el cuadro de personal para 1999 el puesto de trabajo de celador de la Residencia de la Tercera Edad de (P.T.), al que figuraba adscrito provisionalmente en virtud de lo dispuesto por el Juzgado de lo Social nº tres de Ourense en autos nº 704/97, ejecución provisional nº 115/98. La inexistencia de dicha plaza conlleva inevitablemente la finalización de su contrato de trabajo, aun en el supuesto de que se confirmase la improcedencia o nulidad de su despido de fecha 30 de septiembre de 1997, 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 dos 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 actor formuló demanda por despido, que fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad de fecha 22 de marzo de 1999, que declaró nulo el despido del actor, sentencia que fue confirmada por la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 29 de septiembre de 1999, que no es firme al haber sido recurrida por la Mancomunidad demandada. Decimotercero.- En fecha 5 de mayo de 1999 el actor presentó denuncia ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de (P.T.) contra los responsables de la Mancomunidad das "T.N.B." por delito contra los derechos de los Trabajadores. Decimocuarto.- En fecha 11 de mayo de 1999 a las 9,20 horas el

actor recoge en la oficina de correos y Telégrafos de (P.T.) un telegrama remitido por la Entidad demandada, en el que se le comunica que se presente en el Centro de Trabajo el día 6 de mayo de 1999, en cumplimiento de la ejecución provisional seguida en el Juzgado de lo Social nº tres. Ese mismo día 11 de mayo el actor acude al centro de trabajo ordenándole que se reincorpore al día siguiente, día 13 de mayo. En fecha 19 de mayo, la entidad demandada comunica al actor la incoación de expediente contradictorio disciplinario, concediéndose un plazo de cinco días para reclamar contra el pliego de cargos, efectuando las alegaciones correspondientes, el actor por escrito de 25 de mayo de 1999. El 24 de junio de 1999, se suspende el plazo para resolver el procedimiento sancionador para nombrar un nuevo juez instructor, reabriéndose dicho período el 29 del mismo mes. En fecha 12 de julio pasado se dicta resolución en el expediente disciplinario, imputándole el hecho de no haberse en el centro el día 6 de mayo y calificando los hechos como constitutivos de una infracción leve de las tipificadas en el art. 54.1.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores e imponiéndole la sanción de amonestación escrita. Decimoquinto.- El actor formuló demanda contra dicha sanción, que fue estimada por sentencia del juzgado de lo Social nº 2 de esta ciudad de fecha 18 de septiembre de 1999, que consideró la falta imputada prescrita. Decimosexto.- El actor causó baja derivada de enfermedad común por depresión el 31 de mayo de 1999 a consecuencia del problema vivido en su situación laboral, abonándole la entidad demandada las prestaciones de Incapacidad Temporal en cuantía del 75% de su base reguladora. Decimoséptimo.- Por Autos de los Juzgados de lo Social dos y tres de 30 de julio y 9 de septiembre de 1999, se declare irregular la readmisión efectuada en su día por la entidad. Decimoctavo.- Por Auto de 29 de septiembre de 1999 el Juzgado de lo Social nº tres de Ourense, decide remitir testimonio de lo actuado en la ejecutoria nº 115/98 del Ministerio Fiscal, por si la conducta de la Mancomunidad demandada pudiera constituir un ilícito penal. Decimonoveno.- En esa misma fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia estima el recurso interpuesto por el actor, anulando los presupuestos de la Entidad para el año 1996, en el articular relativo al cuadro de personal que se deja sin efecto. Vigésimo.- Las cantidades abonadas por la Mancomunidad al actor en los dos primeros despidos de éste en concepto de salarios de trámite han sido los siguientes: Autos nº 633/96, ejecución nº 26/97 del Juzgado de lo Social nº tres: Concepto, 01.08.96 a 09.04.97, cantidad 1.087.483 ptas. ingreso 24.07.97; 09.04.97 a 15.07.97, 414.834 ptas. 31.10.97. Autos nº 704/97, ejecución nº 115/98 del Juzgado de lo

Social nº tres: Concepto, cantidad, ingreso: mayo/98, 64.175 ptas. 05.08.98; junio/98, 94.793 ptas. 05.08.98; julio/98, 94.793 ptas., 05.08.98; agosto/98, 92.033 ptas., 13.10.98; septiembre/98, 92.033 ptas., 13.10.98; octubre/98, 93.033 ptas., 19.01.99; noviembre/98, 93.033 ptas., 19.01.99; diciembre/98, 177.731 ptas., 12.11.99; enero/99, 132.877 ptas., 12.11.99; febrero/99, 92.033 ptas., 16.04.99; marzo/99, 92.033 ptas., 16.04.99; dif. octubre-nov/98, 70.334 ptas., 23.06.99; abril/99, 108.884 ptas., 12.11.99; mayo/99, 39.924 ptas., 12.11.99. Vigesimoprimero.- El actor acredita los siguientes períodos de alta en la Seguridad Social en la empresa demandada: 17.10.1994 al 31.07.1996; 17.07.1997 al 30.09.97; 11.05.98 al 23.01.1999; 12.05.1999 en adelante. Vigesimosegundo.- El actor presenta demanda ante el Juzgado de lo Social Decano el 30 de noviembre de 1999".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada pro don P.D.A. contra la Mancomunidad das "T.N.B.", debo declarar y declaro la existencia de una lesión al derecho de libertad sindical del actor en la conducta de la empresa demandada, condenando a ésta a estar y pasar por esta declaración y a que se abone al actor una indemnización de dos millones quinientas mil pesetas (2.500.000 ptas.)

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia dictada por el Juzgador de instancia estima en parte la demanda, declarando la existencia de una lesión a derecho de libertad sindical del actor en la conducta de la empresa demandada, condenando a ésta a estar y pasar por esta declaración y a que abone al actor una indemnización de 2.500.000.- pesetas.

Frente a esta resolución interponen recurso ambas partes, construyéndose el del trabajador – accionante a través de dos motivos de suplicación, solicitando por un lado la revisión de hechos declarados probados, y, por otro, el examen del derecho aplicado. Y articulando el de la empresa demandada solicitando, por un lado, la revisión fáctica, y, por otro, censurando jurídicamente el pronunciamiento que impugna, postulando la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se desestime la demanda planteada.

A la vista de las pretensiones deducidas por ambos recurrentes en sus respectivos escritos de formalización de recursos, razones jurídico – procesales imponen el análisis prioritario del recurso interpuesto por la parte demandada.

SEGUNDO.- La empresa demandada fundamenta su impugnación en inicial infracción procedimental determinante de indefensión, en revisión de hechos probados y posteriormente denuncia de normativa jurídica infringida, lo que constituye el fondo del asunto, articulando así el recurso de suplicación invocando tres motivos, el primero y al amparo del apartado a) del art. 191 de la LPL, alega que la sentencia de instancia infringe las garantías del procedimiento, al estimar la excepción de litispendencia solo parcial y no totalmente como se alegaba, alegando en síntesis, respecto de la litispendencia que la identidad entre sujetos, hechos y fundamentos de derechos en los tres procedimientos, sobre todo entre el seguido ante el Juzgado de lo Social número 2 de Orense en autos 152/99 en e que se discutía el despido efectuado en fecha 25 de enero de 1999 y la presente demanda son totalmente coincidentes, la causa de pedir, o sea los fundamentos de derecho para las peticiones son los mismos (art. 15 LOLA), y la petición es la misma, vulneración de la libertad sindical e indemnización, solo varía la cifra en las anteriores 2.000.000.- y en éste 8.000.000.- de pesetas, por lo que entiende que se cumplen todos los requisitos de la litispendencia entre la demanda y los procesos anteriores, sin resolver en este momento y por tanto debe acogerse la excepción.

La Sala estima que la sentencia de instancia no ha incurrido en infracción de las garantías del procedimiento, al estimar solo parcialmente la litispendencia (únicamente respecto de los daños y perjuicios que sean consecuencia directa de los despidos efectuados por la demandada en fecha 30.09.97 y 25.01.99); pues siendo la litispendencia trasunto fiel de la excepción de cosa juzgada, requiere conforme indican los arts. 1.254 y sig. del CC, que concurra la más perfecta identidad entre las cosas, acciones y personas de los litigantes; lo que no concurre en el supuesto de autos, con los límites expuestos en la sentencia de instancia, y ello por cuanto que en el presente procedimiento denuncia el actor la existencia de una conducta reiterada y continuada por parte de la demandada vulneradora de su derecho de libertad sindical, conducta que se manifiesta en los despidos de que fue objeto, pero que también continuó con posterioridad a la producción de éstos, bien en el incumplimiento por la demandada de las resoluciones judiciales, bien en el hecho de que el actor tras ser readmitido después del segundo despido declarado nulo, fue sancionado (sanción declarada prescrita por

sentencia) alegando además el actor haber sufrido una depresión, consecuencia de la conducta de la demandada, vulnerándose además su derecho a la integridad física contenida en el artículo 15 de la CE; la Sala estima compartiendo el criterio del Juez “ad quo” que no cabe duda que respecto de la acción tendente a que se declare la existencia de vulneración de este derecho y de libertad sindical no concurre la excepción de litispendencia al no existir entre los procesos de despido y el presente la triple identidad de cosas, acciones y personas a que alude el art. 1.254 del CC.

Y reclamando en los presentes autos además de la declaración de la conducta empresarial de vulneración de derechos fundamentales la condena de la demandada al pago de una indemnización de 8.000.000.- de pesetas en concepto de daños y perjuicios y reclamando en los anteriores procesos indemnizaciones de 2.000.000.- de pesetas por vulneración de derechos fundamentales derivados de los despidos, y dado que en el primer proceso de despido efectuó dicha petición, proceso pendiente de resolver por recurso de casación para unificación de doctrina, no pueden tenerse en cuenta a efectos indemnizatorios los daños y perjuicios consecuencia de la vulneración de la libertad sindical con dicho despido pues podrían duplicarse las indemnizaciones de los mismos daños; y en cuanto al segundo despido dado que la condena al abono de la indemnización no fue estimada ni en la sentencia de instancia ni en la del TSJ de Galicia al estimar ésta que no cabría fijar una indemnización adicional; por efectos de la cosa juzgada no pueden en el presente proceso tenerse en cuenta o valorarse los daños y perjuicios que deriven del segundo despido, por todo lo cual la Sala estima que la sentencia de instancia no ha incurrido en infracción de las garantías del procedimiento al estimar sólo parcialmente la litispendencia, entrando a resolver la petición indemnizatoria con los límites anteriormente expuestos por el Juez ad quo.

En segundo lugar y con el mismo amparo en el apartado a) del art. 191 de la LPL, alega la demandada que la sentencia de instancia infringió las garantías del procedimiento, al no estimar la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, alegando que no cumple esta los requisitos exigidos en la LPL, (art. 177.3), pues esta debe expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada, la cantidad cierta que se pide, y el método razonado de como se llega a esa cantidad, y la demanda que dio origen a los presentes autos solo establece la cantidad total sin explicar el método de como llega al mismo, lo cual alega la demandada que le origina indefensión.

No es procedente acoger la denuncia, ya que resulta perfectamente ajustada a derecho, lo que al respecto sostiene la sentencia recurrida, cuando afirma que la demanda es muy clara estableciendo hasta seis clases de perjuicios que el actor considera haber sufrido como consecuencia de la conducta de la demandada (económicos, profesionales, como ciudadano, de carácter sindical, daños en la salud, y en orden a las prestaciones sociales) indicando la cantidad que solicita por cada uno de ellos, siendo el cálculo de la indemnización un problema valorativo por lo que la exigencia de la demandada de que se haga constar a priori un método preciso no es de recibo. En cualquier caso habría que precisar que si la demanda no contiene los datos precisos para obtener la cuantía indemnizatoria que solicita, la consecuencia no sería un defecto determinante de indefensión y por ello de nulidad, sino todo lo contrario pues daría lugar a su desestimación como cuestión que afecta directamente al fondo de su reclamación.

TERCERO.- El segundo de los motivos de suplicación, dedicado a la revisión de hechos declarados probados, con apoyo en el art. 191 apartado b) de la LPL formula la empresa las siguientes peticiones: 1º. Que se modifique el primero de los hechos probados, en cuanto al salario percibido por el actor y que quede redactado con el siguiente tenor: “el salario bruto mensual del actor es de 127.200.- pesetas/mes, 2º. Que se modifique el hecho cuarto quedando redactado del siguiente modo: “Don J.A.B.R. que era el cocinero de la Residencia de la Ternera edad de (P.T.) y Delegado de Personal en la Mancomunidad das “T.N.B.”, fue despedido el 15 de marzo de 1996 por agarrar a un anciano de la Residencia por el cuello, y desobedecer las órdenes de la Directora del Centro. Dicho despido fue declarado procedente por el Juzgado de lo Social número 1 de Orense en autos número 302/96, sentencia confirmada por el TSJ de Galicia y el TS. Que dicho despido originó una campaña en la prensa por parte del sindicato CCOO y diversas denuncias en la Inspección de Trabajo. Ninguna de estas denuncias ha terminado en sanción para la Mancomunidad”. 3º. Que dentro del hecho quinto, en primer lugar se modifique el párrafo relativo a la alta y baja en la Seguridad Social, que quede redactado con el siguiente tenor: “por sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Orense en autos 478/98 se decretó que no procede el alta realizada de oficio por la Seguridad Social de fecha 1 de agosto 1996 y la baja realizada de fecha 16 de julio de 1997” y que se adicione al hecho quinto el siguiente párrafo: “la causa alegada para el despido de fecha 1 de agosto de 1996 es el hecho de que durante el turno de noche

de don P.D.A. una anciana está toda la noche tirada en el suelo de la habitación, sin que este la auxiliase”. 4º Que dentro del hecho octavo interesa la modificación del párrafo primero para que quede redactado con el siguiente tenor: “el 30 de septiembre 1997 se comunica el cese del actor debido a que la Residencia pasa a titularidad de la Mancomunidad y en el cuadro de personal de la Residencia no figura la categoría profesional de don P.D.A., celador” y que se adicione un nuevo párrafo al hecho octavo con el siguiente texto: “las causas que llevan al juzgador de instancia y al TSJ de Galicia a declarar nulo el despido efectuado de 30 de septiembre 1997 y vulnerando la libertad sindical del actor son los siguientes indicios: el conflicto laboral que existe en la empresa, las denuncias a la Inspección de Trabajo y el hecho de que el trabajador no figure de alta en la Seguridad Social del 01.08.96 al 16.07.97. 5º. Que al hecho vigésimo se añada el siguiente párrafo: “Dichos retrasos en el abono de los salarios son debidos a que en todos los casos la Mancomunidad das “T.N.B.” presentó recursos contra los requerimientos de pago, solicitando en le mismo la suspensión del pago hasta que se resolviese el recurso. Desestimado el recurso o la suspensión del acto de requerimiento de pago la empresa abonó el dinero siempre en el plazo establecido por el Juzgador. Que el hecho de que los meses de diciembre de 1998 y enero de 1999 se abonasen en noviembre de 1999 no es por causa imputable a la empresa, sino al trabajador, ya que la empresa puso a su disposición el dinero del actor en la sede de la Mancomunidad el 25 de enero de 1999, no procediendo el mismo a recogerlo hasta el día 12 de noviembre de 1999. Que el hecho de que se produzca el retraso en el abono de los salarios de febrero, marzo y abril y parte de mayo de 1999, en concreto hasta el 12 de mayo, es debido a que esta parte recurrió dichos requerimientos porque el contrato del actor se extinguió el 25 de enero de 1999 y no se dictó sentencia sobre la nulidad del mismo hasta 27 de abril de 1999”. 6º. Que se adicione un nuevo hecho el vigesimotercero con el siguiente texto: “Que dictada resolución del último despido, en abril de 1999, el trabajador solicitó ejecución provisional de la misma. En virtud de ello se reincorporó en fecha 12 de mayo. Reincorporado, el día 20 de mayo solicitó permiso con cargo al crédito horario de horas sindicales para el día 21, y el día 26 de mayo, solicitó permiso por horas sindicales para el día 27. La empresa le concedió dichos permisos. Asimismo el 28 de mayo solicita permiso durante los días 28 de mayo a 11 de junio para participar en la campaña electoral a las elecciones municipales, ya que el mismo era candidato por el partido Unidade Ourenseá. El día 31 de mayo y antes de que la empresa le contestara presenta baja médica en la empresa. La empresa le concede el permiso solicitado en fecha

28 de mayo de 1999. El trabajador a pesar de estar en baja médica por depresión participa activamente en la campaña electoral. Desde el mes de mayo y hasta este momento el trabajador continúa de baja médica”. 7º. Que se adicione un nuevo hecho al vigesimocuarto con el siguiente tenor: “Que los hechos probados de la sentencia dictada sobre despido por el Juzgado de lo Social nº dos de los de Ourense y los once primeros de la demanda que rigen estos autos son idénticos, incluso en su redacción”. 8º. Que se adicione otro nuevo hecho el vigesimoquinto del siguiente tenor literal. “Que la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Ourense los indicios que utiliza para considerar el despido efectuado nulo el día 25 de enero de 1999 y vulnerada la libertad sindical son los siguientes: conflicto laboral existente, declaración del despido nulo de fecha 30.09.97, que en fecha 01.08.96 fue despedido por ser delegado sindical, las denuncias a la Inspección de Trabajo, los tipos de contrato realizados en la residencia y el haberle renovado el contrato a todos los trabajadores menos al actor. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia relativa a dicho despido, además de recoger los anteriormente citados añade al hecho de no dar de alta al trabajador en la Seguridad Social”. 9º. Que se adicione un nuevo hecho vigesimosexto con el siguiente texto: “Que el informe del Dr. C. se basa en el Informe médico de la Dra. M.F.V., del “Hospital del B.”, que atiende el actor, y que no fue ratificado en acto de juicio, y en una sola consulta efectuada al paciente”. 10º. Que se adicione un nuevo hecho el vigesimoséptimo con el siguiente texto: “La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº3 de los de Ourense en la que se condena a la Mancomunidad por vulneración de la libertad sindical, confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, no es firme ya que está pendiente de resolverse el Recurso de Casación para Unificación de doctrina, no siendo firme por tanto la misma”. y 11º. Que se adicione un nuevo hecho el vigesimooctavo del siguiente tenor: “Por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dicta en recurso de Suplicación 3.177/99, procedente de autos que con el nº 136/99 se siguieron por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Ourense, a instancia del Sindicato CC.OO. contra la Mancomunidad das “T.N.B.” por vulneración de la libertad sindical, se establece que por mi representada no se ha vulnerado la libertad sindical de dicho sindicato”.

Pues bien, a la vista de los medios de prueba invocados por el recurrente en apoyo de su tesis revisora, en cuanto al primero relativo al salario del actor, no puede accederse a la revisión, al no acreditarse error del Juez “ad quo” en la valoración de la prueba, y por cuanto que el salario recogido por el Juzgador de instancia en la

sentencia es el salario fijado en la sentencia del TSJ de Galicia del 21 de septiembre 1999 (Recurso 3.176/99 relativo al último despido del actor).

En cuanto a la variación fáctica propuesta en el hecho cuarto, ha de rechazarse la incorporación de un elemento valorativo extraño al relato de HPD. En cuanto al hecho quinto, no procede la revisión de la adición pretendida por cuanto que 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 HPD. Por lo que respecta al hecho octavo ha de rechazarse asimismo al pretender la incorporación en el relato fáctico de un elemento valorativo que no debe de figurar en los HPD. Por lo que se refiere al hecho vigésimo no procede la adición pretendida pues en ningún caso pueden introducirse en los HPD conclusiones valorativas predeterminantes del fallo. Por lo que respecta a la adición de un nuevo hecho el vigesimotercero procede la adición pretendida al apoyarse en documento hábil al efecto, excepto la relativa al párrafo segundo de que se recoja que “el trabajador a pesar de estar de baja médica por depresión participa activamente en la campaña electoral”, al contener dicho párrafo conclusiones valorativas que no se deducen de la documental que invoca. En cuanto a la adición pretendida de los hechos vigesimocuarto y vigesimoquinto no puede tener favorable acogida, al constituir meras valoraciones jurídicas de parte, que no pueden aceptarse como hechos probados e integrar el relato fáctico. Por lo que se refiere a la adición pretendida en el hecho vigesimosexto ha de rechazarse asimismo al no acreditarse error del Juez “ad quo” en la valoración de la prueba y en cuanto a la adición pretendida en los hechos vigesimoséptimo y vigesimoctavo tampoco pueden prosperar, al ser incompleta la redacción propuesta, y no constar ni la fecha de la sentencia ni el procedimiento en que fue dictada, no constando tampoco la no firmeza de la sentencia a que alude en la pretendida adición.

CUARTO: En el campo del derecho aplicado con sede en el art. 191 letra c) del la LPL, la patronal denuncia en el primero de los ordinales del motivo, infracción de la jurisprudencia en cuanto a lo establecido en el art. 177.3 de la LPL (sentencia del TS de 2 de febrero de 1998 y TC 11 de febrero de 1991), alegando que el juzgador admite como válida una demanda en la que se hace una descripción general de conductas antisindicales, sin concretar datos ni hechos ni situaciones, ni los motivos que llevan al demandante a fijar la indemnización en cuantía de 8.000.000.- de pesetas, y que el juzgador al estimar la demanda a pesar de los defectos de

forma señalados infringió la doctrina del TS unificación de doctrina y debió de haber desestimado la demanda.

Y no es procedente acoger la infracción que se denuncia en el motivo, por cuanto que ya fue alegada como defecto determinante de indefensión, y resuelta por la Sala al examinar el primer motivo del recurso, en el sentido de estimar ajustada a derecho lo que al respecto sostiene la sentencia recurrida, cuando afirma que la demanda es muy clara, estableciendo hasta seis clases de perjuicios que el actor considera haber sufrido como consecuencia de la conducta de la demandada e indicado la cantidad que solicita por cada uno de ellos y siendo el cálculo de la indemnización un problema valorativo y la jurisprudencia invocada como infringida contempla supuestos distintos al de autos, por lo que no puede estimarse la infracción denunciada.

En el segundo de los ordinales del motivo dedicado al examen del derecho aplicado se denuncia infracción del art. 15 de la LOLS y de la jurisprudencia que lo desarrolla alegando, en síntesis, que los indicios tenidos en cuenta por el juzgador no pueden considerarse a la hora de valorar la vulneración de la libertad sindical y al no haber prueba directa de la vulneración y la indicaría ser inadecuada e insuficiente al establecer el juzgador que se ha vulnerado la libertad sindical ha infringido el art. 15 indicado.

Al plantearse un tema relativo a la libertad sindical debe partirse de las siguientes premisas esenciales: a) la libertad sindical debe gozar de una especial tutela por los Tribunales pues las normas en torno a este derecho fundamental que consagra el art. 28 de la CE y la LO 11/85 de 2 de agosto afecta a todos los trabajadores en cuanto les facilita medios de expresión de sus opiniones en defensa de sus intereses humanos y profesionales, aunque esa protección tiene especial incidencia y garantía respecto a los representantes por ellos elegidos b) de ello se deriva que quien alega cualquier atentado contra la libertad sindical le basta con acreditar indicios racionales de una actitud antisindical de la empresa o que en ella exista cierto ambiente hostil respecto al ejercicio de las actividades sindicales o determinadas actuaciones marcadamente discriminatorias, frente a los representantes de los trabajadores para que se produzca una revisión radical del “omnus probandi” y corresponde a la empleadora aportar medios probatorios convincentes para desvirtuar las alegaciones de la parte demandante c) el TC en sentencia 21/1992 ratificó doctrina del TS resultando insuficiente para invertir el omnus probandi la simple afirmación de un acto discriminatorio, sino que ha de reflejarse en

hechos concretos de los que pueda deducirse una presunción de hostilidad.

En el presente caso la Sala estima ajustada a derecho lo que al respecto sostiene la sentencia recurrida cuando el Juzgador “ad quo” tras una valoración en conjunto de las pruebas practicadas, lleva a la convicción de que por parte de la Mancomunidad se ha producido una vulneración del derecho de libertad sindical del actor, pues un examen en su sucesión cronológica de los hechos declarados probados reflejan una conducta contraria de represalia al trabajador por su condición de Delegado Sindical, que infringe el derecho fundamental recogido en el art. 18 de la CE.

Y en el tercero de los ordinarios del motivo dedicado al examen del derecho aplicado se denuncia infracción del art. 15 de la LOLS, el art. 180 de la LPL en cuanto a la indemnización alegando en síntesis que no se ha producido prueba de los daños, en cuanto a los perjuicios como ciudadano ninguna prueba ni testifical ni documental ha articulado la parte contraria sobre tal extremo tampoco se ha hecho prueba alguna respecto a los perjuicios sindicales, y el único legitimado en todo caso para reclamar estos daños sería el Sindicato; y en cuanto a los perjuicios de salud alega que la prueba pericial al respecto no debe ser tenida en cuenta y en cuanto a los perjuicios causados por no estar de alta en la Seguridad Social ninguna prueba se articula al respecto.

El TS en sentencias de 22.07.96 y 02.02.98 señala que lo que se dispone en el art. 15 de la LOLS al decir que el Órgano Judicial si entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical, decretaría la reparación correspondiente de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical y en el art. 180.1 de la LPL al precisar que la sentencia que declare la existencia de vulneración de este derecho ha de disponer la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediere, no significan en absoluto que basta que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador condene automáticamente a la persona o entidad conculcadora de este derecho al pago de una indemnización, no hay una indemnización automática sino que el demandante ha de alegar en demanda las bases de la indemnización que reclame y que queden acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en que se pueda asentar una condena de tal clase, siendo además de señalar que como recoge la sentencia del TS de 23.07.90 no existen normas expresas para la fijación del quantum indemnizatorio y ello es facultad que compete a los Tribunales de instancia discrecionalmente.

Siendo de destacar que con respecto a los perjuicios sufridos por el actor como ciudadano como la Sala estima acertado el criterio mantenido por el Juez ad quo que valora dichos perjuicios en 200.000.- pesetas, teniendo en cuenta que el actor presta servicios en una localidad del medio rural reducida y atendiendo a la trascendencia y duración del conflicto.

Por lo que se refiere a los perjuicios sindicales se estima asimismo ajustada a derecho el criterio mantenido por el Juez de instancia, resultando dichos perjuicios del hecho de que en 1995 el Sindicato al que pertenece el actor presentó candidatura y obtuvo dos delegados y en las elecciones celebradas en 1999 dicho Sindicato ni siquiera pudo presentar candidatura estimándose adecuada la valoración de dichos daños en 700.000.- pesetas como realiza el Juez ad quo.

Por lo que se refiere a los perjuicios a la salud, son asimismo inequívocos si bien con las precisiones que se harán a continuación al examinar el recurso interpuesto por el actor.

Y por último por lo que se refiere a los perjuicios en orden a las prestaciones sociales, la Sala comparte el criterio del Juzgador de instancia al considerar que derivan los mismos del hecho del incumplimiento de la demandada de su obligación de dar de alta al actor determinados períodos con las consecuencias a ello inherentes, estimando ajustada la valoración de dichos perjuicios en 100.000.- pesetas. Con lo que queda expuesto habrá que concluir con la declaración de la existencia de una lesión al derecho de libertad sindical del actor en la conducta de la empresa y al haberlo estimado y declarado así el juzgador ad quo su resolución no es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se analiza.

En el cuarto y último ordinal del motivo dedicado al examen del derecho aplicado se denuncia infracción del art. 24 de la CE alegando que el Juez de instancia condena a la demandada al abono de la cantidad de 2.500.000. pesetas sin fundamentar las razones que le llevan a fijar esa cantidad y no otra, con lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que entre sus manifestaciones está la de obtener una resolución fundada o razonada.

La Sala estima que no es aceptable la socorrida alegación del expresado art. 24.1 CE que consagra el derecho del ciudadano a la tutela judicial efectiva, derecho que se obtiene con una resolución judicial que resulte fundada en derecho, con independencia de que aquella resolución estime o deniegue la pretensión objeto de litigio; en el presente caso el Juzgador de instancia ha cumplido con el precepto

constitucional al dar respuesta razonada y fundada a todas las pretensiones del demandante, desglosando uno por uno los conceptos a indemnizar y por tanto no ha vulnerado el precepto constitucional que se invoca.

QUINTO.- El recurso del demandante se formula articulando dos motivos, solicitando, por un lado. la revisión de hechos probados y por otro censurando jurídicamente la sentencia, y que se condene a la entidad demandada a abonar al actor la cantidad de 5.200.000.- pesetas en concepto de daños y perjuicios ocasionados.

El motivo de los motivos dedicado a la revisión de los hechos probados, con apoyo en el art. 191 b) de la LPL formula el actor la siguiente petición: la adición de un nuevo hecho probado que sería el vigesimotercero del siguiente tenor: "el actor ha abonado a la Asesoría Jurídica de la Unión Comarcal de CC.OO. en Orense la cantidad de 400.000.- pesetas por la tramitación de once expedientes". Y dicha adición tiene su apoyatura en la documental obrante al folio 80 de los autos, consistente en certificado expedido por la Secretaría de Finanzas de la Unión, y no procede la adición pretendida al carecer el documento en el que se apoya de eficacia revisoria y no haber sido ratificado en el acto de juicio por la persona que lo emite.

Y en el campo del derecho aplicado y con sede en el art. 191.c) de la LPL denuncia el demandante infracción de los art. 175 y sig. de la LPL en relación con el art. 15 de la CE y los arts. 4.2.d) y 4.2.e) ETT al estimar que de forma incongruente el Magistrado no aprecia la infracción del derecho fundamental recogido en el art. 15, por cuanto que en el fundamento de derecho primero considera que la depresión que sufre el actor consecuencia de la conducta de la demandada, debe estimarse vulneradora de su derecho a la integridad física, si bien a continuación en el fundamento de derecho cuarto rechaza la vulneración de este derecho como pese a estar acreditada la enfermedad del actor es consecuencia de la conflictividad laboral creada por la demandada y luego el Juez ad quo fija los perjuicios a la salud en la cantidad de 700.000.- pesetas; solicitando por ello que debe ser declarada la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral del actor aumentando la indemnización de 700.000.- pesetas fijadas en la sentencia al total de 2.000.000.- de pesetas solicitadas en la demanda.

El art. 15 CE recoge el derecho a la integridad física y moral al disponer que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...".

Que en el supuesto de autos consta acreditado que el actor causó baja por depresión el 31 de mayo 1997 a consecuencia del comportamiento continuado de la demandada y producto de la situación conflictiva creada por ello, depresión por tanto reactiva a su conflicto laboral. Y siendo ello así y aún cuando no consta acreditado que por parte de la demanda se haya producido acto intencional alguno y no exista intención de la empresa de ocasionar un perjuicio a la integridad física o psíquica del trabajador la Sala estima que constando acreditada la baja continuada por depresión reactiva a la situación laboral creada por la empresa se vulnera el derecho a la integridad psíquica del trabajador, al no quedar supeditada la vulneración de derechos fundamentales a la conducta de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo. Y constando acreditado y probado por el Juez ad quo en la fundamentación jurídica que el actor padece trastorno adaptativo ansioso depresivo que precisa tratamiento con psicolécticos, se valoran por la Sala dichos perjuicios en la cantidad reclamada por el actor recurrente en 2.000.000.- de pesetas.

Con idéntico amparo en el apartado c) del art. 191 de la LPL se denuncia asimismo infracción de los arts. 175 y sig. de la LPL en relación con el art. 28 de la CE y 535.5 LEC y 55 del ETT, alegando que si bien procede la declaración de litispendencia respecto al primer despido el segundo si procedía ser examinado y a ello no obsta el que la pretensión indemnizatoria fuese denegada en el procedimiento de dicho segundo despido, pues este solo se pronuncia sobre las consecuencias inherentes al despido sin entrar a valorar el daño causado al actor por vulneración de derechos fundamentales. Y la Sala estima ajustada a derecho los razonamientos esgrimidos por el Juzgador que señala que respecto del segundo despido ha de tenerse en cuenta que la sentencia del TSJ de Galicia confirmando la de instancia rechaza el abono de la indemnización de 2.000.000.- de pesetas y ello al estimar la sentencia que para indemnizar los perjuicios derivados del despido, están los salarios de tramitación, y dicha sentencia es firme y la pretensión ejercitada deviene en cosa juzgada; por lo que no procede admitir la infracción denunciada.

Que también con amparo procesal en la letra c) del art. 191 de la LPL se denuncia infracción de los arts. 175 y sig. de la LPL en relación con el art. 28 de la Constitución, al no admitir la sentencia de instancia los gastos abonados por el actor a la Asesoría de CC.OO. por su posible duplicidad.

Y la Sala estima ajustada a derecho los argumentos esgrimidos por el juzgador que considera que el Sindicato CC.OO. en juicio anterior (autos 136/99 del Social número 2 proceso pendiente de recurso de casación para unificación de doctrina) solicitó como gastos los ocasionados por los pleitos del hoy actor, lo que impide que dichas cantidades puedan ser tenidas en cuenta en este proceso, no solo por la pendencia real de aquel proceso lo que podría llevar a abonar dos veces los mismos gastos, sino también por la duda del abono real de los mismos por el actor, por consiguiente no se aprecia la infracción denunciada; por lo que no procede admitir la infracción denunciada.

Y por último y con el mismo amparo procesal en el apartado c) del art. 191 de la LPL se denuncia infracción del art. 175 de la LPL en relación con el art. 28 y 35 de la CE alegando que el juzgador de instancia tampoco admite los perjuicios profesionales causados al actor por la inactividad laboral sufrida desde 1996, y ello por no ser firmes las dos últimas sentencias de despido, pero lo cierto es que la sentencia del primer despido si es firme y se mantuvo al actor en inactividad desde agosto de 1996 a julio de 1997 por lo que estima que el desarraigo profesional y el menoscabo debe ser indemnizado en la cantidad de 1.000.000.- de pesetas solicitadas en demanda. Y la Sala estima ajustada a derecho los razonamientos del juzgador de instancia y considera que los perjuicios de tipo profesional alegados por el actor y por los que solicitó la cantidad de 1.000.000, de pesetas, al ser consecuencia directa de los despidos efectuados por la demandada y estar pendiente de resolución los recursos interpuestos contra las sentencias del TSJ de Galicia las mismas no pueden ser valoradas en el momento actual pues con la resolución de los recursos podrían variar las condiciones fácticas para determinar si se ha producido la misma y su valoración, por lo que no se estima se haya producido la infracción denunciada.

En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la Mancomunidad das “T.N.B.” contra don P.D.A. y estimando parcialmente el recurso interpuesto por el actor frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, en los autos 881/99 de fecha 23 de marzo de 2000, debemos condenar y condenamos a la Mancomunidad das “T.N.B.” a abonar al actor, por vulneración de los derechos de libertad sindical e integridad física, la cantidad de 3.800.000 ptas., confirmando en lo restante el

fallo de instancia, y condenando a la Mancomunidad a abonar la cantidad de 100.000 ptas. en concepto de honorarios de letrado del actor. Dése a los depósitos el destino legal.

3016 RECURSO N° 8/2000

S. S.

IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO NA SÚA DIMENSIÓN ESTATUTARIA. PROcede. FALTA DE LEXITIMACIÓN INICIAL E DELIBERANTE, TANTO DA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL COMO DA CENTRAL SINDICAL NEGOCIADORAS. INOBSERVANCIA DO PROCEDEMENTO NEGOCIADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a trece de septiembre de dos mil.

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

En nombre del rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes autos seguidos con el núm. 8/2000 a instancia de la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE GALICIA (UGT), representada y asistida por el letrado don P.B.L., contra las demandadas SINDICATO NACIONAL DE CC.OO.; A.S.E.A.R.T.E., CONFEREDACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA, que no comparecen pese a estar citadas en legal forma y contra la CONFEDERACIÓN INTERSIDNICAL GALEGA (CIG), compareciendo en su representación don L.S.S., según poder que obra en autos, asistido por el letrado don F.M.R., por el MINISTERIO FISCAL comparece el Excmo. Señor don R.G.A., siendo el objeto de la reclamación IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Con fecha 4 de julio de 2000, se recibió en esta sala demanda de impugnación de convenio colectivo formulada por la UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.), contra las demandadas antes ya mencionadas, en la que suplicaba se dicte sentencia por la que se declare la estimación del contenido del presente escrito, proceda a anular en su dimensión

estatutaria el convenio colectivo y se ordena la publicación de la sentencia anulatoria, condenando a las demandas a estar y pasar por tal declaración, convocándose a las partes a los actos de conciliación y juicio que tuvieron lugar el 7 de septiembre corriente, con la asistencia de la parte actora que ratificó su demanda, de la CIG que se adhiere a la misma, no compareciendo el resto de las demandas a pesar de constar citados en legal forma, recibido el juicio a prueba, por las ambas partes se propuso documental, no proponiéndose prueba alguna por el MINISTERIO FISCAL, que declarada pertinente se unieron los documentos a los autos aportados a tal fin; seguidamente las partes hicieron uso de la palabra para conclusiones, insistiendo en sus peticiones respectivas quedando el juicio visto a efectos de votación y fallo. En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales. De todo lo actuado en juicio se DECLARAN PROBADOS: 1º).- Por resolución de 10 de septiembre de 1999, de la Dirección Xeral de Relacións Laborais, se acordó la inscripción en el Registro y la publicación en el Diario Oficial de Galicia, del primer convenio colectivo para el personal dependiente de empresas auxiliares de asilos, residencias y centros de la tercera edad de Galicia. El texto del Convenio Colectivo fue publicado en el citado Diario Oficial de esta CC.AA. de Galicia, correspondiente al 24 de noviembre de 1999. 2º).- Según su art. 1º, dicho convenio colectivo extiende su ámbito territorial y funcional a todo el personal y a las empresas que se dediquen a la prestación de servicios auxiliares para las residencias de la tercera edad del territorio de la CC.AA. de Galicia. El art. 2º, respecto del ámbito personal del convenio, dispone que están incluidos en su ámbito de aplicación todos los trabajadores y trabajadoras dependientes de las empresas descritas en el artículo anterior. 3º).- La comisión negociadora del convenio se había constituido el 21 de agosto de 1999, la parte empresarial quedó integrada por los representantes de la A.S.E.A.R.T.E. y por la parte sindical representantes legales del Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia. Haciéndose constar en el acta de constitución de la citada comisión negociadora que las dos partes negociadoras indicadas se reconocían la capacidad legal y representativa bastante para negociar. 4º).- Según certificación emitida por la Subdirección Xeral de Traballo da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Xunta de Galicia, en las oficinas Públicas de Rexistro, Depósito e Publicidade de la CC.AA. de Galicia, constan 25 representantes legales elegidos en las empresas del sector de “acogida de ancianos con alojamiento” a fecha 31 de diciembre de 1999, ostentando los distintos sindicatos los siguientes índices de representatividad:

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

5º).- En los archivos del Organismo referido en el ordinal anterior (Subdirección Xeral de Traballo), no consta que la Asociación Empresarial negociadora del convenio esté legalmente constituida. Tampoco consta acreditado el número total de empresas que agrupa dicha asociación, ni el número de trabajadores que ocupen en el sector, en el territorio de esta CC.AA.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El sindicato demandante, Unión General de Trabajadores (UGT-Galicia), formula demanda en materia de impugnación de convenio colectivo, dirigida contra el Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia, la Asociación de Empresas A.S.E.A.R.T.E., contra la Confederación de Empresarios de Galicia y contra la Confederación Intersindical Galega (CIG); solicitando de esta sala que se dicte sentencia por la que se proceda a anular en su dimensión estatutaria el convenio colectivo al que se hace referencia en el relato que antecede. Dicha pretensión no consta con oposición expresa alguna, pues de los distintos demandados, al acto de juicio únicamente compareció la CIG, sindicato que se allanó a dicha pretensión, y por el ministerio fiscal –que es parte siempre en estos procesos- art. 163.4 de la LPL-, se solicitó en conclusiones la estimación de la demanda. Así pues, la cuestión que se suscita en esta “litigio” es dilucidar si el convenio colectivo referido debe ser anulado, por no reunir la parte empresarial y sindical que negociaron el acuerdo la capacidad o representación que imponen los artículos 87.2.b) y nº 3 y el art. 88.1 ambos del ET. La STS de 5 de octubre de 1995 (RJ 1.995, 8.667), reiterando doctrina jurisprudencial anterior recogida en la sentencia de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1.993, 8.932), o la más reciente de 25 de mayo de 1996 (RJ 1.996, Ar. 4.674), se refieren al nivel de representatividad que deben ostentar las partes negociadoras de un convenio de conformidad con los arts. 87 y 88 del ET. El art. 87 del ET

establece las condiciones y requisitos que se han de cumplir a los efectos de la legitimación para negociar los convenios colectivos regulares o estatutarios, el número 2.b) de este art. se refiere a los requisitos que han de reunir los sindicatos, estableciéndose que han de tener “la consideración de más representativos a nivel de CC.AA., respecto de los convenios que no trascienden de dicho ámbito territorial, así como, y en sus respectivos ámbitos, los entes sindicales afiliados, federados o confederados a los mismos”, y en el núm. 3 de este mismo art. 87 se determinan los requisitos que han de reunir las asociaciones empresariales, cuando se trata de negociar convenio de ámbito superior a la empresa, señalándose que las asociaciones empresariales han de contar en el ámbito geográfico y funcional del convenio “el diez por cien de los empresarios... y siempre que estos den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados”, si bien a nivel de CC.AA. la Disposición Adicional 6^a del ET exige un mínimo del 15%. Así pues, según los números 2.b) y 3 del citado art. 87 del ET, en convenios de CC.AA., están legitimados los sindicatos más representativos de ésta, es decir, los que en dicho ámbito posean al menos el 15% de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los Comités de Empresa, y por parte empresarial, aquellas asociaciones empresariales que en el ámbito del convenio cuenten con el 15% de los empresarios afectados, quienes, a su vez, deben emplear al menos a igual porcentaje de trabajadores. Además de esta legitimación inicial, como se denomina por la jurisprudencia, también es preciso contar con la también llamada “legitimación plena o negociadora”, a la que alude el art. 88 del ET. Este precepto estatutario establece los niveles de representatividad y demás requisitos que han de observar los componentes de la comisión negociadora para que ésta quede válidamente constituida, exigiéndose por dicho precepto que los sindicatos han de representar como mínimo “a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso”, y las asociaciones empresariales han de representar a los empresarios que ocupen “a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio”. Consecuentemente, se puede concluir señalando que la válida negociación de un concreto convenio colectivo exige que las partes negociadoras posean capacidad para obligarse en la comisión negociadora en los términos del art. 88.1 del ET, si bien debe quedar claro que según señala la STS de 25-mayo-1996 (RS 1.996, Ar. 4.674). “Para poder formar parte de tal comisión negociadora es indispensable haber cumplido previamente los requisitos que previene el citado art. 87; es decir, la legitimación plena del art. 88.1 requiera la observancia previa, por cada entidad

representativa interveniente, de las prescripciones que otorgan a éstos la legitimación inicial; es claro, por consiguiente, que la legitimación plena no elimina ni hace innecesaria la legitimación inicial, sino que, por el contrario, exige su concurrencia”. SEGUNDO.- Teniendo en cuenta cuanto se deja expuesto en el precedente fundamento de derecho, proyectándolo sobre el relato de hecho probados, queda claro que en el supuesto enjuiciado ni la asociación patronal, ni la parte sindical que firmaron el convenio cuya impugnación se solicita, no cumplían con los requisitos precisos para ostentar la referida legitimación inicial. Según consta en el ordinal 4º de H.P., de los 25 representantes que constan elegidos, el Sindicato negociador únicamente cuenta con tres, y por lo que respecta a la asociación empresarial, al folio 52 de los autos obra documento según el cual, no existe constancia de su legal constitución, y en los autos no obra ningún elemento fáctico sobre el número de trabajadores que ocupa en el sector, ni el número de empresas que agrupa; por todo ello, resulta evidente que ninguna de las partes negociadora que suscribieron el convenio, alcanzaban el límite legal exigido por el art. 87 del ET, y por tanto, carecían de la legitimación inicial precisa para llevar a cabo la negociación del mismo. Obviamente, y atendiendo a los anteriores datos sobre representatividad, dichas partes tampoco reunían la legitimación plena que exige el art. 88.1 del citado Estatuto, al no alcanzar, ni mucho menos, los niveles de representatividad exigidos por el citado artículo.

TERCERO.- Por otra parte, los promotores del convenio han actuado ignorando completamente el contenido del art. 89 del ET sobre el procedimiento a seguir en la elaboración del mismo. Y es que la representación -bien de trabajadores o bien de empresarios- que deseen promover un convenio colectivo, además de reunir las condiciones precisas para ser parte del mismo, deberá además cumplir con el trámite formal de cursar su iniciativa mediante comunicación escrita que ha de cumplir con los requisitos expresados en el art. 89 del citado estatuto, y en el caso contemplado nada consta sobre esa comunicación inicial. En resumen, resulta evidente que el acuerdo alcanzado lo ha sido con clara vulneración de los preceptos mencionados, por lo que se ha de acoger favorablemente la pretensión deducida en la demanda y declarar la nulidad del convenio referido, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 164.3 de la LPL, deberá procederse a la publicación de la presente sentencia en el “Boletín Oficial” en el que se insertó el convenio que se anula.

