

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

demandadas, con absolución del liquidador, comisario y depositario de la quiebra de la “C.F., S.A.” y del Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que pudiera corresponder a este último”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte “S.P.F., S.L.” y “F.B., S.L.” siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este tribunal, se dispuso el pase de los mismos al ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren la sentencia de instancia – que declara improcedente el despido de los actores y condena solidariamente a las tres empresas demandadas –“S.P.F., S.L.” y “F.B., S.L.” en la siguiente forma: A) La primera empresa citada pide la desestimación de la demanda respecto de ella, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la revisión de los H.P. 5º y 6º y denuncia la infracción del art. 59.3 E.T., la del art. 44 E.T. y jurisprudencia que lo interpreta, y con referencias asimismo a un error en la apreciación de la prueba y al art. 24 C.E., al art. 27.2 L.P.L. y 54 y 53.3 E.T. Y B) La segunda empresa recurrente, “F.B., S.L.”, solicita que se la absuelva de la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia la infracción del art. 44 E.T. en relación con el nº 11 del Art. 51 del mismo texto legal, y con cita de diversas sentencias de T.S.J. y T.S.

SEGUNDO.- Interesa “S.P.F., S.L.” se añada al H.P. 5º lo siguiente: “Asimismo, en fecha 28 de febrero del presente año 2000, -es decir, un mes después de su constitución- “F.B., S.L.”, se hace cargo de la Unidad Productiva restante de la “C.F., S.A.”, extendiéndose un acta en donde la “C.F., S.A.”, hace depositario de los ordenadores y demás material de oficina que se hallan situados en los locales, despacho del director, despacho del jefe de administrativo y despacho de administración general, permitiendo su utilización provisional”. Invocándose al efecto la documental obrante a los folios 182 y 183, o 167 y 168, y 29 a 53, la adición procede en sus esenciales términos. Y es que la escritura de constitución de “F.B., S.L.” obrante a los folios 29 a 53 justifica que la misma se constituyó en 28.01.00; y a los folios 167 y 168 consta el acta de entrega y toma de posesión de determinados bienes de “F., S.A.” a “F.B., S.L.” en 28.02.00, a cuyo contenido ha de estarse en términos de H.P.

TERCERO.- Interesa el mismo recurrente se adicione a los H.D.P., como H.P. 6º, lo siguiente: “Al adquirir la unidad productiva “S.P.F., S.L.” en fecha 10 de noviembre de 1999, los demandantes no pasaron a formar parte de la plantilla de esta, no operándose la subrogación con respecto a ellos, que siguieron trabajando para la “C.F., S.A.” hasta que se hace cargo de la unidad productiva restante la codemandada “F.B.,

S.L.”. Invocándose al efecto la documental obrante a los folios 67 a 69, 64 a 66 y 173 y 174, la misma justifica que los actores siguieron al servicio de “C.F., S.A.” hasta que esta empresa les comunicó sus ceses mediante cartas con fecha 01.03.00, lo que así se recoge ya en el hecho probado segundo. Tal es lo único que procede declarar como H.P. 6º, posponiendo el 6º y 7º de la sentencia recurrida, obviando declarar lo relativo a que los actores “no pasaron a formar parte de la plantilla de esta, no operándose la subrogación con respecto a ellos...” por ser esencialmente valorativo-conclusivo e improPIO, como tal, de los H.P., declarándose ya en el H.P. 5º que en 10.11.99 “F.” entró en posesión de lo adquirido de “F.”.

CUARTO.- Al amparo del art. 191.c) L.P.L. alega “S.P.F., S.L.”, en primer lugar, la infracción del art. 59.3 E.T. Argumenta la parte en el motivo: “...entendemos que no se ha recogido en la debida forma en el acta de juicio, pero en las conclusiones del mismo se indicó que, a la vista de todas las actuaciones, en el peor de los casos, la acción de despido estaría caducada frente a mi mandante(sic), pues consta de forma más que sobrada que se hizo cargo de la unidad productiva el día 10.11.99, y a partir de esa fecha, el demandante ya sabía que... A pesar de lo expuesto, no es óbice para conocer del tema planteado, pues la caducidad, excepción de orden público procesal, que como tal puede ser apreciada de oficio...”.

