

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 N° 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

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 3.388/00 interpuesto por doña M.A.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 128/00 se presentó demanda por doña M.A.P. en reclamación de incompetencia siendo demandado “O., S.A.” Seguros y Reaseguros en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 31 de mayo de 2000 por el juzgado de referencia que estimó la excepción de incompetencia de la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I.- Doña M.A.P., mayor de edad con D.N.I... vino prestando servicios para la demandada la empresa “O., S.A.” Seguros y Reaseguros, desde el 3 de abril de 1995 hasta el 20 de octubre de 1998, la relación se inicia con un contrato de agente de seguros, suscrito el 03.04.95 al amparo de la Ley reguladora de Mediación de Seguros Privados de 30 de abril de 1992.- II.- Figuraba la actora como agente con grupo a su cargo, preveía selección y formación por ella misma, con la posterior aceptación empresarial. Tenía dentro de la empresa un grupo de agentes, percibiendo un porcentaje sobre las operaciones realizadas por aquellos. Era misión de la actora el control y supervisión de dichos agentes. La actora no se encontraba en alta en ningún régimen de la seguridad social.- III.- Percibe la demandante su retribución en forma de comisiones por las operaciones realizadas por ella misma y las parte pactada por los agentes adscritos a su grupo.- IV.- doña M.A., prestaba servicios para la demandada figurando como agente de seguros con grupo, clave 822, adscrita a la sucursal de Vigo, aunque su centro de trabajo, lo tenía en la C/... de Pontevedra, en la misma ocupaba una mesa que compartía con sus compañeros de la sucursal, no tenía horario prefijado, ni obligación de cumplir alguno, si bien acudía todos los días a la empresa, en la que permanecía unas horas y luego salía a realizar su trabajo. No tenía oficina ni negocio propio, realizando toda la actividad relacionada con los seguros en la sede de la sucursal y únicamente para la demandada, no realizando otra actividad, si bien las comisiones las percibe en razón de que dicha operación llegue a buen fin. Al margen de las instrucciones generales que imparte el director de la sucursal la actora tenía libertad de organizar libremente su actividad.- V.- Se intentó sin avenencia conciliación ante el S.M.A.C.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la excepción de incompetencia de este orden jurisdiccional social para el conocimiento de la demanda de doña M.A.P., contra la empresa “O., S.A.” Seguros y Reaseguros”, sin entrar en el fondo del asunto, desestimo la demanda, absolviendo a la demandada, indicando al actor que puede interponer su reclamación ante el orden jurisdiccional civil.”

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 objeto del recurso acoge la excepción de incompetencia del orden jurisdiccional social, para conocer del litigio planteado, remitiendo a las partes ante el orden jurisdiccional civil, por entender que la actora desarrollaba su actividad de promover operaciones de comercio como agente de seguros por cuenta ajena en régimen de autonomía e independencia, esto es, bajo un contrato de agente mercantil y no en dependencia laboral. Decisión judicial que es recurrida por la parte actora, pretendiendo como primer motivo del recurso, con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados y en concreto el ordinal primero, a fin de que se adicione al mismo un párrafo del tenor literal siguiente: “El 22 de diciembre de 1995 se produce una novación en su contrato que comienza a regir el 1 de enero de 1996, el contrato originario de 23 de abril de 1995 y es ascendida a asesora comercial, con las funciones propias de esta categoría, con un salario mensual fijo de 60.000 pesetas, así como primas o beneficios que obtengan los agentes asignados”. Adición que no merece favorable acogida, al no aportarse documento que de modo directo y evidente evidencie el error del juzgador, tratando de hacer una nueva valoración de la prueba ya practicada en la instancia. En todo caso ninguno de los documentos que menciona, permiten concluir que la actora recurrente haya sido “ascendida” a asesora comercial, ni que realizará funciones propias de este puesto de trabajo, ni tampoco que pasara a tener un salario fijo mensual de 60.000 pts., pues el anexo al contrato de agente de seguros que se aporta, nada dice que se ascienda a asesora comercial, claramente especifica que la percepción de las cantidades mensuales que se mencionan, lo son en concepto de “gestión de producción” y éstas condicionadas al cumplimiento de unos determinados objetivos,

lo cual ni modifica el vínculo mercantil que une a las partes, ni convierte tales cantidades en sueldo. En todo caso, sabido es que la determinación del orden jurisdiccional al que corresponde conocer de una materia, constituye una cuestión de orden público procesal que debe ser examinada, incluso de oficio, por el tribunal, utilizando todo el material probatorio obrante en autos, sin necesidad de sujetarse a la declaración de hechos probados que contenga la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Como segundo motivo -sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción del artículo 1.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 1/55 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del estatuto de los Trabajadores; 17.1 y 28 del mismo cuerpo legal, y arts. 14 y 35.1 de la C.E.; alegando que la relación que unía a la actora con la empresa demandada era de naturaleza laboral y en consecuencia competencia de esta jurisdicción social, suplicando se declare el carácter laboral de la relación desde el 1 de enero de 1996 hasta el 20 de octubre de 1998 a jornada completa, así como se condene a la empresa a que le abone la cantidad de 2.672.000 pts. en concepto de diferencias retributivas devengadas en dicho periodo. Para una mas acertada resolución de esta litis, se ha de tener en cuenta: a) Esta sala (de forma mas reciente, en sentencia de 26 de septiembre de 1997) ha tenido ocasión de hacerse eco de las modificaciones introducidas por la Ley 12/92, sobre contrato de agencia, en orden a los criterios delimitadores de la naturaleza laboral o mercantil de los agentes comerciales, comisionistas o representantes de comercio, citando doctrina unificada del Tribunal Supremo (sentencias de 2 de julio y 21 de octubre de 1996, ar. 5.631 y 8.177), según las cuales : "La delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el art. 2.1.f) ET, desarrollada por el RD 1.438/1985, y sus fronteras con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por la Ley 12/1992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE de 18 de diciembre de 1986, determina en términos imperativos esta ultima Ley, por la que por vía refleja se deja precisado el ámbito de la exclusión de laboralidad que consagra el art. 1.3.f) ET y el de la relación laboral especial prevista por el art. 2.1.f) ET. La nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la "dependencia", la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a

promover y concluir actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuar; b) El Tribunal Supremo en sentencia de 23 de marzo de 1995 ha venido señalando: "que la actividad de mediación en la producción de seguros realizada por agentes, constituye una mediación en operaciones mercantiles que, como tal, no constituye una relación laboral normal de los contemplados en el artículo 1.1 del E.T. ni tampoco la relación laboral especial del artículo 2.1.f) del mismo cuerpo legal, por virtud de la expresa exclusión establecida. El contrato de agencia de seguros se configura así como una relación estrictamente mercantil cuyo objeto es la mediación, promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguros entre los asegurados y tomadores del seguro, de una parte y las entidades aseguradoras de otra". Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, no aparece que la actora haya concertado su relación con la demandada, ni la haya desarrollado, en régimen de dependencia laboral, puesto que desde el 3 de abril de 1995, vino prestando servicios para la empresa "O., S.A." Seguros y Reaseguros, en virtud de un contrato de agente de seguros suscrito en la indicada fecha al amparo de la Ley reguladora de mediación de Seguros Privados de 30 de abril de 1992 en la que figuraba como agente con grupo a su cargo previa selección y formación por ella misma con la posterior aceptación empresarial, consistiendo su actividad en la mediación entre la compañía y los tomadores del seguro y asegurados, realizando la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguros, presentando la solicitudes correspondientes, después de haber comprobado los riesgos, tramitando la formalización de las pólizas emitidas por la compañía y velando porque reúnan los requisitos debidos para la eficacia de las mismas, encargándose tanto de la gestión de cobro de las primas como aquellas otras necesarias para la atención de los asegurados y de los contratos que integren la cartera encomendada a su gestión; desarrollando dicha actividad en la sucursal de Vigo, aunque su centro de trabajo lo tenía en la C/... de Pontevedra, en la que ocupaba una mesa que compartía con sus compañeros de la sucursal, estando facultada para realizar su actividad profesional según sus propios criterios, no teniendo horario prefijado, (si bien acudía todos los días a la empresa en la que permanecía

unas horas y luego salía a realizar su trabajo), teniendo dentro de la empresa un grupo de agentes, siendo remunerada en forma de comisiones por las operaciones realizadas por ella misma y la parte pactada por los agentes adscritos a su grupo, si bien las comisiones las percibe en razón de que dicha operación llegue a buen fin, teniendo la mas completa libertad para organizar su trabajo y el tiempo que dedique al mismo; por lo que esta sala entiende que se está ante un supuesto de un contrato de agencia, sin que en su actuación concurran las notas de “dependencia” básicas para que una relación puede ser calificada como laboral, -común o especial- según se desprende de lo dispuesto, entre otros, en los artículos 1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores, y que de conformidad con lo razonado por el magistrado de instancia y el informe del Ministerio Fiscal, se ha de estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción. En todo caso, de no haberse estimado la referida excepción, tampoco procedería la petición que se contiene en el suplico del recurso, en la que se pide se reconozca el carácter laboral de la relación y se le abonen una serie de diferencias retributivas, sino que lo procedente hubiera sido declarar la nulidad de lo actuado, con remisión de los autos al juzgado de procedencia a fin de que por el magistrado de instancia dictara una nueva resolución entrando a resolver sobre el fondo del asunto. Por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el Recurso de Suplicación interpuesto por doña M.A.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Pontevedra de fecha 31 de mayo de 2000, que se confirma íntegramente.

3043 RECURSO N° 3.879/00

S. S.

CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO. NON A SUSPENDE A INTERPOSICIÓN DE DEMANDA CON FIRMA IMITADA. DESPEDIMENTO POR CAUSAS OBXECTIVAS: PROCEDENTE. SITUACIÓN DE PERDAS.

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 nº 3.879/00 interpuesto por “A.O., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña B.G.B. y don J.A.R.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “A.O., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 247/00 acum. 265/00 sentencia con fecha doce de junio de dos mil por el juzgado de referencia que desestima en autos nº 247/00 e estima autos nº 265/00 la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- La actora doña B.G.B., vino prestando servicios para la empresa “A.O., S.L” desde el 12 de agosto de 1997, con la categoría profesional de Oficial Administrativo y percibiendo un salario de 135.004 pts., incluida prorrata de pagas extras don J.A.R.F., prestó servicios para la citada empresa con la categoría profesional de chofer desde el 1 de agosto de 1997 hasta el 29 de septiembre de 1998, en que causa baja voluntaria, mediante un contrato por tiempo indefinido, volviéndose a suscribir nuevo contrato de esta modalidad el 15 de octubre de 1998; y un salario de 123.624 pts., incluida prorrata de pagas extras./ Segundo.- La actora doña B.G.B. fue despedida mediante carta de fecha 16 de febrero de 2000, cuyo contenido por constar en autos se da por reproducido, por constante disminución en el rendimiento de trabajo habitual, presentando papeleta de conciliación ante el SMAC, en fecha 6 de marzo de 2000, celebrándose el acto en fecha 17 de marzo de 2000 con “Avenencia” en fecha 17 de marzo de 2000./ Tercero.- Los actores contrajeron matrimonio el día 4 de marzo de 2000, disfrutando el actor 15 días de permiso hasta el día 20 en que se reincorporó a la empresa y por la demandada se le dijo que cogiera vacaciones. La actora se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el 3 de enero de 2000 con un diagnóstico en el parte de baja de abdomen agudo, consecuencia del estado de embarazo en que se encuentra./ Cuarto.- En fecha 21 de marzo de 2000 los actores recibieron carta remitida por la demandada del siguiente tenor literal: “ Muy sr. nuestro.- Por medio de la presente le notificamos a usted, que con ésta fecha se inicia expediente de regulación de empleo basado en causas económicas, lo que hace

la extinción de su contrato por causa de fuerza mayor, E.T. art. 51 RD 43/1996 art. 5.- Por tal motivo iniciamos de acuerdo con la ley el periodo de consultas (ET art. 51.2 y 4 RD 43/1996 art. 8).- Dichas causas económicas se concretan en las pérdidas tenidas por ésta empresa en los tres últimos ejercicios (años 1997, 1998 y 1999).- Le comunicamos que dicho expediente se presenta ésta misma fecha en la Delegación Provincial de Trabajo, lo cual le comunicamos a los efectos oportunos.- Sin otro particular, se despide atentamente”./Quinto.- En fecha 23 de marzo de 2000 presentaron papeleta de conciliación, celebrándose el acto en fecha 4 de abril de 2000 “Sin Efecto”, presentando demanda en fecha ante el Juzgado de lo Social Decano el 26 de abril de 2000 (autos nº 247/00 de este juzgado)./ Sexto.- El actor en fecha 23 de marzo de 2000 formuló papeleta de conciliación, reclamando el pago de la paga de beneficios del año 99 por importe de 94.499 pts., celebrándose el acto en fecha 4 de abril de 2000 “Sin Efecto”. La citación de dicho acto fue recibida por la empresa en fecha 28 de marzo de 2000./ Séptimo.- En fecha 28 de marzo de 2000 a medio de requerimiento notarial a los actores se les notificó carta d el siguiente tenor literal: “A doña B.- Muy Sra. nuestra.- Por la presente la empresa le comunica a Ud. que en fecha de 31 de marzo del año 2000 queda Ud. despedida de esta empresa. El motivo de la extinción de su contrato de trabajo se concreta en causas objetivas por razones económicas. Concretamente la empresa sufre pérdidas desde el año 1997 ininterrumpidamente y que se concretan en las siguientes cantidades: año 1997: 4.811.859 pts; año 1998: 9.375.287 pts; año 1999: 15.936.832 pts, a 27 de marzo del año 2000: 418.365 pts. La situación de crisis es real, actual y suficiente para justificar la extinción de su contrato de trabajo ya que de mantenerse éste la crisis sería irreversible a muy corto plazo. La extinción contribuye a superar dicha crisis al eliminar parte de las pérdidas. Al mismo tiempo ponemos a su disposición la indemnización de veinte días de salario por año de servicios, que cuantificamos (s.e.u.o.) en la cantidad de 242.805 pts, mas 104.911 pts, al haber optado la empresa por sustituir el mes de antelación con que se le debe notificar la extinción por el salario correspondiente a dicho mes, lo que suma un total de 347.716 pts, que le entregará el Notario don E.A.R. en su notaría en la c/... de esta ciudad de Orense, a través de un cheque bancario y nominativo debidamente conformado de la entidad “C.V” y “C.O.”. Tiene Ud. a su disposición en la gestoría... la liquidación que le corresponde.- AD. J.A.: Muy Sr. nuestro.- Por la presente la empresa le comunica a Ud. que en fecha de 31 de marzo del año 2000 queda Ud. despedido de esta empresa. El motivo de la extinción de su contrato de trabajo se concreta en

causas objetivas por razones económicas. Concretamente la empresa sufre pérdidas desde el año 1997 ininterrumpidamente y que se concretan en las siguientes cantidades: año 1997: 4.811.859 pts.; año 1998: 9.375.287 pts., año 1999: 15.936.832 pts., a 27 de marzo del año 2000: 418.365 pts. La situación de crisis es real, actual y suficiente para justificar la extinción de su contrato de trabajo ya que de mantenerse éste la crisis sería irreversible a muy corto plazo. La extinción contribuye a superar dicha crisis al eliminar parte de las pérdidas. Al mismo tiempo ponemos a su disposición la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, que cuantificamos (s.e.u.o.) en la cantidad de 124.621, mas 95.867 pts., al haber optado la empresa por sustituir el mes de antelación con que se le debe notificar la extinción por el salario correspondiente a dicho mes, en su notaría en la c/... de Orense, a través de un cheque bancario y nominativo debidamente conformado de la entidad “C.V.” y “C.O.” Tiene Ud. a su disposición en la gestoría... la liquidación que le corresponde”./ Octavo.- No consta acreditado que la empresa demandada cuando remitió a los actores las cartas de fecha 21 y 28 de marzo conociera el estado de embarazo de doña B./ Noveno.- La empresa demandada tuvo pérdidas por los siguientes importes hasta el 27 de marzo de 2000 año/97: 4.811.859 pts.- año/98: 9.375.287 pts.-año/99: 15.936.832 pts.- año 2000 hasta el 27: 418.365 pts./ Décimo.- Los actores no ostentan ni han ostentado cargo representativo de los trabajadores en el último año./Undécimo.- En fecha 11 de abril de 2000 presentaron papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose acto en fecha 26 de abril de 2000, con resultado “sin efecto”, presentando demanda los actores ante el Juzgado de lo Social Decano el 5 de mayo de 2000 (autos nº 265/00 del Juzgado de lo Social nº tres).”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: A) Que desestimando la demanda (autos nº 247/00) formulada por doña B.G.B. y don J.A.R.F., contra la empresa “A.O., S.L.”, debo absolver y absuelvo a la empresa demandada de la pretensión ejercitada por los actores contra ella. B) Que estimando la demanda (autos nº 265/00 del Juzgado de lo Social nº tres) formulada por doña B.G.B. y don J.A.R.F., contra la empresa “A.O., S.L”, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de los actores, condenando a la empresa demandada a que en plazo de CINCO DIAS opte entre readmitirlos inmediatamente en igual puesto de trabajo que antes del despido o les abone una indemnización de QUINIENTAS TREINTA Y DOS MIL SEISCIENTAS TREINTA Y CINCO PESETAS (532.635 PTS) a doña B.G.B. y DOSCIENTAS

SETENTA MIL DOSCIENTAS OCHENTA Y TRES PESETAS (270. 283 pts) a don J.A.R.F.; con abono en cualquier caso a don J.A.R.F. de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la presente sentencia y sin que proceda tal abono a doña B.G.B., salvo en el caso de que cause alta antes de la fecha de notificación de esta sentencia y por el período entre el alta y dicha fecha.”

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.- Se interesa por la empresa recurrente –vía art. 191.a) LPL– la reposición de las actuaciones a momento procesal anterior a la providencia de 29-mayo-00, por infracción del art. 76 LPL, en relación con la DA Primera de la misma y los arts. 606 a 609 LEC. 1.- Se basa fácticamente tal petición en que por escrito de 29-mayo-00 (folio 74), presentado en Autos 265/00, tramitados inicialmente por el Juzgado de lo Social nº 3 y acumulado al 247/00, se solicitó “como prueba pericial anticipada, se practique pericial caligráfica, a fin de determinar si las firmas estampadas en la demanda son de los actores, a cuyo efecto estos formarán un cuerpo de escritura a presencia judicial” (folio 74); escrito al que se acompañaba informe pericial caligráfico (folios 75 a 78). Solicitud que negada por providencia de 29-mayo, “toda vez que dicha prueba puede ser perfectamente efectuada en el acto de juicio [...] y en segundo lugar por cuanto es a la parte a la que corresponde [...] nombrar el perito” (folio 80). En el acto de juicio (folios 89 a 96), la parte entonces demandada y hoy recurrente propuso la práctica de prueba pericial, consistiendo en la mera ratificación del informe pericial que ya obraba unido a las actuaciones, y obtenido partiendo de considerar “indubitada” la firma de los accionantes que obraba en diversas nóminas. Sin que en la proposición o práctica de la prueba o en trámite de conclusiones se hubiese hecho protesta alguna respecto de la forma en que la citada pericial fue practicada. Y en la decisión recurrida se rechaza la conclusión pericial, al haber sido obtenida a partir de una copia, sin el debido cotejo con el documento original. 2.- Ha de destacarse –como en tantas veces anteriores: SSTS Galicia 12-mayo-00 R. 1.192/97 y 16-mayo-00 R. 2.018/97– que la nulidad de actuaciones por violación de disposición adjetiva requiere inexcusadamente (1º) que se indique la concreta norma que se considere infringida, (2º) que efectivamente se haya vulnerado, (3º) que la misma tenga carácter esencial, (4º) que con la

infracción se haya determinado indefensión a la parte, y (5º) que se hubiese formulado oportuna protesta. Y ello es así, porque la indefensión –proscrita por el art. 24 CE– no nace de toda infracción de las reglas procesales, sino tan sólo de aquella que se traduce en privación o limitación real del fundamental derecho de defensa (STC 34/1991, de 14-febrero), de manera que la prohibición de indefensión tiene carácter material más que formal, y no se entiende producida cuando, pese a la existencia de infracciones procesales, no se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal o cuando no se merman las oportunidades de la parte para alegar y probar lo que a su derecho convenga (STS 12-noviembre-1990 Ar. 9.169). 3.- En el caso de autos falla el presupuesto esencial de la nulidad de actuaciones, por cuanto que la providencia de 29-mayo es plenamente ajustada a derecho. El proceso laboral está inspirado en la unidad de acto y la práctica de prueba anticipada se limita a “pruebas que no puedan ser realizadas en el acto de juicio o cuya realización presente graves dificultades en dicho momento” (art., 78 LPL), y no hay razón alguna para incluir en la excepción a la prueba pericial tal como con todo acierto se entendió en la citada providencia; nada obstaba a su correcta práctica en el acto de juicio, porque nada impedía la formación de un cuerpo de escritura en el plenario, y por ello ninguna nulidad cabe deducir de la resolución judicial que rechaza la práctica anticipada. Y si algún género de indefensión se hubiese podido crear en el acto de juicio –extremo que no se afirma en el recurso–, el defecto únicamente sería alegable en este trámite si en su momento hubiese sido denunciado, con oportuna protesta.

SEGUNDO.- 1.- Bajo la cobertura del art. 191.b) LPL, el recurso solicita la revisión de los HDP, y más en concreto que el undécimo exprese en su último inciso lo que sigue: “presentando demanda ante el Juzgado de lo Social Decano de 5 de mayo de 2000 (Autos nº 265/2000, del Juzgado de lo Social nº tres), una tercera persona ajena a los actores, la cual falsificó sus firmas”. Asimismo se pide complementar el ordinal noveno, con expresión de que: “La empresa acumula un pasivo, procedente de pérdidas de ejercicios anteriores, por un importe de 30.542.343 Pts. La empresa tuvo en el año 1997, 8 empleados fijos, suponiendo los costes de personal 6.272.235 Pts., lo cual representa el 19'17% del total de gastos. En el año 1998 los empleados son cinco fijos, suponiendo los costes de personal 16.809.687 Pts., lo cual supone el 18' 75 % del total de gastos. En el año 1999, los empleados siguen siendo 5 fijos, suponiendo los costes de personal 17.419.327 Pts., lo cual supone el 15'48% del

total de gastos". 2.- La primera de las modificaciones se acepta en gran medida, pues salta a la vista –sin necesidad de ser perito calígrafo– que las firmas de la demanda presentada en mayo (folio 49) y de la papeleta de conciliación ante el SMAC (52 vuelto) no guardan relación alguna con las de las nóminas que figuran en autos (folios 129 y siguientes), ni con las de demanda previa de abril (folio 3), o las del acta de juicio (folio 96), ni con las de los contratos de trabajo (127, 128)...; las razones técnicas sobreabundan en el informe ratificado y a él nos remitimos. Pero obviamente no puede aceptarse en los términos que se propone, sino en los siguientes: "presentando demanda ante el Juzgado de lo Social Decano de 5 de mayo de 2000 (Autos nº 265/2000, del Juzgado de lo Social nº tres), una tercera persona ajena a los actores, a los que no corresponden las firmas que obran en ella". 3.- Y lo mismo ocurre con la segunda de las variaciones, por cuanto que la prueba que al efecto se invoca (documental y pericial contable) pone de manifiesto la corrección de los datos cuya incorporación se pretende, y que no significan nada más que simples precisiones –porcentaje del coste que comportan los trabajadores– de lo que ya constaba en la carta de cese, respecto de la que no puede considerarse variación substancial, y que en todo caso pudo haber sido objeto de oportunas aclaraciones o protesta –inexistente– en el acto de la vista.

TERCERO.- Se denuncia –vía art. 191.c) LPL– la infracción del art. 91 LPL, en relación con la DA Primera LPL y art. 580 LEC, así como con el art. 24 CE. Se rechaza la denuncia, por cuanto que el magistrado no excluyó la falsedad de las firmas alegada por el perito basándose en la propia confesión de los demandantes, sino por considerar que la afirmación de falsedad no se hallaba "debidamente acreditada", al haberse obtenido a partir de una copia no aportada para su debido cotejo con el original. Y en segundo término, la conclusión que el recurso pretende –que la firma de la demanda no corresponde a los actores– es algo que ya esta Sala ha admitido en el precedente fundamento de derecho, por lo que se hace del todo ociosa la presente denuncia.

CUARTO.- Aunque formalmente no se formula expreso motivo en el que se denuncie la infracción del art. 59 ET, lo cierto es que varios de los motivos van dirigidos precisamente a ese fin, de caducidad de la acción, por no haberse presentado la demanda en forma –firmada por los trabajadores– y temporáneamente. Ello con independencia de que en trámite de suplicación cabría incluso examinar de oficio la excepción, por haber sido ya planteada en la instancia y no ofrecer condición de inaceptable cuestión nueva (así, SSTS de 21-

diciembre-84 Ar. 6.477 y 2-noviembre-83 Ar. 5.564). Admitimos la decadencia del derecho, por cuanto que la presentación de la demanda por tercera persona, faltando la firma de los trabajadores legitimados y constando otra simplemente imitativa, no es que constituya un defecto e infracción del art. 80.1.f) LPL, ya de por sí obstativo de que se produzca la caducidad –a los veinte días– prevista en los arts. 59.3 ET y 103.1 LPL, sino que ni siquiera integra la demanda propiamente dicha a que los citados preceptos se refieren; esa demanda –así lo entendimos ya en sentencia de 16-septiembre-92 AS 4.179– no es identificable con la presentación de un documento con forma de tal por tercera persona y con firma que imita a la propia del pretendido accionante, sino que claramente se refiere al regular ejercicio de la acción por quien se halla legitimado para ello o por quien tiene poder –en forma legal– al efecto. Sin que a la demanda «aparente» quepa atribuirle eficacia alguna en causa a la figura del mandato, por cuanto que ni siquiera se ha pretendido en autos la existencia de apoderamiento verbal o tácito (art. 1.710 CC) y de su correlativa ratificación; aparte de que, en último término, esa confirmación no parece pudiera tener efectos retroactivos en perjuicio de tercero, con detrimento de la seguridad jurídica y en materia –procesal– imperativa.

QUINTO.- De todas formas, aunque se hubiese rechazado la caducidad, ello no obstaría a la desestimación de la demanda, habida cuenta de que la sala considera que igualmente concurre la denunciada infracción –último motivo del recurso– de los arts. 52.c) y 53 ET, en relación con diversa doctrina jurisprudencial. Extremo al que hacemos referencia al objeto de apurar –con la motivación– incluso más allá de lo obligado la tutela judicial. 1.- Los datos –de hecho– esenciales son los expresados en el ordinal noveno, respecto de que a 27-marzo-00 las pérdidas ascienden a 30.542.343 Pts. (4.811.859 Pts. para el año/97, 9.375.287 Pts. para el año/98, 15.936.832 Pts. para el año/99 y 418.356 Pts. en el primer trimestre del año/2000. Y respecto de los mismos razona la decisión recurrida que aquéllos suponen "una evolución muy positiva de la empresa" en el último año y que "se ha roto la tendencia a las pérdidas en otros años", por lo que "el despido de dos trabajadores resulta desproporcionado a las circunstancias actuales de la empresa". 2.- Y se admitiría la vulneración denunciada, por cuanto que el art. 52.c) ET dispone la válida extinción del contrato de trabajo «cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta ley y en número inferior al establecido en el mismo». Y si ya el art. 51.1 ET prescribía en todo

momento que «se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas *contribuya*, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa...», este criterio lo reitera la actual redacción del propio art. 52.ºc, al señalar que «a tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de *contribuir* a la superación de situaciones económicas negativas». En general se ha sostenido (por esta sala, ya en sentencias de 15-noviembre-95 R.4.617/95 y 12-diciembre-95 R. 5.090/95) que por causa económica debe entenderse la que actúa sobre el resultado de la gestión empresarial, sobre su equilibrio entre ingresos y gastos, entre los costes y los beneficios, y que concurre situación económica negativa cuando –aún sin necesidad de llegar a una crisis total– se producen pérdidas sostenidas. Y es doctrina unificada en interpretación de tal normativa (STS 24-abril-96 Ar. 5.297, recordada por ATS 23-abril-97 Ar. 4.519) la de que «para llevar a cabo la extinción de contratos de trabajo que permite este precepto legal no es necesario, de ningún modo, que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible; antes al contrario, lo más propio y característico de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir, recuperables, y que precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma». Y que la Ley tampoco exige «que tenga que demostrarse de forma plena e indubitable que la extinción del nexo contractual ordenada lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica de la empresa», porque «es sabido que contribuir equivale a «ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin». No es preciso, por ende, que el despido objetivo adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que esa rescisión contractual «*contribuya*» a la mejoría de la empresa, es decir, que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría; si bien tal contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota».

3.- En el caso de autos se ha acreditado la realidad, actualidad –persistencia– y objetividad de la causa económica, así como que el cese de los actores «*contribuye*» a solucionar –siquiera parcialmente– la situación negativa. Cuando constan debidamente acreditadas pérdidas por más de treinta millones de pesetas en prácticamente tres años –más de la mitad de ellas en la última anualidad–, es absolutamente

inargumentable que las escasas pérdidas de los tres últimos meses suponen “una evolución muy positiva de la empresa” y que “se ha roto la tendencia a las pérdidas en otros años”, por lo que “el despido de dos trabajadores resulta desproporcionado a las circunstancias actuales de la empresa”. Las pérdidas han seguido incrementándose, incluso en ese trimestre, y la situación negativa ha de considerarse existente mientras no haya apreciables beneficios –presentes o presumibles– que comiencen a enjugar los más de treinta millones de pérdidas. Y con mayor motivo cuando el plan de viabilidad propone que los actores sean sustituidos en su actividad –administración y reparto de mercancía– por el gerente y su esposa, ya de alta en la empresa como trabajadores autónomos. Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por “A.O., S.L.”, revocamos la sentencia que con fecha 12-junio-2000 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº uno de los de Ourense, y apreciando la caducidad de la acción que ha sido alegada, desestimamos la demanda presentada por doña B.G.B. y don J.A.R.F., absolviendo a la parte demandada.

3044 RECURSO Nº 3.703/00

S. S.

CONFLICTO COLECTIVO. COMPETENCIA FUNCIONAL. É COMPETENTE A SALA DO SOCIAL DO TSX DE GALICIA CANDO O ÁMBITO DO CONFLICTO EXCEDA DA CIRCUNSCRICIÓN TERRITORIAL DUN XULGADO DO SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José M. Mariño Cotelo

A Coruña, a nueve 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. 3.703/00 interpuesto por “Centro de Transfusión de Galicia.” 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 doña A.S.M.J. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado CENTRO DE TRANSFUSIÓN DE GALICIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 363/2000 sentencia con fecha veinticinco 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 Centro de Transfusión de Galicia (en adelante, “CTG”) es una Fundación Pública de Interés Gallego, bajo el protectorado de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia, inaugurado el 30 de junio de 1993 y que comenzó sus actividades el 23 de agosto del mismo año, teniendo como principales objetivos el garantizar el suministro de hemoderivados a los centros sanitarios de Galicia en función de sus necesidades, promocionar la donación de sangre, y programar y ejecutar la extracción de las hemodonaciones a nivel intra y extra hospitalario (mediante unidades móviles)./Segundo.- El CTG tiene su domicilio social en... de Santiago de Compostela./ Tercero.- El presente conflicto colectivo afecta un número aproximado a 71 trabajadores pertenecientes al Servicio de Hemodonación del CTG./ Cuarto.- Los trabajadores, fijos desde julio de 1996, celebraron sus contratos en Santiago consignándose como su centro de trabajo el anteriormente indicado constitutivo a su vez del domicilio social del “CTG”./ Quinto.- Los trabajadores, hasta marzo de 1999 en que comenzó la negociación del vigente Convenio Colectivo de la Fundación (mediante Resolución de 4 de noviembre de 1999 se acordó su inscripción en el registro y publicación en el D.O.G., producida el 23 de diciembre de 1999), se regían por el denominado Reglamento de Régimen Interior, Organización y Funcionamiento de la fundación, realizando jornada continuada en turnos que comprendían desde los 8:00 a las 15:00 horas y desde las 15:00 a las 22:00 horas./ Sexto.- Desde entonces, los trabajadores realizan su trabajo en jornada continuada o partida, señalada por la empresa, con horarios muy irregulares que propician jornadas que oscilan entre las 4 y las 13 horas diarias, sin que la fundación facilite un calendario laboral anual, de manera que la empresa únicamente entrega, con un mes de antelación, aproximadamente, un calendario provisional sobre los turnos de trabajo, siendo así que los trabajadores no tienen conocimiento de la programación definitiva hasta unos 4/6 días

anteriores a su prestación de servicios, sufriendo constantes modificaciones respecto del citado calendario provisional, de igual forma, los trabajadores desconocen la “relación de sábados trabajados y días de descanso” que figura en el expediente administrativo previo./ Séptimo.- La empresa es la que dispone de los denominados “días a disposición” establecidos en el art. 22.g) del vigente Convenio Colectivo cuando la situación organizativa lo permite, e incluso, según parece, su concesión implica que los empleados deben estar localizados por medio de un “buscapersonas”./ Octavo.- La prestación de servicios por cuenta del “CTG” se desarrolla en los puntos fijos de extracción de sangre sitos en siete ciudades gallegas (Ferrol, A Coruña, Lugo, Ourense, Pontevedra, Santiago y Vigo) mediante ocho unidades móviles. El personal del Servicio de Hemodonación está adscrito geográficamente, en cuanto a su prestación de servicios, a una de dichas zonas./ Noveno.- Aún siendo habitual la prolongación de la jornada de los trabajadores afectados, normalmente provocada por la afluencia de donantes a última hora de la mañana o de la tarde, según informe del administrador del “CTG” –de fecha 7 de febrero de 2000- en el año 1999 no se produjeron horas extras./ Décimo.- Conforme al informe del “CTG” obrante en el ramo de prueba de la parte demandada, que aquí demos por reproducido en aras de la brevedad, en 1999 se produjeron 102.326 donaciones de sangre en Galicia (las donaciones se han incrementado en Galicia un 48% en el período comprendido entre el año 1992 y el año 1999) y el 80% de las mismas se verificó en las unidades móviles frente al 20% que se practicó en los hospitales, resultando estadísticamente demostrado a tenor de las encuestas llevadas a cabo, que el 23% de la población donante en 1998 prefería un horario de atención de 10:00 a 14:00 horas, el 17% lo prefería de las 17:00 a las 19:00 horas, el 13% de las 19:00 a las 21:00 horas y un 46% podía donar en cualquiera de los horarios antedichos./ Undécimo.- El 25 de abril de 2000 se intentó la conciliación ante la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relaciones Laborales de la Xunta de Galicia, con el resultado sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando como estimo, en los términos que a continuación se expondrán, la demanda de conflicto colectivo promovida por doña A.S.M.J. en representación del comité de empresa del “CTG”, contra dicha fundación, habiendo sido parte los sindicatos CCOO, CIG y UGT, así como la CEG, debo declarar y declaro el derecho de los trabajadores afectados por este conflicto a prestar sus servicios durante 37 horas y 30 minutos semanales en jornada continuada de

lunes a viernes, debiendo fijarse la hora de comienzo y fin de jornada, teniendo derecho a un descanso semanal de 02.02.01 días cada tres semanas, que comprenderá los sábados y domingos con excepción de los 16 sábados anuales que establece el art. 2.f) del convenio colectivo vigente como de trabajo obligado y, asimismo, que los días denominados como “días á disposición” son días señalados para que los peticionen los trabajadores en función de compensación del exceso de sábados trabajados, si se da el caso, sin perjuicio de contar con la aprobación de la fundación a expensas de que la situación organizativa lo permita, condenando a la fundación demandada a estar y pasar por esta declaración y a la práctica de la legalidad como se dispone en esta sentencia.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda de conflicto colectivo promovida por A.S.M.J., en representación del comité de empresa del “C.T.G.” contra el “C.T.G.”, habiendo sido parte los sindicatos UGT. CCOO. y CIG, así como la CEG, se alza en suplicación la entidad demandada, articulando su recurso en atención a tres motivos, en el primero de los cuales al amparo del artículo 190 (sic a) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción de normas o garantías del procedimiento; en el segundo motivo, subdividido, insta la revisión de los hechos declarados probados segundo y quinto de la sentencia de instancia, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral y en el tercero de los motivos, pretende el examen del derecho aplicado, denunciando las infracciones normativas allí reseñadas.

SEGUNDO. El primer motivo de recurso incide en la incompetencia funcional del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Santiago para conocer del conflicto planteado, estando facultada la sala, por tratarse de una cuestión que afecta al orden público procesal, para resolver sobre la existencia de dicha competencia, examinando en su integridad las actuaciones de instancia, así como toda la prueba incluida en las mismas, para, de esa forma, disponer de cuantos elementos de juicio le sean indispensables, no estando vinculada por las declaraciones fácticas de la resolución “a quo”, aunque al parecer de este tribunal el contenido de la relación de hechos

ofrece, en esencia, la materia suficiente para la decisión en derecho de la cuestión a resolver.

TERCERO. Así las cosas, conviene dejar constancia de que si bien el “CTG” tiene su domicilio social en Santiago de Compostela, la prestación de servicios por cuenta del mismo se desarrolla en los puntos fijos de extracción de sangre sitos en siete ciudades gallegas, a la sazón Ferrol, A Coruña, Lugo, Ourense, Pontevedra, Santiago y Vigo, además de ocho unidades móviles, sin que pueda soslayarse el hecho de que, como resulta de la propia documental aportada por la parte actora, en las zonas referidas se ubican los puntos fijos de extracción en los hospitales allí radicados, y que de los puntos fijos parten las unidades móviles y también retornan a el para dar por concluida la jornada, así como que los objetivos de producción se fijaban y evaluaban en el marco de las distintas zonas, a lo que cabe añadir que el artículo 17.e) del Reglamento de Régimen interior que regía con anterioridad al convenio de 23.12.99, establecía que “los trabajadores que desempeñen sus funciones en la Unidad Funcional de Hemodonación son trabajadores que prestan sus servicios en centros de trabajo móviles... no es que tengan un centro de trabajo y se desplacen desde el mismo a lugares distintos sino que el centro de trabajo va cambiando y siguiendo a su persona a medida que esta se desplaza a los distintos puntos en los cuales su tarea móvil se debe desenvolver” y que el artículo 12.2 del meritorio Convenio Colectivo refleja que “la adscripción geográfica del personal que presta servicios en hemodonación se fijará a uno de los puntos fijos localizados en Santiago, A Coruña, Ferrol, Ourense, Lugo, Vigo y Pontevedra”, no cabe duda que la prestación efectiva de servicios por parte del personal de Hemodonación se lleva a cabo, no en el lugar designado como domicilio social de la entidad, sino en los antes referidos puntos fijos y unidades móviles a los que también se refiere el ordinal octavo de la sentencia de instancia.

CUARTO. En el aspecto normativo deviene de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Laboral al establecer que: “Las Salas de lo Social de los Tribunal Superior de Justicia conocerán: a) en única instancia de los procesos sobre las cuestiones a que se refieren los párrafos g), h), i), k), l) y m) del artículo 2 cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma, así como de todos aquellos que expresamente les atribuyan las leyes”, incidiendo el artículo 2 de la propia Ley de Trámites en la consideración de que “Los órganos jurisdiccionales del orden social

conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: 1º en procesos de conflictos colectivos”, en tanto que el artículo 75.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que: “La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia conocerá: 1º. En única instancia, de los procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma”, por lo que deviene procedente acoger el pedimento auspiciado por la entidad demandada en el primer motivo de su recurso y, en consecuencia, declarar la incompetencia funcional del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Santiago de Compostela para el conocimiento y fallo de la presente controversia, dejando constancia de que sea esta Sala de lo Social la competente funcionalmente al efecto. En consecuencia,

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación articulado por el “CTG” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de Santiago de Compostela de fecha 25 de mayo del 2000 en Autos 363/00, revocamos la resolución de instancia y acogiendo la excepción de incompetencia funcional alegada por la demandada “CTG” frente a la demanda formulada en su contra por A.S.M.J. en nombre del comité de empresa de dicha entidad, dejamos imprejuzgada la cuestión litigiosa y declaramos la incompetencia funcional del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Santiago para el conocimiento y fallo de la cuestión planteada, remitiendo a las partes, si a su derecho conviene, a plantear el conflicto ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

3045 RECURSO Nº 3.903/00

S. S.

CONTRATO TEMPORAL DE OBRA OU SERVICIO DETERMINADO VINCULADO A UN PROGRAMA PÚBLICO. A SÚA EXTINCIÓN CONSTITÚE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE CANDO O TRABALLADOR CONTINUOU A PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRALA EXPIRACIÓN DO PROGRAMA.

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

A Coruña, a diez 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. 3.903/00 interpuesto por Universidade da Coruña 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 A.P.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandadas la UNIVERSIDADE DE A CORUÑA y la CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA (XUNTA DE GALICIA) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 263/2000 sentencia con fecha 16 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 de la Universidad de La Coruña desarrollando las funciones propias de la categoría profesional de Técnico Titulado de Grado Medio con una antigüedad que databa del 15 de febrero de 1999 y habiendo percibido un salario mensual de ciento sesenta y siete mil novecientas setenta y siete pesetas (167.977 ptas.) con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias./ **SEGUNDO.-** El demandante y la citada Universidad suscribieron, en fecha 9 de febrero de 1999, contrato de trabajo de duración determinada para la realización de una obra o servicio determinado, consistente en la colaboración en el programa de extracción y recuperación de la información mediante el análisis lingüístico (proyecto de investigación), que comenzaría el 15 de febrero de 1999 y se estimaba su finalización el 31 de octubre de dicho año, pactándose la realización de jornada completa en turno de mañana y un salario bruto mensual de ciento cuarenta y tres mil novecientas cuarenta pesetas (143.940 ptas.). sin solución de continuidad en la prestación de servicios desde el citado 15 de febrero de 1999, las partes celebraron nuevo contrato de trabajo de duración determinada el 1 de diciembre de 1999 para la prestación de idéntico servicio, a jornada completa y turno de mañana, pactándose un salario bruto mensual de ciento sesenta y siete mil novecientas setenta y siete pesetas (167.977 ptas.) y una duración hasta el 31 de diciembre de 1999. No consta que el actor recibiera preaviso ninguno a la expiración del término convenido en ambos

contratos de trabajo./ TERCERO.- El actor fue dado de alta ante la T.G.S.S. desde el 15 de febrero y hasta el 31 de octubre de 1999 y de nuevo, desde el 1 al 31 de diciembre de 1999./ CUARTO.- El proyecto ERIAL (Extracción y Recuperación de Información Analizada Lingüísticamente) es un Proyecto de Investigación financiado con fondo FEDER en el que participan como socios investigadores las Universidades de A Coruña, Vigo y Santiago de Compostela, así como el Centro “R.P.” para la Investigación de Humanidades y las empresas “D.E.E.” y “E.C.”, siendo su finalidad la elaboración de recursos lingüísticos e informáticos que permitan la recuperación inteligente de la información, de forma que los cuatro equipos de investigación reciben una subvención correspondiente de la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología (CICYT), ocupándose el equipo de la Universidad de A Coruña del desarrollo de los programas informáticos y, los otros tres, de los componentes lingüísticos. Dicho proyecto, todavía en desarrollo en la actualidad, tiene vigencia prevista desde el 1 de noviembre de 1998 hasta el 31 de octubre de 2001./ QUINTO.- El Centro “R.P.” para la Investigación de las Humanidades, además de contar con proyectos internos del centro, colabora con otros organismos de investigación dado que posee métodos avanzados de hardware y software, de manera que profesores (nacionales o extranjeros) o personas en el marco de colaboración de un convenio en el que también participa dicho centro, sin pertenecer a éste ni depender orgánico jerárquicamente del mismo, pueden utilizar sus instalaciones mediante el correspondiente permiso de su dirección, a través de la apertura de una cuenta, esto es, por medio de una clave se accede a los sistemas informáticos con varios de niveles de entrada./ SEXTO.- Don G.R., a su vez director de la Sección Lingüística del Centro “R.P.”, Coordinador General del Proyecto ERIAL e investigador principal del grupo de la Universidad de Santiago, en septiembre de 1999 y a sugerencia de don M.V.F., director del proyecto FEDER e investigador principal del equipo de la Universidad de A Coruña, estimó positivo que el demandante desarrollara sus funciones trabajando físicamente en el Centro “R.P.”, a lo que accedió la dirección del mismo, otorgándose al demandante una clave de acceso a los sistemas informáticos que le permitiera continuar con el desarrollo de la parte del proyecto que le correspondía, sin que ello implicase que el Centro “R.P.” hubiere efectuado control alguno del contenido del trabajo, horario, jornada o cualquier otra circunstancia relativa al contrato de trabajo del actor, a quien coordinaba en su trabajo el Sr. R./ SÉPTIMO.- El demandante continuó en la prestación de sus servicios de forma

ininterrumpida hasta que, en fecha 23 de febrero de 2000, el Sr. V. comunicó al Sr. R. que el actor no iba a ser contratado de nuevo y que su colaboración con el Proyecto ERIAL iba a ser suspendida. Así, sin previa comunicación verbal o por escrito al actor, el Sr. R. ordenó en dicha fecha que anulase la cuenta del demandante y, al día siguiente, se lo comunicó a la dirección del centro. El día 24 de febrero de 2000, el demandante, acompañado de un amigo, se personó en el despacho del Sr. R. al comprobar que su cuenta había sido anulada y aquél le remitió al Sr. V. como la única vía de solución a su problema como responsable directo de su contratación y de su trabajo./ OCTAVO.- El demandante no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./ NOVENO.- Formuladas las preceptivas reclamaciones previas, la Xunta de Galicia desestimó la presentada ante la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria mediante Resolución de 31 de marzo de 2000, no constando resuelta la correspondiente a la Universidad de A Coruña”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando como estimo la demanda promovida por don A.P.M. frente a la UNIVERSIDAD DE A CORUÑA, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el actor y condeno a dicha universidad a que opte entre la readmisión del trabajador demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de doscientas cincuenta y ocho mil ciento sesenta y ocho pesetas (258.168 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 que procede la primera, con abono en ambos casos de la cantidad de cuatrocientas cincuenta y nueve mil ciento dieciocho pesetas (459.118 ptas.) en concepto de salarios de tramitación, y a un haber diario de cinco mil quinientas noventa y nueve pesetas (5.559 ptas.) desde la fecha hasta que se notifique la presente resolución; absolviéndose a la CONSELLERIA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA DE LA XUNTA DE GALICIA de todas las pretensiones deducidas contra la misma”.

CUARTO.- Con fecha trece de junio de dos mil, se dictó Auto de Aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “S.S^a ACUERDA: Aclarar de oficio, en el sentido indicado con anterioridad, en el F.D. 4º de la sentencia dictada en estas actuaciones el pasado

16 de mayo de 2000, manteniéndose la sentencia inalterable en el resto de sus pronunciamientos”.

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.- La Universidad de A Coruña recurre la sentencia de instancia, que declaró improcedente el despido del trabajador demandante, y solicita con amparo procesal correcto revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene aquella resolución.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, propone: El siguiente nuevo hecho probado: “El demandante, don A.P.M., conocía con total certeza, al menos al día 1 de febrero de 2000, que la Universidad de A Coruña había procedido a extinguir el contrato de trabajo temporal que le ligaba con ella por cumplimiento el día 31 de diciembre de 1999 del término pactado”; se basa en los folios 65, 83 y 84. La pretensión no se acepta, porque representa una valoración subjetiva de la recurrente acerca de los documentos que invoca y, en cuanto tal, ajena al carácter objetivo del relato de hechos. Así: * El comunicado de 27.01.00 (folio 65) enviado por el Sr. V. al actor, hace constar la disconformidad del remitente con la actividad laboral del destinatario, pero nada recoge sobre la extinción de la relación de trabajo del demandante, facultad que correspondía de forma exclusiva a la universidad contratante y no a quien, como el citado Sr. V., sólo ostentaba la dirección técnica o científica del proyecto denominado Feder, que incluyó el llamado programa Erial objeto de los servicios profesionales del actor. * La notificación de preaviso sobre la baja laboral del demandante de 16.12.99 (folio 83) firmada por el gerente de la universidad, acompañada del documento de baja (folio 84), no fue remitida a aquél sino al Sr. V. en cuanto responsable del proyecto indicado. B) Suprimir en el apartado 2º y en el fundamento jurídico tercero la expresión “No consta que el actor recibiera preaviso ninguno a la expiración del término convenido en ambos contratos de trabajo”, y en el fundamento de derecho 2º la frase “sin que la Universidad de A Coruña le notificara preaviso o cese por fin de contrato alguno”; se basa en los folios 65, 79 y 83. La pretensión no se acepta, porque son aplicables nuestras anteriores consideraciones en orden a los folios 65 y 83; a este último se equipara el alegado folio 79, porque es la misma notificación de preaviso sobre la baja laboral del demandante aunque de fecha y destinatario diversos (19.10.99;

decano de la facultad de informática) pero, al igual que aquella otra, tampoco enviada al actor. C) Suprimir en el apartado 7º y en el fundamento jurídico tercero los términos “le remitió al Sr. V. como la única vía de solución a su problema como responsable directo de su contratación y de su trabajo”; se basa en los folios 77 a 84. La pretensión se acepta en parte: Es admisible eliminar los términos “como responsable directo de su contratación” porque, cual indicamos en el párrafo A), algunos de los documentos invocados revelan que no fue el citado Sr. V. quien suscribió en nombre de la universidad la prestación de servicios del demandante; sin embargo, sí era el responsable de su trabajo en cuanto director del proyecto Feder, como admite la propia recurrente.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia las siguientes infracciones: A) El artículo 27.10 de la Constitución en relación con los artículos 65.1.m), 69.1 y 163.2 de sus estatutos (Decreto 253/92 de 10-9, 245/98 de 30-7 y 41/2000 de 25-2), pues la decisión judicial se basa en que el Sr. V. era el responsable de la contratación del demandante cuando, sin embargo, se trata del profesor-director del programa de investigación ajeno a los órganos universitarios contratantes, únicos competentes para decretar el cese del actor cual procedieron con fecha 31.12.99. B) Los artículos 1.2 y 8.1 del Estatuto de los trabajadores (ET), pues aunque el demandante continuara en la prestación de servicios después del 31.12.99, ésta no fue objeto de recepción y su falta determina jurídicamente la inexistencia del contrato. C) El artículo 59.3 ET en relación con el artículo 103.1 de la Ley de procedimiento laboral (LPL), pues el tiempo transcurrido entre que conoció el despido (01.02.00) y la fecha de la reclamación previa (29.02.00) superó el plazo legal de caducidad de la acción.