Por todo ello,

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos la demanda interpuesta por la representación letrada del SINDICATO UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T. - Galicia) contra SINDICATO NACIONAL DE CC.OO., A.S.E.A.R.T.E., CONFEDERACIÓN EMPRESARIOS DE GALICIA Y CONFEDERACIÓN INTERSIDNICAL GALEGA (C.I.G.) sobre IMPUGNACIÓN DE CONVENIO COLECTIVO, debemos anular y anulamos en su dimensión estatutaria el primer Convenio Colectivo para el personal dependiente de empresas auxiliares de asilos, residencias y centros de la tercera edad de Galicia, publicado en el Diario Oficial de Galicia de fecha 24 de noviembre de 1999. La presente sentencia deberá ser comunicada a la autoridad laboral, y se publicará en el "Boletín Oficial" en que el convenio colectivo se hubiere insertado.

3017 RECURSO N° 9/2000

S. S.

IMPUGNACIÓN DE ESTATUTOS SINDICAIS. DA CLÁUSULA QUE ESTABLECE O DOMICILIO. NON DEBE ESTIMARSE, NON COINCIDE CO DA FEDERACIÓN SINDICAL NO QUE A PARTE DEMANDANTE ALEGABA ESTAR INTEGRADA.

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

A Coruña, a trece de septiembre de dos mil.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En los presentes autos seguidos con el núm. 9/2000 a instancia del SINDICATO MÉDICO PROFESIONAL DE PONTEVEDRA, representado y asistido por el letrado don M.H.G., contra las demandadas SINDICATO MÉDICOS DE GALICIA, representado por el presidente del comité ejecutivo, don C.A.N., don J.M.E.S., don A.N.P., secretario, asistidos por el letrado don N.V. y no comparece pese a constar citado don J.F.L.V.; por el MINISTERIO FISCAL comparece el Ilmo. Señor don R.G.A., siendo el

objeto del litigio IMPUGNACIÓN DE ESTATUTOS SINDICALES.

Antecedentes de hecho

Con fecha 6 de julio de 2000, se recibió en esta sala demanda de impugnación de estatutos sindicales formulada por el SINDICATO MÉDICO PROFESIONAL DE PONTEVEDRA, contra las demandadas antes ya mencionada, en la que suplicaba se dicte sentencia por la que se declare la estimación de los motivos invocados, la nulidad del artículo 3º, de los Estatutos del Sindicato de Médicos de Galicia, relativo al establecimiento del domicilio social, por resultar contrario a derecho, condenándose a las demandadas a pasar por tal declaración, convocándose a las partes a los actos de conciliación y juicio que tuvieron lugar el 7 de septiembre, con la asistencia de la parte actora que ratificó su demanda, y por las demandadas que se opusieron a la misma por los motivos que constan en autos, recibido el juicio a prueba, por la parte actora se propone confesión judicial y documental, por las demandadas, se propone testifical y documental, no proponiéndose prueba alguna por el Ministerio Fiscal, que declaradas pertinentes se procedió a la prácticas de las mismas, acordándose la unión de los documentos a los autos aportados a tal fin; seguidamente las partes hicieron uso de la palabra para conclusiones, insistiendo en sus peticiones respectivas quedando el juicio visto a efectos de votación y fallo. En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales. De todo lo actuado en juicio se declaran probados: 1.- Que en mayo de 1991 se constituyó la Federación Gallega de Sindicatos Médicos, en cuyos estatutos art. 6 se establece que la Federación fija su domicilio provisionalmente en La Coruña C/... y en asambleas generales ordinarias de los Sindicatos Profesionales de Médicos de La Coruña, Lugo y Pontevedra se acordó la integración de los citados Sindicatos Médicos en la anteriormente citada Federación (FEGASIME). 2.- Que FEGASIME no ejerció nunca representatividad oficial alguna, ni suscribió pacto ni convenio alguno, con la Admón. Sanitaria (Sergas), ni consta en los archivos de la Confederación de Sindicatos Médicos, como organización confederada en la misma, la denominada Federación Gallega de Sindicatos Médicos . 3.- Que la Federación Gallega de Sindicatos Médicos, de la cual fue presidente provisional don C.A.N., se le asignó como domicilio provisional, el mismo domicilio del Sindicato Médico Profesional de La Coruña; y la citada Federación no llegó a cuajar por problemas de reparto de cargas, pese a que hubo varios intentos de que funcionase y en 1999 el Sindicato Médico Profesional de La Coruña,

acordó la segregación de la Federación. 4.- Que con fecha de 21.01.85 por el Sindicato Médico de la provincia de La Coruña (entonces CEMSATSE) y la dueña del local, se celebró contrato de Arrendamiento de Fincas Urbanas del Local sito en la c... y como renta mensual 55.000 pts. 5.- Que la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos, celebró distintas reuniones, y en 1996, se aprobaron reformas, estableciéndose que, únicamente, podrían integrarse en la confederación, sindicatos de ámbito autonómico, y se dio un plazo de 4 años para que se adaptasen a ello. 6.- Que con fecha de 03.05.00, se extendió acta de constitución del Sindicato de Médicos de Galicia, y con fecha de 6 de junio del 2000 se publica en el DOG Resolución de 9 de mayo de 2000 de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se hace público el depósito del acta de constitución y de los Estatutos del Sindicato de Médicos de Galicia (SIMEGA). El ámbito de dicho Sindicato es el de la Comunidad Autónoma de Galicia. 7.- Que en los estatutos del Sindicato de Médicos de Galicia, se establece en el art. 3 que el sindicato establece su domicilio en La Coruña. 8.- Que los codemandados don C.A.N., don J.M.E.S., don A.M.P. y don J.L.V., constituyen el comité ejecutivo del Sindicato de Médicos de Galicia (a efectos de la 1 primera asamblea, con carácter provisional. 9.- Que don J.V.C.C., ostenta la condición de Secretario General del Sindicato Médico Profesional de Pontevedra .

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Que con carácter previo y antes de entrar en el fondo del asunto, han de analizarse y resolverse las excepciones planteadas. Que por los demandados se alega la excepción de falta de legitimación activa, por entender que el demandante no tiene interés legítimo y no puede interferir en una relación arrendataria que existe entre partes. Y dicha excepción no merece favorable acogida, y ello, por cuanto que el demandante en su condición de secretario general, actúa en nombre y representación del Sindicato Médico Profesional de Pontevedra, que forma parte integrante de la Federación Gallega de Sindicatos Médicos (y se sostiene en demanda que el domicilio de dicha Federación es el mismo que pretende fijar el Sindicato de Médicos de Galicia, demandado en el art. 3 de los Estatutos, por lo que se postula su nulidad), por lo que es obvio que el Sindicato demandante ostenta un interés directo y legítimo (art. 171 de la LPL).

SEGUNDO.- Que entrado en el fondo del asunto, la cuestión planteada en la presente demanda, consiste en determinar, si la designación por parte del Sindicato demandado, del domicilio social, en el art. 3 de los estatutos sociales, domicilio social,

que es el mismo que el fijado con anterioridad, para la Federación Gallega de Sindicatos Médicos, en la cual esta integrado el Sindicato demandante, es o no conforme a derecho, y si, en consecuencia procede o no, la declaración de nulidad de dicha cláusula estatutaria, contenida en el art. 3 de los estatutos del Sindicato Gallego de Médicos, demandado. Que el art. 171 de la LPL establece que: "El Ministerio Fiscal, y quienes acrediten un interés, directo, personal y legítimo, podrán solicitar la declaración judicial de no ser conformes a derecho los Estatutos de los Sindicatos que hayan sido objeto de depósito y publicación, tanto en el caso de que estén en fase de constitución, como en el de que hayan adquirido personalidad jurídica". Que la parte actora, estima que en el supuesto de autos, la fijación por parte del sindicato demandado del mismo domicilio que tenía fijado con anterioridad la federación, en la cual estaba integrado el sindicato accionante, atenta a la libertad sindical del sindicato demandante y no es conforme a derecho, por lo que postula la nulidad de la citada cláusula estatutaria, relativa al establecimiento del domicilio social. Que por el contrario el sindicato demandado se opuso a la pretensión actora, alegando que la federación en la que estaba integrada el sindicato demandante, además de que nunca llegó a funcionar, y no tenía su domicilio social en el mismo local que el sindicato demandado; y lo único que existió, es que cuando se constituyó la Federación Gallega de Sindicatos Médicos, el Sindicato Médico de La Coruña, uno de los integrantes de la Federación, le cedió provisionalmente su domicilio social, y es este sindicato, el Sindicato de Médicos de La Coruña el que tenía suscrito contrato de arrendamiento de fincas urbanas, con la dueña del local donde se fijó el tan citado domicilio social del sindicato, compartido provisionalmente con la Federación Gallega, que nunca funcionó. Y asimismo el Ministerio Fiscal solicitó también la desestimación de la demanda. Pues bien, en función de las alegaciones expuestas, la Sala llega a la conclusión de que la demanda no debe prosperar, en base a las siguientes consideraciones :

1.-Que en primer lugar por cuanto que tanto de la documental como de la confesión practicada, a instancias del sindicato demandante, en la persona de don C.A., así como de la testifical practicada en el acto del juicio a instancias del Sindicato demandado, ha resultado acreditado, que la Federación Gallega de Sindicatos Médicos, no ejerció nunca representatividad oficial alguna, ni consta en los archivos como organización confederada , y no llegó a funcionar, al no llegar a cuajar por problemas de cargas; y a dicha federación, cuando se constituyó en el año 1991 se le asignó como domicilio social provisional el

domicilio del Sindicato Médico de La Coruña (que era uno de los Sindicatos integrantes de la federación) y este sindicato tenía suscrito contrato de arrendamiento de fincas urbanas con la dueña del local.

2.-Sentado lo anterior y dado que por un lado, la federación gallega, aun cuando se constituyó inicialmente en el año 1991, realmente no llegó a funcionar, y por tanto no existe en la actualidad como tal órgano confederado, y por otro lado, y dado que la citada Federación no tenía el domicilio social en La Coruña en la c/... sino que este era el domicilio social del Sindicato de Médicos de La Coruña, el cual tenía concertado contrato de arrendamiento de fincas urbanas con la dueña del local, y el citado sindicato solo, provisionalmente cedió, para compartir el domicilio social con la federación. Por tanto la sala estima, que en modo alguno puede declararse ser contrario a derecho, ni atentar a la libertad sindical, la cláusula estatutaria contenida en el art. 3 de los estatutos del Sindicato Médico de Galicia (SIMEGA) relativa al establecimiento del domicilio social y procede por tanto, desestimar la demanda de impugnación de estatutos sindicales y absolver libremente a la demandada.

Fallamos

Que desestimando la excepción de falta de legitimación activa alegada por los demandados y entrando en el fondo del asunto, debemos desestimar y desestimamos la demanda de impugnación de estatutos sindicales interpuesta por el SINDICATO MÉDICO PROFESIONAL DE PONTEVEDRA absolviendo a los demandados SINDICATO DE MÉDICOS DE GALICIA (SIMEGA) Y OTROS, de las pretensiones contenidas en demanda.

3018 RECURSO N° 3.192/2000

S. S.

**CONFLICTO COLECTIVO.
INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA DE CONVENIO COLECTIVO DE REVISIÓN SALARIAL DE ACORDO CO INCREMENTO DO ÍNDICE DE PREZOS Ó CONSUMO. DE ACORDO CO PREVISTO E NON CO REALMENTE PRODUCIDO.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a quince de septiembre de dos mil.

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. 3.192/2000 interpuesto por don L.G.P. y otro 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 L.G.P. y D.A.M.M. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado "G.N., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 159/2000 sentencia con fecha 22 de abril de 2000 por el juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º)- Por don L.G.P. y don D.A.M.M. en representación del comité de empresa de "G.N., S.A.", del que son respectivamente presidente y secretario, y por el que fueron autorizados según acuerdo de fecha 28 de enero para presentar la demanda rectora de esta litis, se presentó demanda de conflicto colectivo frente a dicha empresa solicitando que se declare que el incremento salarial que le corresponde al personal de la empresa afectado por el convenio colectivo para el año 1999 previsto por el artículo 10 de dicho convenio es el 2,9% respecto de los salarios de 1998, resultante de incrementar en el 0,5% el IPCV previsto para el año 1999, establecido finalmente en el 2,4%.- 2º) El convenio colectivo de la empresa demandada, publicado en el DOG del 16 de septiembre de 1998 y en el BOP de Pontevedra el día 17 y con vigencia para el período del 1 de abril de 1998 al 31 de marzo del 2001, dispone en su artículo 10 que "el salario será especificado para cada categoría en la tabla de salarios anexa, que se incorpora a este convenio, formando parte del mismo, siendo el aumento obtenido al convenio del pasado año del 3% (tres por ciento), para el período del 1 de abril de 1998 al 31 de diciembre de 1998. IPC previsto para el año 1999 + 0,5 para el período del 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre de 1999, IPC previsto para el año 2000 + 0,5 para el período del 1 de enero del 2000 al 31 de marzo del 2001. La tabla de salarios (Anexo I) y tabla de valor de horas extraordinarias (Anexo II) para el período del 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre de 1999 y para el período del 1 de enero del 2000 al

31 de marzo del 2001 se establecerán en el mes de enero de cada año.”.- 3º) La empresa aplica para 1999 un incremento salarial del 2,3% respecto de los salarios de 1998 resultado de incrementar en un 0,5 el IPC inicialmente previsto por el gobierno para 1999, el 1,8%. - 4º) Consideran los actores que dado que la previsión inicial del Gobierno fue luego revisada por éste fijando el IPC previsto en el 2,4%, es este el IPC previsto que debe tomarse y sobre él aplicar un incremento del 0,5, con lo cual entienden que sus salarios para 1999 deben ser el resultado de incrementar los de 1998 en un 2,9%.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don L.G.P. y don D.A.M.M., en representación del comité de empresa de “G.N., S.A.” del que son respectivamente presidente y secretario, contra la empresa “G.N., S.A.”, 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 demandantes siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren los actores la sentencia de instancia que desestimó la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, para lo cual, con amparo en el art. 191.b) LPL instan la revisión del relato fáctico al objeto de que el ordinal cuarto sea substituido por la propuesta de redacción que efectúan: “La inflación prevista para el año 1999 fue inicialmente del 1,8% (según dato consignado en la Ley de Acompañamiento de los presupuestos para 1999) y en septiembre se cambió al 2,4%. La inflación real fue del 2,9%.”. Procede la modificación que se postula por cuanto, la propuesta es cierta y tiene apoyo documental en informes oficiales obrantes a los folios 10 y 11 de las actuaciones, al tiempo que configura una mayor exactitud del relato fáctico, siendo así que el objeto del debate también queda claramente expuesto en los autos.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con amparo en el art. 191.c) LPL, se denuncia como infringido el art. 10 del convenio colectivo de empresa en relación con el art. 1.281 y siguientes el Código Civil. El argumento del motivo consiste en que merece igual valor de “previsión del IPC”, tanto la propuesta efectuada en la Ley de Acompañamiento de Presupuestos para 1999, como la revisión efectuada en el mes de

septiembre de 1999 por el gobierno de la “previsión inicial” por lo que ha de aplicarse a esta segunda previsión el incremento del 0,5% pactado en convenio, para fijar definitivamente los salario de dicho año revalorizando así los del año anterior, alegando que lo que se pretende con dicha cláusula convencional es lograr la conservación del poder adquisitivo de los trabajadores afectados por dicho convenio. La cuestión litigiosa exige valorar la finalidad con la cual se redactó el art. 10 del citado convenio, si trataron las partes de establecer un mecanismo de actualización de los salarios automático y ajeno a las mismas o sí por le contrario la finalidad de dicho precepto era la de mantener el poder adquisitivo del salario de los trabajadores afectados por dicho convenio. Conforme al primer supuesto la interpretación literal conlleva a la desestimación del recurso por cuanto, al exigirse que se determine en el mes de enero de 1999 la tabla de salarios para dicho año en atención al índice de precios al consumo previsto incrementado en un 0,5%, se habrían sometido las partes a la aleatoriedad que resulta de tal previsión efectuada por un tercero ajeno a las mismas e incrementado con el señalado porcentaje, en consecuencia no cabría alterar dicha aleatoriedad atendiendo a posteriores previsiones por cuanto no han sido previstas en la norma, por tanto bien favorezca bien perjudique habría de estarse a tal aleatoriedad sin atender al resultado final consolidado del índice de precios al consumo. Por otra parte, cabría entender que la finalidad del citado precepto consiste en mantener el poder adquisitivo de los trabajadores afectados actualizando los salarios conforme al susodicho índice de precios al consumo, tal interpretación sería factible pues es notorio que habitualmente tal tipo de cláusulas tienen como causa la finalidad de mantener el poder adquisitivo, sin embargo cuando una cláusula tiene esta última finalidad -según intención de las partes-, resulta que toda actualización inicial que se efectúe en aplicación de previsiones oficiales u oficiosas, incluso previsiones que las propias partes establecen en el convenio, de índice de precios al consumo lleva anexa y especificada la obligación final de atender al índice de precios al consumo anual que resulte realmente producido, así se observa en el art. 7.5 del propio convenio nacional de Artes Gráficas que la parte recurrente invoca a efectos interpretativos, la consecuencia de seguir esta tesis sería que el 0,5% de incremento habría que aplicarlo sobre el índice de precios al consumo final del 2,9% con el resultado de un 3,4%, sin embargo la parte recurrente no efectúa tal aplicación sino que acude a otra previsión intermedia, (luego sus propios actos excluyen la posibilidad de atender a la finalidad de mantenimiento del poder adquisitivo del salario), por ello la Sala llega a la

conclusión de que el art. 10 del convenio que vincula a las partes, no tiene la finalidad de mantener el poder adquisitivo de los trabajadores sino que se trata de una cláusula de actualización fija que contiene dos elementos, uno encomendada su determinación a un tercero (índice de precios al consumo) y otro fijado por ellas mismas (0.5%) de incremento sobre aquel, cláusula con una única fecha de aplicación y sin que se admitan actualizaciones intermedias por ello, no se vulnera por la resolución recurrida el citado precepto convencional ni el art. 1.281 y siguientes del Código Civil, debiendo desestimarse el recurso y confirmarse la resolución recurrida.

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por L.G.P. y D.A.M.M., contra la sentencia dictada 22.04.00 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo en autos nº 152-2000 sobre conflicto colectivo, seguidos a sus instancias contra “G.N., S.A”, resolución que se mantiene en su integridad.

3019 RECURSO N° 3.195/2000

S. S.

CONFLICTO COLECTIVO. TAREFAS DOS VIXILANTES DE SEGURIDADE. NON ALCANZAN CERTOS TRABALLOS DE MANTEMENTO, MÁIS PROPIOS DOUTRAS CATEGORÍAS PROFESIONAIS. COMISIÓN PARITARIA. FUNCIÓN DE INTERPRETACIÓN DO CONVENIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a quince de septiembre de dos mil.

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 3.195/00 interpuesto por empresa “P., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 611/99 se presentó demanda por don M.L.F., don J.L.C.R. y don A.G.G. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandada la empresa “P., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de diciembre de 1999 por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- Los demandantes son miembros del comité de empresa de la demandada promoviendo el presente conflicto colectivo que afecta a todo el personal del centro de trabajo de la empresa demandada en “E.” (A Coruña) con categoría de vigilante de seguridad en total 39 trabajadores./ 2.- La empresa de seguridad “P., S.A.” presta servicio en las instalaciones de “E.” (A Coruña) con 51 vigilantes de seguridad distribuidos en turnos de mañana, tarde y noche./ 3.- Por parte del departamento de seguridad de la empresa “E.” se comunicó a la empresa “P., S.A.” que los vigilantes de seguridad debían realizar labores de recepción de llamadas telefónicas en ausencia de los telefonistas de la empresa “E.”. Que por escrito de fecha 23.04.99, el jefe de equipo de la empresa demandada “D.T.” comunicó a los trabajadores vigilantes de seguridad que fuera de los horarios del personal de la central de teléfonos de “E.”, la central estará desviada a ese acceso (Acceso Central Térmica), ante lo cual todas las llamadas exteriores, se pasarán a la persona o extensión solicitada./4.- Que el personal de “E.” que realiza funciones de telefonista son M.P.C.S. auxiliar 1ª de Oficina Nivel B-telefonista y M.P.A. de la misma categoría. Que ambas trabajadoras realizan turnos de mañana y tarde de lunes a jueves con horario de 7,30 horas a 13,00 horas y de 14,00 horas a 16,38 horas M.P., y de 9,00 horas a 14,00 horas y de 15,15 horas a 18,15 horas P.C. Que los viernes sólo existe turno de mañana con horario de 7,30 horas a 13,00 horas M.P. y de 9,00 horas a 15,00 horas P.C./ 5.- La Empresa demandada fue objeto de expediente sancionador por parte de la Subdelegación del Gobierno Civil de A Coruña con propuesta de multa de 25.000 ptas. en fecha 09.12.99 pendiente de recurso./ 6.- Asimismo la empresa demandada en virtud de escritos de fechas 06.06.96 y relativo al mantenimiento de la flota establece la obligación de los vigilantes jurados de la empresa de comprobar el estado interior y exterior de los vehículos (golpes y desperfectos), la limpieza interior y exterior (carrocería, se limpiarán perfectamente los bajos), la existencia de herramientas para sustituir una rueda (gato, llave de ruedas, destornillador y acople de gato)./ 7.- En fecha 03.12.99 se celebró el acto de conciliación administrativa.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando la demanda debo declarar y declaro que las tareas encomendadas a los trabajadores de la empresa "P., S.A." de la categoría profesional de vigilantes jurados y relativas a recoger llamadas en el acceso central térmica para pasárlas a la persona o extensión solicitada en ausencia del personal de la central de teléfonos de "E." no es función propia de su categoría profesional así como tampoco corresponde a su categoría profesional las tareas encomendadas y relativas al mantenimiento de la flota consistentes en comprobar el estado interior y exterior de los vehículos (golpes y desperfectos), la limpieza interior y exterior carrocería, se limpiarán perfectamente los bajos), la existencia de herramientas para sustituir una rueda (gato, llave de ruedas, destornillador y acople de gato)."

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la pretensión deducida en la demanda, interpone recurso la patronal demandada, "P., S.A.", construyendo el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicitando las revisiones, de hechos probados de la sentencia recurrida, siguientes: A) La modificación del tercero, a partir del primer punto, en el sentido siguiente: "que por escrito de fecha 23.04.99, el jefe de equipo de la empresa demandada, don D.T., comunicó a los trabajadores vigilantes de seguridad que fuera de los horarios del personal de teléfonos de "E.", que cubre la totalidad de las horas realizadas por la plantilla administrativa de "E.", la central estará desviada a ese acceso (acceso central térmica) ante lo cual todas las llamadas exteriores se pasarán a la persona o extensión solicitada". B) La adición al hecho cuarto de: "esos horarios cubren en su totalidad la jornada de trabajo prevista en las oficinas de la central térmica de "E." (A Coruña)". C) La adición de un nuevo hecho declarado probado, con el número CUATRO bis, del siguiente tenor literal: "Exclusivamente se reciben llamadas fuera del horario de "E." (A Coruña) sin realizar llamadas al exterior". D) La adición al hecho probado 6º de lo siguiente: "Esta obligación afectará a los vehículos con los que se realice la labor de vigilancia de la central térmica de... y sus alrededores". Se accede a los revisiones que

quedan señaladas, a la vista de los medios probatorios por la recurrente invocados en apoyo de las mismas, a excepción de la última -apartado D-, ya que de los documentos en que se fundamenta, los obrantes a los folios 36 y 37 no lo autorizan.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral se formula el segundo, y último de los motivos, en el que se denuncia vulneración del art. 9 del convenio colectivo nacional para empresas de seguridad, en relación con el art. 533.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que ha existido defecto formal de inadecuación de procedimiento, en base a que la Ley 11/94 de 19 de mayo, que modifica el art. 85 del Estatuto de los Trabajadores ampliando las facultades de las comisiones paritarias de interpretación, reguladas en los convenios colectivos, con cita de la sentencia del TSJ de Madrid de 25.03.97. Aduciendo, a continuación, que entrando en el fondo del asunto, existe un grave error de apreciación por parte del juzgador, al afirmar en el fundamento de derecho tercero que la función de telefonista es asumida en su totalidad por los vigilantes de seguridad, lo que no se acomoda a la realidad, ya que las funciones que asumen los vigilantes se concretan en atender las llamadas que se realizan (sólo las entrantes) fuera del horario habitual de los empleados de "E.", y aunque entre las funciones del vigilante de seguridad, que se describen en el art. 22.A.2 del convenio colectivo del sector, no figura expresamente la de coger el teléfono, tampoco figuran expresamente otras -cita varias, por ej. cerrar un grifo del agua abierto-, sin embargo parece obvio que no estando el personal de "E.", sea el servicio de seguridad el que se ocupe de las llamadas. Asimismo estima, que de la razonado por el juzgador de instancia, en el fundamento de derecho cuarto, se desprende que confunde lo que se trata de un trabajo habitual y diario de una categoría especial, vigilante de seguridad conductor, previstas sus funciones en el art. 22.A.1.a del Convenio Colectivo, que única y exclusivamente conduce un vehículo blindado, con un carné de conducir especial, con algo que es obligación de cualquier ciudadano que conduzca un vehículo y es que se revise con cierta regularidad el nivel de aceite y agua, ruedas, limpieza y las herramientas para reparaciones; añadiendo que los vehículos de la recurrente utilizados en la central térmica de..., realizan rondas por todo el interior y perímetro de decenas de kilómetros, siendo indispensables para el servicio de vigilancia, por lo que se debe estar a lo previsto en el art. 11.D del Convenio Colectivo; mientras que la sentencia de instancia contraviene, respecto al mantenimiento de los vehículos, lo indicado en el art. 5 del Estatuto de

los Trabajadores y art. 29 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; cometiendo la sentencia infracción del art. 39 del Estatuto de los Trabajadores y 17 del Convenio Colectivo; respecto al primero, porque existe movilidad funcional en ambos casos (teléfono y mantenimiento de vehículo) en grado mínimo, ya que estas labores ocupan un porcentaje mínimo de la jornada laboral del trabajador, pero éste está retribuido en su categoría prevalente; y en el segundo, porque no se ha tenido en cuenta el párrafo segundo del referido art. del Convenio Colectivo; realizándose las labores de repostaje y mantenimiento básico de los vehículos dentro de las horas de jornada y llevan efectuándose desde que se contrató el servicio de vigilancia de la central térmica de..., al menos 10 años y, desde luego, desde el ingreso en esa central de cada trabajador. Finalmente, la recurrente reseña, con transcripción fragmentaria de ellas, las sentencias de la Audiencia Nacional -Sala de lo Social- de 7 de septiembre de 1989 y 17 de junio de 1994, del Tribunal Central de Trabajo -Sala 1ª- de 28 de noviembre de 1988 y -Sala 5ª- de 7 de diciembre de 1988, y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 18 de noviembre de 1994, que resuelven, aduce, discrepancias similares a las aquí juzgadas.

TERCERO.- En la demanda rectora del proceso se formulaban dos peticiones: una, que las tareas encomendadas a los trabajadores afectados por el conflicto, de la categoría profesional de vigilantes jurados, relativas a recoger llamadas en el acceso central térmica para pasárlas a la persona o extensión solicitada, en ausencia del personal de la central de teléfonos de "E.", no es función propia de su categoría profesional, y otra, que tampoco corresponden a su categoría las tareas encomendadas y relativas al mantenimiento de la flota de vehículos, comprobando su estado exterior e interior, limpieza y existencia de herramientas. Habiéndose dado acogida en la sentencia recurrida a la pretensión actora; mientras que la parte demandada-recurrente, por las razones que alega en el escrito de formalización del recurso, antes expuestas, estima lo contrario. Con carácter previo al análisis y decisión de la cuestión de fondo, en el litigio planteada, debe tratarse y resolverse la excepción de inadecuación de procedimiento alegada en la instancia y reiterada en el recurso. Ante todo, debe destacarse que el efecto jurídico-procesal que el acogimiento de tal medio de defensa produciría no se postula en la súplica del escrito de formalización del recurso, ya que la parte recurrente se limita a peticionar la revocación de la sentencia de instancia y su absolución. Además, la excepción no puede alcanzar éxito, por cuanto la previsión contenida en el art. 9 del Convenio Colectivo estatal de empresas de

seguridad -B.O.E. de 11 de junio de 1998-, señala como funciones de la comisión paritaria las de interpretación de la totalidad de los artículos del convenio y de conciliación preceptiva en los conflictos colectivos que supongan la interpretación de las normas del convenio; y dentro de tales funciones no puede incluirse la pretensión deducida en la demanda, al no ir dirigida la misma a la interpretación de la norma paccionada, sino a la aplicación o no del convenio a funciones asignadas a los trabajadores afectados por el proceso; sin olvidar que las funciones de los vigilantes de seguridad, además de concretarse en el convenio colectivo mencionado -art. 22.A.2- vienen expresamente recogidas en la Ley 23/92, de 30 de julio, de Seguridad Privada. Salvado el obstáculo antedicho y entrando en el estudio de la primera de las cuestiones planteadas, debe compartirse la tesis mantenida por la empleadora que recurre, teniendo en cuenta, por un lado, las circunstancias configuradoras de la misma; así, las labores de recepción de las llamadas telefónicas -como se relata en los hechos probados números 3 y 4 de la sentencia recurrida, con las adiciones en los mismos aceptadas a través de las peticiones revisoras- se realizarían en ausencia de las telefonistas de la empresa, fuera de los horarios de personal de la central de teléfonos de "E.", que cubre la totalidad de las horas a realizar por la plantilla administrativa de la empresa, desviándose la central de teléfonos al acceso central térmica, estando limitada la recepción a las llamadas exteriores y pasar las mismas a la persona o extensión solicitada. Estas características delimitadoras de la recepción de las llamadas telefónicas habrán de conducir, ineludiblemente, a considerar la tarea impuesta como incluida dentro de las funciones asignadas a los vigilantes de seguridad - la actividad del trabajador que ocupe el puesto de vigilancia en el acceso viene obligado, simplemente, a coger el teléfono y pasar la llamada recibida a la persona o extensión solicitada- en el art. 22.A.2.1 del convenio colectivo y art. 11.a) de la Ley 23/92; sin que pueda, precisamente por estas características, tan limitadas, incluirse, cual considera el juzgador de instancia, dentro de las funciones, mucho más amplias, que corresponden a la categoría profesional de telefonista -art. 20.A.g) del convenio colectivo. Procede, pues, en este particular, dar acogida a la censura jurídica a que el recurso se contrae y revocar en el mismo la sentencia recurrida. En lo que se refiere a la segunda de las cuestiones, habrá de compartirse el criterio sustentado por el "iudex a quo2, a que las tareas encomendadas a los trabajadores -hecho probado número 6-, en escritos de la empresa demandada de fechas 6 de junio de 1996, relativo al mantenimiento de la flota, establece la obligación (carrocería, se limpiarán

perfectamente los bajos), la existencia de herramientas para sustituir una rueda (gato, llave de ruedas, destornillador y acople de gato), estas tareas asignadas, no solo no pueden estimarse comprendidas dentro de los antes citados preceptos del convenio colectivo y Ley 23/92, de 30 de julio, que describen las funciones de los vigilantes jurados, sino que son propias de los vigilantes-conductores -categoría que no ostentan los afectados por el conflicto- de conformidad con lo dispuesto en el art. apartado A.1 del citado art. 22 del convenio. Debe, pues, en este particular rechazarse la censura jurídica a que, en este particular, el recurso se contrae y confirmar, en el mismo el fallo pronunciamiento impugnado.

CUARTO.- Por todo lo que queda expuesto procede estimar parcialmente el recurso, en los términos que quedan indicados, y, en consecuencia, revocar en parte la sentencia recurrida, con los efectos previstos en los arts. 201.3 y 233.2, ambos de la Ley de Trámites Laboral. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa “P., S.A.”, contra la sentencia de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social de Ferrol, en proceso de conflicto colectivo, promovido por don M.L.F., don X.L.C.R. y don A.G.G., miembros del comité de empresa, frente a ésta, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, en cuanto declara que las tareas encomendadas a los trabajadores de la empresa demandada, de la categoría profesional de vigilantes jurados y relativas a recoger llamadas en el acceso central térmica para pasárlas a la persona o extensión solicitada en ausencia del personal de la central de teléfonos de “E.”, no es función propia de su categoría profesional; dejándose sin efecto este pronunciamiento y confirmándola en lo demás. Sin imposición de costas. Hágase devolución a la recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir.

3020 RECURSO N° 3.344/00

S. S.

CONFLICTO COLECTIVO. MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓNIS DE TRABALLO. APLÍCASE O PRAZO DE CADUCIDADE DE VINTE DÍAS, PREVISTO PARA A MODALIDADE PROCESUAL INDIVIDUAL.

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

A Coruña, a quince de septiembre de dos mil.

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. 3.344/00 interpuesto por don M.A.A.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.A.A.S. y la C.I.G. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado RENFE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 124/00 sentencia con fecha doce de abril de dos mil por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º) Don M.A.A.S., mayor de edad, provisto de D.N.I. nº..., vecino de..., demandante en los autos, Delegado de la Sección Sindical en Lugo de la Central Sindical (C.I.G.) y miembro del comité provincial de la empresa demandada, promueve acción de conflicto colectivo frente a la patronal (R.E.N.F.E.), solicitando el dictado de sentencia declarativa de la nulidad o improcedencia de los gráficos y cuadros de servicio de las estaciones de R..., O., P. y S., así como la supresión del puesto de AF (Ayudante Ferroviario) de la estación de S., que fueron notificados mediante escrito de 28.06.99, condenándose además a la demandada a estar y pasar por referida declaración suplicada, alegando que afecta el presente conflicto colectivo a todos los trabajadores de las citadas cuatro estaciones, y se establecen a los mencionados gráficos y cuadros de servicio realizaciones de horas extraordinarias, además de no haber finalizado entre las partes de negociación de aquéllos, rota unilateralmente por la empresa.- 2º).- Con fecha 04.06.99, se mantuvo reunión por la dirección de la empresa con los miembros del comité provincial que se reseñan en el acta de aquélla, obrante en el ramo de prueba de la demandada y que se da aquí por íntegramente reproducida, afirmando la representación del personal (R.P.) conocer todos los cuadros y gráficos, así como las

justificaciones de las propuestas empresariales, tanto por haber recibido copia remitida por el Sr. Jefe T. de Operaciones de La Coruña (con la salvedad de la relativa a la Estación de M.), cuanto por estar aplicándose ya los cuadros implantados con fecha 30.05.99.- 3º) En el seno de aquella reunión la R.E. (representación de la empresa) se reiteró en las modificaciones y justificaciones notificadas a la R.P., en los términos que obran a la documental de fecha 25.05.99 en el ramo de prueba de RENFE, con la única salvedad en la Estación de R. de que la entrada del puesto número 2 en lugar de a las 16.00 horas fijada se modificaba pasando a ser a las 15:50 horas. Modificación ésta que luego (finales de junio) quedó sin efecto a requerimiento de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, según consta en el ramo de la prueba de la demandada. Reunión de 04.06.99 en la que R.P. y R.E. debatieron sus respectivas propuestas y alegaciones a los gráficos y cuadros de servicio, considerando la R.E. que los horarios de las estaciones son los mínimos para cubrir el servicio y la R.P. que son intempestivos y que no los acepta además por otras razones, dándose la reunión y negociación por finalizadas sin acuerdo.- 4º).- El acta de la reunión de 04.06.99 inicialmente confeccionada a mano el mismo día viernes, se envió ya mecanografiada el siguiente lunes 07.06.99 por la jefatura de RR.HH. de Renfe al Sr. Pte. del comité provincial de empresa, don A.V.N., a fin de que la diera a conocer a todos los asistentes con el objetivo de que, si resultaba de su conformidad, fuera firmada y devuelta a la jefatura.- 5º).- Como no hubo respuesta, se envió nuevamente esta vez por fax el 22.06.99 con el mismo ruego y finalidad al Sr. Pte. del comité provincial de empresa; no recibida contestación ni alegación alguna fue firmada el acta únicamente por los que en representación de la empresa había acudido a la reunión de 04.06.99.- 6º).- Con fecha 28.06.99 se procedió a la exposición pública de los nuevos gráficos y cuadros de servicio en las cuatro estaciones de R., O., P. y S. para general conocimiento de los trabajadores afectados.- 7º).- El 08.07.99 el hoy demandante en su calidad de Delegado Sección Sindical de LUGO-C.I.G., presentó escrito de reclamación previa a la vía judicial social sobre impugnación de los nuevos gráficos y cuadros de servicio de las cuatro estaciones ya referidas, más las de G., R. y L.; que no recibió contestación expresa.- 8º).- Referida reclamación previa del Sr. A.S. se puso en conocimiento de todos los sindicatos asistentes a la reunión, el 14.07.99, esto, UGT, CCOO, SGF y CGT, sin que ninguno de los delegados sindicales hiciera observación alguna.- 9º).- Con fecha 30.09.99 presentó el actor demanda de impugnación de gráficos y cuadros de servicio contra Renfe, que fue turnada al Juzgado de lo

Social nº 2 de esta localidad el 01.10.99, con idéntico suplico al consignado al ordinal 1º antecedente. En el caso del juicio (08.02.00) la demandada adujo la excepción de inadecuación del procedimiento, entendiendo aplicable el del conflicto colectivo de los artículos 151 y ss. de la L.P.L., al versar la demanda sobre una modificación de las condiciones de trabajo del artículo 41 del E.T. afectante a todo un grupo de trabajadores de los centros de trabajo a que se refiere. Adujo igualmente la excepción de caducidad de la acción, oponiéndose asimismo a la cuestión de fondo. Dado traslado de las excepciones a la actora, alegó en lo que hace a la 1ª considerar aplicable el artículo 81.1 L.P.L., solicitando la suspensión del acto de juicio y se le confiriera un plazo de cuatro días para subsanar el vicio procedimental. Por la titular del juzgado no se accedió a referida solicitud, por lo que la demandante desistió de la prosecución de ese procedimiento, sin perjuicio de reproducir sus pretensiones.- 10º).- La actual demanda fue turnada a este Juzgado de lo social el día 17.02.00, previa su presentación y registro ante el decanato con fecha 15.02.00.- 11º).- El presente conflicto colectivo afecta a dos F.C. (factores de circulación) de la Estación de R., idem de los de la P., O. y S., a los dos AF de O. y al de S.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que en la demanda promovida sobre conflicto colectivo por don M.A.A.S., y la central sindical “CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA” (C.I.G.) contra la empresa “RED NACIONAL DE LOS FERROCARRILES ESPAÑOLES” (R.E.N.F.E.), acogiendo la excepción de caducidad de la acción articulada por la Patronal demandada, debo desestimar y desestimo la demanda, absolviendo a la última de los pedimentos de ésta”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que acogió la excepción de caducidad de la acción por modificación colectiva de las condiciones de trabajo, y desestimó la pretensión de demanda, recurre la parte actora articulando un primer motivo de suplicación en el que interesa la revisión del numeral noveno de los hechos declarados probados (art. 191.b) de la LPL) con la finalidad de que quede adicionado al mismo un inciso final con el siguiente contenido: “...Dado traslado de las excepciones a la actora, alegó en lo

que hace a la 1^a considerar aplicable el artículo 81.1 LPL, solicitando la suspensión del acto de juicio y se le confiriera un plazo de cuatro días para subsanar el vicio procedural, a lo que se opuso la parte demandada por entender inaplicable la vía del 81.1 LPL para subsanar la inadecuación de procedimiento denunciada, sin perjuicio de que la parte actora pudiera volver a plantear la acción posteriormente por el cauce procedural adecuado”.

La adición que se pretende no puede prosperar, al tratarse de una simple modificación accesoria o de matiz, referida al trámite procesal de un juicio anterior, y que resulta por completo intranscendente a los efectos del objeto del presente proceso y de la resolución de las cuestiones controvertidas en el mismo.

SEGUNDO.- Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL articula la parte recurrente un segundo motivo de suplicación en el que denuncia infracción por interpretación errónea del art. 59.4 del ET y 138.1 de la LPL, en relación con los arts. 69 (apartados 2 y 3), 73 y 75. 1 de la misma Ley Procesal Laboral, por entender que, en el caso de autos, la carta de modificación es de 28 de junio de 1999 y la reclamación previa formalizada por don M.A.A.S. es de 8 de julio de 1999. Entre las dos actuaciones únicamente median nueve días hábiles (diez días naturales), por lo que de acuerdo con el art. 73 de la LPL la reclamación previa suspende el plazo perentorio de caducidad, de suerte que restan por consumir de tal plazo, otros once días hábiles (o diez naturales).

De acuerdo con el art. 69. 2 LPL el silencio administrativo que da lugar a denegación presunta de la reclamación previa es de un mes, que contado de fecha a fecha supone que el plazo de dos meses para formalizar demanda establecido por el art. 69.3 LPL principiaba el día 8 de agosto de 1999. Por consiguiente, -y a su juicio- el actor tenía desde el día 8 de agosto de 1999 un plazo de dos meses para formalizar la demanda (sin que sea dable entender que el día 8 de agosto se reanudaba el plazo de caducidad), siendo presentada la demanda el día 30 de septiembre de 1999, cuando el plazo de dos meses no concluía hasta el posterior día 8 de octubre (dos meses desde el 8 de agosto). En fecha 8 de febrero de 2000 se celebró la vista del juicio ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, en la que se excepcionó por Renfe tanto la caducidad como la inadecuación de procedimiento por entender que correspondía el de conflicto colectivo, concluyendo el juicio con el desistimiento de la demanda por el actor, sin perjuicio de reproducir sus pretensiones en coherencia con lo alegado por Renfe, y presentando nueva demanda el 15 de febrero de 2000, cuando -a su juicio- le restaban

11 días hábiles del plazo de 20 legalmente establecido.

TERCERO.- La censura jurídica que se denuncia no resulta acogible por las siguientes razones: 1.- Consta probado y es, además, un hecho indiscutido, que el demandante impugna el acto empresarial de 28.06.99 por el que se procedió por la demandada Renfe a la exposición pública de los nuevos gráficos y cuadros de servicio en las cuatro estaciones de R., O., P. y S., para general conocimiento de los trabajadores afectados. Con fecha 08.07.99, el actor, en su calidad de delegado de la Sección Sindical de Lugo-CIG, presentó ante la empresa Renfe escrito de reclamación previa a la vía judicial sobre impugnación de los nuevos gráficos y cuadros de servicio de las cuatro estaciones ya referidas, más las de Guitiriz, Rábade y Lugo, sin que hubiese recibido contestación expresa. 2.- Está asimismo acreditado que el actor interpuso una primera demanda el 30 de septiembre de 1999, de la que desistió en el acto de juicio celebrado el día 8 de febrero de 2000, con la finalidad de reproducir sus pretensiones por la vía procedural de conflicto colectivo, presentando nueva demanda el 15 de febrero siguiente. 3.- En función de lo anterior, debe estimarse la caducidad de la acción de conflicto colectivo sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que el actor ejercita en demanda, pues de acuerdo con una reiterada doctrina unificada de la Sala 4^a del TS (Sentencias, entre otras, de 21 febrero, 14 marzo y 29 de mayo 1997 (Ar 1.571, 2.473 y 4.475), los argumentos en favor de una interpretación del art. 59.4 del estatuto que excluya la caducidad de la acción en los conflictos colectivos no son concluyentes, por lo que debe entenderse que esta caducidad es aplicable a los dos tipos de procedimiento (individual y colectivo), y ello por las dos siguientes razones: a) porque la caducidad se predica de la acción y ésta se ejerce con el mismo contenido, aunque con distinto ámbito en los dos tipos de procesos; b) porque la finalidad de la caducidad es evitar la indefinición en situaciones que afectan gravemente a ambas partes, y esta finalidad quedaría burlada si sólo se aplicara a los conflictos individuales, ya que el aludido precepto responde a la exigencia de una rápida impugnación que evite una provisionalidad en materia que afecta decisivamente tanto a los trabajadores -por incidir en las condiciones de la prestación del trabajo-, como a la empresa por implicar momentos decisivos en la producción. Consecuentemente, siendo el acto empresarial impugnado de 28 de junio de 1999, y no habiéndose presentado la primera demanda -de la que el actor desistió- hasta el 30 de septiembre de 1999, y la segunda hasta el 15 de febrero de 2000, es claro habría transcurrido con exceso el plazo de

20 días hábiles previsto en el art. 59.4 del ET, y ello tanto para una como para otra demanda, pues -de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial y de suplicación (Sentencias del TS de 12 de noviembre de 1984, Ar. 5.836; de 10 de julio de 1986, Ar. 4.010; STSJ de Andalucía/Granada de 16 de septiembre de 1992, AS 4.662; y Sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 1989, AS. 1.720)- la interposición de la reclamación previa, innecesaria ante la empresa, no puede suspender el plazo de caducidad antes citado que por mandato legal opera a todos los efectos, ya que el art. 70 de la LPL es concluyente cuando exceptúa de dicha reclamación previa, entre otros, los procesos de conflicto colectivo. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar el fallo impugnado, en cuanto que de forma correcta y ajustada a derecho apreció la aludida excepción de caducidad.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don M.A.A.S., en su calidad de Delegado de la Sección Sindical en Lugo de la Central Sindical “Confederación Intersindical Galega” (C.I.G.), contra la sentencia de fecha 12 de abril de 2000 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, en los presentes autos sobre conflicto colectivo por modificación de las condiciones de trabajo, tramitados a instancia del recurrente frente a la demandada Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE), debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

3021 RECURSO N° 3.492/00

S. S.

CONFLICTO COLECTIVO. RETRIBUCIÓN DAS VACACIÓN. CONCEPTOS INCLUÍDOS. EXCLUSIÓN DE CERTAS PARTIDAS SALARIAIS PREVISTA EN CONVENIO COLECTIVO QUE NON CONCULCA O CONVENIO 132 DA OIT.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a dieciocho de septiembre de dos mil.