QUINTO.- El art. 59.3 E.T. dispone que el ejercicio de la acción contra el despido caducará a los 20 días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Y si bien la apreciación de la caducidad de oficio es factible, en base al art. 24.1 C.E. y principios básicos que rigen el procedimiento, se considera imprescindible en todo caso para su apreciación en vía de recurso que en la instancia el juzgador hubiera suscitado la cuestión si las partes no lo hacen y se incorpore así al debate litigioso a fin de no originar la indefensión del demandante, que pudiera alegar (y tal es su derecho) hechos enervantes de la caducidad. Así lo dice la jurisprudencia: si no se invocó en la instancia la caducidad ni se estimó de oficio no puede analizarse en suplicación y/o casación puesto que constituye una cuestión nueva no debatida en la instancia y cuya admisión significaría vulnerar el principio dispositivo y de rogación que rige el proceso y colocaría al recurrido en situación de indefensión al atentar contra la igualdad de las partes litigantes (SS. T.S. 14.03.78, 244/82, 24.11.88, 30.05.90...). En este sentido, la S. TSJ de Asturias de 26.01.96 (As. 65) decía lo siguiente: “...sin que quepa acoger la tesis de la empresa en relación a la caducidad de la acción de despido que apunta en el escrito de impugnación del recurso y ello porque, al no haberse debatido esta cuestión en la

instancia ni recogido en la sentencia de oficio, la Sala no puede entrar a conocer de ello; el Tribunal Supremo en sentencias entre otras de 24 abril de 1982 (RJ. 1982, 2.513), 24 noviembre 1988 (RJ. 1988, 8.880) y 30 mayo 1990 (RJ. 1990, 4.522) sienta el criterio de que, en garantía de la plena efectividad del derecho a la defensa de la parte recurrida que podría verse seriamente limitada por la variación de los términos de la controversia litigiosa en el recurso, se niega la procedencia del examen de la caducidad del despido, si esta no ha sido objeto de debate en el acto de juicio o apreciado de oficio por el juzgador de instancia...”. En el caso presente, la propia empresa recurrente afirma que no alegó la caducidad de la acción de despido al contestar a la demanda, como así es (folio 189), y aunque en el recurso se dice haberlo hecho en conclusiones, si bien reconociendo que ello no se recogió en el acta es lo cierto que tal supuesta alegación no es que no aparezca reflejada en el acta de juicio sino que lo que consta en ella es que “las partes insisten en sus pretensiones...” (folio 190), lo cual es incompatible con la afirmación que ahora viene haciendo la recurrente; y en total armonía con ello, tampoco la dicha cuestión fue abordada en la Sentencia dictada en la instancia, a la que esta resolución no se refiere en momento y modo alguno. Por consiguiente el tribunal no puede entrar a examinar la caducidad alegada dado que al no aparecer debidamente invocada y planteada en la instancia (ni en juicio ni en sentencia), encierra una inadmisible cuestión nueva, según quedó anteriormente relacionado. Tanto más precisa su alegación y tratamiento en la instancia y con la debida audiencia desde el momento en que el despido es un acto receptivo, con eficacia para el trabajador desde que conoce la decisión extintiva empresarial adoptada expresa o tácitamente pero en todo caso de modo inequívoco, de tal manera que en el caso de autos la recurrente alega un despido tácito desde que se hizo cargo de parte de los bienes de “F.” con plazo desde esta fecha y hasta que se le notificó la demanda; pero en los H.P. no aparece acto de despido expreso sino el 01.03.00, no se declara la comunicación o el conocimiento oportuno por los actores de lo que refleja el H.P. 5º, se constata presentada la demanda el 30.03.00, se declara intentada conciliación (H.P. 7º) ...En suma, por las razones dichas se rechaza el motivo en que se invoca por “S.P.F., S.L.” el art. 59.3 E.T. y la caducidad de la acción de despido.

SEXTO.- Tampoco resultan acogibles las restantes denuncias que al amparo del art. 191.c) LPL se formulan en el recurso de “S.P.F., S.L.” (alegaciones 2ª, 3ª y 4ª); ni, asimismo, la que se articula con el mismo amparo procesal dicho en el recurso de “F.B., S.L.”, que es la infracción del art. 44.1 y 51.11 E.T. (en su motivo 1º y único). Entre otras cosas, “S.P.F.” argumenta en sus tres