CUARTO.- A los efectos que ahora interesa, los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1º) El 09.02.99 el actor y la Universidad de A Coruña suscribieron contrato de obra o servicio determinado: su objeto fue colaborar en el proyecto Feder, programa de extracción y recuperación de la información mediante el análisis lingüístico (Erial), la duración estimada desde el 15-2 al 31.10.99 y la categoría profesional del actor técnico titulado de grado medio. 2º) El 01.12.99 firmaron nuevo e idéntico contrato para la prestación de idéntico servicio, con duración hasta el 31.12.99. 3º) No consta que recibiera preaviso a la expiración de los términos contractuales convenidos. 4º) Trabajó entre ambos contratos y hasta el 23.02.00. 5º) Permaneció de alta en la seguridad social durante los períodos 15-2/31-10 y 1/31.12.99. 6º) La vigencia prevista del programa Erial, actualmente en desarrollo, abarca desde el 01.11.88 hasta el

31.10.01. 7º) Erial es un proyecto de investigación financiado con fondos Feder y con una subvención de la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología, en el que participan como socios las Universidades de A Coruña, Vigo y Santiago de Compostela, el Centro “R.P.” y las empresas “D.E.E.” y “E.C.”; el equipo de la entidad recurrente se ocupa del desenvolvimiento de los programas informáticos. 8º) En septiembre/99 y a sugerencia del Sr. V., director de Feder e investigador principal del grupo de la Universidad de La Coruña, el Sr. R., director de la sección lingüística del Centro “R.P.”, coordinador general de Erial e investigador principal del equipo de la Universidad de Santiago de Compostela, aceptó que el demandante desarrollara sus funciones en dicho centro; tras obtener permiso de la dirección, se otorgó al actor una clave de acceso (denominada apertura de cuenta) a los sistemas informáticos; el centro no efectuó controles del trabajo realizado por el demandante. 9º) El 23.02.00 el Sr. V. comunicó al Sr. R. que el actor no iba a ser contratado nuevamente y que su colaboración en Erial iba a ser suspendida; en dicha fecha y sin comunicación alguna, el Sr. R. ordenó que anulasesen su cuenta, lo que comunicó a la dirección del centro al día siguiente. 10º) El 24.02.00, al comprobar que su cuenta había sido anulada, el demandante se personó en el despacho del Sr. R. quien le remitió al Sr. V. como la única vía de solución a su problema como responsable directo de su trabajo.

QUINTO.- Los datos objetivos reseñados en el fundamento anterior llevan a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- De acuerdo con nuestro fundamento de derecho segundo A), la alegada caducidad de la acción por despido del trabajador demandante carece de la respectiva y exigible base de hecho. En cualquier caso, la decisión empresarial extintiva del contrato tuvo lugar el 24.02.00, la correspondiente reclamación previa el 29.02.00 y la demanda el 03.04.00, por lo que no transcurrió el plazo de veinte días hábiles para demandar en tiempo hábil, como exige el artículo 59.3 ET en relación con el artículo 69 y concordantes LPL. 2ª.- La sentencia impugnada no expresa la convicción judicial acerca de que el Sr. V. fuera el responsable de la contratación del actor, sino que recoge esa circunstancia como manifestación del Sr. R., encargado de la sección lingüística del centro donde aquél realizaba su prestación profesional; así, el hecho probado 2º declara que los contratos fueron suscritos por el trabajador y la universidad demandada. Tampoco fue el citado director del proyecto Feder quien acordó el cese del demandante: Como indicamos en el fundamento de derecho segundo A), esa facultad sólo correspondía a la entidad

demandada, de modo que el Sr. V. se limitó a comunicar al Sr. R. la decisión de sus superiores de no renovar el contrato y suspender la colaboración del actor, lo que determinó que el centro donde el trabajador cumplía su actividad laboral decidiera clausurar su cuenta, con la consiguiente imposibilidad de acceso a los medios informáticos, imprescindible para cumplir la prestación de servicios convenida; en otro caso, podía parecer que el referido centro, que no mantuvo relación alguna con el demandante, asumía el trabajo de éste y sucedía a la universidad contratante; además, lo relatado acontece con posterioridad al cumplimiento del término del segundo contrato. 3º.- Tenemos declarado (ss. 19.05.98, 31-3, 10.07.00) que los artículos 15.1 ET, 2.1 RRDD 2.104/84, 2.546/94 ó 2.720/98 establecen que el objeto del contrato para obra o servicio determinado consiste en la realización de obras o servicios concretos con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta; el artículo 2.2 dispone, en orden a su régimen jurídico, que deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituya su objeto, dato éste que permite identificar la causa contractual, así como que la duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio. La jurisprudencia (ss. 26-9, 30.11.92, 17.03.93, 04.05.94) afirma, como principio general, la incompatibilidad entre los servicios de duración permanente y el contrato para obra o servicio determinado, pero admite excepciones a esta regla al permitir (ss. 13.02.95 ó 15.01.97) que los servicios de duración permanente puedan ser objeto de un contrato de obra o servicio determinado cuando para el empresario la realización de ese servicio queda limitada en el tiempo, no por el carácter de aquél, sino por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero y por cuenta de éste. Los contratos para obra o servicio determinado suscritos por los litigantes, en principio adecuados al objeto y finalidad perseguidos, por su autonomía dentro de la tarea docente de la empresa y por estar cofinanciados por terceros, sin embargo resultan desvirtuados porque, aparte de la vigencia del programa Erial que los había motivado con posterioridad al cese del actor, éste prestó los servicios convenidos sin cobertura contractual ni protección social algunas entre ambos contratos y después de finalizar el último, actividad que fue admitida y recibida por la demandada ya que, entre otras circunstancias, no consta hubiera notificado al trabajador acto o decisión contrarios a la prolongación de su trabajo; los artículos 8.2 y 15.2 ET sancionan los hechos descritos con la conversión del contrato

temporal en indefinido y, consiguientemente, el cese discutido en un despido improcedente.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 202 LPL, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y al aseguramiento de la cantidad objeto de condena efectuados por la entidad recurrente; conforme al artículo 231.1 LPL, ha de abonar los honorarios de letrada del actor impugnante en cuantía de veinticinco mil pesetas (25.000 pts). Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de la Universidad de A Coruña contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago de Compostela, de 16 de mayo de 2.000 en autos nº 263/2000, que confirmamos.

3046 RECURSO N° 4.010/00

S. S.

TRÁMITE PREVIO ANTE A COMISIÓN PARITARIA. NON É PRECEPTIVO CANDO A DEMANDA NON VERSE TANTO SOBRE INTERPRETACIÓN DE CONVENIO COMO SOBRE O INCUMPRIMENTO DESTE POR PARTE DA EMPRESA.

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

A Coruña, a diez 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. 4.010/00 interpuesto por don M.L.F., don X.L.C.R. y don X.L.R.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.L.F., y otros en reclamación de conflicto colectivo siendo demandada la empresa “P., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 616/99 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: “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.” 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) distribuidos en turnos de mañana, tarde y noche. 3.- La empresa demandada estableció en fecha 27 de octubre de 1999 el calendario del programa vacacional para el año 2000 y del modo y forma que obra en el Documento 11 aportado por la parte actora y que se da aquí por reproducido. 4.- Que el calendario de vacaciones establecido en los años 96, 97, 98 y 99 es el que consta en los documentos nº 2, 3, 4 y 5 aportados por la parte actora y cuyo contenido se da aquí por reproducido por obrar unido a los autos con las modificaciones respecto al calendario de vacaciones del año 1999 que obran en los documentos 6, 7 y 8 aportados por la actora. 5.- El comité de empresa de “P., S.A.” en (A Coruña) aprobó en reunión celebrada el 19 de agosto de 1999 un calendario vacacional para el año 2000 y que se repartirán en períodos de 15 ó 16 días hasta completar los 31 que marca el convenio estatal en los siguientes períodos a) del 1 al 16 de enero; b) 16 días en febrero durante el período de carnales; c) 15 días en el período de Semana Santa; d) del 1 de julio al 16 de julio; e) del 17 al 31 de julio; f) del 1 de agosto al 15 de agosto; g) del 16 de agosto al 31 de agosto; h) del 17 de diciembre al 31 de diciembre. Que para un reparto más equitativo, los períodos vacacionales de los trabajadores para completar los 31 días se distribuirán de la siguiente manera: 16 días en julio y 15 en diciembre; 15 días en julio y 16 en enero; 15 días en agosto y 16 días en febrero; 16 días en agosto y 15 días en Semana Santa. 6.- En reunión celebrada el 30.09.99 entre el comité de empresa y la empresa “P., S.A.”, ésta no aceptó el cuadrante de vacaciones enviado por el comité de empresa haciendo la empresa la siguiente propuesta: 3 personas de enero a mayo; 5 personas de junio a septiembre y 3 personas de octubre a diciembre. 7.- En fecha 3 de diciembre 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 excepción de defecto formal en la demanda, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones de la parte actora, sin entrar en 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 paso de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO: Recurre la parte actora en solicitud de que con revocación del pronunciamiento de la sentencia de instancia, que estimando “defecto formal en la demanda” absuelve a “P., S.A.”, sin entrar en el fondo del asunto, se declare su nulidad reponiendo las actuaciones al momento de dictar sentencia para que se dicte nueva resolución que resuelva la pretensión de demanda entrando en el fondo del asunto; a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia en un motivo único la infracción del art. 85 E.T. en relación con el art. 9 del Convenio Colectivo para empresas de seguridad y del art. 38 del E.T.

SEGUNDO: La sentencia de instancia argumenta que el art. 9 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad impone con carácter obligatorio que en los procesos de conflicto colectivo es necesario antes de su iniciación acudir a la referida Comisión para intentar una conciliación “y en el caso debatido la parte actora no consta que formulara la reclamación previa al conflicto colectivo impuesta con carácter forzoso en el citado art. 9 del Convenio Colectivo, desconociendo así lo determinado en el art. 85 del E.T., por lo que procede estimar la excepción alegada...”. El art. 9 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad regula la Comisión Paritaria; y dispone que sus funciones serán las de interpretación de los artículos del Convenio y la “conciliación preceptiva en conflictos colectivos que supongan la interpretación de las normas del presente convenio”. Por su parte, el art. 85 del E.T. establece que los convenios colectivos habrán de expresar como contenido, entre otras materias, la designación de una comisión paritaria para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión.

En el caso, el proceso de conflicto colectivo viene motivada (H.D.P.) porque la empresa demandada estableció en 27.10.99 el calendario del programa vacacional para el año 2000, habiendo rechazado en reunión celebrada con el comité en 30.09.99 el cuadrante de vacaciones propuesto por éste; por ello, en la demanda se afirmaba la elaboración unilateral del calendario de vacaciones por parte de la empresa y el “incumplimiento” por ésta del art. 46.3 del convenio, con cita también en ftos. de derecho del E.T.; y por eso, la pretensión formulada en tal demanda de conflicto colectivo

por los demandantes miembros del comité de empresa de “P., S.A.” es, literalmente, la de que se declare la nulidad del calendario de vacaciones elaborado por la empresa para el año 2000, por no ajustarse a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, y se declare, asimismo, que el período que constituye turno para el disfrute de vacaciones es el propuesto por el comité al tratar con la empresa el calendario de vacaciones, sin que hubiera acuerdo y elaborando ésta unilateralmente dicho calendario. Así pues, lo que esencialmente motiva la demanda de conflicto colectivo no es una cuestión de interpretación de las normas del convenio, sino una denunciada infracción de tales normas (art. 46.3), y, también, de las correspondientes de aplicación oportuna del E.T. (en particular, art. 38), sobre el calendario de vacaciones para el año 2000, imputándose a la empresa la implantación unilateral del mismo y pidiéndose de modo principal y primario la nulidad de tal calendario así establecido por la empresa (incluso la primera sentencia que dictó el juzgado acogiendo inadecuación de procedimiento ya decía: “...lo que no ocurre en este caso en el que no se suplica del juzgado como debe interpretarse el art. 46 del convenio colectivo estatal de aplicación sino pretensiones de condena... 2). Y esto no puede tener encaje en las previsiones acerca de la conciliación preceptiva para ante la comisión paritaria, dado que no se trata de una cuestión de interpretación del convenio sino de su posible infracción y de la del E.T.; que además plasmó en un acto unilateral de la empresa estableciendo el calendario de vacaciones, actuación empresarial que resulta esencialmente contradictoria con la de alegar ahora, y en el seno del proceso de conflicto colectivo, la falta de conciliación previa ante la comisión paritaria, puesto que en todo caso ella misma, de asumir tal criterio, pudo y debió de utilizar mencionado cauce en su momento y no implantar por acto unilateral el calendario vacacional; como tampoco denunció la empresa tal falta hasta el acto de juicio cuando hubo conciliación previa ante el SMAC (folio 5) y admisión de la demanda con la misma...

TERCERO: Por las razones expuestas, acogiendo en forma oportuna la infracción normativa que se denuncia, procede estimar el recurso interpuesto y con revocación del pronunciamiento de la sentencia de instancia, devolver los Autos al juzgado de procedencia a fin de que sea dictada nueva sentencia resolviendo la pretensión planteada en el proceso en cuanto al fondo, imprejuzgada por virtud del pronunciamiento dictado en la instancia y que, obviamente, no puede ser resuelta por el Tribunal en este momento. Siendo tal lo que interesa el recurso mismo.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por don M.L.F., don X.L.C.R. y don X.L.R.C. contra la sentencia de fecha 19.06.00 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol en autos de conflicto colectivo nº 616/99, tramitados a instancias de la parte recurrente frente a "P., S.A." revocamos dicha sentencia; y en consecuencia, rechazando la excepción de defecto formal en la demanda acogida, reponemos las actuaciones al momento procesal correspondiente a fin de que el juzgador de instancia proceda, con libertad de criterio y plena jurisdicción, a dictar nueva sentencia conociendo en cuanto al fondo de las restantes cuestiones planteadas y pretensión de demanda y resolviendo en forma legal la misma.

3047 RECURSO N° 3.429/00

S. S.

EXECUCIÓN DE SENTENCIA. CONSIGNACIÓN DE CANTIDADE PREVIA DEDUCCIÓN DAS RETENCIÓNS TRIBUTARIAS. INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL. A XURISDICCIÓN SOCIAL CARECE DE COMPETENCIA PARA DECLARAR A IMPROCEDENCIA DE DITAS DEDUCCIÓN.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a trece 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 3.429/00 interpuesto por D.V.T. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 193/99-ejec. 82/00 se presentó demanda por D.V.T. en reclamación de EJECUCIÓN siendo demandada la "S.D.C., S.A.D." habiéndose dictado sentencia en fecha 24 de abril de 2000, estimando parcialmente la demanda y declarando improcedente el despido, presentándose escrito

por el actor solicitando la ejecución de sentencia, admitiéndose a trámite la misma, despachándose auto en 12 de mayo de 2000, y con fecha 11, la empresa consigna la cantidad de 9.617.754 ptas., previa las deducciones y retenciones pertinentes, que fue recurrido en reposición por el actor, recayendo auto con fecha 30 de mayo de 2000 por el juzgado de referencia que desestima la reposición.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución 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 el incidente de ejecución promovido en su día por el actor, el juzgado de instancia por auto de fecha 12 de mayo de 2000, declaró que admitía trámite el escrito presentado por el actor despachando ejecución de sentencia, habiendo consignado la "S.D.C., S.A.D." la cantidad de 9.617.754 ptas., previa aplicación de las deducciones y retenciones, se acordó librar mandamiento de pago por la expresada cantidad a favor del ejecutante. Contra dicho auto la parte demandante solicita que se reponga o revoque parcialmente el citado auto, en el sentido de mandar seguir adelante la ejecución de la sentencia para que se proceda al embargo de bienes de la demandada suficientes para cubrir el importe de 3.430.226 ptas., como principal de lo adeudado y 1.200.000 ptas. que se presupuestan para intereses y costa, recayendo auto de fecha 30 de mayo de 2000, en el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el actor-ejecutante contra el auto de fecha 12.05.00, confirmando en su integridad la resolución recurrida. Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación el actor-ejecutante, y por el cauce procesal del apartado c) del art. 191 de la LPL, invoca dos motivos de censura jurídica, que en primer lugar, denuncia el recurrente la infracción por aplicación indebida de los arts. 2.a), 3.a) y 4.b) de la LPL y los art. 9 (apartado 445. E), 493 de la LOPJ, alegando en síntesis que no es competencia del juzgado establecer o decidir en materia de retenciones tributarias, lo cual solo está limitado a las cuestiones de orden social, y en concreto a decidir si la sentencia firme dictada en autos ha sido cumplida o no en sus propios términos, invocando al efecto sentencias del TS –entre todas las de 4-2 y 06.07.98 y 03.12.90 y paradómicamente el auto recurrido admite en sus razonamientos la incompetencia de jurisdicción, pero pese a ello, confirma el auto que dio lugar a la ejecución de sentencia dictado en autos, aceptando unos descuentos por cotizaciones a la Seguridad Social

y retenciones a cuenta del IRPF para los cuales esta jurisdicción es incompetente para determinar se procede o no hacerlos y en que cuantía, por lo que de modo indirecto el Juzgado de instancia en el auto recurrido, está conociendo de cuestiones sobre las que debía haberse abstenido de conocer. Pues bien, el recurso versa por tanto, sobre el orden jurisdiccional competente en materia de deducciones del IRPF y cuotas de la Seguridad Social derivadas de la sentencia que declara la improcedencia del despido; y más concretamente se subsiste la obligación de la empresa de pagar en su integridad las cantidades fijadas en la sentencia, a pesar de haberse practicado las deducciones correspondientes por IRPF y los descuentos por las cuotas de la Seguridad Social. Que en el supuesto de autos, el demandado-ejecutado ingresó, cantidades líquidas deduciendo las cantidades de IRPF y las cuotas de la Seguridad Social, y la pretensión del ejecutante recurrente, consiste en obtener el importe íntegro de la condena, sin que el empresario pueda efectuar retención del impuesto y de la cuota de la Seguridad Social. Pues bien, al respecto, decir que, es muy reiterada la jurisprudencia del TS, que declara que “la determinación de si han de realizarse o no retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las persona físicas, y en su caso, por que importe, es tema que está sujeto a leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los tribunales del orden Contencioso-Administrativo (sent. de 17.10.94; 16.03.95 y 09.10.95, entre otras), y la última sentencia citada de 09.10.95, ha declarado que la misma resolución que se sostiene respecto del IRPF, debe seguirse con relación al descuento de la cuota obrera de la Seguridad Social, pues así, viene regulado en los arts. 103 a 112 de la LGSS de 1994, como en la Ley anterior hacia los arts. 67 a 75”, y la incompetencia no sólo alcanza a los órganos jurisdiccionales que decidan en vía de recursos, sino también al Juzgado, y así el mismo, dicta auto y ante la actuación de la ejecutada que sólo abona las cantidades líquidas, el juzgado no ordena abonar las brutas como pretende el recurrente, por tanto y no apreciados en el auto recurrido las infracciones denunciadas en el motivo, procede desestimar el recurso y confirmar el auto recurrido, por cuanto que no se pronuncia sobre un tema que le es ajeno, siendo por ello válido el auto porque no ordena a la ejecutada a abonar el importe. Que en segundo lugar y con idéntico amparo procesal en el apartado c) del art. 191 de la LPL, denuncia también el recurrente infracción de los arts. 239.1 de la LPL, del art. 118 de la CE. y 18.2 de la LPL, en relación con los arts. 92.1 de la LPL y 15.1 del RD 1.006/85 de 26 de junio por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los Deportistas Profesionales, y con los arts. 24.1 y

117 de la CE, alegando en síntesis que en nuestro ordenamiento jurídico el principio esencial y básico de toda ejecución jurisdiccional es el de dar cumplimiento a la sentencia en sus propios términos y la aceptación del auto recurrido de proceder a la reducción sustancial del importe fijado en la condena judicial es evidente que supone una clara violación de los preceptos que estima infringidos por inaplicación del auto impugnado en este recurso, pretendiendo en suma el ejecutante que se le abonen las cantidades brutas fijados en sentencia sin perjuicio de discutir la procedencia o no de las retenciones realizadas ante los órganos judiciales, del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, y dicho motivo ha de ser igualmente desestimado y así el TSJ de Galicia, Sala de lo Social en sentencia de 28.06.99, señala que la jurisdicción social es incompetente para resolver sobre los descuentos efectuados, pero señala que realizados los descuentos por la empresa, ejecutar por la cantidad objeto de condena en importe íntegro, implicaría indebidamente entrar a conocer sobre las retenciones efectuadas, declarando a continuación, que sin perjuicio de declarar la referida incompetencia en lo relativo a los citados descuentos, la ejecución que procede es por la cantidad restante. Que por otro lado, ha de señalarse, que si bien la parte recurrente, señala que la cantidad de 13.047.980, ptas. recogida en el fallo de la sentencia, debe considerarse como “líquida”, lo cierto es que del contenido total y literal de la sentencia se desprende que la indemnización fijada ha de considerarse en términos “brutos”. Así, en la propia sentencia, en el fundamento de derecho tercero, indica de manera textual: “En sentencia los salarios deben de fijarse en términos brutos, sin perjuicio de que, por imperativo legal, debe realizar el empresario las correspondientes deducciones y retenciones. Y finalmente, por lo que respecta en la alegación efectuada por la parte recurrente relativa a que las retenciones nunca han de entenderse extensible a las indemnizaciones a que resulte condenada una empresa por haber sido declarado el despido improcedente, la sala estima que de nuevo el recurrente, insiste en cuestiones de tipo fiscal, sobre las cuales no cabe pronunciamiento alguno, al no ser lo social la jurisdicción competente para conocer este tipo de cuestiones. Por todo lo cual y no apreciándose en el Auto recurrido las infracciones denunciadas por el recurrente, procede, previa desestimación del recurso interpuesto la confirmación del auto recurrido. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don D.V.T. contra el auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. uno de SANTIAGO, en fecha 30 de mayo de 2000, autos nº 141/2000, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

**3048 RECURSO N° AUTOS
11/00**

S. S.

MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO DE CARÁCTER COLECTIVO. MODIFICACIÓN DE QUENDAS QUE SUPÓN O CAMBIO DE ADSCRICIÓN DE VARIOS TRABALLADORES E A SUPRESIÓN DALGÚN DAQUELES. AUSENCIA DE CONSULTAS COS REPRESENTANTES DOS TRABALLADORES. NULIDADE DA DECISIÓN DA EMPRESA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a diecinueve 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 los presentes autos seguidos con el número de demanda autos 11/00 a instancia de la Confederación Intersindical Galega y Comité de Empresa “T.E., S.A.U.”, contra empresa “T.E., S.A.U.” Unipersonal, siendo el objeto del litigio Conflicto Colectivo.

Antecedentes de hecho

ÚNICO.- Con fecha 20 de julio de 2000 tuvo entrada en esta Sala de lo Social, demanda de Conflicto Colectivo formulada por la Confederación Intersindical Galega (CIG) y el comité de empresa de “T.E., S.A.U.”, contra la empresa “T.E., S.A.U.”, que fue admitida a trámite citándose a las partes para comparecer al acto de juicio que tuvo lugar el día 14 de septiembre último, con la asistencia de la letrada doña C.G.L. en representación de la CIG y del Comité de Empresa de la demandada “T.E., S.A.U.”, y el Letrado don J.M.F. en

representación de la citada empresa “T.E., S.A.U.”, y finalizado dicho acto quedaron las actuaciones a la vista para dictar sentencia por el ponente doña R.H.B.

Hechos declarados probados

1º.- Con fecha 20 de julio 2000 se comunica a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia por la Consellería de Xustiza, Interior e Relaciones Laborais, el inicio del proceso de conflicto colectivo presentado a instancia de la representación del CIG y el presidente del comité de empresa de “T.E., S.A.U.” El comité de empresa está formado por 11 miembros de CC.OO, 4 de UGT, 4 de CIG, 2 de UTS y 2 de SATT.

2º.- El conflicto colectivo afecta a los trabajadores de la empresa “T.E., S.A.U.”, en los centros de trabajo de A Coruña, Betanzos, Carballo, Cee, Ferrol, Santiago de Compostela, Ribeira y Noia.

3º.- La empresa con fecha 21.06.00 comunica al comité de empresa, que “al amparo del art. 110 de la N.L. y por necesidades de organización (gestión) y disponibilidad” se modifican los turnos de Mantenimiento de Servicios Telefónicos Básicos (S.T.B.) Norte y Sur de A Coruña del mes de julio del presente año.

4º.- Las modificaciones de turnos que se producen son las siguientes: -En STB Coruña-Carballo-Betanzos- supresión de todos los turnos partidos afectando a 5 trabajadores, así como se suprime la jornada partida de sábados y domingos, afectando a 2 trabajadores. -En STB Ferrol se suprime 7 jornadas partidas así como la jornada de mañana de sábados y domingos. -En STB Ribeira-Noia se suprime las 4 jornadas partidas así como la jornada partida de sábados y domingos. -En STB Santiago se suprime 1 jornada partida y la jornada partida de sábados y domingos. -En centralitas y RDSI de Coruña-Ferrol y Santiago se suprime 4 jornadas partida y 1 jornada de domingo por la mañana. -En Despacho STB se suprime 2 jornadas partidas y 1 por la tarde así como 1 de jornada partida en sábado y 1 de jornada partida en domingo. -Afecta también en repartidores suprimiendo las 5 jornadas partidas que hay.

5º.- El presidente del comité de empresa con fecha 28.06.00 mediante FAX manda a la dirección de la empresa un escrito en que solicita la notificación oficial del cambio de turnos y guardias y una reunión para negociar el tema. La Sección Sindical CIG dirige con fecha 29.06.00 escrito a recursos humanos solicitando mantener los turnos establecidos inicialmente para el mes

de julio y que se inicie la negociación con la representación empresarial. El 04.07.00 se celebra una reunión entre representantes de empresa y 4 miembros del Comité por el que la empresa mantiene la decisión de modificar los turnos.

6º.- Con fecha 13 de julio 2000 se celebra ante la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relaciones Laborales conciliación entre las partes con resultado de sin avenencia entre las mismas.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interesa por la parte actora la nulidad de la decisión empresarial o subsidiariamente la improcedencia de la resolución por ser injustificada ya que supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo; por el contrario la empresa demandada alega que se enmarca dicha modificación dentro de las facultades de organización y dirección que ostenta el empresario, entendiendo que no se han modificado turnos sino simplemente se ha variado el número de trabajadores adscritos a los turnos existentes, contemplada dicha posibilidad en el art. 110 de su Normativa Laboral. Dicho artículo establece que este tipo de medidas requiere de su comunicación a los trabajadores afectados con una semana de antelación pero no contempla obligación alguna de ponerlas en conocimiento de la representación de los trabajadores. Dichas alegaciones hay que ponerlas en relación con los hechos probados de esta sentencia, concretamente el cuarto, pudiendo comprobar que la modificación de turnos, no solo ha supuesto el traslado de unos trabajadores de un turno a otro, sino consecuencia de lo anterior ha sido la supresión de alguno de estos turnos, concretamente en así en STB Coruña-Carballo-Betanzos se han suprimido todos los turnos de jornada partida así como los correspondientes sábados y domingo, afectando en consecuencia a las condiciones de trabajo de esos trabajadores que no podrán realizar o adscribirse a las mismas. El art. 41 del ET, señala que la "dirección de la empresa cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Tendrán la consideración de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo... c) Régimen de trabajo a turnos..."; por ello, es fundamental dilucidar si la modificación es sustancial o por el contrario no merece tal calificativo y por tanto se halla dentro del poder de organización y dirección del empresario. La modificación no sólo ha supuesto traslado de trabajadores de un turno a otro sino al suprimir determinados turnos los trabajadores se

ven obligatoriamente encajados en otros turnos (jornada de mañana, por ejemplo, frente a la jornada partida) además de suponerle un perjuicio económico (supresión de las jornadas de fin de semana, o de los turnos de noche). En consecuencia no solo una modificación cuantitativa, sino también cualitativa afectando a la esencia de la relación laboral. Por otra parte el Acuerdo con el comité de empresa del 13 de enero de 1994 alegado por la representación de la empresa, de que en virtud del mismo se pueden alterar los horarios en función de las necesidades de organización y disponibilidades de personal, se refiere precisamente a la alteración de horarios dentro de los turnos, pero no a los turnos propiamente dichos. El poder de dirección del empresario fundamentado en razones de organización no tiene un carácter omnímodo que le permita unilateralmente modificar aspectos sustanciales de la relación laboral. Por ello es imprescindible la negociación con los representantes de los trabajadores en la medida en que afecta al carácter sustancial de las condiciones de trabajo. Por ello considerando que la modificación de turnos se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo es por lo que se estima la demanda llevando como consecuencia la nulidad de la decisión empresarial y la reposición a la situación anterior a dicha comunicación, de la empresa de fecha 21.06.00.

Fallamos

Que con estimación de la demanda interpuesta por la CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG) y el comité de empresa "T.E, S.A.U." contra la empresa "T.E., S.A.U.", en conflicto colectivo, se declara nula la decisión empresarial de modificación de turnos de fecha 21 de junio de 2000 y en consecuencia, se condena a su establecimiento inmediato, en tanto la modificación de las condiciones laborales no sea aceptada por los representantes de los trabajadores o no sea aprobada por la autoridad laboral.

3049 RECURSO N° 3.810/00

S. S.

EXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL. TRABALLO RETRIBUÍDO, POR CONTA ALLEA E DEPENDENTE, SIMULADO BAIXO A APARENCIA DUNHA RELACIÓN DE ASOCIACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a diecinueve 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 3.810/00, interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Santa Eugenia de Ribeira y por el P.D.M. de Ribeira contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 551/99 se presentó demanda por doña M.J.B.D. y doña T.L.O. en reclamación sobre DESPIDO siendo demandados el Excmo. Ayuntamiento de Santa Eugenia de Ribeira, el “P.D.M.” de Ribeira y la Asociación Cultural y Deportiva “A.F.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 20 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.**- Que las actoras comenzaron a prestar servicios como monitoras de natación y socorristas en la Piscina Municipal “A.F.” de Ribeira, propiedad del Ayuntamiento de Ribeira y explotada por el “P.M.D.”, Organismo Autónomo dependiente del mismo desde marzo de 1991, siendo retribuidas en mano o por medio de cheque, sin suscribir contrato alguno y sin ser dadas de alta en la Seguridad Social./ **SEGUNDO.**- Que en fecha dos de febrero de mil novecientos noventa y cinco se constituyó la Asociación Cultural y Deportiva “A.F.”, teniendo como fines la organización de actividades culturales y deportivas diversas, tales como la lectura comentada de libros y revistas, la proyección de películas y diapositivas, la audición de discos de música de calidad y demás actividades musicales, conferencias charlas de divulgación cultural, actividades de fomento del teatro, la visita a museos, la protección del patrimonio artístico, la organización de exposiciones, campeonatos deportivos y, en general, cuantas actividades culturales y deportivas puedan desarrollar, siendo debidamente legalizada. doña T.L.O. fue elegida presidenta de la misma y doña M.J.B.D. vocal, en asamblea general extraordinaria celebrada el once de febrero de mil novecientos noventa y cinco./ **TERCERO.**- En fecha once de marzo de mil novecientos noventa y ocho la Asociación

Cultural y Deportiva “AF.” celebró asamblea general extraordinaria, resultando elegido presidente de la misma don J.C.B.L./ **CUARTO.**- Que siendo presidenta doña T.L.O., la asociación citada realizó gestiones para la suscripción de convenio de colaboración con el “P.D.M.” del Ayuntamiento de Ribeira, suscribiéndose el mismo en fecha diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y ocho, siendo ya presidente don J.C.B.L. En el clausulado del convenio se establecieron, entre otros puntos, los siguientes: Promocionar el deporte en el término municipal de Ribeira, tanto a través de las actividades propias de la asociación como por medio de las Escuelas Deportivas Municipales y los Centros de Enseñanza Pública; colaborar con el “P.D.M.” en la organización de actividades deportivas; proporcionar el personal técnico necesario para el buen funcionamiento de las actividades objeto de este convenio, mediante la contratación de entrenadores o monitores debidamente cualificados. El patronato se comprometía a entregar a la asociación una subvención mensual destinada al pago de todos los gastos derivados de la contratación del personal técnico./ **QUINTO.**- Que el “P.M.D.” ingresaba mensualmente a la asociación cantidades comprendidas entre las novecientas diecisésis mil pesetas (916.000 pts.) y las novecientas treinta y nueve mil pesetas (939.000 pts.)./ **SEXTO.**- Que doña M.J.B.D. percibía una retribución mensual de cien mil pesetas (100.000 pts.) y doña T.L.O. de ochenta y ocho mil pesetas (88.000 pts.)./ **SÉPTIMO.**- Que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social giró visita a la Piscina Municipal “A.F.” de Ribeira a partir del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, levantándose las correspondientes actas de infracción por falta de alta y afiliación y actas de liquidación de cuotas del período comprendido entre el uno de enero de mil novecientos noventa y cinco y el treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y nueve al Ayuntamiento de Ribeira./ **OCTAVO.**- Que en fecha uno de julio de mil novecientos noventa y nueve el Concejal Delegado de Deportes del Ayuntamiento de Ribeira manifestó a las actoras que no se contaba con ellas./ **NOVENO.**- Que la Asociación Cultural y Deportiva “A.F.” no realiza actividad alguna fuera de la atención de la piscina municipal, realización de cursos de natación para niños y adultos, escuela municipal de natación y competiciones de natación./ **DÉCIMO.**- Que las actoras no han ostentado la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a su cese./ **UNDÉCIMO.**- Que las actoras formularon la correspondiente reclamación previa ante el Ayuntamiento de Ribeira y el “P.M.D.” el día diecinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve, siendo desestimada por Resolución de fecha dieciocho de agosto de mil

novecientos noventa y nueve, notificada a las actoras en la misma fecha, presentando éstas demanda ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad el día diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y nueve, siendo turnada a este Juzgado y ampliando demanda contra la Asociación Cultural y Deportiva “A.F.” en fecha veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y nueve.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por doña M.J.B.D. y doña T.L.O. contra el AYUNTAMIENTO DE RIBEIRA, el “P.M.D.” y la ASOCIACIÓN CULTURAL Y DEPORTIVA “A.F.”, debía declarar y declaraba la IMPROCEDENCIA DE LOS DESPIDOS efectuados, condenando a las entidades demandadas, de forma solidaria, a estar y pasar por esta declaración y a que opten, en término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, entre readmitir a las actoras en sus puestos de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenían antes del despido, o abonarles las siguientes cantidades, en concepto de indemnización por despido: a doña M.J.B.D. la de un millón doscientas cincuenta mil cuatrocientas cincuenta y cinco pesetas (1.250.455 pts.,) y a doña T.L.O. la de un millón cien mil trescientas cincuenta y siete pesetas (1.100.357 pts.) y a que les abonen, en todo caso, las siguientes cantidades en concepto de salarios de tramitación: a doña M.J.B.D. de la un millón setenta y nueve mil ochocientas noventa y dos pesetas (1.079.892 pts.), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de treinta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas (3.333 pts.) desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia y a doña T.L.O. la de novecientas cincuenta mil doscientas noventa y dos pesetas (950.292 pts.), en concepto de salarios de tramitación devengados hasta el día de la fecha, más el haber diario de dos mil novecientas treinta y tres pesetas (2.933 pts.) desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia desestimando la demanda, en cuanto a la petición de declaración de nulidad del despido, mayor antigüedad reclamada y superior salario regulador, absolviendo de ellas a las entidades demandadas.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada Excmo. Ayuntamiento de Sta. Eugenia de Ribeira y el “P.M.” de Ribeira, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda formulada y declara la improcedencia de los despidos efectuados, condenando a la entidades demandadas de forma solidaria a estar y pasar por tal declaración y a que opten, en el término de cinco días a contar desde el siguiente de la notificación de la sentencia, entre readmitir a las actoras en los puestos de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenían antes del despido o a abonarles en concepto de indemnización y salarios de tramitación las cantidades que en la misma se expresan. Contra dicha resolución interponen recurso de suplicación el Ayuntamiento de Ribeira y el “P.D.M.”, y en el primer motivo del recurso, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L., aprobado por R.D. Legislativo 2/1995 de 7 de abril, denuncian la infracción del artículo 1 y 2 de dicho texto legal, considerando la sentencia de instancia nula por incompetencia de jurisdicción, pues si las actoras eran socias de la Asociación “AF.” la relación que les vinculaba a la misma era de tipo societario y no laboral, al faltar las notas de ajeneidad y dependencia, por lo que la jurisdicción competente para conocer de su expulsión es la civil. Ha de venir rechazada la excepción invocada si tenemos en cuenta: a) que las actoras comenzaron a prestar sus servicios como monitoras de natación y socorristas en la piscina municipal “A.F.” de Ribeira, propiedad del ayuntamiento y explotada por el “P.M.D.”, organismo dependiente del mismo, desde marzo de 1991, siendo retribuidas en mano o por medio de cheque, sin suscribir contrato alguno y sin ser dadas de alta en la Seguridad Social (hecho probado primero de la resolución recurrida que, por lo que a continuación se dirá, ha de permanecer inalterado); b) que el “P.M.D.” ingresaba mensualmente a la asociación cantidades comprendidas entre 916.000 Pts y 939.000 Ptas. (hecho probado quinto) y c) que en fecha uno de julio de 1999 el Concejal Delegado de Deportes del Ayuntamiento de Ribeira manifestó a las actoras que no se contaba con ellas (hecho octavo que, al igual que el primero, resulta inalterable). La situación laboral de las demandantes no ha variado en absoluto por la constitución de la Asociación Cultural Deportiva “AF.”, pues como luego se verá el empresario principal siguió siendo el Ayuntamiento de Ribeira.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del mencionado artículo 191 de la L.P.L. se solicita la supresión del ordinal primero, basado en la ausencia de prueba que acredite la realidad de dicho hecho, añadiendo las recurrentes para solicitar dicha supresión, que ni el acta levantada por la Inspección de Trabajo ni el informe del Consello de Contas ni la testifical practicada

acreditan tal circunstancia. Conviene resaltar que el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, sólo impugnable cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial obrante en autos, sin que la alegada ausencia de prueba constituya motivo válido para instar la revisión. Idéntico argumento sirve para rechazar la modificación del ordinal sexto y la supresión del octavo; no aceptándose la adición del párrafo que se pretende añadir al ordinal segundo por resultar intranscendente para modificar el sentido del fallo.

TERCERO.- En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción, por aplicación indebida de los artículos 1.1, 1.2, 8.1, 43 y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en síntesis, que no se ha probado la existencia de contrato laboral; que las actoras eran socias de la asociación codemandada “AF.” y que al no existir tampoco cesión ilegal, no se les puede condenar por despido, careciendo las entidades recurrentes de legitimación pasiva en el presente litigio. Las actoras, sin que en momento alguno se suscribiera contrato ni se les diera de alta en la Seguridad Social, venían prestando servicios en la piscina municipal de Ribeira, como monitoras de natación y socorristas, desde marzo de 1991, siendo retribuidas mensualmente, por lo que al concurrir las notas de dependencia, ajeneidad y retribución, su vinculación laboral con las entidades codemandadas, “P.M.D.” dependiente del Ayuntamiento de Ribeira, está fuera de toda duda. El hecho de que en febrero de 1995 se constituyese la Asociación Cultural “AF.”, teniendo como fines la organización de actividades culturales y deportivas diversas, tales como la lectura comentada de libros y revistas, la proyección de películas y diapositivas, la audición de discos de música de calidad y demás actividades musicales, conferencias y charlas de divulgación cultural y en general cuantas actividades culturales y deportivas pueda desarrollar, siendo debidamente legalizada la actora Sra. O. que fue nombrada presidenta de la misma y la Sra. D. como vocal, no desvirtúa lo anteriormente expuesto si tenemos en cuenta que las actoras continuaron prestando servicios en la misma piscina municipal, y de que no existe la menor constancia de que la mencionada asociación tenga una organización propia ni cuente con medios materiales, pareciendo más bien – como apunta con acierto al juzgador de instancia – que la finalidad de su constitución ha sido paliar la falta de contratación y alta en la Seguridad Social de los monitores deportivos y socorristas que continuaron prestando servicios en la piscina municipal realizando el trabajo y las funciones que venían realizando hasta entonces,

siendo el ayuntamiento quien supervisa e imparte las instrucciones y directrices necesarias para realización del servicio y quien asume los ingresos y paga los salarios de los monitores, es decir es el que recibe y se beneficia directamente del trabajo desempeñado por las actoras, hasta el punto de que es el Concejal de Deportes del Ayuntamiento de Ribeira quien manifiesta verbalmente a las actoras de que no se contaba con ellas. En consecuencia y por lo expuesto es procedente desestimar el recurso de suplicación formulado y confirmar la resolución recurrida.

Fallamos

Que con desestimación del Recurso de Suplicación interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Sta. Eugenia de Ribeira y por el “P.D.M.” de Ribeira contra la sentencia de fecha veinte de mayo de dos mil dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Santiago de Compostela, en autos seguidos a instancia de doña M.J.B.D. y doña T.L.O. frente a los recurrentes Excmo. Ayuntamiento de Santa Eugenia de Ribeira, el “P.D.M.” de Ribeira y la asociación cultural y deportiva “A.F.” sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3050 RECURSO N° 3.944/00

S. S.

DESPEDIMENTO POR EXTINCIÓN DE CONTRATO TEMPORAL EN FRAUDE DE LEI. NON MERCE A CONSIDERACIÓN DE NULO Ó NON ACREDITÁRENSE INDICIOS DE VIOLACIÓN DE DEREITOS FUNDAMENTAIS. DEBE CONSIDERARSE IMPROCEDENTE POR EXTRALIMITARSE DA OBRA OU SERVICIO OBXECTO DO CONTRATO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José M. Mariño Cotelo

A Coruña, a diecinueve 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. 3.944/00 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA contra la

sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.T.E.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el AYUNTAMIENTO DE SANTIAGO DE COMPOSTELA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 326/2000 sentencia con fecha 21 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: “**PRIMERO.**- La actora prestó sus servicios por cuenta y bajo la dependencia del Ayuntamiento de Santiago, en virtud de contrato temporal a tiempo parcial, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en fecha dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho, para la prestación de servicios como administrativo, con idéntica categoría profesional y en jornada de 6 horas diarias sobre siete horas diarias de jornada habitual de lunes a viernes, de 8 a 14 horas y en el período comprendido entre el dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho y el quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto el contrato el apoyo para el desarrollo y la realización de tareas administrativas relacionadas con el plan de formación continua para el año 98./ **SEGUNDO.**- Que en fecha quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho las partes suscribieron nuevo contrato, bajo la misma modalidad, para la prestación de servicios como Administrativo, con idéntica categoría profesional y en jornada de 5 horas y 38 minutos sobre siete horas diarias de jornada habitual, de lunes a viernes y desde el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y ocho hasta el quince de junio de mil novecientos noventa y ocho, de 8 a 13,38 horas, teniendo por objeto el contrato el apoyo para el desarrollo y la realización de las tareas administrativas, relacionadas con el plan de formación continua, contrato que fue prorrogado por un período de ocho meses y 27 días en fecha veintiuno de junio de mil novecientos noventa y nueve./ **TERCERO.**- La actora desempeñó las funciones mencionadas con anterioridad sin solución de continuidad en la agencia de desenvolvimiento local del Ayuntamiento de Santiago./ **CUARTO.**- Que la actora fue cesada el día catorce de febrero de dos mil, por fin de contrato, siéndole notificado Decreto de la Alcaldía de fecha veintitrés de febrero de dos mil por el que se acordaba su cese por fin de contrato./ **QUINTO.**- Que la actora presentó reclamación previa en fecha veintiséis de febrero de dos mil, interesando la declaración de

indefinición de la relación laboral que la vinculaba con la demanda, siendo desestimada por Resolución de fecha veinte de marzo de dos mil./ **SEXTO.**- La Subunidad de personal del Ayuntamiento de Santiago, emitió informe, en fecha cuatro de junio de mil novecientos noventa y nueve, en el sentido de advertir que la continua reiteración contractual podría desencadenar una interpretación de relación laboral indefinida./ **SÉPTIMO.**- Que en el Ayuntamiento de Santiago se han programado dos planes de formación continuada para el Personal del mismo, uno con duración 1997-1999 y otro con duración 2000-2002, estando financiados anualmente con unos quince millones de pesetas (15.000.000 pts), de los que dos millones de pesetas (2.000.000 pts) proceden de subvenciones./ **OCTAVO.**- Que los planes de Formación Continua se inscriben dentro del marco del II Acuerdo de Formación Continua de la Secretaría de Estado para Administraciones Públicas, aprobado por Resolución de fecha tres de febrero de mil novecientos noventa y siete y publicado en el BOE de 19 de febrero de 1997/ **NOVENO.**- Que la actora percibía un salario mensual de ciento ochenta y ocho mil doscientas noventa y cuatro pesetas (188.294 pts), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras./ **DÉCIMO.**- Que durante el período durante el que la actora no prestó servicios la actividad de programación y desarrollo de cursos de formación continua estuvo parada./ **DÉCIMO PRIMERO.**- Que los cursos se desarrollan durante unos 8 o 9 meses en cada año natural y el resto del tiempo se dedica a planificación, programación y justificación./ **DÉCIMO SEGUNDO.**- Que la actividad del plan de formación continua de 1999 no está finalizada y ya está en marcha el plan del año 2.000./ **DÉCIMO TERCERO.**- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior al cese./ **DÉCIMO CUARTO.**- Que la actora formuló la preceptiva reclamación previa en fecha veintinueve de marzo de dos mil, siendo desestimada por Resolución de fecha veinticuatro de abril de dos mil./ **DÉCIMO QUINTO.**- Que en fecha veintitrés de mayo de dos mil las partes suscribieron contrato eventual por circunstancias de la producción para la prestación de servicios como administrativo y por término de seis meses, teniendo por objeto el contrato la prestación de servicios como administrativo debido a la acumulación de tareas en el departamento de personal motivada por el inicio del diseño y gestión del Plan de Formación Continua del año 2000”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando la demanda formulada por doña M.T.E.S. contra el Ayuntamiento de la

ciudad de SANTIAGO DE COMPOSTELA, debo de declarar y DECLARO LA NULIDAD DEL DESPIDO EFECTUADO, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a que DE FORMA INMEDIATA PROCEDA A READMITIRLA EN SU PUESTO DE TRABAJO, en las mismas condiciones que tenía antes del despido y a que le abone la cantidad de cuatrocientas treinta y tres mil cuarenta y cuatro pesetas (433.044 pts), en concepto de salarios dejados de percibir”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia, que estimando, en su pretensión principal, la demanda interpuesta por M.T.E.S. contra el Excmo. Ayuntamiento de Santiago de Compostela, declaró la nulidad del despido efectuado, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a que de forma inmediata proceda a readmitirla en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que tenía antes del despido y a que le abone la cantidad de 433.044 pesetas en concepto de salarios dejados de percibir, se alza la parte demandada a fin de que se revoque dicha resolución y se acuerde la desestimación de la demanda en cuanto a las peticiones principal y subsidiaria.

SEGUNDO. Con amparo en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, articula un primer motivo de recurso, con objeto de “revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas”. Conviene no olvidar que, en el ámbito de la modificación del relato histórico de las sentencias este tribunal ha venido declarando con reiteración que la flexibilización en el formalismo exigible para interponer el recurso de suplicación, no puede llevar a una impugnación abierta y libre ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión, siendo así que, a tenor de reiterada jurisprudencia – Sentencias del Tribunal Supremo de 03.11.89; 21.05.90; entre otras – “el recurso de suplicación por su naturaleza extraordinaria no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratara, ni la parte interesada puede conseguir modificar los hechos probados si no es por el cauce y con los requisitos legales exigidos por el artículo 190 (hoy 191.b) Ley de Procedimiento Laboral y ello siempre que las pruebas documentales y periciales practicadas pongan de

manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador, es decir, que se desprenda de un modo claro y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis más o menos razonables o lógicas”, sin que pueda desdeñarse el hecho de que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del juzgador.