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. 3.492/00, interpuesto por don P.S.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don P.S.S. en reclamación de conflicto colectivo, siendo demandado “G.K.N.I., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 107/00 sentencia con fecha 12 de abril de 2000, por el juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- “G.K.N.I., S.A.”, tiene establecido un turno de noche al que está adscritos unos 200 trabajadores (personal horario), en turno fijo la mayoría de ellos, percibiendo por ello el plus de nocturnidad establecido en el art. 16 del convenio de empresa para 1998-99 y el complemento de nocturnidad especial previsto en el art. 26 del antedicho texto convencional; la retribución de la paga mensual se calcula sobre 157,81 h. trabajadas.- II. A dicho personal se le abona, durante las vacaciones anuales –al igual que al personal diurno- una retribución equivalente a 30 días laborables (o 240 h. de trabajo), amén del promedio de primas de producción y los pluses de toxicidad, penosidad o peligrosidad, obtenidos en los tres últimos meses trabajados. No se les abone, pues, cantidad proporcional trimestral ni del plus de nocturnidad, ni del complemento especial de nocturnidad.- III. Con fecha 10.10.90 se dictó sentencia firme por el Juzgado de lo Social de esta Ciudad, en proceso de conflicto colectivo planteado por el Sindicato Independiente de Trabajadores de “G.K.N.I., S.A.”, que por obrar en autos se tiene por reproducido.- IV.- Se intentó, sin efecto, la conciliación ante el SMAC”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que debo desestimar y desestimo la demanda de conflicto colectivo planteada por CC.OO (Sección Sindical de “G.K.N.I., S.A.”), absolviendo a “G.K.N.I., S.A.”, de las prestaciones de la demanda”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme la parte actora con que, en la sentencia de instancia, se desestime la demanda, dirigida a que se declare el derecho de los trabajadores afectados -aproximadamente 200, de la empresa demandada "G.K.N.I., S.A.", adscritos a un turno de noche, por lo que perciben un plus y un complemento especial de nocturnidad-, al abono del promedio de distribución, obtenido en los tres meses de actividad anteriores al disfrute de las vacaciones, de todos los pluses (primas, incentivos, así como el plus de nocturnidad, a razón de 30 días), según lo pactado en el Convenio; formulan recurso de suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, el hecho probado segundo de aquélla, quede revisado en el sentido de afirmar que "al personal diurno se le abonan todos los conceptos retributivos en vacaciones, a razón de 30 días laborales", y que "al personal nocturno se le abonan también todos los conceptos retributivos en vacaciones, a razón de 30 días, pero los conceptos retributivos que aparecen en la hoja de salarios del productor don D.B.G., con la denominación Promedio Pluses VS, que equivalen al plus nocturno y al plus de nocturnidad especial, se limitan a un mes normal, cuando en la realidad la demandada vendría obligada a abonar al trabajador, en turno fijo de noche, 30 días laborales, cuando en un mes normal se abonarán 20 días"; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por inaplicación o aplicación indebida, de los artículos 7 del Convenio nº 132 de la OIT, 3.1 del Código Civil, 38 del Estatuto de los Trabajadores, y 29.3 del vigente convenio de ámbito e empresa.

SEGUNDO.- No estimándose suficiente la prueba documental, que cita la parte actora, para fundamentar el primer motivo del recurso, pues, evidentemente, no pueden obtenerse unas conclusiones generales, como las que con él se interesan, de la cita aislada, con relación a cada uno de los extremos sobre los que versa la pretendida modificación, de la hoja de salarios de un solo trabajador, para cada supuesto; no ha lugar a acoger dicho motivo.

TERCERO.- Es conveniente hacer constar, a efectos de resolver adecuadamente el segundo motivo del recurso: a) que el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, que regula el período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, determinando, en primer lugar, que será el pactado en convenio colectivo o contrato individual, señala, a continuación, su duración (estableciendo que, en ningún caso, será inferior a treinta días naturales), el período o períodos de disfrute, y el calendario, precisando respecto a

éste que el trabajador deberá conocer las fechas que le corresponden, al menos, dos meses antes del comienzo del disfrute; pero no se refiere a su concreta retribución; b) que sí se refiere, en cambio, a ésta, el convenio 132 OIT -que, en definitiva es norma complementaria de aquel precepto, al haber sido ratificado por España el 16 de junio de 1972 y publicado en el BOE de 5 de julio de 1974-, al señalar, entre otros extremos, en el artículo 7.1 que, en el disfrute de las vacaciones, se percibirá, por lo menos, "la remuneración normal o media", aunque esta disposición tiene que ser contemplada, en relación con su artículo 1, que precisa que "la legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios, o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las prácticas del país"; y c) que de lo expuesto, resulta la importancia decisiva, que tienen en la determinación de la cuantía de la retribución de las vacaciones anuales, los Convenios Colectivos, dado que el artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores, se remite a ellos directamente, y el Convenio 132 OIT, según en él se establece, solo tiene aplicación, en defecto de lo acordado en los mismos- así lo pone de relieve, por otra parte, una reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril, 8 de junio y 19 de octubre de 1994, 21 de octubre y 9 de noviembre de 1996, 7 de julio de 1999, etc).

CUARTO.- A la vista de lo expuesto, tampoco puede ser acogido el segundo motivo del recurso, pues la pretensión a que va dirigido, relativa a que debe ser incluido entre los conceptos retributivos, integrados en la paga de vacaciones, de los trabajadores, a que se refiere la demanda, adscritos fijos al turno de noche, el plus de nocturnidad, que se contempla en los artículos 16 y 26 del Convenio Colectivo de la empresa demandada, no es viable, una vez que el artículo 29 del mismo, situado bajo el epígrafe "gratificaciones extraordinarias y vacaciones" - que dispone que "las vacaciones se abonarán a razón de 30 días laborales, incluyendo, además del promedio de primas de producción, los pluses de toxicidad, penosidad o peligrosidad, obtenidos en los últimos tres meses trabajados"-, no recoge, entre los conceptos comprendidos en la retribución del período vacacional, el solicitado plus de nocturnidad; y, ante ello, se debe estar a lo que en él se establece. Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por el letrado don R.H.M.,

en nombre de don P.S.S., contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 3 de Vigo, en fecha 12 de abril de 2000; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la mis

3022 RECURSO N° 3.748/00

S. S.

LESIÓN DA LIBERDADE SINDICAL EXISTENTE. NON SE ACREDITA A EXISTENCIA DE PERSECUCIÓN SINDICAL. XUSTIFICACIÓN SUFICIENTE POR PARTE DA EMPRESA DAS ACTUACIÓNS RELATIVAS Ó DEMANDANTE DE TUTELA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Miguel Antonio Cadenas Sobreira

A Coruña, a dieciocho de septiembre de dos mil.

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. 3.748/00 interpuesto por X.A.P.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don X.A.P.A. en reclamación de TUTELA LIBERTAD SINDICAL siendo demandado “C., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 393/00 sentencia con fecha veintinueve de mayo de dos mil por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO .- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- Que el actor, don X.A.P.A., presta servicios para la empresa demandada “C., S.A.”. con la categoría profesional de “peón especializado” y percibiendo un salario mensual de 138.705 pesetas con prorratoe de pagas extraordinarias./ Segundo.- Que desde el 1 de marzo de 2000 el actor está destinado en el centro de trabajo sito en la oficina central de Correos de..., sin realizar trabajo efectivo alguno, permaneciendo a la entrada de la oficina, junto al personal de seguridad, teniendo a su disposición

antes de dicha fecha un vehículo de la empresa para cumplir con el objeto de su contrato, cual era el de “trabajos propios de la categoría en el servicio de limpieza de las Oficinas de Correos y Telégrafos de la provincia de A Coruña”. / Tercero.- Que la empresa demandada además de suprimir al actor el vehículo de la empresa le retiró las llaves de la nave del Polígono de Bens donde se guardaba el material de limpieza. / Cuarto.- Que el actor en diciembre de 1999 se presentó a las elecciones sindicales siendo elegido representante de los trabajadores, delegado de la CIG, y consecuentemente miembro del comité de empresa./ Quinto.- Que el actor en fecha 06.04.00 presentó demanda ante el Juzgado de lo Social contra la empresa demandada por Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo, la cual ha sido turnada al Juzgado de lo Social nº dos de esta ciudad, encontrándose dichas actuaciones pendientes de la celebración del correspondiente acto de conciliación y juicio./ Sexto.- Que en virtud de visita efectuada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al centro de trabajo sito en la oficina de correos, se constató la carencia de ocupación efectiva del actor, levantándose la correspondiente Acta de Infracción por la que se requería a la empresa a fin de proceder con carácter inmediato a dar ocupación efectiva al trabajador demandante./ Séptimo.- Que el actor fue sancionado por la empresa demandada el 23.03.00 por utilizar las horas sindicales de otra delegada de personal y no estar prevista tal circunstancia en el convenio de aplicación, a la vez que el 24.03.00 por haberse retrasado a su puesto de trabajo 17 minutos sin justificación de previo aviso, sanciones que fueron impugnadas por el actor en la vía jurisdiccional competente, estando pendientes de celebración.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que desestimando la demanda interpuesta por don X.A.P.A., contra la empresa “C., S.A”, debo absolver y absuelvo a dicha demandada de los pedimentos contenidos en la demanda.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor en solicitud de que se revoque la sentencia de instancia y se estime la demanda de tutela de libertad sindical interpuesta, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los H.P. 3º y 4º y denuncia

la infracción del art. 2 del Convenio de la O.I.T., de los arts 4.1.a) y b), 4.2.a), b), c) y g) y 17.1 E.T., de los arts. 14, 28 y 35 C.E., y del art. 1.124 C. Civil, así como de la jurisprudencia, S. del T.C. de 21.04.98 (Ar. 87), con cita de otras diversas sentencias del T.S. y T.S.J.

SEGUNDO.- Invocando la documental de los folios 21, 22, 23, 24 y 15, y 25, interesa el recurso se añada el H.P. 3º lo siguiente: Que el actor tanto en el mes de enero como febrero de 2000 cobró 41.184 pts. y 41.928 pts. respectivamente en concepto de Km. por desplazamiento. Que conforme a la revisión salarial para el año 2000 del Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de A Coruña publicada en el B.O.P. el 15.01.00 los “CONDUCTORES LIMPIADORES” y los “ESPECIALISTAS” tienen un salario base mensual de 116.761 pts y 1.751.415 pts. y 99.185 pts y 1.487.775 pts. respectivamente. Efectivamente, está acreditado documentalmente que en enero y febrero de 2000 el actor cobró por Km. por desplazamiento las cantidades que se dicen (en concreto, folios 20 y 21); así mismo, a los folios 24 y 25 consta la revisión salarial para el año 2000 que se alega en la revisión. En suma, procede adicionar al H.P. 3º lo que interesa el recurso.

TERCERO.- Invocando el documento del folio 21, pide la parte se añada al H.P. 4º lo siguiente: Que el 31.01.00 el actor presentó ante la Inspección de Trabajo denuncia contra la empresa “C., S.A” por no entregar prendas de trabajo a los trabajadores, no realizar la revisión médica obligatoria, no cobrar el salario de una hora de nocturnidad de dos trabajadoras y por no entregar las nóminas de octubre de 1999 a los trabajadores. La adición procede, pues justifica su contenido la copia de la denuncia presentada a la Inspección de trabajo el 31.01.00 y que obra en autos, si bien al folio 32.

CUARTO.- La infracción que al amparo del art. 191.c) LPL denuncia el recurso debe examinarse tomando en consideración que son fundamentales H.P. los siguientes: A) El actor presta servicios para la empresa “C., S.A” con la categoría de peón especializado y salario correspondiente (H.P. 1º). B) En diciembre de 1999 fue elegido el actor representante de los trabajadores en las elecciones habidas, delegado de la CIG, miembro del comité de empresa (HP4º); como tal, efectuó la denuncia a la Inspección del folio 32 (adición al H.P.4º). C) desde el 01.03.00 el actor está destinado en el centro de trabajo sito en la Oficina Central de Correos de A Coruña sin realizar trabajo efectivo; antes tenía un vehículo de la empresa para cumplir el objeto de su contrato, que obra al folio 28 a 30; así mismo, la empresa

le retiró las llaves de la nave del polígono de Bens donde se guardaba el material de limpieza (H.P. 2º y 3º). Con su oportuno valor fáctico, en el fundamento jurídico 2º de la sentencia recurrida se declara que “la constancia de la supresión de la furgoneta que la empresa había puesto a su disposición y que fue debido a razones económicas, la retirada de llaves...”. D) El actor fue sancionado por la empresa como se dice en el H.P. 7º; y fundamento jurídico 2º de la sentencia recurrida: “...así como las dos sanciones impuestas al actor, una por utilizar el crédito horario sindical de una compañera (quien lo reconoce en el acto de juicio a través de la prueba testifical practicada)...”. Y presentó demanda por modificación sustancial de las condiciones de trabajo según reflejan los H.P. 5º y 6º. Y E) El actor percibió en enero y febrero de 2000 las cantidades por Km. por desplazamiento que reflejan las nóminas aportadas (H.P.3º según revisión acogida).

QUINTO.- La pretensión de la demanda de tutela de derechos de libertad sindical interpuesta se enmarca en el contexto del art. 176 LPL, que establece que el objeto de tal tipo de proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical; la pretensión al efecto ha de estar fundada en cualquier actor u omisión del demandado dentro del ámbito de las relaciones jurídicas materiales de las que constituyen ámbito de la jurisdicción social (art. 17-1 LPL). Sin perjuicio de ello, el proceso especial del art. 176 y S.S de la LPL no es cauce procesal adecuado cuando la lesión de la libertad sindical se invoca en demandas por despido u otra causa de extinción y demás supuestos del art. 182 LPL, las que “se tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente”; que no es el caso presente, como razona la sentencia de instancia en su fundamento jurídico segundo. En este contexto, tomando en consideración lo acreditado, el tribunal no aprecia la infracción que al amparo del art. 191.c) LPL imputa el recurso a la sentencia de instancia. Si bien se constata que el actor fue elegido miembro del comité de empresa en diciembre de 1999 y con actuaciones como tal en enero de 2000, lo cierto es que las actuaciones de la empresa acreditadas y denunciadas en la demanda como “persecución sindical”, como represalia por la afiliación sindical del actor y por su actividad sindical, no aparecen ser tales, sino que se constatan han obedecido a razones diferentes ajena y una intención y motivación sindical; y así lo explícita el juzgador de instancia en el fundamento jurídico 2º de la sentencia recurrida: “De un estudio de la prueba documental unida a las actuaciones y de las manifestaciones vertidas por los testigos en el acto del juicio verbal, no se llega, en modo alguno, a la conclusión de que el cambio de

condiciones llevado a cabo por la demandada “C., S.A” obedezca a razones sindicales y en concreto a la actividad desarrollada por el actor en la empresa en su condición de Delegado Sindical de la CIG...”. Y el recurso y sus motivos no desvirtúan tales consideraciones. Por un lado, si bien el actor hasta marzo de 2000 venía utilizando vehículo de la empresa para cumplir el objeto de su contrato- trabajos de su categoría en el servicio de limpieza de las oficinas de correos y telégrafos de la provincia de A Coruña- y que desde tal fecha la empresa le retiró el vehículo y lo destinó al centro de trabajo sito en la oficina central de correos en A Coruña, como se dice en el H.P. 2º, es lo cierto que se constató en el proceso que ello fue debido a razones económicas, y organizativas del trabajo, en el contexto, además, de que el contrato de trabajo del demandante preveía polivalencia funcional y que su categoría profesional era la de peón especializado, no la de conductor-limpiador, categoría ésta que no ha consolidado. Por otro lado, la retirada de las llaves de la nave del Polígono de Bens donde se guardaba material de limpieza no tiene en sí misma la implicación pretendida, apareciendo como una medida consecuencial a las otras adoptadas, cuya motivación era económica. Finalmente, las sanciones impuestas por la empresa al actor en marzo de 2000 (H.P. 7º) también se justifican como fuera de todo contexto de finalidad antisindical, mostrándose como un ejercicio “normal” o regular de la potestad disciplinaria empresarial con independencia de la definitiva procedencia o improcedencia de la sanción impuesta, lo que deberá determinarse en el proceso correspondiente tras la impugnación habida de las sanciones; y es que si una de estas sanciones fue por utilizar el actor las horas sindicales de otra delegada de personal y no estar prevista tal circunstancia en el convenio, el hecho está reconocido vía testifical en juicio, como indica la sentencia de instancia en su fundamento jurídico 2º, lo que al margen de la valoración jurídica de la conducta pone de relieve la existencia real de lo imputado; y la otra sanción se debió a un retraso en la incorporación a su puesto de trabajo de 17 minutos, apareciendo el actor en confesión reconociendo que había llegado 17 minutos tarde a una reunión... (folio 155). En suma, sin perjuicio de la impugnación por su vía correspondiente (H.P. 5º y 7º), es lo cierto que como ha concluido el juzgador de instancia, no aparece que las decisiones empresariales aquí en cuestión hayan obedecido o tenido como causa o motivo una intención antisindical, o constituyan una represalia por la afiliación sindical del actor o por su actividad en la empresa como miembro del comité de empresa y delegado de la CIG, como se aducía en la demanda, faltando la lesión o vulneración del derecho de libertad sindical cuya tutela se invoca

en aquella y se reitera en el recurso interpuesto. Consecuentemente, la denuncia que formula el recurrente no prospera, procediendo el rechazo del recurso mismo y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don X.A.P.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº uno de A Coruña de fecha 29.05.00 en Autos nº 393/2000 seguidos a instancia de la recurrente frente a “C., S.A”, confirmamos la sentencia recurrida.

3023 RECURSO N° 3.443/00

S. S.

TRABALLOS CONCRETOS ESPECÍFICOS NON HABITUAIIS. CONTRATACIÓN Ó AMPARO DE NORMAS ADMINISTRATIVAS. FRAUDE DE LEI. EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. PRESUNCIÓN DE CONTRATO. COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a veinte de septiembre de dos mil.

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. 3.443/00 interpuesto por Concello de Santiago de Compostela contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don P.A.G. en reclamación de despido siendo demandado Concello de Santiago de Compostela en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 314/00 sentencia con fecha once de mayo de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El demandante, mayor de edad,

prestó sus servicios por cuenta del Ayuntamiento de Santiago de Compostela con una antigüedad que data del 2 de diciembre de 1996, habiendo desarrollado desde entonces sin solución de continuidad las funciones propias de la categoría profesional de Monitor/director de Tiempo Libre en la Unidad Municipal de Ayuda a los Drogodependientes de acuerdo con la siguiente secuencia contractual: 1º) Habiéndose celebrado en fecha 25 de agosto de 1994 Convenio de Cooperación para el Desenvolvimiento de los Programas de Tratamiento de Drogodependencias no exclusivamente alcohólicas entre la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia y el Concello de Santiago de Compostela (renovado en varias ocasiones, la última de ellas mediante Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 6 de septiembre de 1999), el día 2 de diciembre de 1996-tras Acuerdo de la Comisión de Gobierno de dicha fecha- las partes celebraron contrato para el desarrollo de trabajos específicos, concretos y no habituales al amparo de la Ley 13/95, de 18 de mayo, siendo su objeto la ejecución de los trabajos de cooperación con la UMAD en la Unidad de Día del Centro, pactándose un precio de dos millones doscientas veintiséis mil pesetas (2.226.00 ptas.) a financiar con cargo a la subvención de la Xunta derivada del Plan Autonómico de Drogodependencias, y por término de un año. 2º) La Comisión de Gobierno del Concello de Santiago acordó en su sesión de 22 de diciembre de 1997 prorrogar el contrato del demandante por un término máximo de tres meses. 3º) Dicha Comisión de Gobierno, en su sesión de 2 de febrero de 1998, acordó adjudicar los trabajos de Monitor para la UMAD al actor, de forma que, en fecha 1 de marzo de 1998, las partes celebraron contrato para el desarrollo de trabajos específicos, concretos y no habituales al amparo de la Ley 13/95, de 18 de mayo, siendo su objeto la ejecución de los trabajos de cooperación con la UMAD en la Unidad de Día del Centro, pactándose un precio de tres millones ciento veinte mil pesetas (3.120.000 ptas.) (prorrataeas mensualmente, resultan doscientas sesenta mil pesetas (260.000 ptas.) a financiar con cargo a la subvención de la Xunta derivada del Plan Autonómico de Drogodependientes, y por término de un año. 4º) Mediante Acuerdo de la Comisión de Gobierno de fecha 22 de febrero de 1999, se prorrogó el contrato del actor por término de un año, a cuyo término el actor no continuó en el desarrollo de su labor". SEGUNDO. Durante toda la serie contractual relacionada con anterioridad, el demandante ha prestado sus servicios a jornada completa de lunes a viernes, en horario de 9:00 a 13:00 horas y de 16:00 a 19:00 horas (fichando a la entrada y a la salida), sometido a las directrices de la Directora de la UMAD, y disfrutando de sus días de asuntos propios, días de permiso por

razón del matrimonio y de las correspondientes vacaciones al igual que el resto de los compañeros de Unidad –con quienes debía ponerse de acuerdo, en este último caso, para programar el período de disfrute de cada uno de ellos. TERCERO.- El actor percibió sus emolumentos girando una factura mensual por la prestación de servicios como Director de Tiempo Libre (las facturas del año 2000, a razón de doscientas veinticuatro mil ciento treinta y ocho pesetas (224.138 ptas.) más treinta y cinco mil ochocientas sesenta y dos pesetas (35.862 ptas.) por el 16% de I.V.A. menos 40.344 ptas. en concepto de retención del importe del I.R.P.F. en un 18%), CUARTO.- El actor, además del desempeño de las mencionadas funciones, también era el encargado de la Administración y control de la Tesorería de la Unidad de Día. QUINTO.- El Concello, mediante Decreto de su Alcaldía de 7 de marzo de 2000, acordó realizar convocatoria pública en la prensa local con el objeto de la contratación de un director de tiempo libre bajo la modalidad de contrato de duración determinada para la realización de una obra o servicio determinados por el período en que permanezca el Programa de la Unidad de Día en vigor y condicionado a la subvención anual de la Consellería de Sanidade. SEXTO.- El demandante no ha ostentado la representación legal o sindical de los trabajadores. SÉPTIMO.- Presentada reclamación previa, fue desestimada por Decreto de la Alcaldía de 7 de abril próximo pasado".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo la demanda promovida por don P.A.G. frente al Concello de Santiago de Compostela, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el actor y condeno a dicho Ayuntamiento a que opte entre la readmisión del trabajador demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de un millón doscientas sesenta y cinco mil ciento cuarenta y cinco pesetas (1.265.145 ptas.) en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este Juzgado, advirtiéndole que de no realizarla se entenderá ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Sentencia, mediante escrito a comparecencia ante este Juzgado, advirtiéndole que de no realizarla se entenderá que procede la primera, con abono en ambos casos de la cantidad de seiscientas veinticuatro mil veinticuatro pesetas (624.024 ptas.) en concepto de salarios de tramitación, y a un haber diario de ocho mil seiscientos sesenta y siete pesetas (8.667 ptas.)

desde la fecha hasta que se notifique 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, por providencia de fecha 12.09.00 se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia de jurisdicción, y emitido dicho informe se dispuso el paso de los mismos al Ponente para dictar sentencia.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda, declaró improcedente el despido del actor, condenando al Ayuntamiento de Santiago de Compostela a que opte entre la readmisión de aquél en su puesto de trabajo o bien a que le indemnice en las cantidades que señala, con abono en ambos casos de salarios de tramitación, que fija desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. Decisión judicial que es recurrida por el Excmo. Ayuntamiento de Santiago de Compostela, articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la L.P.L., en el que interesa la revisión de los numerales 1º, 2º, 3º y 5º, con la finalidad de que queden redactados de la forma siguiente: en el hecho 1º pretende se elimine el concepto de “director” en el sentido, de recoger que la categoría profesional es la de “monitor”. Modificación que se rechaza, al ser intrascendente, al tratarse de una mera cuestión de denominación de un puesto de trabajo, y dado que las facturas incorporadas a los autos, que no fueron impugnadas, recogen: “director de tiempo libre”. Se interesa se añada al ordinal 1º: “que el contrato fue suscrito en régimen administrativo mediante pago por facturas anuales en las condiciones administrativas que constan a los documentos nº 19 y 29 y dependiendo de los programas y subvenciones de la Xunta de Galicia para el tratamiento de la drogodependencia”. Modificación que se acepta sin perjuicio de lo que se dirá en la fundamentación jurídica de la sentencia. Se interesa igualmente que en el hecho 2º se elimine la referencia: “que el actor prestaba sus servicios en jornada completa de lunes a viernes, según el horario que se cita” y que en su lugar se añada: “que el servicio se prestaba en régimen autónomo derivado del contrato, sin firma a la entrada y salida de la unidad y disfrutando de vacaciones en el régimen que el contrato le permitía”. Modificación que se rechaza, pues, en lo que se refiere a la primera parte de este párrafo, no se aporta prueba alguna que demuestre que el servicio no era jornada completa, sin que sea suficiente, (de conformidad con reiterada jurisprudencia), negar un hecho sin que se aporte prueba documental que lo avale; y

en cuanto a la adición pretendida, igualmente se rechaza, al no aportarse documento que de modo directo y evidente demuestre la equivocación de juzgador, sin necesidad de deducciones, presunciones o conjeturas. Interesa igualmente la modificación del ordinal 3º, a fin de que se haga constar: “que el pago del actor era por facturas con IVA, la cual se giraba anualmente y era prorrataeada por meses de acuerdo al pliego de condiciones administrativas de la contratación; y que las facturas las presentaba el propio interesado a la intervención municipal, siendo circunstancial e innecesarios como no sea a efectos de la comprobación de servicios prestados, el hecho de que estuvieran firmadas por el jefe de sección de la UMAD doña P.B.G.; así como que el actor estaba afiliado a la Seguridad Social como autónomo y de alta en el I.A.E. tal como le había sido exigido en el contrato y pliego de condiciones”. Modificación que se rechaza, salvo en el extremo referente a que el pago era con facturas con IVA, que se giraba anualmente, no así en cuanto a los demás extremos, al no constar acreditado; y en último término se interesa la supresión en el hecho probado 5º, referente: “a la convocatoria pública de director de tiempo libre para el programa de la unidad de día, toda vez que tal puesto no fue nunca el desempeñado por el actor, monitor de tiempo libre”. Supresión que igualmente se rechaza, al no citarse la documental en que se ampara.

SEGUNDO.- Como segundo motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción por interpretación errónea del art. 3.a) de la L.P.L. en relación con los arts. 1.1 y 1.3.g) del Estatuto de los Trabajadores, Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas y Decreto 1.005/1974 de 4 de abril, que regula los contratos de asistencia técnica; sobre la base de reiterar la incompetencia del orden jurisdiccional social, por entender que se está en presencia de unos contratos administrativos perfectamente válidos, de manera, que para sostener su nulidad se ha de acudir a la vía contencioso-administrativa. El planteamiento del anterior motivo impone a la Sala la necesidad de resolver el recurso sin sujetarse al relato histórico de la sentencia impugnada (aún cuando se acepte en su mayor parte) y con pleno conocimiento (limitado a dicho fin) de las pruebas practicadas. Para una más acertada resolución de la litis se ha de tener en cuenta: a) Hasta la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, junto a los funcionarios públicos, existía la posibilidad de contratar administrativamente “para una colaboración temporal por exigencias y circunstancias especiales” (art. 6 de la Ley de

Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y Decreto 1.742/1966, de 30 de junio, que regulaba la contratación del personal por la Administración Civil del Estado). B) La Disposición adicional cuarta de la Ley 30/1984 suprimió la figura del contrato administrativo: “A partir de la fecha de entrada en vigor de la presente ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo”, a salvo el personal docente universitario (arts. 33.3 y 34 de la Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria y Disposición Adicional vigésima de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley 30/1984, que posee carácter de base del Estatuto de la Función Pública, y por ello, aplicable en todas las Administraciones Públicas). C) La Disposición Adicional cuarta de la Ley 30/1984 mantuvo, sin embargo, la vigencia de los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de carácter excepcional, que se sometería a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la normativa civil o mercantil, regulados por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de la Administración Pública (Título IV). C) Sin embargo tales contratos no pueden convertirse en una vía indirecta para reintroducir los anteriores contratos administrativos de colaboración temporal. Su objeto no es una “prestación de trabajo” como tal, sino un “trabajo específico” o “resultado concreto” y no una actividad independiente del resultado final (S.S.T.S. de 12 de marzo de 1990 Ar/2.051 o de 26 de octubre de 1992. Ar/7.842). Se tratará, así, de servicios que carecen de habitualidad, estando perfectamente delimitados por su concreción y lo específico de su prestación (alta especialización o esporádicos). D) Tradicionalmente, la jurisprudencia ha venido reconociendo que “la distinción entre el contrato administrativo y el de trabajo es difícil”, por lo que ha defendido que el criterio delimitador de la naturaleza de ambas relaciones jurídicas es la voluntad de las partes: “Lo fundamental para determinar la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza de los servicios prestados, sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice y su sometimiento a la misma, lo que significa que, en ocasiones, sólo el bloque normativo regulador del contrato por libre decisión de quienes lo conciernen, de acuerdo con las leyes, es capaz de diferencias una y otra modalidad contractual” (S.T.S. de 22 de noviembre de 1982). E) El carácter excepcional de la contratación administrativa, derivado de la disposición adicional 4^a de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, permite mantener una tesis distinta, según la cual cuando el objeto del contrato fuese un resultado estaríamos ante un

contrato administrativo y cuando se tratase de una actividad sería un contrato laboral. En esta línea se mueve el Tribunal Supremo en las sentencias de 26 de octubre de 1992 o de 21 de noviembre de 1992, rechazando la tesis voluntarista y manteniendo una tesis objetiva o legalista: “(Los contratos administrativos para la realización de un trabajo específico) tienen carácter excepcional y su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un trabajo específico, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma, independiente del resultado final”.

Del análisis de la prueba practicada, conforme a las reglas de la sana crítica se desprende 1º) que el actor en virtud del convenio de cooperación celebrado con fecha 25.08.94, para el desenvolvimiento de los programas de tratamiento de drogodependencias no exclusivamente alcohólicas entre la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia y el Concello de Santiago de Compostela (renovado en varias ocasiones la última mediante acuerdo de la Comisión de Gobierno de 06.09.99, de fecha 2 de diciembre de 1996, -tras acuerdo de la Comisión de Gobierno de dicha fecha, formalizó contrato con el Concello de Santiago de Compostela, siendo contratado en virtud de procedimiento abierto y de concurso según pliego de condiciones, como Monitor Director de Tiempo Libre para la ejecución de tareas de cooperación con la UMAD en la unidad de Día del Centro, para el desarrollo de trabajos específicos, concretos y no habituales al amparo de la Ley 13/95 de 18 de mayo, por término de un año, pactándose un precio de 2.226.600 ptas., a financiar con cargo a la subvención de la Xunta derivada del Plan Autonómico de drogodependientes. Después de su finalización, a los 20 días, por Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Santiago, se acordó en sesión de 22.12.97 prorrogar el contrato por un término máximo de 3 meses (tiempo indispensable para la tramitación del procedimiento que conduciría a la adjudicación de un nuevo contrato de monitor de tiempo libre). 2º) Con fecha 02.02.98 en sesión de la Comisión Permanente, se acordó adjudicar los trabajos de monitor para la UMAD al actor, celebrándose un nuevo contrato temporal y por término de un año, con fecha 01.03.98 siguiéndose en el pliego de condiciones del concurso que era para el desarrollo de trabajos específicos, concretos y no habituales, con el mismo objeto de ejecución de trabajos de cooperación con la UMAD en la Unidad de Día del Centro, pactándose un precio de 3.120.000 ptas., prorrataeas mensualmente, a financiar con cargo a la subvención de la Xunta de Galicia derivada del Plan Autonómico de drogodependientes. Y con fecha 22.02.99 antes

de expirar el término fijado fue prorrogado por un año, a cuyo término, el actor, no continuó en el desarrollo de su labor. 3º) Además del desempeño de las citadas funciones, era el encargado de la administración y control de la Unidad de Día; habiendo prestado servicios a jornada completa de lunes a viernes, en horario de 9 a 13 horas y de 16 a 19 horas (fichando a la entrada y salida), sometido a las directrices de la directora de la UMAD, disfrutando de permisos y vacaciones al igual que el resto de compañeros de la Unidad, con los que debía ponerse de acuerdo, para programar el período de disfrute de cada uno de ellos. 4º) El Concello mediante Decreto de su Alcaldía de 7 de marzo de 2000 acordó realizar nueva convocatoria pública en la prensa local con el objeto de la contratación de un Director de Tiempo Libre bajo la modalidad “de contrato de duración determinada para la realización de una obra o servicio determinada por el período en que permanezca el programa de la Unidad de Día en vigor, y condicionado a la subvención anual de la Consellería de Sanidad”.

En función de lo anterior, es claro que la competencia por razón de materia, para conocer del presente asunto corresponde al orden jurisdiccional Social, y ello es así, porque como señala reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencia de la Sala 4ª del T.S. de 24.04.97 - colección del CJPJ nº 97/4.210-): “para deshacer o desvirtuar la presunción del art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores ha de existir un contrato regido y amparado en normas administrativas, en virtud de cláusulas incorporadas expresamente al mismo, lo que en el presente caso no sea da, ya que un mero recurso formal a la modalidad contractual prevista en el Real Decreto 1.465/1985 de 17 de julio, en este caso la L. 13/95 de 18 de mayo, no puede alterar la naturaleza real de la relación existente entre las partes, máxime si se tiene en cuenta que como señalan las SS. del T.S. 13.04.89 y 26.10.92 y 21.11.92 y la más reciente en unificación de doctrina de 29.03.99 R. 1.286/1998, “este tipo de contratos tienen carácter excepcional y su objeto no es una prestación de trabajo como tal, sino un trabajo “específico”, es decir, un producto delimitado de la actividad humana, no es actividad en sí misma independiente del resultado final”; siendo así que en el presente caso, los trabajos específicos no habituales han de precisarse en el contrato; por ello, esta Sala entiende, que aún cuando las partes formalizaran contratos de índole administrativa, -dos contratos temporales- con la misma actividad y no para obra o servicio determinado, como se exigiría al referirse a trabajos concretos y específicos no habituales, en realidad se encontraban en el marco de una típica relación laboral ordinaria, se trata de cubrir una plaza vacante en la U.M.A.D. para

cubrir necesidades permanentes y en la que se quiere eludir y vulnerar el principio de seguridad del empleo, con jornada completa, horario y sometido a las directrices de la directora del UMAD. Por otra parte, como señala la citada sentencia del TS de 24.04.97”, la interpretación de los actos coetáneos y posteriores llevados a cabo por ambas partes durante todo el tiempo que duró su relación jurídica evidencia también que la intención de éstas (art. 1.282 de CC.), fue la de que el actor realizara siempre idéntica actividad, relación que debe calificarse como laboral, pues así se deduce de los actos propios de las partes en relación con el art. 8.1 de E.T., por ello el que durante el tiempo que duró la relación contractual entre las litigantes, se le haya dado forma administrativa, no desvirtúa la naturaleza laboral de esa relación, sino que solo refleja la utilización de un sistema totalmente irregular y “contra legem” de contratación. En consecuencia es claro que el juzgador “a quo” aplicó correctamente, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal los arts. 1.1 del Estatuto y 2.a) de la L.P.L. al declarar, la competencia de esta jurisdicción y calificar el cese del actor como despido improcedente con las consecuencias legales inherentes al mismo, de conformidad con los arts. 55.4 y 56.1 del referido E.T. En base a lo que, al ser conforme a derecho la resolución recurrida procede desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

De conformidad con el art. 233 de la L.P.L. se imponen las costas al Ayuntamiento demandado en las que se incluyen los honorarios del letrado impugnante del recurso en la cantidad de 25.000 ptas.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por la representación del Concello de Santiago de Compostela, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago de Compostela, de fecha once de mayo de dos mil, dictada en autos núm. 314/00 seguidos a instancia de don P.A.G. contra el Concello de Santiago de Compostela sobre -despido-, confirmando íntegramente la resolución recurrida. Se imponen las costas al Concello demandado en las que se incluyen los honorarios del letrado impugnante del recurso en la cuantía de 25.000 ptas.

3024 RECURSO N° 2.267/97

S. S.

PRESTACIÓN POR MORTE E SUPERVIVENCIA. ASIMILACIÓN Á ALTA. BENEFICIARIO DE SUBSIDIO DE DESEMPREGO LIBERADO DE PRISIÓN. CORRENTE HUMANIZADORA. FLEXIBILIZACIÓN DO REQUISITO DE ESTAR DE ALTA ININTERROMPIDAMENTE COMO DEMANDANTE DE EMPREGO.

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

A Coruña, a veinticinco de septiembre de dos mil.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.267/97 interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por R.M.B.R., en representación de su hija menor doña M.L.B. en reclamación de PENSIÓN DE ORFANDAD siendo demandado el INTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 811/96 sentencia con fecha cinco de abril de 1997 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 la actora, acciona en nombre y representación de su hija menor de edad doña M.L.B., nacida el cinco de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, de su matrimonio con don S.L.L., fallecido el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco./ SEGUNDO.- Que la actora solicitó en fecha nueve de julio de mil novecientos noventa y seis el pago de la pensión de orfandad de su hija, recayendo resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de A Coruña de fecha veinticuatro de septiembre de

mil novecientos noventa y seis, por la que se denegaban las prestaciones solicitadas por no hallarse el causante en alta ni en situación asimilada a la de alta en la fecha del fallecimiento, ni se pensionista por invalidez o jubilación./ TERCERO.- Que el causante estuvo en alta en el Régimen General de la Seguridad Social en el período comprendido entre el veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve y el seis de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, con un total cotizado de setenta y tres días, habiendo percibido prestaciones asistenciales por desempleo en el período comprendido entre el veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y dos y el veinte de agosto de mil novecientos noventa y tres y entre el catorce de agosto de mil novecientos noventa y cuatro y el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, en este último caso como preso excarcelado, habiendo permanecido en prisión desde el julio de 1993 hasta el catorce de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, habiendo permanecido inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo desde el once de junio de mil novecientos ochenta y siete hasta el diecinueve de julio de mil novecientos noventa y tres, fecha en la que causó baja por no renovación de la demanda y desde el dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cuatro hasta el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y seis, fecha en la que causó baja por defunción./ CUARTO.- Que la base reguladora de la prestación interesada es de seis mil quinientas veinticinco pesetas (6.525 pts) mensuales./ QUINTO.- Que la actora formuló la preceptiva reclamación previa en fecha dos de octubre de mil novecientos noventa y seis, siendo desestimada por resolución de fecha veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y seis”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña R.M.B.R., en nombre y representación de su hija menor de edad M.L.B., contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, debo de declarar y declaro el derecho esta última a percibir la correspondiente pensión de orfandad, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonarle las correspondientes prestaciones, en cuantía del 20%, de una base reguladora mensual de seis mil quinientas veinticinco pesetas (6.525 pts), con las revalorizaciones, mejoras y complementos hasta el mínimo que legalmente procedan, y con efectos desde el día nueve de julio de mil novecientos noventa y seis, y desestimando la demanda formulada, en cuanto a la diferente base reguladora reclamada, debía de absolver y absolvía a la entidad demandada del citado pedimento”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El Instituto Nacional de la Seguridad Social recurre la sentencia de instancia, que declaró el derecho de la demandante a la pensión por orfandad, y solicita con amparo procesal correcto revisar el derecho que contiene aquella resolución, por entender que infringe los artículos 124, 125 y 172 de la Ley general de seguridad social (LGSS) en relación con los artículos 2, 4.d) y 16 de la Orden de 13.02.67 (Normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia del Régimen general de la seguridad social) y 1 del Decreto 573/67 de 16-3 (Asimila a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen general de la seguridad social, a los reclusos que realicen trabajos penitenciarios), así como el artículo 28.2.e) del Decreto 3.158/66 de 23-12 (Reglamento general que regula el régimen económico financiero del Régimen general de la seguridad social), pues el causante no se encontraba en situación de alta o asimilada al tiempo de su fallecimiento, ya que no tiene esta consideración el ser beneficiario del subsidio por desempleo, que percibió en períodos aislados, sin enlazar con éstos su situación de baja; además, su ingreso en prisión no le impedía realizar trabajos penitenciarios remunerados y estar incluido en el Régimen General.

SEGUNDO.- Según los hechos probados de la sentencia recurrida, los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1º) El causante permaneció inscrito como desempleado en los períodos 11.06.87/19.07.93, en que causó baja por no renovación de la demanda de empleo, y 18.08.94/21.01.96, en que causó baja por defunción; falleció el 28.12.95. 2º) Cotizó a la seguridad social entre el 26-6 y el 06.09.89. 3º) Percibió subsidio por desempleo desde el 21.02.92 al 20.08.93. 4º) Permaneció en prisión entre julio-93 y el 14.08.94. 5º) Percibió subsidio por desempleo como liberado de prisión en el período 14.08.94/27.12.95.

TERCERO.- Los datos objetivos reseñados en el fundamento anterior llevan a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- El artículo 125.1.a) LGSS aunque asimila al alta percibir la prestación contributiva por desempleo, no excluye en igual concepto la percepción del subsidio por dicha contingencia; de ahí que deba prevalecer la

finalidad del precepto (cobertura social) sobre sus términos literales. 2ª.- La jurisprudencia es reiterada (ss. 19.12.96, 19.11.97, 12.03.98) cuando atenúa el requisito del alta o situación asimilada, en relación con las prestaciones por incapacidad permanente y por muerte o supervivencia -de que ahora se trata-, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección, doctrina que supone (ss. 29.11.93, 20.11.95, 12.12.96) ampliar el catálogo de las situaciones asimiladas al alta previstas en el citado artículo 125 LGSS, lo cual es de aplicación al presente caso si tenemos en cuenta la continuada inscripción del causante como desempleado en la oficina pública correspondiente, sólo alterada por su permanencia en prisión, y que la medida asistencial que percibía (subsidio por desempleo como liberado de prisión) al tiempo de su fallecimiento era la que legalmente le correspondía. Además, la propia jurisprudencia (ss. 27.02.97, 08.07.98) atenúa la exigencia reglamentaria de permanecer inscrito como demandante de empleo (art. 7.3.b) Real Decreto 625/85 de 2-4, Desarrolla la Ley 2/84 de 31-7 de protección por desempleo) para acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo (entendemos, también respecto de otras contingencias) porque la Ley (art. 215.3 LGSS) no la prevé como requisito constitutivo de su concesión. 3ª.- En definitiva, la inscripción continuada como desempleado ha de interpretarse de forma flexible con la excepción de los casos de voluntad expresa de no emplearse, a los que no cabe asimilar el ingreso en prisión del presente caso; la alegación relativa a que el causante pudo haber realizado trabajos penitenciarios retribuidos carece del oportuno soporte de hecho. Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, de 5 de abril de 1997 en autos nº 811/96, que confirmamos.

3025 RECURSO N° 3.626/00

S. S.

DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE. EMPRESARIAL. SUFICIENTE DA CONDUCTA DO TRABALLADOR COMO PARA MERECE-LA

DISCIPLINARIO. TOLERANCIA

SANCIÓN MÁS SEVERA. CRITERIO GRADUALISTA.

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

A Coruña, a veinticinco de septiembre de dos mil.