alegaciones dichas lo esencial siguiente: “S.P.F., S.L., hizo la subrogación en la fecha ya mencionada -10.11.99- sin que afectase para nada a los demandantes, que siguieron trabajando para la “C.F., S.A.”, en el único centro de trabajo que esta tenía, y que, posteriormente, se lo adjudicó la codemandada “F.B., S.A.” Por esta razón, es por lo que no se puede aceptar el planteamiento que en la sentencia se realiza, pues es más que evidente que sólo podían trabajar, a la fecha de la segunda de las adjudicaciones, en el centro de trabajo del que se hizo cargo la codemandada, y sólo esta es la que deberá subrogarse en el trabajador en cuestión...”; que “Si adquiere la unidad productiva que restaba de la “C.F., S.A.”, deberá hacerse cargo de los trabajadores que esta tenía, sin que sea legal la exclusión de ciertos trabajadores, pues no puede por su cuenta y riesgo la codemandada, decir hasta que punto cumple con el contenido del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y hasta que punto no quiere hacerlo, según su libérrima voluntad...”; y que “Para terminar, dejar constancia de que mantener el pronunciamiento de la sentencia, no es sólo dar por bueno que una sociedad decida no cumplir con el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino que, además, es evidente que se le favorece con el incumplimiento, pues es palpable que el día 10.12.99, la demandada, estaba en contacto con los liquidadores para adquirir lo que restaba de la empresa, por lo que ha negociado un precio con los acreedores teniendo en cuenta las cargas sociales, entre las que incluye a los trabajadores, por supuesto...”. Por su parte, “F.B., S.L.” argumenta: “...si lo bienes adjudicados a “S.P.F., S.L.” estaban constituidos por la nave, instalaciones, oficinas... por aplicación de los preceptos mencionados, es evidente que los trabajadores que prestaban su trabajo en dicho centro, tenían que ser subrogados por la sociedad adjudicataria, ya que ésta, para el desarrollo de su actividad industrial necesita el trabajo propio de la administración... Por lo tanto, si se vende y adjudica un centro de trabajo en funcionamiento y que permite su continuidad, ello implica que la subrogación habrá de llevarse a efecto en la totalidad de los trabajadores adscritos a dicho centro, aunque los servicios administrativos de la empresa en liquidación puedan continuar siendo comunes para ambos centros, lo que no implica que no estén adscritos a aquel...”

SÉPTIMO.- Como ya ha tenido oportunidad de declarar este T.S.J. (S. de fecha 13.03.97), la adecuada garantía de estabilidad en el puesto de trabajo impone en nuestro ordenamiento jurídico un concepto objetivo de empresa, que pone el acento en la vinculación de los trabajadores no con la persona del empresario sino con el complejo organizativo de medios humanos y materiales que la empresa representa como

generadora de derechos y obligaciones laborales garantizadas por el art. 44 ET, de tal manera que mientras subsista la empresa como tal, el contrato de trabajo resulta inmune a los cambios de titularidad empresarial, y de ello es reflejo el citado en el art. 44 E.T., que prevé la continuidad de la relación laboral en los casos de novación subjetiva de la persona del empleador, abarcando con su amplia expresión “cambio de titularidad” cualquier tipo de transmisión, ya sea inter-vivos o mortis causa, bien se acentúe la nota de la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, o bien por el contrario se haga hincapié en la sucesión de la actividad (SSTSJ Galicia 10-marzo-94 AS 903 y 29-junio-95 AS 2.326, siguiendo criterio expuesto por STS 10.05.71). Asimismo respecto del art. 44.1 T.T., la S. Tribunal Supremo de 01.12.99 (Ar. 516) deja establecido lo siguiente: “...los acontecimientos constitutivos del cambio de titularidad de la empresa, o de alguno de sus elementos dotado de autonomía productiva, han de ser, siguiendo la formulación de la propia Ley española, actos “inter vivos” determinantes de una “transmisión” del objeto sobre el que versa (la “empresa” en su conjunto, un “centro de trabajo”, o una “unidad productiva autónoma”) por parte de un sujeto “cedente” que es el empresario anterior, a un sujeto “cesionario”, que es el empresario sucesor. La Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998 (LCEur 1998, 2.285), ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia...”; “...a ello debe añadirse siguiendo las propias precisiones de la Directiva 98/50/CE, y de conformidad igualmente con lo ordenado en el art. 44 del ET, que el objeto de la transmisión de empresa ha de ser “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados”, requisitos objetivos...”. En el caso presente, y según lo declarado probado, la empresa “C.F., S.A.”, que se encuentra en quiebra, traspasó su íntegra infraestructura, sus bienes e instalaciones, a las empresas “S.P.F., S.L.” y “F.B., S.L.” (H.P. 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.”); si bien cada una se hizo cargo de ciertos y concretos inmuebles e instalaciones (H.P. 5º), teniendo dos centros la empresa (se concluye que el centro sito en el... fue el adjudicado a “S.P.F.” y el de “S.D.” adjudicado a “B., S.L.”). De ello se deriva la existencia de una transmisión de empresa a insertar en el art. 44 del E.T. y con la oportuna subrogación, con el deber de asunción por parte de las adquirientes de la posición de empresa respecto de los actores, cuyas relaciones laborales continuaban a pesar de aquella transmisión. Y es que éstos venían prestando sus servicios para la