TERCERO. De ello se desprende que, la parte recurrente, está obligada a justificar toda pretensión de modificación del relato histórico de la resolución combatida con la ineludible indicación de los concretos medios de revisión que pongan de manifiesto el error del juez de instancia en la valoración de la prueba, siendo también obligada para la parte la expresión de la nueva redacción que pretenda como modificación o añadido de lo recogido en la resolución combatida, debiendo, asimismo, denunciar razonadamente cual o cuales sean, a su juicio, la infracción o las infracciones de específica y concreta disposición legal, habiendo establecido inveterada doctrina jurisprudencial que la ausencia, en el recurso de suplicación, de un apartado relativo al examen del derecho así como la no constatación de la denuncia de vulneración de normativa legal o de la jurisprudencia acarrea la desestimación del recurso por su defectuosa construcción, pues la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación lleva aparejada la consecuencia de que el órgano de suplicación solo debe entrar a valorar - excepción hecha de cuestiones de orden público procesal – las infracciones legales que la parte haya puesto de relieve sin que sea dado al tribunal suplir la inactividad de la parte so pena de vulnerar la situación de neutralidad y equilibrio procesal que le es exigible, pues, como ya expresó el Tribunal Constitucional (sentencias 294/93 y 93/97 entre otras) “el recurso de suplicación es un recurso de naturaleza extraordinaria en el que el Tribunal no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes”.

CUARTO. En el caso que nos ocupa, el ayuntamiento recurrente lleva a cabo en su primer motivo de recurso una suerte de disquisiciones y conjeturas en orden al alcance que, en su opinión, debe darse a los hechos 1 al 4 de la sentencia de instancia, para justificar “la previsión inicial respecto a la temporalidad del contrato”, así como que la necesidad de apreciada respecto de la continuidad debe ser suprimida, incidiendo en que “la prueba testifical recogida al hecho probado undécimo no es precisa y (está) en franca contradicción con contenido del documento (del folio) 224, informe de la directora de la ADL”, lo que realmente, parece constituir materia mas

propia de lo que constituiría el ámbito de la censura jurídica que de la revisión del relato histórico, para, acto seguido, pasar a establecer que lo que llama “importante apreciación” - relativa a la duración de los cursos a tenor del informe antes citado - debería constar en los hechos probados “con supresión, o al menos, modificación del decimoprimerº de los hechos declarados probados, haciendo constar en el mismo, la duración total de los cursos en 380 horas a lo largo del año”.

QUINTO. Parece evidente que la indeterminación acerca de si debe suprimirse o modificarse el referido ordinal y, para este último caso, la ausencia de un texto alternativo concreto y definido, conllevarían la falta de éxito de la pretensión revisoria, pero es que, en cualquier caso, la documental aludida, a la sazón el informe de la directora de la ADL obrante al folio 224 de autos, no pone de manifiesto la concurrencia de error en la valoración e interpretación de la prueba por parte del Juez “a quo”, siendo de destacar que, analizando el documento en cuestión, la mención que allí se hace a “que se van a emplear un total de 380 horas a lo largo del año para impartir los distintos cursos de formación continua”, está contenida bajo el epígrafe “profesorado”, en tanto que la actora prestaba sus servicios como administrativa, sin olvidar que no es dado a la parte sustituir por su interesado y subjetivo criterio, el objetivo parecer del juzgador, que, como se dijo, formó su convicción en base al análisis de los distintos elementos de prueba llevados a cabo en autos, en uso de las facultades que le confiere la normativa vigente al respecto; en consecuencia, ha de desestimarse el primer motivo de recurso relativo a la revisión del relato histórico de la sentencia de instancia.

SEXTO. En sede jurídica, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, denunciando, la infracción por interpretación errónea del artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral aseverando que “no aparece en la sentencia una relación suficientemente circunstanciada que permita llegar a la conclusión de nulidad radical apreciada en la sentencia” y citando diversas sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia. Conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional - entre otras 7/1993 de 18 de enero - cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio,

incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido – sentencias de 38/1981, 55/1983, 104/1987, 114/1989, 135/1990 y 21/1992 - , esto es, no se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria adoptada, de manera que tal entidad ha de ser interpretada, no en el sentido de que la actividad o comportamiento irregular del trabajador tenga que configurar un incumplimiento pleno y total, susceptible de alcanzar la sanción de despido, sino en el de que tenga base real y ofrezca suficiente consistencia.

SÉPTIMO. En el presente supuesto, la parte actora mantuvo en su demanda, en síntesis, que la actuación del ayuntamiento era consecuencia de la reclamación de reconocimiento de la relación laboral como de carácter indefinido, lo que, en su opinión, sería constitutivo de despido nulo, habiendo acogido dicha tesis el juzgador de instancia, según refleja el fundamento jurídico segundo de la resolución combatida en el recurso, concluyendo que la causa real del cese “fue la intención de la trabajadora de reclamar sus derechos, lo que permite concluir la existencia de un principio de discriminación vulnerador del artículo 14 de la Constitución”.

OCTAVO. No comparte la sala el criterio del juez “a quo” en orden a la consideración de que nos hallemos ante un supuesto de despido nulo por causa de discriminación y es que como se desprende de los ordinales que constituyen el relato fáctico de la sentencia de instancia, singularmente los numerales cuarto y quinto, la actora fue cesada el día 14.03.00 - por cierto que en el meritado ordinal se expresa, sin duda por mero error de transcripción que el cese fue el 14.02.00 - siéndole notificado Decreto de la Alcaldía de fecha 23 de febrero de 2000, por el que se acordaba su cese por fin de contrato, así como que la actora presentó reclamación previa, en fecha 26 de febrero de 2000, interesando la declaración de indefinición de la relación laboral que la vinculaba con la demandada, siendo desestimada por resolución de fecha 20 de marzo de 2000, siendo así que, lo antedicho, no se ofrece como firme sustento ni base asaz para mantener la tesis de que la solicitud de declaración de indefinición de la relación laboral haya sido el desencadenante de la hipotética reacción del organismo demandado supuestamente constitutiva de vulneración de derechos por discriminación, pues, siendo fieles al relato histórico, cuando la demandante presenta la reclamación previa interesando la declaración de indefinición, a la sazón el día 26.02.00 – la propia

demanda recoge en el hecho cuarto que el referido día inició la actora acciones tendentes al reconocimiento del carácter indefinido de la relación mantenida con el Ayuntamiento de Santiago - ya se había dictado Decreto de la Alcaldía con fecha 23 de febrero de 2000, por más que le fuese notificado posteriormente, en fecha que, por cierto no consta en hechos probados, de manera que si la decisión del ayuntamiento de cesar a la demandante era ya una realidad documental con carácter previo a la solicitud de aquella en pro de la indefinición de la relación laboral no se ofrece concurrente base suficiente para proclamar la existencia de la discriminación alegada y por ende, no deviene procedente la declaración de la nulidad del despido.

NOVENO. Ello no quiere decir, sin embargo, que la base fáctica a que se contrae la resolución de instancia no sea susceptible de constituir un despido improcedente, siendo de recordar que tal pronunciamiento fue solicitado con carácter subsidiario por la demandante en el escrito rector del procedimiento, ratificado en el acto del juicio, pues los argumentos contenidos en el fundamento jurídico primero de la sentencia de instancia en orden a la consideración de que la relación laboral existente entre las partes en litigio reviste carácter de indefinida y a tiempo completo, al entenderse los contratos concertados en fraude de ley, habiendo llegado a tal conclusión el Juzgador de instancia después de valorar e interpretar los elementos de prueba llevada a cabo en autos, de donde resulta que los servicios prestados por la actora no son incardinables en el ámbito de una actividad con autonomía y sustantividad propia sino la peculiar y continua actividad del órgano en cuestión, siendo de destacar que, pese a que en el suplico del recurso solicita el ayuntamiento recurrente que “se revoque la sentencia impugnada y se desestime la demanda en cuanto a las peticiones principal y subsidiaria”, es lo cierto que, en el cuerpo del recurso, no combate sino la consideración de que el despido hubiese sido declarado nulo, item mas, en el motivo segundo del recurso asevera paladinamente que “la sentencia analiza la forma de contratación, no estimándola plenamente adecuada a la finalidad del contrato, cuestión que podría ser replanteada en este recurso a la luz de los hechos que se han hecho constar, con cita del folio 224 de los autos, pero no va a centrarse el tema en tal cuestión.”, de manera que, en atención a lo antedicho, dado que el cese se produjo “por fin de contrato”, es procedente la declaración de que tal cese sea constitutivo de despido improcedente, con las consecuencias inherentes a tal pronunciamiento.

Fallamos

Estimando, en parte, el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de aquella ciudad, en los presentes autos nº 326/00 sobre despido, revocamos dicha sentencia, declarando no haber lugar a la nulidad del despido con absolución de la parte demandada en cuanto a dicha pretensión, y estimando la petición subsidiaria de la demanda interpuesta por M.T.E.S, declaramos la improcedencia de su despido y, en consecuencia, condenamos a la entidad demandada, Ayuntamiento de Santiago, a que en el plazo de cinco días contados desde la notificación de esta resolución opte entre readmitir a la trabajadora o bien a abonarle la cantidad de (s.e.u.o.) 640.152 pesetas (seiscientas cuarenta mil ciento cincuenta y dos pesetas) en concepto de indemnización, mas la suma en ambos casos de los salarios dejados de percibir, debiendo limitarse los mismos hasta la fecha en que las partes suscribieron un nuevo contrato de trabajo y la actora volvió a prestar servicios y a ser retribuida, lo que (s.e.u.o.) se cuantifica en la suma de 433.044 pesetas (cuatrocienas treinta y tres mil cuarenta y cuatro pesetas).

3051 RECURSO N° 4.064/00

S. S.

DIMISIÓN DO TRABALLADOR. OFERTA DE REINCORPORACIÓN DE EXCEDENTE VOLUNTARIO EN POSTO DE IGUAL CATEGORÍA PROFESIONAL, EN DISTINTO CENTRO E LOCALIDADE DOS DE DESTINO. ADECUADA. SE O TRABALLADOR NON A ACEPTA, EXTÍNGUESE O SEU DEREITO PREFERENTE DE REINGRESO.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a diecinueve 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. 4.064/00 interpuesto por “C.G., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 228/00 se presentó demanda por don S.V.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el “C.G., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 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 demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta de la empresa “C.G., S.A.” habiendo ingresado en la misma el 1 de abril de 1974, ostentando la categoría profesional de Analista de Sistemas A, al que hubiese correspondido en la actualidad, para el caso de su reincorporación, un salario mensual de quinientas veintiuna mil trescientas ochenta y seis pesetas (521.386 ptas.), con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.- **SEGUNDO.**- el demandante, que venía desarrollando las funciones propias de sustitución de directores en las oficinas encuadradas en la zona de Santiago de Compostela, solicitó a la entidad demandada, el 2 de julio de 1986, la excedencia voluntaria por haber superado las oposiciones a funcionario de las Comunidades Europeas, solicitud que le fue reconocida mediante comunicación empresarial de 7 de julio de 1986, con efectos desde el 1 de septiembre de 1986, por término de un año y en las condiciones previstas en el art. 60 del Convenio Colectivo. El actor percibió el correspondiente finiquito/liquidación el 31 de agosto de 1986.- **TERCERO.**- En fecha 3 de julio de 1987 el demandante interesó una prórroga del periodo de excedencia por un año más, siéndole concedida mediante comunicación de 14 de agosto de 1987 la prórroga solicitada con efectos desde el 1 de septiembre de 1987, por término de un año y en las condiciones previstas en el art. 60 del Convenio Colectivo.- **CUARTO.**- En fecha 4 de agosto de 1989 el demandante interesó una prórroga del periodo de excedencia por dos años más, siéndole concedida mediante comunicación de 7 de agosto de 1989 la prórroga solicitada con efectos desde el 1 de septiembre de 1989, por término de dos años y en las condiciones previstas en el art. 60 del Convenio Colectivo. **SEXTO.**- Mediante escrito de 10 de junio de 1991, el actor -que refiere que el Convenio Colectivo no contempla la posibilidad de una ampliación automática de la excedencia- solicitó la concesión de una ampliación especial del periodo de excedencia a título personal, ofreciendo tres soluciones: 1º) continuación en situación de excedencia; 2º) reincorporación a la plantilla de la Caja; y 3º) baja negociada en la entidad.- **SÉPTIMO** en fecha 21 de julio de 1991,

el demandante solicitó la reincorporación a la plantilla de la Caja a partir del 1 de septiembre de 1991, al expirar la prórroga de la excedencia reconocida. La Caja demandada le comunicó el 12 de agosto de 1991 que, no existiendo entonces vacante de igual o similar categoría, su solicitud quedaba en expectativa de vacante de acuerdo con lo establecido en el precitado art. convencional.- **OCTAVO.**- La empresa comunicó al actor el 15 de octubre de 1993 que, aun no tratándose de plazas de su categoría, existían vacantes de administrativo en las oficinas de Maceda y Vilariño de Conso (provincia de Ourense). El demandante, en fecha 23 de noviembre de 1993, respondió negativamente a dicha proposición en espera de que existiera vacante adecuada, recordando las otras alternativas propuestas en el escrito de 10 de junio de 1991.- **NOVENO.**- El demandante, mediante escrito de 13 de junio de 1997, continuaba en espera de vacante, confirmando la empresa el 16 de junio de 1997 la inexistencia de variaciones en cuanto a la disposición de reanudación de la relación laboral.- **DÉCIMO.**- El demandante, mediante escrito de 17 de enero de 2000, entendía que continuaba en espera de vacante, contestándole la empresa por escrito de fecha 4 de febrero de 2000 (notificado el 15 de febrero de 2000) en el sentido de que se le ofrecían dos plazas vacantes, las de Equipo de Sustituciones Zona 11.2 (Territorial León, Sustitución de Directores) y Equipo de Sustituciones Zona 12.1 (Territorial Vasco-Aragonesa, Bilbao, Sustitución de Directores), respetándole la categoría profesional así como las funciones que venía desempeñando al momento de iniciar su excedencia, debiendo reincorporarse el día 8 de marzo de 2000 porque, en caso contrario, “entenderemos que no está interesado en el reingreso, extinguéndose en consecuencia su relación laboral con la entidad”.- **UNDÉCIMO.**- El demandante, mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2000, contestó que, ante tales condiciones, decidía continuar en situación de excedencia voluntaria a la espera de vacante adecuada en Santiago, explicitando igualmente su interés definitivo en el reingreso en la entidad.- **DUODÉCIMO.**- La caja demandada, en fecha 29 de febrero de 2000, reiteró al actor su obligación de reincorporarse en la fecha y destinos señalados con anterioridad porque, en caso contrario, “entenderemos producida la total extinción de su relación laboral con la entidad” (carta notificada el 9 de marzo de 2000).- **DÉCIMOTERCERO.**- Según certificado expedido por el Jefe de Administración del Personal de “C.G.” de fecha 24 de mayo de 2000: A) A fecha 31 de marzo de 2000, dentro del grupo profesional del personal administrativo y de gestión la Caja mantenía 1.153 jefes, 318 oficiales superiores, 518 oficiales de primera, 131 oficiales de segunda, 369

administrativos (superando en todos los niveles el número mínimo de empleados conforme al art. 30 del Convenio Colectivo). B) Desde el 1 de enero de 1994 y hasta la fecha del certificado, la Caixa ha superado siempre los porcentajes mínimos exigidos en dicho Convenio para cada categoría en el mencionado grupo profesional, sin haberse producido vacante alguna en las categorías de referencia. C) Desde el 1 de enero de 1994 hasta dicha data no ha existido vacante alguna de analista de sistemas A en la ciudad de Santiago.- DÉCIMOQUARTO.- El demandante no ha ostentado la representación legal de los trabajadores ni figura afiliado a sindicato alguno.- DÉCIMOQUINTO.- Presentada papeleta de conciliación el 15 de marzo de 2000, se celebró el preceptivo acto ante el S.M.A.C. de la Xunta el 22 de marzo de 2000 con el resultado de intentado sin avenencia.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando como estimo la demanda promovida por don S.V.O. frente a la empresa “C.G.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el actor y condeno a dicha entidad a que opte entre la readmisión del trabajador demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de nueve millones setecientas once mil setenta y cinco pesetas (9.711.075 ptas) en concepto de indemnización, opción que deberá ejercitar 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 que procede la primera.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se interpone recurso de suplicación contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2000 del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago, seguido a instancia de don S.V.S. contra “C.G., S.A.” por el propio demandado, basándose el mismo, al amparo del art. 191.c) de la L.P.L. en infracción por interpretación errónea del art. 46.5 del ET, art. 60 del estatuto de los empleados de las cajas y jurisprudencia del T. Supremo por sentencia de 18 de octubre de 1999, así como del art. 49.1.d) del E.T. por considerar que el excedente voluntario su derecho al reingreso en vacante de igual o similar categoría no implica derecho a la ubicación exacta en el mismo puesto de trabajo en la población de origen, pudiendo realizarse dicha reincorporación en otro lugar. Efectivamente, a

diferencia de la excedencia forzosa, que da derecho a la conservación del puesto de trabajo (art. 46.1 E.T.), el excedente voluntario mantiene una simple expectativa o derecho preferente al reingreso en vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa (art. 46.5 E.T.) De conformidad con dicho precepto el excedente voluntario no tiene derecho a que se le conserve el puesto de trabajo, quedando su incorporación condicionada a la extinción del tiempo por el que la excedencia se concedió, a la solicitud de reingreso eficaz y tempestivamente solicitado por el excedente y a la existencia de vacante de su misma o equivalente categoría en el momento de la solicitud, aunque no sea en el mismo centro de trabajo, según sentencia del T. Supremo de 18 de octubre 1999 (RJ 9.102/99). Por lo cual la empresa le ha ofrecido una vacante en la misma categoría que ocupaba el trabajador aunque en distinta localidad de conformidad con el hecho probado décimo, no reingresando el mismo a dicho puesto de trabajo por lo cual ha agotado el excedente su derecho no constituyendo, en consecuencia un despido improcedente. Por todo lo cual se estima el motivo del recurso.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la “C.G., S.A.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Santiago de Compostela, y con revocación de la sentencia de instancia, debemos absolver a la entidad demandada de las peticiones formuladas en la demanda. Una vez firme esta resolución devuélvanse al recurrente el depósito y consignación efectuados para recurrir.

3052 RECURSO N° 3.712/00

S. S.

CONFLICTO COLECTIVO.
INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA CONVENCIONAL QUE PREVÉ UN PLUS POR QUENDA. CANDO A INTERPRETACIÓN LITERAL DE DITA CLÁUSULA SEXA INEQUÍVOCA, NON CABE ACUDIR A OUTROS CRITERIOS HERMENÉUTICOS, NIN PROCEDE *IN CASUM A APLICACIÓN DA REBUS SICA STANTIBUS.*

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

A Coruña, a veinte 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. 3.712/00 interpuesto por la empresa “R.M.G., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.C.P. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado “R.M.G., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 322/00 sentencia con fecha quince de mayo de dos mil por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- El actor, don F.C.P., cuyas circunstancias personales constan en autos, Presidente del comité de empresa “R.M.G., S.A.”, del centro de trabajo de San Ciprián./ **SEGUNDO.**- El convenio colectivo de la citada empresa establece en su artículo 26.3 Turnicidad: “por el hecho de desempeñar el trabajo en régimen de turnos, se percibirá un plus por cada día natural de permanencia en dicha situación, cuyos valores figuran en las tablas salariales anexas, equivalentes al 20% del salario base”. La empresa abona el plus de turnicidad por día de trabajo./ **TERCERO.**- La interpretación y aplicación de dicho artículo fue sometido en fecha 1 de diciembre de 1999, a la interpretación de la comisión paritaria del convenio, llegándose al resultado de sin acuerdo./ **CUARTO.**- Los trabajadores que prestan sus servicios en régimen de turnos, lo hicieron en turnos de mañana y tarde en el año 1999 y de mañana, tarde y noche en el presente año./ **QUINTO.**- Se presentó papeleta de conciliación el 29 de febrero de 2000, celebrándose el preceptivo acto el 13 de marzo de 2000 con el resultado de intentada sin efecto por incomparecencia de la parte demandada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando la demanda formulada por don F.C.P. contra la empresa “R.M.G., S.A”, declaro el derecho de los trabajadores que prestan sus servicios para la mencionada empresa, en el régimen de turnos a percibir el plus de turnicidad por cada día natural de permanencia en el sistema

de trabajo a turnos; con independencia del número de días trabajados”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta por el actor contra la empresa “R.M.G., S.A., declarando el derecho de los trabajadores que prestan sus servicios para la mencionada empresa, en el régimen de turnos, a percibir el plus de turnicidad por cada día natural de permanencia en el sistema de trabajo a turnos, con independencia del número de días trabajados. Y contra este pronunciamiento recurre en suplicación la empresa demandada articulando un primer motivo de recurso, al amparo del artículo 191 apartado b) de la L.P.L. en el que interesa la revisión del hecho probado cuarto y que se sustituya su redacción, por el siguiente texto: “Los trabajadores que prestan sus servicios en régimen de turnos, lo hicieron en turnos de mañana y tarde en el año 1999, y de mañana, tarde y noche en el presente año; en ambos casos de lunes a viernes, con descanso, los sábados, domingos y días festivos. En el año 1997, cuando se negoció y firmó el actual convenio colectivo los trabajadores de la empresa que prestaban servicios en régimen de turnos, lo hacían en turnos rotatorios de mañana, tarde y noche, todos los días del año, incluidos, sábados, domingos y días festivos”. Pretensión de revisión fáctica que tiene su apoyatura en el documental obrante a los autos 97, 98 y 102, a saber certificación de empresa, carta dirigida al Comité de Empresa, y escrito de 17.01.00, dirigido a la Delegación Provincial de Xustiza Interior e Relacions Laborais y dicha modificación que se propone no puede prosperar, por cuanto que el certificado de empresa, carece de eficacia revisoria dado que se trata de un documento privado no reconocido ni ratificado en juicio, que por consiguiente carece de virtualidad alguna para dar lugar a cualquier modificación fáctica, según reiterada doctrina de suplicación. Y las cartas y escritos carecen asimismo de eficacia revisoria. Y dicha documental además de que ya ha sido valorada por el Juez “a quo” no pone de manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador de instancia. Lo que conlleva el rechazo del primero de los motivos del recurso.

SEGUNDO.- Ya en el campo del derecho y con cobertura en el artículo 191.c) de la L.P.L., en el segundo y último de los motivos del recurso, se denuncia por la empresa recurrente infracción de

la cláusula “Rebus sic stantibus” que se deriva de lo establecido en el artículo 1.283 del Código Civil, en relación con el artículo 1.116 del mismo cuerpo legal y la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras en las sentencias del T.S. de 4 de julio de 1994 (Rec. nº 3.339/99) y Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de julio y 7 de diciembre de 1994-, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de noviembre de 1997 y 5 de mayo de 1998, Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de mayo de 1998 y Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de marzo de 1995, alegando, en síntesis que en el caso de autos nos encontramos con la necesidad de aplicación de una cláusula del convenio colectivo, no a la situación prevista y tomada en consideración en el momento de su negociación y firma, sino en una situación inexistente y no prevista en dicho momento, lo que exige que la interpretación de dicha cláusula se haga teniendo en cuenta la necesidad de mantener el equilibrio recíproco de prestaciones entre las partes. Y así en el caso de autos la norma cuya interpretación motiva la litis contiene la expresión “día natural”, por cuanto que la situación existente en el momento de su negociación y a cuya regulación se dirigía suponía que los trabajadores que prestaban servicios en la empresa en régimen de turnos trabajaban los 365 días del año, es decir todos los días naturales, y en la actualidad nos encontramos con una situación nueva, pues si bien existe regulación de turnos, (dos en el año 1999 y tres en el momento actual) permite que todos los trabajadores, aún sujetos a dicho régimen de turnos, no tengan que trabajar los sábados, ni domingos ni festivos. Siendo evidente que el actual régimen de trabajo a turnos no sólo es distinto del ya existente en el momento de la negociación del convenio. Sino que es menos gravoso y más favorable para los trabajadores. Y el mantenimiento del mismo sistema retributivo rompe el equilibrio de prestaciones recíprocas y resulta gravoso para la empresa. La censura jurídica no puede prosperar por cuanto que, con carácter general el Tribunal Supremo declara entre otras, en su sentencia de 13.11.96 que los criterios de interpretación de las cláusulas o acuerdos colectivos son una combinación de los criterios de interpretación de normas legales (art. 3 y 4 del CC) y de interpretación de los contratos (art. 1.281 y ss. del mismo texto legal); y la interpretación de un Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes, manifestada por los actos de éstos, coetáneos y posteriores al convenio: Y en el presente caso las posibles dudas que pudieran existir acerca de la interpretación literal del artículo 26.3 del Convenio Colectivo de la empresa “R.M.G., S.A.”, estimamos que deben resolverse,

utilizando los criterios interpretativos antes mencionados. Y así, haciendo aplicación de las reglas de la interpretación de los contratos al pacto colectivo de referencia, en un principio habrá de estarse al sentido literal de las cláusulas consignadas en él, siempre que aparezca diáfana la intención de los contratantes. Y lo cierto es que el art. 26.3 del Convenio Colectivo citado establece que “Por el hecho de desempeñar el trabajo en régimen de turnos, se percibirá un plus de cada día natural de permanencia en dicha situación, cuyos valores figuran en las tablas salariales anexas, equivalentes al 20% del salario base”. Emplea, por tanto, el citado artículo la expresión “día natural” y no “día de trabajo” por ello debe atenderse a una interpretación literal como se sostiene en la sentencia de instancia. Y sustituir el término “natural” por “trabajado” como pretende la empresa, por decisión unilateral de la misma vulnera la voluntad concordada de las partes manifestada en el convenio que únicamente podría modificarse por vía de la negociación colectiva. No siendo admisible, como pretende la recurrente el acudir a una interpretación “a favor de una mayor reciprocidad de intereses”. Que la sentencia del TS de 04.07.94 invocada por el demandante contempla un supuesto distinto al de autos a saber, el derecho a percibir no el complemento económico hasta el 80% de los ingresos reales diarios del trabajador, en días laborales, durante las cuatro primeras semanas de I.L.T., dado que la empresa, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/1992 de 21 de julio no paga a los trabajadores el complemento por encima del 60% establecido en la L.G.S.S. y el TS resuelve en el sentido de que si la mejora tiene como condicionamiento una obligación principal del pago del subsidio por la Seguridad Social, y si a través de la reforma legal, se ha desplazado el pago sobre el empresario, han cambiado sustancialmente las condiciones en que la mejora se concedió, rompiéndose el equilibrio contractual tenido en cuenta al tiempo de su concesión. Desde la óptica de la empresa recurrente, la cuantía a resolver aún no ofreciendo duda que la expresión “día natural”, no equivale a “día de trabajo”, consiste en determinar si se mantiene la obligación empresarial pactada en el art. 26.3 del Convenio Colectivo relativa al abono del plus de turnicidad los días naturales, tras el cambio de régimen de turnos (en el año 1997, el régimen de turnos incluidos todos los días del año laborales, domingos y festivos, y en el año 1999 y 2000 sólo de lunes a viernes. Y al respecto es de señalar por un lado que no admitiéndose la revisión fáctica por los motivos indicados no consta que el régimen de turnos cambiase sustancialmente desde el año 1997 hasta la actualidad, por otro lado y siendo claros los términos del artículo y ante la claridad de la expresión utilizada “día natural” no puede

acudirse a otra interpretación distinta que no sea la literal y entender lo contrario y equiparar día natural a día trabajado como pretende la demandada supone una decisión unilateral de la empresa que vulnera la voluntad de las partes manifiestas en el Convenio Colectivo, y que únicamente podría modificarse por vía de la negociación colectiva, no siendo posible acudir en el caso de autos una interpretación y “en favor de una mayor reciprocidad de intereses”, al contemplar la sentencia del TS de 04.07.94, invocada por el recurrente un supuesto sustancialmente distinto al de autos. En consecuencia, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa “R.M.G., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo, de fecha quince de mayo de dos mil, dictada en autos núm. 322/00 seguidos a instancia de don F.C.P. contra la empresa recurrente sobre CONFLICTO COLECTIVO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3053 RECURSO N° 4.028/00

S. S.

EXTINCIÓN DE CONTRATO TEMPORAL EN FRAUDE DE LEI. CONSTITÚE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE. DEREITO DE OPCIÓN. CORRESPONDE Á EMPREGADORA E NON Á PARTE DEMANDANTE, DADO QUE O CONVENIO COLECTIVO DEBE INTERPRETARSE A ESTES EFECTOS NOS SEUS ESTRICTOS TERMOS E ALBERGAR UNICAMENTE OS SUPOSTOS DE DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a veinte 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. 4.028/00 interpuesto por Concello de Viana do Bolo,

contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.F.E. en reclamación de DESPIDO, siendo demandado Concello de Viana do Bolo, Excmo. Concello de A Veiga y otro, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 294/00 sentencia con fecha 17 de julio 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 M.F.E., comenzó a prestar servicios para el codemandado “Excmo. Concello de Viana do Bolo”, el 1 de agosto de 1985, en virtud de contrato de trabajo concertado al amparo de lo dispuesto en el art. 15.1 del E.T. y art. 1 del R.D. 2.303/80, para prestar sus servicios como asistente social en los servicios sociales de base de los Ayuntamientos de Vilaríño de Conxo, A Veiga, O Bolo y Viana do Bolo.- Dicho contrato figura incorporado a autos, teniendo aquí su contenido por reproducido.- El 01.08.86, la actora fue cesada en dicho puesto de trabajo.- Contra dicho cese, interpuso reclamación previa y posterior demanda, en reclamación por despido que dio lugar a los autos nº 975/86, tramitados en los entonces magistratura de trabajo de decano de esta ciudad, en los cuales recayó sentencia de 22.10.96, en cuya parte dispositiva se declaró extinguido el contrato de trabajo y se condenó al Organismo demandado Ilmo. Concello de Viana do Bolo a abonar a la actora en concepto de indemnización el salario de 15 días.- Contra dicha sentencia se preparó por la actora recurso de casación por infracción de ley, dictándose auto por la Sala de lo Social del T.S. el 04.12.98, declarando perdido el trámite concedido para formalizar el recurso de casación. Dicha sentencia y auto figuran incorporados a autos, teniendo aquí su íntegro contenido por reproducido.- **SEGUNDO.-** En sesión ordinaria de la comisión de gobierno del Concello de Viana do Bolo de 22.07.87, se adoptó el acuerdo de admitir el reingreso de la actora como asistente social de la comarca a partir del 1 de agosto de 1987, facultando al alcalde para que suscriba contrato con la actora, y dando cuenta a la Xunta para que subvencione la parte que le corresponda.- Desde el 01.08.87, la actora ha venido prestando servicios para el Concello de Viana do Bolo, como asistente social y percibiendo una retribución mensual de 196.491 pesetas incluido el prorrato de las pagas extraordinarias.- No se suscribió entre las partes contrato escrito alguno. Dichos servicios fueron prestado por la actora en diferentes zonas del

Concello de Viana do Bolo y en otros concellos limítrofes, de O Bolo, A Veiga y Vilariño de Conso.- TERCERO.- En fecha 31 de julio de 1986, se dicta Resolución por la Dirección Xeral de la Consellería de Cultura e Benestar Social para la que se concede la subvención para el mantenimiento del servicio social de base del Concello de Viana do Bolo, fijando como zona de atención adscrita al servicio social, los municipios de Viana do Bolo, Vilariño de Conso, A Veiga y O Bolo; subvención que se vio prorrogada por la Xunta de Galicia.- CUARTO.- Por Decreto nº 078/97, de la Alcaldía de Viana do Bolo, se resuelve: “PRIMERO.- Crear dúas áreas territoriales para os servicios sociais que este Concello ven prestando nos municipios de Viana do Bolo, O Bolo e A Veiga.- SEGUNDO.- Integrar nunha das áreas anteriores o municipio de Viana do Bolo e na outra, os de O Bolo e A Veiga.- TERCEIRO.- encomendarlle as tarefas de asistencia social do municipio de Viana do Bolo a doña M.I.G.D., e as dos municipios de O Bolo e de A Veiga a doña M.F.E., quen prestará os seus servicios repartindo a partes iguais as súas horas laborais da semana entre ámbolos dous concellos de tal xeito que os luns e mércores cumpra coa súa xornada laboral no Concello de A Veiga e os martes e xoves, no de O Bolo, alternando quincenalmente, nestes dous municipios, o traballo dos venres”.- QUINTO.- Por Resolución del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Viana do Bolo de 31.12.97, se resuelve suprimir el puesto de trabajo de asistente social que dicho ayuntamiento mantiene en el de O Bolo, pasando su personal a prestar tales servicios, con contrato provisional a partir del 01.01.98 en el Concello de A Veiga.- Por Acuerdo del concello de A Veiga de 24.03.00, se acuerda prescindir del puesto de trabajo de asistente social, con fecha 01.04.00. Dicho acuerdo fue notificado a la actora el 24.03.00 y al Concello de Viana do Bolo.- SEXTO.- La actora prestó servicios como trabajadora social en el Concello de A Veiga; que a continuación se relacionan: “1.- Servicios compartidos con otros Concellos (Viana do Bolo e O Bolo).- Desde 01 de agosto de 1985 ata 01 de agosto de 1986.- Desde 01 de agosto de 1987 ata 31 de decembro de 1997.- 2.- Servicios prestados para o Concello de A Veiga en exclusiva, por Decreto de Alcaldía do Concello de Viana do Bolo de data 31.12.97.- Desde 01 de enero de 1998 ata 31 de marzo de 2000”.- SÉPTIMO.- En fecha 31.03.00, la actora recibió comunicación escrita del Concello de Viana do Bolo, del siguiente tenor literal: “estimada señora: Pola presente poño no seu coñecemento que o de invalidez absoluta 31 de marzo do ano en curso procédese á extinción da relación laboral que lle une a vostede co Concello de Viana do Bolo en virtude das seguintes causas: * Fin da subvención outorgada pola Xunta de Galicia ó abeiro da Orde

do 30 de decembro de 1998 por medio da cual se subvencionaba a relación laboral.- * Amortización da praza de asistente social do Concello de A Veiga na que vostede estaba destinada.- Sen outro particular e agradecéndolle os servicios prestados, despídense atentamente”.- En fecha 03.04.00, recibió nueva notificación del concello del siguiente tenor literal: “Dando cumprimento ó ordenado pola alcaldía, poño no seu coñecemento que con esta data, o Sr. Alcalde dictou a seguinte RESOLUCIÓN: “Pola presente poño no seu coñecemento que o día 3 de abril do ano en curso procédese á extinción da relación laboral que lle une a vostede co Concello de Viana do Bolo en virtude das seguintes causas: * Fin da subvención outorgada pola Xunta de Galicia ó abeiro da Orde do 30 de decembro de 1998 por medio da cual se subvencionaba a relación laboral.- * Amortización da praza de asistente social do Concello de A Veiga na que vostede estaba destinada.- OCTAVO.- En el B.O.P. de 17.07.99 se publicó el Convenio Colectivo del Personal Laboral del Concello de Viana do Bolo, el cual figura incorporado a autos teniendo aquí por reproducido.- NOVENO.- Interpuesta reclamación previa, el 11.04.00, ante el Concello de Viana do Bolo, fue desestimada por Resolución de 11.05.00.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.F.E. contra la empresa Ilmo. Concello de VIANA DO BOLO, debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora llevado a cabo el tres de abril de dos mil y en consecuencia condeno a la citada empresa a que a opción de la trabajadora, la readmita en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le indemnice la cantidad de tres millones setecientas treinta y cinco mil setecientas noventa y cuatro (3.735.794) 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 actora ante este juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que declaró improcedente el despido de la actora; y condenó al Ayuntamiento de Viana do Bolo a

que, a opción de aquélla, la readmita en las mismas condiciones que regían antes de producirse o le indemnice en la suma que señala, y le abone los salarios de tramitación-, formula recurso de suplicación el citado ayuntamiento, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, por una parte, el hecho probado segundo de aquélla, quede redactado en el sentido de que “en sesión ordinaria de la Comisión de Gobierno del Concello de Viana do Bolo, de 22 de julio de 1987 se adoptó el acuerdo de admitir el ingreso de la actora como asistente social de la comarca, a partir del 1 de agosto de 1987, desistiendo del procedimiento en curso establecido ante el Tribunal Supremo” y de que “desde el 01.08.87 la actora ha venido prestando servicios como asistente social (percibiendo una retribución mensual de 196.491 pesetas, incluido el prorratoe de las pagas extras), en los Concellos de Viana do Bolo, Vilariño de Conso, A Veiga y O Bolo, que en su día se agruparon para la prestación del servicio de asistencia social subvencionado por la Xunta de Galicia”; por otra, el hecho probado tercero se redacte en el sentido de que “en fecha 31 de julio de 1986, se dicta resolución por la Dirección Xeral de la Consellería de Cultura e Benestar Social, por lo que se concede la subvención para el mantenimiento del servicio social de base, con sede en el Concello de Viana do Bolo, pero que comprende a la agrupación de municipios de Viana, Vilariño de Conso, A Veiga y O Bolo, agrupación creada a los efectos del mantenimiento común del citado servicio”, y de que “las subvenciones se vieron prorragadas año tras año por la Xunta, cubriendo el 75% del total de los gastos, y siendo el 25% restante – incluida la Seguridad Social de la trabajadora-, cubierto de manera prorrataeada por los distintos ayuntamientos en proporción al número de habitantes”; y, por otra, se redacte el quinto, en el sentido de que “por resolución de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de 2 de febrero de 1998, se produjo la segregación de la agrupación de los Concellos de Viana do Bolo, A Veiga y O Bolo de este último. Consecuencia ello de la renuncia expresa del Concello de O Bolo a seguir formando parte de la agrupación” y de que “en fecha 15 de noviembre de 1999, el alcalde de A Veiga acuerda organizar los servicios de asistencia social con autonomía, por lo que decide solicitar de manera separada e independiente la subvención para el año 2000. Consecuentemente, por acuerdo de 24 de abril de 2000 se notifica a la trabajadora y al Concello de Viana do Bolo, el acuerdo de prescindir del puesto de trabajo de asistente social en el que la actora prestaba sus servicios, con fecha de 1 de abril de 2000”; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por una parte, por indebida aplicación, del artículo 1 del estatuto de

los Trabajadores, y por falta de aplicación, de los artículos 21 y 74 de la Ley de Galicia 4/1993, de Servicios Sociales; por otra, por no aplicación, del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, y, por indebida aplicación, del 55 del mismo Estatuto; y, por otra, por indebida aplicación, del artículo 41 del Convenio Colectivo para el personal laboral del Concello de Viana do Bolo.

SEGUNDO.- A la vista de la prueba documental, que cita el Ayuntamiento de Viana do Bolo, en apoyo de las modificaciones fácticas, que propone en el primer motivo del recurso, de cuyo examen resulta que son ciertos los extremos, a que se refieren; es procedente aceptarlas –aunque con los limitados efectos prácticos, que se verán-.

TERCERO.- Fundamenta el ayuntamiento citado el segundo motivo del recurso, en primer lugar, en que la sentencia de instancia, al afirmar, con las consiguientes consecuencias en lo que al cese de la relación laboral litigiosa se refiere, que la relación jurídica personal está perfectamente constituida entre la actora y el ayuntamiento de Viana do Bolo, al ser éste el único que ostenta la condición de empleador, no obstante desprenderse, de la documental, obrante en autos, que los distintos ayuntamientos, que recibían la prestación servicios de la misma, tenían la condición de empresarios, infringe lo dispuesto en el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, porque concurrían, en sus respectivas relaciones con ella, las notas, que configuran el contrato de trabajo; pero, por la sala, si se tiene en cuenta, que, en la sentencia de instancia, se declara, sin que hubiere sido desvirtuado, que la actora... comenzó a prestar servicios para el codemandado Ayuntamiento de Viana do Bolo –no se dice que para los de O Bolo, A Veiga y Vilariño de Conso-, el 1 de agosto de 1985, en virtud de contrato de trabajo, concertado al amparo de lo dispuesto en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores y 21 del Real Decreto 2.303/80, “para prestar servicios como asistente social, en los servicios sociales de base de los Ayuntamientos de Vilariño de Conso, A Veiga, O Bolo y Viana do Bolo”; que fue el citado Ayuntamiento de Viana do Bolo, quien, el 22 de julio de 1987 adoptó el acuerdo, tras seguirse un procedimiento por despido, de admitir su reingreso, “como asistente social de la comarca”, a partir del 1 de agosto de 1987, facultando al alcalde para que suscribiera contrato con ella y dando cuenta a la Xunta para que subvencionare la parte que corresponda, viniendo, desde entonces, prestando servicios de asistente social para él y percibiendo una retribución mensual, con inclusión de pagas extras, de 196.491 pesetas; y que fue dicho Ayuntamiento de Viana do Bolo, el que puso en conocimiento, por escrito, a la demandante, que,

el 31 de marzo de 2000, se procedía a la extinción de la relación laboral, que le unía con ella; no puede compartir la argumentación del recurrente, ya que, de lo expuesto, se desprende que las notas de voluntariedad, remuneración, ajeneidad y prestación de servicios dentro del ámbito, organización y dirección de otra persona, que caracterizan, según resulta de lo dispuesto en el artículo 1.1. del Estatuto de los Trabajadores, al contrato de trabajo, concurren en la relación, que unía a la demandante con el Ayuntamiento de Viana do Bolo; pero no están presentes, en cambio, en las que, simultánea y lateralmente, tuvo, a su vez, con los Ayuntamientos de O Bolo, A Veiga y Vilariño de Conso, dado que, si bien es cierto, en el contexto de la agrupación de municipios, en su día, constituida para la prestación del servicio de asistencia social, subvencionado por la Xunta de Galicia –no puede pasar desapercibido, entre otros extremos, al efecto, que, según aparece en el Boletín Oficial de la Provincia de Ourense, de 25 de mayo de 1985 (folios 73 y 74), la contratación de la demandante tuvo su origen, en la convocatoria, por parte de los municipios de Viana do Bolo, O Bolo, A Veiga y Vilariño de Conso, con la colaboración de la correspondiente Consellería de la Xunta de Galicia, de pruebas selectivas para la contratación laboral de un asistente social, con el fin de mantener los servicios sociales en la comarca, formada por los Municipios relacionados, cuya cabecera era, según exponía, Viana do Bolo...–, la actora prestó también sus servicios, con mayor o menor dedicación, a lo largo del tiempo, en los Ayuntamientos de O Bolo, A Veiga y Vilariño de Conso; sin embargo, también lo es que lo hizo, siguiendo las instrucciones, de su directo empleador, el Municipio de Viana do Bolo, al ser éste quien, no sólo tomó, en todo momento, la dirección y gestión de la agrupación, en su papel de ser el de la cabecera de comarca, sino también la contratación de los trabajadores, como la actora, necesarios para desarrollar el servicio; y que, en estas circunstancias, es evidente que esas notas características del contrato de trabajo no concurren en la relación que existió entre la demandante y los Municipios de O Bolo, A Veiga y Vilariño de Conso.

CUARTO.- Basa el Ayuntamiento de Viana do Bolo, en segundo lugar, el segundo motivo del recurso, en que, como la Sra. Juez “a quo”, entendió que existió despido improcedente, cuando en realidad lo que tuvo lugar fue la extinción del contrato de trabajo, que unía a la actora con la agrupación de ayuntamientos, por realización del servicio objeto del contrato, porque, al venir prestando éstos, como asistente social, y al estar basados tanto en su existencia, como en su duración, en el convenio, suscrito por la agrupación de municipios y la Comunidad

Autónoma de Galicia, el cese era obligado, al no poderse dar continuidad al fin social atendible; existió infracción de lo dispuesto en el artículo 49.1, en relación con el 55 del Estatuto de los Trabajadores; pero tampoco cabe compartir la tesis del recurrente, ya que, si se parte de que la relación laboral, que unía a la demandante con el Ayuntamiento de Viana do Bolo, databa del 1 de agosto de 1987 –día éste a partir de la que, después de haber quedado extinguida la anterior, iniciada el 1 de agosto de 1985, por despido, vino prestando sus servicios para él, como asistente social, tras el acuerdo de la comisión de gobierno de admitir su reingreso, y de facultar al alcalde para suscribir el contrato–; de que, no obstante ello, el consiguiente contrato para la realización de un servicio determinado, no se concertó por escrito, a pesar exigir esta forma, el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores; de que esta omisión llevaba consigo la consecuencia de que entrar en juego la presunción “iuris tantum”, que establece este precepto, de tenerse por celebrado a jornada completa y por tiempo indefinido; y de que, a la vista de los datos, que se ofrecen en la resolución impugnada, la parte demandada no acreditó su naturaleza temporal; máxime cuando ello, ante las irregularidades, existentes en la contratación, derivadas, sobre todo, de que el citado ayuntamiento, si bien actuó como empleador único, lo hizo para la agrupación de municipios, de la que formaba parte, ello era, prácticamente, imposible; es evidente que nada cabe objetar a la juzgadora de instancia, por el hecho de estimar el cese improcedente.

QUINTO.- Es acogible, en cambio, el recurso planteado, en el extremo relativo a que debe ser el ayuntamiento, objeto de condena, y no la actora, quien ejerza la opción entre la readmisión de la trabajadora o el abono de las percepciones económicas, que señala el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores; ya que, siendo ésta la regla general, que se establece en este precepto, carece de fuerza contra ella el hecho de que, en el artículo 41 del Convenio Colectivo para el personal laboral del Concello de Viana do Bolo, que se refiere a “régimen disciplinario”, se establezca, en el último inciso que, “en el caso de despido declarado improcedente por órganos jurisdiccionales competentes, será el trabajador/a quien opte entre la indemnización legal o su readmisión”, dado que lo en él dispuesto se refiere, tal como se deduce de los términos generales del precepto, a los casos de despido disciplinario, declarados improcedentes, pero no a los que derivan de la extinción de una relación laboral, como la que se analiza, declarada improcedente. Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con estimación en parte del recurso de suplicación, planteado por el Ayuntamiento de Viana do Bolo, contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de Ourense, en fecha 17 de julio de 2000; debemos revocar y revocamos el fallo de la misma en el exclusivo extremo de determinar que la opción de readmisión o indemnización a que se refiere, corresponderá al ayuntamiento citado; y debemos confirmarlo y lo confirmamos en lo restante.

3054 RECURSO N° 3.960/00

S. S.

DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO.
IMPROCEDENTE: A EMPRESA NON PROBOU AS INFRACCIONES ALEGADAS NA CARTA DE DESPEDIMENTO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN: NON SE PERCIBEN EN SITUACIÓN DE INCAPACIDADE TEMPORAL. O PROCESO DE DESPEDIMENTO É APTO PARA DISCUTIR O SALARIO DO TRABALLADOR, COMO ELEMENTO BASE PARA O CÁLCULO DA INDEMNIZACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintiuno 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. 3.960/00 interpuesto por la empresa don J.M.G.P., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.G.V.R. en reclamación de despido, siendo demandada la empresa don J.M.G.P., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 130/00 sentencia con fecha 14 de abril de 2000, por el juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1.- La actora prestó servicios laborales para la

empresa demandada desde el 10 de septiembre de 1997, con la categoría profesional de dependienta con inclusión de las partes proporcionales de pagas extras, realizando en el momento del despido las labores propias de su categoría profesional. El salario pactado en el contrato fue el S.M.I. vigente en cada momento más la parte proporcional de dos pagas extras.- 2.- A medio de carta de fecha 21 de octubre de 1999 fue despedida con el siguiente contenido.- *Ocurridos los siguientes hechos durante el mes de septiembre: - Amenazas verbales e insultos a mi persona.- Desobediencia e indisciplina al negarse a efectuar los trabajos de abrir paquetes y preparar el escaparate.- Le comunico que motivado por los hechos anteriormente citados, los cuales son considerados como incumplimientos contractuales por el art. 54.2 en los apartados b) y c) del R.D.L. 1/95 por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y a tenor de lo dispuesto en el art. 54.1 del E.T. he decidido extinguir su contrato de trabajo, mediante despido basado en repetidos incumplimientos graves y culpables suyos. La decisión empresarial tendrá efectos de la fecha de su firma. Asimismo se le comunica que tiene a su disposición en la Asesoría "O." la liquidación que le corresponde hasta el anteriormente citado día y sin que en el acto del juicio se acredite por la Empresa demandada la causa del despido dada su incomparecencia.- 3.- La actora se encontraba en el momento del anterior despido en situación de I.T. desde el 20.09.99 por síndrome depresivo, siendo sustituida por la trabajadora M.R.R.R. en virtud de contrato de fecha 29.09.99. La actora interpuso demanda de despido, autos 568/99, seguidos en el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol, recayendo sentencia en fecha 24 de enero de 2000 declarando el despido improcedente y condenando a la empresa a readmitir o indemnizar en la cantidad de 412.893 ptas. Asimismo, la actora interpuso demanda, autos 531/99 seguidos en el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, contra la empresa por cantidades en fecha 29.10.99 reclamando la aplicación del Convenio Colectivo de Papel y Artes Gráficas, así como un total de 507 horas extras realizadas desde el inicio de su relación laboral hasta el mes de agosto de 1999.- 4.- En fecha 7 de febrero de 2000 y a medio de carta es despedida con efectos de la misma fecha en base a los hechos que se relatan en la misma y que se dan aquí por reproducidos por obrar unida a los autos como documento nº1 de la parte actora.- 5.- La facturación de la empresa era además de artículos correspondientes a librería (artículos de papelería, libros, libros de texto, prensa y revistas), de artículos correspondientes a cerámica, ropa vaquera, gominolas y frutos secos, helados, perfumes, artículos de regalo y tarjetas de telefónica, siendo en todo caso mayor la actividad*

de la empresa en relación con artículos de librería que en relación al resto de artículos, siendo el nombre comercial de la empresa Librería “C.D.P.” Papelería. La empresa está de alta en el I.A.E. desde fecha 07.09.97 con el epígrafe 662.2 correspondiente a la actividad de comercio al por menor de toda clase de artículos.- 6.- Existe calendario laboral firmado por la actora en donde consta como horario de trabajo en invierno de 8,30 horas a 13,30 horas por la mañana y tarde de 17 a 19 horas y los sábados de 8,30 horas a 13,30 horas. En verano consta como horario el de 8,30 horas 13,30 horas por la mañana y de 18,30 horas a 20,30 horas y los sábados de 8,30 horas a 13,30 horas. Además de la jornada semanal de 40 horas de lunes a sábado la actora trabajaba los domingos alternos por una jornada de 5,30 horas cada domingo. La actora cerró caja en las horas y en los días que obran en los cierres de caja del Terminal Punto de venta que como documental aporta la empresa.- 7.- Por escrito de fecha 28 de febrero de 2000 el demandada solicitó de la Comisión Mixta Paritaria del Convenio Colectivo estatal para el comercio de papel y artes gráficas el descuelgue salarial de la Empresa en los términos expuestos en dicho escrito y que se dan aquí por reproducidos.- 8.- El día 1 de marzo de 2000 se celebró el acto de conciliación administrativo con el resultado de SIN AVENENCIA.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, debo estimar y estimo íntegramente las pretensiones de la demanda, y califico como improcedente el despido objeto de este proceso y condeno a la empresa a que readmita inmediatamente a doña M.G.V.R. en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien, a elección del empresario, a que abone a la parte actora una indemnización de 506.827 ptas.- Dicha opción deberá ejercitarse en el término de 5 días a partir de la notificación de esta sentencia, mediante escrito o comparecencia ante este juzgado. Transcurrido dicho término sin que el empresario hubiese optado, se entenderá que procede la readmisión.- Cualquiera que fuese su elección, condeno asimismo a la parte demandada a que satisfaga a la actora los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, tomándose en consideración a tal efecto el salario que se estima acreditado en hecho probado 1º, y teniendo en cuenta la limitación que establece el art. 57.1 del E.T. y que hasta la fecha ascienden a la cantidad de 290.873 ptas.”