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. 3.626/00 interpuesto por "A.E., S.L." y don J.L.C.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.B.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandados "A.E., S.L." y don J.L.C.S. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 225/2000 sentencia con fecha 7 de junio de dos mil por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- Don M.B.S., mayor de edad, DNI..., fue contratado el 24.12.90 por la empresa "A.E., S.L.", en atención a un contrato de trabajo temporal para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, prestando servicios con la categoría de conductor. El 25.03.91 se le prorrogó 3 meses. Se formalizó el 01.07.91 otro contrato de trabajo temporal, éste de fomento de empleo, con la misma categoría. El 31.12.91 se le prorrogó 12 meses, el 31.12.92 se le prorrogó 6 meses, el 30.06.92 se le prorrogó 12 meses, el 15.06.93 se le prorrogó 6 meses, el 16.12.93 se le prorrogó 6 meses y el 15.06.94 se le prorrogó 6 meses. Se formalizó el 02.01.95 un contrato de trabajo temporal para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, con la empresa J.L.C.S., prestando servicios con la categoría de conductor. El 01.03.95 se formalizó un contrato de trabajo indefinido con la empresa "A.E., S.L.", siendo la misma categoría y, en el momento del despido, el salario era de 132.000 ptas. mensuales, incluido prorratoe de pagas extraordinarias. No ostenta ni ostentó, en el último año, la condición de delegado de personal, miembro de comité de empresa o delegado sindical. Tampoco consta su filiación a sindicato./

II.- La empresa J.L.C.S., creada en 1992, se dedica a la actividad de servicios funerarios. El Sr. C.S. y su esposa son los únicos accionistas, a partes iguales, de la empresa "A.E., S.L.". Están situadas ambas empresas en el mismo local y los trabajadores prestan servicios indistintos. Más concretamente, el Sr. B.S., aún que básicamente trabajó de conductor, hacía en ocasiones labores para la empresa de servicios funerarios-reparto de esquelas, preparación de cadáveres, asistencia a entierros./ III.- Con fecha 14.03.00 la empresa le entregó al trabajador la siguiente carta de despido: Muy Sr. nuestro: Por la presente le notificamos que con efectos de la entrega de ésta queda Ud. despedido de su puesto de trabajo en esta empresa, por los siguientes hechos: 1º.- El día 28 de Febrero del año en curso sobre las 18:21 horas abandonó la ambulancia que pilotaba por la N. 550 a la altura del inmueble... de Lérez y se dirigió a un establecimiento de motos y entrando en el mismo permaneció en él hasta las 18:40 h. 2º.- El día 29 de febrero de 2000 sobre las 8:38 abandonó Ud. la ambulancia situada ante el Centro de Salud de la Estrada para dirigirse, paseando por las calles Avda..., Forcarey y Travesía de América hasta el edificio... donde reside y después de permanecer en su interior hasta las 9:07 h entró en la floristería "Z." regentada por su esposa en la que permanece durante 3 o 4 minutos para volver a entrar en el portal nº... en el que permanece hasta las 9:23 en que sale y regresa caminando por las calles anteriormente descritas la ambulancia. 3º.- El día 1 de marzo de 2000 a las 8:38 h abandonó la ambulancia situada ante el Centro de Salud de la Estrada y se dirigió al Bar "O" ubicado en la Avda..., permaneciendo en su interior hasta las 9:27 h. 4º.- En los días 28 y 29 de febrero así como los días 1 y 2 de marzo del año en curso se ha comprobado que se forma continuada pilotaje Ud. la ambulancia a velocidad a todas luces excesiva, no guardando la debida prudencia que exige el traslado de enfermos. Estos hechos son presuntamente constitutivos de falta muy grave, por fraude, deslealtad y abuso de confianza en los servicios, así como el ejercicio de actividades privadas durante la jornada de trabajo y el incumplimiento o abandono de las normas y medidas adoptadas para la prevención y salud de los enfermos, según el convenio colectivo. Sin nada más de particular, con ruego de que se sirva firmar el recibí de la presente, le saluda atentamente. J.L.C.S. gerente de "A.E., S.L."/ IV.- Nunca la empresa sancionará a los trabajadores por tomar un café, mientras los pacientes eran tratados en el ambulatorio. Incluso en una ocasión el gerente de la empresa nos invitó./ V.- Se intentó sin efecto la obligada conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Estimando la demanda interpuesta por don M.B.S., contra “A.E., S.L.” y don J.L.C.S. declaro improcedente el despido del trabajador demandante y, en consecuencia, condeno a los empresarios de hecho solidario a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de esta resolución, o a su elección, el abono de las siguientes percepciones económicas: a) Una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrataéndose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de 1.025.200 pesetas. b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta Sentencia o hasta que encontrara otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta Sentencia y se comprueba por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador se concreta en 4.400 pesetas diarias. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la secretaría de este juzgado de lo social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, sin esperar su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera. En todo caso deberá mantener en alta al trabajador en la seguridad social durante el período de devengo de los salarios de tramitación”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren la sentencia de instancia los demandados en solicitud de su revocación y de la desestimación de la demanda de despido, a cuyo objeto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncian infracción del art. 55.4 E.T. en relación con el art. 54.2.d) de la misma norma. Sostienen los recurrentes, en esencia, sin impugnar los H.D.P., que “nos encontramos pues con hechos que en su conjunto se incardinan plenamente en el apartado d) nº 2 art. 54 E.T., es decir, transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza, igualmente tipificados en el nº 1 de las faltas muy graves del art. 38 del Convenio”.

SEGUNDO.- La carta de despido del actor se transcribe en el H.P. 3º y contiene cuatro

imputaciones de hechos motivantes del despido; imputaciones que según declara la sentencia de instancia han sido acreditadas por reconocidos por el demandante en confesión “salvo el conducir a velocidad –que es un hecho inconcreto–” (Fundamento Jurídico 1º, apartado d). Y es que se lee en la sentencia recurrida: “Respecto ós feitos sustentadores da carta de despido, foron recoñecidos polo demandante na súa confesión xudicial, agás o conducir á velocidade –que é un feito incoñreto...”. Efectivamente, y aparte de otras pruebas practicadas al efecto en el acta de juicio (folios 308 y 309) consta, que el actor manifiesta en confesión judicial lo siguiente: “Ciento lo imputado en la carta de despido en 28 de febrero. Ciento lo establecido en la carta despido el 29 de febrero. Es cierto lo imputado respecto al 1 de marzo...”. De acuerdo con ello, el actor, que venía prestando servicios como conductor y según se declara en los H.P. 1º y 2º, llevó a cabo las siguientes conductas, motivantes de la decisión de despido: 1.- El día 28 de febrero de 2000, sobre las 18,21 horas, abandonó la ambulancia que conducía por la N-550 y se dirigió a un establecimiento de motos, entrando en el mismo y permaneciendo en él hasta las 18,40 horas. 2.- El día 29.02.00 abandonó sobre las 8,38 horas la ambulancia ante el Centro de Salud de La Estrada para dirigirse paseando por diversas calles hasta el edificio donde reside y tras permanecer en él hasta las 9,07 horas, entró en la floristería regentada por su esposa, permaneciendo 3 o 4 minutos y volviendo a entrar en su edificio hasta las 9,23, hora en que regresó caminando a la ambulancia. 3.- El día 01.03.00 abandonó la ambulancia a las 8,38 horas en el Centro de Salud de La Estrada dirigiéndose al bar “O.”, donde permaneció hasta las 9,27 horas. Y 4.- Respecto a que los días 28 y 29/2 y 1 y 2/3 de 2000 condujese la ambulancia a velocidad excesiva, en ningún caso consta, velocidad concreta, lugares de tránsito y condiciones de la conducción. Es, asimismo, H.D.P. (el 4º) que la empresa nunca sancionó a los trabajadores por tomar un café “mientras los pacientes eran tratados en el ambulatorio. Incluso en una ocasión el gerente de la empresa los invitó”. Tal es el único contenido y significado probado que tiene la “previa tolerancia empresarial” que dice la sentencia de instancia en su Fundamento Jurídico 1º (apartado d), remitiéndose, además, a la prueba testifical, la que se limita a aludir (acta de juicio) al hecho de tomar un café mientras el enfermo era tratado.

TERCERO .- La valoración jurídica laboral de la conducta acreditada del actor a los efectos del despido adoptado por la demandada ha de hacerse tomando en consideración que para la producción del despido disciplinario es imprescindible la existencia de un incumplimiento contractual con

las notas de gravedad y culpabilidad, como explicita el art. 54.1 del E.T.; contexto éste en que los Convenios Colectivos suelen prever cuadros de conductas sancionables, calificándolas de faltas leves, graves y muy graves, éstas sancionables con despido, sin perjuicio de que los vacíos convencionales no impidan la facultad disciplinaria con base a supuestos contemplados en el art. 54.2 E.T. Por otro lado, no cabe aplicar las previsiones del E.T., u otras, de modo puramente objetivo e impersonal, exigiéndose, por el contrario, un análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias configuradoras del hecho y las del autor para apreciar así la proporcionalidad de la sanción; y es que la jurisprudencia (SS.TS. de 12.09.90, 02.04.92...) acude habitualmente a la doctrina gradualista, debiendo atenderse a la hora de calificar disciplinariamente la conducta a la proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción. En este contexto, el tribunal no aprecia en la conducta del actor la existencia del incumplimiento grave y culpable que exige la decisión de un despido procedente de conformidad con el art. 54.1 del E.T., como también ha estimado el juzgador de instancia. Y ello por las consideraciones siguientes: A) Lo imputado relativo a la conducción de la ambulancia (cargo 4º de la carta de despido), aparte de la declaración probada que al respecto hace la sentencia recurrida resulta inapto en sí mismo para justificar el despido por lo vago e inconcreto de la imputación, sin que en ningún caso consten ni se declaren circunstancias esenciales en orden a concluir la existencia de una conducta sancionable, como velocidad concreta, lugares de tránsito, misión de la ambulancia en aquellos momentos... Incluso el recurso ni siquiera ya alude a este "cargo". B) La conducta observada por el actor relativa al cargo 3º de la carta de despido, al consistir en que dejó la ambulancia en el Centro de Salud a las 8,38 horas y se fue a un bar hasta las 9,27 horas, está esencialmente inserta en el contexto de permisividad empresarial que consta de "tomar un café..."; y aunque aparece un cierto exceso en el tiempo de estancia en el bar en la indicada ocasión, esto no es susceptible de originar mas consecuencia que una infracción leve, en el contexto de la permisión empresarial existente al respecto. Y C) Finalmente, la conducta del actor relativa a los cargos 1º y 2º de la carta de despido tampoco constituye el exigible incumplimiento grave y culpable justificador del despido, con independencia de que encierre conducta sancionable disciplinariamente de modo distinto e inferior. Lo que llevó a cabo el actor los días 28 y 29.02.00 fue dejar momentáneamente la ambulancia que conducía para ir, uno de los días, a un establecimiento de motos, y, el otro día, hasta su domicilio y estar 3 ó 4 minutos en la

floristería que regenta su esposa, invirtiendo en ello el tiempo que se dejó antes dicho (unos 20 minutos y unos 50 minutos); todo lo que si bien está claramente fuera del contexto de la permisividad empresarial que se declara probada, por entidad de las conductas en sí mismas, duración y circunstancias acreditadas, tampoco constando ni imputándose consecuencias o afectación a pacientes concretos valorables, no constituye y encierra un incumplimiento grave y culpable del art. 54 del E.T. ni ninguna de sus causas, en concreto la invocada en el recurso de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Como tampoco permite una calificación como posible falta muy grave en meros términos del catálogo sancionador del Convenio Colectivo de Autos. La tal conducta en los días dichos no admite otra incardinación, a lo sumo, que la de constituir "abandono del trabajo sin causa justificada", falta grave conforme al art. 38 del Convenio Colectivo de Autos (folio 207) y que en ningún caso autoriza como sanción el despido, solo previsto en él para las faltas muy graves. No cabe incardinarn las conductas en una falta muy grave; incluso desde el punto de vista de la tipicidad del Convenio al efecto: en la alegada falta de "ejercicio de actividades profesionales, públicas o privadas, durante la jornada de trabajo y/o la utilización de materiales propios de la empresa", nº 2 del art. 38 del convenio, puesto que el actor, en aquellas ocasiones dichas, no aparece ejerciendo actividad profesional, limitándose a entrar a un establecimiento de motos, ni se sabe para qué, e ir a su casa y estar 3 o 4 minutos en la floristería de su esposa, sin realizar actividad alguna que conste calificable de laboral o mercantil o valorable como tal; en la alegada reincidencia, pues el Convenio (Nº 6 del art. 38) prevé para ello la reincidencia en faltas graves "cuando hayan mediado sanciones por las mismas en el período de un año", supuesto distinto del actual, en que se despide por varias conductas sin sanción por falta grave anterior alguna impuesta y firme al tiempo de adoptar aquél; ó en la también alegada falta muy grave del nº 3 del art. 38 del Convenio, pues no aparece el incumplimiento o abandono de las normas y medidas adoptadas para prevención y salud de los enfermos o accidentados en el contexto y forma y con la implicación que está contemplando el precepto. Por consiguiente, la declaración que hace la sentencia de instancia de improcedencia del despido adoptado por la empresa, por falta de causa legal que justifique tal decisión (única declaración que procede efectuar), se ajusta a derecho y con rechazo del recurso, procede su confirmación. Proceden costas (art. 233 L.P.L.).

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por "A.E., S.L." y don J.L.C.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra de fecha 07.06.00 en autos nº 225/2000 seguidos a instancia de don M.B.S. frente a los recurrentes, confirmamos la sentencia recurrida.

3026 RECURSO N° 3.578/00

S. S.

**DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO
PROCEDENTE. TRANSGRESIÓN DA BOA FE
CONTRACTUAL. CONCORRENCEIA
DESLEAL COA EMPRESA E REALIZACIÓN
DE CHAMADAS CONTINUADAS DENDE O
CENTRO DE TRABALLO POR MOTIVOS
ALLEOS Ó INTERESE DA EMPRESA.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintiséis de septiembre de dos mil.

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 3.578/00, interpuesto por don B.D.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 120/00 se presentó demanda por don B.D.C. en reclamación sobre DESPIDO siendo demandado el FONDO DE PROMOCIÓN DE EMPLEO en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 14 de abril de 2000 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- El actor prestó servicios laborales para la empresa demandada FONDO DE PROMOCIÓN DE EMPLEO desde el 3 de mayo de 1993, con la categoría profesión de Técnico-Coordinador de Formación y salario mensual de 350.421 ptas. con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras, realizando en el momento del despido las labores propias de su categoría profesional. Que el primer contrato del actor con la demandada es de fecha 24.09.90 a 07.12.90 como Profesor

Autómatas en curso FIP; otro de 10.12.90 a 24.04.92 de Profesor de automatismos Cursos TILESTON; otro de 11.05.92 a 10.03.93 de Jefe de Mantenimiento Plan de Seguridad Marítima y el último de 03.05.93 a 14.07.93 de la misma categoría. En fecha 19.07.93 se le contrata a medio contrato de trabajo temporal como medida de fomento del empleo de duración 12 meses y como coordinador y que fue prorrogado en dos ocasiones por doce meses cada una convirtiéndose en indefinido el 19 de julio de 1996. La demandada es una asociación sin ánimo de lucro regida por sus propios Estatutos y Reglamento cuyo contenido se da aquí por reproducido por obrar unidos a los autos como documental aportada por el actor./ 2.- A medio de carta de fecha 25 de enero de 2000 fue despedido alegando 1.- Que desde el año 1993 viene usted prestando servicios en esta empresa realizando tareas de coordinación y gestión de cursos de formación para trabajadora, y en los últimos tiempos hemos sabido que paralela o simultáneamente viene realizando una labor similar con la empresa "S., S.L." de la que es administrador solidario. 2.- La sociedad "S., S.L." la constituyó usted, al tiempo que aceptó el cargo de administrador solidario de la misma, mediante escritura otorgada el pasado 4 de julio de 1997 que fue inscrita en el Registro Mercantil de A Coruña el 18 de mayo de 1998. 3.- Además usted, los otros socios de "S., S.L." han sido también trabajadores del Fondo de Promoción de Empleo del Sector de Construcción Naval, donde realizaban tareas de formación. 4.- Según consta en el Registro Mercantil "S., S.L." tiene por objeto, entre otras, actividades: "la formación de trabajadores y otros". 5.- En el listado de empresas publicado por la Asociación de Empresarios de Ferrolterra entre las Academias-Centros de Formación, figura "S., S.L.", a continuación de Fondo de Promoción de Empleo. 6.- La creciente actividad del "S., S.L." se viene haciendo notar en el mercado, y últimamente hemos ido conociendo que viene ofreciendo la realización de cursos y actividades de formación de trabajadores a anteriores clientes de formación de Fondo de Promoción de Empleo. 7.- Un análisis de las llamadas telefónicas realizadas desde su teléfono ha permitido comprobar que del 1 al 23 de diciembre pasados, realizó 48 llamadas al teléfono de "S., S.L." que suman más de tres horas de conversación y en el corriente de enero se advierten días con 8 llamadas al teléfono de "S., S.L." amén de otro número importante de llamadas que no parecen relacionadas con su trabajo en el Fondo de Promoción de Empleo. Tales hechos son constitutivos de un incumplimiento contractual grave y culpable, que el art. 54.2.d) del vigente Estatuto de los Trabajadores considera causa justificada de despido. Que el Delegado Territorial del FPE de

Galicia Sr. M.G. –quien firma la carta de despido– tiene conocimiento a finales de 1999 en una reunión de Dirección y por revelación del Director de Zona Sr. B. del hecho de que el actor sea administrador y socio de “S., S.L.” / 3.- El actor no ostentaba la condición de miembro de los órganos de representación de los trabajadores en el momento del despido ni en el año inmediatamente anterior a éste./ 4.- El actor se hallaba afiliado al Sindicato U.G.T. si bien no pagaba la cuota sindical a través de la empresa y nunca comunicó a la misma dicha afiliación sindical./ 5.- El actor constituyó la sociedad “S., S.L.” al tiempo que aceptó el cargo de administrador solidario de la misma, mediante escritura otorgada el 4 de julio de 1997 que fue inscrita en el Registro Mercantil de A Coruña el 18 de mayo de 1998. Son también administradores solidarios de la misma don A.G.B. y don S.J.B.V., el primero de los cuales sigue siendo trabajador del Fondo de Promoción de Empleo en situación de excedencia desde noviembre de 1998 por realizar otra actividad. Que el segundo ha sido también trabajador del Fondo de Promoción de Empleo del Sector de Construcción Naval hasta el 31.12.99 donde realizaba tareas de formación. Según consta en el Registro Mercantil “S., S.L.” tiene por objeto, entre otras, actividades: “la formación de trabajadores y otros”. Que desde el teléfono de su despacho personal de FPE y por el período del 1 al 23 de diciembre de 1999 se realizaron 48 llamadas al teléfono de “S., S.L.” que suman más de tres horas de conversación y en el mes de enero se advierten días con 8 llamadas al teléfono de “S., S.L.” / 6.- El Delegado Territorial del Fondo de Empleo en Galicia Sr. M.G. propuso al actor el traslado A Coruña en el segundo trimestre del año 1999 a lo que el actor no aceptó por diferencias económicas./ 7.- El día 25 de febrero de 2000 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de SIN EFECTO.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO/ Que debo desestimar y estimo (sic) íntegramente las pretensiones de la demanda, y califco como procedente el despido objeto de este proceso y debo absolver y absuelvo a la empresa FONDO DE PROMOCIÓN DE EMPLEO de las pretensiones del actor convalidando el despido de autos sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, después de desestimar íntegramente las pretensiones de la demanda, califica como procedente el despido del demandante y absuelve a la empresa demandada, Fondo de Promoción de Empleo, de las pretensiones del actor convalidando el despido de autos sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación. Este pronunciamiento se impugna por el demandante, el que construye el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b) de la Ley Adjetiva Laboral, formulando tres peticiones revisoras: Una, que se suprime la parte final del hecho probado número 2 que dice: “Que el Delegado Territorial del FPE de Galicia Sr. M.G. -quien firma la carta de despido- tiene conocimiento a finales de 1999 en una reunión de Dirección y por revelación del Director de Zona Sr. B. del hecho de que el actor sea administrador y socio de “S., S.L.” Otra, que se suprime del numeral 5, “in fine”, que es del siguiente tenor literal: “Que desde el teléfono de su despacho personal del FPE y por (el) período del 1 al 23 de diciembre de 1999 se realizaron 48 llamadas al teléfono de “S., S.L.” que suman más de tres horas de conversación y en el mes de enero se advierten días con 8 llamadas al teléfono de “S., S.L.”. La tercera, que la redacción del hecho probado número 6 sea sustituida por la siguiente: “el delegado territorial del fondo de promoción de empleo en Galicia, Sr. M.G., debido a las malas relaciones que mantenía con el actor, propuso a éste el traslado A Coruña en el año 1999, a cuyas pretensiones el actor no se plegó”. Las revisiones no pueden prosperar porque su éxito estaría condicionado, por imperativo legal -arts. 191.b) y 194.3, ambos de la Ley Rituaria Laboral- a que por el recurrente se invocaran, en su apoyo, pruebas documentales o periciales que justificaran, por su eficacia procesal, la revisión; y no ocurre así, ya que en cuanto a la primera de las revisiones, se limita a aducir que salta a la vista y sorprende el insólito hecho de que el juzgador dé por probado todo cuanto dijo el Delegado Territorial para Galicia del Fondo de Promoción de Empleo, Sr. M.G., que fue el que firmó la carta de despido, ya que lo dicho por éste en confesión son manifestaciones interesadas; respecto a la segunda de las revisiones, el que recurre alega que no ha quedado acreditado que se hayan hecho las llamadas telefónicas, habiéndose limitado la entidad demandada a aportar unas photocopies -impugnadas por el recurrente-, ignorando su procedencia y en las que tan solo se hacen constar un sin fin de llamadas y de números telefónicos distintos, y en lo referente a la tercera, y última, el recurrente invoca la prueba testifical. Por todo ello, habrán de mantenerse, sin modificación alguna, los hechos probados cuya revisión se pretende.

SEGUNDO.- En el campo del derecho y con cobertura en el art. 191, apartado c), de la Ley Procesal Laboral, en el segundo, y último, de los motivos se achaca a la sentencia impugnada violación: por aplicación indebida, del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores; por aplicación equivocada, del art. 54.4 del mismo Texto Legal; por inaplicación, del art. 55.5 del repetido Estatuto; por inaplicación o aplicación incorrecta, del art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en conexión con las reglas de la sana crítica y el art. 24 de la Constitución española; aduciendo, esencialmente, que han quedado acreditadas las malas relaciones entre el actor y el Sr. M.G., y éste, antes del despido y como primera medida de castigo incluso trató de trasladar a aquél para Coruña; que niega rotundamente que el trabajador haya incurrido en una transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza -haciendo referencia a la normativa reguladora del Fondo de Promoción de Empleo del Sector de la Construcción Naval-; que no se puede hablar de concurrencia o competencia directa de la empresa "S., S.L." con el mencionado fondo , ya que esta entidad fue creada con el único fin de recolocar a los excedentes de la construcción naval, limitándose, en la zona de Ferrol, al intento de recolocación de los trabajadores excedentes de la empresa "A., S.A.", siendo evidente, dice, que el objeto social de "S., S.L." nada tiene que ver con los fines para los que fue creado el fondo , ya que éste no es una empresa normal y corriente que pueda actuar en libre competencia en el mercado de trabajo, sino de una asociación sin ánimo de lucro, creada para unos fines muy determinados, sin que resulta extraño que el propio Director del Fondo don J.P.C. -cargo y nombre reconocidos en confesión por el Sr. M.G. sea al propio tiempo el Presidente del Consejo de Administración de la empresa "S.A.F., S.A." empresa que se dedica exclusivamente a la formación; y en cuanto a las llamadas telefónicas, no consta que se hayan hecho al teléfono de "S., S.L." y menos todavía que el actor realizase llamadas indebidas, ya que cargo que ocupaba le obligaba a viajar y estar fuera de las dependencias del fondo con mucha frecuencia y cualquier miembro de su equipo realizaba las llamadas telefónicas necesarias desde su propia oficina, por lo que estima que la imputación de tales llamadas es gratuita y está motivada por el enfrentamiento del demandante con el Sr. M.G. Del inmodificado relato histórico de la sentencia recurrida, son de destacar los siguientes datos: A) El demandante ha venido prestando servicios par la empresa demandada desde el 3 de mayo de 1993, con la categoría profesional de Técnico-Coordinador de Formación y salario mensual de 350.421 ptas., realizando en el momento del despido labores propias de su categoría profesional. B) El actor

fue despedido a medio de carta de fecha 25 de enero de 2000, alegando: 1.- Que desde el año 1993 viene usted prestando servicios en esta empresa realizan tareas de coordinación y gestión de cursos de formación para trabajadora, y en los últimos tiempos hemos sabido que paralela o simultáneamente viene realizando una labor similar con la empresa "S., S.L." de la que es administrador solidario. 2.- La sociedad "S., S.L." la constituyó usted, al tiempo que aceptó el cargo de administrador solidario de la misma, mediante escritura otorgada el pasado 4 de julio de 1997 que fue inscrita en el Registro Mercantil de A Coruña el 18 de mayo de 1998. 3.- Además usted, los otros socios de "S., S.L." han sido también trabajadores del Fondo de Promoción de Empleo del Sector de Construcción Naval, donde realizaban tareas de formación. 4.- Según consta en el Registro Mercantil "S., S.L." tiene por objeto, entre otras, actividades: "la formación de trabajadores y otros". 5.- En el listado de empresas publicado por la Asociación de Empresarios de Ferrolterra entre las Academias-Centros de Formación, figura "S., S.L.", a continuación de Fondo de Promoción de Empleo. 6.- La creciente actividad del "S., S.L." se viene haciendo notar en el mercado, y últimamente hemos ido conociendo que viene ofreciendo la realización de cursos y actividades de formación de trabajadores a anteriores clientes de formación de Fondo de Promoción de Empleo. 7.- Un análisis de las llamadas telefónicas realizadas desde su teléfono ha permitido comprobar que del 1 al 23 de diciembre pasados, realizó 48 llamadas al teléfono de "S., S.L." que suman más de tres horas de conversación y en el corriente de enero se advierten días con 8 llamadas al teléfono de "S., S.L." amén de otro número importante de llamadas que no parecen relacionadas con su trabajo en el Fondo de Promoción de Empleo. Tales hechos son constitutivos de un incumplimiento contractual grave y culpable, que el art. 54.2.d) del vigente Estatuto de los Trabajadores considera causa justificada de despido. C) El demandante constituyó la sociedad "S., S.L." al tiempo que aceptó el cargo de administrador solidario de la misma, mediante escritura otorgada el 4 de julio de 1997 que fue inscrita en el Registro Mercantil de A Coruña el 18 de mayo de 1998. Son también administradores solidarios de la misma don A.G.B. y don S.J.B.V., el primero de los cuales sigue siendo trabajador del Fondo de Promoción de Empleo en situación de excedencia desde noviembre de 1998 por realizar otra actividad. Que el segundo ha sido también trabajador del Fondo de Promoción de Empleo del Sector de Construcción Naval hasta el 31.12.99 donde realizaba tareas de formación. Según consta en el Registro Mercantil "S., S.L." tiene por objeto, entre otras, actividades: "la formación de

trabajadores y otros". Que desde el teléfono de su despacho personal de FPE y por el período del 1 al 23 de diciembre de 1999 se realizaron 48 llamadas al teléfono de "S., S.L." que suman más de tres horas de conversación y en el mes de enero se advierten días con 8 llamadas al teléfono de "S., S.L." D) El Delegado Territorial del Fondo de Promoción de Empleo en Galicia, Sr. M.G., propuso al actor el traslado A Coruña en el segundo trimestre del año 1999, que no fue aceptado por diferencias económicas. Fijada, en los términos expuestos, la situación sometida a debate, resta ahora determinar si el efecto jurídico que la misma habrá de producir es el proclamado en la sentencia recurrida, declaración de procedencia del despido del actor, con las consecuencias a esta declaración inherentes; o si, por el contrario, debe ser el postulado por el actor-recurrente, cual es la declaración de nulidad del acto extintivo, o subsidiariamente, la de improcedencia del mismo. El dilema debe decidirse en favor de la tesis mantenida por el juzgador de instancia. En cuanto a la nulidad del despido, que el recurrente pretendía fundamentar en la existencia de trato discriminatorio, porque en estos supuestos corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Siendo criterio reiterado del Tribunal Constitucional -por todas, sentencias 38/1981, 135/1990 y 266/1993- que el indicio 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 probar, al menos indicariamente, la existencia de causa, una vez acreditados los indicios, los empresarios habrá de demostrar que el despido obedece a motivos razonables, extraños a cualquier propósito contrario al derecho constitucionalmente protegido. La situación indicaria que por el recurrente se alega es la aducida en el hecho tercero, párrafo segundo, de la demanda, de que "El despido se produjo poco tiempo después de que el actor no se haya plegado a las condiciones laborales que quería imponerle don V.M.G., a la sazón Delegado Territorial en Galicia de la empresa demandada"; y esta situación no sólo ha quedado huérfana de prueba, sino que por la empleadora demandada se ha alegado y probado la existencia de unos hechos, como motivadores de la decisión extintiva de la relación laboral, recogidos más arriba, con la que existen circunstancias

realmente motivadoras del despido litigioso, que están directamente relacionadas con un incumplimiento contractual por parte del trabajador, sin relación alguna con la situación indicaria alegada por el ahora recurrente; y al haberse acreditado debidamente por la empleadora la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido, de este modo ha cumplimentado debidamente la carga probatoria que sobre ella recaía; no siendo, en definitiva, merecedor el despido litigioso del calificativo de nulo que propugna, con carácter principal al actor. Respecto a la improcedencia del despido, porque el pronunciamiento recurrido no solo no infringe la normativa que por el recurrente se invoca como vulnerada, sino que la ha aplicado correctamente, habida cuenta de la gravedad de los hechos imputados en la carta de despido, que han quedado debidamente acreditados; de ahí que no pueda obtenerse otra conclusión que la de conceptualizar como perfectamente legítima la decisión de la empleadora demandada-recurrida de dar por extinguida la relación jurídico-laboral que la vinculaba con el demandante-recurrente, al estar los hechos determinantes de aquella decisión configurados por las notas de gravedad y culpabilidad suficientes, para encontrar la correspondiente tipificación dentro del campo punitivo laboral y, concretamente, dentro de la normativa contenida en el art. 54.2.d), del Estatuto de los Trabajadores

TERCERO.- Por lo que antecede procede, previa desestimación del recurso, dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don B.D.C. contra la sentencia de fecha catorce de abril de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Ferrol, en proceso sobre despido promovido por el recurrente frente al Fondo de Promoción de Empleo, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3027 RECURSO N° 3.456/00

S. S.

RESPONSABILIDADE SOLIDARIA. NON PROCEDE. GRUPO DE EMPRESA. INEXISTENCIA. NON CONCORREN OS SEUS TRAZOS IDENTIFICADORES.

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

A Coruña, a veintiocho de septiembre de dos mil.

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. 3.456/00, interpuesto por “C.T., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.D.M., doña M.E.P., doña M.D.B.R., doña M.J.L.R. y doña M.C.A.A. sobre DESPIDO, siendo demandado “C.N., S.A.”, Fondo de Garantía Salarial, “C.T., S.A.”, “L., S.A.” y la Intervención Judicial integrada por don F.J.F. y don A.P.B. demandado, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 660/99 y acum. sentencia con fecha 3 de marzo de 2000, por el juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “[sic] número..., (3) doña M.D.B.R., D.N.I..., (4) doña M.J.L.R., D.N.I... y (5) doña M.C.A.A., D.N.I..., prestan sus servicios para la demandada “C.N., S.A.”, con las siguientes (a) antigüedades, (b) categorías profesionales y (c) salarios mensuales incluido prorratoe de pagas extras:

	(a)	(b)	(c)
(1)	06.04.92	Peón	138.000
(2)	11.12.95	Aux. Admvo.	141.000
(3)	01.02.95	Ayudante	132.000
(4)	13.12.94	Ayudante	132.000
(5)	09.01.95	Ayudante	132.000

2º.- La empresa con fecha 20 de septiembre de 1999, envía a las trabajadoras la carta siguiente: “Muy Sr. nuestro: La dirección de esta empresa, con la anuencia de los Interventores Judiciales, ha decidido, al amparo de lo establecido en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, proceder a la extinción de su contrato de trabajo, que tendrá efectos a partir del 1 de noviembre próximo.- La decisión obedece a la necesidad objetiva de amortizar su puesto de trabajo sin merma del proceso productivo, motivada por la grave crisis económica que afecta a esta empresa, actualmente sometida a procedimiento concursal de suspensión de pagos a acreedores. Esta medida que afecta a cinco trabajadores de la actual

plantilla tiene como finalidad la de contribuir a superar la negativa situación económica.- Debido a todo ello, y a la insolvencia temporal nos vemos imposibilitados de poner a su disposición la indemnización a que se refiere el artículo 53.1.b) del E.T., sin perjuicio de que Vd. pueda exigir su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.- Confiado en que comprenda que esta decisión no obedece a cuestiones personales sino a una situación objetiva y lamentando que sea Vd. el afectado, y agradeciendo su valiosa aportación a esta empresa, reciba un cordial saludo”.- 3º.- Con fecha 19 de abril de 1999, “C.N., S.A.” presentó Expediente de Suspensión de Pagos, ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Tuy, que fue admitido a trámite.- El balance definitivo a la fecha 30 de abril de 1999 fue:

Activo 345.299.757

Pasivo 313.701.970

 31.597.787

El resumen situación en 1998 fue:

Activo 429.195.395

Pasivo 401.651.757

 27.543.638

4º.- La Consellería de Xustiza, Interior e Relaciós Laborais, el 14 de enero de 1999, por medio de resolución acordó estimar la petición de la Empresa, autorizando la suspensión del contrato de trabajo de 52 trabajadores, por un período de 6 meses. No se aporta relación.- Con fecha 29 de noviembre, la dicha Consellería, dicta resolución acordando estimar la petición de la empresa, autorizando la suspensión de los contratos de trabajo de 45 trabajadores, por un período de 6 meses como máximo. Se aporta relación de trabajadores.- 5º.- La empresa “C.N., S.A.” fue fundada en escritura pública número 1206 ante el notario con residencia en Vigo don A.E.R.S., el 27 de diciembre de 1984, por don M.P.R., D.N.I..., don J.P.R., D.N.I..., doña E.C.P., D.N.I..., doña M.P.R., D.N.I... El capital social se fijó en 6 millones de pesetas, representado por 600 acciones nominativas de 10.000 ptas. cada una, suscribiendo cada socio fundador la cantidad de 150 acciones. El objeto social es: fabricación de carrocerías para vehículos de motor, de remolques y semiremolques. Figuran en la actualidad como órganos sociales: Consejero Delegado don J.F.L.P. (31.03.98), Apoderados: el mismo y don J., don M., doña M. y don U.P.R. El 20.02.98 dimitieron: como presidente don J.P.R. y como vicepresidente don U.P.R.- 6º.- La Sociedad “C.T., S.A.” fue fundada en marzo de 1965. El 23 de marzo de 1968 fue nombrado Director Gerente de dicha compañía don J.P.R. El 26 de marzo de 1979 por escritura pública se modifican los

estatutos de la sociedad y se designan los cargos siguientes del Consejo de Administración: Presidente: don U.P.R., Secretario: don J.L.D., Vocales: don J.P.R., don M.P.R., don L.P.R. y don J.C.F. Se designan gerentes a don M. y a don J.P.R.- Disuelta la sociedad el 31 de mayo de 1996, reactivó sus operaciones, modificando estatutos y adaptándolos a la nueva ley, el 29 de septiembre de 1997. El Consejo de Administración se constituyó: presidente don U.P.R., vicepresidente don J.P.R., secretario don J.F.L.P., vocal don M.P.R. El 4 de noviembre se nombra gerente a don M.P.R.- El objeto de la sociedad "C.T., S.A." es fabricación de carrocerías para vehículos de motor, de remolques y semiremolques. En la propaganda (folio 137) figura "C.N., S.A." DISTRIBUIDOR "C".- Porriño. El 31.03.98 se modifica el Consejo de Administración. Presidente doña A.I.P.A., Vicepresidente don D.P. Secretario don J.F.L.P.-^{7º}.- Las dos empresas representadas por el mismo personal don J.P.R., acordaron: "Que a partir del 1º de marzo de 1987, los trabajadores de "C.T., S.A." que sean trasladados a Tomiño, a las dependencias de "C.N., S.A.", les serán reconocidos los siguientes derechos: - La antigüedad que tienen en la actividad en "C.N., S.A."- Horario actual (de 7 a 15 horas, con 15 minutos de bocadillo a recuperar en el último sábado laboral de cada mes). Salario y demás conceptos económicos actuales.- Categoría.- Puesto de trabajo.- Asimismo, a partir de la referida fecha (01.03.87), "C.N., S.A.", abonará a estos trabajadores en concepto de plus de desplazamiento, la cantidad de 10.000 pesetas mensuales. Plus que en ningún momento podrá ser absorbido por otros conceptos o aumentos, bien sean salariales o de cualquier otra índole económica. Dicho plus será revisado anualmente a partir del 01.04.88 en el mismo porcentaje en que sea revisado el salario, coincidiendo siempre los efectos de su revisión con los conceptos económicos del convenio.- "C.N., S.A.", se compromete al traslado por su cuenta de los trabajadores, desde las actuales instalaciones de "C.N., S.A.", sin que sea responsabilidad de los desplazados los retrasos en la entrada o salida, siempre que sean imputables al transportista o a la empresa "C.N., S.A."- Los trabajadores desplazados, pasarían a partir del 1º de marzo de 1987 a formar parte de la plantilla de "C.N., S.A.", con los efectos y acuerdos anteriormente señalados".- 8º.- La empresa "C.L." pagó la nómina de los trabajadores el mes de mayo.- 9º.- Se intentó conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación que resultó sin avenencia y sin efecto.- 10º.- Los demandantes no ostentan la condición de representantes de los trabajadores y únicamente la actora doña C.A.A., formó parte de la candidatura

de la CIG, en las elecciones del 25.01.99, no resultando elegida".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando en parte la demanda planteada por don J.D.M., doña M.E.P., doña M.D.B.R., doña M.J.L.R. y doña M.C.A.A. contra las empresas "C.N., S.A.", "C.T., S.A." y "C.L., S.L.", debo declarar y declaro NULO el despido realizado por "C.N., S.A." a los trabajadores, y en consecuencia condeno solidariamente a "C.N., S.A." y a "C.T., S.A." a que los readmita en las mismas condiciones que tenían antes del despido.". - Asimismo absuelvo a "C.L." de las peticiones de la demanda. Todo ello con intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. El 21.03.00 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva dice así: "Que debía aclarar y aclaraba el fallo de la sentencia número 63/00, quedando redactado el mismo del tenor literal siguiente: "Que estimando en parte la demanda planteada por don J.D.M., doña M.E.P., doña M.D.B.R., doña M.J.L.R. y doña M.C.A.A. contra las empresas "C.N., S.A.", "C.T., S.A." y "C.L., S.A.", debo declarar y declaro NULO el despido realizado por "C.N., S.A." a los trabajadores, y en consecuencia condeno solidariamente a "C.N., S.A." y a "C.T., S.A." a que los readmita en las mismas condiciones que tenían antes del despido, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir.- Asimismo absuelvo a "C.L." de las peticiones de la demanda. Todo ello con intervención del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte codemandada "C.T., S.A.", siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda, declaró la nulidad del despido condenando solidariamente a "C.N., S.A." y a "C.T., S.A." a la readmisión de los actores (en posterior auto aclaratorio –irregularmente omitido en la pieza separada del recurso de suplicación- se extendió la condena al abono de salarios de tramitación), y frente a ella recurre exclusivamente la segunda de las indicadas empresas para interesar su absolución a través de un primer motivo, dividido en seis apartados y dirigido a alterar la versión fáctica de instancia (ordinales 2º, 4º, 5º, 6º y 7º), y en denuncia de infracción de los arts. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral y 6.4 y 7 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial que cita.

SEGUNDO.- Se aceptan las modificaciones fácticas propuestas (aunque en buena parte resulten prescindibles para resolver el debate planteado en la suplicación) dirigidas, en esencia, a constatar que la empresa codemandada, constituida en 1984 con efectivo arraigo industrial desde entonces, se vio abocada en abril de 1999 a un expediente de suspensión de pagos, admitido a trámite y en cuya memoria explicativa se imputa la crisis económica a los impagados de su principal cliente (empresa ajena a la litis), así como a una fuerte caída del sector en Europa, habiendo la autoridad laboral homologado los acuerdos de suspensión –primero- y extinción –después- de los contratos laborales de toda la plantilla (de conformidad con el comité de empresa) por las causas ya referida, que el accionariado y la composición de los órganos de dirección de ambas empresas demandadas estuvo sometida a variaciones que no permiten afirmar, en los últimos tiempos, su identidad y que los demandantes nunca trabajaron para la recurrente.

TERCERO.- El juez “a quo” basa la responsabilidad solidaria que proclama en la identidad de objeto social y de accionistas y órganos de dirección, así como en que en la propaganda comercial figura una como distribuidora de la otra. Ahora bien, ni la identidad personal es del todo cierta (el propio juzgador de instancia reconoce modificaciones en los órganos administrativos: fundamento de derecho cuarto “in fine”) ni tal dato, en unión de los otros dos (aparte de que la actividad de distribución comporta objeto social diverso), suficientes para imponer una responsabilidad solidaria. La doctrina de unificación ha perfilado las notas definitivas de tal consecuencia jurídica, perfectamente acotadas en la sentencia de esta sala de 24.07.00 (Recurso nº 3.138/00). Así, no se puede afirmar la existencia de un “funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo”, ni la “prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo” (el hecho declarado probado 7º permite sostener lo contrario) ni la confusión de plantillas, confusión de patrimonio, apariencia externa de unidad de dirección”, ni la “creación de empresas aparentes sin sustrato real determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales” (ambas empresas funcionan desde, respectivamente 1965 y 1984, con patrimonio, arraigo, contabilidad y balances perfectamente diferenciados), ni de existencia de “caja única”. En fin, ni siquiera puede cabalmente afirmarse la existencia de un grupo empresarial, y mucho menos la presencia de una empresa matriz o dominante que hubiera descapitalizado a la dominada provocando una aparente (o real) insolvencia en fraude de sus

trabajadores, habiendo quedado convincentemente explicado el origen de la crisis económica de la sociedad codemandada y condenada en la instancia, debiendo observarse que “no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores (Ss. T.S. de 30.01.90 y 09.05.90, citadas por la de esta Sala de 24.07.00) y que “la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, pues este dato será determinante de la existencia de un grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas (S.T.S. de 30.06.93, igualmente citada por la referida sentencia de la sala). Por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por “C.T., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo de fecha 03.03.00, revocamos parcialmente la resolución impugnada y absolvemos a la recurrente de todos los pedimentos deducidos frente a ella en la demanda, manteniendo el resto del fallo de instancia.

**3028 RECURSO Nº:
03/0009160/1996**

S.CA.

INFRACCIÓN GRAVE EN MATERIA DE EMPREGO: NON CONTRATACIÓN DA PORCENTAXE DO DOUS POR CENTO DE DIMINUÍDOS QUE IMPÓN A LEXISLACIÓN PARA A SÚA INTEGRACIÓN LABORAL. CRITERIOS DE GRADUACIÓN DA SANCIÓN. NON PODEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN SE FORMAN PARTE DO TIPO ADMINISTRATIVO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Margarita Pazos Pita

En la Ciudad de A Coruña, veintinueve de septiembre de dos mil.

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 03/0009160/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “I.M.N., S.A.”, con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado por don L.S.G. y dirigido por el Letrado don M.F.L., contra Resolución de 09.07.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 2.016/95; Expte. 2.613/96. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 250.100 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 26 de septiembre de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se impugna a través del presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de la Secretaría General de Empleo de fecha 09.07.96, desestimatoria del recurso ordinario interpuesto contra la Resolución dictada el día 23.01.96 por la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña, por la que se impone a la sociedad recurrente la sanción de multa en cuantía de 250.100 ptas. por comisión de una infracción grave tipificada en el art. 27.4º de la Ley 8/88 de 7 de abril (el incumplimiento de las medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo dictadas en virtud de lo dispuesto en los arts. 17.2º y 17.3º del Estatuto de los Trabajadores, por contravención de lo dispuesto en el art. 38.1º de la Ley 13/82 de 7 de abril, conforme al cual, las empresas públicas y

privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de 50, vendrán obligadas a contratar un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2% de la plantilla.

II.- En el presente caso, en el Acta de infracción se recogen los siguientes datos, no discutidos por la entidad recurrente: “En fecha 30.10.95 en las Oficinas de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social se examina la documentación laboral y social oportuna de la empresa titular de la presente Acta, se comprueba que la misma no tiene en su plantilla, a ningún trabajador minusválido, teniendo, en agosto de 1995, un total de 252 trabajadores, de los cuales más de 50 son fijos”.

Sentado lo anterior, se ha de reseñar que la actitud impugnatoria de la recurrente discurre, en primer lugar, por el cauce de negar la existencia de la infracción en base a que la misma fue constituida por acuerdo del Consejo de Ministros del día 27.12.85 en cumplimiento del Programa de Reconversion Industrial de Astano, por lo que, al provenir de una segregación de esta última empresa, disponía ya de una plantilla de trabajadores procedente de la misma, por lo que no hizo contrataciones nuevas que le permitieran acoger el 2% de la plantilla exigido por el art. 38.1º de la Ley 13/82 de 7 de abril.

Sin embargo, tales alegaciones no son de recibo, y ello toda vez que la normativa en examen afecta a “las empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que excede de 50...”, sin distinguir ni introducir matización alguna en función de la forma de constitución de la empresa, por lo que, encontrándose vigente dicha legislación en fecha 27.12.85, no cabe sino concluir con la plena aplicabilidad de la misma al supuesto en examen.

III.- En cuanto a la sanción impuesta y su graduación, alega la recurrente que no se dan los requisitos necesarios para su imposición en el grado máximo, siendo en este punto de notar que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social atendió, al efecto, “a la cifra de negocios de la empresa y la intencionalidad del sujeto infractor puesta de manifiesto en que no tiene contratado ni a un sólo trabajador minusválido”. Por el contrario, “I.M.N., S.A.”, consigna que la Inspección nunca advirtió a la empresa de la medida que tenía que adoptar, ni existió en ningún momento intencionalidad de cometer fraude por parte de la misma, que “ni tenía conocimiento de la existencia de la tan mencionada normativa a aplicar, ni posibilidad de vulnerarla”.

A este respecto ha de prosperar la pretensión actora, y, así, si bien no puede compartirse la alegación de desconocimiento de la legislación, sin embargo, sí ha de tenerse presente que una de las circunstancias tenidas en cuenta para la graduación de la sanción en el grado máximo - intencionalidad puesta de manifiesto en no tener contratado ni a un sólo trabajador minusválido- no constituye factor de agravación sino elemento de la propia infracción, lo que conduce, por lo tanto, y a la vista de las circunstancias concurrentes, a reducir el importe de la sanción al grado y cuantía mínima que permite el art. 37.3º de la Ley 8/88, fijándola en 50.001 ptas.