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 íntegramente las pretensiones de la demanda y califica como improcedente el despido de la demandante, condenando a la empresa demandada a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración; fijando como importe de la indemnización el de quinientas seis mil ochocientas veintisiete pesetas y los salarios de tramitación, hasta la fecha de la sentencia, en la cantidad de doscientas noventa mil ochocientas setenta y tres pesetas, con la limitación que establece el art. 57.1 del Estatuto de los Trabajadores. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la empresa demandada, 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 siguientes: A) En el hecho primero, donde dice: “...realizando en el momento del despido las labores propias de su categoría profesional”, debe modificarse, diciendo: “encontrándose en el momento del despido en situación de Incapacidad Temporal”. B) En el hecho probado tercero -cuyo contenido transcribe- se han omitido datos que son de especial interés en el procedimiento, como son el hecho de que la trabajadora estaba cobrando la prestación de I.T. directamente del I.N.S.S. Que asimismo debió recogerse como hecho declarado probado que tanto la sentencia en el anterior juicio por despido, autos 568/99 y la sentencia recaída en el procedimiento por salarios, autos nº 531/99 han sido recurridas en suplicación y por lo tanto no son firmes, especificando que la primera tan solo se recurrió en suplicación, en relación a la aplicación del Convenio Colectivo que la juzgadora entendió aplicable, así como en cuanto a la condena al pago de los salarios de tramitación; y también debió de recogerse en el mismo que la actora ha presentado la demanda en reclamación por las diferencias en cuanto a la prestación por I.T. que ha venido cobrando hasta ahora. C) Que el párrafo del hecho probado 5 que dice: “...siendo en todo caso mayor la actividad de la empresa en relación con artículos de librería que en relación al resto de artículos...”, sea modificado por otro que diga: “...siendo en todo caso mayor la actividad de la empresa en relación a la venta de prensa y revistas que en relación al resto de artículos...” D) En cuanto al hecho probado sexto, la recurrente transcribe las frases: “Además de la jornada semanal de 40 horas de lunes a sábado la actora trabajaba los domingos alternos por una jornada de 5,30 horas cada domingo” y “La actora cerró caja en los horas y en los días que obran en los cierres de caja del

Terminal Punto de Venta que como documental aporta la empresa". La recurrente manifiesta, sobre la primera de las frases, que se debe matizar que aunque la sentencia del procedimiento de reclamación de salarios se recogía como probado esto, dicha sentencia está recurrida en suplicación y no es firme, por lo que estima que la referida afirmación debiera suprimirse o bien especificar al menos que dicho aspecto fue recogido en la sentencia de salarios que no es firme; y sobre la segunda que la juzgadora ha confundido dos cosas distintas, por un lado los tickets de cierre de caja que cada día sacaban y en lo cuales fue donde la actora hizo las anotaciones que reconoció como tal y por otro lado están los justificantes del cierre del archivo de históricos que es donde se encuentra la hora del cierre la cual no sale reflejada en los tickets normales de cierre de caja; argumentando la recurrente, prolíjamente, acerca de donde puede proceder la confusión. E) Que debieran de haberse recogido, a mayores, los siguientes hechos probados: 1.- "En los meses de julio y agosto del año 1999 la empresa J.M.G.P. tuvo pérdida por la cantidad de 125.701.- Ptas. en el mes de julio y de 33.666.- Ptas. en el mes de agosto". 2.- "La actora reconoció en el acto del juicio oral que había reclamado al empresario por primera vez la aplicación del convenio a su situación al volver de vacaciones el día 9 de septiembre de 1999. Sin embargo ha quedado demostrado según el Informe emitido por la Inspección de Trabajo y aportado por la misma actora al procedimiento de despido nº 568/99 que la trabajadora ya había interpuesto una denuncia ante la Inspección de Trabajo el día 31 de agosto de 1999, con lo cual denunció a la inspección antes de tratar de solucionar los posibles desacuerdos personalmente con el empresario". 3.- "El empresario tenía el negocio en situación de traspaso debido al bajo rendimiento". 4.- "La trabajadora reclamó las horas de los sábados como extraordinarias en los Autos de Salarios nº 531/99 seguido ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol, cuando en el contrato de trabajo y en el horario laboral firmados por ella constaba que eran jornada normal de trabajo". 5.- "La trabajadora no acudió a trabajar de forma injustificada los días 111 (sic) -habrá de entenderse 11- y 18 de septiembre de 1999". Se aceptan las dos primeras revisiones -apartados A) y B)-, a la vista de los medios probatorios al efecto invocados por la parte recurrente. Por el contrario, se rechazan las restantes, por las siguientes consideraciones: La del apartado C), porque los medios de prueba en su apoyo invocados -folios 492 a 676-, no sólo no evidencian la modificación pretendida, sino que confirman el relato judicial. La del apartado D), por limitarse la recurrente a hacer comentarios sobre el texto judicial que combate, sin

proposición alternativa alguna. La del apartado E) 1, tanto por ser irrelevante a efectos decisarios, al ser objeto de enjuiciamiento un despido disciplinario -no objetivo-, cuanto porque los medios de prueba en que se fundamenta tampoco la justificarían, por tratarse de fotocopias de un libro contable -el libro mayor- de la empresa demandada. La del apartado E) 2, de un lado, por apoyarse en parte en un medio de prueba inidóneo a tal fin, cual es la confesión judicial de la actora, y de otro, porque el resto de lo solicitado carecería de trascendencia; circunstancia esta última que, asimismo, obliga a inadmitir las revisiones de los apartados E) 3 y E) 4. La del apartado E) 5, porque las pruebas en que se intenta sustentar -folios 476 a 486- se refieren a reclamaciones judiciales -autos 5.312/99 del Juzgado de lo Social de Ferrol - en reclamación de diferencias salariales del periodo comprendido entre el mes de septiembre de 1998 y el de agosto de 1999. y, en modo alguno, acreditan las ausencias al trabajo por la recurrente pretendidas.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, en el segundo de los motivos del recurso se formulan las siguientes denuncias: A) En primer lugar, y como principal motivo por el que se articula el recurso, infracción de los arts. 54, apartados 1 y 2. a), 60.2 , 5.a), c) y e), 20.1 y 2 y 34.5, todos del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia que los desarrolla. B) Infracción de los arts. 54.1 y 2.b), c) y d), 5 y 20.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores. C) Infracción de los arts. 54.1 y 2.a), 5, 20.1 y 2, 34.5 y 60.2, del citado Estatuto y 110.4 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. D) Infracción del art. 54.1 y 2.e) del repetido Estatuto. E) Aplicación errónea del art. 56.1.b), del tan citado Estatuto de los Trabajadores, por estimar, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio y 3 de octubre de 1994, 17 de enero de 1995 y 28 de mayo de 1999, que al encontrarse la trabajadora en situación de incapacidad temporal en el momento del despido y durante toda la tramitación de los presentes autos, como consta acreditado y reconocido en la sentencia, no debiera haberse condenado a la demandada al pago de los salarios de tramitación. F) Infracción del art. 56.1 del repetido Estatuto, en relación con el art. 110 de la Ley de Procedimiento Laboral y doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1993 y sentencias de diversos Tribunales Superiores -sin cita alguna- ...infracción del art. 27.2 de la citada Ley Procesal. G) Infracción de los arts. 56.1 y 82.2 y 3 del tan invocado estatuto, y vulneración del art. 2.2 del Convenio Colectivo Nacional del Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 02.12.97 y del Tribunal Superior de Justicia

del País Vasco de 22.06.99. H) Vulneración de lo dispuesto en el art. 5.1 del citado Convenio Colectivo. I) Transgresión de los arts. 5, 20 y 54.1 y 2 D) y e) del Estatuto tan mencionado, junto con los arts. 1.258 y 1.104 del Código Civil.

TERCERO.- De los hechos imputados en la carta de despido, como fundamentadores de éste, los referidos a las faltas de asistencia al trabajo (tanto los comprendidos hasta el 20 de agosto de 1999, como los de los días 18 y 19 de septiembre de 1999), bien por considerarlos prescritos, cual ha hecho el juzgador de instancia, razonando sobre ello en los fundamentos de derecho segundo y tercero de su resolución, o ya por estimarlos improbados, al no haber quedado aseverada, en legal forma, su veracidad, deben conducir, ineludiblemente, a producir el efecto jurídico proclamado en la sentencia recurrida. Lo mismo acontece con la imputación relativa el incumplimiento de horario en el cierre del local de negocio, tanto por la improbanza de su realidad, como por la imposibilidad de hacer coincidir, por obvias razones, como pretende la parte recurrente, la hora de cierre de la caja -inferida de los tickets de la terminal-, con la del cierre del establecimiento. A igual conclusión lleva la improbanza de la causa, así bien invocada en la comunicación extintiva, de desobediencia e indisciplina a efectuar trabajos de abrir paquetes y preparar el escaparate, por lo que se razona en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia impugnada. En definitiva, al no haberse demostrado la comisión por la actora de los hechos motivadores del despido, la consecuencia no puede ser otra que la de calificar el acto extintivo como improcedente, por imperio de lo preceptuado en los arts. 55.4, inciso final, del Estatuto de los Trabajadores y 108.1, párrafo segundo, "in fine", de la Ley Adjetiva Laboral, con las consecuencias previstas en los arts. 56 del citado estatuto y 110.1 de la invocada Ley Rituaria. Y al haberlo apreciado y declarado así el "iudex a quo", su resolución no es merecedora, en este particular, de los reproches jurídicos que en el recurso se le dirigen. La trabajadora demandante-recurrente, en el momento de su despido -situación que debe entenderse subsistente durante la tramitación del proceso, al no existir constancia contraria- se encontraba en situación de incapacidad temporal; y esta situación, determina la suspensión del contrato de trabajo que vinculaba a los contendientes, en aplicación de lo dispuesto en el art. 45, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, y esta suspensión de conformidad con lo prevenido en el número 2 del citado precepto, exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Por otro lado, es reiterada doctrina jurisprudencial -por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1995- que en estos

supuestos no está obligada la empresa a abonar salarios de tramitación, ya que el trabajador es beneficiario de la prestación económica correspondiente a la incapacidad temporal. Sin embargo, la sentencia recurrida al imponer a la patronal recurrente la obligación de satisfacer los salarios de tramitación de la demandante ha infringido la normativa y doctrina jurisprudencial invocadas; de ahí que, en este particular, debe apreciarse la censura jurídica a que se contrae el apartado E) anterior. El reproche jurídico contenido en el apartado F) se pretende apoyar en que en el procedimiento se ha establecido que es aplicable el Convenio de Comercio de Papel y Artes Gráficas, cuando según los preceptos y doctrina jurisprudencial que invoca, el salario que ha de servir de módulo para fijar los de tramitación y la indemnización es el correspondiente a la última nómina más la prorrata de pagas extras, es decir, el efectivamente percibido en el momento del despido y no al que pudiera tener derecho a percibir podrá ser objeto de controversia en otro proceso pero no en el de despido, ya que la valoración de la aplicación de un convenio a los presentes autos constituye una acumulación no permitida, con infracción del art. 22 de la Ley Procesal Laboral. Mas, la censura no puede prosperar, ya que es criterio jurisprudencial -sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1998, en el proceso por despido- puede controvertirse el importe del salario, al ser éste un elemento esencial de la acción ejercitada, que debe resolver la sentencia, sin que se desnaturalice ni deba estimarse que existe acumulación a ella de reclamación inadecuada. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia de fecha uno de junio del corriente año, recaída en Recurso de Suplicación núm. 1.692/00 interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Ferrol, en proceso por despido seguido entre las mismas partes del actual debate. Idéntica suerte, que la que precede, debe seguir la formulada en el apartado G), al ser, como se razona por el juzgador de instancia en el quinto de los fundamentos de derecho de su resolución, la actividad principal de la empresa demandada la de librería; criterio, así bien aceptado por la sentencia de este tribunal a que se hizo mérito en el párrafo inmediato anterior. Lo mismo habrá de predicarse respecto al reproche contenido en el apartado F) al ser incluible dentro del ámbito funcional del Convenio Colectivo la actividad admitida de la empresa demandada-recurrente; de ahí la innecesidad de ser oída la comisión mixta. Tampoco puede prosperar la última denuncia, la contenida en el apartado I) respecto a las reclamaciones de horas extraordinarias, al no haberse aportado por la parte recurrente elementos de juicio de los que pudiera

evidenciar que la actuación de la trabajadora fuera merecedora de ser calificada de mala fe. Siendo de resaltar, finalmente, que el incumplimiento de los requisitos de plazos a que el recurrente se refiere, afirmando que han transcurrido más de cuarenta días entre el juicio y la emisión de la sentencia en el presente asunto tal aserto no se acomoda a la realidad, ya que, como se recoge en los antecedentes procesales de la sentencia recurrida, la celebración del juicio ha tenido lugar el día seis de abril de 2000 y la sentencia ha sido dictada con fecha catorce del mismo mes; no alcanzándose, por tanto, entre una y otro fecha el número de días que señala la recurrente.

CUARTO.- Por todo lo que queda expuesto procede estimar parcialmente el recurso, en cuanto condena a la empleadora recurrente a abonar a la actora salarios de tramitación, por importe de doscientas noventa mil ochocientas setenta y tres pesetas, particular en el que debe ser revocada la sentencia recurrida; manteniendo los restantes pronunciamientos de la misma. Todo ello, con los efectos señalados en los arts.201, números 2 y 3, y 233, de la Ley de Ritos Laboral. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto por la empresa J.M.G.P. contra la sentencia de fecha catorce de abril de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social numero dos de Ferrol, en proceso por despido promovido por M.G.V.R., frente a la recurrente, debemos revocar y revocamos en parte la sentencia recurrida, en cuanto condena a la patronal recurrente a que abone a la actora salarios de tramitación, dejando sin efecto este pronunciamiento y confirmando en los restantes el fallo recurrido. Hágase devolución a la recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir y del importe de la consignación de los salarios de tramitación. Sin imposición de costas.

**3055 RECURSO Nº:
03/0007325/2000**

S.C.A.

**CERTIFICACIÓN DE DESCUBERTO.
PRESCRITAS. POR DEFECTUOSA
NOTIFICACIÓN Ó DESTINATARIO.**

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

En la Ciudad de A Coruña, treinta de octubre 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 03/0007325/2000, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.A.A.F., representado por don J.B.F. y dirigido por el letrado, contra Sentencia de 20.01.00 que inadmite al recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería Gral. de la S. Social de Ourense sobre reclamación de cuotas, Procedimiento Ordinario nº 285 de 1999, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Ourense. Es parte apelada TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada por el letrado de la Seguridad Social.

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 recurrida, con cita expresa del art. 28 de la Ley Jurisdiccional decretó que no era admisible el recurso contencioso-administrativo, siendo así que tal pronunciamiento ni fuera interesado por la Administración demandada (Tesorería General de la Seguridad Social, en adelante, TGSS), ni se planteó tal cuestión a las partes con carácter previo al dictado de la sentencia mediante el uso de la “tesis”, ni, en fin, la resolución objeto del recurso era plenamente confirmatoria de actos anteriores consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, como reza aquel precepto y acoge la sentencia apelada, pues es de advertir que dicha resolución, dictada por el Director Provincial de la TGSS en Ourense, tiene un doble pronunciamiento,

antitético, pues, de una parte, declara inadmisible por extemporáneo el recurso ordinario que formulara el aquí apelante contra la diligencia de embargo de fecha 2 de noviembre de 1995, y de otra, segundo pronunciamiento, acuerda minorar dos de las certificaciones de descubierto, siendo de señalar que en los fundamentos jurídicos, la resolución se pronuncia sobre la validez de las notificaciones que los descubiertos y sobre el instituto de la prescripción, aspectos que fueran aducidos por el apelante en el aludido recurso ordinario.

Siendo ello así, bastarían las anteriores consideraciones para la estimación del recurso, pues ni se está ante la hipótesis del art. 28 de la Ley Jurisdiccional, ni resulta aceptable el pronunciamiento de inadmisibilidad por extemporaneidad que contiene la resolución administrativa objeto del recurso contencioso-administrativo, pues como es sabido no caben pronunciamientos parciales de inadmisibilidad, pues ésta existe o no existe, y no cabe apreciarla ni pronunciarla si la resolución que así lo hace entra en el fondo del asunto, como aquí ocurrió, estimándolo, además, en parte, por lo que ya se concluye que procede entrar en el análisis de las dos cuestiones de fondo que planteará el apelante en su momento, sin necesidad de acudir a la doctrina del carácter inconsentible de los actos nulos de pleno derecho, y que no son otras que el carácter nulo e ineфicaz de las notificaciones de los apremios correspondientes a las certificaciones de descubierto por importe de 80.000 y 2.859.244 ptas., respectivamente, y, consecuentemente, la prescripción de la deuda apremiada.

II. Pues bien, del examen del expediente resulta que la certificación de descubierto núm. 91003506, por importe de 2.859.244 ptas., correspondiente a cuotas del RETA del período comprendido entre setiembre de 1983 y diciembre de 1984, se notificó el 5 de abril de 1991 por correo certificado con acuse de recibo, sin que en la diligencia aparezca consignada la firma del destinatario, constando una firma o rúbrica ilegible que debe ser la del empleado de correos autorizante de la diligencia.

Por lo que se refiere a la notificación de la segunda de las certificaciones, la de 80.000 ptas., correspondiente al período comprendido entre noviembre de 1983 y febrero de 1984, consta en la diligencia de notificación, fechada el 21 de febrero de 1991, una rúbrica ilegible en el apartado correspondiente a la firma del destinatario, pero sin que se consigne el Documento Nacional de Identidad, ni identificado por cualquier otro medio la persona del firmante de la notificación.

Siendo ello así, ya se advierte que ambas notificaciones practicadas por correo con acuse de recibo en el despacho profesional del recurrente, no se ajustaron a las formalidades exigibles tanto por el art. 59 de la Ley 30/92 como por el Reglamento de Correos, en orden a garantizar la identidad de la persona que se hizo cargo de la notificación, pues, como ya se dijo, en una de ellas no aparece la firma del destinatario, y en la otra, si bien aparece una rúbrica en el apartado reservado a la firma del destinatario, la misma es ilegible, sin que se haya consignado o explicitado el DNI de esa persona ni dato alguno relativo a su identidad.

En esas condiciones, ya se concluye que dichas notificaciones no se ajustaron a los requisitos formales que condicionaban su validez y eficacia, o dicho de otra forma, el contenido de los respectivos acuses de recibo no garantizan que la notificación hubiera llegado a poder del destinatario, sin que la Administración demandada, a quien incumbía por distribución de la carga de la prueba, hiciera el más mínimo esfuerzo por traer a autos la libreta de entrega, que pudiera acreditar la identidad de dicha persona.

En consecuencia, debe concluirse que en ambos supuestos dichas notificaciones no pudieron interrumpir la prescripción iniciada en setiembre de 1988, de tal suerte que al dictarse la siguiente actuación válida habida con pleno conocimiento del deudor, que no es otra que la notificada en fecha 20 de diciembre de 1993, previa a la diligencia de embargo, ya había transcurrido el plazo de prescripción de 5 años.

Procede, por tanto, con estimación del recurso, declarar prescritas ambas certificaciones y declarar que la deuda que mantiene el apelante con la Seguridad Social alcanza la cifra de 625.628 ptas., correspondientes a la cuota del RETA comprendidas entre agosto de 1983 y enero de 1988.

III. 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 20.01.00 que inadmite al recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Ourense sobre reclamación de cuotas, Procedimiento Ordinario nº 285 de 1999, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ourense, y, en consecuencia, con

revocación de la sentencia apelada, estimamos la demanda rectora del recurso contencioso-administrativo, que conlleva la anulación de la anulación de la resolución allí impugnada, declarando prescritas las certificaciones de descubierto que se señalan en el FJ II de esta sentencia, por importe de 80.000 y 2.859.244 ptas., y declarando que el apelante mantiene con la Seguridad social una deuda cifrada en 625.628 ptas., correspondiente a las cuotas del RETA comprendidas entre agosto de 1983 y enero de 1988. Sin imposición de costas.

**3056 RECURSO Nº:
03/0007360/2000**

S.C.A.

SUSPENSIÓN DO CONTRATO POR CAUSAS TÉCNICAS. DATA DE EFECTOS DA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA. DENDE QUE SE DICTE, SEN QUE POIDAN RETROTRAERSE OS SEUS EFECTOS Á DATA DO FEITO CAUSANTE.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Margarita Pazos Pita

En la Ciudad de A Coruña, treinta y uno de octubre 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 03/0007360/2000, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por Instituto Social de la Marina, representado y dirigido por el Letrado de la Seguridad Social, contra Sentencia de 10.01.00 desestimando el recurso interpuesto contra resolución de la Delegación Provincial en Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre suspensión laboral de once trabajadores, recurso 35/99, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Lugo. Es parte apelada Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada por el Letrado de la Xunta de Galicia.

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 desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Social de la Marina, contra la Resolución de fecha 21.07.98 de la Delegación Provincial de Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, confirmada por la de 30.11.98 de la Dirección Xeral de Relacións Laborais de la Xunta de Galicia; Resolución que autoriza la suspensión de las relaciones laborales solicitada por don P.G.D., en representación de la Comunidad de Bienes denominada "P.G.D. y otros C.B.", con once trabajadores desde el día 03.07.98, fecha del desenrolle de la tripulación, hasta que finalicen las obras de reparación del buque "C.", según establece el art. 15 del Real Decreto 43/96 de 19 de enero, en relación con el art. 57.3º de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, que se estima en un plazo de 45 días, con derecho al percibo de las prestaciones por desempleo durante el citado período siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos de acuerdo con la normativa vigente.

La sentencia apelada, tras exponer que la entidad actora impugna el acto de manera parcial por estimar que no procede la retroactividad decretada, entiende, con base en los arts. 51 ET, 15 y 19 del RD 43/96 de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo, y 57.3 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, que tal retroactividad es de todo punto lógica en el caso en examen por cuanto otra inteligencia privaría de sentido al acto y verdaderamente ocasionaría un serio perjuicio al particular titular de la embarcación, y ello reseñando también que el certificado de la Capitanía Marítima de Burela señala que efectivamente el buque sufrió una importante avería del motor teniendo que ser remolcado a causa de fuerza mayor con el consiguiente desenrolle de la tripulación.

II. Así las cosas, ha de examinarse en primer lugar la alegación de la parte apelante respecto a la inexistencia de fuerza mayor, y ello -

argumenta- porque si la avería se hubiese producido por consecuencia de un acontecimiento externo al ámbito de actuación empresarial (tormenta, etc.) podría hablarse de fuerza mayor, pero ninguna causa de tal índole consta en el expediente.

Pues bien, en este punto ha de estimarse de recibo la argumentación de la parte apelante, pues no se puede olvidar que la jurisprudencia viene definiendo la fuerza mayor como un acontecimiento externo al círculo de la empresa y del todo independiente de la voluntad del empresario, que, a su vez, sea imprevisible, especificando la STS de 25.07.89 que lo que singulariza a la fuerza mayor, como causa de suspensión de los contratos de trabajo, en el supuesto de la denominada “fuerza mayor temporal” (art. 45.2.i) Estatuto de los Trabajadores, ET), es constituir un acaecimiento externo al círculo de la empresa, y como tal extraordinario, de todo independiente de la voluntad del empresario respecto a las consecuencias que acarrea en orden a la prestación del trabajo.

Sin embargo, en el caso en examen no se puede estimar concurrente dicha fuerza mayor, y ello toda vez que de las certificaciones de la Capitanía Marítima de Burela y de la Mutua Murimar, a que se remiten las resoluciones recurridas, no se desprende la concurrencia de un acontecimiento externo al círculo de la empresa, imprevisible y del todo ajeno a la voluntad del empresario, y así señala la primera que la embarcación sufrió el agarrotamiento de la muñequilla núm. 5, pero sin especificar ninguna de las certificaciones las concretas causas a que obedeció el citado siniestro.

Y asimismo se ha de tener en cuenta que las resoluciones recurridas en momento alguno se remiten al art. 19 del R.D. 43/96, regulador de la fuerza mayor, sino, por el contrario, el art. 15 de dicho Reglamento, al que, a su vez, se remite el capítulo IV, relativo a suspensión de las relaciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

III. La anterior precisión –no concurrencia de fuerza mayor- tiene gran relevancia a efectos del debate planteado, esto es, si puede la resolución administrativa reconocer efectos retroactivos, y ello toda vez que, si bien el art. 47.1º ET prevé que el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el art. 51 de dicho Texto Legal, por su parte, este último precepto, en su apartado 12, prevé expresamente que, en el caso de fuerza mayor, la resolución de la autoridad laboral

surtirá efectos desde la fecha del hecho causante, previsión que, por el contrario no se contiene para los supuestos de suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Así, la parte apelante, en base a dichos preceptos y a lo dispuesto en el art. 15 del RD 43/96, limita la posibilidad de conceder efectos retroactivos al supuesto de fuerza mayor, argumentado en contra la parte apelada que el art. 19 del RD antes citado es una disposición reglamentaria y, por lo tanto, no debe oponerse a lo establecido en el art. 57.3 de la Ley 30/92.

Ahora bien, el art. 19 de Reglamento en examen está incluido dentro del capítulo III de dicho Texto Legal, “Extinción y Suspensión de Relaciones de Trabajo por Fuerza Mayor”, mientras que, por el contrario, el capítulo IV “Suspensión de las Relaciones de Trabajo por Causas Económicas, Técnicas, Organizativas o de Producción”, aplicable al caso de autos de conformidad con lo expuesto en el Fundamento de Derecho 2º de la presente Resolución, prevé ya en su art. 20 que el procedimiento será el establecido en el art. 51 ET y capítulo II del Reglamento; capítulo II en el que se encuentra el art. 15, conforme al cual, las resoluciones administrativas expresas, recaídas en el procedimiento de regulación de empleo se presumen válidas y producirán efectos desde la fecha en que se dicten salvo que en ellas se disponga otra posterior”.

Así las cosas, y si bien la Sentencia apelada hace hincapié en que la redacción del art. 15 es fruto de una corrección de errores, pues la originaria decía “salvo que en ellas se disponga otra cosa” lo que parecía concordar mejor con la normativa general, sin embargo, lo cierto es que no se puede sino estar al tenor final del precepto antes transscrito, siendo igualmente de notar que las causas económicas consignadas en el art. 45.1.j) del ET o el art. 51.1 del mismo Texto Legal, tienen su reflejo en la normativa específica que regula los expedientes de regulación de empleo – RD 43/96, normativa específica que si bien prevé, en cuanto a la fuerza mayor, la producción de efectos desde la fecha del hecho causante, sin embargo, nada a este respecto establecen en cuanto a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Del mismo modo se ha de notar que la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia viene señalando, entre otras, en las Sentencias de fecha 09.11.98 y 23.03.00 que sólo cabe reconocer efectos retroactivos a la resolución administrativa cuando se trata de supuestos de fuerza mayor, de tal modo, que el Estatuto de los Trabajadores

prevé que la resolución de la Autoridad Laboral producirá sus efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor (art. 51.1 LET) en los demás casos -causas económicas o motivos tecnológicos- los efectos de la resolución administrativa se producen desde que se dicta, es decir, deberá ser autorizada por la autoridad competente a petición del empresario interesado de tal modo que en ningún caso la autoridad administrativa laboral está facultada para retrotraer los efectos resolutorios al momento inmediatamente anterior a la resolución autorizante; siendo de notar que tales Sentencias hacen aplicación de la normativa contenida en el R.D. 696/80 de 14 de abril, -hoy derogado por el RD 43/96-, el cual sí contenía, en relación con las causas económicas, una remisión a la Ley de Procedimiento administrativo en lo no previsto en el Estatuto de los Trabajadores y en la propia regulación específica, remisión que sin embargo, ya no se contiene en el R.D. 43/96.

Así las cosas, vista dicha normativa específica de desarrollo, así como la remisión que a la misma efectúa el art. 47 del ET al establecer que el contrato de trabajo podrá ser suspendido por dichas causas con arreglo al procedimiento del art. 51 y sus normas de desarrollo, no se puede sino concluir con la imposibilidad de reconocer la eficacia retroactiva que otorgan las resoluciones recurridas, con la consiguiente estimación del recurso interpuesto.

IV. Al ser estimatoria la sentencia dictada, de conformidad con lo establecido “a contrario sensu” en el número 2 del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no procede hacer imposición de costas.

Fallamos

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 10.01.00 desestimando el recurso interpuesto contra resolución de la Delegación Provincial en Lugo de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre suspensión laboral de once trabajadores, recurso 35/99, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Lugo, y, en consecuencia declaramos la nulidad, por no ser conforme a Derecho, del particular de la resolución administrativa recurrida que otorga eficacia retroactiva a la suspensión de relaciones laborales, declarando que sus efectos se producen desde la fecha de la misma resolución. Todo ello con mantenimiento de los demás pronunciamientos de la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

3057 RECURSO N° 2.520/00

S. S.

INCONGRUENCIA OMISIVA DA SENTENCIA E AMPLIACIÓN INACEPTABLE DO CONTIDO DO FALLO EN AUTO DE ACLARACIÓN. NULIDADE POR INDEFENSIÓN DA PARTE DEMANDADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a tres de noviembre 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 n° 2.520/00 interpuesto por “TVE, S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Vigo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos n° 700/99 se presentó demanda por don J.J.T.F. en reclamación sobre clasificación profesional siendo demandada “TVE, S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 4 de febrero 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: “I. El actor desde el 11.10.89 viene prestando servicios para la empresa demandada “TVE, S.A.” como redactor, en la unidad informativa de Vigo, con una retribución mensual líquida de 184.144 ptas. en diciembre de 1999./ II. El actor y la empresa firmaron el 11.10.89 un contrato de arrendamiento de servicios, de carácter temporal, para que el actor actuara como corresponsal; y el 07.05.95 suscribe otro de 5 años de duración, pactando en la cláusula 3^a lo siguiente: “TVE, S.A.” satisfará a don J.J.T.F. la cantidad de 800 ptas. crónica telefónica; 1.000 ptas. entrevista y 2.00 [sic] ptas. reportaje, una vez recibidos de conformidad, más el 16% en concepto de IVA, para su ingreso donde legalmente corresponda.- En el citado precio quedarán incluidos todos los conceptos retributivos, así como los gastos personales del corresponsal, desplazamientos interiores, gastos de teléfono, telégrafo, telex, etc. El pago se hará a través de transferencia bancaria a la cuenta que designe don J.J.T.F. los gastos de desplazamiento a razón de 21,30 ptas. por Km. previa presentación del cargo o factura

perteneciente a la crónica o reportaje correspondiente y siempre que “TVE, S.A.” los considere justificados./ III. Al actor se le paga con unas facturas confeccionadas por la empresa demandada y en las que figura el 16% de IVA, liquidándole por el número de crónicas, entrevistas, reportajes, etc., siendo las cantidades prácticamente iguales los últimos años./ IV. El actor figuraba de alta en el R.E.T.A. desde agosto de 1989 y está dado de alta fiscal./ V. El actor colaboraba gratuitamente con la revista de divulgación mensual y gratuita, “C.”./ VI. El actor tiene el siguiente horario: de 10 a 15 horas por la mañana y por la tarde de 16,30 a 20 horas; por la tarde trabaja sólo el actor como redactor, y cuando en ocasiones le demandan material del archivo, de Santiago o de Madrid, el actor lo monta y lo emite; cubre el informativo local de la tarde y la agenda del día siguiente; también hace el archivo del centro y tiene, el igual que los otros redactores (R.A.P.), código de acceso al programa informativo, que conecta directamente con Santiago de Compostela./ VII. El trabajo del actor es coordinado por el jefe de servicios informativos, que tiene su sede en Santiago y que es quien distribuye el trabajo./ VIII. El actor ha sustituido en bajas y en vacaciones al resto de los trabajadores del centro; y por las tardes la unidad informativa de Vigo queda a su cargo./ IX. El actor hizo guardias en Santiago de Compostela, sin que conste número ni tiempo que se efectuaron./ X. Se ha intentado conciliación ante el S.M.A.C.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO/ Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por J.J.T.F. contra “TVE, S.A.”, debo declarar y declaro el derecho del actor a la categoría de Redactor Nivel I, como consecuencia de la relación laboral que mantiene con la demanda, a la que condeno al abono de las diferencias salariales de 2.198.172 ptas. por el período de 01.07.98 a 30.10.99; absolviéndola del resto de lo pedido.”

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, de fecha 4 de febrero de 2000, estima parcialmente la demanda y declara el derecho del actor a la categoría de Redactor Nivel I, como consecuencia de la relación laboral que mantiene con la demandada, “TVE, S.A.”, a la que condena al abono de las diferencias salariales de 2.198.172 ptas., por el período 01.07.98 a 30.10.99, absolviendo del resto de lo pedido. A medio de escrito presentado por el actor el día 15 de febrero de 2000 se solicitó aclaración de la sentencia,

aduciendo que en el fundamento de derecho tercero de la misma se omiten las gratificaciones especiales y extras que habían sido reclamadas en la demanda por lo que debía aclararse la sentencia en el sentido de declarar que las diferencias salariales ascienden a la suma de tres millones doscientas dieciocho mil ochocientas catorce pesetas. Con la misma fecha del referido escrito, se dictó Auto de aclaración, en el sentido de que las diferencias reclamadas ascienden a la suma de tres millones cuatrocientas setenta y siete mil seiscientas treinta y ocho pesetas. Frente al pronunciamiento de instancia se interpone recurso por la representación procesal de la empresa demandada, “TVE, S.A.”, construyéndolo a través de seis motivos de suplicación: los dos primeros, amparados en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal laboral, dedicados a la revisión de hechos probados; el tercero y el cuarto, con cobertura en el apartado c) del citado precepto legal, destinados al examen del derecho aplicado; el quinto, apoyado en la letra a), del repetido precepto positivo, por estimar que se han vulnerado preceptos legales, causándole indefensión, y el último, sin cita de norma procesal de apoyatura, denunciando vulneraciones legales y jurisprudenciales determinantes de la nulidad de la sentencia recurrida. Termina suplicando se dicte sentencia revocatoria de la recurrida y se declare la nulidad de las actuaciones, retrotrayéndolas al momento procesal oportuno, o bien, se revoque la sentencia impugnada, con absolución de la recurrente, estimándose la incompetencia de jurisdicción alegada, o subsidiariamente, se reduzcan las cantidades objeto de condena de conformidad con lo que expone en el último motivo.

SEGUNDO.- Un orden lógico procesal obliga a examinar, con carácter prioritario, las denuncias que se formulan en los motivos tercero, quinto y sexto, del recurso, ya que su acogimiento impediría el análisis y decisión de las demás cuestiones en este trámite planteadas. Se denuncia por la parte recurrente en el motivo tercero infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia que lo interpreta, por estimar que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva, al haber aducido en el momento del juicio que no había sido notificada la empresa para la preceptiva conciliación y, sin embargo, en la sentencia no se expresa absolutamente nada al respecto y no se entra para nada en ese tema, lo que determina la nulidad de la sentencia, como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 1999; existiendo en el caso presente, añade la recurrente, una alegación suya en la que se indica que la empresa no ha sido citada, y que tiene su reflejo en el acta, en la primera de las alegaciones, con la consiguiente vulneración del art. 63 de la Ley de Procedimiento laboral, ya que

no puede tenerse por celebrado válidamente el acto de conciliación si la empresa no está legalmente citada, sin que en la sentencia se solventase el tema, por lo que entiende que la incongruencia omisiva es evidente; añadiendo que existe una segunda alegación no resuelta que es la que hace referencia al descuento del I.V.A. satisfecho por la recurrente al actor; siendo, por ello, el vicio de incongruencia doble; debiendo, por tanto, anularse las actuaciones. Mientras que en el motivo quinto, la recurrente insiste en la vulneración del citado art. 63 de la Ley Procesal Civil, por no haber sido citada para el acto de conciliación previo ante el SMAC, por entender, esencialmente, con cita de la sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de 1 de junio de 1998, que no es tan difícil de localizar el domicilio de una empresa como "TVE, S.A." ni en Madrid, ni en Galicia, ni en centro de esta en Vigo, por lo que no existe razón alguna para privarle de un trámite, como el de la conciliación, al que legalmente tiene derecho, causándole de esta forma una indefensión manifiesta. En el último de los motivos, la recurrente manifiesta que el demandante reclamó la suma de cuatro millones ochocientas noventa y ocho mil ciento sesenta y cuatro pesetas, reconociéndosele en la sentencia de instancia la cantidad de dos millones ciento noventa y ocho mil ciento setenta y dos pesetas, y posteriormente ante el recurso de aclaración del actor, presentado el 15 de febrero, en el que se indicaba que en el fundamento de derecho tercero de la sentencia se omitían las gratificaciones especiales y extras que habían sido reclamadas en la demanda, por lo que debía aclararse la sentencia, en el sentido de declarar que las diferencias salariales ascienden a la suma de tres millones doscientas dieciocho mil ochocientas catorce pesetas; habiéndose dictado Auto, en la fecha indicada, aclarando la sentencia, en el sentido de que las diferencias reclamadas ascienden a la suma de tres millones cuatrocientas setenta y siete mil seiscientas treinta y ocho pesetas; habiéndose concedido, dice la recurrente, más de lo pedido, por lo que, aunque solo sea en este extremo debe de estimarse el recurso y anularse la sentencia y Auto que la aclara, pues supone una clara vulneración del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; añadiendo que el demandante ha cobrado en el último año, por el concepto de Impuesto del Valor Añadido, la suma de ciento cincuenta y una mil seiscientas veintiocho pesetas, sin que la sentencia de instancia haya resuelto nada sobre este tema, por lo que incurre en el vicio de incongruencia omisiva; entendiendo la recurrente que se ha vulnerado la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta el recurso de aclaración, con cita de la sentencia de 27 de octubre de 1997 y transcripción fragmentaria de su fundamentación jurídica, por lo que entiende que se ha aplicado

indebidamente el artículo que cita, ya que no se trata de una omisión en la redacción pues lo que se ha hecho en el presente caso es añadir un contenido al fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia que el mismo no tenía; habiéndose utilizado el recurso como un remedio a la falta de fundamentación de la sentencia recurrida, entrando a tratar el tema que no se ha planteado, y en vía de suplicación se podría pensar que sería un vicio de incongruencia omisiva, pero se debería haber hecho valer por medio del recurso procedente y no acudiendo al llamado recurso de aclaración; por lo que, termina manifestando la recurrente, no se ha aclarado el fallo de la sentencia sino que ase ha variado el mismo, en el sentido de incluir lo que en los fundamentos jurídicos de la misma no se ha tratado. Certo es que la parte recurrente en el momento procesal de contestación a la demanda alegó, entre otros, como medio de oposición, la ausencia de su citación para el acto conciliatorio ante el SMAC; sin embargo, la sentencia recurrida, no analiza ni se pronuncia sobre tal alegato. Por otro lado, también omite la sentencia suplicada, el análisis y decisión sobre la alegación de la demandada, ahora recurrente, acerca del abono al actor de la suma de ciento cincuenta y una mil seiscientas veintiocho pesetas, en concepto de Impuesto del Valor Añadido. Estas omisiones, al no dar respuesta adecuada a las peticiones que, al respecto, había formulado la parte recurrente, son constitutivas de infracción del principio de congruencia y de la normativa contenida en el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De otra parte, la aclaración de la sentencia llevada a cabo en el Auto de fecha 15 de febrero del corriente año, a que se refiere el fundamento de derecho primero de la presente resolución y el último de los motivos del recurso que se resuelve, constituye una clara y manifiesta infracción de lo normado en el art. 257 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto el contenido del Auto mencionado no aclara concepto oscuro alguno de la sentencia, ni suple omisión, ni tampoco rectifica error material o aritmético manifiesto, como exige el citado precepto para la procedencia de la aclaración, sino que, por el contrario, contiene una doble infracción; de un lado, al ampliar el contenido de la condena a conceptos salariales ni incluidos en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida, modificándolo a través de un remedio procesal inadecuado, y de otro, porque, aunque fuera posible hacerlo de este modo, al conceder más de lo pedido en el escrito de aclaración, exceso que asciende a doscientas cincuenta y ocho mil ochocientas veinticuatro pesetas, se vulnera la congruencia. Siendo determinante todo ello, de la nulidad del fallo censurado, con reposición de los autos al momento en que se cometió la falta, para que el juzgador de instancia

dicte una nueva sentencia, con expreso cumplimiento de las mencionadas exigencias legales. Procediendo, por todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el art. 200 de la Ley Rituaria Laboral, dar acogida a los motivos de suplicación que se examinan, lo que impide analizar los restantes. En consecuencia,

Fallamos

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de "TVE, S.A.", contra la sentencia de fecha cuatro de febrero de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Vigo, en proceso sobre reconocimiento de relación laboral y otros, promovido por don J.J.T.F., frente a la recurrente, debemos declarar y declaramos la nulidad de lo actuado en el proceso del que dimana el presente recurso, con reposición de las actuaciones al momento de dictarse la sentencia; debiendo el juzgador de instancia dictar un nuevo pronunciamiento, que se acomode a la normativa citada en el último párrafo del fundamento jurídico segundo de la presente resolución.

3058 RECURSO N° 3.886/00

S. S.

REUNIÓN DO COMITÉ DE EMPRESA. A SÚA CONVOCATORIA HA DE SER SOLICITADA Ó PRESIDENTE, SEN QUE POIDA PROCEDERSE A ELA POR MERA DECISIÓN DE PARTE DOS SEUS MEMBROS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José M. Mariño Cotelo

A Coruña, a seis de noviembre 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. 3.886/00 interpuesto por don F.J.C.E y otros 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 J.F.R. y don A.L.L.T. en reclamación de otros extremos siendo demandados la empresa "F., S.L.", el comité de empresa de "F., S.L.", don F.J.C.E., don C.S.R., don J.C.D., don J.H.C.G., don M.L.C., don

J.D.L., don P.T.F., don J.T.C., don A.T.T., don S.G.O. y don M.R.N. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 283/00 sentencia con fecha 18 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: "1º) Que los actores, don J.J.F.R. y don A.L.L.T., vienen prestando servicios para la empresa demandada "F., S.L." en el centro de trabajo sito en Cee./ 2º) Que los dos actores fueron candidatos a miembros del comité de empresa en representación de la Organización Sindical U.G.T., resultando elegidos en la votación celebrada el 12 de mayo de 1999, siendo nombrado presidente don J.J.F.R. y secretario del comité de empresa don A.L.L.T., en virtud de reunión de fecha 04.06.99./ 3º) Que el comité de empresa de "F., S.L." carece de regulación de funcionamiento debidamente elaborado y aprobado, así como registrado ante la autoridad laboral y dirección de empresa./ 4º) Que en fecha 17 de marzo de 1000 por parte de siete de los trece miembros del comité de empresa de "F., S.L." (don P.T.F., don F.C.E., don J.H.C.G., don M.L.C., don J.D.L., don C.S.R. y don J.C.D.) se procedió a convocar una reunión del comité de empresa, siendo los puntos del día: Único: "revisión de las actuaciones del comité de empresa, propuesta de modificación y votación de cargos en el comité de empresa y comisiones que componen el mismo". Que en dicha reunión se acordaron los extremos que se relatan en el hecho cuarto de la demanda, cuyo contenido se da por reproducido, y entre los cuales se acordó el cese de los actores como presidente y secretario del comité de empresa de "F., S.L." y elegir nuevo presidente, para el cual se proponía a don P.T.F. y, como secretario, a don F.C.E./ 5º) Que los actores impugnan tanto la convocatoria de la reunión como el contenido de los acuerdos adoptados por considerar que son absolutamente nulos./ 6º) que en el momento actual se está a continuar el proceso negociador del convenio colectivo de la empresa "F., S.L.", toda vez que aunque ya fue remitido a la autoridad laboral para su publicación en el texto del mismo fue devuelto por encontrar en él distintas irregularidades para cuya subsanación ya fue solicitada la pertinente reunión con la dirección de la empresa./ 7º) Que se ha celebrado "sin efecto" acto de conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don J.J.F.R. y don A.L.L.T., contra la empresa "F., S.L. don F.J.C.E., don C.S.R., don P.T.F., don J.C.D., don J.H.C.G., don M.L.C., don J.D.L., don J.T.C., don A.T.T., don S.G.O. y don M.R.N., debo dejar sin efecto los acuerdos del comité de empresa adoptados en la reunión

celebrada el pasado 20 de marzo y, en consecuencia, restituir a los actores en su condición de presidente y secretario del comité de empresa de “F., S.L.”, respectivamente”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO. Contra la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por J.J.F.R. y A.L.L.T. contra la empresa “F., S.L.”, el comité de empresa de “F., S.L.”, don F.J.C.E., don C.S.R., don P.T.F., don J.C.D., don J.H.C.G., don M.L.C., don J.D.L., don J.T.C., don A.T.T., don S.G.O. y don M.R.N., dejó sin efecto los acuerdos del comité de empresa adoptados en la reunión celebrada el pasado 20 de marzo y, en consecuencia, acordó restituir a los actores en su condición de presidente y secretario del comité de empresa de “F., S.L.” respectivamente, interpone recurso de suplicación la letrada doña C.G.L. “en nombre y representación de F.J.C.E. y otros demandados”, articulando su recurso en base a dos motivos, en el primero de los cuales pretende la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia, a la vista de las pruebas documentales practicadas y en el segundo denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEGUNDO. En el ámbito de la modificación del relato histórico de la sentencia de instancia, la parte recurrente, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, interesa, en primer lugar la modificación del ordinal segundo de la citada resolución a fin de que se haga constar después de la frase “votación celebrada el 12 de mayo de 1999”, el texto que propone, que es del tenor siguiente: “a elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa, junto con don J.T.C., don A.T.T., don S.G.O., don P.T.F., don M.R.N., también candidatos por UGT y don F.J.C.E., don C.S.R., don J.C.D., don J.C.G. y don M.L.C. y don J.D.L., elegidos en representación de la central sindical Confederación Intersindical Galega (CIG). Invoca como apoyatura de su pretensión de revisión la documental de los folios 24 a 46, ambos inclusive, consistente en el expediente electoral relativo al proceso electoral celebrado en la empresa “F., S.L.”, especialmente los folios 36 y 37, donde se contemplan los resultados del proceso y el listado de los trece miembros que constituyen el comité de empresa, siete miembros por UGT y seis por CIG. No ha de tener acogida la pretensión de los recurrentes y ello por cuanto, por más que la propia parte recurrente asevera que la modificación que se insta es “aclaratoria”

del hecho probado segundo, y no puede soslayarse que, según inveterada doctrina jurisprudencial recogida en diversas resoluciones de esta propia sala, la flexibilización en el formalismo exigible para interponer el recurso de suplicación, no puede llevar a una impugnación abierta y libre ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión, por lo que -Sentencias del Tribunal Supremo de 03.11.89; 21.05.90; entre otras- “el recurso de suplicación por su naturaleza extraordinaria no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratara, ni la parte interesada puede conseguir modificar los hechos probados si no es por el cauce y con los requisitos legales exigidos por el artículo 190 (hoy 191.b)) Ley de Procedimiento Laboral y ello siempre que las pruebas documentales y periciales practicadas pongan de manifiesto un error inequívoco y evidente del juzgador, es decir, que se desprenda de un modo claro y concluyente sin necesidad de acudir a conjeturas o hipótesis más o menos razonables o lógicas”, sin que pueda desdeñarse el hecho de que tampoco es admisible que la parte intente sustituir con su interesado parecer el siempre más objetivo criterio del juzgador, no evidenciándose, en el presente supuesto, la concurrencia de error de valoración de los elementos de prueba por parte de la Juzgadora de instancia, es, por otra parte, significativo el hecho de que, como resulta de la propia contestación a la demanda, los demandados reconocieron expresamente los hechos segundo, tercero y cuarto de la demanda, que, en esencia, fueron recogidos en los ordinales de la misma numeración contenidos en la sentencia de instancia, sin olvidar que el numeral tercero de la combatida resolución ya se refiere a “siete de los trece miembros del comité de empresa”, por lo que si la revisión pretendida por los recurrentes tiene como finalidad, y así se colige del motivo de recurso que nos ocupa, dejar constancia de la composición cuantitativa del comité y de la circunstancia de que los actores no solo fueron candidatos sino que son miembros del mismo, lo que ya se determina en la redacción original del hecho probado segundo, se ofrece inevitable la desestimación de la modificación del ordinal segundo auspiciada, en primer lugar, por la parte recurrente.

TERCERO. En el segundo punto del motivo primero, aún en el ámbito de la revisión del relato histórico, instan los recurrentes la modificación del hecho probado cuarto de la sentencia con el fin de sustituir la frase “siete de los trece miembros” por “nueve de los trece miembros” y añadir después de los siete nombres, los de “M.R.N. y S.G.O.” y a continuación de la frase “que en dicha reunión” se añada “a la que asistió la totalidad del comité”, apoyando su tesis

revisoría en el contenido del folio 58, donde se plasma un ejemplar de la “convocatoria”, de fecha 16.03.00, de la reunión fijada para el día 20.03.00, así como los folios 43 y 44, acta de la reunión de 20.03.00. Ha de desestimarse la modificación pretendida pues, de la documental invocada, no se desprende error en la hermenéutica y valoración de la prueba llevada a cabo en la instancia, dándose la circunstancia – reflejada por los propios recurrentes – que el documento del folio 58 es, en el texto que recoge, igual al contenido en el folio 59, con la única diferencia de que en aquel aparecen nueve personas, miembros del comité, suscribiendo el documento y en el folio 59, se reflejan las firmas de siete miembros, sin olvidar que como antes se expresó, en el acto del juicio la parte demandada mostró su conformidad con los hechos 2º, 3º y 4º de la demanda, siendo así que en el tercero de aquellos se expresó que “Con fecha 17 de marzo de 2000, por parte de siete de los trece miembros del comité...”, lo que es recogido en el ordinal cuarto de la sentencia impugnada, en tanto que el contenido del acta de la reunión de 20.03.00, es determinante de que abierta la sesión, seis de los miembros del comité, entre ellos los dos actores, procedieron a abandonar la sala donde se celebraba la reunión después de hacer entrega de un escrito, lo que no se corresponde con la modificación, asimismo auspiciada en el punto segundo del motivo primero, cuyo texto alternativo parece dar a entender que con la asistencia de la totalidad del comité se acordaron los extremos a que se refiere el hecho cuarto de la demanda; debe pues, rechazarse la modificación pretendida.

CUARTO. El punto c) del motivo primero del recurso, asimismo en sede de modificación del relato histórico de la resolución “a quo”, pretende la sustitución del hecho declarado probado sexto por el texto alternativo que propuso a fin de que se establezca que: “Con fecha 03.05.00 fue publicado en el BOP con el nº 100 el texto del convenio colectivo de la empresa “F., S.L.” (fábricas de Cee – Dumbría y centrales eléctricas) que tuvo entrada en la Delegación el día 28.02.00, siendo suscrito el 21.02.00; fue ordenada su inscripción y depósito correspondiente por la Delegación Provincial de A Coruña. Fueron observadas por ésta distintas irregularidades y deficiencias en varios artículos del convenio”. Sustentándose la modificación de referencia, en la documental de los folios 56 y 117, debe llevar aparejada la misma suerte desestimatoria que los anteriores puntos del motivo primero del recurso, y ello por cuanto si algo se colige del análisis de los documentos invocados es, precisamente, la concurrencia de la situación a que se contrae el texto original del ordinal sexto de la sentencia de instancia, pues el documento del folio 56, donde se plasma el escrito dirigido, con fecha 8 de

marzo de 2000, por la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais a la comisión negociadora del convenio de “F., S.L.”, requiriéndoles para que subsanen las deficiencias meritadas en el cuerpo del escrito y advirtiendo de que “en caso contrario esta delegación, haciendo uso del artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores, impugnará el convenio ante la Jurisdicción Social por estimar conculcada la legislación vigente”, y el documento del folio 117, recoge el acta de la reunión mantenida el día 13 de abril de 2000, ante la delegada provincial de la referida consellería por la comisión negociadora del convenio, de manera que ha de permanecer inalterado el ordinal sexto de la resolución de instancia, no sin dejar constancia de que en el fundamento jurídico segundo de dicha resolución se establece, sin duda con valor fáctico, que “aunque el mismo (se refiere al convenio) fue remitido a la autoridad laboral para su publicación, fue devuelto por posibles irregularidades y que se encuentra pendiente de resolución en virtud de demanda de oficio interpuesta por la autoridad laboral”.

QUINTO. En el ámbito de lo jurídico, denuncia, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, la infracción por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 66.2 y 67.3 en relación con el punto 4 y 5 del mismo artículo del Estatuto de los Trabajadores y en relación con los artículos 1.1.c) y 1.2 y 14 del Real Decreto 1.844/94, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores de la empresa. Interesa destacar, para una mejor comprensión de lo que es objeto de controversia, que del relato histórico de la sentencia de instancia, inalterado a tenor de lo “ut supra” establecido, se desprende como hechos probados, entre otras consideraciones, que los dos actores fueron candidatos a miembros del comité de empresa en representación de U.G.T., resultando elegidos en la votación celebrada el día 12 de mayo de 1999, siendo nombrado presidente el Sr. F.R. y secretario el Sr. L.T., en virtud de reunión de fecha 04.06.99; que en fecha 17.03.00 por parte de siete de los trece miembros del comité se procedió a convocar una reunión del comité de empresa, siendo los puntos del orden del día: único: “revisión de las actuaciones del comité de empresa, propuesta de modificación y votación de cargos en el comité de empresa y comisiones que componen el mismo”, acordándose en dicha reunión, entre otras extremos, el cese de los actores como presidente y secretario del comité y la elección de nuevo presidente y secretario, siendo nombrados respectivamente, los Sres. T.F. y C.E.; que el comité carece de regulación de funcionamiento debidamente elaborado y aprobado, así como registrado ante la autoridad laboral y dirección de

la empresa; que los actores impugnaron tanto la convocatoria de la reunión como el contenido de los acuerdos adoptados por considerar que son absolutamente nulos; que se está a continuar el proceso negociador del convenio colectivo de la empresa “F., S.L.” al haber sido devuelto por la autoridad laboral por encontrar diversas irregularidades. Tales premisas determinan de manera nítida e incuestionable que los demandantes venían desempeñando normalmente sus respectivos cargos de presidente y secretario del comité de empresa de la mercantil antedicha desde el día en que fueron elegidos hasta que, a tenor de la convocatoria efectuada por siete de los trece miembros del comité tuvo lugar en fecha 20.03.00, la reunión en la que fueron desposeídos de dichos cargos, habiendo sido acordado su cese por siete de los trece miembros, siendo así que, estableciendo el artículo 63 del Estatuto de los Trabajadores que “El comité de empresa es el órgano colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores”, aún cuando es cierto que a tenor del artículo 67.3 cabe la posibilidad de que los miembros del comité puedan ser revocados durante su mandato, que será de cuatro años, según refiere el párrafo tercero del propio artículo, en donde, además, se expresa que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones, no es menos cierto que la revocación exige determinados requisitos cuales son los de que se determine por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores, y por mayoría absoluta de éstos, así como que tal revocación no podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replantearse hasta transcurridos por lo menos seis meses, debiendo tenerse en cuenta, además, que de lo dispuesto en el párrafo 2, in fine, del artículo 66, se desprende que los comités deben reunirse cada dos meses o siempre que lo solicite un tercio de sus miembros o un tercio de los trabajadores representados, aún en la consideración de que los demandantes no hubiesen sido despojados de su calidad de miembros del comité, sí es incuestionable que fueron desplazados del ejercicio de sus cargos de presidente y secretario -para los que habían sido elegidos sino directamente por los trabajadores, sí por los miembros del comité en reunión de fecha 04.06.99 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66.2.1 del Estatuto de los Trabajadores- al haberlo acordado así los miembros – siete – del meritado comité a su vez convocantes de la reunión de 17.03.00 en la que se tomó la referida decisión, habiéndose ausentado, con carácter

previo de la reunión los restantes seis miembros, entre ellos los actores, tras aportar un escrito en que invocaban la irregularidad de la convocatoria y por ende sus acuerdos, lo que luego plasmaron en el propio escrito rector del proceso, siendo así que, por más que el comité careciese de regulación de funcionamiento, no puede soslayarse que el párrafo final del artículo 66 del Estatuto de los Trabajadores, al referirse a la periodicidad de las reuniones del comité, después de mencionar que habrá de efectuarse cada dos meses, añade “...y siempre que lo solicite un tercio de sus miembros o un tercio de los trabajadores representados”, y no es baladí la consideración del verbo que emplea la norma estatutaria, pues, si solicitar tiene, entre otras acepciones, la de pedir, demandar algo de alguien, deviene incuestionable que tal situación determina necesariamente la existencia de un tercero al que ha de trasladarse la solicitud, siendo, a la postre, el que haya de convocar a los interesados, en este caso a los demás componentes del comité, a la reunión o acto concreto para el que se solicite, si ello deviene procedente, y tal situación no concurre en el supuesto que nos ocupa, en tanto que los siete miembros del comité antes referidos, no solicitaron la convocatoria de la reunión a la presidencia y secretaría del comité, que, aún en ausencia de reglamento o norma legal específica, debe entenderse son los llamados, singularmente el presidente, asistido del secretario a los efectos pertinentes, a llevar a cabo la convocatoria del órgano colegiado en cuestión, como por otra parte es tónica general en el ámbito de otras instituciones u organismos de similares características, “mutatis mutandis”, contemplados en distintas áreas de nuestro ordenamiento jurídico, y del relato histórico, constituido por los hechos probados de la sentencia de instancia, inalterado al haber sido rechazadas las modificaciones pretendidas por la parte demandada, al que debe sujetarse esta Organo Jurisdiccional a efectos de la calificación que en derecho merezcan aquellos, no se desprende que se hubiese instado de presidente y/o secretario del comité, con carácter previo a la “convocatoria” de 17.03.00, la reunión del órgano de referencia, mucho menos con el orden del día a que se constriñó la reunión en que fueron cesados los actores, ni de los propios hechos probados, se constata la existencia de una renuente actitud por parte de los actores a la convocatoria de una reunión en la que hubieran de tratarse tales cuestiones, siendo de mencionar que, como se desprende de la resultancia fáctica recogida en la sentencia “a quo”, en el momento en que tuvo lugar el cese de los actores y su sustitución por otros dos miembros del comité, permanecía abierto el proceso negociador del convenio colectivo, al haber sido devuelto por la autoridad

laboral por la posible existencia de irregularidades, de manera que la convocatoria del pleno del comité realizada por siete de sus miembros con la finalidad, a tenor del punto único del orden del día, de “revisión de las actuaciones del comité de empresa, propuesta de modificación y votación de cargos en el comité de empresa y comisiones que componen el mismo”, efectuada sin mediar la pertinente solicitud, en los términos y ante los llamados a ostentar la potestad al efecto, determina la nulidad de aquélla, con los efectos inherentes en relación con los acuerdos allí adoptados, lo que conduce a la estimación de la demanda rectora de la litis, aunque por razones no coincidentes, en su totalidad, con las plasmadas en la fundamentación jurídica de la resolución de instancia.

SEXTO. Por las razones hasta ahora expuestas, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por F.J.C.E. y otros contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de esta ciudad, de fecha 18 de mayo de 2000, en autos nº 283/00, sobre otros extremos (impugnación acuerdos comité de empresa), confirmamos dicha resolución.

3059 RECURSO N° 3.229/97

S. S.

ACCIDENTE DE TRABALLO.
ENFERMIDADES OU DEFECTOS
PADECIDOS CON ANTERIORIDADE POLO
TRABALLADOR QUE SE AGRAVAN COMO
CONSECUENCIA DA LESIÓN
CONSTITUTIVA DO ACCIDENTE.
INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL.
NON DEBE APRECIARSE. LEVES
SECUELAS NUN DEPORTISTA
PROFESIONAL NO TRAMO FINAL DA SÚA
CARREIRA DEPORTIVA.

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

A Coruña, a ocho de noviembre 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. 3.229/97 interpuesto por Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social número once contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social número once en reclamación de accidente siendo demandado INSS y otros en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 276/96 sentencia con fecha once de abril de mil novecientos noventa y siete por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El codemandado, don J.M.C.M., cuyos datos personales constan en autos, nacido el día 4 de octubre de 1962, afiliado a la Seguridad Social con el número..., en Régimen General, como jugador de baloncesto del “C.D.P.R., S.A.D.”, club éste que tiene cubiertas las contingencias de trabajo con la “M.M.”, cuando el día 11 de agosto de 1993 se encontraba entrenando con su equipo, al saltar, le dio un dolor en la pierna, siendo baja en ILT el día 16 de septiembre de 1993, por hernia discal, en virtud de parte médico extendido por los servicios de la mutua ahora demandante, por accidente de trabajo, permaneciendo en ILT hasta el 2 de febrero de 1994, fecha ésta en la que los mismos servicios médicos de la mutua le extendieron parte médica de alta, por accidente de trabajo, y por “cuaración”. El codemandado había sido intervenido el 16 de septiembre de 1993 de hernia discal L4-L5 centro lateral izquierda./ Segundo.- Terminado (el 30.06.94) su contrato con el club, y habiendo solicitado desempleo, el codemandado solicitó el día 27 de marzo de 1995 Incapacidad Permanente Total derivada de accidente de trabajo, la UVMI emitió dictamen el 31 de mayo de 1995 y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL dictó resolución de 22 de noviembre de 1995 reconociendo al codemandado una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual, a cargo de la mutua señalada, con pagas anuales y efectos de 31 de mayo de 1995, derivada de accidente de trabajo./ Tercero.- La mutua expresada formuló reclamación previa el día 8 de enero de 1996 interesando se declarase que el Sr. C.M. no se halla afecto de Incapacidad Permanente en grado alguno. Dicha reclamación previa fue desestimada en resolución del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de 27 de febrero de 1996 que en autos consta y, por brevedad, se da aquí por reproducida./ Cuarto.- la base reguladora de la prestación asciende a 338.130 pesetas mensuales./ Quinto.- El codemandado fue intervenido en

fecha 16 de septiembre de 1993 de hernia discal L4-L5 y tras la intervención presenta leve limitación. Asimismo presenta marcada espondilodiscartrosis L5-S1, con disminución de altura, engrosamiento de las articulaciones posteriores e incluso, pequeña impronta discal paramedial derecha, que estenosa los agujeros de conjunción. En nivel L4-L5 signos que sugieren algo de fibrosis peridural anterior izquierda, pero con un tamaño "suficiente" de canal y sin imágenes de signos discales".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda presentada por "M.M.", MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL NUMERO ONCE contra don J.M.C.M., "C.D.P.R., SAD", INEM, INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL , debo absolver y absuelvo a los demandados de las peticiones de la demanda.".

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En su recurso frente a la sentencia que desestimó demanda con la que se impugnaba declaración de IPT derivada de accidente de trabajo, la mutua solicita en primer término –bajo la cobertura del art. 191.b) LPL– la revisión de los HDP. 1.- Se solicita añadir al primero de los ordinales el siguiente texto: "Alta médica que no fue impugnada, incorporándose al equipo y participando con el mismo en los encuentros disputados hasta el 30 de junio de 1994 en que finalizó su contrato de trabajo, sin que conste haya sufrido nuevos bajas laborales por su dolencia, ni recidiva de las mismas, ni por tal motivo haya sido rechazado en equipo alguno, así como tampoco conste haya intentado formalizar relación profesional con otros equipos desde entonces". La adición es perfectamente compatible con la redacción de instancia, a la que en tal apartado no cabe censurar error valorativo alguno, y viene justificada por una abundante prueba documental –reseñas periodísticas– que acredita la realidad de que el actor reinició con la alta médica su actividad profesional, participando en sucesivos encuentros oficiales realizados por su equipo hasta la finalización de la temporada y extinción del contrato con el club; es más, el Director General del "C.D.P.R., SAD" "certifica" (folio 86) que el Sr. C.M., "tras su operación de hernia discal se incorporó al equipo y jugó los partidos que le restaban hasta final de temporada"; prueba una y otra que ciertamente se

contraponen a los datos estadísticos (folios 161 y 162) de la ABP y ACB-IBM, cuya exacta realidad se ve comprometida –más bien anulada– por las citadas informaciones periodísticas sobre los diversos partidos (aquellos aluden a un exclusivo partido jugado, y la prensa acredita su alineación en varios), pudiendo resultar factible que la divergencia surja porque los indicados datos se refieren a los encuentros jugados hasta el 12-marzo-94 y la prensa haga referencias incluso posteriores. Y ello sin contar con que el dato –jugar o no– no ha de ser lo decisivo, pues ello depende de multitud de factores, sino que lo importante ha de ser el haberse incorporado a la actividad del club sin dificultad. De otro lado, aunque íntimamente relacionado con lo anterior, el extremo relativo a que tras el alta por curación no se produjo –efectivamente– baja laboral alguna por la misma causa, ha de admitirse no solamente porque lo contrario sería incompatible con la más o menos continuada alineación –ya que no juego– del profesional, sino que incluso se trata de circunstancia aceptada por el propio trabajador en prueba de confesión judicial (folio 61 vuelto). En la misma forma que tampoco consta que se hubiese producido posterior rechazo a su contratación por cualquier otra entidad deportiva y en causa a su estado físico (es algo que ni siquiera se ha pretendido por el demandado), sino su pase a la situación de desempleo y permanencia como demandante de empleo desde el 4-noviembre-94, aunque sin percibir prestaciones (certificación del INEM: folio 160), siendo en 27-marzo-95 cuando solicita del INSS la declaración de IP Total, cuyo hecho causante –dictamen del EVI– se sitúa en 31-mayo-95. 2.- El recurso pretende igualmente dar nueva redacción al ordinal quinto. La siguiente: "El codemandado fue intervenido en 16 de septiembre de 1993 de hernia discal L4-LS, quedando como secuelas, –RMN de 03.10.94–, signos que sugieren algo de fibrosis epidural anterior izquierda, observándose un tamaño suficiente de canal y sin imágenes de restos discales. En RMN de 23.09.96, no hay evidencia de herniación discal residual ni recidivada en el nivel intervenido, ni se aprecia fibrosis epidural significativa en el nivel operado, ni estenosis. Asimismo, y como dolencias preexistentes al accidente presentaba marcada espondilodiscoartrosis L5-S1, con disminución de altura, engrosamiento de las articulaciones posteriores e incluso, pequeña impronta discal paramedial derecha, que estenosa los agujeros de conjunción". Aunque la redacción que se ofrece es muy similar a la efectuada por el magistrado de instancia, difiere en dos puntos: recalca que la lumboartrosis es previa al accidente y omite la frase "tras la intervención presenta leve limitación". Pues bien, la sala acepta sin matización alguna la primera diferencia, porque

la índole –progresiva– del padecimiento y los diversos informes que obran en autos llevan a considerar que efectivamente tal patología es preexistente al accidente; y por lo que se refiere a la segunda, la prueba practicada da razonable apoyo a la conclusión del magistrado, respecto de que existe una leve limitación a nivel lumbar, muy leve en palabras del médico evaluador (folio 75) y no objetivable a la exploración, pero existente, en criterio del Servicio de Neurocirugía del Sergas (folio 141). De esta forma, la redacción que definitivamente aceptamos para el ordinal quinto de los HDP resulta ser: “El codemandado fue intervenido en 16 de septiembre de 1993 de hernia discal L4-LS, quedando como secuelas, –RMN de 03.10.94–, signos que sugieren algo de fibrosis epidural anterior izquierda, observándose un tamaño suficiente de canal y sin imágenes de restos discales. En RMN de 23.09.96, no hay evidencia de herniación discal residual ni recidivada en el nivel intervenido, ni se aprecia fibrosis epidural significativa en el nivel operado, ni estenosis. Asimismo, y como dolencias preexistentes al accidente presentaba marcada espondilodiscoartrosis L5-S1, con disminución de altura, engrosamiento de las articulaciones posteriores e incluso, pequeña impronta discal paramedial derecha, que estenosó los agujeros de conjunción; con posterioridad al accidente muestra una leve limitación”.

SEGUNDO.- En el apartado de examen del derecho, se denuncia la infracción –por aplicación indebida– de los arts. 115 y 137-4 LGSS; con la primera de ellas viene a sostenerse que la patología del demandado es anterior al accidente de trabajo y que toda secuela actual ha de ser atribuida a enfermedad común; y con la segunda viene a sostenerse que en todo caso no media situación disfuncional calificable de IPT. 1.- Reiterando planteamiento que hemos hecho en supuestos muy similares al de autos (SSTSJ Galicia 7-abril-00 R. 894/97 y 17-abril-00 R. 359/97), con carácter previo parece oportuno indicar: (a) el concepto de “lesión” constitutiva del accidente de trabajo al que se refiere el art. 84 LGSS/74 –precepto reproducido en el art. 115 TR de 1994–, comprende no sólo la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias, como se infiere de lo prevenido en los apartados e), f) y g) del número 2 del citado precepto (entre las últimas, las SSTS STS 18-marzo-99 Ar. 3.006 y 27-diciembre-97 Ar. 9.846); (b) la Jurisprudencia es constante al indicar que la presunción de laboralidad del art. 84.3 LGSS/74 –idéntica a la del art. 115-3 LGSS/94– es aplicable no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades

o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos (SSTS 22-marzo-1985 Ar. 1.374, 25-septiembre-1986 Ar. 5.175, 4-noviembre-1988 Ar. 8.529, 27-octubre-1992 Ar. 7.844, 27-diciembre-1997 Ar. 9.846 y 18-marzo-99 Ar. 3.006), hasta el punto de que para destruir la indicada presunción se exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado sea evidente a todas luces, lo que tratándose de enfermedades requiere que éstas por su propia naturaleza no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario (SSTS 27-octubre-1992 Ar. 7.844, 27-diciembre-1995 Ar. 9.846, 15-febrero-1996 Ar. 1.022, 27-febrero-1997 Ar. 1.605); y (c) en el caso de dolencias preexistentes al hecho dañoso que se agravan o manifiestan por éste, la laboralidad se impone por expresa prescripción de la norma cuya vulneración se afirma, el art. 115.2.f LGSS, si bien en este caso se requiere la prueba cumplida de que media nexo causal entre la manifestación o agravación de la patología y el accidente, al prescribir la norma citada que “tendrán la consideración de accidente de trabajo [...] f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”. 2.- La cuestión verdaderamente esencial en el presente litigio es determinar si el déficit lumbar ha de ser o no atribuido al accidente de trabajo ocurrido el 11-agosto-93. Lo que presupone, en primer término, decidir si el origen del mismo se encuentra en la previa lumboartrosis o en la posterior fibrosis posquirúrgica. En opinión de la sala, no parece razonable pensar que la limitación traiga causa en leves signos de fibrosis en L4-L5, sin estenosis, cuando existe una marcada espondiloartrosis a nivel de L5-S1 que estenosó los agujeros de conjunción; tal afirmación –que ciertamente no se hace de manera expresa en la decisión recurrida– entendemos que no es acorde a las obligadas reglas de la sana crítica (art. 632 LEC). Ahora bien, la circunstancia de que se excluya la conexión entre fibrosis y limitación lumbar, no es obstáculo para apreciar la laboralidad del déficit, porque el magistrado de instancia ha llegado a la conclusión fáctica indudable de que el AT produjo la actual limitación y dolor, pareciendo apuntar incluso –nos remitimos a la fundamentación jurídica– que la intervención quirúrgica había incidido en la previa lumboartrosis, al recoger las palabras del perito de la propia mutua actora, diciendo que “como consecuencia de la operación puede quedar mayor predisposición al dolor y lumbalgias y que las lesiones que presenta pueden haberse manifestado clínicamente con ocasión del accidente”. Conclusiones de obvia naturaleza fáctica, cuyo

mantenimiento en este trámite obedece –lo recordábamos en las sentencias ya citadas de 7 y 14-abril-00 y en la de 21-enero-00 R. 5.385/99– a que el juez de instancia es el único competente para valorar en su integridad la prueba, por cuanto que conoce de la cuestión suscitada en instancia única, a través de un juicio regido por los principios de inmediación, oralidad y concentración, siendo así que la potestad jurisdiccional conlleva, al nivel de los hechos y con carácter privativo, la admisión, pertinencia y práctica de los medios de prueba utilizables y la libre valoración de su conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica (STC 272/94, de 17-octubre), lo que implica que el juzgador de instancia pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, con la exclusiva limitación de que no sean arbitrarias, irrationales o absurdas (STC 175/85, de 15-febrero). Con ello se tiene por demostrado que estamos en presencia de “enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de a lesión constitutiva del accidente”, hipótesis de accidente de trabajo prevista en el art. 115.2.f) LGSS/94.

TERCERO.- A pesar de todo lo precedentemente indicado aceptamos la denuncia de haberse aplicado indebidamente el art. 137.4 LGSS, pues si bien hemos admitido que el demandado sufre una leve limitación lumbar calificable como derivada de AT, sin embargo consideramos que la misma no determina la existencia de la IPT que define aquel precepto. 1.- Ciertamente que el RD 766/1993 (21-mayo), por el que se incluye en el Régimen General de la Seguridad Social a los jugadores profesionales de baloncesto, no establece peculiaridad alguna cuando señala como contingencias protegibles del citado colectivo las contempladas en el art. 83.1 LGSS, entre las que se encuentra la Invalidez Permanente. Pero esto no quiere que en la apreciación de la misma no haya de atenderse a matización alguna diferenciadora, en forma similar a la que jurisprudencialmente se hace –por ejemplo– con los trabajadores por cuenta propia, habida cuenta de su facultad de auto-organización (así, STS 18-julio-1990 Ar. 6.428). En concreto, entendemos que tratándose de deportistas profesionales no cabe desconocer ni su muy limitada –en el tiempo– vida profesional, ni el hecho de que en el último tramo de ella se vayan sumando lesiones –por traumatismos, simple desgaste por el esfuerzo y años, o ambas cosas a la vez– que son consustanciales a la propia actividad, de extremo esfuerzo y alto rendimiento, de manera que si afirma –es lo que en el fondo late en la decisión de instancia– la necesidad de que el deportista de élite se encuentre siempre al máximo de aptitud física para realizar su exigente cometido, y si –siguiendo el razonamiento– se

llega a entender que todo menoscabo físico veda el correcto ejercicio de la actividad profesional (tal parece el planteamiento del médico evaluador y el del neurólogo de la Seguridad Social), la consecuencia –a nuestro juicio inaceptable– necesariamente habría de ser la de que la vida laboral de estos deportistas concluiría siempre con declaración de Invalidez Permanente y no con su voluntaria retirada. 2.- En este orden de cosas no parece ocioso referirnos a criterio de esta misma sala respecto de que los procesos determinados por el ordinario transcurso de los años no son contingencia protegible por las prestaciones de Invalidez Permanente, sino que la referida disfuncionalidad atribuible al natural proceso de envejecimiento más bien encuentra su natural cobertura protectora en el mecanismo de la jubilación (así, entre las últimas, las SSTSJ Galicia 27-enero-00 R. 1.602/98, 4-febrero-00 R. 1.955/98 y 18-febrero-00 R. 2.229/98, 17-marzo-00 R. 5.396/96, 17-marzo-00 R. 2.555/98, 13-junio-00 R. 5.514/98 y 15-junio-00 R. 5.423/98). Pues bien, quizás no resulte desacertado entender que en la misma forma, también el deterioro y desgaste inherentes a los extremos esfuerzos del deporte de élite, con menoscabos físicos que se manifiestan lentamente y que se potencian con las inevitables pequeñas lesiones, no constituyen el objetivo propio a proteger como Invalidez Permanente; en caso contrario se llegaría a la rechazable conclusión anteriormente indicada, la de que la actividad laboral de los deportistas profesionales habría de concluir generalmente con declaración de discapacidad. 3.- Asimismo ha de ponerse de manifiesto que la propia normativa de la Invalidez Permanente –art. 137 LGSS– dificulta en no escaso grado su aplicación mecánica a los colectivos deportistas; al menos en la forma en que se ha entendido en la instancia. El apartado tercero del precepto citado requiere para la IP Parcial que se “ocasione al trabajador una disminución no inferior al treinta y tres por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”; y el presupuesto legal para que pueda declararse la IP Total es la de que “inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”. Y estas exigencias de las disposiciones legales –disminución del rendimiento en grado no inferior al 33% e inhabilitación para todas o las fundamentales tareas de la profesión– nos lleva a excluir que una limitación en el rendimiento determinada por causa patológica, pero que no ostente una entidad cualitativamente importante, pueda considerarse como evento protegible por la Invalidez Permanente, siquiera ese déficit –leve– pudiera incidir incluso en el futuro profesional del afectado, dificultando su rendimiento máximo y sus posibilidades laborales. El argumento de que

la alta exigencia del deporte profesional supone que no sea factible su ejercicio eficaz sin estar al cien por cien de aptitud física, no puede traducirse en considerar que cualquier deficiencia, siquiera real y objetiva, haya de integrar una situación de *Invalidez Permanente*. No hay que olvidar que las simples dificultades en la actividad laboral, cuando no llegan a obstar completamente las tareas fundamentales del oficio, son igualmente un hándicap en la contratación de todos los trabajadores protegidos por la Seguridad Social, y a pesar de ello –no alcanzándose una minoración del rendimiento superior al 33% y/o siendo factible el ejercicio de los cometidos fundamentales– no se les reconoce grado invalidante alguno; sostener lo contrario respecto de los deportistas sería discriminatorio. Cuestión diversa es la de que –tratándose de tan especial colectivo– parezca razonable hacer una interpretación flexible y amplia en la apreciación de esa *inhabilidad para el cometido laboral*, que ha de medirse –lógicamente– con parámetros “profesionales” y de alto rendimiento; lo contrario también sería inadmisible, por dificultar extremadamente una protección que la ley confiere. 4.- Ya en el terreno de los concretos hechos se ha de destacar –nos remitimos al apartado 1 del primero de los fundamentos jurídicos– que el demandado ha nacido en 4-octubre-92 y que en la fecha del hecho causante –31-mayo-95– iba camino de cumplir los treinta y tres años; o lo que es lo mismo, su actividad como deportista profesional estaba bastante más próxima al fin que a su inicio. Asimismo, en este plano fáctico ha de resaltarse que tras el alta médica no impugnada (2-febrero-94) se incorporó a la disciplina del club, una vez superado el examen –del todo fiable, por oficial y cualificado– del Centro de Medicina del Deporte, entrenando y jugando partidos oficiales (en mayor o menor número, pues ello es intrascendente), sin que mediase nueva *Incapacidad Temporal*. Como tampoco puede pasarse por alto que desde la finalización del contrato (30-junio-94) y hasta el informe del Equipo de Valoración de *Incapacidades* (31-mayo-95) no hubiese tenido contacto con club alguno y menos el rechazo de su contratación en causa a su –leve– limitación lumbar, pasando a inscribirse como demandante de empleo (4-noviembre-94) y siendo precisamente en esta situación –que no con contrato en vigor– cuando solicita del INSS la declaración de *IP Total* (27-marzo-95). Todo ello nos lleva a concluir que la secuela del accidente de trabajo, por agravación de patología artrósica preexistente, no tiene virtualidad para ser considerada como *inhabilitante* para la profesión habitual de jugador de baloncesto profesional, siquiera minore su rendimiento, por no determinar *inhabilitación* para realizar los cometidos fundamentales de su actividad. Y en

consecuencia apreciamos la aplicación indebida del art. 137.4 LGSS/94; por lo que

FALLAMOS

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por la *Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales “M.”*, revocamos la sentencia que con fecha 11-abril-1997 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número dos de los de Lugo, y acogiendo la demanda dejamos sin efecto la declaración de *Invalidez Permanente Total* de que había sido objeto don J.M.C.M., a quien condenamos –lo mismo que a los codemandados *INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL* y *TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL*– a estar y pasar por la presente declaración, absolviendo libremente al *INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO* y a la empresa “C.D.P.R., SAD”.

3060 RECURSO N° 2.998/97

S. S.

XUBILACIÓN POLO RÉXIME XERAL E NON POLO ESPECIAL DE TRABALLADORES AUTÓNOMOS. ASÍ PROCEDE CANDO NAQUEL SE ACREDITE UNHA COTIZACIÓN MÁIS PROLONGADA, AÍNDA QUE TEÑAN QUE TOMARSE EN CONSIDERACIÓN COTIZACIÓN REALIZADAS NUN RÉXIME COMÚN DE TRABALLADORES POR CONTA ALLEA DOUTRO ESTADO DA COMUNIDADE EUROPEA. COTIZACIÓN FICTICIA POR IDADE. SÓ SE APLICA ÓS QUE COTIZARAN Ó SOVI OU O MUTUALISMO LABORAL ENTRE 1960 E 1966. CUESTIÓNS DE DEREITO INTERTEMPORAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a diez de noviembre 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. 2.998/97 interpuesto por don J.G.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Pontevedra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.G.M. en reclamación de jubilación siendo demandado el INSS y la TGSS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 799/96 sentencia con fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y siete por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Don J.G.M., mayor de edad, nacido el..., solicitó el 28.06.95 prestación de jubilación, con fundamento en los reglamentos comunitarios, dictándose resolución por el I.N.S.S. el 19.09.96 en el que se le reconoce la pensión solicitada, con efectos del 01.07.95, en cuantía del 76% de una base reguladora de 46.781 ptas., siendo el porcentaje a cargo de España del 39,29%. Interpuesta reclamación previa, fue estimada parcialmente, estableciéndose la pensión en el 78%, de una base reguladora de 76.781 ptas., siendo a cargo de España el 43,27%, que no consta notificada al actor./ II.- El demandante reúne las siguientes cotizaciones en España: a) 215 días de cotización al SOVI entre 1945 y 1954; b) estuvo afiliado al R.E.T. Autónomos desde el 01.10.73 al 30.09.79 y desde el 01.05.83 al 28.02.91, teniendo en descubierto y prescritos los períodos febrero a septiembre 74 y febrero a octubre 84; c) al Régimen General acredita 487 días. Acredita en Bélgica y Alemania un total de 4.806 días (156 meses en Alemania y 96 días en Bélgica)".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por don J.G.M., absolviendo al I.N.S.S. y a la T.G.S.S. 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.- Al actor le fue reconocida su pensión de jubilación por el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y formulada demanda impugnando la base reguladora y solicitando el reconocimiento de aquella pensión a cargo del Régimen General –aunque el súplico de la demanda resulta muy impreciso adoleciendo de graves defectos en la forma de pedir-, su pretensión fue desestimada por la sentencia de instancia, absolviendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social de las pretensiones deducidas en la demanda y disconforme con dicho pronunciamiento judicial, interpone recurso de suplicación, articulándolo a través de cinco motivos, dedicando el primero a la revisión de los

hechos declarados probados y los cuatro motivos restantes al examen de la normativa jurídica aplicada por la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 191.b) de la L.P.L. la parte actora solicita en el primer motivo de recurso la revisión de los hechos declarados probados, pero la sala no puede atender el mismo porque adolece de vicios insubsanables en su formulación. En efecto, en el recurso no se especifica el hecho probado que se pretende modificar, se omite la redacción alternativa y no se cita ningún documento o pericia en que sustentar tal revisión, como exige el artículo 191.b), antes citado; limitándose la parte recurrente a efectuar una exposición comentada sobre el desconcierto que le produce el cómputo de las cotizaciones efectuado por la juzgadora de instancia. Consecuentemente, y a la vista de los vicios observados, la sala debe partir, ineludiblemente, del relato probatorio contenido en la sentencia recurrida, que puede resumirse así: A).- El actor, nacido el 25-junio-1930, solicitó el 28-junio-1995 pensión de jubilación, con fundamento en los Reglamentos Comunitarios, dictándose resolución por el Instituto Nacional de la Seguridad Social el 19 de septiembre de 1996, reconociendo la pensión solicitada con efectos desde el 1º de julio de 1995, en cuantía del 76% de una base reguladora de 46.781 pesetas, siendo el porcentaje a cargo de España del 39,29%. Interpuesta reclamación previa, fue estimada parcialmente, estableciéndose la pensión en el porcentaje del 78% de una base reguladora de 76.781.- ptas., siendo a cargo de España el 43,27%. B).- Las cotizaciones que acredita el demandante son: a) En España: 215 días cotizados al SOVI entre 1945 a 1954 (realmente son 315 según el informe de cotización obrante al folio 50), 184 días cotizados al RETA entre 01.10.73 al 30.09.74, y 2.679 días al mismo Régimen entre el 1º de mayo de 1983 al 28-febrero-1991. Al Régimen General cotizó 365 días en el período comprendido entre el 27-marzo-1992 al 26-marzo-1993, más 122 días cotizados al mismo régimen en situación de desempleo; total cotizaciones en España 3.665 días, de las cuales, 487 días corresponden al Régimen General. En el extranjero, acredita cotizados 157 meses en Alemania como trabajador por cuenta ajena ("asalariado obrero"); o lo que es igual 4.806 días. Y 96 días cotizados en Bélgica como minero. Pues bien, partiendo de las cotizaciones anteriormente indicadas deben resolverse los motivos de recurso que denuncian infracciones normativas y de la jurisprudencia, y que la sala examina a continuación.

TERCERO.- Por adecuado cauce procesal del artículo 191.c) de la L.P.L., se denuncia en el segundo motivo de recurso infracción, por errónea aplicación o inaplicación de los artículos 42, 93 y 96 de la Constitución Española y del

artículo 1.5 del Código Civil, así como incorrecta aplicación de los Reglamentos de la C.E.E. 1.408/71 y 574/72. Alega el recurrente, en síntesis, que se le reconoció la pensión de jubilación por el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) "...por ser éste el régimen en el que acredita más cotizaciones..." pero que si se computan las cotizaciones efectuadas a otros Estados de la Unión europea y se equiparan a las del Régimen General, el régimen en el que presenta mayores espacios de tiempo cotizado sería este último (el R. General) que debería serle de aplicación; citando en apoyo de su tesis diversas sentencias del Tribunal Constitucional dictadas interpretando el artículo 93 de la C.E. y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea. Dada su íntima conexión, conjuntamente con el anterior motivo de recurso debe ser examinado el tercero de los motivos, en el que, por idéntico cauce procesal, se denuncia infracción, por errónea aplicación o inaplicación del artículo 35 del Real Decreto. 2.530/70, de 20 de agosto y Disposición Transitoria 4^a de la L.G.S.S.. Insiste el actor en que el I.N.S.S. no aplicó correctamente el citado artículo, porque al tiempo de solicitar la prestación se encontraba cotizando al Régimen General, que era, además, en el que presentaba mayor número de cotizaciones. Así pues, partiendo del relato probatorio que anteriormente se expuso, la cuestión litigiosa se centra en determinar -primeramente- si la pensión de jubilación debe reconocerse a cargo del RETA, como así lo hizo el I.N.S.S., y se aceptó por la juzgadora de instancia; o si, por el contrario, la pensión debe reconocerse por el Régimen General, como sostiene el recurrente. La sala se inclina por esta última solución, debiendo ser revocada la sentencia recurrida, porque así se deduce de una correcta interpretación del artículo 35 del Decreto 2.530/70 regulador del RETA, y de la doctrina jurisprudencial dictada en interpretación del artículo 51 del Tratado de Roma(actualmente artículo 42 después del Tratado de Amsterdam), así como doctrina desarrollada en numerosas sentencias del TJCE (entre las más recientes, en relación con este principio de no discriminación en materia de Seguridad Social, pueden citarse las ss de 24-septiembre-1998 (TJCE 1998, 211); 22.10.98 (TJCE 1998, 253) y la de 25.02.99 (TJC 1999, 32). Y es que, como punto de partida para reconocer la pensión del actor a cargo del Régimen General, deben tenerse en cuenta los períodos cubiertos bajo la legislación de cualquier estado miembro de la Unión Europea, y las cotizaciones efectuadas ala Seguridad Social de otro país de la U.E. deben equipararse a las realizadas al Régimen General español. Así, el Tribunal Supremo en una reciente sentencia de 25-febrero-2000 (Ar. 2.238), en la que se examina el caso de concesión de una

invalides con cargo al Régimen General, con la consiguiente integración de lagunas, señala que sólo se podría negar tal integración si se partiera de la base de que las cotizaciones efectuadas en la Seguridad Social -en aquel caso francesa- no se equipararan a las hechas en el Régimen General español; pero afirma el alto tribunal que "esa diferencia de trato no estaría justificada desde la normativa comunitaria que nos vincula con el efecto directo propio de la misma, porque el principio de igualdad de trato que preside la construcción del derecho europeo y que viene recogida a efectos de Seguridad Social en el artículo 51 del Tratado de Roma y ...desarrollado en numerosas sentencias del TJCE... tiene como razón esencial de su existencia la de que ningún trabajador se vea discriminado por el hecho de haber ejercido la libertad básica de circulación intracomunitaria, discriminación que se produciría si aquellas cotizaciones se valoraran de otra forma que no fuera como en el Régimen General y común español, cuando fueron hechas en el régimen común francés, si se tiene en cuenta que el único que aparece como especial en el Reglamento (CEE) 1.408/1971, a estos efectos es de la minería y el de los trabajadores agrícolas por cuenta propia -Anexo IV E, al que remite el artículo 37.1 de dicho reglamento-. Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al presente caso, las cotizaciones del actor efectuadas a la Seguridad Social alemana, deben computarse como si se hubiese efectuado al Régimen General español, ya que entender lo contrario supondría una vulneración del principio de libertad de circulación de trabajadores en el seno de los Estados Miembros, consagrada en los Reglamentos Comunitarios. Por el contrario, no resultan equiparables al Régimen General las cotizaciones efectuadas en Bélgica, por haber sido realizadas a un régimen especial (el de la minería) y no a un régimen común. Así pues, el actor acredita 4.806 días cotizados en el extranjero al Régimen General y 487 días en España a dicho Régimen General lo que constituye un total de 5.293 días cotizados al citado Régimen General. Consecuentemente, y teniendo en cuenta tal número de cotizaciones, resulta evidente que el I.N.S.S. erró en el reconocimiento de la pensión a cargo del RETA, porque según el artículo 35.1 del Decreto 2.530/70, "cuando un trabajador tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social o en los Regímenes Especiales Agrario, de Trabajadores Ferroviarios, de la Minería del Carbón, del Servicio Doméstico, de los Trabajadores del Mar, de los Artistas y en el que regula el presente Decreto, dichos períodos... serán totalizados". Y en el número dos se dispone que "las pensiones... -entre otras, las de vejez-...serán reconocidas, según sus propias normas del

régimen donde el trabajador estuviese cotizando al tiempo de solicitar la prestación, teniendo en cuenta la totalización de períodos a que se refiere el número anterior, y con las salvedades siguientes: a).- Para que el trabajador cause derecho a la pensión en el régimen a que se estuviese cotizando en el momento de solicitar la prestación, será inexcusable que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho régimen". El último régimen al que cotizó el actor fue al Régimen General, del 27.03.92 al 26.07.93, como trabajador en activo. Posteriormente, del 27.03.93 al 26.07.93, permaneció durante 122 días en situación de desempleo y también cotizando al Régimen General a partir del 27-agosto-1993 y hasta el 26.08.95, tuvo reconocidas prestaciones por desempleo –nivel asistencial-, y en dicha situación no se cotiza por vejez, sino tan sólo por asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia (artículo 218 del TRLGSS); por lo tanto, no resulta acertado lo que se dice en el recurso, de que se encontraba cotizando al Régimen General, sino que es mas cierto afirmar que cuando se formula la solicitud de pensión de jubilación (28-junio-1995), el actor se encuentra en situación asimilada al alta, percibiendo prestaciones asistenciales de desempleo, habiendo sido efectuadas al Régimen General las últimas cotizaciones. Y computadas las cotizaciones de este último régimen, el actor cuenta con 5.293 días –como antes se dijo- y precisa para jubilarse 5.475 días, por lo tanto no cumple la regla del artículo 35.2.a) antes expuesta, aún aplicando la Disposición Transitoria Cuarta del TRLGSS. Pero tampoco resulta de aplicación el artículo 35.2.b), que establece que, cuando el trabajador no reuniese tales requisitos en el régimen al que se refiere el apartado a) entonces causará derecho a la pensión por el régimen que se hubiere cotizado anteriormente –en este caso sería al RETA-, siempre que en el mismo reúna los requisitos a que se refiere el apartado a). Pero ya hemos dicho, que el actor tan solo acredita 2.863 días cotizados al RETA, y por ello tampoco reuniría los requisitos para jubilarse por este régimen. Y dándose esta situación, el apartado que resulta de aplicación es el c) del artículo 35 antes citado, que se refiere al supuesto de que no se reúnan en ninguno de los regímenes, computados separadamente, los requisitos exigidos para la prestación de que se trate, en cuyo caso "la pensión se otorgará por el régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones". Y este Régimen no es otro que el general, en el que el actor cuenta con 5.293 días cotizados, frente a los 2.863 del RETA. Consecuentemente, procede acoger los dos motivos de recurso que se examinan, al haberse producido las infracciones

denunciadas, debiendo reconocerse la pensión de jubilación del actor a cargo del Régimen General, y de conformidad con el artículo 140.4 de la L.G.S.S., si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran períodos al descubierto por no haber existido obligación de cotizar, "dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento".