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

Fallamos

Que estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo deducido por "I.M.N., S.A." contra Resolución de 09.07.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 2.016/95; Expte. 2.613/96, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, anulamos en parte las resoluciones recurridas en el solo extremo de la cuantía de la sanción de multa impuesta, que se fija, definitivamente, en la cuantía de 50.001 ptas., confirmando las resoluciones recurridas en los demás extremos. Sin imposición de costas.

**3029 RECURSO Nº:
03/0007271/2000**

S. CA.

CADUCIDADE DO RECURSO: NON CONCORRE. INTRODUCCIÓN DE FEITOS NOVOS NON ALEGADOS NO EXPEDIENTE: LÍMITES. PRESUNCIÓN DE CERTEZA DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL. NON ALCANZA ÁS VALORACIÓNS E CONXECTURAS DO INSPECTOR.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Margarita Pazos Pita

En la Ciudad de A Coruña, veintinueve de septiembre de dos mil.

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 recurso de apelación que, con el número 03/0007271/2000, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "C.L., S.L.", representado por doña N.R.M. y dirigido por el Letrado don J.L.G.D.L., contra Sentencia de 12.01.2000 que inadmite el recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo en el expediente nº 5.658/98 sobre acta de infracción nº 1.720/97, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de A Coruña. Es parte apelada MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO.

Antecedentes de hecho

I.- Dictada sentencia por el Juzgado de instancia y notificada, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la práctica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

II.- En la tramitación del recurso se observaron las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, por la cantidad de asuntos pendientes en la Sala.

Fundamentos de derecho

I.- La sentencia que es objeto de la presente apelación inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "C.L., S.L." contra la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de fecha 26.01.99, desestimatoria del recurso ordinario interpuesto contra la dictada el día 21.01.98 por la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de A Coruña, y por la que se impuso a la sociedad recurrente la sanción de multa en cuantía de 150.000 ptas. por comisión de la infracción tipificada en el art. 14.1.2 de la Ley 8/88 de 7 de abril (no comunicar, en tiempo y forma, el alta de cada trabajador que ingresa a su servicio).

La sentencia apelada inadmite el recurso contencioso-administrativo al estimar la caducidad del recurso alegada por el Abogado del Estado por haber transcurrido el plazo señalado en el art. 46 L.J.C.A., y ello en base a los datos contenidos en los folios 23 del expediente y 3 de los autos judiciales.

II.- Para la adecuada resolución del recurso se ha de tener en cuenta que, presentado el día 03.04.99 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este TSJ el escrito de interposición del recurso, por providencia de la Sala, dictada el día 08.06.99, se acordó remitir el mismo al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de A Coruña, al estimar que el conocimiento del recurso correspondía a tal órgano jurisdiccional, conforme a lo dispuesto en el art. 8.3 de la Ley 29/88 de 13 de julio; recurso que fue recepcionado, con carácter previo a su reparto, por el Juzgado núm. 2, constando al folio 3 de los autos la entrada del escrito de interposición en dicho órgano jurisdiccional el día 05.07.99.

Sin embargo, ha de tenerse igualmente en cuenta que, conforme consta al folio 23 del expediente administrativo, la Resolución dictada por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social fue notificada a la recurrente el día 03.02.99, lo que evidencia que entre tal fecha y la presentación del escrito de interposición del recurso ante esta Sala, no había transcurrido el plazo de 2 meses prevenido en el art. 46 de la Ley Jurisdiccional, y ello de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial que sienta que, cuando se trata de un plazo de meses, el cómputo ha de hacerse, según el art. 5 del Código Civil, de fecha a fecha, para lo cual se inicia al día siguiente de la notificación o publicación del acto o disposición y concluye el día correlativo a tal notificación o publicación en el mes de que se trate.

Así las cosas, no cabe compartir el criterio de la Sentencia apelada, y ello toda vez que, si bien los plazos de caducidad no son susceptibles, contrariamente a lo que apunta la sociedad apelante, de interrupción, sin embargo, ha de tenerse presente que el escrito de interposición fue presentado dentro del plazo legalmente establecido ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, órgano jurisdiccional que lo recepcionó, y oportunamente lo remitió para su sustanciación al correspondiente Juzgado del mismo orden jurisdiccional.

En consecuencia, es tal fecha de presentación la que ha de ser tenida en cuenta para el cómputo del correspondiente plazo, y ello de acuerdo con el principio contrario al formalismo injustificado que impone el art. 24 de la Constitución, y de conformidad igualmente con la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto de la adecuada ponderación que deben llevar a cabo los órganos judiciales de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, a fin de guardar la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que deba acarrear; proporcionalidad que no se guardaría en el presente caso, de inadmitirse

un recurso presentado ante el órgano jurisdiccional indicado al efecto en la propia Resolución impugnada en el procedimiento.

III.- Sentado lo anterior se ha de examinar la desviación impugnatoria que igualmente estima la Sentencia apelada; Sentencia que aprecia la alegación en la demanda de hechos nuevos, no sólo distintos de los que sustentaron el recurso administrativo, sino también contradictorios con la postura adoptada: de simple relación de amistad a filiación anterior como trabajador en la empresa.

Sin embargo, esta Sala estima, ponderando todas las circunstancias fáctico-jurídicas del caso, que no se dan los presupuestos para entender concurrente una infracción del carácter revisor de la Jurisdicción, y así se ha de recordar que, con carácter general, de la propia jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y entre otras de las SS de 18 de febrero, 17.06.85 y 08.07.85, 05.02.87; 12.04.88; 21.06.88 y 23.09.88 y 10.02.89 y 13.07.89, se induce ya, que frente a la tesis tradicional de que la naturaleza estrictamente revisora de esta jurisdicción impide a la misma incurrir en declaraciones que, por no corresponderse exactamente con el contenido mismo del acto de cuya revisión se trata, supondrían una invasión de la competencia de la previa actividad administrativa, comienza a atisbarse el criterio más elástico de que el acto administrativo impugnado, más que el patrón o módulo constriñente del recurso contencioso-administrativo es más bien y exclusivamente su presupuesto y nada más, pues “tal jurisdicción es revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique dicho sea a título enunciativo que sea impertinente la prueba ni que sea inadmisible aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración”, de modo que el objeto del proceso contencioso-administrativo, “que es propiamente una primera instancia jurisdiccional”, no lo integra en sí, el contenido del acto administrativo previo sino según el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las pretensiones que se deduzcan en relación al mismo, pretensiones que no conforman una cuestión nueva contraria a ese carácter revisor cuando el potencial cambio de enfoque o fundamento impugnatorio e incluso de suplico, en relación con lo pedido en la vía administrativa, obedeza real y exclusivamente a la necesidad de acomodar la reclamación a las circunstancias específicas de cada momento.

Así las cosas, en el presente caso, lo que en esencia pretende el recurrente tanto ante la

Administración como ante la Jurisdicción, es que se anule la sanción que le fue impuesta, siendo el fundamento sustentador de esa pretensión el que viene a adaptarse a la documentación aportada, y que, conforme, posteriormente se expondrá, viene a evidenciar el error consignado en el Acta respecto de la falta de alta del trabajador en la Seguridad Social el día 1º de octubre de 1997, lo que conduce, por lo tanto, a la revocación de la Sentencia apelada, con la consiguiente necesidad de entrar a examinar el fondo de la cuestión debatida.

IV.- Se ha de recordar que, sobre el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo, esta Sala tiene dicho, haciendo 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, conjjeturas o calificaciones o predeterminaciones jurídicas que aquellos funcionarios puedan reflejar en las actas.

Como corolario de lo dicho, se desprende que la Inspección vendrá obligada, en orden a la eficacia de aquella presunción, a realizar una exacta determinación de las circunstancias de hecho que rodean al caso considerado, y a profundizar en la actividad investigadora cuando el resultado fáctico que sirve de soporte a la actividad sancionadora resulte del simple testimonio de personas que ostenten la calidad de interesados, denunciantes o terceros, evitando en todo caso que dichos testimonios se recojan por vía de reducción o traducción a términos jurídicos predeterminantes del resultado final en que consiste todo acto liquidatorio o sancionador; es por ello, que aquella doctrina jurisprudencial viene exigiendo que, en la medida de lo posible, se recojan los testimonios ofrecidos o requeridos por la Inspección.

V.- En el presente caso, la documental aportada por la sociedad recurrente viene a acreditar, tanto el contrato celebrado entre el trabajador Sr. M.M. y dicha entidad el día 26.06.97, como el alta del trabajador en la Seguridad Social, y a instancia de la empresa, a partir de dicho mismo día.

Por lo tanto, se ha de tener en cuenta que la conclusión recogida en el Acta de fecha 30.09.97 respecto a que el Sr. M. prestó sus servicios desde el día 15 de septiembre del mismo año por cuenta de la sociedad recurrente, sin haber sido dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, descansa exclusivamente sobre la base de las manifestaciones que se consignan en el acta y, conforme a los cuales se entrevistó a don G.M., con antigüedad dos años, don J.M. con antigüedad dos años, y don M.M. con antigüedad quince días, “extremo que confirmaron los otros dos compañeros”; manifestaciones que, de acuerdo con lo expuesto en el precedente Fundamento de Derecho, se han de considerar insuficientes para servir de soporte a la actividad sancionadora, y ello al resultar desvirtuada, por la documentación aportada, la restante actividad investigadora plasmada en el Acta.

Procede, por lo tanto, y en virtud de lo expuesto, la estimación del recurso interpuesto.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 12.01.2000 que inadmite el recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección Provincial de trabajo en el expediente nº 5.658/98 sobre acta de infracción nº 1.720/97, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de A Coruña y, en consecuencia, estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente, “C.L., S.L.”, debiendo anular la resolución recurrida por ser contraria a Derecho. Sin imposición de costas.

**3030 RECURSO Nº:
03/0007592/2000**

S. CA.

PAGAMENTO POR COMPENSACIÓN ENTRE UNHA CORPORACIÓN LOCAL E A TESOURERÍA XERAL DA SEGURIDADE SOCIAL. NON PROCEDE. NON É POSIBLE COMPENSAR DÉBEDAS POR COTIZACIÓNNS CON CRÉDITOS DERIVADOS DA ASISTENCIA SANITARIA Ó SERVICIO GALEGO DE SAÚDE.

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

En la Ciudad de A Coruña, veintinueve de septiembre de dos mil

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 recurso de apelación que, con el número 03/0007592/2000, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por TESORERÍA GENERAL SEGURIDAD SOCIAL, representado y dirigido por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra Sentencia de 21.03.2000 que estima el recurso interpuesto contra la resolución de la Tesorería Gral. de la Seguridad Social de Lugo sobre compensación de cantidades por estancias en Centro Rehabilitación “S.R.”; P. Ordinario 423/99., dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo. Es parte apelada EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE LUGO, representada por don F.M.F.

Antecedentes de hecho

I.- Dictada sentencia por el juzgado de instancia y notificada, se interpuso contra la misma recurso de apelación que fue tramitado en forma, con el resultado que obra en las actuaciones, sin que ninguna de las partes hubiesen solicitado la práctica de pruebas ni la celebración de vista pública, por lo que, en su día, se acordó dar traslado de las actuaciones al ponente para resolver el recurso.

II.- En la tramitación del recurso se observaron las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, por la cantidad de asuntos pendientes en la Sala.

Fundamentos de derecho

I.- La resolución anulada por la sentencia que es objeto de recurso de apelación, dictada por la Presidencia de la Diputación de Lugo, acordara la procedencia de la compensación de 2.926.884.147 ptas. que por estancias en el Centro Residencial y Rehabilitador “S.R.” dice la resolución que adeuda la Seguridad Social a dicha Diputación, con la cantidad de 50.009.600 ptas. que dice la misma resolución adeudar la Diputación a la Seguridad Social.

La sentencia recurrida, siguiendo el criterio sostenido por sentencias de esta Sala, que cita expresamente, concluye que no procede la compensación acordada en dicha resolución, por cuanto la demandante, Tesorería General de la

Seguridad Social (en adelante, TGSS), “no era la obligada al pago” de aquellos gastos generados por estancias en el referido centro, pues dichos gastos se generaran en un período (años 1992 a 1998 y enero a abril de 1999), en que la asistencia sanitaria en Galicia había sido asumida vía transferencia por la propia Comunidad Autónoma a través del Servicio Galego de Saúde (SERGAS)

Insiste la Diputación recurrente en que la deuda generada por dichas estancias debía ser satisfecha por el INSALUD a través de la TGSS, y de ahí la procedencia de la compensación acordada, pues dado el carácter de “caja única” que caracteriza al sistema de la Seguridad Social en España, determinaba que “los entes que componen la Seguridad Social (Sergas, Insalud, Tesorería) funcionen hacia el exterior como personalidades técnicas, pero hacia el interior como relaciones orgánicas... que en los acuerdos de la Comisión Mixta no se recoge que el SERGAS tenga que hacerse cargo de las deudas... y de ello se deducía que el SERGAS era un Gestor de Patrimonio del Insalud, pero la titularidad de los bienes, derechos y obligaciones es de la Tesorería General de la Seguridad Social”.

II.- Como todos sabemos, el instituto de la compensación en el campo tributario y financiero público es una figura heredada del Derecho civil. Uno de los presupuestos de la compensación es que acreedor y deudor lo sean recíprocamente “por derecho propio”, el Código civil utiliza el adverbio “principalmente” (art. 1.196).

Trasladándonos el ámbito en el que estamos, es necesario partir de un presupuesto esencial, cual es que la deuda que se trata de compensar se refiere a gastos de asistencia sanitaria prestada a afiliados o beneficiarios de la Seguridad Social en el centro asistencial de referencia de la titularidad de la diputación recurrente, deuda surgida o nacida en fecha posterior tanto a haber asumido la Comunidad Autónoma de Galicia, vía transferencia (R. d. 1.679/90, de 28 de diciembre), las funciones y servicios sanitarios del INSS que hasta entonces prestaba el INSALUD, transferencia que supuso la asunción por parte de la Comunidad Autónoma de los bienes, derechos y obligaciones del Instituto Nacional de la Salud (1 de enero de 1991, fecha de efectividad del traspaso) como también a la fecha de creación del SERGAS, tratándose, en consecuencia, de deudas contraídas por dicho organismo autónomo integrado en la Administración autonómica, entidad que no se integra en el ámbito de las entidades gestoras del Sistema de la Seguridad Social, al margen de que su financiación procesal en parte de los créditos transferidos instrumentados anualmente a favor de la Comunidad Autónoma en la Ley de

Presupuestos, y con independencia, asimismo, del principio de unidad del patrimonio de la Seguridad Social.

En consecuencia, no estamos ante una deuda contraída por una entidad gestora de la Seguridad Social, que pueda ser compensada con la deuda que a su vez la Diputación recurrente tenga contraída con la Seguridad Social en concepto de descubierto por cotización, y así lo viene entendiendo esta sala en las sentencia que se citan en la apelada que reproduce sus términos, pues el deudor por derecho propio lo es el SERGAS, que no integrado en la Administración de la Seguridad Social, ni constituye una de sus entidades gestoras.

Por lo razonado, procede la desestimación del recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 21.03.2000 que estima el recurso interpuesto contra la resolución de la Tesorería Gral. de la Seguridad Social de Lugo sobre compensación de cantidades por estancias en Centro Rehabilitación “S.R.”; P. Ordinario 423/99., dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo; debiendo en consecuencia ser confirmada la sentencia apelada. Sin imposición de costas.

3031 RECURSO N° 2.381/00

S. S.

DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE. EXTINCIÓN DE CONTRATO TEMPORAL EN FRAUDE DE LEI. ENCADEAMENTO DE CONTRATOS TEMPORAIS E SOLUCIÓN DE CONTINUIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO. CONTRATO TEMPORAL DE OBRA E SERVICIO EN FRAUDE DE LEI. EXTRALIMITACIÓN DO SEU OBXECTO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

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

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

En nombre del rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 2.381/00, interpuesto por doña D.O.Y.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 101/00 se presentó demanda por doña D.O.Y.A. en reclamación sobre DESPIDO siendo demandado el EXCMO. AYUNTAMIENTO DEL BARCO DE VALDEORRAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 24 de marzo de 2000 por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** La actora doña D.O.Y.A., comenzó a prestar servicios para el Excmo. Ayuntamiento demandado en fecha 3 de septiembre de 1997 mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial de 32,5 horas eventual, cuyo objeto era la acumulación de tareas, estipulándose como cláusula adicional “este contrato consiste en la realización, dentro del área de servicios sociales del Concello, de las tareas propias de educadora familiar y tareas de apoyo a los servicios sociales en el área de servicio de igualdad”, con la categoría de educadora familiar, contrato que fue prorrogado hasta el 2 de marzo de 1998. Dicho contrato fue financiado íntegramente con subvenciones concedidas al ayuntamiento./ El día 15 de abril de 1998 suscribió un contrato a tiempo completo para obra o servicio determinado, cuyo objeto era “educadora familiar” estipulándose como cláusula adicional “este contrato consiste en la realización dentro del área de servicios sociales del concello, de las tareas propias de educadora familiar y tareas de apoyo a los servicios sociales en el área del servicio de igualdad”. En fecha 1 de julio de 1998 se incorporó al contrato un anexo con el fin de hacer constar que en la cláusula adicional I de dicho contrato, se le incorporó el siguiente texto: “Trabajo de drogodependencias en las escuelas”. En fecha 1 de enero de 1999 el citado contrato fue prorrogado por ampliación del servicio para el que fue contratada la actora hasta el 30 de junio de 1999 aproximadamente manteniendo las mismas condiciones. En fecha 25 de mayo de 1999 se procedió a una segunda prórroga por ampliación del servicio para el que fue contratado hasta el 31 de diciembre de 1999, manteniéndose las mismas condiciones del primitivo contrato, la actora percibía un salario de 201.000.-pts., incluida prorrata de pagas extras./ Las bases del concurso para la contratación

temporal de un educador familiar, aprobadas por el ayuntamiento el 5 de marzo de 1998, contemplaban que el trabajo sería realizado durante el período de 15 de abril de 1998 al 15 de octubre de 1998, sin superar un período de seis meses como duración máxima. El contrato de la actora fue financiado principalmente en su mayor parte con cargo a subvenciones concedidas por la Xunta de Galicia, durante los años 1998 y 1999, con las siguientes denominaciones e importes:

EJERCICIO 1998

Denominación subvención	Importe aplicado
- Drogodependencia na escola	600.000.-pts
- Información xuvenil	700.000.-pts.
- Educador Familiar	500.000.-pts.
- Total:	800.000.-pts.

EJERCICIO 1999

Denominación subvención	Importe aplicado
- Drogodependencia na escola	637.490.-pts.
- Información xuvenil	500.000.-pts.
- Educador Familiar	600.000.-pts.
- Total	737.490.-pts.

SEGUNDO.- La actora durante la vigencia de la relación laboral se ocupó como responsable del programa de educación familiar del ayuntamiento de los siguientes cometidos: "elaborar el programa y memoria anual para solicitar una subvención de la Consellería de Familia, Muller e Xuventude con el fin de justificar el mantenimiento del personal que desarrolla el programa, coordinar con los centros educativos los servicios sanitarios del ayuntamiento en la detección de problemas del maltrato o desatención a menores, informar y colaborar con los diferentes organismos responsables de garantizar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de menores, colaborar con la Consellería de Familia en la oferta de servicios en beneficio de la comunidad, seguimiento de las familias con hijos sometidos a medidas tutelares, asesorar y tramitar medidas de acogimiento, asesorar a familias para la adquisición de habilidades sociales y en la atención de los menores a su cargo, asesorar sobre prestaciones y ayudas sociales... Como responsable del programa de prevención de drogodependencias, realizó los siguientes cometidos: elaborar el proyecto y memoria del programa para justificar y proponer la subvención del personal y la actividad del mismo, coordinar con el servicio de prevención de la consellería la tramitación de solicitudes de material didáctico para los centros educativos de la comarca, coordinar las actividades del programa: Teatro, conciertos, senderismo, cursos de prevención para profesionales y para padres y madres..., mantener relaciones con las diferentes instituciones y centros relacionados con la materia del programa: centros educativos, asociación, "A.", "P.H.", Casa

de la Cultura, Cruz Roja..."./ También era la coordinadora de funciones de la oficina de información juvenil. Durante los períodos de ausencia de la asistente social del ayuntamiento realizó también funciones de ésta, en concreto en el período de 20 de septiembre al 31 de diciembre de 1999, en que dicha trabajadora estuvo de baja por maternidad, situación en la que permaneció hasta el día 10 de enero de 2000./ **TERCERO.-** En fecha 15 de diciembre de 1999, la corporación le entregó un escrito del siguiente tenor literal: "...El próximo día 31 de diciembre de 1999, finaliza el contrato de trabajo, obra o servicio determinado suscribo con Vd. en fecha de 15 de abril de 1998, y por una duración de 20 meses y 17 días.- En cumplimiento con el art. 49.2 del E.T., se le comunica que con dicha fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral con esta empresa, causando baja en la misma..."./ **CUARTO.-** Con posterioridad al cese de la actora, el ayuntamiento demandado no contrató a ninguna trabajadora, realizando las funciones de ésta la asistente social./ **QUINTO.-** Durante el año 1998 el ayuntamiento recibió las siguientes subvenciones:/ -De la Consellería de Familia, Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, 500.000.- pts., relativas a concesión de Axudas de Educadores Familiares para las corporaciones locales regulada por orden de 20 de febrero de 1998./ -De la misma Consellería, 700.000.-pts., para fomento de la información juvenil./ -De la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, 1.805.000.-pts., para el desenvolvimiento del programa de Información, Formación y Prevención Escolar en materia de Convenio de drogodependencia./ **SEXTO.-** Durante 1999 el ayuntamiento demandado recibe las siguientes subvenciones:/ -De la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, relativo a concesión de ayudas de Educadores Familiares, 600.000.-pts./ -De la misma consellería para fomento de la información juvenil, 800.000.-pts./ -De la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, para el desenvolvimiento del programa de Información-Formación, Prevención escolar, Prevención cos mozos en materia de drogodependencia, 1.837.490.-pts./ **SÉPTIMO.-** La actora no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo representativo alguno./ **OCTAVO.-** Formulada reclamación previa en fecha 11 de enero de 2000, la actora presentó demanda ante el Juzgado de lo Social decano en fecha 15 de febrero de 2000."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que desestimando la demanda formulada por doña D.O.Y.A. contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DEL BARCO DE VALDEORRAS, debo absolver y absuelvo al

ayuntamiento demandado de la pretensión ejercitada contra él por la 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.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la sentencia de fecha 24 de marzo del año 2000 del Juzgado de lo Social número 1 de Ourense, seguidos a instancia de doña D. O.Y.A. contra el Excmo. Ayuntamiento del Barco de Valdeorras, por la propia actora basándose en primer lugar, al amparo del art. 191.b) de la L.P.L. en la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia, concretamente en el hecho probado primero, el cual dice: “La actora doña D.O.Y.A., comenzó a prestar servicios para el Excmo. Ayuntamiento demandado en fecha 3 de septiembre de 1997 mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial de 32,5 horas eventual, cuyo objeto era la acumulación de tareas, estipulándose como cláusula adicional “este contrato consiste en la realización, dentro del área de servicios sociales del concello, de las tareas propias de educadora familiar y tareas de apoyo a los servicios sociales en el área de servicio de igualdad”, con la categoría de educadora familiar, contrato que fue prorrogado hasta el 2 de marzo de 1998. Dicho contrato fue financiado íntegramente con subvenciones concedidas al ayuntamiento”, interesando que se suprima el último párrafo referido a que el “contrato fue financiado con subvenciones concedidas al ayuntamiento”, al resultar contradictorio con el hecho probado quinto y sexto donde detalla las subvenciones recibidas por el ayuntamiento en los años 98 y 99, y que en ningún documento consta que fuese subvencionado en el año 97. Al respecto hay que decir que no es contradictorio el hecho probado primero con el quinto y sexto, ya que en ésta se especifican las subvenciones y ayuda para los años 98 y 99 pero eso no excluye que se recibieran en el año 97; igualmente la certificación del interventor que cita el recurrente se refiere a las partidas destinadas a retribuir a la actora interesada al no deducirse de la prueba documental que cita. Amparado en el mismo motivo se pretende que se modifique el los años 98 y 99, pero nada se dice del año 97. En consecuencia no procede la revisión párrafo 3º del hecho probado 1º que hace mención a las bases del concurso, el cual dice: “Las bases del concurso para la contratación temporal de un educador familiar, aprobadas por el Ayuntamiento el 5 de marzo de 1998, contemplaban que el trabajo sería realizado

durante el período de 15 de abril de 1998 al 15 de octubre de 1998, sin superar un período de seis meses como duración máxima. El contrato de la actora fue financiado principalmente en su mayor parte con cargo a subvenciones concedidas por la Xunta de Galicia, durante los años 1998 y 1999, con las siguientes denominaciones e importes:

EJERCICIO 1998

Denominación subvención	Importe aplicado
- Drogodependencia na escola	600.000.-pts.
- Información xuvenil	700.000.-pts.
- Educador Familiar	500.000.-pts.
- Total:	1.800.000.-pts.

EJERCICIO 1999

Denominación subvención	Importe aplicado
- Drogodependencia na escola	637.490.-pts.
- Información xuvenil	500.000.-pts.
- Educador Familiar	600.000.-pts.
- Total	1.737.490.-pts

proponiendo la siguiente redacción: “Primero.- “...Las bases del concurso para contratación temporal de un educador familiar, aprobadas por el ayuntamiento el 5 de mayo de 1998, establecían: “El objeto de las presentes bases es regular la contratación temporal de un/a educador/a familiar para los servicios sociais de este concello. Para la contratación de este personal se cuenta con crédito adecuado y suficiente en la partida presupuestaria 313/131.00. El contrato se articulará como de servicio determinado, consistiendo éste en la realización, dentro del área de servicios sociales del Concello, de las tareas propias de educador/a familiar y tareas de apoyo a los servicios sociales en las áreas de su competencia, incluida la realización de los trabajos mecánicos necesarios. El trabajo se realizará desde el día 14.04.98 al día 15.10.98 o, en caso de formalizarse con posterioridad el contrato, hasta la fecha que corresponda sin superar los seis meses precitados”, basándose para ello en las propias Bases del concurso como prueba documental (folios 72, 73, 74). Se accede a dicha pretensión ya que el párrafo cuya modificación se pretende contiene el tenor de las bases del concurso, duración máxima del mismo y financiación expresa del mismo. Quedando por tanto dicho párrafo con la redacción interesada. En el mismo motivo se ampara la revisión del hecho probado quinto de la sentencia, cuyo tenor literal dice: “Durante el año 1998 el ayuntamiento recibió las siguientes subvenciones:/ -De la Consellería de Familia, Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, 500.000.- pts., relativas a concesión de Axudas de Educadores Familiares para las corporaciones locales regulada por Orden de 20 de febrero de 1998./ -De la misma Consellería, 700.000.-pts., para fomento de la información

juvenil./ -De la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, 1.805.000.-pts., para el desenvolvimiento del programa de Información, Formación y Prevención Escolar en materia de convenio de drogodependencia” para que se le dé la siguiente redacción: “**QUINTO.**- Durante el año 1998, al ayuntamiento se le concedieron las siguientes ayudas, subvenciones y contraprestaciones:/ -De la Consellería de Familia, Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, 500.000 pts., relativas a la concesión de axudas de Educadores Familiares para las corporaciones locales regulada por Orden de 20 de febrero de 1998, ayuda aprobada el 16 de julio de 1998./ -De la misma Consellería 700.000 pts., para fomento de la información juvenil, subvención concedida el 26 de junio de 1998./ - De la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, contraprestación económica por convenio de cofinanciación con la administración local por importe de 1.805.000 pts., para el desenvolvimiento del programa de Información, Formación y Prevención Escolar en materia de Convenio de drogodependencia, por resolución de 12 de junio de 1998”, basándose para ello en la prueba documental que cita. Se accede a dicha revisión ya que de dicha prueba se desprende que las ayudas fueron aprobadas el 16 de julio de 1998, el 26 de junio de 1998 y el 12 de junio de 1998 (Folios 148, 149, 150). Se pretende la revisión del hecho probado sexto, el cual dice: Durante 1999 el ayuntamiento demandado recibe las siguientes subvenciones:/ -De la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, relativo a concesión de ayudas de Educadores Familiares, 600.000.-pts./ -De la misma consellería para fomento de la información juvenil, 800.000.-pts./ -De la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, para el desenvolvimiento del programa de Información-Formación, Prevención escolar, Prevención cos mozos en materia de drogodependencia, 1.837.490.-pts” para que se le dé la siguiente redacción: “**SEXTO.**- Durante 1999 al ayuntamiento demandado se le concedieron las siguientes ayudas, subvenciones, y contraprestaciones:/ -De la Consellería de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude, relativo a concesión de ayudas de Educadores Familiares, 600.000 pts., aprobada el 14 de mayo de 1999./ -De la misma consellería para fomento de información juvenil, 800.000 pts., subvención aprobada el 19 de mayo de 1999./ -De la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais, contraprestación económica por convenio de cofinanciación con la administración local por importe de 1.837.490 pts., para el desenvolvimiento del programa de Información-Formación, Prevención escolar, prevención con mozos, aprobada el 3 de septiembre de 1999”; de la prueba documental que cita, al igual que la

anterior revisión interesada se deduce la fecha de aprobación de tales ayudas, por tanto procede la modificación que se insta (Folios 153, 154, 155). Se pretende la revisión mediante la introducción de un hecho probado Noveno con el siguiente tenor literal: “**NOVENO.**- Con fecha de 11 de enero de 1999, el interventor del ayuntamiento de O Barco de Valdeorras (don G.V.R.) formula nota de reparo en cuyas consideraciones figura, respecto al contrato de la actora: a) El servicio ha tenido que finalizar con fecha de 31.12.98. Ese límite temporal lo imponen las bases de la convocatoria de las subvenciones concedidas a este concello para financiar el coste de dicha contratación laboral. Así las cosas, debiendo finalizar el servicio en dicha fecha, también debe finalizar la relación laboral, lo que expresamente se recogió en las bases de la convocatoria pública realizada en su día para la selección del personal./ Según establece la norma laboral que hemos mencionada al referido los hechos, el contrato por servicio determinado es aquél que está previsto para la realización de obras o servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa. Si bien en este tipo de contratos es difícil fijar una fecha cierta de finalización, no es menos cierto que en este caso sí existía, ya que dicha fecha venía dada tanto por las bases de la convocatoria, como por el hecho de que el servicio se financió con cargo a subvenciones cuya vigencia y cobertura consiguiente para el puesto de trabajo finalizó el día 31.01.98./ Así pues considerando que el servicio ha finalizado por imperativo de las propias bases de convocatoria de las subvenciones, no puede argüirse que continúa prestándose el mismo, cuando menos bajo la misma cobertura, ni procede prórroga, que en este tipo de contratos por su propia esencia –finalizan cuando finaliza el servicio o la obra- no caben./ Si lo que realmente ocurre es que el servicio nació en principio con ánimo de temporalidad, desea convertirse en servicio permanente, el procedimiento adecuado para cubrir la plaza no es evidentemente el de las sucesivas prórrogas del contrato de trabajo sino el de creación de plaza en plantilla y provisión de la misma mediante los consiguientes procedimientos selectivos.” Pretende dicha modificación en base al contenido de dicha nota de repaso del interventor que obra en los folios 26, 27 y 28 de las actuaciones. Se accede a dicha adición ya que efectivamente ese es el tenor literal de la nota de reparo realizada por el interventor. Igualmente y para finalizar con este motivo, el recurrente pretende la adición de un hecho probado décimo el cual diría: “**DÉCIMO.**- Que el art. 21 del convenio colectivo de la corporación establece: No caso de despido declarado improcedente por órganos competentes, será o traballador quen opte entre a indemnización legal ou a súa readmisión”. Para

ello cita como documento el propio convenio colectivo. Se accede a dicha pretensión ya que el contenido del artículo que se cita es el que dice el recurrente.

SEGUNDO.- Se alega por el actor, al amparo del art. 191.c) de la L.P.L. infracción por error en la interpretación del art. 1 apartado cuarto, de la Ley 63/97 de 26 de diciembre de 1997 que da una nueva redacción al art. 15.1 ET en su apartado a) relativo al contrato de obra o servicio determinado, de los arts. 2.a) y b), 8.2 y 9 del R.D. 2.546/94 y de los arts. 2.1 y 2.2.a), 8.1.a) y 9.3 del R.D. 2.720/98, del art. 15.3 del ET en relación con el art. 6.4 del C.C., del art. 49.1.c) del ET y de los arts. 55 y 56.1.a) y b) del ET en relación con el art. 21 del Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de O Barco de Valdeorras. Así como la sentencia del T.S. de 4 de mayo de 1995. Es importante destacar lo que se señala en el hecho probado primero, según el cual: “**PRIMERO.-** La actora doña D.O.Y.A., comenzó a prestar servicios para el Excmo. Ayuntamiento demandado en fecha 3 de septiembre de 1997 mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial de 32,5 horas eventual, cuyo objeto era la acumulación de tareas, estipulándose como cláusula adicional “este contrato consiste en la realización, dentro del área de servicios sociales del concello, de las tareas propias de educadora familiar y tareas de apoyo a los servicios sociales en el área de servicio de igualdad”, con la categoría de educadora familiar, contrato que fue prorrogado hasta el 2 de marzo de 1998. Dicho contrato fue financiado íntegramente con subvenciones concedidas al Ayuntamiento./ El día 15 de abril de 1998 suscribió un contrato a tiempo completo para obra o servicio determinado, cuyo objeto era “educadora familiar” estipulándose como cláusula adicional “este contrato consiste en la realización dentro del área de servicios sociales del concello, de las tareas propias de educadora familiar y tareas de apoyo a los servicios sociales en el área del servicio de igualdad”. En fecha 1 de julio de 1998 se incorporó al contrato un anexo con el fin de hacer constar que en la cláusula adicional I de dicho contrato, se le incorporó el siguiente texto: “Trabajo de drogodependencias en las escuelas”. En fecha 1 de enero de 1999 el citado contrato fue prorrogado por ampliación del servicio para el que fue contratada la actora hasta el 30 de junio de 1999 aproximadamente manteniendo las mismas condiciones. En fecha 25 de mayo de 1999 se procedió a una segunda prórroga por ampliación del servicio para el que fue contratado hasta el 31 de diciembre de 1999, manteniéndose las mismas condiciones del primitivo contrato, la actora percibía un salario de 201.000.-pts., incluida prorrata de pagas extras./ Las bases del concurso para la contratación temporal de un

educador familiar, aprobadas por el Ayuntamiento el 5 de marzo de 1998, establecían: “El objeto de las presentes bases es regular la contratación temporal de un/a educador/a familiar para los servicios sociales de este concello. Para la contratación de este personal se cuenta con crédito adecuado y suficiente en la partida presupuestaria 313/131.000. El contrato se articula como servicio determinado, consistiendo éste en la realización, dentro del área de servicios sociales del concello, de las tareas propias de educador/a familiar y tareas de apoyo a los servicios sociales en las áreas de su competencia incluida la realización de los trabajos mecánicos necesarios. El trabajo se realiza desde el día 14.04.98 al día 15.10.98, o en caso de formalizarse con posterioridad el contrato, hasta la fecha que corresponda sin superar los seis meses precitados”; pone de manifiesto que entre el primer contrato celebrado 3 de septiembre de 1997 y prorrogado hasta el 2 de marzo de 1998 y el segundo contrato celebrado el 15 de abril de 1998 ha transcurrido más de un mes, con lo cual no ha existido continuidad entre uno y otro; efectivamente es reiterada la doctrina del T. Supremo que señala que en el supuesto de contratos sucesivos temporales sólo se analizará el último de ellos cuando no se infiera defecto sustancial o haya transcurrido el plazo de la acción de despido. Lo cual es patente en este pleito. Con lo cual sólo procede analizar el contrato celebrado el 15 de abril de 1998; en las bases del concurso para la contratación temporal de un Educador familiar aprobadas por el Ayuntamiento contemplaban que el trabajo sería realizado durante un período de 15 de abril de 1998 al 15 de octubre de 1998 sin superar un período de 6 meses de duración máxima. En el folio 90 de las actuaciones figura la “copia básica” del contrato suscrito 15.04.98 a “efectos de cumplimiento de lo previsto en la Ley 2/91 de 7 de enero” en el que figura que la duración del contrato será 6 meses. En consecuencia el contrato, de carácter temporal para “obra o servicio determinado” se prorrogó más allá de lo señalado en el mismo. Y es reiterada la doctrina jurisprudencial (T. Supremo sentencia 3 de febrero de 1998, Rec. 400/97, que insiste en lo señalado por la sentencia 28-noviembre-1995, Rec. 1.067/95) en donde se señala que cuando se incurre en defectos esenciales en los contratos temporales hace subsistir la relación laboral en una situación de interinidad indefinida hasta que sea cubierto el puesto reglamentariamente. El fraude de ley en la contratación temporal hay que acreditarlo, pero es notorio y así ha quedado acreditado, según los hechos declarados probados que se traspasó el tiempo para el cual fue contratado el trabajador convirtiendo la relación laboral por tiempo determinado en indefinida. Por el ayuntamiento demandado se hace constar, y así

se ha recogido en la fundamentación jurídica (y en el hecho probado primero, párrafo 3º cuya modificación se ha instado por el recurrente y a lo cual se ha accedido), que existía una vinculación entre la contratación de la demandante y la financiación de sus retribuciones por subvenciones o ayudas recibidas, sin embargo, son las propias bases de la convocatoria las que señala (Folio 72) que “para la contratación de este personal se cuenta con crédito adecuado y suficiente en la partida presupuestaria 313/131.000”; por otra parte dicha trabajadora fue contratada el 15 de abril de 1998 y las ayudas o subvenciones obtenidas de las diferentes Consellerías la primera fue de 16 de julio de 1998; es decir, 3 meses posteriores a la contratación. Quedando en consecuencia desvinculada dicha contratación de su financiación a través de subvención tal y como quedó claramente expresado en las bases de la convocatoria. Es decir que se incumplió por el ayuntamiento las formalidades del contrato, no tratándose de una mera irregularidad subsanable ya que se sobrepasó con exceso el ámbito temporal del contrato, que según las bases de la convocatoria no podía exceder de seis meses. Además las funciones que realizaba la demandante tenían un carácter permanente como lo acredita el hecho probado cuarto de la Sentencia, según el cual: “con posterioridad al cese de la actora, el ayuntamiento demandado no contrató a ninguna trabajadora, realizando las funciones de ésta la asistente social”. Por otra parte y a mayor abundamiento en un período de tiempo que va de 20 de septiembre a 31 de diciembre de 1999 dicha trabajadora realizó además de sus funciones realizó funciones de asistente social (hecho probado segundo), con lo cual la “obra o servicio determinado” para el cual fue contratado y que es causa del contrato se disipa ya que realizó además otras actividades ajena a las del contrato. Por lo cual se estima el motivo del recurso, considerando que el contrato celebrado el 15 de abril de 1998 tiene un carácter indefinido y por ello se declara improcedente el despido.

Fallamos

Que con estimación del recurso de suplicación interpuesto por doña D.O.Y.A. contra la sentencia de fecha veinticuatro de marzo de dos mil dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ourense, en proceso seguido a instancia de la recurrente frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DEL BARCO DE VALDEORRAS sobre DESPIDO, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, declarándose el despido de fecha 31 de diciembre de 1999 improcedente y en consecuencia se proceda a readmitir por el demandado a la trabajadora con un carácter

indefinido hasta que su plaza se cubra reglamentariamente con el abono de los salarios de tramitación, o, que, a elección de la trabajadora se le dé una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio prorrataéndose los períodos de tiempo inferior a un año que se concreta en la cuantía de 456.000 pts. y en una cuantía de los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia en una cuantía diaria de 6.560 pts. (seis mil quinientas sesenta pesetas) como salario regulador.

3032 RECURSO N° 3.473/00

S. S.

DESPEDIMENTO POR CAUSAS OBXECTIVAS. PROCEDENTE. ACHEGA DE PROBA SUFICIENTE FRONTE ÓS INDICIOS DE VULNERACIÓN DO PRINCIPIO DE NON DISCRIMINACIÓN. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS E EXISTENCIA DE CAUSA ORGANIZATIVA: EXTINCIÓN DE CONTRATA SEN QUE SE PRODUZA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio Outeiriño Fuente

A Coruña, a treinta de septiembre de dos mil.

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. 3.473/00 interpuesto por M.C.R. 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 M.C.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa “C., S.A.” y UGT en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 95/2000 sentencia con fecha 28 de marzo de 2000 por el juzgado de referencia que desestima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- La actora viene prestando sus servicios para la empresa “C., S.A.” desde el 5 de enero de 1996 (en fecha 01.03.99 la empresa demandada se

subrogó a “U.” en todos los derechos y obligaciones de los trabajadores del centro Limpieza de Colegios Públicos de Enseñanza Primaria y Edificios e Instalaciones Municipales de Ferrol) ocupando la categoría profesional de limpiadora y percibiendo un salario de 84.671 ptas. incluido el prorratoe de pagas extras. La empresa “C., S.A.” y “U.” pertenecen al mismo grupo empresarial.- 2º) Con fecha 30 de diciembre de 1999 la empresa “C., S.A.” le comunica la extinción de su contrato de trabajo por la concurrencia de causas económicas, organizativas y/o de producción con efectos de 31 de enero de 2000 y cuyo tenor literal se da aquí por reproducido por obrar unidad a los autos como Documento nº 2 aportado por la empresa. Ha percibido en concepto de indemnización la cantidad de 296.334 ptas. en virtud de cheque nominal de 01.02.00 serie FC nº 3.077.544.1.- 3º) La actora desde que fue subrogada por la empresa “C., S.A.” prestó sus servicios de limpiadora en los locales del sindicato UGT sito en Ferrol que consta de tres plantas y para cuya limpieza se hallaban destinadas dos trabajadoras de la empresa “C., S.A.”, si bien en la fecha del despido se hallaba realizando todo el trabajo de limpieza al estar en situación de I.T. la otra trabajadora percibiendo por tal concepto un complemento personal voluntario desde julio de 1999. Que con anterioridad a la subrogación por “C., S.A.” la actora también prestaba servicios de limpieza en los locales del citado Sindicato si bien en una ocasión en fecha no determinada entre septiembre y octubre de 1998 prestó servicios de limpieza durante 15 o 20 días en sustitución de otra compañera en los locales del Colegio Público Manuel María tras finalizar su jornada en U.G.T.- 4º) El Secretario General de U.G.T. en Ferrol, Sr. B.A. remitió carta al gerente de la empresa “L.C., S.A.” en la que le comunica la rescisión del contrato de limpieza que hasta esa fecha tenía establecido con esa empresa en los locales de As Pontes y Ferrol sitos en la C/... y en la C/... respectivamente, señalando el final del mismo a partir del 31 de enero del año 2000. Que desde esa fecha las labores de limpieza es realizada por los propios secretarios ejecutivos e integrantes de la comisión ejecutiva de U.G.T.- 5º) En la nómina de la actora correspondiente a la mensualidad de diciembre de 1999 aparece por importe de 67.584 ptas. el concepto de KM, por desplazamiento a tarifa fiscal (2.816 unidades a 24 ptas. la unidad) así como el importe de 11.264 ptas. por el concepto de exceso del importe de los kilómetros (2.816 unidades a 4 ptas. la unidad).- 6º) la actora se presentó como candidata en las elecciones sindicales del año 1999 en la candidatura del Sindicato CC.OO.- 7º) El día 16 de febrero de 2000 se celebró el acto de conciliación administrativo.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la actora debo desestimar y desestimo íntegramente las pretensiones de la demanda y califco como PROCEDENTE el despido objeto de este proceso y EN CONSECUENCIA DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la empresa “C., S.A.” de las pretensiones de la actora la cual habiendo percibido la indemnización correspondiente a 20 días por año de servicio consolida la misma y queda en causa legal de desempleo por causa no imputable a ello sin derecho a salarios de tramitación. Y debo absolver y absuelvo en la instancia al sindicato U.G.T.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por la actora, declara procedente su despido por causas objetivas y absuelve libremente a la demandada “C., S.A.”, consolidando la referida actora la indemnización percibida y quedando en situación legal de desempleo por causa a ella no imputable. Y contra este pronunciamiento recurre la demandante articulando un primer motivo de suplicación -al amparo del art. 191.b) de la LPL- en el que interesa la revisión del numeral segundo de los hechos probados para que su apartado final quede redactado en la forma siguiente: “Ha percibido en concepto de indemnización la cantidad de 162.000 ptas. en virtud de cheque nominal de 01.02.00, serie FC, número 3.077.544.1, de fecha 1 de febrero de 2000, abonado el 07.02.00”. La modificación que se interesa ha de ser acogida solo en el sentido de declarar probado que: “Ha percibido la cantidad líquida de 294.339 ptas., en virtud de cheque nominativo de 1 de febrero de 2000, serie FC nº 3.077.544.1, abonado el 07.02.00”, sin que proceda aceptar que lo recibido en concepto de indemnización ascendía a 162.000 ptas., pues, aparte de pretender introducirse una cuestión completamente nueva, no planteada en la instancia, del cheque nominativo que se cita en la redacción alternativa solo resulta la referida suma de 294.339 ptas.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c) de la LPL, formula la demandante un segundo motivo de suplicación en el que denuncia infracción de los arts. 14, 24 y 28 de la CE, sobre la base de sostener, en primer lugar, la vulneración de su

derecho a la libertad sindical, por entender que si bien su relación laboral le fue extinguida alegando causas económicas, organizativas y de producción, en realidad fue cesada por haberse presentado como candidata a las elecciones sindicales celebradas en el mes de noviembre de 1999 por el Sindicato CCOO, alegando la empresa como causa del cese que el Sindicato UGT -en cuyos locales venía prestando servicios de limpiadora- le había comunicado la rescisión de la contrata de limpieza, existiendo como indicio de discriminación que dicho cese se había producido en el mes siguiente a haberse celebrado las elecciones sindicales. Asimismo, a su juicio, constituye también indicio de discriminación el que solamente haya sido despedida la actora, cuando la rescisión del contrato de limpieza hacía referencia a los locales de As Pontes y Ferrol, y en el local de Ferrol prestaba sus servicios otra trabajadora, y en el de As Pontes, se supone que también habría de prestar servicios otra trabajadora mas. La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar, pues de conformidad con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, (SS., entre otras, 90/1997 Ar. 90; 73, 74, 87/1998, Ar. 73, 74 y 87) cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental y, para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar un *indicio razonable* de que el acto empresarial lesionó sus derechos fundamentales. Y en el presente caso si bien consta probado que la actora, trabajadora de la empresa de limpieza "C., S.A." adscrita a los locales del Sindicato UGT de Ferrol, se presentó como candidata a las elecciones sindicales celebradas en noviembre de 1999, por la candidatura de la central sindical CCOO, lo que en principio podría suponer un indicio razonable de que su despido pudiera haber estado motivado por consideraciones ideológicas o de afiliación sindical (no consta que hubiera resultado elegida), es lo cierto que el relato fáctico y la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida desvanecen tal conclusión, ya que la extinción de su contrato de trabajo se produjo por causas objetivas y como consecuencia de la rescisión de la contrata de limpieza llevada a cabo por el Sindicato UGT con la empleadora "C., S.A." el 31 de enero de 2000, lo que pone de manifiesto que siendo la actora una trabajadora fija de centro y no existiendo sucesión de otra empresa en la contrata, la demandada "C., S.A." tenía razones objetivas para comunicarle la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art. 52.c) del ET, sin que su proceder pueda calificarse como lesivo de su derecho fundamental a no ser

discriminada por razones ideológicas o de afiliación sindical (art. 14 y 28 CE), ya que la rescisión de dicha contrata fue acordada libremente en la fecha indicada por el Sindicato UGT, para quien la actora nunca prestó servicios, y sin que exista el más mínimo atisbo o asomo respecto de una posible confabulación entre ambas codemandadas. Por otro lado, tampoco resulta admisible la alegación de que el cese de la actora es nulo por discriminación fundada en una supuesta desigualdad de trato (art. 14 CE) al haber sido solamente ella despedida, pues, por un lado, tal afirmación constituye la introducción de una inadmisible cuestión nueva, planteada por primera vez en este trámite de suplicación, cuando en el hecho tercero de la demanda -y en el acto de juicio- únicamente se ha hecho mención a un supuesto móvil discriminatorio fundado en su presentación como candidata, por el Sindicato CCOO, a las elecciones sindicales de 1999. Por otro lado, de los hechos declarados probados se desprende que en los locales de UGT Ferrol, donde la actora prestaba servicios como limpiadora, solo ella se encontraba trabajando en la fecha del despido, realizando todas las labores de limpieza al estar en situación de incapacidad temporal la otra trabajadora, y percibiendo por ello un complemento personal voluntario desde julio de 1999. Nada consta, por el contrario, a propósito de la situación del local de As Pontes, y ningún hecho nuevo se ha interesado sobre este extremo por la recurrente.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal formula la accionante un tercer motivo de suplicación en el que denuncia infracción del art. 24 de la CE, en relación con los arts. 93. 2 y 94 de la LPL, interesando la nulidad de la sentencia por entender que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al habersele impedido utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, en concreto la documental requerida a la empresa (contratos de trabajo de la actora y relación de centros en los que había venido prestando sus servicios), que había sido propuesta y admitida por la juzgadora "a quo". El motivo tampoco resulta aceptable por una doble consideración: la primera, porque aparece defectuosamente formulado desde el punto de vista procesal, ya que al tratarse de un motivo de nulidad por infracción de garantías esenciales de procedimiento, su cauce adecuado en el recurso de suplicación ha de ser el previsto en el apartado a) -y no en el c)- del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. Y la segunda, porque la circunstancia de que la demandada no hubiese aportado la documental interesada por el Juzgado no comporta infracción del art. 24 de la CE ni de los arts. 93.2 y 94 de la LPL, dado que la magistrada de instancia formó su convicción tras apreciar razonadamente los demás medios

probatorios, en especial, la prueba testifical practicada, llegando a la conclusión de que la actora, desde la subrogación por parte de la demandada “C., S.A.” sólo prestó servicios en los locales de UGT-Ferrol, y resultando, además, intranscendente a los efectos del presente litigio traer a los autos los contratos de trabajo que unieron a la accionante con la anterior empresa “U.”, por lo que no cabe apreciar la supuesta indefensión que se invoca.