CUARTO.- Por el cauce adecuado del apartado c) del artículo 191 de la L.P.L., denuncia la parte recurrente, en el cuarto de los motivos de recurso, infracción por errónea aplicación o inaplicación de los artículos 163 de la L.G.S.S. y del núm. 3 de la D.T. 2^a de la O.M. de 18-enero-1967. Alega, en esencia, dicha parte que al tener que reconocerse la pensión por el Régimen General, ello conlleva la aplicación de la denominada "escala regala años" y al solicitante, dada su edad en enero de 1967, le corresponden 10 años y 352 días de imputación automática, y que con tal suplemento, el solicitante ya presentaría un período cotizado de 35 años. Y por el mismo cauce procesal, en el quinto y último motivo de recurso, denuncia infracción, por la errónea aplicación o inaplicación, de los artículos 140, 162 y 163 de la L.G.S.S.; alega su disconformidad con el cálculo de la base reguladora, insistiendo en la aplicación de la "escala regala años", y que al tener un total de 35 años cotizados le correspondería el 100% de la base reguladora; todo ello sobre la base de tener cotizaciones en España con anterioridad al 1º de enero de 1967; y que igual imputación automática de años cotizados le correspondería por presentar cotizaciones para Países Comunitarios con anterioridad al 1º de enero de 1967. Así pues, debe resolverse si resulta de aplicación al actor la Disposición Transitoria 2^a.3 de la O.M. de 18-enero-1967, dado que su pensión debe reconocerse a cargo del Régimen General y con integración de lagunas en su base reguladora –como se explicó en el fundamento precedente-. Y la censura jurídica que se contiene en dichos motivos de recurso no resulta acogible a la luz de la doctrina jurisprudencial más reciente (STS de 28 de febrero de 2000 Ar. 2.241) y que esta sala ya aplicó en su sentencia de 20-octubre-2000 (Rec. 2.552/97). La Sala 4º del Tribunal Supremo sostiene en la sentencia referida que "la disposición transitoria 2^a.3 de la O. 18-enero-1967, norma de derecho intertemporal dictada en desarrollo de la Disposición Transitoria 3 L.G.S.S., configura un beneficio de cotizaciones ficticias a fin de determinar el número de años cotizados a los solos efectos de fijar el porcentaje de la pensión de vejez, disponiendo la adición al número de días cotizados que acredite el trabajador del número de años y fracciones de años que se establece en la escala anexa según la edad de aquél en 1º enero 1967. Pero el referido beneficio no se instrumenta a favor de cualquier

asegurado, sino de aquellos jubilados en el Régimen General que con anterioridad a 1º de enero de 1967 hubieren cotizado al SOVI a la Mutualismo Laboral durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1960 y el 31 de diciembre de 1966". Consecuentemente, constando probado que el actor prestó servicios como trabajador de la construcción en Sevilla durante el periodo julio/1945-diciembre/1947, 168 días; acrediitando otros 95 días entre los años 49/50 y 52 días en el año 1954 (así consta en el informe de cotización obrante al folio 50 de los autos), habiendo sido efectuadas dichas cotizaciones al SOVI, resulta evidente que en aplicación de la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta, el actor no tiene derecho al incremento del porcentaje aplicable a la base reguladora que reclama, al ser dichas cotizaciones anteriores al 1º de enero de 1960. Por lo que respecta a las cotizaciones efectuadas en el extranjero, parte de las mismas sí están comprendidas entre los años 1960 y 1967; concretamente las efectuadas a la Seguridad Social alemana lo fueron en el periodo comprendido entre el 01.01.57 al 31.12.71; pero las mismas tampoco pueden servir para gozar del beneficio de edad que se reclama, y ello por dos razones fundamentales: A).- En primer lugar, porque el referido beneficio ni tan siquiera resulta aplicable a todos los trabajadores que hubiesen presentado servicios en España con anterioridad al 1º de enero de 1967, sino que se halla exclusivamente reservado a quienes hubiesen trabajado por cuenta ajena en actividades laborales determinadas por el Ministerio de Trabajo y que -por lo mismo- hubiesen estado afiliados al Mutualismo Laboral con anterioridad al 1º de enero de 1967. Por ello, si incluso la afiliación al sistema de la Seguridad Social española no necesariamente determinaba la adquisición de dicho beneficio, resulta obvio que la equiparación de cotas entre países, en este caso Alemania y España, en forma alguna puede llegar a la conclusión de que la inclusión del actor en el sistema aseguratorio alemán con anterioridad al 1º de enero de 1967, sea equivalente a la afiliación al Mutualismo Laboral, ya que ello implicaría un injustificado trato desigual respecto de los trabajadores españoles afiliados a nuestra Seguridad Social, pero no incluidos en el Mutualismo Laboral. B).- La segunda razón va referida a la imposibilidad de aplicación al caso enjuiciado del RDL 5/1998, por razones de derecho temporal. Dicho RDL por el que se dictaron reglas para la jubilación anticipada, fue tramitado como proyecto de Ley (artículo 86.3 de la Constitución) por el procedimiento de urgencia, promulgándose la Ley 47/1998 de 23 de diciembre (B.O.E. 29.12.98). En dicha ley se admiten las cotizaciones anteriores al 1º de enero de 1967 en algún país extranjero, siempre que se

certifique que las actividades realizadas, de haberse efectuado en España hubieran dado lugar a la inclusión en alguna de las mutualidades laborales, y a los efectos de jubilación anticipada –que no es el caso que aquí se enjuicia-. Además, según la disposición final primera de la citada ley, la misma es de aplicación a las pensiones de jubilación cuyo hecho causante se produzca a partir del día 1º de abril de 1998. Y en el presente caso, habiendo formulado el actor la solicitud de su pensión el 28-junio-1995, el hecho causante de la misma es muy anterior al período de retroactividad que se fija en la citada ley. En resumen, de las distintas pretensiones deducidas por el actor en su inconcreto suplico de la demanda, únicamente se admite el reconocimiento de su pensión de jubilación a cargo del Régimen General, con la consiguiente modificación de la base reguladora, que deberá calcularse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 140.4 de la L.G.S.S., esto es, si el período que se tome para el cálculo de la misma presenta lagunas de cotización, deben integrarse con las bases mínimas de cada momento. Por el contrario, no se acogen los pedimentos relacionados con la bonificación de edad, e imputación automática de cotizaciones por las razones que se dejan expuestas. Consecuentemente, se acoge en parte el recurso interpuesto por el actor, debiendo ser revocada la sentencia recurrida.

Fallamos

Que estimando en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por don J.G.M. contra la sentencia de fecha diez de mayo de mil novecientos noventa y siete, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de Pontevedra, en autos promovidos por el recurrente frente al I.N.S.S. y T.G.S.S., en proceso sobre pensión de jubilación, y con revocación de la misma y estimando parcialmente la demanda, debemos declarar y declaramos que la pensión de jubilación del actor debe ser reconocida por el Régimen General y calcularse la base reguladora según las reglas previstas para dicho régimen, condenando a ello a los organismos demandados. Desestimándose su pretensión sobre el incremento del porcentaje de la base reguladora, al ser las cotizaciones anteriores al 01.01.60, y no ser computables a estos efectos las efectuadas en el extranjero, pretensión de la que se absuelve a los citados organismos.

3061 RECURSO N° 4.442/00

S. S.

INTEGRACIÓN DE UNIDADES DE ATENCIÓN PRIMARIA NUN SERVICIO DE ATENCIÓN PRIMARIA, DENTRO DUNHA ZONA SANITARIA. NON EXISTE MODIFICACIÓN DO MAPA SANITARIO DE GALICIA. DESESTIMACIÓN DE CONFLICTO COLECTIVO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Luis Martínez López

A Coruña, a once de noviembre 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. 4.442/00 interpuesto por don A.D.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 170/00 se presentó demanda por don A.D.G. como presidente de la Xunta de Persoal da Área de Saúde de Ourense en reclamación sobre CONFLICTO COLECTIVO POR RECONOCIMIENTO DE DERECHO siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 4 de julio 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.- Probado que, el presente conflicto colectivo afecta a los trabajadores que prestan sus servicios en el Centro de Salud "V.I.", en el Servicio de Atención Primaria, dependiente de la Dirección-Gerencia de Atención Primaria de la provincia de Ourense y dependiente a su vez del Servicio Galego de Saúde./ Segundo.- Que, los trabajadores afectados por el presente conflicto son: 2 pediatras (en turno de mañana), 1 odontólogo (en turno de mañana), 2 ATS-DUE (en turno de mañana), 3 celadores (dos en turno de mañana y uno en turno de tarde), 5 administrativos (tres en turno de mañana y dos en turno de tarde) y 1 auxiliar de enfermería (en turno de mañana), siendo, por tanto, el número total de trabajadores afectados en el Centro de 14./ Tercero.- Que, el Centro de Salud "V.I." es un Servicio de Atención Primaria en Ourense,

adscrito a la Zona Sanitaria de Atención Primaria de Ourense que comprende además de la capital, los Ayuntamientos de Amoeiro, Barbadás, San Cibrao de Viñas y Toén, conforme a lo establecido en el Decreto 55/1989, por el cual se establecieron las Zonas de Salud de Atención Primaria en toda la Comunidad Autónoma Gallega./ Cuarto.- Con fecha 24 de febrero de 2000, les son entregadas comunicaciones procedentes de Dirección Xerencia de Atención Primaria de Ourense a doña D.B.P., doña M.E.F.F., doña M.P.M.R., doña M.J.C.G., doña P.P.F., Dr. don V.G.I., odontólogo/estomatólogo y al jefe del servicio del Centro de Salud "V.I.", del siguiente tenor literal:/ "Comunícase que a partir do día 1 de marzo se amplía o Servicio de "V.I." (mañá) incorporándose a él as Unidades de Pereiro de Aguiar e Nogueira de Ramuín./ Por isto, e segundo Decreto 200/1993, de 29 de xullo que establece a ordenación da Atención Primaria da Saúde na Comunidade Autónoma de Galicia (DOG nº 167, de 31 de agosto de 1993) e Decreto 55/1993, de 6 de abril que aproba a revisión de Mapa Sanitario de Galicia (DOG nº 79, de 25 de abril de 1989) onde se regulan as "Zonas Sanitarias de Atención Integrada", procederase a prestar apoio das áreas sanitarias de Pediatría e Odontoloxía ás Unidades de Pereiro de Aguiar e Nogueira de Ramuín desde o servicio de "V.I." (mañá) desde o día da data anteriormente sinalada e para a poboación pediátrica de idades comprendidas entre 0-14 anos./ Polo que, prego llo comunique ó persoal sanitario e non sanitario do Servicio de "V.I." (mañá e tarde) para os efectos da organización da cita previa de Pediatría, Odontoloxía e arquivo de Pediatría./ Sen outro particular, reciban un cordial saúdo./ DIRECTOR XERENTE. Asdo. J.F.T.C."/ Quinto.- Los demandantes agotaron la vía previa administrativa".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO/ Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por A.D.G., presidente de la Xunta de Persoal da Área de Saúde de Ourense, contra el SERGAS, absolviendo a la demandada de las pretensiones de la misma."

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima la demanda sobre conflicto colectivo planteada por el Jefe de personal del Área de Salud de Ourense contra el Servicio Galego de Saúde Dirección Provincial de Ourense, en la que se solicitaba la nulidad de lo ordenado en la comunicación del Director Gerente de Atención Primaria de dicha provincia de fecha 24 de febrero de 2000,

condenando a la demandada a dejar sin efecto la misma y en consecuencia a que no se le amplíe al colectivo afectado el servicio con las Unidades de Pereiro de Aguiar y Nogueira de Ramuín. Contra dicha resolución interpone recurso de suplicación la parte actora denunciando la infracción, por aplicación indebida, del Decreto 200/93, en relación con el Decreto 55/89 alegando, en síntesis, que se ha modificado el mapa sanitario de Galicia, al entremezclarse sin razón aparente zonas sanitarias de Atención Primaria perfectamente diferenciadas y que se ha extractado el Decreto 200/1993, a fin de la creación de un modelo de Atención Primaria inexistente en el mismo y basado en apoyo a una supuesta unidad, cuando en su caso debiera ser de integración; también se denuncia la infracción por no aplicación de la Ley 9/1987 de 12 de junio, alegando que se ha obviado a la junta de personal y que tal resolución ha sido adoptada por quien carecía de competencia para ello. Para una mejor comprensión de la cuestión debatida es preciso partir de los siguientes datos: a) Que, el Centro de Salud “V.I.” es un Servicio de Atención Primaria en Ourense, adscrito a la Zona Sanitaria de Atención Primaria de Ourense que comprende además de la capital, los Ayuntamientos de Amoeiro, Barbadás, San Cibrao de Viñas y Toén, conforme a lo establecido en el Decreto 55/1989, por el cual se establecieron las Zonas de Salud de Atención Primaria en toda la Comunidad Autónoma Gallega; b) Que, los trabajadores afectados por el presente conflicto son: 2 pediatras (en turno de mañana), 1 odontólogo (en turno de mañana), 2 ATS-DUE (en turno de mañana), 3 celadores (dos en turno de mañana y uno en turno de tarde), 5 administrativos (tres en turno de mañana y dos en turno de tarde) y 1 auxiliar de enfermería (en turno de mañana), siendo, por tanto, el número total de trabajadores afectados en el Centro de 14 y c) Con fecha 24 de febrero de 2000, les son entregadas comunicaciones procedentes de Dirección Xerencia de Atención Primaria de Ourense a doña D.B.P., doña M.E.F.F., doña M.P.M.R., doña M.J.C.G., doña P.P.F., Dr. don V.G.I., odontólogo/estomatólogo y al jefe del servicio del Centro de Salud “V.I.”, del siguiente tenor literal:/ “Comunícase que a partir do día 1 de marzo se amplía o Servicio de “V.I.” (mañá) incorporándose a él as Unidades de Pereiro de Aguiar e Nogueira de Ramuín./ Por isto, e segundos Decreto 200/1993, de 29 de xullo que establece a ordenación da Atención Primaria da Saúde na Comunidade Autónoma de Galicia (DOG nº 167, de 31 de agosto de 1993) e Decreto 55/1993, de 6 de abril que aproba a revisión de Mapa Sanitario de Galicia (DOG nº 79, de 25 de abril de 1989) onde se regulan as “Zonas Sanitarias de Atención Integrada”, procederáse a prestar apoio das áreas sanitarias de Pediatría e

Odontoloxía ás Unidades de Pereiro de Aguiar e Nogueira de Ramuín desde o servicio de “V.I.” (mañá) desde o día da data anteriormente sinalada e para a poboación pediátrica de idades comprendidas entre 0-14 anos./ Polo que, prego llo comunique ó persoal sanitario e non sanitario do Servicio de “V.I.” (mañá e tarde) para os efectos da organización da cita previa de Pediatría, Odontoloxía e arquivo de Pediatría./ Sen outro particular, reciban un cordial saúdo./ **DIRECTOR XERENTE. Asdo. J.F.T.C.**” A la vista de cuanto antecede parece correcta y ajustada a derecho la resolución recurrida, si tenemos en cuenta: a) que el Decreto 55/89 de 6 de abril que aprueba la revisión del mapa sanitario de Galicia ya preveía la posibilidad de agrupar varios municipios de Atención Primaria en zonas Sanitarias de Atención Integrada y así aparece incluida la zona de Atención primaria con cabecera en el municipios de Pereira de Aguiar y que incluye a Nogueira de Ramuín en la zona sanitaria de Atención Integrada de Ourense, como centro de demarcación geográfico y poblacional, constituido por varias zonas de Atención Primaria, y que sirve como centro de marco de actuación de asistencia sanitaria especializada no hospitalaria; y b) que el Decreto 200/1993 de 29 de julio que regula la ordenación de la Atención Primaria de Salud de esta Comunidad Autónoma de Galicia ya establece en su artículo 3 “que el servicio de atención primaria es el nivel organizativo superior de gestión, planificación y apoyo que integra una o varias unidades de atención primaria”, destacándose en el apartado primero del artículo 2º que la unidad de atención primaria, que siempre forman parte de un servicio de atención primaria es la estructura básica para la prestación de la atención integral de la salud de la población y, en el artículo 5º que el servicio de atención primaria estará situado en el centro de salud que por su localización y estructura se considere más idóneo. Así pues, la ampliación del servicio de “V.I.” de Ourense a los Ayuntamientos de Pereiro de Aguiar y Nogueira de Ramuín para la atención pediátrica y bucodental ni vulnera lo dispuesto en el invocado Decreto 200/1993, ni supone modificación alguna del mapa sanitario de la Comunidad aprobado por el Decreto 55/1989, pues tal ampliación se realizó al amparo del marco legal de las normas aludidas y con el único propósito de evitar que los beneficiarios de dichas poblaciones pudieran sufrir un agravio comparativo al no poderse beneficiar de la misma atención especializada no hospitalaria de la zona de Atención Primaria con cabecera en Ourense que comprende los ayuntamientos limítrofes a la capital. Señalar, por último, que el acta celebrada el día 10 de febrero de 2000 con presencia de los representantes sindicales de los trabajadores del área de Ourense y asistencia de la Dirección y Junta de Personal

(folios 78 a 83 de los autos) se trató el tema en cuestión, habiéndose enviado comunicaciones personales a cada uno de los afectados en el las que se les indicaba las normas legales en las que se fundamentaba tal decisión (folios 84 a 95 de las actuaciones). En consecuencia procede la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que con desestimación del Recurso de Suplicación interpuesto por don A.D.G. contra la sentencia de fecha cuatro de julio de dos mil dictada por el Juzgado de lo Social número tres de Ourense, en autos seguidos a instancia del recurrente frente al SERVICIO GALEGO DE SAUDE sobre CONFLICTO COLECTIVO POR RECONOCIMIENTO DE DERECHO, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

3062 RECURSO N° 4.427/00

S. S.

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES SOCIAIS POR FALTA DE DILIXENCIA NO DESEMPEÑO DO CARGO. INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN SOCIAL. INEXISTENCIA DE GRUPO DE EMPRESAS. NON PROcede RESPONSABILIZAR SOLIDARIAMENTE ÁS CODEMANDADAS.

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

A Coruña, a quince de noviembre 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. 4.427/00 interpuesto por doña E.P.D. y 32 más contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña E.P.D. y 32 más en reclamación de DESPIDO siendo demandado don J.A.R., C.R.G. y A.A.R., “I., S.L.”, “C., S.L.”, “P.A., S.L.”, J.F.D., “C.A., S.L.”, “G.F.R., S.L.”, E.C.A., “P.S.C.I.V., S.L.”, “F.V., S.A.”, A.G.M., “A.P., S.L.”, “C.L., S.L.”, “B.E., S.L.”, A.P.R.M.R., “B y P., S.L.”, M.B.R., “E.T., S.A.”, “F. y D. C., S.L.”, A.I.B., Intervención judicial de

suspensión de pagos de “I.” y “C., S.L.”, compuesta por don M.S.R., R.L.M., A.B.C. comisario de quiebra “C., S.L.”, comisario quiebra “C.A., S.L.”, A.A.B., A.B.C., y de “I., S.L.”, A.V.L.B., R.M.G., en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 16/00 sentencia con fecha dieciocho de abril 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.- Para las empresas “I., S.L.” y “C.G., S.L” vienen prestando servicios los actores con las antigüedades, categorías y salarios mensuales prorrteados especificados en el hecho primero de la demanda, que damos aquí por reproducido./ Dos.- Por medio de cartas de fecha 02.12.99, notificada a los actores el 09.12.99, se les comunicó que se les despedía con efectos desde el 09.12.99 en base a los siguientes hechos: “por medio de la presente comunicación, la Dirección de la empresa pone en su conocimiento que ha tomado la decisión de proceder a su despido disciplinario, el cual surtirá efectos a partir de la fecha de recepción de la presente, siendo la causa determinante del mismo, según se previene en el art. 54.1.a) del estatuto de los trabajadores, las faltas injustificadas de asistencia al trabajo durante los días 23, 24, 25 y 26 del pasado mes de noviembre”./ Tres.- Los hechos imputados a los actores en las cartas de despido no han resultado acreditados./ Cuarto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el SMAC el día 20.12.99, la misma tuvo lugar en fecha 04.01.00 con el resultado de sin efecto, presentando demanda los actores el días 13.01.00./ Cinco.- Los actores no son ni fueron durante el ultimo año representantes legales de los trabajadores./ Seis.- “C.L.P., S.L”, que pasaría a denominarse a partir del año 1982 “C.A., S.L”, fue constituida por el matrimonio J.A.R. y C.R.G., P.R.P., S.A.R. y su esposa I.M.M.; siendo administradores J. y S.A.R., teniendo como objeto social la elaboración de chocolate en todas sus formas y derivados, su distribución y venta. En el año 1987 se transforma la sociedad a sociedad anónima, siendo transformada de nuevo en S.L en el año 1992, nombrándose administradores a C.R.G. y J.A.R./ Siete.- “C.G., S.L” se constituyó en el año 1992 por J.A.R. y su esposa C.R.G. y sus hijos M.J.A.R. y A.A.R.; siendo su objeto social la comercialización al mayor de talle de productores alimenticios de todas clases. En el año 1997 se acepta la renuncia de los administradores solidarios J.A.R., C.R.G., y A.A.R., nombrándose administrador único a M.B.R., el cual confirió poder a favor de A.I.B. en el año 1998./ Octavo.- “I., S.L” se constituyó el 27.01.92 por J.A.R. y su esposa C.R.G., y sus hijos M.J. y A.A.R., siendo su objeto social la fabricación de todo tipo de chocolates, así como sus derivados, sucedáneos,

turrones etc. En agosto de 1998 se acepta la renuncia de los administradores solidarios J.A.R., C.R.G. y A.A.R., nombrándose administrador único a M.B.R., el cual confirió poder a favor de A.I.B. en septiembre/1998./ Noveno.- A partir del año 1992 "I., S.L" se dedica a la fabricación de chocolates, "C.G, S.L" a la comercialización de dichos productos, siendo propietaria "C.A., S.L" de la finca nº 57.000, nave sita en S., en donde se lleva a cabo la actividad empresarial, así como de las marcas "C.L.P.", "V." Los chocolates marca "S." también eran fabricados y comercializados por dichas mercantiles, aunque su propietario era J.A.R. La plantilla que pertenecía a "C.A." pasa a depender de las empresas de nueva creación, y así se notifica al Comité de Empresa a medio de escrito de fecha 23.06.92, que damos aquí por reproducido./ Décimo.- En julio/98 se solicita la suspensión de pagos de las mercantiles "I., S.L" y "C.G., S.L.". Con posterioridad se declaró la quiebra necesaria de dichas empresas así como de "C.A., S.L."/ Onceavo.- J.A.R. y su esposa C.R.G., propietarios de la nave destinada a fines comerciales sita en S., ubicada en la planta sótano, finca nº..., finca nº..., finca nº... igualmente ubicadas en la planta sótano y destinadas a fines comerciales, venden las referidas fincas a "A.P., S.L" representada por A.R.M.R., con fecha 20.08.98 por el precio de 8.620.690 ptas. Dichas fincas con anterioridad pertenecían a "C.A., S.L" de la que la adquirieron en el año 1982. "A.P., S.L" comienza sus operaciones el 02.10.95, siendo su objeto social la inversión en activos inmobiliarios e industriales para su alquiler posterior. Sus administradores solidarios son A. y P.R.M.R., siendo nombrada administradora única en el año 1999 la Sra. B.H. Dicha sociedad fue constituida por V.G.Y., I.R.A., en su propio nombre, la sociedad M.F.I. representada por la Sra. G.P., y "C.T., S.A" representada por el Sr. U.L./ Duodécimo.- "L.B. 6000, S.L" comenzó sus operaciones el 29.01.98, siendo su objeto social el negocio y promoción inmobiliaria, siendo constituida por los cónyuges L.M.T.G. y P.M.L. En marzo/98 se nombra administradora única a A.G.M./ Decimotercero.- "V., S.L" comenzó sus operaciones el 13.07.88, siendo su objeto social la tenencia, adquisición, venta, administración arrendamiento y explotación de bienes inmuebles, urbanos o fabriles, solares, pisos, locales, apartamentos y derechos sobre los mismos. Se constituyó por don J.Y.M., C.L.J. y C.M.S. Tras varias ampliaciones de capital, se nombra por Junta General de 17.12.96 administradores solidarios a A. y P.R.M.R. Por junta general de 29.07.99 se nombra administradora única a T.G.B./Decimocuarto.- "C.L., S.L" comenzó sus operaciones el 15.10.98, siendo su objeto social la comercialización, distribución y exportación, importación y almacenaje de toda clase de

productos de consumo, y entre ellos los relacionados con la alimentación y bebidas, tanto en territorio español como extranjero. Fue constituida por A.G.M. en representación de la compañía "L.R.E.I.", y X.P.J. en su propio nombre y derecho, el cual ostenta la condición de administrador único./ Decimoquinto.- El objeto social del "G.F.R., S.L" es el de la construcción, promoción, explotación, compra-venta, permuta y mediación de toda clase de bienes inmuebles y la contratación de todo tipo de servicios relacionados con ellos, entendiéndose con ello el tráfico inmobiliario en su más amplio sentido. Fue constituida por "L.B.P." en su propio nombre y en el de la sociedad "T.S.U., S.L" de la que es administradora. Con fecha 06.10.98 se nombra administrador único a E.C.A./ Decimosexto.- El objeto social de "P.A., S.L" es el de la construcción, promoción, explotación, compraventa, permuta y mediación de toda clase de bienes inmuebles y la contratación de todo tipo de servicios relacionados con ellos, entendiéndose con ello el tráfico inmobiliario en su más amplio sentido. Fue constituida por L.B.P. en su propio nombre y en el de la sociedad "T.S.U., S.L" de la que es administradora. Con fecha 06.10.98 se nombra administrador único a J.F.D./ Decimoséptimo.- "C.T., S.A", pasó a denominarse "F. y D.C., S.A" por acuerdo de Junta General Extraordinaria Universal de 02.11.95 habiendo comenzado sus operaciones el 11.01.64, constando como apoderado de la misma, entre otros el Sr. U.L./ Decimoctavo.- "E.T., S.A" fue constituida en el año 1977, por A. y E.B.R., E.P.S. y R.C.M., siendo su objeto social la promoción, construcción y demás operaciones relacionadas con inmuebles acogidos a la legislación especial sobre viviendas de protección oficial; pasando con posterioridad a estar constituido por la realización de cuentas actividades tiendan a la promoción y edificación de inmuebles. Siendo administradora única T.G.B., la totalidad de las acciones fueron adquiridas por la mercantil "P.S. 3000 S.L", siendo nombrada administradora única la Sra. N.G./Decimonoveno.- A medio de escritura de 20.08.98 J.A.R., C.R.G. y A. y M.J.A.R., únicos socios de "C.G., S.L" e "I., S.L" nombran administrador único de las referidas mercantiles al Sr. B.R., el cual cesa en dicho cargo con respecto a "I., S.L", y a medio de escritura de 19.10.98, según lo acordado en Junta General se nombra administrador único al Sr. F.D. A medio de escritura de fecha 20.08.98 J.A.R. y C.R.G., únicos socios de "C.A., S.L" nombran administradora única a A.G.M. A medio de escritura de fecha 20.08.98 los socios de "I., S.L" y "C.G., S.L" venden a M.B.R. la participación nº 1 por el precio de una peseta, siendo transmitidas las restantes participaciones a la entidad "B.P.L.", representada por el Sr. B.R. A medio de escritura

de dicha fecha los socios de “C.A.” venden a A.G.M. la participación nº 1 por el precio de 2.339 pts, y el resto de las participaciones a la mercantil “L.B. 6000, S.L” representada por la referida Sra. G.M. A medio de escritura de la misma fecha el Sr. B.R. como administrador único de “I., S.L” y “C.G., S.L” confiere poder amplio a favor de A.I.B./Vigésimo.- Por escritura de 19.10.98 el Sr. B.R., en su propio nombre y como apoderado de “B.P.L.” vende la totalidad de las participaciones de la mercantil “C.G., S.L” a “P.A., S.L”, compareciendo en nombre de esta sociedad el Sr. F.D., administrador único. A medio de escritura pública de 19.10.98 A.G.M., en su propio nombre y en representación de “L.B. 6000, S.L” vende la totalidad de las participaciones sociales de la mercantil “C.A., S.L” a la entidad “G.F.R., S.L” compareciendo en nombre de dicha sociedad el Sr. C.A., administrador único de la misma. Por escritura de la misma fecha se nombra administrador único de “C.A., S.L” al Sr. C.A./Vigesimoprimer.- A medio de escritura pública de 17.08.99 J.F.D., como administrador único de “C.G., S.L” cede los créditos que ostenta frente a clientes por valor de 64.425.852 pts. a la mercantil “E.T., S.A” unipersonal representada por T.G.B., y ello por haber avalado diversos pagarés que debían haber sido hechos efectivos por “E.T.” a la sociedad “S.N.L.”. Se da por reproducido aquí el contenido de dicha escritura, en donde se hace constar que “C.G., S.L” avaló los pagarés por las buenas relaciones existentes entre los socios y acciones de ambas sociedades./ Vigesimosegundo.- En escritura de fecha 20.08.98 el Sr. A.R., propietario de la marca de chocolates “S.”, a dicha fecha con inscripción caduca en el registo, se compromete a vender dicha marca a la mercantil “K.B. 6000, S.L”, una vez se consiga la inscripción de la misma. El precio fijado es de 35.000 pts. Dicha venta se documenta a medio de escritura de 16.06.99. La actual propietaria de dichas marcas es la mercantil “B.H.I.”, domiciliada en Belice. En la actualidad los chocolates con dichas marcas son fabricados por “F. y D.C., S.A” (antes “C.T.”) y comercializados por “C.L., S.L” con domicilio ambos en..., Palencia./ Vigesimotercero.- La mercantil “P.C., S.A” fue constituida en el año 1964, siendo su objeto social la fabricación, preparación, conservación, con gelación y distribución de toda clase de productos alimenticios y platos de cocina. Tenía arrendada la finca nº..., y... que adquirió a “A.P.” a medio de escritura de 31.08.99./ Vigesimocuarto.- “S.C.I.V., S.L” se constituyó el 03.06.98 por J.F.A. y C.B.A. Su objeto social es la prestación de servicios de gestión inmobiliaria, compraventa, promoción construcción etc. de inmuebles de todas las clases. Dicha mercantil adquirió por subasta celebrada el 28.06.99 la nave propiedad de “C.A.,

S.L” sita en... inscrita en el Registro de la Propiedad como finca nº..., en los autos de procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria seguido ante el Juzgado de 1ª instancia nº 8 de Vigo, promovido por la C.A.M. de Vigo./Vigesimoquinto.- Por acto conciliatorio celebrado el 19.11.98 ante el Juzgado de lo Social nº 4, las mercantiles “C.G., S.L”, “I., S.L”, ambas en situación de suspensión de pagos, y “C.A., S.L”, se comprometen solidariamente a abonar las cantidades que por salarios reclamaban los trabajadores a medio de demanda que dio lugar al procedimiento nº 625/98. Damos aquí por reproducido dicho documento./Vigesimosexto.- A medio de escritura de 24.08.98, en la que intervienen P.R.M. como administrador de “V., S.L” y A.G.M. como administradora única de “C.A., S.L”, la mercantil “V., S.L.” concede a la otra mencionada un préstamo por importe de 125.000.000 pts., como garantía de la préstamo se constituye una hipoteca sobre la finca nº... propiedad de “C.A., S.L”, finca que ya se encontraba gravada con otra hipoteca a favor de la C.A.M. de Vigo./Vigesimoséptimo.- El Sr. I.B. y el Sr. A., Jefe de producción de “C.T., S.A.” se llevaron de las instalaciones de la empresa envoltorios, moldes, fórmulas etc.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por los actores, debo declarar y declaro improcedente el despido de que fueron objeto los mismos con fecha 09.12.99 por parte de la empresa “I., S.L”, “C.G., S.L” y “C.A., S.L” a las que condeno solidariamente a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opten entre la readmisión de los trabajadores o abonarles las siguientes indemnizaciones: doña E.P.D. 9.072.000 pts., don M.B.R. 5.3.75.478 pts., don A.L.A. 7.754.844 pts., doña M.G.R. 9.072.000 pts., doña E.L.C. 7.775.261 pts., doña R.L.C. 7.774.410 pts., don J.J.R.N. 426.637 pts., doña T.R.R. 6.065.374 pts., doña M.P.P. 7.098.374 pts., doña C.P.D. 8.190.000 pts., don M.P.V. 4.143.760 pts., don G.P.C. 11.643.695 pts., don J.M.R. 9.954.000 pts., don X.M.O. 2.287.505 pts., don J.L.L.A. 10.086.164 pts., doña A.G.P. 3.617.569 pts., don E.F.L. 10.710.000 pts., doña M.C.G. 4.463.100 pts., doña M.C.L. 1.835.260 pts., don A.A.G. 5.551.496 pts., doña A.R.R. 261.912 pts., don L.S.M. 276.732 pts., don C.E.R. 197.470 pts., doña L.O.M. 661.414 pts., don M.S.S. 2.586.280, don J.R.A. 9.248.055 pts., don F.R.R. 16.790.760 pts., don F.M.R. 9.577.825 pts., don J.M.L.D. 11.088.000 pts., don J.G.F. 5.225.733 pts., doña C.F.F. 7.387.348 pts., doña O.L.C.M. 10.206.000 pts. y doña A.Á.O. 12.165.908 pts., así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia,

advirtiendo a las citadas empresas que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión; absolviendo de las pretensiones en su contra deducidas a los restantes demandados; todo ello con intervención del Fondo de Garantía Salarial.”

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.- Los trabajadores demandantes recurren la sentencia de instancia, que declaró improcedentes sus despidos aunque condenó a sólo tres (“I., S.L.”, “C.G., S.L.”, “C.A., S.L.”) de los codemandados, y solicitan con amparo procesal correcto revisar los hechos probados y examinar el derecho que contiene aquella resolución.

SEGUNDO.- Con carácter previo al estudio y decisión de las revisiones fácticas sugeridas por los actores recurrentes, aceptamos los documentos que adjuntan a la suplicación (informes de los síndicos de la quiebra de “C.A., S.L.”) por contar con los requisitos del artículo 506 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), al que remite el artículo 231 de la Ley de procedimiento laboral (LPL), sin perjuicio de las excepciones que indicaremos. En este ámbito histórico, proponen: A) Completar el apartado 7º (“C.G., S.L.” se constituyó en el año 1992 por J.A.R. y su esposa C.R.G. y sus hijos M.J.A.R. y A.A.R.; siendo su objeto social la comercialización al mayor y detalle de productos alimenticios de todas clases. En el año 1997 se acepta la renuncia de los administradores solidarios J.A.R., C.R.G. y A.A.R., nombrándose administrador único a M.B.R., el cual confirió poder a favor de A.I.B. en el año 1998”) con: “C.G., S.L., se constituyó el 27.01.92”, “la renuncia de los administradores solidarios se produjo el 20.08.98 y “el poder a favor de A.I.B. se produce en el mes de septiembre de 1998”; se basa en los folios 365, 366 y 1.237. La pretensión se acepta: a) La fecha de constitución de “C.G., S.L.” se consigna en la respectiva escritura notarial (f. 366 y siguientes). b) La renuncia de sus administradores se deduce de la certificación registral (f. 365 vuelto), sobre inscripción de la renuncia de uno de ellos, y del informe de los interventores de la suspensión de pagos de “I., S.L.” (f. 1.231 y siguientes). c) El apoderamiento señalado se inscribió en el registro en septiembre de 1998 (día 7), tras conferirse por escritura notarial de 20.08.98 (f. 365 vuelto).

B) Completar el apartado 12º (“L.B. 6000, S.L.” comenzó sus operaciones el 29.01.98, siendo su objeto social el negocio y promoción inmobiliaria, siendo constituida por los cónyuges L.M.T.G. y P.M.L. En marzo/98 se nombra

administradora única a A.G.M.”) con: “A fecha 28.03.00 los socios partícipes eran don F.J.R.M.R., don A.R.M.R. y O.F.L.”; se basa en el folio 1.736. La pretensión se acepta, porque resulta de la certificación que invocan y que la empresa señalada emitió.

C) Completar el apartado 13º (“V., S.L.” comenzó sus operaciones el 13.07.88, siendo su objeto social la tenencia, adquisición, venta, administración, arrendamiento y explotación de bienes inmuebles, urbanos o fabriles, solares, pisos, locales, apartamentos y derechos sobre los mismos. Se constituyó por don J.V.M., C.L.J. y C.M.S. Tras varias ampliaciones de capital, se nombra por Junta General de 17.12.96 administradores solidarios a A. y P.R.M.R. Por Junta general de 29.07.99 se nombra administradora única a T.G.B.”) con: “A fecha 27.03.00 los socios de “V., S.L.”, eran doña R.R.M.R., don J.M.R.M.R., don A.R.M.R., “W., S.L.”, “T.A.B.V.” e “H., S.A.”; se basa en el folio 1.738. La pretensión se acepta porque, al igual que en el apartado anterior, aparece en la certificación que alegan y que la empresa referida expidió.

D) Completar el apartado 16º (“El objeto social de “P.A., S.L.” es el de la construcción, promoción, explotación, compra-venta, permuta y mediación de toda clase de bienes inmuebles y la contratación de todo tipo de servicios relacionados con ellos, entendiéndose con ello el tráfico inmobiliario en su más amplio sentido. Fue constituida por L.B.P. en su propio nombre y en el de la sociedad “T.S.U., S.L.” de la que es administradora. Con fecha 06.10.98 se nombra administrador único a J.F.D.”) con: - “La constitución del Grupo “F.R., S.L.” y de P.A., S.L.”, se realiza el mismo día (03.09.98), con el mismo domicilio social, en..., Barcelona; y se traslada en ambos casos en octubre de 1998 a C/..., Barcelona”; se basa en los folios 748 y siguientes y 768 y siguientes. - “La sociedad dominante “T.S.U., S.L.” es propietaria del 99,8% de las participaciones de “P.L.10, S.L.”, ambas con domicilio en... Barcelona, siendo el Administrador don Z.P.J.”; se basa en los folios 953 a 961. La pretensión se acepta en los siguientes términos: a) De una parte, la fecha de constitución y los domicilios sociales de “G.F.R., S.L.” y de “P.A., S.L.”, resultan de las certificaciones registrales que invocan; la única salvedad, no relevante, consiste en especificar, según los mismos documentos, que el domicilio en... lo fue en el despacho nº... de los números... b) De otro lado y según algunos de los informes comerciales que alegan, “T.S.U., S.L.” es titular de “P.L.10, S.L.” en la medida indicada, su domicilio social es el citado de..., aunque sus administradores son las Sras. B.Q. y P.B. (ff. 954, 958, 960); por su parte, “P.L.10, S.L.” aparece domiciliada en c/... Barcelona y sus

administradores son el aludido señores P.J. y K.O.C. (ff. 953, 954).

E) Completar el apartado 17º (“C.T., S.A.”, pasó a denominarse “F. y D.C., S.A.” por acuerdo de Junta General Extraordinaria Universal de 02.11.95, habiendo comenzado sus operaciones el 11.01.64, constando como apoderado de la misma, entre otros el Sr. U.L.”) con: “En fecha 24.02.00, fue nombrada Administradora Única a doña N.G.”; se basa en el folio 984. La pretensión se acepta, porque resulta de la certificación registral que invocan (específicamente, ff. 1.008 y 1.009), donde igualmente constan las fechas de escritura notarial (28.02.00) y de inscripción en el registro (24.03.00) de dicho nombramiento.

F) Completar el apartado 18º (“E.T., S.A.” fue constituida en el año 1.997 por A. y E.B.R., E.P.S. y R.C.M., siendo su objeto social la promoción, construcción y demás operaciones relacionadas con inmuebles acogidos a la legislación especial sobre viviendas de protección oficial; pasando con posterioridad a estar constituido por la realización de cuantas actividades tiendan a la promoción y edificación de inmuebles. Siendo administradora única T.G.B., la totalidad de las acciones fueron adquiridas por la mercantil Proyectos “S. 3000, S.L.”, siendo nombrada administradora única la Sra. N.G.”) con: “La unipersonalidad de la sociedad, se inscribió por la Sra. T.G.B. el 29.12.98 y el nombramiento de la Sra. N.G. se acordó en Junta de fecha 17.02.00”; se basa en los folios 913 y 918. La pretensión se acepta: a) La unipersonalidad de la empresa, la persona inscribiente y la fecha de la solicitud de inscripción en el registro aparecen en las certificaciones registrales que alegan (ff. 912, 913). b) El nombramiento de administradora resulta de la certificación de igual clase que invocan (f. 918), donde igualmente constan las fechas de escritura notarial (28.02.00) y de inscripción en el registro (24.03.00) de dicho nombramiento.

G) Completar el apartado 19º (“A medio de escritura de 20.08.98 J.A.R., C.R.G. y M.J.A.R., únicos socios de “C.G., S.L.” e “I., S.L.” nombran administrador único de las referidas mercantiles al Sr. B.R., el cual cesa en dicho cargo con respecto a “I., S.L.”, y a medio de escritura de 19.10.98, según lo acordado en Junta General se nombra administrador único al Sr. F.D. A medio de escritura de fecha 20.08.98 J.A.R. y C.R.G., únicos socios de “C.A., S.L.” nombran administradora única a A.G.M. A medio de escritura de 20.08.98 los socios de “I., S.L.” y “C.G., S.L.” venden a M.B.R. la participación nº 1 por el precio de una peseta, siendo transmitidas las restantes participaciones a la entidad “B.P.L.”, representada por el Sr. B.R. A medio de escritura de dicha fecha los socios de “C.A., S.L.” venden a A.G.M. la participación nº 1 por el precio de

2.339 ptas., y el resto de las participaciones a la mercantil “L.B. 6000, S.L.” representada por la referida Sra. G.M. A medio de escritura de la misma fecha el Sr. B.R. como administrador único de “I., S.L.” y “C.G., S.L.” confiere poder amplio a favor de A.I.B.”) con: “El precio de las acciones de “I., S.L.” y de “C.G., S.L.” se fijó en 1 pesetas”; se basa en los folios 788, 795, 1.331 y 1.332 a 1.340. - “L.B. 6000, S.L.” se constituyó el 29.01.98 con 500.000 ptas.; amplió capital social el 02.09.99 a 30 millones de pesetas que fueron suscritas en su totalidad por “O.F.L.”; de tal última sociedad domiciliada en Belice era Administrador E.C.A. “O.F.L.” representada por el Sr. C. es hasta el 20.04.98 Administradora única de “I.V.C., S.L.”, siendo el Administrador desde tal fecha “B.P.L.”, representada por don M.B.R., siendo accionista nueva “R., S.A.”; se basa en los folios 610 y siguientes, 817 a 828 y 1.110 a 1.122. La pretensión se acepta en los siguientes términos: a) Respecto del precio de las acciones de “I., S.L.” y “C.G., S.L.”, según las escrituras notariales de 19.10.98 que alegan (ff. 788, 795, 1.231 vuelto y 1.335) “B.P.L.” vendió a “P.A., S.L.” sus participaciones en “I., S.L.” (49) y “C.G., S.L.” (2.999) por 49 pesetas y por 2.999 pesetas, respectivamente. b) La fecha de constitución y el capital originario de “L.B. 6000, S.L.” aparecen en la certificación registral que alegan (f. 610); la fecha y cuantía de la ampliación de aquel capital y su suscripción por “O.F.L.”, resultan de la certificación registral que invocan (f. 612). c) No consta el alegado domicilio social de esta última empresa, pero sí, según los informes comerciales que invocan (ff. 818, 820, 822), la persona de su representante y administrador, también las administradoras – “O.F.L.” y “B.P.L.”, representada por la persona señalada- en las fechas indicadas de “I.V.C., S.L.”, así como la nueva accionista.

H) Completar el apartado 21º (“A medio de escritura pública de 17.08.99 J.F.D., como administrador único de “C.G., S.L.” cede los créditos que ostenta frente a clientes por valor de 64.425.852 pts a la mercantil “E.T., S.A.” unipersonal representada por T.G.B., y ello por haber avalado diversos pagarés que debían haber sido hechos efectivos por “E.T.” a la sociedad “S.N.L.” Se da por reproducido aquí el contenido de dicha escritura, en donde se hace constar que “C.G., S.L.” avaló los pagarés por las buenas relaciones existentes entre los socios y acciones de ambas sociedades”) con: “No se exhiben ni el nombramiento como administrador del Sr. F.D., ni los pagarés, ni ningún documento relativo a los mismos, supuestamente librados por “E.T., S.A.”, ni se señala fecha en que supuestamente se avalaron por “C.G., S.L.” En tal operación de cesión de créditos no intervienen los Interventores de la Suspensión de Pagos, a pesar de la declaración de tal estado de dicha empresa por el

Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Vigo, inscrita en el Registro el 09.09.98"; se basa en los folios 365 y 920 a 931. La pretensión se acepta, porque aparece en la certificación registral (f. 365 vuelto) y en la escritura notarial (ff. 920 a 931) que alegan.

I) Completar el apartado 22º ("En escritura de fecha 20.08.98 el Sr. A.R., propietario de la marca de chocolates 'S.', a dicha fecha con inscripción caducada en el registro, se compromete a vender dicha marca a la mercantil "L.B. 6000, S.L.", una vez se consiga la inscripción de la misma. El precio fijado es de 35.000.000 ptas. Dicha venta se documenta a medio de escritura de 16.06.99. La actual propietaria de dichas marcas es la mercantil "B.H.I.", domiciliada en Belice. En la actualidad los chocolates con dichas marcas son fabricados por "F. y D.C., S.A." -antes "C.T."- y comercializados por "C.L., S.L." con domicilio ambos en..., Palencia") con: "De las marcas comerciales "L.P.", "V."... se solicitó la transferencia el 03.02.99 por "N., S.L.", y el 25.05.99 por "B.H.I.", domiciliada en Belice, a pesar de que "C.A., S.L." había sido declarada en quiebra por Auto de 13.01.99 y retroacción a 01.01.98"; se basa en los folios 1.251 a 1.254. La pretensión se acepta, porque resulta de los documentos que invocan, excepto las fechas de declaración y retroacción de la quiebra de "C.A., S.L.", pues conforman un dato objetivo anterior a la presentación de la demanda (13.01.00) que, además de contar con prueba autónoma e inequívoca (resolución judicial), es incompatible con su pretendida acreditación mediante un documento posterior a aquella demanda, cual disponen los artículos 231 LPL y 506 LEC.

J) Completar el apartado 26º ("A medio de escritura de 24.08.98 en la que intervienen P.R.M. como administrador de "V., S.L." y A.G.M. como administradora única de "C.A., S.L.", la mercantil "V." concede a la otra mencionada un préstamo por importe de 125.000.000 ptas. Como garantía del préstamo se constituye una hipoteca sobre la finca nº... propiedad de "C.A., S.L.", finca que ya se encontraba gravada con otra hipoteca a favor de la "C.A.V.") con: "El importe de 125 millones de pesetas no consta ingresado en las cuentas de "C.A., S.L.;" se basa en los folios 1.231 a 1.236. La pretensión no se acepta, porque el informe de los interventores de la suspensión de pagos de "I., S.L." que alegan no la acredita de forma objetiva, si no que simplemente la recoge como manifestación de la persona que señala.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncian la infracción de los artículos 1 y/o 44 del Estatuto de los trabajadores (ET), la jurisprudencia y la doctrina de suplicación que citan, pues el grupo de empresas inicial estaba formado por sociedades y personas físicas, en cuanto éstas ponían a disposición de la actividad bienes

privativos y recibían directamente el beneficio de su trabajo; a través de diversas operaciones ilícitas y fraudulentas, tales sociedades fueron adquiridas por el grupo empresarial R.M., de idéntico objeto social al de aquéllas, cuya responsabilidad solidaria junto a todas las precedentes ha de declararse.

CUARTO.- Los principios jurisprudenciales que son de aplicación a las cuestiones planteadas, se pueden resumir en los siguientes: 1) La responsabilidad de los administradores que se funda en la omisión de los deberes societarios impuestos en los artículos 133.1 y 262.5 del Real Decreto Legislativo 1.564/89 de 22-12 (Texto refundido de la ley de sociedades anónimas) no es exigible en el orden social de la jurisdicción aunque sí cuando se trata del supuesto previsto en la disposición transitoria tercera del RDL 1.564/89 (ss. 28-2, 28-10, 31.12.97; 13-4, 21.07.98; 09.11.99), doctrina aplicable también a los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada por imperativo del artículo 69.1 de la Ley 2/95 de 23-3 (Sociedades de responsabilidad limitada). 2) El grupo empresarial no concurre por el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo 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, como son: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo. c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales. d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (ss. 8-10, 07.12.87; 12.07.88; 01.07.89; 30-1, 9-5, 19.11.90; 30.06.93).

QUINTO.- La aplicación de la doctrina reseñada al presente caso lleva a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- La pretendida responsabilidad de las personas físicas codemandadas no es atendible, porque los recurrentes no la sustentan en una conducta omisiva sobre la adaptación a la ley de las escrituras o estatutos sociales (disposición transitoria segunda de la Ley 2/95), sino en base a los perjuicios que dicen ocasionados y este supuesto de imputación es el previsto expresamente por el artículo 133.1 RDL 1.564/89, según el cual "los administradores responderán solidariamente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo". 2ª.- Tampoco apreciamos la existencia del

alegado grupo empresarial porque, no sólo se constata la inexistencia de prueba acerca de los factores adicionales pero esenciales que identifican esa figura si no que, además, los trabajadores recurrentes desempeñaron su prestación laboral de manera continuada y exclusiva para las mismas sociedades, las originarias y condenadas por la resolución impugnada ("I., S.L.", "C.G., S.L." y "C.A., S.L."), que sí constituyeron desde siempre una unidad de empresas, en principio de naturaleza familiar, porque obedecían a órdenes unitarias de dirección, administración y representación con el fin de obtener una respuesta adecuada a su común objeto social productivo (sector del chocolate), en cuyo desarrollo cada una era responsable de un aspecto determinado (fabricación, comercialización, titularidad de instalaciones o de marcas fabricadas y producidas). La adquisición de tales sociedades por otras empresas, o la administración de aquéllas por personas encargadas de gestionar o administrar algunas de estas últimas, no desvirtúa nuestra conclusión si tenemos en cuenta: a) La indiscutida personalidad jurídica propia de las sociedades adquirentes y adquiridas, con el consiguiente ámbito de responsabilidad propio de cada una de ellas. b) La disparidad de su objeto social -sector inmobiliario-. c) La dirección unitaria de varias entidades empresariales -a los efectos discutidos, ahora no demostrada- es dato determinante de la existencia del grupo, pero no es bastante para extender a todas ellas la responsabilidad exigida por los recurrentes. d) Carece de sentido la presencia en el proceso de algunas las sociedades codemandadas -p. ej. "P.C., S.A.", "S.C.I.V., S.L."; hechos probados 23º y 24º-. e) El fraude denunciado, relativo a un plan preconcebido dirigido a la ilícita adquisición del grupo familiar de empresas sin asumir la plantilla de trabajadores mediante la creación de sociedades interpuestas, no se presume si no que ha de acreditarse cumplidamente por quien lo alega mediante las pruebas oportunas, sin que sean suficientes a tal fin las revisiones fácticas admitidas en los apartados G.a) y H) de nuestro fundamento de derecho segundo. 3ª.- Lo que dejamos consignado nos parece suficiente para entender que los términos del último párrafo del recurso, conforme a los cuales (adoptar otra decisión a la solicitada) "sería tanto como asumir que el poder judicial no puede cumplir el mandato del art. 24 C.E. frente a los poderes económicos fácticos", son gratuitos, improcedentes e inadecuados a la defensa de los intereses encomendados por quien los suscribe. Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de doña E.P.D., don M.B.R., don A.L.A., doña M.G.R., doña E.L.C., doña R.L.C., don J.J.R.N., doña

T.R.R., doña M.P.P., doña C.P.D., don M.P.V., don G.P.C., don J.M.R., don X.M.O., don J.L.L.A., doña A.G.P., doña E.F.L., doña M.C.G., doña M.C.L., don A.A.G., doña A.R.R., doña L.S.M., doña C.E.R., doña L.O.M., don M.S.S., don J.R.A., don F.R.R., don F.M.R., don J.M.L.D., don J.G.F., doña C.F.F., doña O.L.C.M. y doña A.A.O. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo, de 18 de abril de 2000 en autos nº 16/2000, que confirmamos.

3063 RECURSO N° 4.034/00

S. S.

INADECUACIÓN DE PROCEDIMENTO. A MODALIDADE DE CONFLICTO COLECTIVO NON É A ADECUADA CANDO IMPUGNA A DESIGNACIÓN DE MEMBROS DO COMITÉ DE SEGURIDADE E SAÚDE. A CONTROVERSIA NON AFECTA Ó INTERESE XERAL DOS TRABALLADORES, SENÓN Ó PARTICULAR DUNHA ORGANIZACIÓN SINDICAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a dieciséis de noviembre 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 4.034/00 interpuesto por UNIÓN SINDICAL OBRERA DE GALICIA (USO) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ferrol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 49/00 se presentó demanda por UNIÓN SINDICAL OBRERA DE GALICIA (USO) en reclamación de conflicto colectivo siendo demandado el CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA (CC.OO), UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.), SINDICATO CSI-CISF, SINDICATO CONFEDERACIÓN ESTATAL DE SINDICATOS MÉDICOS (CESM), SINDICATO SATSE, JUNTA DE PERSONAL DEL SERGAS DEL AREA DE SALUD DE FERROL Y SERGAS, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 11 de febrero de 2000 por el juzgado de referencia que estima excepción,

inadecuación procedimiento y falta de acción la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- En fecha 5 de mayo de 1999 se celebró una reunión de la Junta de Personal del área de salud del SERGAS en Ferrol en donde se discutió sobre el comité de salud laboral en el que se acuerda retomar el tema y “se apunta fecha posible el 19 de mayo día de MP incluyendo en el orden del día elección del comité de salud laboral quedando aceptado. Que el 18.05.99, fue convocada la delegada del sindicato USO, doña D.A.L. para la reunión del día 19 de mayo de 1999 a las 10,00 en la que se establecía como orden del día el siguiente: Lectura y aprobación de las actas anteriores; Elección del comité de salud laboral y varios.- 2º) El día 19.05.99 la delegada de USO se personó a la reunión a la hora de su inicio si bien alegando razones personales la abandonó. Dicha reunión se celebró con el contenido que figura en el acta levantada al efecto y que se da aquí por reproducida por obrar unida a los autos.- 3º) En fecha 2 de junio de 1999 se celebra nueva reunión del pleno de la junta de personal de las áreas de salud de Ferrol cuyo primer punto del orden del día es lectura y posibilidad de anulación total o parcial del acta anterior votándose y resultando 13 votos a favor de la vigencia del acta de 19.05.99, 0 en contra y 2 abstenciones. Que asimismo el segundo punto del orden del día fue el de elección de delegados del comité de salud laboral proponiéndose por USO una propuesta que se recoge literalmente en el acta como Anexo 1 y que es votada con el resultado de 2 votos a favor, 11 en contra y 3 abstenciones. Que la propuesta del día 19 de mayo de 1999 mantenida por el presidente de la junta también es sometida a votación con el resultado de 14 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones.- 4º) Que conforme al resultado de la votación de la elección de delegados de prevención se nombraron 5 delegados, uno por cada uno de los siguientes Sindicatos: CIG, CSIF, UGT, CC.OO. Y CENSATSE y otro más suplente por cada uno de los expresados sindicatos.- 5º) En las elecciones a representantes de la junta de personal del área de salud del Sergas de Ferrol celebradas el 23.03.99 los resultados fueron los siguientes:

SINDICATO	VOTOS	DEL.	%
CIG	219	6	25,40%
UGT	152	4	17,63%
CEMSATSE	139	4	16,12%
CSI-CSIF	132	3	15,31%
USO	94	2	10,90%
CC.OO	92	2	10,67%

SAE	34	0	3,94%
-----	----	---	-------

6º) En fecha 28 de enero de 2000 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 excepción de INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO Y FALTA DE ACCIÓN debo ABSOLVER Y ABSUELVO EN LA INSTANCIA a todos los codemandados de todas las pretensiones de la parte actora”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El sindicato Unión Sindical Obrera (USO) planteó demanda de conflicto colectivo contra los Sindicatos CIG, CC.OO., UGT, CSIF, CEMSATSE, Junta de Personal del SERGAS del área de salud de Ferrol y contra el propio Servicio Galego de Saude (SERGAS), cuyo suplico contiene estas dos peticiones: 1º) Que se declare que el acuerdo alcanzado en la mesa permanente de la junta de personal del área de salud laboral de fecha 19.05.99, es nulo por no ser la mesa permanente órgano competente para la toma de tal decisión sino el pleno de la junta de personal del área de salud, y por no respetar el sistema de proporcionalidad de conformidad con los resultados de las últimas elecciones, condenándose a los demandados a estar por tal declaración; y 2º) Que se les condene a convocar el pleno de la referida junta de personal al objeto de designar a los delegados de prevención del referido comité de salud laboral, el cual habrá de estar compuesto con un delegado de la Unión Sindical Obrera. La sentencia de instancia acogió las excepciones de inadecuación de procedimiento y de falta de acción, y sin entrar a examinar las cuestiones de fondo planteadas en la demanda, absolvio a todos los codemandados. Esta decisión es recurrida por el sindicato demandante a través de tres motivos de suplicación dedicados todos a censura jurídica, haciéndose innecesario el examen de los mismos en el caso de que la sala acepte el criterio de la juzgadora de instancia sobre la inadecuación de procedimiento. Excepción ésta que puede ser apreciada de oficio -aunque no se haya alegado por ninguna de las partes del proceso- lo que no sucede en el caso enjuiciado, dada la naturaleza de derecho necesario absoluto de las normas rectoras del proceso y atendido el principio de legalidad que lo preside (artículo 9.3 de la Constitución).

SEGUNDO.- Así pues, la sala debe examinar la adecuación del procedimiento de Conflicto Colectivo a las pretensiones anteriormente

mencionadas, que se ejercitan en la demanda. A tal fin, conviene señalar que el artículo 15.1. de la Ley de Procedimiento Laboral delimita el objeto del proceso de conflicto colectivo al disponer que se tramitaran a través de ésta modalidad procesal “las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión ó práctica de empresa”. En relación con la cuestión que se examina, debe recordarse la doctrina jurisprudencial que distingue y señala la separación entre el conflicto colectivo y el individual y plural. Así, la STS de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, Ar. 4.274) y las que en ella se citan (SSTS de 25-junio-1992, Ar. 4.672, 22-marzo-1995, Ar. 2.178; 27-mayo-1996, Ar. 4.679 y 7.mayo-1997, Ar. 4.226); el Tribunal Supremo (Sala IV) interpretando el art. 151.1 de la LPL señala que la trascendencia colectiva del proceso viene dada por dos elementos: 1) “el subjetivo, vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores, entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; 2).- El elemento objetivo, que consiste en la presencia de un interés general que es el que actúa a través del conflicto, y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros”. Cabe señalar también, que el contenido de la pretensión, como resulta de los propios términos del artículo 151.1 de la LPL, es propio del conflicto jurídico, no de intereses, en cuanto ha de versar sobre la aplicación o interpretación de una norma (estatal, paccionada, o decisión o práctica de empresa), y las sentencias que ponen fin a estos procesos son generalmente declarativas, no condenatorias. Aplicando la doctrina jurisprudencial que se deja expuesta al caso que nos ocupa, parece claro que la modalidad procesal del conflicto colectivo no es la adecuada para ventilar las cuestiones planteadas en la demanda; porque resulta evidente que las pretensiones que se ejercitan no tienen el carácter declarativo general propio de las cuestiones a dilucidar por vía de conflicto colectivo, ni versan sobre la aplicación o interpretación de una norma (estatal o paccionada), no dándose tampoco una situación de enfrentamiento entre el empleador (SERGAS) y la totalidad o una parte estructurada de los trabajadores respecto de un interés directo controvertido, sino que, lo que aquí se cuestiona es la validez de los acuerdos alcanzados en la mesa permanente de la junta de personal del área de salud del personal del SERGAS de Ferrol, planteándose por esta vía un interés propio y

particular del Sindicato reclamante que no afecta a una pluralidad de trabajadores, ni tiene un interés general, peticionándose la nulidad de los acuerdos y que entre los delegados de prevención figure uno del sindicato USO y, por lo tanto, se trata de una acción de condena que incide sobre los intereses particulares de un sindicato concreto y determinado. Y así, en el suplico de la demanda se señala expresamente que se condene a los demandados a estar y pasar por esa declaración de nulidad de los acuerdos de la mesa, y que se les condene igualmente a que entre los delegados de prevención del comité de salud laboral figure un miembro de USO; y una sentencia condenatoria en los términos solicitados, resulta de todo punto inadmisible en esta modalidad procesal, dado que las sentencias han de ser meramente declarativas, ya que las acciones de condena están prohibidas, en este proceso especial. En definitiva, la sala estima que en el presente caso no se aprecia una afectación de un interés general correspondiente a un hipotético grupo de trabajadores, sino que se trata de intereses que tienen un claro matiz particular, y que tampoco ha surgido discrepancia alguna sobre la interpretación o aplicación de ninguna norma estatal o convencional; por lo que la sentencia de instancia apreció correctamente la excepción de inadecuación de procedimiento, por ello, y sin necesidad de examinar los motivos de recurso, procede la desestimación del mismo, y la confirmación de la sentencia recurrida, declarándose que la vía para plantear las pretensiones deducidas en la demanda, no es la de conflicto colectivo.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la UNIÓN SINDICAL OBRERA DE GALICIA (USO) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. DOS de FERROL, en fecha 11 de febrero de 2000, autos nº 49/00, debemos confirmar y confirmamos el fallo que se combate.

3064 RECURSO N° 4.398/00

S. S.

CONFLICTO COLECTIVO. CONTRATACIÓN DE EVENTUAIS NUNS NIVEIS SUPERIORES ÓS ADMITIDOS POLO CONVENIO DE APLICACIÓN, EN DETRIMENTO DO RECURSO Á MODALIDADE DE FIXO-DESCONTINUO.

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

A Coruña, a dieciséis de noviembre 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. 4.398/00, interpuerto por la empresa “H.C.A., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Lugo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO, siendo demandada la empresa “H.C.A., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 506/00 sentencia con fecha 21 de julio de 2000, por el juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- Que por medio de demanda de fecha 7 de julio de 2000, el Sindicato Nacional de Comisiones Obreras (CC.OO) de Galicia promovió ante los Juzgados de lo Social de Lugo, Conflicto Colectivo sobre interpretación del art. 7 del Convenio Colectivo Nacional de empresas de conservas de marisco y pescado, publicado en el B.O.E. el 25.02.98, contra la empresa “H.C.A., S.A.”- **SEGUNDO.**- El Conflicto Colectivo afecta a todos los trabajadores contratados eventualmente bien a través de empresas de trabajo temporal o bien directamente.-

TERCERO.- La empresa “H.C.A., S.A.”, se dedica principalmente a las conservas de atún, durante la campaña que dura entre 6 y 9 meses.-

CUARTO.- La empresa “H.C.A., S.A.”, dispone en la actualidad de una planta de fabricación de conservas en Celeiro, Viveiro, Lugo, con una plantilla de trabajadores fijos, en torno a las 35 personas.-

En concreto en el año 1997	35,25 personas
En el año 1998	32,83 personas
En el año 1999	31,25 personas
En el año 2000	32,83 personas

En cuanto al personal eventual que ha prestado servicios en el centro de trabajo en... (Lugo), en la empresa “H.C.A., S.A.”, durante los períodos del 07.08.99 al 31.12.99 y del 01.01.00 al 30.06.00 ha sido la siguiente:

Año 1999:

26 personas	25 personal	26 días de alta. Agosto
	1 personal	23 días de alta.
27 personas	26 personal	30 días alta.
Septiembre		
	1 personal	25 días de alta.
41 personas	13 personal	31 días de alta.
Octubre		
	14 personal	19 días de alta.
	14 personal	10 días de alta
30 personas	17 personal	30 días de alta.
Noviembre		
	9 personal	29 días alta.
	1 personal	14 días alta
	3 personal	7 días alta.
25 personas		14 días alta. Diciembre

Año 2000:

18 personas		14 días de alta. Enero
18 personas	17 personal	29 días de alta.
Febrero		
	1 personal	20 días de alta
17 personas		31 días de alta. Marzo
17 personas		30 días de alta. Abril
31 personas	5 personal	31 días de alta. Mayo
	1 personal	24 días de alta.
	1 personal	22 días de alta.
	14 personal	17 días de alta.
10 personal		14 días de alta.
31 personas	14 personal	30 días de alta. Junio
	3 personal	26 días de alta
	9 personal	12 días de alta
	5	4 días de alta.

QUINTO.- Los planes de producción previsto para el año 1997, correspondientes al centro de trabajo de los “H.C.A., S.A.” en ... (Lugo) son:
 1.200.000 Kilos de bonito fresco (albacora)
 500.000 kilos de atún yellowfin
 1.700.000 kilos en total.

En 1998

1.400.000 kilos de bonito fresco
800.000 kilos de atún yellowfin
2.200.000 kilos total

En 1999

1.700.000 kilos de bonito fresco
1.000.000 kilos de atún yellowfin
2.700.000 kilos en total.

En 2000

1.700.000 kilos de bonito fresco
1.300.000 kilos de atún yellowfin
3.000.000 kilos en total.

La producción real efectuada en los años 1997, 1998, 1999 y 2000 (primer semestre) consta en los folios 14, 15, 16 y 17 de la prueba aportada

por la parte demandada y que damos aquí por reproducida.

SEXTO.- Durante los años 1997 a 1999 se han producido pedidos excepcionales:

1997

Mercado Nacional	50.000 cajas de túnidos
Mercado Extranjero	27.000 cajas de túnidos

1998

Mercado Nacional	61.000 cajas de túnidos
Mercados extranjero	30.000 cajas de túnidos

1999

Mercado Nacional	85.000 cajas de túnidos
Mercado Extranjero	62.000 cajas de túnidos.

SÉPTIMO.- La empresa durante los 1997, 1998, 1999 y 2000 no ha contratado fijos ni fijos discontinuos.- **OCTAVO.-** La parte actora en fecha 24.05.00 presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto de conciliación el día 5 de junio de 2000, resultando sin avenencia.- **NOVENO.-** En fecha 20.06.00 las trabajadoras del centro de trabajo de la empresa “H.C.A., S.A.” firman un escrito en el que hacen constar que el Conflicto Colectivo a sido presentado sin su conocimiento y muestran su total disconformidad con el planteamiento del mismo”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: “Que estimando la demanda interpuesta por don J.L.P.C. en representación de Comisiones Obreras (CC.OO) contra la empresa “H.C.A., S.A.”, debo declarar y declaro que la práctica empresarial de contratación eventual o de personal temporal a través de empresas de trabajo temporal o directamente excede de las excepciones contempladas en el Convenio Colectivo, debiendo acudirse a la contratación de personal fijo discontinuo para realizar la actividad prevista, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando la demanda de Conflicto Colectivo, declaró que “la práctica empresarial de contratación eventual o de personal laboral a través de empresas de trabajo temporal o directamente, excede de las excepciones contempladas en el Convenio Colectivo, debiendo acudirse a la contratación de personal fijo discontinuo para realizar la actividad prevista, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración”; empresa que

recurre en denuncia de infracción, por interpretación errónea y aplicación indebida, del art. 7.3 del Convenio Colectivo Nacional para las empresas de Conservas de Mariscos y Pescados (B.O.E. de 25.02.98), toda vez que se ha utilizado el escaso personal eventualmente contratado ante la necesidad de superar los planes productivos como consecuencia de pedidos imprevistos y el lanzamiento de un nuevo producto, dándose así las circunstancias excepcionales previstas en el precepto invocado para la contratación eventual.

SEGUNDO.- El art. 7.3 del Convenio Colectivo citado marca, como objetivo a alcanzar, la estabilidad de las plantillas y diseña, como método de consecución, la excepcionalidad de la contratación eventual y externa, considerando las partes suscipientes que la elasticidad que proporciona el personal fijo discontinuo se adapta perfectamente a las necesidades de la industria conservera y que es por tanto precisa la incentivación de esta modalidad de contratación. Pues bien, si se parte, como presupuesto fáctico, de que la plantilla de personal fijo de la empresa “H.C.A., S.A.” es insuficiente para atender una producción que se incrementa cada año, pese a lo cual no aumenta la plantilla sino que incluso disminuye, y no se acude a la contratación de fijos discontinuos (ninguno en los cuatro últimos años), sino a la de eventuales (148 en 1999 y 132 en el 2000), ha de concluirse en que el juez “a quo” interpretó correctamente el precepto citado como infringido, si que obste a ello el número de pedidos excepcionales referenciados en el ordinal sexto del relato histórico, pues la norma se refiere a aquéllos no contemplados dentro de los planes de producción o que tengan que ser urgentemente atendidos, y la empresa, aún no existiendo pedidos excepcionales en el año 2000 (h.p.6º) contrató a 132 eventuales. Tampoco, en fin, es argumento relevante el referido al lanzamiento de un nuevo producto, que ni se prueba ni justifica la total exclusión de la contratación de fijos discontinuos, tenida en el convenio como la adecuada a las necesidades de la industria conservera y precisada de incentivación. En definitiva y por lo expuesto,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “H.C.A., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Vigo., de fecha 22 de abril de 2000, dictada en autos seguidos a instancia de SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO) frente a la recurrente, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

3065 RECURSO N° 4.557/00

S. S.

CONFLICTO COLECTIVO. LEXITIMACIÓN. DIFERENCIA ENTRE ÁMBITO DO CONVENIO E ÁMBITO DO CONFLICTO. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA CONVENCIONAL. CONCESIÓN DE PLUS DE TRANSPORTE A UN COLECTIVO DE TRABALLADORES, EN ATENCIÓN Ó SEU LUGAR DE RESIDENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a dieciséis de noviembre 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. 4.557/00, interpuesto por T.V.E., S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (U.G.T.) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO, siendo demandado TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., LA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.), COMISIONES OBRERAS (CC.OO.) y la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 504/00 sentencia con fecha 6 de julio de 2000, por el juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Hecho apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, han quedado demostrados como tales y así se declaran expresamente: **PRIMERO.**- En fecha no determinada, probablemente del año 1991, el Centro Territorial de "T.V.E., S.A." en Santiago de Compostela, radicado inicialmente en la Plaza del Obradoiro de esta ciudad, fue trasladado a una nueva sede sita fuera del casco urbano, concretamente en... -San Marcos.- **SEGUNDO.**- La dirección de "T.V.E., S.A." aprobó el 19 de abril de 1991 un acuerdo con el Comité de Empresa en cuya virtud no se habilitaría medio de transporte colectivo para el personal sino que se abonaría en nómina, en concepto de plus de transporte por día efectivamente trabajado, una

compensación económica en razón de los kilómetros en que se fijaba la distancia de ida y vuelta al centro de trabajo.- **TERCERO.**- Los trabajadores incluidos en el ámbito del Convenio Colectivo de la empresa demandada perciben en nómina dicho plus de transporte, con excepción de los trabajadores en prácticas y de los que proceden trasladados de otros centros de trabajo, a los que no se ha ofrecido la opción de elegir entre el uso de medio de transporte colectivo o el abono de dicho complemento.- **CUARTO.**- La empresa habilita un transporte no regulado, es decir, sin precisar ni predeterminar horarios ni recorridos del que, según certificado del servicio de administración y personal del Centro Territorial de "T.V.E., S.A." en Galicia de fecha 30 de junio de 2000, se benefician una trabajadora fija, una trabajadora contratada mediante contrato artístico y dos empleadas en prácticas.- **QUINTO.**- Intentado acto de conciliación en fecha 30 de mayo de 2000 ante el S.M.A.C. de la Xunta de Galicia, devino sin efecto".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando como estimo la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la UNION GENERAL DE TRABADORES (U.G.T.) contra TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A., la CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (C.I.G.), COMISIONES OBRERAS (CC.OO) y la CONFEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE GALICIA, debo declarar y declaro el derecho de los trabajadores que prestan sus servicios en el centro de trabajo sito en...-San Marcos- contratados en prácticas y trasladados de otros centros de trabajo a percibir el plus de transporte que percibe el resto del personal sometido al ámbito de aplicación el convenio colectivo de la empresa, condenando a ésta a estar y pasar por esta declaración a los efectos legales pertinentes".

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.- Disconforme la empresa demandada con que, en la sentencia de instancia, se declare el derecho de los trabajadores, que prestan sus servicios en su centro de trabajo, sito en... -San Marcos-, contratados en prácticas y trasladados de otros, a percibir el plus de transporte, que recibe el resto del personal sometido al ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de aquélla-, formula recurso de suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que se añada al final del hecho probado segundo de la resolución impugnada, "asimismo, en el XIII convenio colectivo de la

empresa, en el artículo 73, viene regulado el plus de transporte, que se reclama”; en segundo, por igual cauce que el anterior, dirigido a que los hechos probados tercero y cuarto de aquélla, se refundan en uno solo, que afirme que “la empresa no tiene un transporte regular de trabajadores, si bien, algunos trabajadores de los incluidos en el presente conflicto, utilizan para sus desplazamientos al centro de trabajo los vehículos de la empresa, constando la reclamación del plus por parte de un trabajador, a la dirección del personal en Madrid, sin que hasta el momento haya recibido respuesta alguna”; en tercero, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción de los artículos 152 y 8 del TRLPL, 67 de la LOPJ, y de la jurisprudencia, que interpreta estos preceptos y la inadecuación del procedimiento; y, en cuarto, por idéntico cauce que el anterior, denunciando infracción del artículo 73 del Convenio Colectivo de “Televisión Española, S.A.”.

SEGUNDO.- No son acogibles ninguna de las revisiones fácticas, que se interesan en los dos primeros motivos del recurso, ya que: a) la referente a que, en el XIII Convenio Colectivo de la Empresa, en el artículo 73, viene regulado el plus de transporte, que se reclama, al tener un matiz valorativo y al referirse a un punto, susceptible de ser analizado, a través del motivo de recurso, previsto en el apartado c) del artículo 191 del TRLPL, no es adecuado plantearla, por la del b) del mismo precepto, que tiene un objeto distinto, cual es revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; y b) la que se centra en refundir los hechos probados tercero y cuarto de la sentencia de instancia, en uno solo, aparte de ser intrascendente, se refiere, por una parte, a hacer constar un extremo -que la empresa no tiene un transporte regular de trabajadores-, que ya se recoge, incluso con mayor precisión, en aquéllos; y, por otra, a poner de relieve un dato -que se reclamó el plus de transporte, por parte de un trabajador, a la dirección de personal en Madrid, sin que hasta el momento haya recibido respuesta alguna-, que no aparece acreditado en su totalidad, dado que, con la prueba documental, que se cita en su apoyo, no consta que, hasta el momento, no recibiere respuesta.

TERCERO.- Sostiene la empresa demandada, en el tercer motivo del recurso, que la sección del sindicado accionante, que planteó el conflicto colectivo, no estaba legitimada para hacerlo, por cuanto el ámbito del mismo, al referirse a la interpretación de una norma de un conflicto colectivo de ámbito nacional -el artículo 73 del Convenio Colectivo de “Televisión Española, S.A.”-, sobrepasa el de la actuación de dicha sección; pero, por la sala no se estima que concurra el condicionamiento necesario, que se exige en los artículos 67.2 de la LOPJ, y 8, en

relación con el 2.b), del TRLPL, para que el presente proceso sobre conflicto colectivo deba ser conocido por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional -que se refiera a la impugnación de un convenio colectivo, cuyo ámbito territorial de aplicación sea superior al territorio de una Comunidad Autónoma-, dado que, si bien para su resolución es necesario tener en cuenta lo establecido en el artículo 73 de un Convenio Colectivo, como es el de “Televisión Española, S.A.”, que es de ámbito nacional, no se impugna dicho precepto, ni, de una u otra forma, se pretende obtener una interpretación general del mismo, aplicable en todo el territorio al que se abarca; sino que lo que se interesa es, a su vista, resolver el problema, que se plantea, respecto al pago del transporte de los trabajadores, contratados en prácticas, y trasladados de otros centros de trabajo, del concreto centro de... -San Marcos (Santiago), en el que concurren unas circunstancias -entre ellas, las que derivan de que, con motivo del traslado del mismo a ese lugar, desde su ubicación inicial en la Plaza del Obradoiro de aquella ciudad, se hubiere aprobado, en fecha 19 de abril de 1991, un acuerdo entre la dirección de “TVE, S.A.” y el comité de empresa, referido a que no se habilitaría medio de transporte colectivo para el personal, sino que se abonaría en nómina, en concepto de plus de transporte por día efectivamente trabajado, una compensación económica en razón de los kilómetros en que se fijaba la distancia de ida y vuelta al centro de trabajo; y de que, en el momento de presentarse el conflicto, no existiere un transporte colectivo regulado- que, en principio, son propias del centro, y que no tienen porque darse en otros.

CUARTO.- Fundamenta la empresa demandada el cuarto motivo del recurso, en que, en el artículo 73.2 del Convenio Colectivo de la misma, se excluye de su obligación de facilitar los medios de transporte adecuados para los desplazamientos desde la localidad en que el personal tenga fijada su residencia a las instalaciones situadas fuera del casco urbano, o, en caso contrario, de abonar, en concepto de transporte, la cantidad que se acuerde por la dirección y la representación de los trabajadores (punto 1); a todas aquellas personas que estén en el supuesto del artículo 86 de dicho convenio -es decir, a los trabajadores que no residan en uno de los términos municipales del área, determinada por TVE, S.A. para cada centro de trabajo, y que no hubieren sido autorizados a residir en lugar distinto cuando ello fuere compatible con el cumplimiento de los deberes profesionales-; pero, por la sala, tampoco puede compartirse lo que se interesa a través de este motivo, ya que, si bien es cierto que la empresa no está obligada, con carácter general a cumplir con lo establecido en el artículo 73.1 del Convenio Colectivo, con relación a los

trabajadores a que se refiere el artículo 86.g) del mismo, dado que, en el punto 2 del citado artículo 73, se dice expresamente, con remisión al citado artículo 86.g), que no se percibirá por ellos cuando concurra la excepcionalidad en él establecida; sin embargo, también lo es que no consta –nada se indica al efecto en la sentencia de instancia y nada se intentó sobre ello por la recurrente, en esta alzada, por la vía adecuada del apartado b) del artículo 191 del TRLPL-, acerca de que los trabajadores, a que se refiere el escrito inicial, no vengan residiendo en uno de los términos municipales del área, en su caso, determinada, por TVE, S.A. –se dice, en su caso, porque nada consta, asimismo, acerca de que el área hubiere sido determinada-; y que, con esta falta de datos, queda descartada toda posibilidad de estimar el motivo.

QUINTO.- Lo anterior lleva a la desestimación total del recurso, a la confirmación del fallo de la sentencia de instancia; a la imposición de las cotas de esta alzada a la demandada; y a la pérdida de los depósitos, que consignó para recurrir. Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por “Televisión Española, S.A.”, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de Santiago, en fecha 6 de julio de 2000; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma. Se imponen a la empresa demandada las costas del recurso, con inclusión de los honorarios del letrado impugnante, que se fijan en la suma de 50.000 pesetas; y se acuerda la pérdida de los depósitos, que consignó para recurrir, a los que se dará el destino legal.

**3066 RECURSO Nº:
03/0008414/2000**

S.C.A.

LIQUIDACIÓN POR COTAS DEBIDAS POR CORPORACIÓN LOCAL. PENDENCIA DUNHA RESOLUCIÓN XUDICIAL NA QUE SE DEDUCE A ADECUACIÓN A DEREITO DUNHA COMPENSACIÓN DE DÉBEDAS. NULIDADE DA LIQUIDACIÓN PRACTICADA. LITISPENDENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veintidós de noviembre 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 03/0008414/2000, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por Tesorería General de la Seguridad Social, representado y dirigido por el Letrado de la Seguridad Social, contra Sentencia de 06.06.00 estimando el recurso interpuesto contra resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de Lugo sobre reclamación de deuda 279901247959, Régimen General, concepto descubierto, recaída en el procedimiento nº 521/1999, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Lugo. 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 Diputación Provincial de Lugo, en su condición de apelada, opone la inadmisibilidad del recurso de apelación formulado por la Tesorería General de la Seguridad Social, pretensión que es preciso rechazar, pues si bien es cierto que la cuantía del asunto no excede de tres millones de pesetas (art. 81.1.a) de la LJ. en cuanto que la cuantía total de la reclamación de deuda es la suma de 641 liquidaciones individuales de cuota empresarial de la Seguridad Social que oscilan entre 124.784 y 25.336 ptas., también lo es que estamos aquí en la hipótesis del art. 81.2.c) de la misma Ley, esto es, de sentencia que resuelve un litigio entre Administraciones, apartado éste que no puede limitarse, como pretende la apelada, a las Administraciones Territoriales, dados los términos del art. 1.2 de la LJ, que entiende por Administraciones Públicas, a los efectos de su ámbito, a las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén

vinculados al Estado, CC.AA. y Entidades Locales.

II. Para comprender el sentido de lo resuelto por la sentencia recurrida, nada mejor que reproducir sus términos en lo que se refiere a los hechos que declara probados. Dice la sentencia al respecto: “1. El 25 de febrero de 1999, la Diputación Provincial de Lugo emite resolución por la que se acuerda proceder a la compensación de 2.86.241.395 ptas. que adeuda la Seguridad Social por estancias de sus afiliados en el Centro Residencial, Rehabilitar San Rafael, dependiente de la Diputación, con la cantidad de 48.989.716 ptas. que la Diputación habrá de satisfacer a la Seguridad Social en concepto de cuotas correspondientes al mes de enero de 1999. El 24 de marzo de 1999, la Diputación Provincial de Lugo emite Resolución por la que se acuerda proceder a la compensación de 2.811.251.679 pesetas que adeuda la Seguridad Social por estancias de sus afiliados en el Centro Residencial Rehabilitador San Rafael, dependiente de la Diputación, por la cantidad de 48.627.883 pesetas que la Diputación habrá de satisfacer a la Seguridad Social en concepto de cuotas correspondientes al mes de febrero de 1999. 2º. El 25 de febrero de 1999 y el 25 de marzo de 1999 tienen entrada en el registro de la Tesorería General de la Seguridad Social las comunicaciones de las Resoluciones que se describen en el punto anterior. 3º. La Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso contencioso-administrativo contra dichas resoluciones admitiéndolos este Juzgado, y tramitándose con los números 61/1999 y 145/1999. 4º. Unilateralmente, y sin esperar resolución o sentencia, partiendo de la no validez de la misma, sin dar audiencia a la parte recurrente, el día 6 de octubre de 1999 tiene entrada en la Diputación liquidación practicada por la Tesorería General de la Seguridad Social nº 2799011247959 por un descubierto total cuyo importe asciende a 1.596.620 ptas., más el 20% de recargo de mora, correspondiente, entre otras, a los meses de enero y febrero de 1999”.

Decir que dicha liquidación fue objeto de recurso ordinario por la Diputación Provincial de Lugo, cuya desestimación por parte de la TGSS, provocó la interposición del recurso contencioso-administrativo al que puso fin la sentencia apelada.

Pues bien, advirtiendo, que la sentencia apelada no entró en la consideración de la segunda de las pretensiones que actuara la Diputación Provincial de Lugo en su escrito de demanda, referida a la declaración de validez de la aludida compensación de deudas, pues la retirara en el acto del juicio, significar que la fundamentación

jurídica que ofrece la resolución apelada viene referida exclusivamente a la validez del acto recaudatorio emitido por la TGSS (reclamación de deuda por el descubierto de cuotas ya referido), llegando a la conclusión de su invalidez o no ajuste a derecho, tras ofrecer el siguiente razonamiento, una vez sentado que los actos de determinación de deuda llevada a cabo por la TGSS gozaban de la presunción de legalidad a que aludía el art. 32 del R.D. 1.637/95 (Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social): “habiendo emitido la Diputación Provincial de Lugo Resolución por la que se acordaba proceder a la compensación ya referida anteriormente, la Tesorería General de la Seguridad Social interpuso recurso contencioso-administrativo tramitándose en este Juzgado con los números 61/1999 y 145/1999 y, sin esperar a la existencia de sentencia, el 6 de octubre de 1999 tiene entrada en la Diputación la liquidación practicada por la Tesorería General de la Seguridad Social aquí recurrida, de forma que, cuando se encuentra pendiente de resolución judicial y se ha acordado la suspensión de la deuda reclamada por la Diputación es cuando se practica tal liquidación, a la que le es de aplicación la argumentación anteriormente referida respecto de la litispendencia, en cuanto que no se puede decir, como manifiesta la parte demandada, que la compensación es nula, y que, por lo tanto, no es causa válida de oposición a la providencia de apremio en cuanto tal cuestión no se encuentra definitivamente resuelta por una Sentencia firme, de forma que, acordada la compensación, no es posible, en tanto no sea resuelta de la forma antedicha, proceder a la liquidación impugnada, en cuanto que los objetos de los pleitos, aún distintos, son conexos, de forma que puede excluirse un segundo pleito por litispendencia cuando en el primero se están discutiendo cuestiones que son perjudiciales al fallo del segundo, de forma que, siendo los mismos sujetos y la misma causa de pedir, debe estimarse la litispendencia aunque se ejerçiten acciones diferentes (STS 27.10.43, 25.05.82 y 25.11.93); por lo que procede la estimación del recurso interpuesto en este supuesto”.

III. Frente a los irreprochables argumentos de la sentencia apelada no pueden prosperar los motivos de impugnación que esgrime la Tesorería General de la Seguridad Social, pues con resultar rechazable la denunciada incongruencia interna que se imputa a la sentencia apelada, pues la litispendencia que apreció la juez de instancia no obligaba, en contra del parecer de la apelante, a dictar un fallo declarativo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, pues la litispendencia a que se refiere la sentencia es la que produce la pendencia de un proceso judicial respecto de la actuación administrativa llevada a

cabo en este caso por la Tesorería al dictar aquel acto de recaudación, en este caso, un recurso contencioso-administrativo en el que se ventilaba la legalidad del acto de compensación dictado por la Diputación apelada, recurso formulado por la propia Tesorería, cuya interposición y pendencia anterior al dictado del acto de reclamación de deuda, obligaba a la Tesorería a aguardar a su resolución, y no dictar, como así hizo, aquel acto recaudador inserto en la vía de apremio, mientras estuviera pendiente ante la Jurisdicción el conocimiento de aquel recurso en el que se ventilaba el ajuste a derecho de la compensación acordada por la Diputación con la deuda posteriormente apremiada, y ello, por aplicación del principio de preeminencia de la Jurisdicción sobre la Administración o la litispendencia judicial, que impide a la Administración la apertura de aquel procedimiento en tanto la Jurisdicción estén entendiendo de la posible validez de un acto que, como aquel (compensación), condicionaría la integridad del referido acto recaudatorio, de ahí, no solo la plena congruencia de la sentencia, pues esas apreciación jurídica necesariamente debía desembocar en una estimación del recurso planteado por la Diputación, de carácter parcial, en referencia tan solo a la pretensión de anulación del referido acto recaudatorio, sino también el pleno acierto en cuanto a la estimación del motivo que provocaba dicha anulación, todo ello sin perjuicio de que la TGSS pueda reiterar la producción de aquel acto recaudatorio, una vez que ganen firmeza, si es que la ganan, aquellas sentencias que con posterioridad se fueron dictando en primera instancia pronunciándose en contra de la validez de los distintos acuerdos de compensación adoptados por la Diputación apelada.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

IV. Al desestimarse el recurso, de conformidad con lo establecido en el número 2 del artículo 139 de la ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo, procede imponer las costas al recurrente, al no apreciarse que concurran circunstancias que justifiquen su no imposición.

Fallamos

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de 06.06.00 estimando recurso interpuesto contra resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de Lugo sobre reclamación de deuda 279901247959, Régimen General, concepto descubierto, recaída en el procedimiento nº 521/1999, dictada por el

juzgado de lo Contencioso-administrativo de Lugo. Con imposición de costas al apelante.

**3067 RECURSO N°:
03/0008417/2000**

S.CA.

LIQUIDACIÓN POR COTAS DEBIDAS POR CORPORACIÓN LOCAL. PENDENCIA DUNHA RESOLUCIÓN XUDICIAL NA QUE SE DEDUCE A ADECUACIÓN A DEREITO DUNHA COMPENSACIÓN DE DÉBEDAS. NULIDADE DE LIQUIDACIÓN PRACTICADA. LITISPENDENCIA.

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

En la Ciudad de A Coruña, veintidós de noviembre 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 03/0008417/2000, pende de resolución ante esta sala, interpuesto por Tesorería General de la Seguridad Social, representado y dirigido por el Letrado de la Seguridad Social, contra Sentencia de 15.06.00 estimando recurso interpuesto contra resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de Lugo sobre reclamación de deuda 2799011202489, régimen general, concepto descubierto, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Lugo. Es parte apelada Excma. Diputación Provincial de Lugo, representada por el 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 Diputación Provincial de Lugo, en su condición de apelada, opone la inadmisibilidad del recurso de apelación formulado por la Tesorería General de la Seguridad Social, pretensión que es preciso rechazar, pues si bien es cierto que la cuantía del asunto no excede de tres millones de pesetas (art. 81.1.a) de la LJ.) en cuanto que la cuantía total de la reclamación de deuda es la suma de 641 liquidaciones individuales de cuota empresarial de la Seguridad Social que oscilan entre 124.784 y 25.336 ptas., también lo es que estamos aquí en la hipótesis del art. 81.2.c) de la misma Ley, esto es, de sentencia que resuelve un litigio entre Administraciones, apartado este que no puede limitarse, como pretende la apelada, a las Administraciones Territoriales, dados los términos del art. 1.2 de la LJ, que entiende por Administraciones Públicas, a los efectos de su ámbito, a las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculados al Estado, CC.AA. y Entidades Locales.

II. Para comprender el sentido de lo resuelto por la sentencia recurrida, nada mejor que reproducir sus términos en lo que se refiere a los hechos que declara probados. Dice la sentencia al respecto: “1º. El 28 de abril de 1999, la Diputación Provincial de Lugo emite resolución por la que se acuerda proceder a la compensación de 3.172.233.796 ptas. que adeuda a la Seguridad Social por estancias de sus afiliados en el Centro Residencial Rehabilitador San Rafael, dependiente de la Diputación, con la cantidad de 49.518.278 ptas. que la Diputación habrá de satisfacer a la Seguridad Social en concepto de cuotas correspondientes al período de marzo de 1999. 2º. El 28 de abril de 1999 tiene entrada en el registro de la Tesorería General de la Seguridad Social la comunicación de la Resolución que se describe en el punto anterior. 3º. La Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución admitiéndolo este Juzgado, y tramitándose con el núm. 210/99. 4º. Unilateralmente, y sin esperar resolución o sentencia, partiendo de la no validez de la misma, sin dar audiencia a la parte recurrente, el día 6 de octubre de 1999 tiene entrada en la Diputación liquidación practicada por la Tesorería General de la Seguridad Social por un descuberto total cuyo importe asciende a 110.705 ptas., más el 20% de recargo de mora, correspondiente, entre otras, al mes de marzo de 1999.

Dicir que dicha liquidación fue objeto de recurso ordinario por la Diputación Provincial de Lugo, cuya desestimación por parte de la TGSS, provocó la interposición del recurso contencioso-administrativo al que puso fin la sentencia apelada.

Pues bien, advirtiendo, que la sentencia apelada no entró en la consideración de la segunda de las pretensiones que actuara la Diputación Provincial de Lugo en su escrito de demanda, referida a la declaración de validez de la aludida compensación de deudas, pues la retirara en el acto del juicio, significar que la fundamentación jurídica que ofrece la resolución apelada viene referida exclusivamente a la validez del acto recaudatorio emitido por la TGSS (reclamación de deuda por el descuberto de cuotas ya referido), llegando a la conclusión de su invalidez o no ajuste a derecho, tras ofrecer el siguiente razonamiento, una vez sentado que los actos de determinación de deuda llevada a cabo por la TGSS gozaban de la presunción de legalidad a que aludía el art. 32 del R.D. 1.637/95 (Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social): “habiendo emitido la Diputación Provincial de Lugo Resolución por la que se acordaba proceder a la compensación ya referida anteriormente, con fecha 28 de abril de 1999, la Tesorería General de la Seguridad Social interpuso recurso contencioso administrativo el 5 de mayo de 1999, autos número 210/1999 y el 6 de octubre de 1999 tiene entrada en la Diputación la liquidación practicada por la Tesorería General de la Seguridad Social, aquí recurrida, de forma que, cuando se encuentra pendiente de resolución judicial y se ha acordado la suspensión de la deuda reclamada por la Diputación es cuando se practica tal liquidación, a la que le es de aplicación la argumentación anteriormente referida respecto a la litispendencia, en cuanto que no se puede decir, como manifiesta la parte demandada, que la compensación es nula, y que, por lo tanto, no es causa válida de oposición a la providencia de apremio en cuanto tal cuestión no se encuentra definitivamente resuelta por una sentencia firme, de forma que, acordada la compensación, no es posible, en tanto no sea resuelta de la forma antedicha, proceder a la liquidación impugnada, en cuanto que los objetos de los pleitos, aún distintos, son conexos, de forma que puede excluirse un segundo pleito por litispendencia cuando en el primero se están discutiendo cuestiones que son prejudiciales al fallo del segundo, de forma que, siendo los mismos sujetos y la misma causa de pedir, debe estimarse la litispendencia aunque se ejerçiten acciones diferentes (STS 27.10.43, 25.05.82 y 15.11.93); por lo que procede la estimación del recurso interpuesto en este supuesto”.

III. Frente a los irreprochables argumentos de la sentencia apelada no pueden prosperar los motivos de impugnación que esgrime la Tesorería General de la Seguridad Social, pues con resultar rechazable la denunciada incongruencia interna que se imputa a la sentencia apelada, pues la litispendencia que apreció la juez de instancia no obligaba, en contra del parecer de la apelante, a dictar un fallo declarativo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, pues la litispendencia a que se refiere la sentencia es la que produce la pendencia de un proceso judicial respecto de la actuación administrativa llevada a cabo en este caso por la Tesorería al dictar aquel acto de recaudación, en este caso, un recurso contencioso-administrativo en el que se ventilaba la legalidad del acto de compensación dictado por la Diputación apelada, recurso formulado por la propia Tesorería, cuya interposición y pendencia anterior al dictado del acto de reclamación de deuda, obligaba a la Tesorería a aguardar a su resolución, y no dictar, como así hizo, aquel acto recaudador inserto en la vía de apremio, mientras estuviera pendiente ante la Jurisdicción el conocimiento de aquel recurso en el que se ventilaba el ajuste a derecho de la compensación acordada por la Diputación con la deuda posteriormente apremiada, y ello, por aplicación del principio de preeminencia de la Jurisdicción sobre la Administración o la litispendencia judicial, que impide a la Administración la apertura de aquel procedimiento en tanto la Jurisdicción esté entendiendo de la posible validez de un acto que, como aquél (compensación), condicionaría la integridad del referido acto recaudatorio, de ahí, no sólo la plena congruencia de la sentencia, pues esa apreciación jurídica necesariamente debía desembocar en una estimación del recurso planteado por la Diputación, de carácter parcial, en referencia tan solo a la pretensión de anulación del referido acto recaudatorio, sino también el pleno acierto en cuanto a la estimación del motivo que provocaba dicha anulación, todo ello sin perjuicio de que la TGSS pueda reiterar la producción de aquel acto recaudatorio, una vez que ganen firmeza, si es que la ganan, aquellas sentencias que con posterioridad se fueron dictando en primera instancia pronunciándose en contra de la validez de los distintos acuerdos de compensación adoptados por la Diputación apelada.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

IV. Al desestimarse el recurso, de conformidad con lo establecido en el número 2 del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-administrativo, procede imponer las costas al recurrente, al no

apreciarse que concurran circunstancias que justifiquen su no imposición.

Fallamos

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra sentencia de 15.06.00 estimando recurso interpuesto contra resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social de Lugo sobre reclamación de deuda 2799011202489, régimen general, concepto descubierto, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Lugo. Con imposición de costas al apelante.

3068 RECURSO N° 3.869/00

S. S.

EXPULSIÓN DE SOCIA TRABALLADORA DE COOPERATIVA DE TRABALLO ASOCIADO. INASISTENCIAS QUE NON MERECEN A CONSIDERACIÓN DE ABANDONO OU BAIXA VOLUNTARIA. OMISIÓN DO PROCEDEMENTO LEGALMENTE PREVISTO PARA A EXPULSIÓN.

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

A Coruña, a veintitrés de noviembre 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 3.869/00 interpuesto por B.C.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 192/00 se presentó demanda por B.C.V. en reclamación de RESOLUCIÓN-EXPULSIÓN COOPERATIVA siendo demandado el “C.C.S.C.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 9 de junio 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.- Doña B.C.V., mayor de edad, D.N.I..., presta servicios desde 03.08.99, para “C.S.C.”, en calidad de socia trabajadora y con categoría de oficial de primera, siendo la retribución de

120.016 ptas. mensuales, incluido prorrato de pagas extraordinarias. No ostenta, ni ha ostentado la condición de delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o delegado sindical. Tampoco consta su afiliación sindical.- 2º) En 10.12.99 la trabajadora comunicó a la cooperativa “su renuncia como vicepresidenta del consejo rector... cargo que venía desempeñando hasta la fecha”. Ese día, viernes y los subsiguientes hasta el 15, jueves, inclusive, no acudió a trabajar. El 16, viernes y el 17 sábado, compareció en la cooperativa, pero tampoco trabajó, manifestando que se iba. En 20.12.99 la cooperativa le comunicó que se le diera de baja por cese voluntario.- 3º) El 10.12.99 fue al médico de la sanidad pública y le recomendó reposo “ante la posibilidad de un nuevo aborto”, dado el embarazo de la trabajadora. A 20.12.99 expidió el parte médico de baja.- 4º) Se personó la trabajadora, con dos testigos, el 04.01.00, solicitando que en asamblea general, se resolviese sobre “la expulsión decretada por el consejo rector”. Se negó la presidenta a firmar la recepción. Enviándose por correo certificado a la vista del documento, a la asamblea general, el 16.02.00, ratificándose en la decisión de baja involuntaria. El 09.03.00 se le comunicó la decisión a la trabajadora. Interpuso el 15.03.00 la demanda de conciliación el 23.03.00, dándose por celebrada sin avenencia ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Desestimando la demanda interpuesta por doña B.C.V. contra “C.S.C.”, declaro la existencia de abandono voluntario y, en consecuencia, la extinción de la relación laboral sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, sin perjuicio de las reclamaciones por otros conceptos o ante otras ordenes jurisdiccionales.

CUARTO.- Contra dicha resolución se formuló aclaración, dictándose por el referido Juzgado Auto en fecha 18 de julio de 2000, del tenor literal siguiente: RESUELVO: No ha lugar a apreciar el presunto error denunciado denunciado en la sentencia nº 239/2000, de 9 de junio, de este Juzgado de lo Social”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por la actora, por entender que existió un abandono voluntario por parte de la trabajadora, declarando la extinción de la relación laboral, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Y frente a dicha sentencia, se alza la representación letrada de la parte demandante,

interponiendo recurso de suplicación invocando dos motivos de recurso correctamente amparados en los apartados b) y c) del art. 191 de la LPL, peticionando en el primero, revisión fáctica, y denunciando en el segundo infracción jurídica.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191 apartado b) de la LPL, interesa la revisión de HP, en concreto interesa que el ordinal segundo del relato fáctico de la sentencia de instancia, quede redactado del siguiente tenor literal: “El 10.12.99 la socia trabajadora comunicó por escrito en el centro de trabajo de la “C.C.” su renuncia como vicepresidenta del Consejo Rector... cargo que venía desempeñando hasta la fecha”. Ese día, viernes, así como el 11, 13, 14 y 15 no acudió a trabajar. El día 16 y 17 comparece a trabajar en la “C.C.”. El día 22 de diciembre de 1999 la cooperativa le comunicó que le diera de baja por cese voluntario. En la cooperativa, en principio, no se trabaja los sábados, salvo que sea necesario. No consta solicitud alguna por parte de doña B.C.V. de su baja voluntaria al Consejo Rector de la cooperativa, así como tampoco consta resolución por parte de este órgano en relación a la baja voluntaria o expulsión de dicha socia”. En cuanto a la modificación interesada en el párrafo primero relativa a la forma de renuncia de la actora al cargo de vicepresidenta de la cooperativa, y que tiene su apoyatura en el documento obrante al folio 31 de los autos, procede la misma, el apoyarse en documento hábil al efecto y resultar del propio documento. En cuanto a la modificación interesada en el párrafo segundo, relativa a los días en que no acudió a trabajar ya que en los días 16 y 17, compareció y no trabajó, y que tiene su apoyatura en el documento obrante al folio 20 de los autos y folio 267 (acto de juicio relativo a las declaraciones de los testigos); no procede la modificación interesada en dicho párrafo, por cuanto que, por un lado, el documento invocado al folio 20 ya ha sido valorado por el juzgador “a quo”, sin que se acredite error en la valoración de la prueba, y por cuanto la testifical no es prueba idónea a efectos revisorios, a tenor del art. 191.b) de la LPL, constituyendo el acta de juicio no un documento a efectos revisorios, sino la documentación de la prueba testifical, y a los efectos interesados por la recurrente. En cuanto a la modificación interesada en el párrafo tercero, relativa a la fecha de notificación de la baja voluntaria, y que tiene su apoyo en los documentos obrantes a los folios 1 y 17 de los autos, y la misma ha de prosperar al resultar la citada fecha de la documental invocada. Por lo que respecta a la modificación interesada en el párrafo cuarto, relativa a que no se trabaja los sábados en la cooperativa, como norma general, y que tiene su apoyo en la documental obrante al folio 266, la misma ha de prosperar al resultar la misma del contenido del citado documento.