CUARTO.- El cuarto motivo de recurso, también al amparo del art. 191.c) de la LPL, denuncia infracción de lo dispuesto en los arts. 53.l.b) 4 del ET, en relación con los arts. 51, 52.c) y 55.6 de dicho estatuto, así como con el art. 122.b) de la L.P.L. y la doctrina jurisprudencial que cita, toda vez que el empresario en la carta enviada al trabajador, comunicándole la extinción de su contrato, de fecha 30 de diciembre de 1999, no indica la cantidad que le corresponde como indemnización, limitándose a indicar que: “tiene a su disposición en los locales de la empresa la indemnización legalmente establecida de veinte días de salario por año de servicio, según lo establecido en el artículo 53.c) del ET”, pero sin concretar la cantidad que le correspondía como indemnización por despido, y sin poner “simultáneamente” a disposición del trabajador la referida indemnización prevista en el aludido art. 53.1.b) del E.T., no abonándole la misma hasta pasado un mes junto con la liquidación (la carta de extinción es de fecha 30.12.99, y el cheque de fecha 01.02.00 en que fue efectivamente abonado), y fijándose una cantidad de 162.000 ptas. cuando dicha indemnización asciende a la cantidad de 230.493 pesetas de acuerdo con el salario que se declara probado en el hecho primero. La censura jurídica que se denuncia deviene inaceptable en función de las siguientes consideraciones: 1.- En primer término, no cabe apreciar la pretendida vulneración del art. 53.1.b) del ET, por no haber puesto la empresa a disposición de la actora, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de 20 días por año de servicio, pues en dicha carta de preaviso de extinción -a la que se remite el numeral segundo de los hechos probados- bien claramente se participa a la trabajadora que “tiene a su disposición en los locales de la empresa la indemnización legalmente establecida de 20 días de salario por año de servicio, según lo establecido en el art. 53.c) del ET”. El que la demandante haya percibido efectivamente esa indemnización al día siguiente de la fecha de extinción de su contrato (que tuvo lugar el 31.01.00), no significa que durante el mes de preaviso no hubiera podido hacerla efectiva estando a su disposición, pues para nada consta que antes del 01.02.00 intentara su cobro sin conseguirlo. Por otro lado, la

alegación que ahora se efectúa en el recurso relativa a la falta de puesta a disposición en el momento oportuno de la cantidad debida, es una inadmisible cuestión nueva que se invoca por primera vez en este trámite de suplicación. No cabe, por tanto, entender infringido ni el aludido art. 53.1.b) del ET, ni la doctrina de la STS de 17.07.98. 2.- En segundo término, también constituye una cuestión nueva las posibles diferencias en el importe de la indemnización que ahora se invocan. En efecto, ni en demanda ni en el acto de juicio la demandante ha planteado una posible nulidad de la decisión extintiva empresarial por abono de una cantidad indebida -o por cálculo erróneo de la misma-, sino que se ha limitado a impugnar el despido por otras razones (discriminación por motivos sindicales, no fijesa de centro de trabajo) completamente ajenas a la indemnización que le correspondía percibir y que efectivamente percibió, lo que hace imposible que este tribunal, en el trámite de un recurso extraordinario como el de suplicación, entre en el examen de una cuestión nueva cuya aceptación generaría una evidente indefensión para la parte contraria, prohibida por el art. 24 CE, al impedirle contradecir y, en su caso, proponer y practicar prueba sobre la misma. Por otro lado, la cantidad que la trabajadora percibió (294.339 ptas.), supera ampliamente la que cita en el motivo de recurso 230.493 ptas.), por lo que si alguna hipotética diferencia existiera habría que imputarla a la liquidación final y no a la indemnización, ya que, en último término, sería aplicable en el supuesto presente lo dispuesto en el art. 122.3 LPL, cuando señala que “no procederá la declaración de nulidad... por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador”. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.

QUINTO.- El último motivo de suplicación denuncia infracción de lo dispuesto en los arts. 51, 52.c), 53 y 55 del ET, sobre la base de sostener que no han quedado acreditadas ni las causas económicas, ni las organizativas o de producción alegadas por la empresa, ya que, respecto de las primeras, no existe prueba alguna, y respecto de las otras, solo la actora fue despedida y pese a afirmarse que estaba adscrita al centro de trabajo en los locales de UGT, sin embargo no se justifica el pago del kilometraje que se le abona en las nóminas de diciembre de 1999 y enero del 2000. El motivo no puede prosperar, ya que la resolución de un contrato -o de la contrata- de limpieza cuando los trabajadores no pueden legalmente ser subrogados por no existir empresa sucesora en dicha contrata, es una causa organizativa (con vertiente económica al dejar la empresa de percibir el importe de dicha contrata) suficiente para la extinción del contrato de trabajo por los

cauces previstos en el art. 52.c) en relación con el 51 ambos del ET, pues no es factible -organizativa ni legalmente- asumir a un trabajador al que no es posible dar ocupación efectiva por causas independientes de la propia voluntad de la empresa, como es la resolución por un tercero del contrato mercantil de servicios, consistente en la limpieza de los locales de éste, siempre que no se produzca la subrogación en la contrata y tratándose de trabajadores fijos de centro (art. 36.1.a) del convenio colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de A Coruña); sin que en el presente caso pueda aceptarse -como se pretende en el recurso- que la demandante no solo trabajaba en los locales de UGT, pues la Juzgadora a "quo" razona cumplidamente sobre este particular apreciando la prueba testifical practicada en el acto de juicio (art. 97.2 LPL), y concluyendo que ese kilometraje que se abonó a la actora, fundamentalmente en el mes de diciembre de 1999 (durante 4 días), no es por si solo suficiente para desvirtuar la restante actividad probatoria, sobre todo cuando se trata de un hecho positivo que la actora -si efectivamente trabajaba en otros centros- pudo haber acreditado cumplidamente, resultando igualmente inconsistente la alegación de connivencia entre la central UGT y la empresa demandada, respecto de la que no existe ni el mas mínimo atisbo o asomo probatorio. Consecuentemente, no siendo de apreciar la censura jurídica que se denuncia, procede desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la actora doña M.C.R., contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2000 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, en los presentes autos sobre despido tramitados a instancia de la recurrente frente a la empresa "C., S.A." y contra el Sindicato Unión General de Trabajadores, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

3033 RECURSO N° 3.680/00

S. S.

SUCESIÓN DE EMPRESA. EXISTENCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DAS EMPRESAS CEDENTE E CESIONARIA. EN RELACIÓN COAS OBRIGAS NACIDAS CON ANTERIORIDADE Á TRANSMISIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Mariño Cotelo

A Coruña, a treinta de septiembre de dos mil.

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. 3.680/00 interpuesto por la empresa "G.C., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Vigo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.E.L.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandadas doña M.C.N.G. y la empresa "G.C., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 185/2000 sentencia con fecha veintiséis de mayo de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Doña M.E.L.M., mayor de edad, con D.N.I. número..., vino prestando servicios por cuenta de doña M.C.N.G., como dependienta, en el comercio textil que la Sra. N. regentaba, como franquiciada de la marca "G." en la C/... de Vigo, y ello en las siguientes circunstancias: a) La demandante vino prestando servicio, al menos desde el 01.08.98. b) Con fecha 31.03.99 fue dada de alta de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, en virtud de Acta de la Inspección de tal fecha. c) con fecha 06.04.99 firmó contrato eventual, cuyo objeto se define como "acumulación de tareas", que se prorrogó hasta el 05.02.00. d) sin dejar de prestar servicios, se firmó nuevo contrato temporal el 15.02.00, que se define como "acumulación de trabajo" de un mes de duración. El salario según convenio era de 133.890 pesetas mensuales con prorrata de pagas extras./ II.- La actora se fue de vacaciones el 22.02.00, comunicándosele el cese por extinción de contrato el 14.03.00./ III.- Con fecha 24.02.00, la Sra. N. traspasó a "G.C., S.L.", el local sito en C/..., señalándose en la cláusula primera que "el traspaso supone la cesión del local con la totalidad de sus enseres y decoración actual". La sociedad demandada comenzó sus actividades de comercio textil de la marca "G." hacia finales de marzo, con dos trabajadoras contratadas a través de ETT./ IV.- Se intentó, sin efecto, la conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando la demanda de doña M.E.L.M., declaro improcedente el despido de que fue objeto el 14.03.00, condenando solidariamente a doña M.C.N.G. y, a “G.C., S.L.”, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión de la actora a su puesto de trabajo o el abono de una indemnización de 316.873 pesetas, con pago en todo caso de los salarios dejados de percibir, a razón de 4.463 pesetas día”.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por la actora, M.E.L.M., declara improcedente su despido y condena solidariamente a M.C.N.G. y a la empresa “G.C., S.L.”, a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión de la demandante a su puesto de trabajo o el abono de una indemnización de 316.873 pesetas, con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir, a razón de 4.463 pesetas día. Contra este pronunciamiento se alza en suplicación la codemandada “G.C., S.L.” articulando su recurso en base a cuatro motivos, de los cuales los dos primeros pretenden, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación del relato histórico de la sentencia de instancia, en tanto que el tercero y cuarto van dirigidos al examen de la normativa denunciando la infracción de determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores y del Código Civil.

SEGUNDO. En el primero de los motivos, con amparo procesal correcto, insta la reforma del ordinal segundo del relato histórico de la resolución “a quo” a fin de que se redacte de la forma siguiente: “La actora se fue de vacaciones el 22.02.00, comunicándosele el cese por extinción de contrato el 14.03.00, fecha en la que suscribe y de su conformidad al documento de saldo y finiquito de la relación laboral en el cual la actora declara libremente la rescisión de su relación laboral con la empresa, percibiendo la liquidación de todos sus haberes, dándose por saldada y finiquitada de todos sus derechos, y comprometiéndose a nada pedir ni reclamar”, invocando, en pro de sus pretensiones revisorias, el documento obrante al folio 40 de autos. Aunque, dada la solidaridad que en la sentencia de instancia se declara existente entre la entidad

ahora recurrente y la codemandada M.C.N., no se evidencia la infracción del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral a que alude la actora en su escrito de impugnación, pues tal cuestión ya fue puesta de manifiesto en la instancia por la referida codemandada hasta el punto de haber merecido adecuada respuesta por parte del órgano jurisdiccional “a quo” como se desprende del fundamento jurídico cuarto de la resolución de instancia, de manera que no puede acogerse la tesis, auspiciada de adverso, de que lo peticionado por la recurrente en orden al alcance del finiquito constituya un hecho nuevo, no ha de acogerse, en su literalidad el texto propuesto por la empresa codemandada si bien no hay inconveniente en que conste la existencia del documento, como se dijo, ya analizado en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, debiendo quedar redactado el ordinal segundo de la forma siguiente: “La actora se fue de vacaciones el 22.02.00, comunicándosele el cese por extinción de contrato el 14.03.00, fecha en la que suscribió documento de “finiquito” en los términos a que se contrae el obrante al folio 40 de autos, que se tiene por reproducido”, sin perjuicio, obviamente, de lo que en sede jurídica, se establezca en orden al alcance de tal cuestión.

TERCERO. En el motivo segundo de su recurso, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, insta la modificación del hecho probado tercero a fin de que se añada un nuevo párrafo, con base en la documental de los folios 68 a 100 de autos, donde se contienen diversas facturas, pretendiendo que el meritado ordinal quede redactado de la forma siguiente: “Tras proceder a la reforma integral del local traspasado y a la adquisición de la mercancía necesaria para la venta al público, la sociedad demandada comenzó sus actividades de comercio textil de la marca “G.C., S.L.” hacia finales de marzo, con dos trabajadoras contratadas a través de ETT”. En apoyo de su pretensión revisoria invoca diversa prueba documental obrante en autos, siendo así que en el folio 68 se plasma una factura, redactada en idioma portugués, datada en 10.04.00, en la que se refleja el importe de 791.200 escudos portugueses (3.946,49 euros) derivados de trabajos de reparación; las folios 70 a 74 y 87 a 93 contienen las fotocopias de lo que parecen ser nueve facturas dirigidas a la empresa codemandada por “RVT. – E.M., S.A.”, que se ofrecen semiilegibles, en algunas de las cuales ni siquiera es perceptible el importe ni la moneda nacional de referencia y cuyo alcance total no determina la recurrente; los folios 75, 78, 79 y 82 contemplan fotocopias, con la misma dificultad para su lectura que las antes expresadas, relativas a facturas expedidas por “L.U.S.” de Vigo, de las que puede extraerse la conclusión de que se

refieren a adquisición de material de papelería y abono de fotocopias; el folio 85 refleja la fotocopia de una factura relativa a trabajos de fontanería para localización de avería, por importe de 2.500 pesetas; el folio 84 hace referencia a la orden de inserción de un anuncio en un periódico de Vigo, por importe de 7.424 pesetas; el folio 86 contempla una factura de "U.F." relativa al local sito en c/... de Vigo, por suministro de energía eléctrica durante el período 01.02.00 a 29.03.00, dirigida a la mercantil recurrente; en los folios 94 y 95 obran sendas fotocopias de facturas de un establecimiento comercial del ramo, relativas a material de "textil hogar" y "papelería y escritorio" por importe de 16.800 pesetas y 495 pesetas, respectivamente y, por último, en el folio 97, se halla la fotocopia de una factura por importe de 46.400 pesetas, dirigida a la empresa demandada pro la instalación de una alarma en el establecimiento sito en la c/... de Vigo, lo que dista de constituir base probatoria asaz para acceder íntegramente a la modificación pretendida por la recurrente, de manera que no procede acoger el texto alternativo en su totalidad y con el alcance que pretendía la recurrente, sino parcialmente, contemplando la circunstancia de que se hubiesen efectuado obras en el local, así como que la empresa en cuestión hubiese adquirido diversas mercancías -cuyo importe total no cuantifica, por cierto- quedando, en definitiva, el ordinal tercero redactado de la forma siguiente: "Con fecha 24.02.00, la Sra. N. traspasó a "G.C., S.L." el local sito en c/..., señalándose en la cláusula primera que el traspaso supone la cesión del local con la totalidad de sus enseres y decoración actual. La sociedad demandada después de llevar a cabo trabajos de reparación en el local y adquirir diversa mercancía, comenzó sus actividades de comercio textil de la marca "G.C., S.L." hacia finales de marzo, con dos trabajadoras contratadas a través de ETT".

CUARTO. Con apoyo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia en el motivo tercero del recurso la infracción por aplicación indebida del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, con la pretensión, en síntesis, de que se declare la inexistencia de sucesión empresarial y por consiguiente, su absolución, apreciando la excepción de falta de legitimación pasiva. La situación fáctica reflejada en los ordinarios que constituyen el relato histórico de la sentencia de instancia, incluso con las modificaciones antedichas, no constituye sustrato asaz para la consideración de que hayan de acogerse los alegatos y solicitudes de la actora, no habiendo sido desvirtuada la consideración de la juzgadora de instancia relativa a la existencia de una sucesión empresarial pues, además de la paladina

manifestación de las partes intervenientes en el negocio jurídico de traspaso, plasmada en el clausulado del documento al aseverar que "supone la cesión del local con la totalidad de sus enseres y decoración actual", ya se dijo que la aspiración de la recurrente en orden a que constase que había recibido un local vacío e inadecuado para el desarrollo del negocio no se ha visto reprendida por la actividad probatoria pertinente, de manera que la conclusión a la que llega la sentencia de instancia en orden a que lo transmitido fue un conjunto de elementos patrimoniales idóneos y por sí mismos suficientes para ofrecer bienes y servicios en el mercado debe permanecer inalterada, no siendo óbice a tal consideración el hecho de que la empresa codemandada hubiese acordado la conveniencia de acometer determinadas reparaciones - cuyo importe no cabe calificar de relevantes a tenor del monto económico a que ascendieron los trabajos - así como de llevar a cabo la adquisición de mercancía relativa al género de comercio a que ya se venía dedicando la cedente y codemandada Sra. N.G. En consecuencia, debe rechazarse la pretensión auspiciada en el motivo tercero del recurso.

QUINTO.- Con carácter subsidiario al motivo anterior, interpone la recurrente un cuarto motivo, con amparo procesal oportuno, denunciando la infracción de los artículos 3 y 49 del Estatuto de los Trabajadores y 1.089, 1.278 y siguientes del Código Civil. La mercantil codemandada hace referencia, en el motivo antedicho, a la valoración del alcance del finiquito llevada a cabo por la juzgadora de instancia, arguyendo, la recurrente, que en el documento del folio 40 se expresa claramente la concorde voluntad de las partes de dar por concluida la relación laboral, así como la inexistencia de vicios de consentimiento o falsedad que lo invalidasen para solicitar, en definitiva, que se declare que la relación laboral quedó extinguida en fecha 14.03.00 con ocasión de la firma del documento.

SEXTO.- Con independencia de que habiendo establecido la jurisprudencia, por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 septiembre 1986 que "para que pueda afirmarse la existencia de un finiquito en el campo laboral es imprescindible que conste una voluntad del trabajador inequívocamente dirigida a la extinción del contrato, para así distinguirla sin dificultad de la mera liquidación de cuentas que supone una voluntad negocial dirigida a clarificar o defender la situación económica entre empresarios y trabajadores por un determinado período de tiempo", siendo así que la circunstancia de que con fecha 15.03.00, esto es, al día siguiente a la fecha de suscripción del antes referido documento, la actora presentó papeleta

de conciliación ante el SMAC, lo que dista de constituir una manifestación de voluntad clara e inequívoca de extinción de la relación laboral, no puede soslayarse, y ello es lo verdaderamente relevante, que como ya refleja la sentencia de instancia es reiterada la doctrina jurisprudencial relativa a que una vez declarada la nulidad o ineffectuacidade da nota de temporalidad en la contratación carece de virtualidad el documento liquidador de la referida relación laboral, siendo así que en el procedimiento que nos ocupa, la resolución de instancia llega a la acertada consideración de que la cláusula de temporalidad es nula, deviniendo el contrato en indefinido, por las razones allí apuntadas que son compartidas por este Tribunal relativas, en esencia, a la prestación de servicios, durante un cierto tiempo, por cuenta de la empresa en relación que debe presumirse indefinida firmándose un contrato temporal con posterioridad al alta de oficio acordada por la Tesorería General de la Seguridad Social, lo que implicaría renuncia de derechos, así como la falta de constancia de la causa contractual, de manera que el documento del folio 40 al hacer mención a la rescisión por “terminación de contrato” deviene carente de trascendencia a efectos de constituir base para la consideración de que no existió el despido a que se contrae la demanda rectora del proceso, lo que conduce al rechazo del motivo aducido por la empresa recurrente con carácter subsidiario.

SÉPTIMO. En consecuencia, deviene procedente la desestimación del recurso articulado por “G.C., S.L.” y la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación articulado por la mercantil “G.C., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo, de fecha 26 de mayo de 2000, en autos nº 185/00, sobre despido seguidos a instancia de M.E.L.M. contra M.C.N.G. y la entidad antes citada, confirmamos dicha resolución. Las costas del recurso se imponen a la empresa recurrente, por imperativo del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, incluidos los honorarios del Letrado de la actora impugnante, en la cuantía de 25.000 pesetas.

3034 RECURSO N° 3.895/00

S. S.

CONTRATOS TEMPORAIS EN FRAUDE DE LEI. CONVERSIÓN DA RELACIÓN EN INDEFINIDA, NO ÁMBITO DA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. OPCIÓN ENTRE INDEMNIZACIÓN E READMISIÓN OUTORGADA Ó TRABALLADOR POR NORMA CONVENCIONAL: LÍMITES. CÓMPUTO DOS ANOS DE SERVICIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a treinta de septiembre de dos mil.

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. 3.895/00 interpuesto por Ayuntamiento de Viana do Bolo” 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 H.G.C., don J.R.B., S.V.V., H.A.M., M.B.S., S.A.P. y M.T.L. en reclamación de DESPIDO siendo demandado AYUNTAMIENTO DE VIANA DO BOLO en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 115/00 sentencia con fecha treinta de mayo de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Probado que los demandantes prestaron servicios al Ayuntamiento de Viana do Bolo con las antigüedades, categorías y salarios siguientes:

H.G.C.

-Antigüedad: 02.06.98

-Contratos firmados: del 02.06.98 a 31.12.98, del 08.02.99 al 31.12.99

-Categoría Peón de obras.

-Salario mensual: 98.028 pesetas brutas.

El último contrato firmado fue realizado al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 63/97, de 26 de diciembre, siendo el objeto del mismo “prestar servicios como peón de obras”.

J.R.B.

-Antigüedad: 03.02.98
-Contratos firmados: del 03.02.98 al 02.02.99, del 08.02.99 al 31.12.99

-Categoría profesional: albañil oficial de primera
-Salario mensual: 107.272 pesetas brutas.

El último contrato firmado fue realizado al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 63/97, de 26 de diciembre, siendo el objeto del mismo “prestar servicios como”.

S.V.V.

-Antigüedad: 02.06.98
-Contratos firmados: del 02.06.98 al 31.12.98 del 08.02.99 al 31.12.99

-Categoría profesional: peón de obras
-Salario mensual: 98.028 pesetas brutas.

El último contrato firmado fue realizado al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 63/97, de 26 de diciembre, siendo el objeto del mismo “prestar servicios como peón”.

H.A.M.

-Antigüedad: 02.06.98
-Contratos firmados: del 02.06.98 al 31.12.98 del 08.02.99 al 31.12.99

-Categoría profesional: peón de obras.
-Salario mensual: 98.028 pesetas brutas.

El último contrato firmado fue realizado al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 63/97, de 26 de diciembre, siendo el objeto del mismo “prestar servicios como peón”.

M.B.S.

-Antigüedad: 03.11.97
-Contratos firmados: del 03.11.97 al 15.12.98 del 08.02.99 al 31.12.99

-Categoría Profesional: limpiadora.
-Salario mensual: 59.625 pesetas brutas.

El último contrato firmado fue realizado al amparo del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores, a tiempo parcial, siendo el objeto del mismo “prestar servicios como limpiadora”.

S.A.P.

-Antigüedad: 10.02.99
-Contratos firmados: del 10.02.99 al 31.12.99

-Categoría profesional: palista oficial de primera.
-Salario mensual: 117.882 pesetas brutas.

El último contrato firmado fue realizado al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley

63/97 de 26 de diciembre, siendo el objeto del mismo “prestar servicios como”.

M.T.L.

-Antigüedad: 08.02.99
-Contratos firmados: del 08.02.99 al 31.12.99
-Categoría profesional: chófer oficial de primera
-Salario mensual: 117.882 pesetas brutas.

El último contrato firmado fue realizado al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 63/97 de 26 de diciembre, siendo el objeto del mismo “prestar servicios como”.- SEGUNDO.- Con fecha de registro de salida del 09.12.99 se le entregó a los demandantes un preaviso, a media del cual se les comunicó la extinción de sus relaciones laborales con fecha de efectos del día 31.12.99, alegando fin de contrato; formulada reclamación previa no fue contestada.- TERCERO.- Los demandantes durante su relación laboral con el ayuntamiento demandado prestaron todo tipo de tareas no sólo para los que fueron contratados.- CUARTO.- Los demandantes no ostentan cargo sindical alguno si bien están afiliados a la Central Sindical Confederación Intersindical Galega”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda presentada por por don H.G.C., don J.R.B., don S.V.V., don H.A.M., don M.B.S., don S.A.P. y don M.T.L. contra AYUNTAMIENTO DE VIANA DO BOLO DEBO DECLARAR Y DECLARO improcedente el despido del que han sido objeto los demandantes el día 31.12.99 y, en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a estar y pasar por esta declaración ya que, a opción de la actora, que ejercitará en el plazo de cinco días, readmita a los demandantes en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que indemnice a los demandantes en las cantidades siguientes:

A H.G.C., 217.322 pesetas

A J.R.B., 304.854 pesetas

A S.V.V., 217.322 pesetas

A H.A.M., 217.322 pesetas.

A M.B.S., 180.075 pesetas

A S.A.P., 157.651 pesetas.

A M.T.L., 158.633 pesetas., con abono a los mismos de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, 31.12.99, hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 3.268 pesetas/día para H.G.C., 3.576 ptas./día para J.R.B., 3929 ptas./día para S.A.P. y M.T.L. y 1.987 ptas/día para M.B.S.”

CUARTO.- Que con fecha 15 de junio de 2000, se dictó auto de aclaración que en su parte dispositiva dice: ACUERDA: Aclarar el

contenido del fallo de la sentencia dictada en los presentas autos en el sentido de hacer constar los salarios de tramitación de los trabajadores que faltan y que son tanto para S.V.V. como para H.A.M., 3.268 pesetas/día".

QUINTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el ayuntamiento demandado la sentencia de instancia que acogió la demanda rectora de los autos solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra ejercitadas, instando, en primer lugar, con amparo en el art. 191.a) LPL, la nulidad de dicha resolución; funda tal pretensión en la invocación de que la sentencia vulnera normas procesales relativas al contenido de la misma, en particular por deficiencias en el relato fáctico, lo que –a su entender–, vulnera los arts. 24 y 20.3 CE y el art. 248.3 LPOPJ, así como el art. 97.2 LPL. El recurso no puede prosperar por cuanto no es admisible que la parte inste la nulidad de actuaciones por insuficiencia de hechos declarados probados en la resolución recurrida, cuando en su mano está la facultad de integrar el relato fáctico con amparo en el art. 191.b) LPL proponiendo la adición de los hechos que estime transcurridos para el fallo, la supresión de los que considere inútiles o innecesarios, o la modificación de los existentes para que concuerde tal relato con la realidad litigiosa, consecuentemente el motivo debe ser desestimado, todo ello siguiendo doctrina sentada por STSJ de Andalucía/ Málaga de 22.03.96 y 05.06.92.

SEGUNDO.- En segundo lugar y con amparo en el art. 191.b) LPL, se insta la revisión fáctica de la resolución recurrida, al objeto de que: A) En el ordinal primero se modifique la antigüedad fijando la del último contrato, suprimiéndose así mismo la cita de la fecha de contratos anteriores entre las partes -cuando existen-, cita en apoyo de la propuesta la documental aportada a autos, relativa al último de los contratos celebrados por cada demandante, y en el caso de la actora M.B. afecta al salario que lo fija en 56.625 ptas., no existiendo modificación en el caso de S.A.P. ni de M.T., que se repite en la propuesta lo que contiene la resolución recurrida. Ha de admitirse parcialmente la modificación propuesta, en el sentido de suprimir del hecho declarado probado el concepto antigüedad por cuanto tal concepto es una cuestión a dilucidar, por lo que de fijarse en el relato fáctico se predetermina en tal aspecto el

fallo de la resolución recurrida, mas se ha de mantener en el resto el relato fáctico al objeto de que quede constancia de la sucesión de contratos existentes entre los actores y la administración demandada, no pudiendo accederse a fijar el concepto antigüedad en dicho hecho como se propone por el recurrente por idéntica razón. B) Para que se adicionen los siguientes extremos, bajo la siguiente numeración: 2.a) "El ayuntamiento de Viana del Bollo elaboró unas bases que regían la formación de una bolsa o lista de espera de personal para la contratación temporal que extendía su vigencia hasta el 31.12.99; aprobándose las mismas por Resolución de la alcaldía de fecha 14.01.99. 2.b) Posteriormente los demandantes remitieron una carta al ayuntamiento de solicitud para cada puesto de trabajo ofertado conforme a las citadas bases. 2.c) Tras la preceptiva elaboración de las listas con la puntuación obtenida por cada trabajador se procedió a su contratación para el puesto ofertado de duración "hasta final de año". A la contratación de cada demandante precedieron, con fecha 08.02.99, el oportuno informe de intervención en donde se especificaba que existía la consignación presupuestaria para atender a tales gastos y la correspondiente resolución de Alcaldía donde se procedía a contratar a los trabajadores demandantes según el lugar preferente que ocupaban en la correspondiente lista de espera. 2.d) Finalmente se les notificó la extinción del contrato a cada trabajador el día 09.12.99 con efectos de 31 del mismo mes, procediéndose este día a su baja en la seguridad social." Cita en apoyo de tal postulado los documentos que obran en los autos a los folios 76 a 121. Procede la adición postulada pues así resulta de los documentos que se citan, consistentes en las citadas bases de contratación, solicitudes de los actores, acuerdo de la Alcaldía de contratar, informe del funcionario de intervención haciendo constar la existencia del presupuesto y resolución acordando la contratación, seguido de las cartas de preaviso de cese entregadas a los actores, extremo este último que ya consta en el relato fáctico.

TERCERO.- En sede jurídica, con amparo en el art. 191.c) LPL, se denuncian como infringidos los arts. 49.1.c) y 55 LET , argumentando que la naturaleza de los contratos que vinculaban a los actores con el Ayuntamiento demandado, era de índole temporal y en consecuencia el cese de los mismos no constituye despido sino extinción contractual por causa válidamente pactada, pues incluso el convenio colectivo en su art. 14.3.B) permite acudir a la contratación temporal. El motivo no puede ser acogido por cuanto: a) el convenio colectivo al que remite el motivo si bien permite la contratación temporal de trabajadores la limita a dos supuestos, uno, para cobertura de

vacantes, supuesto que no concurre por cuanto el propio recurrente certifica que no existen tales vacantes en la empresa, y otro, por duración determinada donde limita la contratación a obra o servicio determinado y eventuales por circunstancias de la producción; b) la recurrente pretende que contrató a los actores para obra o servicio determinado, y así utilizó el modelo de contrato de tal índole, mas tal tipo de contratación exige que se señale con claridad y precisión en que consiste tal obra o servicio determinado (art.2.2 RD 2546/94 de 29 diciembre), y en el presente supuesto el recurrente no efectuó tal señalamiento, pero a mayor abundamiento el relato fáctico –en este extremo inatacado--, indica que los actores realizaron todo tipo de tareas (hp 3º in fine), consecuentemente la contratación de los actores lo fue para tareas ordinarias y cotidianas dentro de la actividad de la empresa, lo que excluye la temporalidad del contrato; c) por otra parte, si se pretendiera que ha existido una mera irregularidad administrativa en la elección del tipo contractual estimándose que se trataría de una contratación por acumulación de tareas, tal tipo de contrato tiene una duración máxima de seis meses dentro de un periodo de doce contados desde que se produzcan dichas causas, lo que exige la especificación de las mismas en el contrato (art. 3 RD 25465/94) -lo que tampoco se hizo-, pero aún contado dicho plazo desde la contratación, se habría superado la duración máxima del contrato por lo que se habría convertido en indefinido, en consecuencia la causa que justifica la temporalidad de los contratos es inexistente lo que los convierte en fraudulentos (art. 15.3 LET) y por lo tanto la extinción de los mismos amparada en tal temporalidad constituye un despido improcedente, tal como concluye el juzgador de instancia; d) la inexistencia de causa que justifique la temporalidad de los contratos implica la conversión de los mismos en indefinidos en el sentido jurisprudencialmente establecido de que los actores no podrán ser cesados por causa de temporalidad de sus contratos, mas se producirá la extinción contractual cuando los puestos que ocupan sean cubiertos en forma legal y reglamentaria oportuna, con respecto a los principios de legalidad e igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la administración pública. Por todo lo razonado no incurre la resolución recurrida en los defectos imputados, debiendo rechazarse el motivo.

CUARTO.- Con igual amparo procesal que el precedente, se denuncia violación o aplicación indebida del art. 56 LET e interpretación errónea del art. 41 del convenio colectivo para el personal laboral del Concello de Viana do Bolo, en relación con la jurisprudencia que cita. El argumento se dirige a combatir el reconocimiento

a los actores del derecho de opción entre indemnización y readmisión, derecho que les reconoce el convenio colectivo, estimando el recurrente que debe aplicarse la norma superior en rango, esto es el Estatuto de los Trabajadores, atribuyendo tal derecho al empleador por cuanto entiende que en caso contrario se permite el acceso a una administración pública sin respeto a los principios de legalidad, mérito y capacidad y por tanto de forma inadecuada. El motivo debe ser acogido por las siguientes razones: a) efectivamente, las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido son, con carácter general, aquellas que para el despido disciplinario se recogen en el art. 56 del ET, y si bien las mismas pueden ser mejoradas en favor de los trabajadores a nivel de convenio colectivo o pacto individual, al alcance de tal acuerdo no puede otorgársele una proyección distinta a la que las partes la han otorgado, por lo que si en el presente caso en el convenio que rige la relación entre las partes, se establece que la opción entre la readmisión y la indemnización, se concede al trabajador en los supuestos de despido disciplinario, (art. 41 del convenio lleva como título "Régimen disciplinario"), a tal supuesto ha de ceñirse la facultad otorgada, sin que pueda ser aplicada a otros casos de cese que, por causas diferentes, pudieran conllevar la declaración de despido improcedente, en similar sentido TSJ Andalucía (Gra), S 18-03-1999; b) por cuanto como tiene declarado nuestro mas Alto Tribunal en S. de 30.09.96 y 20.03.97, "la eliminación de la facultad empresarial de opción en caso de despido improcedente, por vía de convenio colectivo, no es aplicable a los empleados "cuyo contrato se transforma en por tiempo indefinido, por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual", supuesto en el que nos hallamos, por lo que infringe la resolución recurrida la normativa citada, procediendo el acogimiento del motivo y revocación de la resolución recurrida en este aspecto.

QUINTO.- Por último se denuncia la violación o indebida aplicación del art. 56.1.a) LET, a la hora de cuantificar la indemnización correspondiente a cada trabajador; el argumento parte de la premisa de que se admite la revisión fáctica del primero de probados donde se afecta al concepto de antigüedad de algunos de los actores, pretendiéndose por el recurrente que tal antigüedad solo sea la del último contrato celebrado entre las partes. Se ha de distinguir entre las diversas situaciones de los actores: A) así de una parte los que solo tienen el contrato de trabajo litigioso Srs. A.P. y T.L. para los cuales no existe discusión en cuanto a su antigüedad y por tanto la indemnización fijada es conforme a derecho; B) La situación de J.R.B., el cual celebró dos contratos con la demandada mediando entre

la extinción del primero y el inicio del segundo seis días, a este actor y dado que entre uno y otro contrato no transcurrieron mas de veinte días, plazo de caducidad para accionar por despido, ha de entenderse que ha existido solución de continuidad entre ambos contratos, no constando siquiera que existiese voluntad de extinguir el primero de ellos pues ni siquiera consta que se hubiese firmado un finiquito a tal fin, y por lo tanto debe computarse a efectos indemnizatorios la antigüedad desde el primer contrato celebrado (03.02.98), tal y como efectuó el juzgador de instancia. C) El resto de los actores, que si bien celebraron dos contratos de trabajo con el demandado, entre la finalización del primero de ellos (31.12.98 ó 15.12.98 la Sra. B.S.) y la celebración del segundo contrato de trabajo (08.02.99) el ahora litigioso han transcurrido mas de 20 días de plazo de caducidad para accionar por despido frente a aquellos ceses, sin que conste acreditado que los actores hubieran demandado contra aquellas extinciones contractuales, en consecuencia se ha roto el nexo entre ambas contrataciones y por ello en la presente resolución de contrato solo cabe tomar como antigüedad de tales actores, a efectos indemnizatorios, la fecha de inicio de dicho contrato, pues no cabe aplicar aquí el art. 30 del convenio que regula la antigüedad a efectos exclusivamente retributivos para determinar el computo de trienios, mas sin previsión alguna a efectos indemnizatorios por extinción de contrato, por todo ello procede acoger este motivo del recurso en relación con los trabajadores G.C., V.V., A.M. y B.S. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que estimamos, en parte, el recurso de suplicación formulado por el ILMO. AYUNTAMIENTO DE VIANA DO BOLO contra la sentencia dictada el 31.05.00 por el Juzgado de lo Social N° 3 de Ourense dictada en autos nº 115/2000 sobre despido, seguidos a instancias de H.G.C., J.R.B., S.V.V., H.A.M., M.B.S., S.A.P. y M.T.L., contra el recurrente, y con revocación parcial de dicha resolución declaramos: A) que el derecho de opción entre la readmisión y la indemnización de los actores, corresponde ejercitárselo al empleador demandado, ahora recurrente, en el plazo de cinco días contados a partir de la notificación de esta resolución y sin esperar a la firmeza de la misma, por escrito o comparecencia ante el juzgado de instancia; B) que la indemnización que corresponde a los actores siguientes es de: 122.535 ptas. (ciento veintidós mil quinientas treinta y cinco ptas.) a cada uno de los siguientes demandantes: H.G.C., S.V.V. y a H.A.M.; y de

74.531 ptas. (setenta y cuatro mil quinientas treinta y una pesetas) a M.B.S.; desestimando en el resto el recurso planteado, se confirma en parte la resolución recurrida.

3035 RECURSO N° 3.998/00

S. S.

CONTRATO DE OTRA OU SERVICIO DETERMINADO. DELIMITACIÓN DO OBXECTO DO CONTRATO. EXTINCIÓN QUE NON MERCE A CONSIDERACIÓN DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a treinta de septiembre de dos mil.