Finalmente por lo que se refiere a la modificación interesada en el último párrafo relativa a la ausencia de constancia de la solicitud de su baja voluntaria al Consejo Rector o a la asamblea general de la “C.C.”, así como la ausencia de resolución por parte de cualquiera de sus órganos, sobre la baja voluntaria, o la expulsión de la demandante, y que tiene su apoyo en la documental obrante a los folios 20, 266, 267, la misma ha de prosperar al resultar la misma del contenido de los citados documentos.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL, se denuncia por la recurrente infracción por violación de los arts. 20.1 de la Ley 5/1998, de cooperativas gallegas, del art. 49.1.d) del ET, así como de los arts. 26 y 108 de la Ley de Cooperativas Gallegas, así como infracción del art. 97.2 de la LPL. Pues bien, respecto, a la infracción jurídica denunciada en primer lugar, decir que para la apreciación del abandono, exige la jurisprudencia “que se produzca una actuación clara y determinante, de manera tácita o expresa, pero siempre clara y determinante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en ese sentido, o una conducta que, de modo relevante, muestre el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral (S. TS 03.06.88), manteniendo respecto a las falta de asistencia que no constituyen abandono si no llevan consigo el deliberado propósito de dar por terminado el contrato por parte del trabajador” (Sent. del TS 15.11.85, ref. 1.985/5.786). Es decir, que no basta una conducta omisiva del trabajador, porque de esas omisiones sólo puede deducirse su apariencia de incumplimientos contractuales que dejan en manos del empleador, la decisión de dar por terminada la relación. Y del relato fáctico no resulta dato alguno del que deducir la dimisión que se pretende, pues el empleador (la cooperativa) que habría de ser receptor de la autorización de la voluntad extintiva, sólo extrae tal consecuencia, de la falta al trabajo durante los días 10, 11, 13, 14 y 15 de diciembre de 1999. Máxime cuando además en el supuesto de autos (socios-trabajadores de la cooperativa) la baja voluntaria del socio-trabajador en la cooperativa habrá de cumplir unos requisitos formales. Así el art. 20.1 de la Ley 5/1998 de (Cooperativas Gallegas) que regula la baja voluntaria de los socios de cooperativas establece: “O socio podrá darse de baixa voluntariamente na cooperativa en calquera momento, mediante preaviso por escrito ó órgano de administración. O prazo de preaviso que fixarán os estatutos non poderá ser superior a un ano”. Por tanto, en dicho precepto se regula expresamente el procedimiento a seguir en caso de baja voluntaria de un socio, exigiéndose su iniciación a través de un escrito al órgano de administración (Consejo Rector) en el que se

ponga de manifiesto la decisión del socio de baja voluntaria, estableciendo por tanto dicho precepto dos requisitos formales, para la baja voluntaria, la comunicación del socio por escrito de la decisión de baja voluntaria, al órgano de representación (Consejo Rector) y el preaviso, y en el supuesto de autos, y según resulta del modificado relato fáctico dicha solicitud por escrito y preaviso no existió. Consecuentemente la extinción del contrato (despido o expulsión) aparece decidido por la empresa y no por el trabajador que la rechaza e impugna. Y siendo ello así, y dado que los arts. 26 y 108 de la Ley de Cooperativas Gallegas, prevén la necesidad de que la expulsión de los socios sea acordada por el Consejo Rector mediante oportuno expediente instruido al efecto y con audiencia del interesado, pudiendo éste recurrir dicho acuerdo ante la asamblea general, y dado que a la actora no se le notificó por el Consejo Rector la apertura de expediente de expulsión, ni se le dio audiencia y a lo que conduce la falta de expediente de adopción del acuerdo por el Consejo Rector y de audiencia, por analogía, con los dispuesto en el art. 55.4 del ET será a la calificación de la expulsión como improcedente con las consecuencias previstas en la Ley. Y por último, denuncia la recurrente, infracción del art. 97.2 de la LPL, y respecto de ello, decir que no es este apartado c) del art. 191 de la LPL, la vía adecuada para la denuncia, sino en su caso debería ser alegado y examinado por la vía del apartado a) del art. 191 de la LPL como infracción de normas esenciales de procedimiento que originan indefensión determinante de nulidad de actuaciones, no apreciándose además en la sentencia dicha infracción denunciada incorrectamente. En consecuencia,

Fallamos

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por doña B.C.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. uno de PONTEVEDRA, en fecha 9 de junio de 2000, autos nº 192/00, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia, declarando la improcedencia de la expulsión de la actora, como socia trabajadora de la Cooperativa “C.S.C.”, condenando a la misma a la readmisión en las mismas condiciones anteriores a la expulsión o la opción de dicha COOPERATIVA a que le abone la correspondiente indemnización, en cuantía de CIENTO CUATRO MIL TRECE PESETAS (104.013 PTAS.), así como a abonarles las cantidades adeudadas a la recurrente en concepto de anticipos laborales de tramitación. A razón de CUATRO MIL PESETAS DÍA, (4.000 ptas.).

3069 RECURSO N° 2.453/97

S. S.

RECOÑECIMENTO DE CAPITAL SEGURO DE VIDA A PERSOAL FUNCIONARIO PROCEDENTE DA MUMPAL. CUESTIÓNS DE DEREITO INTERTEMPORAL. DEREITO ADQUIRIDO NO MOMENTO DA INTEGRACIÓN NO RÉXIME XERAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

A Coruña, a veintisiete de noviembre 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 2.453/97, interpuesto por el letrado don J.A.M.P., en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de los de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 142/97 se presentó demanda por don M.A.V., sobre reconocimiento y percepción del “capital seguro de vida”, en su modalidad de rescate del valor actuarial del 50%, frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la Tesorería General de la Seguridad Social. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha ocho 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: el actor, don M.A.V., nacido el 23.09.96, prestó servicios para la Mutualidad de Previsión de la Administración Local, durante 21 años, 8 meses y 13 días, desde el año 1957 al 23.09.91, fecha en la que se jubiló, habiendo estado en situación de excedencia desde 1962 a 1974. SEGUNDO. El actor en fecha 25.04.90 solicitó el rescate del valor actuarial del 50% del capital seguro de vida.- TERCERO: En fecha 04.06.96 el actor reiteró su solicitud.- CUARTO: El haber regulador mensual de la prestación es de

96.075 ptas. QUINTO: Formulada reclamación previa en fecha 28.11.96, el actor presentó demanda en fecha 28.02.97”.

TERCERO: Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por don M.A.V., contra la Dirección Técnica del I.N.S.S. y la T.G.S.S., debo condenar y condeno a las entidades demandadas a que abonen al actor la cantidad de 480.375.- ptas., en concepto de renta del 50% del capital seguro de vida al que el actor tiene derecho.- Notifíquese... etc.”

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

Fundamentos de derecho

UNICO.- Recurren las gestoras codemandadas la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos, solicitando la revocación de la misma y la desestimación de las pretensiones en su contra deducidas, para lo cual y admitiendo el relato fáctico de dicha resolución, con amparo en el art. 191.c) LPL, se denuncia infracción por aplicación inadecuada del art. 70 de la O.M. de 09.12.75 que aprueba los estatutos de la mutualidad, y de la D.A. 2ª del RD 480/93, el fondo del motivo va dirigido a establecer que en la demandante no concurre un derecho adquirido a lucrar la prestación que solicita porque el plazo de espera vence una vez producida la integración de la MUNPAL en el Instituto Nacional de la Seguridad Social -en cuyo momento se desaparece tal prestación al no hallarse prevista en el Régimen General-, y tal plazo de espera es constitutivo del derecho reclamado por lo que no llegó a consolidarse en el patrimonio de la demandante. El motivo no puede ser acogido en atención a la consolidada doctrina según la cual se califican como derechos adquiridos aquellos que, por no depender de condicionamiento alguno, son incluibles en el patrimonio del sujeto, y, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14.02.84 “para que un derecho adquirido pueda considerarse existente dentro de una relación intertemporal o de sucesión de normas, tiene que haberse cumplido la consolidación de una situación jurídica bajo el imperio del ordenamiento anterior”. Así ocurre en el presente supuesto porque para que exista el derecho a que se refieren los artículos 69 y 70 de los Estatutos de la MUNPAL sobre “Capital Seguro de Vida”, han de concurrir conjuntamente los siguientes requisitos: 1º.- Que la jubilación se haya producido con anterioridad a 01.04.93, por haber cumplido los 65 años (el actor se jubiló en

23.09.91 al cumplir dicha edad); y, 2º.- Que la petición de rescate se haya efectuado también con anterioridad a la fecha de integración (01.04.93) (la solicitud la efectuó el actor el 25.04.90), y antes de la jubilación dependiendo la efectividad de sus efectos del transcurso de los cinco años desde su petición, en el presente supuesto el actor se ha jubilado, alcanza la indicada edad y ha solicitado el rescate antes de la citada fecha, lo que se traduce no en una mera expectativa de derecho, sino en un derecho adquirido pendiente únicamente del transcurso del plazo de efectividad de los cinco años indicado, plazo que no constituye causa obstativa al nacimiento y consolidación de tal derecho como reconoce abundante doctrina jurisprudencial (Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 y 24 de junio de 1996, 26.11.96 R. 1.816-96, 28.01.97 R. 990-96 y 05.03.97 R. 2.489-96, entre otras), consecuentemente el motivo no puede ser atendido procediendo la confirmación de la resolución recurrida.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 08.04.97 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, en autos nº 142/97 sobre rescate de capital seguro de vida, seguidos a instancias de M.A.V. contra los recurrentes, resolución que se mantiene en su integridad.

3070 RECURSO N° 2.734/97

S. S.

DEVOLUCIÓN DE PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS. PRESCRICIÓN DE CINCO AÑOS. NON EXISTE DILACIÓN DA ENTIDADE NIN QUEDOU PROBADA A BOA FE DO BENEFICIARIO. PRESCRICIÓN DA ACCIÓN. NON PREScribe A ACCIÓN DE REINTEGRO CANDO O ACTO DE RECOÑECIMENTO DA PRESTACIÓN ESTÁ VICIADO DE NULIDADE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a veintisiete de noviembre 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 2.734/97 interpuesto por doña E.R.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 120/97 se presentó demanda por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación de JUBILACIÓN SOVI siendo demandado doña E.R.C. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha cuatro de abril de mil novecientos noventa y siete por el juzgado de referencia que ESTIMÓ EN PARTE la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- La demandada doña E.R.C., nacida en 1924, con D.N.I. número... y afiliada a la Seguridad Social con el número..., es beneficiaria desde el 01.09.86 de pensión de vejez-SOVI, cuya cuantía en 1996 fue de 38.205 pesetas mensuales. SEGUNDO.- En 1996 el Instituto Nacional de la Seguridad Social detectó que a la demandada se le había reconocido la pensión con cero días cotizados al SOVI y sin y haber estado afiliada al Retiro Obrero, por lo que en fecha 04.07.96 dictó resolución acordando la apertura de expediente para reclamarle lo indebidamente cobrado y concediéndole 15 días para efectuar alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estimase pertinentes, presentando la demandada escrito de alegaciones el 22.08.96 en el que señalaba que la pensión le había sido gestionada por M.F.C., vecino de Villagarcía y ella había obrado de buena fe y luego el propio Instituto se le había reconocido tras comprobar que reunía los requisitos y, en todo caso, sólo se le podría reclamar lo cobrado en los últimos 5 años. El día 12.09.96 el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictó resolución acordando anular la pensión con efectos desde el 31.08.96 y cuantificar en la cantidad de 2.461.419 pesetas lo indebidamente percibido por la beneficiaria en el período de 03.08.91 a 31.08.96.

TERCERO.- Interpuesta por la beneficiaria reclamación previa el 18.10.96, el Instituto Nacional de la Seguridad Social la requirió el 19.11.96 para que aportase copia compulsada del D.N.I. y extracto de partida de nacimiento, que no consta que la actora aportase, no resolviendo el citado Instituto la reclamación previa. **CUARTO.-** La beneficiaria no cotizó día alguno al SOVI ni estuvo afiliada al retiro obrero. La beneficiaria era conocedora de que nunca había cotizado a la Seguridad Social. **QUINTO.-** La persona que gestionó a la demandada el cobro de la pensión, le cobró a la misma por tramitarla unas 200.000

pesetas y, obtenida, le cobró los atrasos, diciéndole a la demandada que el tema era legal. Por tales hechos, que dieron lugar al reconocimiento de la pensión demandada, entre otros, se siguen diligencias previas con el número 2.946/96 por el Juzgado de Instrucción número 5 de Vigo por si fueren constitutivos de delito. **SEXTO.**- El 18.02.97 el Instituto Nacional de la Seguridad Social presentó demanda contra la beneficiaria solicitando que se le anulase la pensión reconocida y se la condenase a reintegrarle la cantidad de 2.461.419 pesetas por lo indebidamente percibido en los últimos cinco años, 684.645 pesetas de intereses, así como los intereses por mora hasta el pago”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones de prescripción y caducidad alegadas por la demandada y estimando en parte la demanda interpuesta por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra doña E.R.C., debo anular y anulo el reconocimiento de la pensión de vejez-SOVI efectuando por el Instituto demandante a favor de la demandada y condeno a ésta a que, por lo indebidamente percibido por dicho concepto, reintegre al Instituto demandante la cantidad de 2.461.419 pesetas, más el interés legal desde el 05.08.96 hasta la fecha de esta resolución y el interés del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de esta sentencia hasta su total cumplimiento, desestimando las demás pretensiones deducidas en la demanda, de las que absuelvo a la demandada”.

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.- Contra la sentencia de instancia que desestimando las excepciones de prescripción y caducidad alegadas por la demandada y estimando en parte la demanda interpuesta por el I.N.S.S. anula el reconocimiento de la pensión SOVI a favor de la demandada, condenando a ésta a reintegrar a la entidad gestora la cantidad de 2.461.419 pesetas, más el interés legal, recurre la demandada formulando un primer motivo de suplicación, al amparo del artículo 191.b) de la L.P.L. en el que interesa la revisión de los hechos probados segundo, cuarto y quinto y su refundición en uno solo con el contenido que expresa en su escrito de recurso. Para dicho motivo no puede prosperar, pues aparte de contener la redacción alternativa un conjunto de valoraciones jurídicas incompatibles con su inclusión en el relato fáctico, es lo cierto que la modificación propuesta no se sustenta en prueba documental o pericial alguna, tal como exige el

artículo 191.b) de la L.P.L., limitándose la parte recurrente a efectuar una particular valoración de las pruebas.

SEGUNDO.- Por el mismo cauce procesal, formula la recurrente un segundo apartado revisorio interesando que se incluya en el relato fáctico un nuevo hecho probado, con la redacción que expresa en su escrito de recurso; motivo que tampoco puede prosperar por aparecer también defectuosamente formulado, al no citarse prueba documental o pericial en que apoyado, tal como impone el aludido artículo 191.b) de la L.P.L.

TERCERO.- En sede jurídica sustantiva, y por el cauce del artículo 191.c) de la L.P.L. denuncia la recurrente infracción del artículo 45 y 55 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando que una actuación únicamente imputable de actuaciones irregulares habidas en el seno de la entidad gestora no puede determinar el resarcimiento por parte de terceras personas y, en todo caso, el alcance del reintegro de cantidades debe concretarse en los tres meses anteriores a la reclamación, aludiendo buena fe (o ausencia de mala fe) en la demandada y un evidente retraso en la actuación de la entidad gestora, citando sentencia del Tribunal Supremo de 24-septiembre de 1996. En otro apartado del escrito de recurso denuncia caducidad de la acción, argumentando que para determinar el inicio del cómputo debe partirse de la fecha en que el I.N.S.S. puede ejercitarse la acción, señalando que ese momento coincide con la fecha misma del reconocimiento de la pensión (1º de septiembre de 1986); lo que implica una denuncia tácita del artículo 145.3 de la L.P.L., aunque no se cita como infringido en el escrito de recurso. Y en el tercer y último apartado se refiere a los intereses y sin denunciar infracción normativa alguna, alega la falta de legitimación de los mismos por el I.N.S.S., mostrando su disconformidad con la fecha inicial de devengo declarada en la sentencia recurrida. En cuanto a la primera de las infracciones jurídicas denunciadas (art. 45 y 55 L.G.S.S.), debe tenerse presente que es doctrina muy consolidada de la Sala 4ª del T.S. (por plazo normal para... el ejercicio de la acción de reintegro de prestaciones indebidas a que se refiere el art. 56.1 de la L.G.S.S. de 1974 (45.1 de la vigente) es el de cinco años que establece el artículo 1966 del Código Civil, salvo para determinados supuestos excepcionales, como los de un cambio de la interpretación general de una normativa anterior (Sentencias de 12 de febrero y 28 de mayo de 1992) o una demora excesiva e injustificada por parte de la entidad gestora en el ejercicio de la acción correspondiente (Sentencia de 15 de noviembre de 1991), o la constancia de la conducta del beneficiario informando de su situación anterior, los cuales podrán determinar la aplicación analógica del artículo 54.1 de la L.G.S.S. (43.1 de la vigente), entrando en juego el

plazo de tres meses a que alude el referido precepto, habiendo matizado la citada STS de 24.09.96 lo siguiente: Para aplicar el plazo de tres meses es necesario que concurren dos requisitos: una demora en la regularización y la buena fe del beneficiario. A) Con relación al primero, hay que precisar que la demora es un dato objetivo que surge por el transcurso del tiempo a partir del momento en que la entidad gestora contaba con los datos necesarios para regularizar la situación. Se trata, por tanto, de un retraso comprobado, manifiesto y significativo, que hay que valorar en el marco de una gestión social, que afecta a prestaciones destinadas a la cobertura de situaciones de necesidad. B) Con relación al requisito de la buena fe del beneficiario, ésta deberá ser inequívoca e implica el cumplimiento por parte del mismo de sus obligaciones de información conveniente y puntual a la entidad gestora. Será ésta la que, en su caso, habrá de alegar y probar en el proceso que el beneficiario incumplió tales obligaciones. Y en el presente caso, no cabe apreciar que la actuación de la entidad gestora se hubiese producido con un retraso manifiesto y significativo, ya que la concesión de la prestación a la actora se produjo de forma irregular y con omisión de la falta de afiliación de la demandante al desaparecido retiro obrero o al Sovi, reaccionando la gestora cuando tuvo conocimiento de los hechos, conocimiento que se produce en el mes de julio de 1996 según consta en la resolución obrante al folio 6 de los autos, iniciándose inmediatamente expediente administrativo de revisión con el fin de anular el subsidio de vejez-sovi presentándose a reparto la demanda origen de los presentes autos en el mes de febrero de 1997, por lo que no cabe apreciar demora por parte de la entidad gestora, sin que tampoco aparezca clara la completa buena fe de la beneficiaria tal como se desprende de la sentencia recurrida, en la que el Juzgador a quo ha llegado a tal conclusión valorando las pruebas de confesión y documental practicadas en el acto del juicio con pleno respeto a los principios de oralidad, inmediación y contradicción, sin que esta sala tenga facultades para apreciar nuevamente dichas pruebas cuya valoración es privativa del juzgador de instancia. Por lo que respecta a la otra denuncia sobre el plazo de prescripción, la cuestión que se plantea en este apartado del motivo de recurso viene referida al plazo de prescripción de la acción ejercitada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. El artículo 145.3 de la Ley Procesal Laboral dispone que “la acción de revisión a la que se refiere el apartado uno prescribirá a los cinco años”, y como la pensión de vejez-SOVI le fue reconocida a la actora con efectos de 01.09.86 y la acción ejercitada por el I.N.S.S., reclamando la declaración de nulidad del derecho a la pensión reconocida y el reintegro de las cantidades

indebidamente percibidas durante el período comprendido entre el 31 de agosto de 1991 y el 31 de agosto de 1996, por importe de 2.461.419 pts., se planteó al formular demanda en febrero de 1997; había transcurrido un plazo superior a los cinco años previstos en el citado precepto legal, y en esta circunstancia se fundamenta el apartado II del motivo de recurso. Pero tal motivo no puede prosperar porque esta sala, tal como tiene declarado en precedentes resoluciones compartiendo el mismo criterio doctrinal seguido, entre otras, por las sentencias del T.S.J. de Madrid de fecha 23.05.98 (Ar. 1.731), del T.S.J. de Castilla-León, con sede en Burgos, de fecha 18.02.97 (Ar. 527) y la del T.S.J. de La Rioja de 26.05.98 (Ar. 2.669), entiende que el acto del Instituto Nacional de la Seguridad Social por el que reconoció a la demanda la pensión de vejez-SOVI, pese a no reunir las cotizaciones exigidas, es un acto nulo de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicho acto es nulo porque cumple los tres requisitos exigidos por el indicado precepto para poder ser calificado como nulo de pleno derecho, y ello es así, en primer lugar, porque es un acto contrario al Ordenamiento Jurídico –al infringir normas dictadas en materia de Seguridad Social–; en segundo lugar, otorga derechos –en efecto, reconoce el derecho de la demandada a lucrar una pensión vitalicia por jubilación a cargo del SOVI–, y en tercer lugar, ese derecho se ha adquirido sin reunir los requisitos esenciales para ello –porque, como antes se dijo, la demandada no reunía el período de carencia, 1.800 días de cotizaciones, para obtener la pensión que le fue reconocida–. La nulidad de pleno derecho aparece también sancionada en el artículo 3 del Código Civil, el cual dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulas de pleno derecho. Sentado, pues, que el acto de reconocimiento de la pensión era nulo de pleno derecho, la acción ejercitada para obtener la declaración de nulidad no se halla sujeta a plazo alguno de prescripción o caducidad. Consecuentemente, cabe resaltar que ese plazo de cinco años para el ejercicio de la acción a que se refiere el art. 145.3 de la Ley Procesal Laboral, no resulta de aplicación a los actos nulos de pleno derecho, como el que se da en el caso enjuiciado, pues, de admitirse lo contrario –como pretende la parte recurrente– se estaría autorizando la pervivencia de aquellas prestaciones indebidamente reconocidas, que quedarían fijas y consolidadas para siempre una vez que hubiese transcurrido el plazo de cinco años. Por otra parte, aún admitiéndose la tesis planteada en el motivo de recurso a los meros efectos dialécticos, relativa a la prescripción quinquenal de la acción, el día

inicial de su cómputo se produciría a partir del momento en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social tiene exacto y puntual conocimiento de que venía abonando la pensión a la actora de forma indebida y, según consta en la resolución obrante al folio 6 de las actuaciones, es en el mes de julio de 1996 cuando se detecta el reconocimiento indebido de la prestación, y habiéndose formulado la demanda en el mes de febrero de 1997, tan sólo habrían transcurrido siete meses. En cualquier caso, debe distinguirse entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad de los actos de las Administraciones Públicas, entre los que se encuentran los que emiten las Entidades Gestoras (I.N.S.S.) y los Servicios Comunes de la Seguridad Social (T.G.S.S.), debiendo entenderse que la prescripción quinquenal a que se refiere dicho artículo 145.3 de la Ley Procesal Laboral se refiere a los actos anulables, pero nunca a los actos nulos de pleno derecho que –como antes se dijo– por su propia naturaleza son imprescriptibles. Finalmente, en cuanto a la cuestión planteada en el apartado III) del motivo de recurso sobre los intereses, tampoco puede acogerse por la Sala el planteamiento de la parte recurrente porque tal planteamiento adolece de un vicio insubsanable en su formulación, pues no se citan como infringidas normas sustantivas ni doctrina jurisprudencial alguna y la sala no puede examinar la existencia de vulneraciones legales o de la jurisprudencia, aún manifiestas, no invocadas por el recurrente, salvo que por su propia entidad trascendieran, de modo claro y directo, al orden público procesal; ya que lo contrario equivaldría a la construcción “ex officio” del recurso, cuando esta actividad está reservada, en exclusiva, a la parte, implicando todo ello infracción de lo dispuesto en los artículos 191 letra c) y 194.3 de la Ley Procesal Laboral. En resumen, ninguno de los motivos de recurso puede ser acogido por la Sala, y en función de cuanto se deja expuesto procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por doña E.R.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, de fecha cuatro de abril de mil novecientos noventa y siete, la que se confirma íntegramente.

3071 RECURSO N° 3.933/00

S. S.

MEMBRO DO CONSELLO DE
ADMINISTRACIÓN DE EMPRESA QUE

REVISTE A FORMA XURÍDICA DE SOCIEDADE E RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN. DIFERENCIAS ENTRE UNHA E OUTRA. TITULARIDADE DE PARTE DO CAPITAL SOCIAL. LÍMITES ENTRE RELACIÓN LABORAL E SOCIETARIA. INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO.

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

A Coruña, a veintiocho de noviembre 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. 3.933/00 interpuesto por la empresa “H.S.T.I., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.C.Z. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa “H.S.T.I., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 72/00 sentencia con fecha veintisiete de abril 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: “1º.- Don M.C.Z., con D.N.I. número..., vecino de Vigo, c/..., junto con otros socios, llamados don E.C.G., don J.P.R. y don A.P.F., fundó el 29 de agosto de 1975 la sociedad “S., S.A.”, siendo nombrado presidente del Consejo de Administración. En sucesivas escrituras de aumento de capital, el actor llegó a controlar y tener en propiedad el 70% del capital social. Desde el 1 de abril de 1976, el demandante figura en el libro de matrícula de personal, con el cargo de director general, hasta el 30 de abril, figurando con fecha 01.05.94 de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.- 2º.- Con fecha de 31 de julio de 1996, se eleva a público documento privado de compraventa de acciones, por el que la sociedad “H., S.A.”, compra todas las acciones de la sociedad “S., S.A.”, ante el notario de Madrid don J.J.R.M., cuyo documento se da por reproducido. En dicho contrato, figura con el número 8, cláusula que dice: “Obligaciones de permanencia de los directivos.- El vendedor don M.C.Z. se obliga a seguir ocupando puestos de responsabilidad en “S., S.A.” durante un período de tres años, en los términos que se

establecen en el borrador de contrato que se acompaña como Anexo XII y que deberá ser firmado simultáneamente, con la firma de este contrato". Ese contrato se firmó por la partes y consta en el ramo de prueba de la parte actora, folios 377 a 380 inclusive, y en el ramo de prueba de tal parte demandada (documento nº 3), que se da por reproducido.- 4º.- Por escritura de 12 de junio de 1998, número 1.874, ante el notario de Madrid don J.A.G.S., se constituyó, por la sociedad "H., S.A.", sociedad mercantil unipersonal de responsabilidad limitada, con el nombre de "H.S.T.I., S.L.". En dicha escritura se nombran administradores representantes de la sociedad, siendo uno de ellos don M.C.Z.- 5º.- El 28 de octubre de 1998, por escritura número 3.278, ante el Notario de Madrid don J.A.G.S., se fusionan las sociedades "H.S.T.I., S.L.", "I.M., S.A.", "M. y C., S.A." y "S., S.A." mediante la absorción de las tres últimas por la primera.- 6º.- En acta de la Junta General Extraordinaria y Universal de la sociedad "H.S.T.I., S.L.", de fecha 29 de diciembre de 1999, se acordó cesar a don M.C.Z. como administrador de la sociedad, nombrando para sustituirle a don J.M.- 7º.- El actor venía percibiendo por la prestación de sus servicios la cantidad de 900.000 pesetas mensuales brutas, durante el año 1999. Todos los meses, al final de cada mes, se presentaba factura, en la que constan los honorarios profesionales, el I.V.A., descuento del I.R.P.F. y la nota de gastos. Forma de pago transferencia a la cuenta del actor en el B.A. de Vigo.- 8º.- Se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación, que resultó sin avenencia.- 9º.- El actor no ostenta ni ha ostentado durante el último año, cargo de representación sindical o laboral alguno".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que rechazando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, alegada por la parte demandada y estimando, como estimo la demanda planteada por don M.C.Z. contra la empresa "H.S.T.I., S.L.", debo declarar y declaro improcedente el despido realizado al mismo por la empresa demandada, y en su consecuencia, condeno a dicha empresa a que lo readmita en las mismas condiciones que existían antes del despido, o, a su elección le abone las siguientes cantidades: a) En todo caso, una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicios, 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 TREINTA Y DOS MILLONES CUARENTA MIL PESETAS (32.040.000).- 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 30.000 Ptas. 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 a su firmeza. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte 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 rechaza la excepción de incompetencia de jurisdicción, declara improcedente el despido del actor y condena a la empresa demandada, "H.S.T.I., S.L.", a que opte entre readmitir al trabajador o bien a indemnizarle en la cantidad de 32.040.000 ptas. con abono en ambos casos de los correspondientes salarios de tramitación. Y contra este pronunciamiento recurre la referida empresa articulando cuatro motivos de suplicación: el primero, con carácter principal, y los tres restantes de forma subsidiaria y para el caso de que no fuera acogido el principal. * Así, denuncia la recurrente, en primer término, infracción del art. 1.3.c) del ET y de la jurisprudencia que cita, por entender que concurre la excepción de incompetencia de jurisdicción que ya planteara en la instancia, pues -a su juicio- en la relación mantenida por el actor con la demandada cabe distinguir dos etapas: La primera, desde la constitución de "S., S.A", hasta la entrada en su accionariado de "H., S.A." (desde el 29 de agosto de 1975 hasta el 31 de julio de 1996), en que la relación del actor con la empresa es única y exclusivamente mercantil al faltar las notas de ajeneidad y dependencia, dado que su participación llega a ser del 70% de las acciones de la empresa. La sentencia de instancia, a pesar de haber recogido parte de estos hechos como probados, ni siquiera analiza estas cuestiones y computa esta etapa de forma íntegra como parte de la presunta relación laboral mantenida por el Sr. C. con la empresa, a pesar de su naturaleza claramente mercantil. El segundo período, representado por la compra por "H., S.A." de las acciones de "S., S.A." El mismo día de la venta de dichas acciones, se suscribe entre el Sr. C. y "S., S.A." (ya en manos de "H., S.A.") contrato mercantil de prestación de servicios, con un plazo de vigencia de hasta el 31 de diciembre de 1999, en virtud del cual el Sr. C. facturaría a la empresa sus servicios profesionales, por un importe que ascendía para el año 1999 a la cantidad total de

10.080.000 pesetas, distribuido en doce pagos iguales de 900.000 pesetas mensuales. La interpretación del Juez de lo Social vulnera la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada, entre otras, en las sentencias de 22.12.94, 21.01.91, 28.09.98 y 18.06.91, pues -a su juicio- sería absurdo calificar de relación laboral común la mantenida por el Sr. C. con "S., S.A." tanto antes como después de la entrada de "H., S.A." porque en todo caso esta persona fue siempre el director gerente de la compañía en el sentido más amplio. Por ello, en virtud de toda la doctrina antedicha, debe declararse la incompetencia del orden jurisdiccional social también para este segundo período analizado, con independencia de la existencia o no de un contrato de prestación de servicios entre las partes, dado que las cosas son lo que son, con independencia del "nomen iuris" dado por las partes. Por último, la situación no varía substancialmente con la desaparición de "S., S.A." al ser absorbida por "H.S.T.I., S.L.", en fecha 28.10.98, porque también en la nueva empresa, el Sr. C. es designado administrador y representante de la nueva sociedad y continúa con el desarrollo de las mismas funciones que había realizado hasta ese momento. Todo ello hasta el 31 de diciembre de 1999 en que, conforme a lo convenido en el contrato de arrendamiento de servicios anexo al de compraventa de acciones, se pone fin a dicha prestación y se le destituye como miembro del órgano de administración de la empresa, poniendo fin, según lo pactado, a una relación. * Subsidiariamente, y para el caso de que no fuese acogida la excepción de incompetencia de jurisdicción, formula la empresa demandada un segundo motivo de suplicación en el que, al amparo del art. 191.b) de la LPL, interesa la modificación de los hechos probados primero y segundo en el sentido que expresa en su escrito de recurso; y otros dos motivos -el tercero y cuarto- relativos al examen del derecho aplicado en los que denuncia (en el tercero), infracción de los arts. 1.1 y 56.1.a) del ET, por entender que la antigüedad del actor sería la de 31 de julio de 1996, fecha del contrato que suscribió con "S., S.A.", y no la recogida en la sentencia de instancia de 1 de abril de 1976. Y en el cuarto, infracción del art. 11 del RD 1.382/85, de 1 de agosto, en relación con el art. 1 del mismo texto legal, sobre la base de sostener que, dadas las funciones desarrolladas por el Sr. C. en la empresa, se trataría -en todo caso- de una relación laboral especial de alta dirección, sometida al régimen jurídico y de indemnizaciones previsto en el aludido Real Decreto.

SEGUNDO.- El planteamiento del recurso y la invocación específica de la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, que la sentencia recurrida rechaza, impone a la sala la necesidad de examinar de

nuevo tal cuestión, por ser materia que afecta al orden público procesal, apreciable incluso de oficio, resolviendo el recurso sin sujetarse a los concretos motivos de suplicación y a los específicos límites de la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada (aun cuando se acepte en lo fundamental), con pleno conocimiento (limitado a dicho fin) de las pruebas practicadas, y decidiendo con total independencia del poder dispositivo de las partes (SSTS 23.01.90, Ar. 197; 01.03.90, Ar. 1.743; 06.04.90, Ar. 3.117; 09.04.90 Ar. 3.430). En tal sentido, del examen de las actuaciones se desprende lo siguiente: 1.- El actor don M.C.Z., vecino de Vigo, fundó con otros tres socios, el 29 de agosto de 1975, la sociedad "S., S.A.", suscribiendo en ese momento el 32% de su capital social y siendo designado en dicha escritura presidente del Consejo de Administración y consejero delegado de la sociedad con todas las facultades previstas en los estatutos sociales a excepción de las indelegables. Posteriormente, tras sucesivos aumentos de capital, llegó a controlar y a ser propietario de un numero de acciones que representaban el 70% del capital social, habiendo ejercido el cargo de administrador único de la compañía desde el 10 de marzo de 1994 al 31 de julio de 1996. También desde el 1 de abril de 1976 figuró en el libro de matrícula de personal, con el cargo de director general, hasta el 30 de abril, siendo dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con fecha 1 de mayo de 1994. 2.- Con fecha de 31 de julio de 1996, se eleva a público el documento privado de compraventa de acciones, por el que la sociedad "H., S.A.", compra todas las acciones de la sociedad "S., S.A.", ante el notario de Madrid don J.J.R.M., cuyo documento se da aquí por reproducido. Tras la referida compraventa don M.C.Z. cesó como administrador único de la empresa "S., S.A.". En dicho contrato, figura con el número 8, la siguiente cláusula: "Obligaciones de permanencia de los directivos. El vendedor don M.C.Z. se obliga a seguir ocupando puestos de responsabilidad en "S., S.A." durante un período de tres años, en los términos que se establecen en el borrador de contrato que se acompaña como Anexo XII y que deberá ser firmado simultáneamente, con la firma de este contrato". Ese contrato, denominado de "arrendamiento de servicios profesionales", fue firmado en la misma fecha por el actor con la nueva representación legal de "S., S.A.", y en él se convino, entre otras cláusulas, que su objeto sería el desempeño por parte del profesional, del cargo y funciones de "Asesor Técnico Comercial", sin perjuicio de que existan otros u otras personas con el mismo cargo, dependiendo directamente del consejero delegado. En cuanto a su duración se convino que los servicios comenzarían a prestarse el día 1 de

agosto de 1996, y se extinguirán el día 31 de diciembre de 1999, sin necesidad de preaviso, siendo este día el último de la prestación de servicios, no procediendo en consecuencia indemnización alguna por su terminación. Respecto a su exclusividad, se pactó que salvo autorización escrita del consejero delegado de “S., S.A.”, el actor se comprometía a prestar sus servicios en exclusividad en el área de negocios de la sociedad no pudiendo, por tanto, suscribir contratos, de ningún tipo con otras entidades o personas individuales, competidoras o no de “S., S.A.” que actúen en el mismo campo en el territorio nacional. La forma de retribución fue la establecida en la cláusula tercera, dándose aquí por reproducido íntegramente dicho contrato en lo no transcrita (folios 377 a 380 del ramo de prueba de la parte actora, y doc. nº 3 del ramo de prueba de la parte demandada). A medio de escritura de 6 de agosto de 1996, la entidad “S., S.A.” representada por don J.L.S.P.A. vicesecretario del Consejo de Administración, confiere poder a favor del actor y dos personas mas, para que de forma mancomunada por dos de ellos, ejerciten las facultades que se le confieren y que aquí se tienen por reproducidas (folios 400 a 406 de las actuaciones). 3.- Por escritura de 12 de junio de 1998, número 1874, ante el notario de Madrid don J.A.G.S., se constituyó, por la sociedad “H., S.A.”, una sociedad mercantil unipersonal de responsabilidad limitada, con el nombre de “H.S.T.I., S.L.”. En dicha escritura se nombraron administradores representantes de la sociedad, siendo uno de ellos don M.C.Z., aunque sin ostentar cargo en el consejo de administración. Con fecha 19 de noviembre de 1998, y ante el mismo notario, la entidad mercantil “H.S.T.I., S.L.”, representada por don J.L.S.P.A. vicesecretario no consejero de la compañía, confiere poder, en las escrituras número 3.581 y 3.582, a las personas que se mencionan, entre ellas, el actor, para que en nombre de la sociedad y puedan ejercitar las facultades que se concretan en ambas escrituras y que aquí se dan por reproducidas (folios 408 a 412 y 413 a 417 de los autos). 4.- El 28 de octubre de 1998, por escritura número 3.278, ante el notario de Madrid don J.A.G.S., se fusionan las sociedades “H.S.T.I., S.L.”, “I.M., S.A.”, “M. y C., S.A.” y “S., S.A.” mediante la absorción de las tres últimas por la primera, continuando el actor desempeñando las mismas funciones que venía realizando en “S., S.A.” 5.- En acta de la Junta General Extraordinaria y Universal de la sociedad “H.S.T.I., S.L.”, de fecha 29 de diciembre de 1999, se acordó cesar a don M.C.Z. como administrador de la sociedad, nombrando para sustituirle a don J.M. Con efectos de 31 de diciembre de 1999 cesó también en la prestación de servicios derivada del contrato de 31 de julio de 1996. 6.- El actor venía percibiendo por la

prestación de sus servicios la cantidad de 900.000 pesetas mensuales brutas, durante el año 1999. Todos los meses, al final de cada mes, se presentaba factura, en la que constan los honorarios profesionales, el I.V.A, descuento del I.R.P.F. y la nota de gastos. Forma de pago transferencia a la cuenta del actor en el “B.A.” de Vigo.

TERCERO.- Planteada en los anteriores términos, la decisión sobre la excepción de incompetencia de jurisdicción lleva a la sala a la conclusión de que no puede ser acogida en base a las siguientes consideraciones: 1.- En primer término, durante la etapa comprendida desde la constitución de la empresa “S., S.A”, el 29 de agosto de 1975, hasta la adquisición de la totalidad de sus acciones por la entidad “H., S.A.”, el 31 de julio de 1996, la relación del actor con la primera de dichas empresas debe calificarse única y exclusivamente de mercantil al faltar las notas de ajeneidad y dependencia, dado que en la escritura de constitución fue designado presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado de la sociedad, llegando a tener posteriormente la propiedad y el control del 70% del capital social, y a ejercer el cargo de administrador único de la compañía desde el 10 de marzo de 1994 al 31 de julio de 1996. Por ello, de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial (STS 29 de septiembre de 1988, Ar. 7.143; 25 de julio de 1989, Ar. 5.916; 21 de enero de 1991, Ar. 65; 13 de mayo de 1991, Ar. 3906; y 22 de diciembre de 1994, Ar. 10.201), no cabe apreciar en tales casos la existencia de un vínculo laboral, dado que se está en presencia de una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que, en definitiva, se actúan directamente o mediante delegación interna. Se trata de una situación incardinable en el art. 1.3.c) ET que dispone la exclusión del ordenamiento laboral de «la actividad que se limite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que revistan forma jurídica de sociedad», condicionando expresamente la exclusión a que su actividad en la empresa sólo comporte «la realización de cometidos inherentes al cargo», que son precisamente los únicos que realizaba el actor desde marzo de 1994. 2.- Cuestión distinta es la relativa al contrato, denominado de “arrendamiento de servicios profesionales”, suscrito por el actor con la nueva representación legal de “S., S.A.” el mismo día en que tuvo lugar la venta de la totalidad de las acciones de dicha compañía -en la que el demandante controlaba el 70% del capital social- a la empresa “H., S.A.” Dicho contrato, pactado por el período comprendido entre el 1 de agosto de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1999,

establecía el compromiso del actor de desempeñar las funciones de “asesor técnico comercial” en régimen de exclusividad en el área de negocios de la sociedad, y “bajo la dependencia directa del consejero delegado” de la misma. Si a ello se añade el apoderamiento que la empresa “S., S.A.” confirió al demandante unos días después, la conclusión no puede ser la de calificar su relación como la propia de un trabajador asalariado en régimen común -como ha hecho la sentencia de instancia-, ni tampoco como una relación mercantil tal como se pretende en el recurso, sino como un supuesto de relación laboral especial del personal de alta dirección, al concurrir en la misma los presupuestos de “ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa” y vinculación del alto directivo a los “criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración” de la entidad titular de una empresa (art. 1.2 Decreto 1382/1985 de 1 de agosto), en este caso, el consejero delegado. Y esta situación no se altera con la posterior fusión por absorción de la empresa “S., S.A.” por la compañía mercantil unipersonal de responsabilidad limitada “H.S.T.I., S.L.”, ya que dicha fusión comportó la sucesión automática de la sociedad absorbente en la titularidad de cuantas relaciones jurídicas, créditos, deudas, acciones u operaciones en curso se integren o deriven del patrimonio de las sociedades extinguidas, entre ellas, el contrato suscrito por el actor con “S., S.A.” (art. 44 ET), quien continuó realizando las mismas funciones, siguió siendo retribuido en idéntica forma y a quien se otorgaron también poderes inherentes a la titularidad de la empresa absorbente, sin que ninguna transcendencia tenga en base el principio de la realidad, el hecho de que en sus retribuciones existiese I.V.A. ni que estuviera afiliado al RETA. Por otro lado, el hecho de que el demandante fuese, a la vez, miembro del consejo de administración de “H.S.T.I., S.L.”, no obsta en este caso a la subsistencia de su relación laboral especial de alto directivo, por las dos siguientes razones: la primera, porque su presencia en el consejo de administración de la sociedad absorbente lo era sin ocupar ningún cargo en dicho consejo, sin ser accionista de la compañía ni tener control alguno sobre la misma, dado que se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada de socio único cuyo titular exclusivo era la sociedad matriz “H., S.A.”, continuando, además, el actor sometido en su actuación a los “criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración”. Y la segunda, porque de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 25 de julio de 1989, Ar. 5.916; 25 de octubre de 1990, Ar. 7.714 y 13 de mayo de 1991, Ar. 3.906), en una misma persona pueden coincidir

las cualidades de Consejero puro y simple (y por supuesto, de accionista, aunque el actor en este caso no lo era) y trabajador común o sometido a la relación laboral especial de personal de alta dirección, cuando desarrolle actividades dentro de la propia organización empresarial que por sus características configuren una verdadera relación de trabajo, bien común o especial, siendo indudable que en tal supuesto, y por lo que afecta a su condición de trabajador en cualquiera de ambas modalidades, es competente este orden jurisdiccional social por imperativo de lo establecido en el art. 1 y 2.1.a) de la LPL y en el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CUARTO.- Las consecuencias de los anteriores razonamientos han de ser, por un lado, el rechazo de la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia invocada, con carácter principal, en el motivo primero del recurso. Por otro, la estimación parcial del motivo revisorio articulado de forma subsidiaria, por cuanto la sala ha fijado los hechos probados admitiendo en lo sustancial los de la sentencia de instancia y acogiendo también algunas de las modificaciones propuestas por la empresa recurrente. Y, finalmente, la estimación de los otros dos motivos subsidiarios de infracción jurídica, en el sentido de que la antigüedad a tener en cuenta no es la fijada indebidamente por la sentencia de instancia, sino la de 1 de agosto de 1996, fecha en que el demandante inició la prestación de servicios por el contrato especial de alta dirección suscrito el día anterior con “S., S.A.” y en el que posteriormente se subrogó la actual demandada “H.S.T.I., S.L.” Y que el cese del actor en la prestación de los servicios derivados del aludido contrato, con efectos de 31 de diciembre de 1999 (así se reconoce en demanda), no constituye despido alguno, sino finalización del contrato especial de trabajo por expiración del tiempo convenido en virtud de lo acordado por las partes, tal como se desprende de la aplicación del art. 6 del RD 1.382/1985, de 1 de agosto, en relación con el art. 49.1.a) y c) del ET, ya que el contrato fue pactado por el período comprendido entre el 1 de agosto de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1999, sin necesidad de preaviso y sin que proceda indemnización alguna por su terminación. Procede, por tanto, acoger en parte el recurso, revocar la sentencia impugnada y desestimar la demanda con absolución de la empresa demandada.

Fallamos

Que rechazando la excepción de incompetencia de jurisdicción y estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada “H.S.T.I., S.L.”, debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 27 de abril de

2000 dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, y con desestimación de la demanda de despido interpuesta por el actor don M.C.Z., debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a la referida demandada, por inexistencia de tal despido. Y dése a los depósitos constituidos el destino legal.

3072 RECURSO N° 4.518/00

S. S.

CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO: SE NON SE ALEGOU NIN SE APRECIOU DE OFICIO NA INSTANCIA, NON PODE ALEGARSE EN SUPLICACIÓN. SUCESIÓN DE EMPRESA. EXISTENTE. A EXTINCIÓN DO CONTRATO DUN TRABALLADOR MERECE A CONSIDERACIÓN DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a veintiocho de noviembre 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 4.518/00 interpuesto por la entidad mercantil “S.P.F., S.L.” y la empresa “F.B., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 256/00 se presentó demanda por doña M.D.C.S., doña M.I.R.F. y don C.A.A. en reclamación de DESPIDO siendo demandados la empresa “C.F., S.A.”, “F.B., S.L.”, “S.P.F., S.L.”, el fondo de garantía salarial y el liquidador, comisario y depositario de la quiebra de la “C.F., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 27 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: “1º.- Que los actores vienen prestando servicios con la antigüedad, categoría y salario mensual, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias, que a continuación se detallan: doña M.D.C.S. desde el 01.12.73, Ofic. 1ª Admón y salario de 270.770 pesetas, doña I.R.F. desde el 01.09.75, Ofic. 2ª Admón y salario de 252.000 pesetas y don C.A.A. desde el 01.04.81,

encargado y salario de 201.985 pesetas./2º.- Que en fecha 1 de marzo de 2000 les ha sido comunicado su cese a medio de carta del siguiente tenor: “Por la presente le comunicamos, que al día de hoy y en cumplimiento de mandato judicial, hemos firmado con la empresa “F.B., S.L.”, la entrega de patrimonio que había sido subastado en el juzgado número cinco de La Coruña. En dicha acta la mencionada empresa “F.B., S.L.” se obligó a la subrogación de la plantilla de esta empresa en sus relaciones laborales de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo la subrogación en los derechos y obligaciones laborales no le afectaron a usted, por haberlo excluido unilateralmente de la citada subrogación. En consecuencia al cesar “C.F., S.A.” en toda su actividad empresarial no es posible que usted siga prestando servicios para esta empresa, por lo que su relación laboral con nosotros queda rescindida desde este mismo momento, sin perjuicio de las acciones legales que a usted le correspondan”./3º.- Que la empresa “C.F., S.A.” se encuentra en situación de quiebra en virtud de auto de fecha 24.03.00 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de esta ciudad./4º.- Que los inmuebles e instalaciones de la “C.F., S.A.” fueron adjudicados a “S.P.F., S.L.” y a “F.B., S.L.”./5º.- Que en fecha 10 de noviembre de 1999 se extiende acta de entrega y toma de posesión de los bienes inmuebles de la “C.F., S.A.” en favor de “S.P.F., S.L.” al ser esta empresa adjudicataria en subasta judicial de los inmuebles, edificios e instalaciones sitos en el muelle del este y que pertenecían a la “C.F., S.A.” destinados a fábrica de hielo, cámaras frigoríficas y oficinas (Acta que obra unida a las actuaciones y cuyo contenido se da por reproducido)./6º.- Que ninguno de los actores ha ostentado la cualidad de representante de los trabajadores./7º.- Que se ha celebrado “sin avenencia” acto de conciliación ante el SMAC.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la excepción de “falta de legitimación pasiva” alegada y estimando la demanda interpuesta por doña M.D.C.S., doña I.R.F. y don C.A.A., contra las empresas “C.F., S.A.”, “F.B., S.L.”, “S.P.F., S.L.”, y el LIQUIDADOR, COMISARIO Y DEPOSITARIO DE LA QUIEBRA DE “C.F., S.A.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido, condenando a las empresas demandadas a que, en el plazo de cinco días, opten por la readmisión de los actores en sus puestos de trabajo o les indemnicen en las siguientes cantidades: a M.D.C.S. 10.659.706 pesetas, a doña I.R.F. 9.256.800 pesetas y a don C.A.A. 5.729.783 pesetas, más los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la presente resolución, respondiendo solidariamente las tres empresas