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. 3.998/00 interpuesto por "A.P.B., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.P.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "A.P.B., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 369/00 sentencia con fecha quince de junio de dos mil por el juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "**PRIMERO.-** Que el actor comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "A.P.B., S.L.", dedicada a la actividad de siderometalurgia y con domicilio en Ames, R/..., en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en fecha siete de enero de dos mil, para la prestación de servicios como Carpintero de Metal, con categoría profesional de oficial de tercera, en el centro de trabajo ubicado en la obra sita en Padrón, percibiendo un salario diario, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras de cinco mil veintinueve pesetas (5.029 pts).- **SEGUNDO.-** Que el actor prestaba servicios, al menos en el

taller de la empresa y en la obra sita en la Plaza... de la localidad de Padrón.- TERCERO.- Que en fecha diecisiete de abril de dos mil el actor causó baja médica, permaneciendo en situación de Incapacidad Temporal y percibiendo las correspondientes prestaciones hasta que el cinco de mayo de dos mil causó alta médica.- CUARTO.- Que la obra de fabricación y montaje de carpintería de aluminio en la Obra sita en la Plaza... de la localidad de Padrón, finalizó el veinticuatro de abril de dos mil, quedando pendiente la instalación de varios ventanales situados frente al montacargas, por no ser posible su colocación hasta la retirada de aquel.- QUINTO.- que desde el día quince de mayo de dos mil el actor presta sus servicios en otra empresa del mismo sector, realizando trabajos similares.- SEXTO.- Que el actor no ha ostentando la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese.- SÉPTIMO.- Que en fecha nueve de mayo de dos mil tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago, con el resultado de celebrado “sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por don A.P.M. contra la empresa “A.P.B., S.L.”, debía declarar y declaraba la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO del actor, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte, en término de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, entre readmitir al actor en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenía antes del despido o abonarle la cantidad de SESENTA Y CINCO MIL CIENTO UNA PESETAS (65.101 pts.), en concepto de indemnización por despido Y A QUE LE ABONE, EN TODO CASO, la cantidad de cincuenta mil doscientas noventa pesetas (50.290 pts), en concepto de salarios de tramitación devengados entre el 5 y el 14 de mayo del presente año, desestimando la demanda formulada, en cuanto al superior salario regulador reclamado, y absolviendo a la demandada del citado pedimento”.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia estimando parcialmente la demanda, declaró improcedente el

despido del actor, condenando a la empresa demandada a que opte a su elección en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, entre readmitir al trabajador en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o a que le indemnice en la suma que se señala en el suplico de la sentencia que se tiene por reproducida, así como al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, hasta la notificación de la sentencia; desestimando la demanda en cuanto al superior salario regulador reclamado, absolviendo a la demandada del citado pedimento. Decisión judicial que es recurrida por la empresa, que sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia en un único motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida-, y con adecuado amparo procesal, infracción por interpretación errónea o aplicación indebida de los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, 3.5, 15.1.a), 55 nº 1 y 4 y 49.1.c) del E.T., y arts. 2 y 6 del R.D. 2.720/98 de 18 de diciembre, en relación con la doctrina jurisprudencial sentada al efecto, por entender que en el supuesto de autos no se trataba de un despido, sino de extinción del contrato por realización de la obra o servicio objeto de aquél, en base a lo previsto en el art. 49.1.c) del E.T. La cuestión que se debate en la presente “litis” consiste en determinar: -si como se sostuvo por el Magistrado de instancia y por el actor recurrido-, el cese del trabajador es constitutivo de un despido que cabe calificar de improcedente, o por el contrario, -como se sostiene por la empresa recurrente- el contrato se extinguíó por la realización de la obra o servicio objeto de aquél. Para una mas acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta: que el contrato temporal para obra o servicio determinado –autorizado por el art. 15.1.a) ET- viene regulado por el Real Decreto 2.720/98 de 28 de diciembre, que establece, como objeto del mismo en su art. 2.1º, “la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta” precisando su apartado 2.b) que “su duración será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio” y el art. 8.2 que “se extinguirá cuando se realice la obra o servicio objeto del contrato”. De esta formulación legal se deduce clara y repetidamente que la duración del contrato no viene determinada por un mero dato temporal –su establecimiento no hubiera podido ampararse en el art. 15.1 del ET-, sino por la realización efectiva de la obra o servicio contratado, de modo que la referencia a un periodo de tiempo ha de tener carácter de simple previsión y no el de inserción de un término cierto y fatal (sentencia del TS de 28.12.93), es decir: el contrato es temporal porque

su extinción se basa en un hecho que ciertamente, va a sobrevenir: la realización del servicio, pero sin embargo es incierto en cuanto a la fijación exacta de tal ejecución. Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de unificación de doctrina de 08.06.99 señala: "no cabe objetar que la realización de este tipo de trabajos constituya la actividad normal de la empresa , porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en este contrato". Como antecedentes de la cuestión litigiosa, se estiman como probados los siguientes hechos, tal como resulta del inalterado relato fáctico de hechos probados y del examen complementario de los autos: A) El demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada dedicada a la actividad de carpintería de aluminio, (comprendiendo la fabricación y el montaje en obra), con domicilio en Ames, desde el 7 de enero del 2000, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como carpintero de metal con categoría profesional de oficial de Tercera, en el centro de trabajo ubicado en la obra sita en Padrón, percibiendo un salario con inclusión de la parte proporcional de pagas extras de 5.029 pts., siendo su objeto la fabricación y montaje de la carpintería de aluminio en concreto las ventanas de la obra sita en la plaza... de la localidad de Padrón, obra que finalizó el 24 de abril del 2000, quedando pendiente la instalación de varios ventanales, situados frente al montacargas, por no ser posible su colocación hasta la retirada de aquél. B) Que en fecha 24 de abril de 2000 el actor recibió carta de la empresa de fecha 18 de abril en la que se le comunicaba que el día 24 de abril, quedaría rescindida la relación laboral con la empresa por fin de obra. C) El actor antes de colocar las ventanas tiene que fabricarlas para lo cual presta servicios en el taller de la empresa. Esto sentado, esta sala entiende, que no puede aceptarse la argumentación del Magistrado de instancia, que en el fundamento de derecho, estima que el contrato celebrado por obra fue fraudulento al utilizar la empresa los servicios del trabajador contratado, no sólo para la colocación de las ventanas en la obra, sino para la fabricación de las mismas en el taller, considerando que la actividad de fabricación impide la realización de un contrato por obra, al, existir la posibilidad de que el trabajador pueda ser utilizado en el taller para fabricar ventanas o elementos de otra obra diferente. Argumentación que se rechaza, pues,

aparte de que, por el trabajador en la demanda y posteriormente en el acto de juicio oral lo único que alegó fue que la obra no estaba terminada; no se puede desconocer que el hecho de que el actor preste servicios en el taller para fabricar las ventanas que luego tiene que colocar en la obra, no significa que las tareas encomendadas pierdan el carácter de autonomía y sustantividad exigido en el art. 15.1.a) del E.T. y en los arts. 2 y 6 del R.D. 2.720/98, pues, no sólo los trabajos a realizar están perfectamente identificados, en la obra de Padrón sita en la Plaza..., sino que no se ha probado que los trabajos que realizó en el taller fueron para otra obra u obras diferentes, sino única y exclusivamente para las que había sido contratado; por lo que acreditada la efectiva finalización de la obra, lo que tuvo lugar el 24 de abril de 2000, es claro que el contrato suscrito no adolece de ilegalidad alguna, sino que producida la finalización de obra en la fecha expresada, la comunicación de cese, no constituye despido sino extinción del contrato de trabajo, por terminación de la obra convenida (art. 49.1.c) del E.T.). En base a lo que, al no ser conforme a derecho la resolución recurrida, procede en consecuencia estimar el recurso y revocar el fallo combatido.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por "A.P.B., S.L." contra la sentencia de fecha quince de junio de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Santiago, en proceso promovido por don A.P.M. frente a la empresa demandada, y revocando la misma debemos desestimar y desestimamos la demanda promovida por el demandante, con absolución de la empresa demandada.

3036 RECURSO N° 3.931/00

S. S.

CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO: NON PROCEDE. INEXISTENCIA DE *FACTA CONCLUDENTIA*. DESPEDIMENTO COMO ACTO RECEPCIO. SUCESIÓN DE EMPRESA. OBXECTO DA TRANSMISIÓN. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DE EMPRESA CEDENTE E CESIONARIA.

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

A Coruña, a dos de octubre de dos mil.

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 3.931/2000 interpuesto por “S.P.F., S.L.” y “F.B., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 22/00 se presentó demanda por don L.F.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandados “C.F., S.A.” don L.D.T. depositario de la quiebra de la mencionada empresa, la empresa “S.P.F., S.L.”, la empresa “F.B., S.L.” y el fondo de garantía salarial en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 de mayo de 2000 por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El actor don L.F.P. viene prestando sus servicios para la empresa “C.F., S.A.” desde el 02.05.95 con la categoría profesional de encargado general y percibiendo un salario mensual de 305.134 pesetas con inclusión de prorratoe de pagas extraordinarias./**SEGUNDO.-** La empresa “C.F., S.L.” se encuentra en quiebra en virtud de auto de 24.03.00 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de A Coruña./**TERCERO.-** La empresa “C.F., S.A.”, comunicó al actor carta fechada el 10.12.99 en el sentido siguiente: “Por la presente ponemos en su conocimiento que esta empresa en su centro de trabajo de San Diego carece de puesto en el que Vd. pueda desarrollar las funciones que, como encargado de la fábrica de hielo venía Vd. desempeñando. La fábrica de hielo como Vd. sabe fue adquirida por la sociedad “S.P., S.L.”, que además se hizo cargo por subrogación de todos los trabajadores que, como Vd., estaban afectos de ese centro de trabajo. En consecuencia tenemos que dar por rescindida su relación laboral, con fecha de hoy, sin perjuicio de que Vd. ejerçite las acciones legales que considere oportunas contra quien corresponda y sin perjuicio también de la liquidación que pudiera corresponderle. Le rogamos nos firme el duplicado de esta carta como constancia de que recibe el original”./**CUARTO.-** El 17.08.99 se eleva a público el acuerdo por el cual la “C.F., S.A.” procede a su disolución entrando en período de liquidación siendo liquidador don J.A.V.H./**QUINTO.-** El 10.11.99 se extiende acta de entrega y toma de posesión de los bienes

inmuebles de “C.F., S.A.” a favor de “S.P.F., S.L.”, acta que se reproduce en su integridad./**SEXTO.-** Los inmuebles e instalaciones de la “C.F., S.A.” fueron adjudicados a “S.P.F., S.L.” y a “F.B., S.L.”./**SÉPTIMO.-** No consta que el actor ostente o haya ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./**OCTAVO.-** Se celebró acto de conciliación ante el SMAC los días 10 de enero de 2000 y 4 de enero de 2000 con el resultado de “sin efecto” y “sin avenencia”./**NOVENO.-** Se citó al FOGASA a los efectos del art. 23 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** Que, previa desestimación de la excepción de caducidad alegada por la entidad “S.P.F., S.L.” y, estimando la demanda interpuesta por el actor don L.F.P. debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado por las empresas “C.F., S.A.”, “S.P.F., S.L.” y “F.B., S.L.”, condenando a éstas solidariamente a que, en un plazo de CINCO DÍAS, opten entre la readmisión inmediata readmisión del actor, en las mismas condiciones existentes con anterioridad, o el abono de una indemnización de 2.097.872 pesetas más, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución que asciende a 10.171 pesetas/día.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren la sentencia de instancia - que declara improcedente el despido del actor y condena solidariamente al efecto a las tres empresas demandadas- “S.P.F., S.L.” y “F.B., S.L.” en la siguiente forma: A) La primera empresa citada pide la desestimación de la demanda respecto de ella, denunciando al efecto en tres motivos formulados al amparo del art. 191.c) LPL la infracción del art. 59.3 E.T., la del 44 E.T. (con cita también del art. 27 L.P.L.) y la del art. 267.2 LSA. Y B) La segunda empresa citada, “F.B., S.L.”, solicita se le absuelva de la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión del HP 1º y denuncia la infracción del art. 44.1 E.T. en relación con el art. 51.11 del mismo Texto Legal, con cita de diversas sentencias de TSJ y T.S.

SEGUNDO.- En aras de dejar fijados los íntegros H.D.P. en función de los cuales se han de

examinar las infracciones legales denunciadas, procede abordar la revisión que del H.P. 1º interesa el recurso de “F.B., S.L.”. Invocando la documental de los folios 90 y 91 y 92, y con cita también de la confesión judicial del demandante, pide este recurso que se revise el H.P. 1º de modo que pase a declarar lo que ya contiene el de la sentencia de Instancia con el añadido siguiente: “...si bien su trabajo lo llevaba a cabo en la fábrica de hielo del Muelle del Este”. La revisión no prospera A) Deja establecido el juzgador de instancia en el fundamento jurídico 4º de la sentencia recurrida: “...sin que se haya demostrado por las entidades demandadas de forma contundente que el actor hubiese prestado servicios sólo para un centro de trabajo de la “C.F., S.A.” siendo el actor encargado general como queda acreditado por prueba testifical; el testigo Sr. V.D. manifestó que le dijeron que el actor era encargado general de toda la “C.F., S.A.”; el testigo Sr. E.A. manifiesta que el actor daba órdenes a los encargados de los dos centros sin perjuicio de desarrollar sus funciones en un centro o edificio de forma habitual, como es lógico”. B) Se evidencia, pues, que el Juzgador de Instancia, valorando la prueba practicada (art. 97.2 LPL), en especial la testifical, ha concluido motivada y fundadamente que el actor no solo tenía en “F., S.A.” la categoría de encargado general (H.P. 1º), sino que congruentemente con ella concluye (Fundamento Jurídico 4º) que era encargado general de toda la compañía frigorífica y daba órdenes a los encargados de los dos centros de la compañía, sin perjuicio de estar asentado materialmente en un centro o edificio. Esto, consecuente además con la categoría profesional del actor, constituye también H.P. aunque se contenga en fundamentos de derecho (las declaraciones judiciales con indudable valor fáctico, aunque efectuadas en la fundamentación jurídica tienen su correspondiente valor y han de ser tenidas como parte integrante de los HDP; SSTS 17.10.89, Ar. 7.284, 09.12.89, Ar. 9.195, 19.12.89, Ar. 9.049, 30.01.90, Ar. 6.236, 02.03.90, Ar. 1.748, 27.07.92, Ar. 5.664, 14.12.98, Ar. 1.010, 23.02.99, Ar. 2.018) y debe ser mantenido; porque tiene fundamento probatorio cierto y oportuno; y porque refleja el imparcial criterio valorativo del Juzgador de Instancia, el cual no se ve desvirtuado por las pruebas que se invocan en el motivo revisor, que aparte la confesión del actor, que no es apta para revisar H.P. conforme a los arts. 191.b) y 194 LPL y que, en todo caso habría de apreciarla en su integral sentido y dentro del contexto probado, está meramente constituida por los recibos salariales de los folios 90 y 91 y por la carta misma de despido, sin aptitud por valor intrínseco en sí mismos y por contenido para revisar los HDP como se pretende desvirtuando las pruebas en que se fundó el Juzgador de Instancia, éstas

con eficacia cierta en relación con el hecho a probar. La mera mención en aquellos recibos de “M.E.” como dirección de la empresa o los términos de la carta de despido en ciertos aspectos (lo que acredita ésta, esencialmente, es la decisión de la empresa y los motivos que esgrime al efecto, no otra cosa) carecen de la eficacia probatoria precisa en términos de Art. 191.b) LPL (Al igual que la confesión que también se cita) y no desvirtúa el imparcial criterio judicial al efecto y las pruebas en que formó convicción. Y C) En definitiva, en la Sentencia recurrida se declara probado, con fundamento probatorio cierto y oportuno, que el actor era encargado general, que lo era de toda la compañía, que daba órdenes a los encargados de los dos centros de ésta aunque habitualmente estuviese en uno de los centros o edificios y tuviese allí su sede; y esto hace inviable la revisión que del H.P. 1º se pide, pues la misma, o es innecesaria en algunos extremos o es incompatible con lo declarado probado y está inacreditado en los otros.

TERCERO.- Las infracciones normativas que se denuncian en los recursos han de ser examinadas en el siguiente fundamental contexto probado: A) El actor vino prestando servicios para la empresa “C.F., S.A.” desde el 02.05.95 y con la categoría de encargado general; como tal lo era de toda la compañía frigorífica y daba órdenes a los encargados de los dos centros de la misma; B) La citada empresa comunicó al actor la carta fechada el 10.12.99 que se transcribe en el H.P. 3º. C) El 17.08.99 fue elevado a público el acuerdo por el que “C.F., S.A.” procedía a su disolución entrando en período de liquidación; Y en virtud de Auto de 24.03.00 del Juzgado número 8 de A Coruña se encuentra en quiebra (H.P. 2º y 4º). D) El 10.11.99 se extiende acta de entrega y toma de posesión de los inmuebles e instalaciones de “C.F., S.A.” a favor de “S.P.F., SL” (H.P. 5º), siendo tales los del folio 114 y 115 (que el H.P. 5º da por reproducidos), los sitos en el M.E. y destinados a fábrica de hielo, cámaras frigoríficas y oficinas; asimismo, otros restantes bienes inmuebles e instalaciones de “C.F., S.A.” fueron adjudicados a la empresa “F.B., S.L.” de tal manera que (H.P. 6º) los inmuebles e instalaciones de aquella fueron adjudicados a la empresa dicha y a “S.P.F., S.L.”

CUARTO.- Al amparo del art. 191.c) LPL y en el primer motivo de su recurso, denuncia “S.P.F.” la infracción del art. 59.3 E.T., sosteniendo la caducidad de la acción de despido entablada, arguyendo que éste lo habría sido en todo caso el 9 o 10 de noviembre “cuando se hace cargo de la unidad productiva que le fue adjudicada, y se hizo la lista de personal que quedaba subrogado, en el que nunca se incluyó el actor”. El motivo, por las siguientes consideraciones, no prospera: A)

Conforme a los H.D.P., por un lado, el único acto expreso y expresado de despido del demandante en la empresa en la que venía prestando servicios desde 1995 fue mediante la carta de 10.12.99 que le comunicó “C.F., S.A.”; y por otro lado, el día 10.11.99 lo único que se declara que existió fue un acto de entrega y toma de posesión de inmuebles de “C.F., S.A.” a “S.P.F., S.L.” (H.P. 5º y 6º). De esta manera, siendo el despido un acto recepticio, con eficacia para el trabajador desde que conoce la decisión extintiva empresarial, adoptada expresa o tácitamente pero en todo caso de modo inequívoco, no cabe apreciar en el caso presente la existencia de tal en noviembre de 1999, pues no aparece decidiéndose el cese del actor en la empresa (expresa o tácitamente) y conociéndolo éste en aquellas fechas, sino, como concluye la sentencia de Instancia, en 10.12.99 y a través de la carta del H.P. 3º, fecha desde la que el actor accionó en forma y plazo legal (H.P. 8º y demanda presentada el 12.01.00; y fundamento jurídico 4º de la Sentencia de Instancia). B) Así pues, no son acogibles las argumentaciones del recurso al respecto de la caducidad que se alega. En particular cuando en el motivo que se examina incluso se dice que el actor conoció en noviembre su exclusión en la subrogación “pues en el propio acto de la vista oral, consta en el acto de juicio como el testigo don P.V...”, aludiendo también a la confesión del actor. Ni el recurso de que se habla interesa la revisión de los H.D.P. por la obligada vía del Art. 191.b) LPL y en la forma oportuna conforme al art. 194 de la misma Ley ni la testifical o la confesión (en todo caso el actor dice en confesión que estuvo de vacaciones y se marchó “hasta el día 9 de diciembre que no sabía que no estaba en la lista...”) son pruebas aptas para la revisión de los H.D.P. de acuerdo con los preceptos dichos, constatándose, en definitiva, que el juzgador de instancia declara los hechos probados en función de sus legales facultades al efecto y valorando debidamente la prueba practicada y por él inmediada. Y C) Por consiguiente, la conclusión del juzgador de instancia de que el “dies a quo” empieza a contar no desde el 10.11.99 “sino desde el 10.12.99 fecha de la carta de la “C.F., S.A.”, debe ser mantenida, pues el despido del actor de la empresa no se produjo hasta tal fecha; y con ello se da lugar al rechazo de la caducidad denunciada en el recurso, no habiéndose infringido el art. 59.3) E.T.

QUINTO.- Tampoco resultan acogibles las restantes denuncias que al amparo del art. 191.c) LPL se formulan en el recurso de “S.P.F., S.L.” (en los motivos 2º y 3º); ni, asimismo, la que se articula, con el mismo amparo dicho, en el recurso de “F.B., S.L.”, que es la infracción del art. 44.1 E.T. y 51.11 E.T. (en su motivo 2º). En esencia, “S.P.F., S.L.” sostiene en los referidos

motivos: que “los hechos a los que se refiere la demanda, son posteriores a la adquisición de la unidad productiva de la que se ha hecho cargo mi mandante, por lo que no resulta de aplicación el art. 44 E.T. frente a ella”; que “el actor sabía de la adquisición que había hechos mi mandante, y continuó prestando sus servicios para la “C.F., S.A.” en lo que restaba de negocio...”; y que “la carta a la que se refiere esta litis, y que origina el despido, no está confeccionada por las personas que tenían a su cargo la empresa en esos momentos”. “F.B.” argumenta, por su parte, que “...si los bienes adjudicados a “S.P.F., S.L.” estaban constituidos por la nave, instalaciones... por aplicación de los preceptos mencionados, es evidente que los trabajadores que prestaban su trabajo en dicho centro, tenían que se subrogados por la sociedad adjudicataria, ya que ésta ha continuado desarrollando la misma actividad que la “C.F., S.A.”... Por lo tanto, si se vende y adjudica un centro de trabajo en funcionamiento y que permite su continuidad, ello implica que la subrogación habrá de llevarse a efecto en la totalidad de los trabajadores adscritos a dicho centro...”.

SEXTO.- Como ya ha tenido oportunidad de declarar este T.S.J. (S. de 13.03.97), y recoge también la Sentencia de Instancia, la adecuada garantía de estabilidad en el puesto de trabajo impone en nuestro ordenamiento jurídico un concepto objetivo de empresa, que pone el acento en la vinculación de los trabajadores no con la persona del empresario sino con el complejo organizativo de medios humanos y materiales que la empresa representa como generadora de derechos y obligaciones laborales garantizadas por el art. 44 ET, de tal manera que mientras subsista la empresa como tal, el contrato de trabajo resulta inmune a los cambios de titularidad empresarial; y de ello es reflejo el citado el art. 44 ET, que prevé la continuidad de la relación laboral en los casos de novación subjetiva de la persona del empleador, abarcando con su amplia expresión “cambio de titularidad” cualquier tipo de transmisión, ya sea inter-vivos o mortis causa, bien se acentúe la nota de la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, o bien por el contrario se haga hincapié en la sucesión de la actividad (SSTSJ Galicia 10-marzo-94 AS 903 y 29-junio-95 AS 2.326, siguiendo criterio expuesto por STS 10.05.71). Asimismo respecto del art. 44.1 E.T., la S. Tribunal Supremo de 01.12.99 (Ar. 516) deja establecido lo siguiente: “...los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa, o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia Ley española, actos “inter vivos” determinantes de una “transmisión” del objeto sobre el que versa

(la “empresa” en su conjunto, un “centro de trabajo”, o una “unidad productiva autónoma”) por parte de un sujeto “cedente” que es el empresario anterior, a un sujeto “cesionario”, que es el empresario sucesor. La Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998 (LCEur 1998, 2.285), ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de rescisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia...”; “...a ello debe añadirse siguiendo las propias precisiones de la Directiva 98/50/CE, y de conformidad igualmente con lo ordenado en el art. 44 del ET, que el objeto de la transmisión de empresa ha de ser “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados”, requisitos objetivos...”. En el caso presente, y según lo declarado probado, la empresa “C.F., S.A.”, que se encuentra en quiebra, traspasó su integra infraestructura, sus bienes e instalaciones, a las empresas “S.P.F., S.L.” y “F.B., S.L.”; si bien cada una se hizo cargo de ciertos y concretos inmuebles e instalaciones, teniendo dos centros la empresa (se dice en los recursos que el centro sito en M.E. fue el adjudicado a “S.P.F.” y el de San Diego adjudicado a “B., S.L.”). De ello se concluye la existencia de una transmisión de empresa a insertar en el art. 44 del E.T. y con la oportuna subrogación, con el deber de asunción por parte de las adquirentes de la posición de empresa respecto del actor, cuya relación laboral continuaba pesar de aquella transmisión. Y es que éste venía prestando sus servicios para la compañía transmitida -que era un todo- como encargado general, con funciones y actividad de tal en los dos centros existentes, de los que con sus instalaciones y demás se hicieron cargo las dos codemandadas antes referidas y en la forma que explicitan los H.D.P.; las cuales, sin embargo, no asumieron –ninguna de ellas- la relación laboral del actor, prescindiendo de sus servicios, propiciando en suma que en fecha 10.12.99, y a través todavía de la empresa “C.F., S.L.” se le participase la extinción de su relación laboral con aquella fecha y por derivación de que adquirida la fábrica de hielo por “S.P., S.L.”, “que además se hizo cargo por subrogación de todos los trabajadores que, como Vd., estaban afectos a ese centro...”, carecía de puesto de trabajo... En este contexto, no cabe arguir para impedir los efectos y las responsabilidades que derivan del art. 44 E.T., que “los hechos son posteriores a la adquisición de la unidad... por lo que no resulta de aplicación el art. 44...” y demás argumentaciones de los recursos al respecto; o que la carta remitida al actor en 10.12.99 no estuvo “confeccionada por las personas que tenían a su cargo la empresa en esos momentos”, diciendo en concreto “S.P.F.” que no aparece suscrita por el liquidador de la empresa. Afirmada

la existencia de una transmisión de la empresa en la que el actor venía trabajando desde 1995, una vez operada ésta el nuevo empresario quedó “subrogado” en los derechos y obligaciones laborales del anterior; y esto es lo que sucedió con el actor, cuya relación laboral estaba vigente cuando tiene lugar la entrega de bienes a “S.P.F., S.L.” en 10.11.99 y que así continuó hasta la decisión extintiva de 10.12.99, pues no hubo despido alguno hasta tal fecha como acto receptivo para con el trabajador. De este modo, en concreto aquella empresa dicha pasó a subrogarse en y en todo caso a asumir la posición empresarial respecto del actor desde noviembre de 1999, cuya vinculación como trabajador era con el complejo organizativo que representaba la empresa y que como tal, al margen las vicisitudes que ocurrieron en cuanto a la persona del empresario, subsistió hasta el 10.12.99. Y así esta citada carta de 10.12.99, al margen de que como dice la sentencia de Instancia fuese firmada por un antiguo administrador, es lo cierto que se notifica al demandante como decisión empresarial, de la empresa con la que tenía vinculación y con eficacia en lo relativo a su relación laboral con la misma, pues como se deduce de los H.D.P. (incluso se viene a reconocer a lo largo del recurso interpuesto por “S.P.F.”) y se razonó al hilo de resolver la caducidad alegada, la relación hasta entonces permanecía viva y vigente y sobre ésta operó aquella carta; subyaciendo en esta situación una sucesión empresarial, ya con materialización efectiva, resulta que las empresas que la protagonizaban no llevaron a cabo otra conducta que no fuera la de ratificar o asumir la decisión extintiva comunicada al actor mediante aquella carta, pues ni dieron trabajo al actor, ni le llamaron para que se incorporase...; postura que siguieron explicitando las mismas en el proceso. “S.P.F.” afirma que no incluyó al actor en la subrogación... Y “F.B.” afirma que quien tenía que hacerlo era la empresa anterior, pues “los trabajadores que prestaban su trabajo en dicho centro, tenían que ser subrogados por la sociedad adjudicataria...”, con olvido de que el actor era encargado general de los dos centros de la empresa “C.F.”, era trabajador de esta empresa y sus dos centros como unidad, habiendo fracasado asimismo la revisión que del H.P. 1º y como presupuesto de su alegación jurídica de recurso interesó, lo que en unión de todo lo precedentemente razonado en torno a la sucesión empresarial y la relación laboral del actor y sus vicisitudes, lleva al rechazo no solo de lo alegado vía art. 191.c) LPL en el recurso de “S.P.F.”, sino también en el de esta empresa “F.B.”.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas, procede el rechazo de los recursos interpuestos y la consiguiente confirmación de la sentencia de

instancia, no apreciándose por el tribunal ninguna de las vulneraciones que en aquellos se denuncian. Proceden costas (art. 233.1 LPL).

Fallamos

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por “S.P.F., S.L.” y “F.B., S.L.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña de fecha 19.05.00 en Autos nº 22/2000, seguidos a instancia de don L.F.P. frente a las recurrentes y otros, confirmamos la sentencia recurrida.

3037 RECURSO N° 3.940/00

S. S.

DESPEDIMENTO CON VIOLACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. PROBA INDICIARIA E DESPRAZAMENTO DA CARGA DA PROBA. NON SON SUFICIENTES AS MERAS ALEGACIÓNS DA PARTE ACTORA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a cuatro de octubre de dos mil.

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 3.940/2000 interpuesto por doña J.B.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 317/00 se presentó demanda por doña J.B.C. en reclamación sobre DESPIDO siendo demandado el AYUNTAMIENTO DE OS BLANCOS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de junio de 2000 por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** La actora doña J.B.C. ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia del organismo demandado “AYUNTAMIENTO DE OS BLANCOS”, desde

el 01 de marzo de 1997, en virtud de contrato de trabajo a tiempo parcial, para obra o servicio determinado, consistente en las ayudas en el hogar a personas necesitadas; ostentando la categoría profesional de auxiliar, y percibiendo un salario mensual de 69.796 ptas. incluido el prorrato de las pagas extraordinarias./ **SEGUNDO.-** En fecha 07 de abril pasado la actora recibió comunicación escrita, del organismo demandado, del siguiente tenor literal: “al amparo de lo establecido art. 49 del 1.c) del R.D. Leg. 1/1995, de marzo y del art. 8.3 del RD 2.720/98 del 18 de diciembre, ponemos en su conocimiento que el día 29.04.00, esta empresa da por finalizado el contrato de trabajo temporal por obra o servicios, concertados el día 03.03.97 y registrado el día 06.03.97 con el nº 161 en la Oficina de Empleo de Ribadavia. Con esta comunicación se respeta el plazo de preaviso de quince días.”/ **TERCERO.-** En fecha 03 de mayo pasado la actora interpuso reclamación previa en reclamación por despido, dictándose resolución por el organismo demandado el 15 de mayo, notificada la actora en la indicada fecha, considerando improcedente el despido, y optando por el abono de la indemnización fijándola en 326.600 ptas./ **CUARTO.-** La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores./ **QUINTO.-** Presentó demanda que fue turnada a este juzgado el 30 de mayo pasado.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO/** Que estimando la demanda interpuesta por doña J.B.C. contra la EMPRESA AYUNTAMIENTO DE OS BLANCOS debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora llevado a cabo el veintiocho de abril de dos mil y en consecuencia condeno a la citada empresa a que a su opción readmita al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le indemnice la cantidad de trescientas veintiséis mil seiscientas pesetas en concepto de indemnización así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la de la presente resolución, advirtiéndose que la antedicha opción deberá efectuarse por la empresa demandada ante este juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación contra la sentencia de fecha 26 de junio de 2000 del Juzgado de lo Social número dos de Ourense, seguidos a instancia de doña J.B.C. contra el Ayuntamiento de Os Blancos, por la propia actora, basándose la misma, en primer lugar, en la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia al amparo del art. 191.b) L.P.L., concretamente añadiendo un nuevo hecho probado quinto, cuyo tenor literal sería: "El Ayuntamiento demandado ha seguido contratando para el mismo puesto de trabajo en concreto a la testigo doña B.A.G. que atiende a las mismas personas que la trabajadora despedida" basándose para ello como prueba documental en el contrato que obra en los folios 22, 23 y certificación de la T.G.S.S. en relación con la prueba testifical. La revisión de los hechos probados sólo puede tener lugar por error en la apreciación de la prueba documental y/o pericial, pero nunca en base a prueba testifical. Y de los documentos a los que se refiere el recurrente no se acredita que la persona a la que se hace alusión ocupe el mismo puesto y atienda a las mismas personas, por ello se desestima el motivo del recurso.

SEGUNDO.- Se alega por el recurrente, al amparo del art. 191.c) de la L.P.L., infracción de los arts. 14, 24, 1 y 9 de la C.E., 55.5 del E.T. y 6.4 del C.C. por considerar que el despido es nulo por lesionar derechos fundamentales, ya que se produjo por la afinidad política de la actora. Efectivamente cuando se alega trato discriminatorio o vulneración de derechos fundamentales le corresponde al empresario probar que no ha existido el mismo; pero no es admisible la simple alegación bastando aunque sólo sea la prueba indiciaria de que se ha producido el mismo. No basta como indicio la fecha de comienzo y finalización de la relación laboral, como tampoco la afinidad política de la actora ya que el empresario no tenía por qué conocer la misma. Por ello no acreditando ni siquiera el mínimo imprescindible de alegación de tal vulneración no se producen las infracciones que la recurrente dice. Por ello se desestima el motivo del recurso.

Fallamos

Que con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por doña J.B.C. contra la sentencia de fecha veintiséis de junio de dos mil dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Ourense, en autos seguidos a instancia de la recurrente frente al AYUNTAMIENTO DE OS BLANCOS sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3038 RECURSO N° 2.772/97

S. S.

PROTECCIÓN POR DESEMPREGO. PERÍODO DE CARENCIA. NON DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACIÓN OS PERÍODOS NOS QUE O BENEFICIARIO OSTENTABA A CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR SOLIDARIO DUNHA SOCIEDADE DE CAPITAL.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a cinco de octubre de dos mil.

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

En nombre del rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación nº 2.772/97 interpuesto por el Instituto Nacional de Empleo contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.P.G. en reclamación de desempleo mayores 52 años, siendo demandado el I.N.E.M., SERGAS, T.G.S.S., las empresas "A.J.M.P., S.A.", "P., S.L." y "B.V., S.L.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 99/97 sentencia con fecha 18 de abril de 1997, por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que el actor solicitó prestaciones por desempleo, el 5 de junio de 1996, que le fue denegada por el INEM, mediante resolución de 30 de octubre de 1996, por no tener cubierto el período de cotización de 360 días computables legalmente dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo.- SEGUNDO.- Que interpuso reclamación previa el 21 de noviembre de 1996, siendo desestimada por resolución de 13 de enero de 1997.-

SEGUNDO.- Que interpuso reclamación previa el 21 de noviembre de 1996, siendo desestimada por resolución por resolución de 13 de enero de

1997.- TERCERO.- Que el demandante acredita, con anterioridad a su solicitud, las siguientes cotizaciones en el Régimen General de la Seguridad Social: 180 días, del 02.01.87 al 30.06.87, por cuenta de la empresa “J.M.P.S.”, 1.705 días, del 01.07.87 a 29.09.92, por cuenta de “A.J.M.P., S.A.”, 791 días, del 01.03.92 al 30.04.94, por cuenta de “P., S.L.”, 30 días, de 02.05.96 al 31.05.96, por cuenta de “B.V., S.L.”.- CUARTO.- Que la sociedad “P., S.L.” fue constituida, el 19 de febrero de 1992, siendo partícipe de ella el actor con un 20% de su capital social, ostentando junto a su hermano F. el cargo de Administrador Solidario, trabajando a su vez para la misma, llevando la contabilidad, con la categoría profesional de Administrativo, hasta el 1 de mayo de 1994, fecha en la que se afilió al Régimen Especial de Autónomos, en el que causó baja, el 31 de marzo de 1996.- QUINTO.- Que con fecha 1 de agosto de 1996 el actor fue nombrado por el Servicio Galego de Saúde para un puesto de celador en el que cesó el 31 de agosto de 1996, solicitando el 5 de septiembre de 1996 la reanudación de las pretensiones de desempleo, que le fueron denegadas por medio de resolución del INEM de fecha 29 de noviembre de 1996.- SEXTO.- Que contra la denegación de reanudación de prestaciones interpuso Reclamación Previa el 16 de enero de 1997, que fue desestimada por Resolución de 7 de febrero de 1997.- SÉPTIMO.- Que con fecha 13 de noviembre de 1996, el actor volvió a ser nombrado por el SERGAS, prestando servicios para dicho organismo a la fecha de interposición de la demanda.- OCTAVO.- Que la suma de las bases de cotización de los seis últimos meses cotizados al Régimen General asciende a 1.093.800 pesetas.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda formulada por don J.M.P.G. contra el I.N.E.M., la T.G.S.S. y las empresas “A.J.M.P., S.A.”, “P., S.L.” y “B.V., S.L.”, en reclamación de prestación por desempleo, debía declarar y declaraba que el actor tiene cubierto un período de cotización de 1.459 días legalmente computables dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo y su derecho a la percepción de la prestación por desempleo reclamada, por un período de 480 días y consecuentemente, entre el día 1 de junio y el 31 de julio de 1996, así como a la reanudación de la misma, para el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 12 de noviembre de 1996, condenando a las demandas a estar y pasar por dicha declaración y al INEM a que abone al demandante dichas prestaciones conforme a una base reguladora diaria de SEIS MIL SETENTA Y SIETE PESETAS DIARIAS (6.077 ptas)”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte codemandada (INEM) siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interpone Recurso de Suplicación contra la sentencia de fecha 18 de abril de 1997, del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela seguido a instancia de don J.M.P.G. contra el INEM, el SERGAS, la TGSS y las empresas “A.J.M.P., S.A.”, P., S.L.” y “B.V., S.L.”, por el propio INEM, basándose el mismo, al amparo del art. 191.c) de la LPL en infracción por interpretación errónea del art. 205.1 de la LGSS y art. 1.1 y 1.3 del ET por considerar que la empresa tiene carácter familiar, el actor es socio y con influencia en la sociedad al ser administrador solidario junto con su hermano, por lo que carece de los presupuestos básicos para ser beneficiario de la prestación por desempleo. De conformidad con el hecho probado tercero el cual señala las cotizaciones a la Seguridad Social del actor: “Que el demandante acredita, con anterioridad a su solicitud, las siguientes cotizaciones en el Régimen General de la Seguridad Social: 180 días, del 02.01.87 al 30.06.87, por cuenta de la empresa “J.M.P.S.”, 1.705 días, del 01.07.87 a 29.09.92, por cuenta de “A.J.M.P., S.A.”, 791 días, del 01.03.92 al 30.04.94, por cuenta de “P., S.L.”, 30 días, de 02.05.96 al 31.05.96, por cuenta de “B.V., S.L.”, en relación con el hecho probado cuarto, según el cual: “Que la sociedad “P., S.L.” fue constituida, el 19 de febrero de 1992, siendo partícipe de ella el actor con un 20% de su capital social, ostentando junto a su hermano Fernando el cargo de Administrador Solidario, trabajando a su vez para la misma, llevando la contabilidad, con la categoría profesional de Administrativo, hasta el 1 de mayo de 1994, fecha en la que se afilió al Régimen Especial de Autónomos, en el que causó baja, el 31 de marzo de 1996”, pone de manifiesto, que efectivamente el actor era socio de la sociedad limitada que le contrató como administrativo para llevar la contabilidad, pero el recurrente alega que era socio fundador con el 20% de la participación siendo también administrador solidario junto con su hermano. Es en este sentido reiterada la jurisprudencia del T. Supremo que señala (Sent. 14.05.97 en unificación de doctrina) que los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas que desempeñen funciones ejecutivas o de gestión directa, aunque se incardinan en el ámbito protector del Régimen General de la Seguridad Social, no tienen derecho a las prestaciones por desempleo ya que la relación que les vincula a la compañía para la que desarrollan su función, no

es de naturaleza laboral, sino mercantil societaria, rigiéndose la misma por el Código de Comercio y las leyes especiales correspondientes. No prestan su trabajo en régimen de dependencia y la remuneración que perciben no se puede considerar salario. Al ser administrador solidario de dicha sociedad gestionaba, y administraba la misma teniendo, en consecuencia, unas competencias ejecutivas sobre la misma y no meramente administrativas. El período en que él trabajó para la empresa "P., S.L." no debe ser tenido en cuenta a efectos de carencia, ya que durante el mismo, como dijimos anteriormente, no realizaba trabajo por cuenta ajena, no siendo, en consecuencia, relación laboral. Teniendo además en cuenta, de conformidad con el art. 210.1 de la L.G.S.S. que la prestación por desempleo estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar; como en los seis años anteriores resulta que cotizó, excluido el período de 01.03.92 a 31 marzo de 96, 668 días con lo cual, le corresponde un período de prestación de 180 días y como se indica en el fallo de la sentencia recurrida el derecho a la percepción de dicha prestación abarcará desde el día 1 de junio al 31 de julio de 1996, reanudándose la misma en el período comprendido entre el 1 de septiembre al 12 de noviembre de 1996. En definitiva, a efectos de obtener la prestación por desempleo se computan las cotizaciones que realizó con anterioridad a su integración en "P., S.L." y las posteriores al mismo, dentro de un período de 6 años. En consecuencia, se estima parcialmente el recurso presentado.

fallamos

Que con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por el INEM contra la sentencia de fecha 18 de abril de 1997 del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago, seguido a instancia de don J.M. P.G. contra el INEM, se revoca la misma y se declara que el actor tiene cubierto un período de cotización de 668 días legalmente computables dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo y su derecho a la percepción de la prestación por desempleo reclamada, por un período de 180 días y, consecuentemente, entre el día 1 de junio al 31 de julio de 1996, así como su reanudación por el período comprendido entre el 1 de septiembre al 12 noviembre de 1996, condenando al INEM a estar y pasar por dicha declaración.

3039 RECURSO N° 3.799/00

S. S.

DESPEDIMENTO DE REPRESENTANTE SINDICAL QUE NON OSTENTA A CONDICIÓN DE DELEGADO SINDICAL NIN DE MEMBRO DO COMITÉ DE EMPRESA. LÍMITES DA LIBERDADE DE EXPRESIÓN NO MARCO DO CONTRATO DE TRABALLO. EXTRALIMITACIÓN: MANIFESTACIÓN INXURIOSAS PARA A EMPRESA- DESPEDIMENTO PROCEDENTE.

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

A Coruña, a cinco de octubre de dos mil.

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. 3.799/00 interpuesto por "H.H., S.A." y don J.L.C.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de La Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO: Que según consta en autos se presentó demanda por M.V.G. en reclamación de despido siendo demandado "H.H., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 306/00 sentencia con fecha 5 de junio de 2000 por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO: Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "**PRIMERO:** El actor don M.V.G. viene prestando sus servicios para la empresa "H.H., S.A." desde el 08.06.93 con la categoría profesional de nadador y percibiendo un salario mensual de 263.786 ptas. con inclusión de prorratae de pagas extraordinarias y percibiendo dietas para cada día efectivo trabajado, en virtud de contrato de trabajo de 08.06.93 y sucesivos que se reproducen. **SEGUNDO:** El día 14.03.00 la empresa notifica al actor carta de la misma fecha, la cual se reproduce en su integridad, comunicándole su despido disciplinario por causas previstas en el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y art. 25.3.c) y e) del Laudo

Arbitral de fecha 12.03.96 que regula el régimen disciplinario del personal de las Compañías de Trabajos Aéreos. El despido se comunicó al representante de los trabajadores. TERCERO: El actor realizó las siguientes manifestaciones en el “I.G.” publicado el 20.01.00: “Desde que la empresa comenzó a ofrecer este servicio en 1991, sólo hemos tenido un incremento en nómina del 50% y en 1998 se nos llegó a embargar el sueldo. No tenemos calendario laboral, ni horarios, y parte del salario se abona en dinero negro”. En el “F.V.” de idéntica fecha cuya página se encuentra en autos y se reproduce, se realizaron igualmente las manifestaciones que constan en la misma. CUARTO: El actor suscribió escrito de denuncia de 29.11.99 dirigida a la Dirección General de Marina Mercante y escrito de denuncia de idéntica fecha a la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura de la Xunta de Galicia, escritos que se reproducen en su integridad. Como consecuencia de este último escrito-denuncia, la Dirección General de Estructuras Pesqueras de la Consellería de Pesca requirió información a la empresa demandada la cual realizó las manifestaciones que se contienen en escrito de 23.03.00, el cual se reproduce. QUINTO: El actor interpuso con anterioridad a esta demanda, otras contra la misma empresa y que son las siguientes: 1º) Sobre movilidad geográfica presentada el 02.12.98 y que dio lugar a la conciliación efectuada el 15.12.98 en este mismo Juzgado. 2º) Sobre vacaciones presentada el 03.12.98 y que dio lugar a sentencia de 18.12.98 del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, sentencia confirmada por otra del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 07.07.99. 4º) Sobre salarios que dio lugar a la sentencia de 10.06.99 del Juzgado de lo Social número 3 de La Coruña. 5º) Sobre movilidad geográfica y que dio lugar a la sentencia de 25.08.99 del Juzgado de lo Social número 4 de La Coruña, demandas y sentencias que se dan por íntegramente reproducidas. SEXTO: El actor y otras personas afiliadas al Sindicato UGT realizaron diversas denuncias que constan en la carpeta de prueba número 4 del actor y que se dan por íntegramente reproducidos. SÉPTIMO: Por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña se levantaron actas de liquidación de cuotas número 63/99, 64/99 expresándose lo siguiente: “la empresa abona a los trabajadores en concepto de dietas, ciertas cantidades que se indican en el Anexo, que no corresponden a ningún gasto justificable de manutención o estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería y las cuales son fijas por cada día de trabajo, por lo que deben entenderse como un concepto salarial y por lo tanto cotizable a la Seguridad social, por lo que se extiende acta de liquidación de cuotas”. Se levantó acta de infracción número 96/99 y se

dictó resolución de 11.08.99 elevando a definitiva el acta de liquidación número 64/99 y confirmando el acta de infracción número 96/99. Se levantaron acta de liquidación de cuotas número 344/99, 345/99, 626/99 y 627/99 y se dictó resolución de 17.11.99 anulando las actas 344 y 345/99. Se dictaron actas de la Inspección Provincial de Cádiz y Las Palmas y constan informe y órdenes de servicios, actas, informes y órdenes que constan en la carpeta de prueba número 3 del actor y que se dan por íntegramente reproducidos. OCTAVO: El actor es miembro del Sindicato UGT y es representante de la Sección Sindical de UGT en la empresa demandada, habiendo sido representante de los trabajadores hasta el 24.03.98 en que renunció a tal cargo. El actual representante legal de los trabajadores es don F.J.D.P. en virtud de elecciones celebrados en el centro de Vigo. NOVENO: El actor permaneció en situación en baja por IT desde el 01.07.99 al 16.12.99. DÉCIMO: Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 11.04.00 con el resultado de sin avenencia.

TERCERO: Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don M.V.G. contra la empresa “H.H., S.A.”, interviniendo el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro la nulidad del despido condenando a la empresa a la inmediata readmisión del actor con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir.

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO: Recurre la empresa “H.H., S.A.” en solicitud de la revocación de la sentencia de instancia y de que se dicte nueva resolución en la forma siguiente: principalmente, reponiendo los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción que denuncia al amparo del art. 191.a) L.P.L., con nulidad de lo actuado; subsidiariamente, se declare la procedencia del despido disciplinario del actor “y ello con declaración expresa de no haberse vulnerado el derecho a la libertad de expresión e información del actor”. A estos efectos, el recurso: denuncia al amparo del art. 191.a) LPL infracción de normas o garantías del procedimiento causantes de indefensión, con cita del art. 80.1.c) LPL (motivo A); interesa la revisión de los H.P. 6º, 7º y 8º al amparo del art. 191.b) L.P.L. (motivo B); y al amparo del art. 191.c) LPP denuncia (motivo C) infracción de

normas sustantivas y de jurisprudencia en 4 apartados.

SEGUNDO: La infracción que denuncia el recurso al amparo del art. 191.a) LPL se sustenta en que, según la parte, en la demanda no se exponía “que derechos fundamentales se entendían infringidos para suplicar la nulidad, ni las razones por las que se consideraba que existiese esa hipotética vulneración...”, afirmando que “todo ello, consideramos que provocó a esta parte una grave indefensión velada por nuestro Ordenamiento Jurídico, por cuanto ni siquiera podía conocer con anterioridad a la celebración del acto del juicio los derechos fundamentales que se entendían violados por la parte actora...”.

La infracción no se acoge. Y es que si bien en la demanda no se señalaron los derechos fundamentales concretos que se estimaban vulnerados con el despido que acordó la empresa y ésta en juicio aparece así denunciándolo (folio 557), es lo cierto que en aquel escrito de demanda se afirmaba clara e inequívocamente la violación “de derechos fundamentales”, deduciéndose de igual forma que los mismos habían de ser los derivados de e ínsitos en los propios hechos motivadores del despido y las circunstancias que los rodearon, que al tratarse de unas declaraciones recogidas en dos periódicos concreto día y diversos escritos de denuncia sólo podía tratarse de los derechos de libre expresión y libertad de información, en conexión con el de libertad sindical dado que en la demanda (Hecho 1º y 4º) también se decía que el actor ostentaba la condición de representante de la sección sindical de UGT en la empresa y que el despido se produce con violación de derechos fundamentales y “carece de causa alguna y obedece a la pretensión empresarial de eliminar al demandante que les resulta molesto por su actividad sindical...”. Tan evidente resultaba todo ello que la empresa, a pesar de su protesta, en juicio se defendió también en el indicado sentido (“En definitiva, acreditaremos en período probatorio la realidad y gravedad de los hechos imputados... que no se ha violado ningún derecho fundamental ni ha existido persecución sindical...”; folio 557 vtº), como también hace en el recurso, no apreciándose indefensión efectiva alguna. Consecuentemente, el motivo se rechaza y no ha lugar a declarar nulidad de actuaciones alguna.

TERCERO: En lo relativo al motivo de recurso en que se peticiona la revisión de los H.D.P. al amparo del art. 191.b) de la L.P.L., se interesa por la empresa en primer lugar la revisión del H.P. 6º de modo que pase a declarar lo siguiente: Sexto.- El actor realizó, en nombre e interés propio, diversas denuncias ante la Inspección Provincial

de Trabajo y clientes de la empresa, que constan en la carpeta de prueba nº 4 del actor y que se dan íntegramente reproducidos”.

La revisión no prospera. Y es que en el H.D.P. 6º se dan “por íntegramente reproducidas” las denuncias “que constan en la carpeta de prueba nº 4 del actor”, lo que también el texto revisor propuesto mantiene, de tal manera que a la estricta literalidad y contenido de las denuncias que obran en aquella “carpeta” ha de estarse como H.D.P., sin que por tanto sea dable, en el H.P., interpretar o reinterpretar las tales denuncias en términos y a efectos que resultan inequívocamente valorativo-conclusivos (“en nombre e interés propio”) o innecesarios (“ante la Inspección...”). Las referidas denuncias obran en autos y se declaran hechas en los términos que en ellas figuran, como obran a los folios 170 y siguientes, suscribiendo el actor las de los folios 181 a 206 ante la Inspección de Trabajo y la de los folios 207 y siguientes ante Organismos distintos y clientes. Cuestión distinta y propia de la argumentación jurídica es la de valorar, en el contexto de los íntegros H.D.P., el sentido y alcance de las denuncias a partir de por quien y como fueron hechas.

CUARTO: Pide asimismo el recurso la revisión del H.P. 7º de modo que pase a declarar lo literal siguiente: “SÉPTIMO.- Por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña se levantaron actas de liquidación de cuotas número 63/99, 64/99 expresándose lo siguiente: “la empresa abona a los trabajadores en concepto de dietas, ciertas cantidades que se indican en el Anexo, que no corresponden a ningún gasto justificable de manutención o estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería y las cuales son fijas por cada día de trabajo, por lo que deben entenderse como un concepto salarial y por lo tanto cotizable a la Seguridad Social por lo que se extiende acta de liquidación de cuotas”. Se levantó acta de infracción número 96/99 y se dictó resolución de 11.08.99 elevando a definitiva el acta de liquidación número 64/99 y confirmando el acta de infracción número 96/99. Se levantaron actas de liquidación número 344/99, 345/99, 626/99 y 627/99 y se dictaron resoluciones de 17.11.99 anulando las actas 325, 326, 340, 342, 344 y 345/99. Se dictó sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de La Coruña anulando y dejando sin efecto la sanción laboral derivada de Acta de Infracción núm. 99/99. Se dictaron actas de la Inspección Provincial de Cádiz y Las Palmas y constan informe y órdenes de servicio, actas, informes, órdenes y resoluciones que constan en carpeta de prueba número 3 del actor, así como en el ramo de prueba de la parte actora y que se dan por

íntegramente reproducidos. Se dictó resolución por parte del TEAR de Madrid con fecha 23.06.99 en virtud de reclamación interpuesta contra Acuerdo de liquidación derivados de Actas de la Inspección de los tributos por la que se acuerda estimar en parte la reclamación anulando el acuerdo impugnado al considerar exentos los servicios”.

La revisión se reduce a muy concretos extremos y es dable acceder a la misma, dado que: A) Al folio 477 y 478 obra la resolución de 17.11.99 que anula las actas de liquidación 325, 326, 340 y 342, que no recoge el H.P. 7º de la sentencia de instancia, que se limita a recoger la resolución de los folios 475 y 476 anulatoria de las actas 344 y 345 de 1999. B) Al folio 471 a 474 obra sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº 3 de A Coruña que a instancia de la hoy recurrente anula la sanción impuesta por la Consellería de Xustiza el 31.05.99, expte. RL-101/99. C) Aparte de dar por reproducida toda la documental procedente a la que alude el H.P. 7º obrante en los autos, consta probado también que por parte del TEAR de Madrid se dictó en 23.06.99 la resolución a que se alude en el texto revisor (folios 463 a 468) y que, por tanto, procede incorporar al H.P. Así resulta, en fin, de la documental que se invoca en el motivo, apta para revisar H.D.P. vía Art. 191.b) L.P.L.

QUINTO: Finalmente, interesa el recurso que se modifique el H.P. 8º de manera que pase a declarar lo siguiente: “El actor es miembro del sindicato UGT y es representante, a los meros efectos internos del propio Sindicato de la Sección Sindical de UGT en la empresa demandada. Sección que no está reconocida por la empresa al contar con menos de 250 trabajadores, no gozando por tanto de las garantías atribuidas por la Ley a los delegados sindicales; habiendo sido representante de los trabajadores hasta el 04.03.98 en que renunció a tal cargo: El actual representante legal de los trabajadores es don F.J.D.P. en virtud de elecciones celebradas en el centro de Vigo”.

De nuevo la revisión que se interesa afecta a muy concretos extremos del contenido del H.P. 8º que declara la sentencia de instancia; exclusivamente a hacer constar que el actor es representante de la Sección Sindical de UGT en la empresa demandada “a los meros efectos internos del propio Sindicato... Sección que no está reconocida por la empresa al contar con menos de 250 trabajadores, no gozando por tanto de las garantías atribuidas por la Ley a los delegados sindicales...”. Lo que procede es incorporar al H.P. que la empresa ocupa a menos de 250 trabajadores, pues lo acredita la documental del folio 529, y que no aparece la misma

reconociendo oficialmente la sección sindical a que se refiere el H.P. 8º, que así surge de la documental invocada. En ningún caso cabe declarar otra cosa en el H.P. pues lo restante pedido resulta ser valorativo-conclusivo, impropio de los H.D.P., tanto en lo relativo a los “meros efectos internos del propio sindicato”, como lo referente a “no gozando por tanto de las garantías...”.

SEXTO: Al amparo del art. 191.c) L.P.L. y en cuatro apartados, la empresa argumenta lo esencial siguiente: A) En el primero se afirma que hay infracción del art. 54.2.d) ET y 25-3 Laudo Arbitral de 12.03.96 obrante a los folios 550 y siguientes, a cuyo amparo el actor fue despedido. B) En el segundo se sostiene que también se ha infringido jurisprudencia del TCo y TS sobre el ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión e información y sus límites, con cita del art. 20 C.E. y sentencias del T.C. 57/99, 6/98, 107/88 y 105/90... C) En el tercero se analizan las manifestaciones vertidas por el actor y que motivaron el despido; en especial las hechas en “F.V.” (folio 432) y en el escrito dirigido a la Dirección General de la Marina Mercante (folio 433 y ss.) y a la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura (folios 442 y ss.), afirmando que “ante tamaña galería de expresiones y apelativos insultantes, injuriosos, e imputaciones de varias conductas delictivas que hace el trabajador despedido huelga cualquiera comentario o apreciación puesto que los mismos se califican por sí solos y entendemos que no hay límite que pueda amparar esta conducta...”, rechazando acto seguido la supuesta actividad sindical del actor, con cita del art. 2 L.O. 11/85 y 1.248 del C.C., negando que el actor fuese un representante de los catalogados en el art. 10 LOLS sino afiliado a UGT, no ostentando en ningún caso las garantías de tal precepto y del art. 68 E.T., y afirmando que se produce infracción de los arts. 20 y 18 C.E. y Jurisprudencia que los interpreta “aunque se pudiese llegar a la conclusión... de que el actor ejercitó una supuesta actividad sindical” (siempre al margen de las garantías de los arts. 10 LOLS y del E.T. para los delegados sindicales, que no ostenta el actor). Y D) en el cuarto denuncia, finalmente, la infracción de la buena fe y del art. 7 del C. Civil, con cita de la S. del T.S. de 24.07.97 y de la del TC de 15.12.83.

SEPTIMO: El despido del actor fue adoptado mediante carta de 14.03.00 en la que se le imputa haber realizado en los periódicos “E.I.G.” y “F.V.” del día 20.01.00 “gravísimas acusaciones contra esta compañía”, así como dirigirse a sus clientes D.G. de la Marina Mercante y Xunta de Galicia insistiendo “en las falsas imputaciones efectuadas ante los medios de comunicación”, acusándola “de poner en peligro vidas

humanas...” Efectivamente, son H.D.P. (3º y 4º) que el actor realizó las manifestaciones que aparece en los ejemplares de los diarios “E.I.G.” y “F.V.” obrantes en autos a los folios 431 y 432) y suscribió los escritos de denuncia de 29.11.99 dirigidos a la D.G. de la Marina Mercante y Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura de la Xunta de Galicia que obran a los folios 433 y siguientes y 443 y siguientes. El contexto en que se produjeron tales actuaciones por parte del actor viene conformado, aparte de por la relación laboral que se declara en el H.P. 1º, por los litigios que refleja el H.P. 5º, las denuncias del H.P. 6º, las decisiones recogidas en el H.P. 7º y la condición del actor de miembro de UGT y demás que se recoge en el H.P. 8º, según quedó conformado tras la revisión operada vía art. 191.b) L.P.L.

Puntualizar respecto de esta condición dicha que el actor no era representante de los trabajadores (renunció el 24.03.98; H.P. 8º). Y si bien representante de la sección sindical de UGT en la empresa demandada, al tener ésta menos de 250 trabajadores y regular la LOLS un tipo cualificado de delegado sindical en base, aparte de otros factores, al tamaño de la empresa (más de 250 trabajadores), no se trataba de un delegado sindical de la LOLS y con las garantías legalmente previstas para los miembros del Comité conforme al art. 9 y 10 LOLS y al E.T.; se trata, como argumenta el recurso, de que dada la facultad de autoorganización de los Sindicatos, junto a los delegados sindicales pero a quienes no se les aplican las garantías de los delegados sindicales propios, ya que, en este sentido también S.T.S.J. Cantabria de 08.06.94, las garantías del art. 10.3 LOLS, y demás normas, solo vienen reconocidas a favor de aquellos designados por secciones sindicales constituidas en empresas o centros de trabajo que ocupen más de 250 trabajadores. En concreto, la STS de 15.02.90 (Ar. 1.906) decía que los únicos Delegados Sindicales a efectos de la LOLS son los que menciona su art. 10.1 y que la empresa tiene que reconocer la condición de Delegado Sindical en estos supuestos “porque el reconocimiento tiene concretas y precisas consecuencias jurídicas, cuales son las garantías y los derechos de los que los Delegados están revestidos (art. 10.3 LOLS). Consecuentemente con ello, no es obligado para la empresa el reconocimiento del carácter de Delegado Sindical, con todos los derechos y garantías establecidas en la precitada L.O., a quienes sustentan tal condición por nombramiento de trabajadores afiliados a Sindicatos que, como sucede en el caso de autos, carecen de presencia en los Comités de Empresa”.

En definitiva, se evidencia que resulta cuestión fundamental valorar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información que subyace en los hechos motivadores del despido, en cuya virtud la sentencia de instancia lo declara nulo; a pesar de que reconoce que en los escritos de que se trata “se dice que los trabajadores recibieron insultos, amenazas, coacciones y humillaciones...”, expresiones –dice la sentencia– “que excederían del legítimo uso y ejercicio del derecho pero, en el caso concreto, se enmarcan dentro del derecho teniendo en cuenta la actividad sindical del actor...”, si bien no aparece encuadrando en tal actividad las garantías del art. 68 E.T. y 10 LOLS, al no ser el actor representante de sección sindical de los tipificados en la LOLS.

OCTAVO: La Jurisprudencia Constitucional ha dejado establecida concreta doctrina en torno a los derechos de libertad de expresión e información, a los límites de la crítica como manifestación de la libertad de expresión y opinión; y ello también dentro del marco de las relaciones de trabajo. En concreto, la s. del TC de 25.11.97, al margen de que al hilo del caso resuelto el T.E.D.H. dictase sentencia en 29.02.00 considerando que “no había una relación razonable de proporcionalidad entre la sanción impuesta al demandante y el fin legítimo perseguido. En consecuencia, hubo violación del art. 10 del convenio”, expone doctrina del TC al respecto: “El Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución Española según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas y que no contravengan otros valores constitucionales o derechos fundamentales, tales, como la igualdad, dignidad (STC 214/1991<RTC 1991, 214>) o el derecho a la intimidad. En este sentido, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, y, por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de veracidad (por todas, STC 107/988). En concreto, por lo que se refiere a los límites de la crítica, como manifestación de la libertad de expresión y

opinión, es doctrina reiterada la de que el ejercicio de la libertad de expresión –también del derecho a la información no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injurioso o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la constitución no reconoce el derecho al insulto (entre otras, SSTC 105/1990, 85/1992 <RTC 1992, 85>, 336/1993 <RTC 1993, 336>, 42/1995 <RTC 1995, 42>, 76/1995 <RTC 1995, 76>, 78/1995 <RTC 1995, 78> y 176/1995 <RTC 1995, 176> b) En relación con el ejercicio de la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales, es preciso recordar, con carácter previo, que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1.a) Constitución Española), por cuanto las organizaciones empresariales no forman... Ahora bien, lo anterior no significa que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del art. 20 Constitución Española no esté sometido a límites derivados de la propia relación laboral, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, el ejercicio del derecho, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (SSTC 120/1985 <RTC 1985, 120>; 6/1988, 126/1990 y 4/1996), aunque ello no supone, ciertamente, la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial (SSTC 120/1983, 88/1985, (RTC 1985/88), 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 134/1994 (RTC 1994/134), 6/1995, 4/1996, 106/1996 y 186/1996). En este sentido es necesario preservar el equilibrio entre las obligaciones dimanante del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales, la modulación derivada del contrato de trabajo sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial (STC 99/1994, antes citada)”.

Asimismo, las S. del TC 197/98, de 3 de octubre, se expresaba al respecto en la forma siguiente: “...de nuevo se plantea ante este Tribunal la cuestión relativa a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el seno de una relación de trabajo, y frente al ejercicio del

poder disciplinario empresarial, cuestión sobre la que ya han recaído un número importante de pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 120/1983, 88/1985, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 186/1986, 204/1997 y 1/1998). Esta doctrina constitucional ha partido de la premisa de que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para uno de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución (RCL 1978, 2.836 y ApNDL 2.875) le reconoce como ciudadano y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante la posibilidad de impulso de los oportunos medios de reparación, porque <ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto Constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquellos, por cuenta y, y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional> (STC 88/1985, fundamento jurídico 2º). Ahora bien la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen porque serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe... no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprensivo de relaciones laborales (STC 120/1983); y así, aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial, para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posición prevalente que estos alcanzan en nuestro ordenamiento (SSTC 99/1994 y 6/1995).

NOVENO: Valorando a la luz de la anterior doctrina las manifestaciones que hizo el actor al diario “F.V.” y en las denuncias ante la Dirección General de la Marina Mercante y la Consellería de Pesca, clientes de la empresa demandada, el Tribunal considera que las mismas no encuentran amparo en los derechos de libertad de expresión y crítica o de información; ni siquiera valorando la condición del actor de miembro de UGT y representante de la sección sindical de UGT en la empresa demandada, pero con las características y trascendencia legal que se dejó anteriormente puntualizada a partir del H.D.P. 8º, y tomando en consideración la actividad sindical que ello

implicaba y la que desde la misma también y en todo caso tenía reflejo en cierta medida en aquellas manifestaciones. Al margen de lo publicado en el “I.G.”, en las manifestaciones que realiza en el “F.V.”, el actor afirma que, a raíz de que en 1997 la S.S. y Hacienda detectaron en la empresa un fraude de 1.300 millones y decidir ésta deducir de cada nómina 10.000 ptas. hasta amortizar la deuda, “llegaron las denuncias, luego las amenazas, las represalias y los despidos”.

En el escrito dirigido a la Dirección General de la Marina Mercante dice cosas como las siguientes: 1) En el apartado 2º: “...Los trabajadores, por el hecho de reclamar sus derechos fundamentales han sido objeto de represalias y amenazas, siendo varios de ellos forzados a cambiar de profesión...”. 2) En el apartado 3º: “La especial distribución del salario (el 50% se abona como dietas) está originando grandes problemas: Hasta 1997, la Empresa, abonaba estas cantidades “en negro”, no cotizaba a la Seguridad Social por estas cantidades ni figuraban en el recibo de salarios u otro documento oficial. La empresa tuvo que hacer frente a una sanción de 1.300.000 de ptas. por parte de Hacienda y a varias sanciones por parte de diversas Inspecciones de Trabajo. Tanto Hacienda como Trabajo no conciben como dietas unas cantidades que no están justificadas por razones de estancia y manutención. En enero de 1998 se embargaron ilegalmente los salarios a todos los trabajadores para abonar la sanción impuesta por Hacienda...”; “Otro gran inconveniente de esta forma de pago es el hecho de que el trabajador que se ve afectado por una movilidad geográfica no percibe una compensación por ello sino que, por el mismo dinero, debe afrontar el gasto de dos viviendas, por ello, la movilidad geográfica es utilizada por la empresa con fines represivos”.

En el apartado 4º: “...y durante la primera visita de la Subdirección a las bases se amenazó con el despido a aquellos que no siguiesen fielmente la nueva política de la empresa... Desde entonces, los trabajadores sólo hemos recibido amenazas, insultos, abusos de poder desplazamientos y traslados injustificados, continuos cambios de programación, enfrentamientos, reducción de poder adquisitivo, sanciones y despidos improcedentes, humillaciones, desprogramaciones, etc... En los dos últimos años, la empresa ha despedido y/o sancionado a un importante número de trabajadores de todos los colectivos (Pilotos, TMAs y Rescatadores) empleando malas maneras y falsedades, quedando éstas demostradas judicialmente resultando improcedentes los despidos y/o sanciones impuestas por la Empresa. A pesar de ello, quienes promovieron tales despidos y/o sanciones continúan en la dirección.

En el apartado 6º: “...Esto, además de las implicaciones y responsabilidades que podrían derivarse de aumentar los tiempos de respuesta durante el horario que no se cumple, es un acto de irresponsabilidad, una falta de seriedad y quizás una estafa tanto para con SASEMAR como para con el resto de la sociedad... En nuestro caso, puede decirse que vivimos por y para el trabajo lo cual hace que al cabo de unos años se acabe siendo adicto al trabajo o embarcado en un mar de problemas que nos lleva a la angustia y la depresión. Si además nuestra labor se ve humillada y pisoteada precisamente por quienes tienen un conocimiento real de la misma, entonces es cuando la persona se hunde aún más en el fango.

En el apartado 14: “Los trabajadores están sufriendo todo tipo de amenazas, coacciones y presiones en los centros de trabajo, se promueven los conflictos entre compañeros, el separatismo y la desconfianza. La convivencia entre los miembros de la tripulación es fundamental para que el equipo esté equilibrado, para que exista compenetración, confianza, concentración, seguridad... Es una profesión donde el éxito de las misiones depende en gran arte del entrenamiento y la convivencia. La empresa siembra el malestar separando los equipos que funcionan, desplazando continuamente a sus trabajadores creando conflictos familiares, materializando las amenazas con sanciones y/o despidos que después son declarados improcedentes, embargando ilegalmente los salarios para cubrir denuncias impuestas a la Empresa, no a sus trabajadores, coaccionando a las personas para que firmen documentos que desacrediten la representatividad de los delegados sindicales, etc.” En el escrito dirigido a la Consellería de Pesca, el actor se expresa en los mismos términos dichos.

DÉCIMO: Como dice la doctrina jurisprudencial, el derecho a la libertad de crítica es una faceta de la libertad de expresión e información, y los límites al efecto deben determinarse en función de un análisis de las expresiones utilizadas, la finalidad perseguida y los medios en que aquellas se producen, solo resultando sancionables las conductas que impliquen un exceso en el ejercicio de los derechos citados y lo sean en proporción a la entidad del mismo, reconociéndole a los cargos representativos o sindicales, como dice la S.T.S. de 28.02.90 “un amplio margen de libertad y discrecionalidad por mor de las garantías...”.

Las manifestaciones que realizó el actor y que provocaron su despido, las que quedaron indicadas, valorando también el íntegro contexto de las mismas, al margen de que expusieran

ciertos hechos o situaciones denunciables, contienen numerosas y reiteradas afirmaciones pura y radicalmente descalificantes, afrontosas y ciertamente insultantes para la empresa, imputaciones generales de conductas realmente delictivas (como se dejó reflejado en el Ftº precedentes), todo lo que aparte de ser innecesario para ejercer adecuadamente un derecho de expresión o crítica e información por parte de un trabajador, con o sin cargo representativo o actividad sindical, resulta exclusiva o inequívocamente afentoso y gravemente perjudicial para la demandada; máxime cuando se realizan las manifestaciones en diarios o en escritos dirigidos a organismos que son también clientes. Por encima, cuando consta (H.P. 7º) que diversas actas de liquidación de cuotas levantadas a la empresa fueron anuladas, que una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, dejó sin efecto sanción laboral impuesta a la empresa en relación al tiempo de localización como tiempo de presencia y al incumplimiento de los límites horarios del R.D. 1.561/95, y la resolución del TEAR de los folios 463 y siguientes. De esta manera, en absoluto aparece justificada la conducta del demandante, habiendo realizado concretas manifestaciones en términos y con ciertos contenidos que no pueden encontrar amparo y fundamento protegible.

No inciden en tal valoración y conclusión del Tribunal las denuncias a que se refiere el H.P. 6º, por lo razonado. Y tampoco lo hacen los procesos mantenidos por actor y empresa que se dicen en el H.P. 5º, por contenido y significado; habiendo sido desestimada la demanda del actor sobre tutela de libertad sindical y dejando también sentado la sentencia recurrida (Ftº. Jurídico 5º) que no existió en el despido de autos discriminación o represión sindical alguna, sino un despido disciplinario adoptado por la empresa en ejercicio regular de su potestad disciplinaria y ante una conducta cierta del trabajador, tildada de incumplimiento contractual laboral. Y tampoco la desvirtúa la condición del demandante de miembro de UGT y representante de la Sección Sindical de este sindicato en la empresa, si bien no supusiera tal sección (sin reconocimiento oficial y teniendo la empresa menos de 250 trabajadores) la sección sindical de la LOLS y no otorgara las garantías del art. 10 LOLS y 68 E.T., pues también cabe hablar de actividad sindical por parte del actor como miembro de UGT y representante de este sindicato en la forma limitada dicha. Y es que el matiz o carácter de actividad sindical que pudieran subyacer o concurrir en las manifestaciones del actor, hechas por él individualmente (H.P. 3º y 4ª) y así suscritas y asumidas personalmente, en ningún caso justifica ni ampara las imputaciones formuladas y los términos utilizados al hilo de las

mismas, gravemente ofensivas e innecesarias para llevar a cabo una crítica y/o una denuncia en el ámbito laboral; desde la posición estricta del trabajador o desde la de trabajador con cierto cargo y ejercicio sindical.

La ponderación efectuada por el Tribunal lleva a concluir que la conducta del actor, imputada en la carta de despido, no está amparada por los derechos de libertad de expresión y crítica e información, no como considera la sentencia de instancia, y que encierra una conducta laboral de patente infracción de los deberes contractuales del trabajador para con la empresa, la cual, conforme quedó anteriormente explicitado, tiene tal entidad o dimensión que materializa el incumplimiento grave y culpable previsto como causa de despido en el art. 54.2.d) ET y art. 25.3 del laudo Arbitral de 11.03.96, que regula el régimen disciplinario de autos. Consecuentemente, el despido debe ser declarado procedente, conforme prevé el nº 4 del art. 55 ET. y con las consecuencias del nº 7 del citado precepto. Se revoca, pues, la sentencia de instancia y se estima el recurso interpuesto en el indicado sentido.

Fallamos

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "H.H., S.A." revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña con fecha 05.06.00 en autos tramitados bajo el nº 306/00; y en consecuencia, desestimando la demanda interpuesta por don M.V.G., declarando procedente el despido efectuado y convalidada la extinción de la relación sin derecho a indemnización ni a salarios de trámite, absolvemos a la empresa "H.H., S.A." de sus pedimentos.

3040 RECURSO N° 3.920/00

S. S.

PERSOAL ESTATUTARIO Ó SERVICIO DE INSTITUCIÓNS SANITARIAS. NULIDADE DO CESAMENTO DE INTERINO QUE NON SE PRODUCE POR REINCORPORACIÓN DO TITULAR OU POR AMORTIZACIÓN DA PRAZA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a cinco de octubre de dos mil.

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 3.920/00 interpuesto por doña C.R.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña C.R.L. en reclamación de despido, siendo demandado el Servicio Galego de Saúde, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 279/00 sentencia con fecha 19 de junio de 2000, por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I- Doña C.R.L., mayor de edad, con D.N.I. número..., vino prestando servicios para el SERGAS, en el Hospital de "M.", con la categoría profesión de peluquera desde el 04.05.98, para sustituir al titular don J.M.G., que se encontraba en situación de incapacidad temporal.- II- Con fecha 07.04.00, se le comunicó a la actora el cese, por haberse declarado la plaza vacante, por perder su titular el derecho a la reserva de la misma.- III- Por resolución del 27.03.00, se acuerda declarar al titular de la plaza, don J.M.G. en situación de excedencia por invalidez, al haber sido declarado por el EVI en incapacidad permanente en grado de absoluta.- IV- Con fecha 13.04.00 interpuso la actora reclamación previa que ha sido desestimada por resolución de fecha 14 de junio de 2000.- V- La actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante sindical".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Desestimar la demanda interpuesta por doña C.R.L., absolviendo al SERGAS de las pretensiones de la demanda."

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el paso de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve al SERGAS de las pretensiones deducidas en aquel escrito. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de la demandante,

construyendo el primero de los motivos de suplicación al amparo del art. 190 -entiéndase 191- letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicitando que al hecho probado tercero de la sentencia que combate se añada que don J.M.G. fue declarado en situación de Incapacidad Permanente total con efectos del 09.02.99 (fecha del dictamen propuesta de la EVI). Se pretende apoyar tal adición en el documento que obra al folio 20 de los autos. Y a la vista del mismo se accede a ello, si bien con la matización de que la incapacidad reconocida ha sido en el grado de absoluta y no de total como señala la recurrente.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 190 -léase 191-apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, se articula el segundo, y último de los motivos del recurso, en el que se denuncia interpretación errónea de la disposición adicional cuarta del R.D. 118/91 de 25 de enero por el que se regula la selección del persona estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias y sentencias del Tribunal Supremo, de casación para unificación de doctrina, de 28.12.92, 28.01.93, 25.07.95 y 24.01.96, entre otras, y las de los Tribunales Superiores de Justicia de Navarra y de Cataluña, de 17.09.97 y 07.02.95, respectivamente; por estimar que al no haberse producido la reincorporación, al puesto de trabajo ocupado por la recurrente, del trabajador sustituido, ni haberse cubierto la plaza en propiedad, ni haberse amortizado la misma, el contrato de interinidad de la recurrente debe subsistir mientras la plaza no sea cubierta en la forma reglamentariamente establecida o se amortice. La situación de hecho sometida a debate, extraída del relato histórico de la sentencia recurrida, con la adición a que se remite el fundamento de derecho que precede, queda establecida así: A) La demandante vino prestando servicios por el demandado, Servicio Galego de Saúde (SERGAS), en el Hospital "M." -Pontevedra-, con la categoría profesional de peluquera, desde el 4 de mayo de 1998, sustituyendo al titular de la plaza don J.M.G., que se encontraba en situación de incapacidad temporal y que fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta con efectos de 09.02.99. B) Por resolución de 27.03.00, se acordó por el demandado declarar al titular de la plaza en situación de excedencia por invalidez, al haber sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta. C) Con fecha 07.04.00, se le comunicó a la actora su cese, por haberse declarado la plaza vacante, por perder su titular el derecho a la reserva de la misma. D) La demandante interpuso reclamación previa el 13.04.00, que ha sido desestimada por resolución de 14.06.00. Establecida, en los términos expuestos, la situación litigiosa, resta ahora determinar si el cese de la actora, acordado por el

demandado, en la litis impugnado, es conforme al ordenamiento jurídico, como proclama la sentencia suplicada, o si, por el contrario, vulnera la normativa que por la recurrente se invoca en el recurso y, en consecuencia, determina su ilegalidad. El dilema debe resolverse en favor de la tesis que sostiene la recurrente, siguiendo el criterio mantenido en reiteradas y uniformes sentencias del Tribunal Supremo, recaídas en unificación de doctrina -ad exemplum, 16 de junio de 1994, 26 de diciembre de 1995, 7 de marzo de 1997 y 7 de julio de 1998-, de que una de las características esenciales de la interinidad es la de vincular su duración a la de cobertura definitiva de la plaza, bien por reincorporación del trabajador sustituido o por la provisión de aquélla en propiedad, mediante el correspondiente procedimiento reglamentario, o, en su caso, a la amortización de la plaza, pues otra solución debe ser excluida por contraria a la naturaleza de la interinidad y a los principios de interdicción de la arbitrariedad y de estabilidad en el empleo (arts. 9.3 y 35.1 de la Constitución); debiendo entenderse referida tal estabilidad referida a la conservación del puesto de trabajo hasta que se produzca alguna de las circunstancias mencionadas. En este sentido se ha pronunciado esta Sala, entre otras, en sentencias de 18 y 19 de septiembre próximo pasado. Por ello, el cese de la demandante-recurrente ha de reputarse ilegal y, en definitivo, nulo, como ha proclamado el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de mayo de 1999; de ahí que proceda declarar con este carácter y consecuencias al mismo inherentes, el cese de la demandante que recurre, por cuanto la calificación del despido, como ha declarado este Tribunal en sentencia de 10 de febrero del corriente año -recurso nº 92/00-, es facultad del juzgador, como lo evidencia la dicción del art. 108.1, párrafo primero, de la Ley Rituaria Laboral al disponer que en el fallo de la sentencia el juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo. Se trata, pues de una cuestión netamente jurídica, que no está subordinada al principio de rogación, ni sujeta a la disponibilidad de las partes, sino que, por el contrario, está vinculada a los principios "da mihi factum, dabo tibi ius" y "iura nudit curia". De ahí que no precise de una previa petición de las partes litigantes; pudiendo el juzgador, con independencia de lo postulado, atribuir al despido el calificativo, de los legalmente previstos, que estime le corresponde. En todo caso, procedería tal calificación, en aplicación de la doctrina jurisprudencial que queda invocada.

TERCERO.- Por todo lo que queda razonado procede, con estimación del recurso, dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado y, en definitiva, estimatorio de la pretensión deducida en la demanda. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de doña C.R.L., contra la sentencia de fecha diecinueve de junio de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra, en proceso por despido promovido por la recurrente frente al Servicio Galego de Saúde (SERGAS), debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, y estimando la demanda rectora del debate declaramos nulo el despido de la demandante y condenamos al demandado a que de forma inmediata proceda a readmitir a la actora en el puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al cese, en el que permanecerá hasta que se produzca alguna de las circunstancias señaladas en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, y a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectividad del despido.

3041 RECURSO N° 2.432/00

S. S.

ACCIDENTE DE TRABALLO. INTERPOSICIÓN DE DEMANDA DE INCAPACIDADE PERMANENTE SEN QUE SE ESGOTE O PRAZO PARA CUALIFICALA ADMINISTRATIVAMENTE. AUSENCIA DE REQUISITO PROCESUAL INSUBSANABLE.

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

A Coruña, a seis de octubre de dos mil.

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

En nombre del rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.432/97 interpuesto por don M.M.T., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 6/97 se presentó demanda por don M.M.T. en reclamación de ACCIDENTE siendo demandado la M.G.A.T., absorbente de la "M.N.", INSS, ISM, la empresa "O., S.A." y la T.G.S.S. en su

día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 10 de abril de 1997 por el juzgado de referencia que DESESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- El actor, nacido el 10.11.94, afiliado al Régimen Especial del Mar de la Seguridad Social con el nº... y presta sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada “O., S.A.”, dedicada a la actividad de pesca de arrastre y con domicilio en... A Coruña, a bordo del pesquero “M.M.”, con antigüedad desde el 11.06.93, categoría profesional de marinero y con una base reguladora diaria a efectos de accidente de trabajo de 4.600 pts./2º.- Con fecha 19.08.93 el actor sufrió un accidente de trabajo, al golpearse con el aparejo, como consecuencia de un golpe de mar, en el brazo y hombro derecho, siendo asistido en la “C.T.” de A Coruña, donde se apreció rotura del bíceps braquial derecho, siendo intervenido y permaneciendo de baja por I.L.T. derivada de accidente de trabajo, desde dicha fecha hasta el 02.11.93, fecha en la que causó alta por curación./3º.- La empresa procedió a expedir el correspondiente parte de accidente de trabajo en fecha 27.05.93, haciéndose cargo de la contingencia la Mutua de Accidentes de Trabajo “N.”, hoy absorbida por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, aseguradora de la contingencia./4º.- Que en fecha 03.11.93, el actor causó baja por I.L.T. derivada de enfermedad común, con el diagnóstico de artrosis cervical severa, abonándosele las correspondientes prestaciones por pago delegado por la empresa “O., S.A.” hasta el día 18.02.95, fecha en la que la empresa le da de baja en la Seguridad Social y deja de cotizar por él./5º.- Que en fecha 08.03.95 la Inspección Médica del Instituto Social de la Marina procedió a prorrogar la situación de I.L.T. por seis meses, como derivada de accidente de trabajo./6º.- Que el actor solicitó del Instituto Social de la Marina, en fecha 14.03.95 el pago directo de prestaciones, sin que conste que recayera resolución expresa alguna./7º.- Que la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo rechazó la cobertura del siniestro por tratarse de la contingencia de enfermedad común./8º.- Que en fecha 05.06.95 el actor presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad, en solicitud de declaración de invalidez permanente absoluta y subsidiariamente total derivada de accidente de trabajo, correspondiente en turno de reparto al Juzgado nº 2 y dictándose en fecha 07.07.95, desestimando la demanda del actor./9º.- Que en fecha 16.10.95 el actor presentó demanda ante los Juzgados de lo social de esta ciudad, en solicitud de prestación de I.L.T. desde febrero de 1995, correspondiente en turno de reparto al Juzgado nº 1 y dictándose sentencia, en fecha 24.02.96,

estimando la demanda del actor en el sentido de declarar el derecho del actor a percibir prestaciones por I.T., derivada de accidente de trabajo, en el período comprendido entre el 12.02.95 y el 12.02.96, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, y a la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo a que se las abone en cuantía del 75% de una base reguladora diaria de 4.600 ptas. y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven para el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en su condición de Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y Servicio de Reaseguro de Accidente de Trabajo, respectivamente, desestimando la demanda formulada, en cuanto al resto de sus pedimentos y absolviendo de los mismos a las demandadas y desestimando la demanda formulada contra la empresa “O., S.A.” y el Instituto Social de la Marina, absolviendo a los citados demandados de los pedimentos contenidos en la misma. Sentencia recurrida por la M.G.A.T. en fecha 20.03.96 y pendiente de resolución por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia./10º.- Que en fecha 22.04.96, el actor solicitó ejecución provisional de la sentencia dictándose Auto en fecha 25.04.96 procediendo el anticipo al demandante de la cantidad de 631.350 ptas. con cargo a la consignación efectuada por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo./11º.- En fecha 01.04.96 se emitió dictamen por la UVMV, presentando el actor las siguientes dolencias: el 19.08.93 accidente de trabajo con rotura bíceps braquial derecho siendo operado. Alta el 02.11.93 no incorporándose. Secuelas: diestro. Cicatriz vertical a nivel cara anterior externa brazo derecho. Refiere que desde hace más de 2 años no puede mover nada el codo dcho., presentándolo en posición de flexo de 90°, ni la muñeca, sin embargo no presenta atrofia muscular y sí deformación a nivel bíceps braquial. Imposibilidad de explorarle la movilidad pasiva./12º.- El actor formuló la preceptiva reclamación previa en fecha 03.01.97, interesando el abono de las prestaciones por I.L. Transitoria desde el mes de febrero de 1996 hasta aquella fecha y la declaración de invalidez permanente absoluta con efectos desde la misma fecha o bien, subsidiariamente, la declaración de invalidez permanente total para su profesión habitual, sin que conste que haya recaído resolución expresa alguna, habiendo presentado demanda ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad en la misma fecha, que turnada correspondió a este Juzgado./13º.- Que el Instituto Nacional de la Seguridad Social procedió a dar traslado a la M.O.A.T. para que instruyera el correspondiente expediente emitiéndose por esta informe entendiendo que el actor no tenía secuelas, en fecha 05.03.97, siendo citado el actor para

reconocimiento ante la UVMI en fecha 01.04.97, emitiéndose dictamen en sentido de entender que el actor estaba afecto de lesiones permanentes no invalidantes del nº 110 del Baremo./14º.- El actor presenta las siguientes dolencias: El 19.08.93 accidente de trabajo con rotura del bíceps braquial derecho, siendo operado. Alta el 02.11.93, no incorporándose. Secuelas. Diestro cicatriz vertical a nivel cara antro externa del brazo derecho. Refiere que desde hace más de dos años no puede mover nada el codo derecho, presentándolo en posición de flexo de 90º, ni la muñeca, no presentando sin embargo atrofia muscular y sí deformación a nivel de bíceps braquial. Imposibilidad de explorarle la movilidad pasiva. Severa cervicoartrosis que afecta predominantemente al espacio C3-C4 y más significativamente C5-C6, en donde existen osteofitos marginales tanto anteriores como posteriores y disminución de espacio articular. Compromiso de los agujeros de conjunción fundamentalmente derecho de C5-C6 que aparece marcadamente disminuido. Columna Lumbar: discreta rectificación de la lordosis lumbar fisiológica con incipientes cambios degenerativos. Hernia discal C4-C5 izquierda.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa formulada por la representación de la M.G.A.T., debía de absolver y absolvía en instancia a las demandadas, sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En su recurso frente a la sentencia de instancia, que apreció el defecto de indebido agotamiento de la vía administrativa, por falta de reclamación previa, aducido –exclusivamente– por la Mutua Patronal demandada, el trabajador invoca vulneración de diversa doctrina jurisprudencial interpretativa del requisito y la infracción del art. 24 CE, 1.7 CC y 11.3 LOPJ. Se ha de recordar que el actor había sufrido accidente de trabajo en 19/agosto/93, con baja y posterior alta médica en 2/noviembre/93; que en 3/noviembre/93 inicia ILT derivada de enfermedad común; que en 8/marzo/95 la Inspección Médica del ISM prorroga la ILT, pero como derivada de accidente de trabajo; que la Mutua rechazó el abono de prestaciones, por considerar se trataba de contingencia común; que

en 5-junio-95 se demandó IP derivada de accidente de trabajo, con resultado de sentencia desestimatoria en 7/julio/95; que en 16/octubre/95 se presenta demanda en reclamación de subsidio de ILT derivado de accidente de trabajo desde febrero/95, con sentencia estimatoria de fecha 24/febrero/96; que en 3/enero/97 el actor presenta reclamación previa y demanda en reclamación de subsidio de ILT desde febrero/96 e IPA o subsidiariamente IPT, sin que a la fecha de celebrarse el juicio –8/abril/97– conste resolución administrativa expresa, aunque en 1/abril/97 ya había emitido dictamen la UVMI, proponiendo el reconocimiento de lesiones permanentes no invalidantes. Y sobre esta base, la decisión recurrida considera que la reclamación previa no podía considerarse desestimada por vía de silencio, habida cuenta de que –por remisión del art. 71.3 LPL– la Administración disponía para resolver del plazo –en el caso de autos todavía no agotado– de 135 días previsto en los arts. 6.1 RD 1.300/95 (21/julio) y 14.1 OM 18-enero-96.

SEGUNDO.- 1.- La cuestión planteada ya ha sido abordada por la STSJ Galicia 30-marzo-00 R. 778/97, en la que destacábamos que la exigibilidad de interponer reclamación previa frente al INSS y la TGSS, aún en materias derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, en las que, como regla, tales entidades carecen de responsabilidad directa; e incluso en los supuestos de reclamaciones sobre subsidio de Incapacidad Temporal, respecto de los que las citadas entidades carecen de competencia, por concederse o denegarse por la correspondiente Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, ha sido mantenida en unificación de doctrina por la STS 18-marzo-1997 Ar. 2.569, basándose en la redacción literal de los arts. 71.1 y 139 LPL, que proclaman con carácter general su exigibilidad, sin formular las antiguas excepciones; y ello aún a pesar de que doctrinalmente se sostenga que la función de este requisito preprocesal no parece poder cumplirse, por cuanto que los citados organismos –INSS y TGSS– sólo entran en juego si fallan los responsables principales. 2.- Pero también –así lo indicábamos en nuestra precitada decisión– esa misma sentencia del Alto Tribunal ha reiterado la doctrina –aparte de la que también explicita y damos por reproducida– sentada por la STC Pleno 76/1996 (30-abril), de que «el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, reclama, en lo que ahora nos importa, la necesidad de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 90/1986), muy especialmente cuando esté en juego no el acceso a los recursos sino el acceso a la jurisdicción (SSTC 37/1995 y

55/1995), para permitir así un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, contenido propio y normal de aquel derecho (STC 40/1996)». Para el Tribunal Supremo, la reclamación administrativa previa es un privilegio procesal de la Administración demandada que tiene dos finalidades: una primera –esencial y prioritaria– que es la de poner en conocimiento del órgano administrativo la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el litigio, evitando así la necesidad de acudir a la jurisdicción; y una segunda –accesoria y subordinada– consistente en dar a la Administración demandada la posibilidad de preparar adecuadamente la oposición. Y aunque la primera de las referidas finalidades no se puede cumplir en la materia relativa accidentes de trabajo, salvo que se pretenda la responsabilidad directa de la Administración de la Seguridad Social en el reconocimiento de los derechos o abono de las prestaciones reclamadas, ya que la referida Administración no puede resolver directamente el litigio, sí se cumpliría la segunda de las finalidades indicadas, la de dar a la Administración demandada la posibilidad de preparar adecuadamente la oposición. Y sobre esta base, la referida doctrina jurisprudencial considera que la consecuencia del incumplimiento formal de su formulación no puede ser desproporcionada en relación con el contenido esencial del art. 24.1 de la Constitución, dado el escaso relieve del único fin a que atiende en estos casos y el hecho cierto de que ni siquiera la propia reclamación previa resulta estrictamente imprescindible para lograrlos. Y «En consecuencia, si bien el requisito cuestionado es jurídicamente exigible mientras no se modifique el texto procesal para excluir, en su caso, su necesidad en la materia ahora tratada, debe proclamarse, sin embargo, la flexibilidad en la interpretación de los preceptos en los que se contiene tal exigencia para tenerla por efectivamente cumplida en todos aquellos supuestos en los que la finalidad a la que responde su exigencia en esta materia se haya alcanzado aun cuando no se hubiere formalmente interpuesto la reclamación previa»; y con mayor motivo, entendíamos y entendemos, cuando se ha formulado la indicada reclamación previa y el defecto es meramente temporal, de una presentación extemporánea que ni siquiera fue alegada por las Entidades Gestoras y de la que pretende beneficiarse quien –la Mutua demandada– ni siquiera es la beneficiaria legal del privilegio, cuya tácita renuncia por parte de su legítimo titular creemos debe excluir su factible invocación por tercera persona ajena al beneficio.

TERCERO.- Ahora bien, el caso de autos es ciertamente singular, porque se formula una doble e interrelacionada –efectos económicos–

pretensión: sobre subsidio de ILT e IPA. Y si bien respecto del primer extremo bien pudiera resultar aplicable la doctrina jurisprudencial citada, en lo que toca al segundo resulta indudable la improcedencia de admitir que con la misma fecha se solicite la declaración de IP y se accione en vía judicial, sin haber dado tan siquiera ocasión temporal alguna a tramitar el obligado procedimiento administrativo en materia de incapacidades laborales, previsto en el RD 1.300/95 (21-julio) y en la OM 18-enero-96, en cuyos respectivos arts. 6.1 y 14.1 se concede a la Administración –como bien recuerda el Magistrado de instancia– el plazo de 135 días para resolver; plazo antes del cual no puede entenderse desestimada tácitamente la solicitud. Y la indudable interdependencia IT-IP, razonablemente excluye que se haga interpretación no formalista del presupuesto administrativo en la primera contingencia, resolviendo sobre el fondo, y que con no menor razonabilidad se aprecie el defecto sobre la segunda prestación, dejando imprejuzgada la materia. En consecuencia,

Fallamos

Que rechazando el recurso formulado por don M.M.T., confirmamos la sentencia que con fecha 10-abril-1997 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº uno de los de Santiago de Compostela, por la que admitiendo la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, absolió en la instancia al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, la M.G.A.T. y la empresa “O., S.A.”

3042 RECURSO Nº 3.388/00

S. S.

AXENTE DE SEGUROS. INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. AMPLA AUTONOMÍA NA ORGANIZACIÓN DO TRABALLO INCOMPATIBLE COA NOCIÓN DE DEPENDENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Antonio González Nieto

A Coruña, a seis de octubre de dos mil.

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

En nombre del rey