compañía transmitida –que era un todo- como personal administrativo, con funciones y actividad de tal que solo constan prestados en y para los dos centros existentes (con su correspondiente valor de H.P. se dice en el Ftº. Jurídico 2º de la Sentencia de Instancia: “...circunstancias expuestas que llevan a la conclusión al no resultar plenamente acreditado que los actores, personal administrativo de la empresa quebrada, prestasen servicios para un solo centro de trabajo de la “C.F., S.A.”), de los que con sus instalaciones y demás se hicieron cargo las dos codemandadas antes referidas y en la forma que explicitan los H.D.P.; las cuales, sin embargo, no asumieron -ninguna de ellas- la relación laboral de los actores prescindiendo de sus servicios, propiciando en suma que en fecha 01.03.00, y a través todavía de la empresa “C.F., S.A.” se les participase la extinción de sus relaciones de trabajo con aquella fecha y por derivación de que habían entregado en el propio día a “F.B.” el patrimonio subastado y que ésta empresa se había obligado a la subrogación de la plantilla de conformidad con el E.T. “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...”. En este contexto, no cabe oponer para impedir los efectos y las responsabilidades que derivan del art. 44 E.T. lo que argumentan las empresas recurrentes al amparo del art. 191.c) L.P.L. En concreto, resultan inviables de plano las alegaciones de “S.P.F.” en torno a la valoración de la prueba, alegación más propia de una revisión de los H.P. y en todo caso reconducible al contenido de los finalmente declarados y a partir de los mismos - exclusivamente los así declarados en la sentencia de instancia, con la revisión admitida en suplicación-, a la determinación de sus consecuencias jurídicas en términos de demanda, que es lo que hace el tribunal al hilo de la denuncia jurídica formulada; tampoco es posible admitir que se haya acumulado a la acción de despido cualquier otra acción, pues de lo que se trata es de determinar la empresa o empresas responsables del despido de los actores por virtud de la aplicación oportuna a los H.D.P. del art. 44 E.T. y demás preceptos correspondientes. Al igual que carece de trascendencia la alegación relativa a una supuesta indefensión que hace la misma parte antedicha, pues solicitándose en demanda también su condena, en juicio (Folio 189 Vtº.) se defendió como consideró oportuno, no alegando indefensión alguna... y argumentando exclusivamente sobre cuestiones de fondo y para obtener en función de ello su absolución respecto de la pretensión de demanda. Afirmada la existencia de una transmisión de la empresa en la que los actores venían trabajando en las condiciones que se declaran en el H.P. 1º, y

en el Ftº. Jurídico 2º de la Sentencia de Instancia, una vez operada la misma el nuevo empresario quedó también “subrogado” en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Y esto es lo que sucedió con los actores, cuyas relaciones de trabajo se mantenían vigentes con la empresa con la que estaban vinculados cuando tiene lugar la entrega de bienes a “S.P.F., S.L.” en 10.11.99 y que así continuaron hasta las comunicaciones de cese de 01.03.00, en cuya fecha también se habían entregado el resto de los bienes de la empresa a la otra adquiriente de su infraestructura “F.B., S.L.”, puesto que hasta el indicado día de 01.03.00 no hubo despido de la empresa como acto receptivo para los trabajadores, o valorable como tal y de forma, frente a ellos, que les vinculase a accionar en fecha anterior a la extinción que de sus relaciones laborales les notificó “C.F., S.A.” -su empresa y con la que hasta entonces mantenían el vínculo laboral- so pena de decaer en sus derechos frente a ella y/o las adquirentes de su infraestructura. De este modo, las empresas dichas pasaron a aunarse a la posición empresarial de “C.F., S.A.”, pues persistía aún, respecto de los demandantes, cuya vinculación como trabajadores era con el complejo organizativo que representaba esta empresa y que como tal, al margen de las vicisitudes que ocurrieron en cuanto a la persona del empresario, subsistió hasta las cartas de cese de fecha 01.03.00. Y así, mediante las aludidas cartas es lo cierto que les fueron comunicados a los demandantes sus definitivos ceses laborales (“...no es posible que usted siga prestando servicios para esta empresa, por lo que su relación laboral con nosotros queda rescindida...”) como decisión empresarial, de la empresa con la que tenían la vinculación laboral y con eficacia en lo relativo a sus relaciones de trabajo, que hasta entonces permanecían vivas y vigentes operando sobre ellas aquellas cartas. Subyaciendo en esta situación una sucesión empresarial, ya con materialización efectiva, resulta que las empresas que la protagonizaban no llevaron a cabo otra conducta que no fuera la de ratificar o asumir la decisión extintiva comunicada a los actores mediante aquellas cartas, pues ni les dieron trabajo ni les llamaron para reincorporarse...; postura que las mismas siguieron explicitando en el proceso, con olvido de que los actores, al margen de la actividad que pudieron desarrollar a partir de que el 10.11.99 “S.P.F., S.L.” se hace cargo de instalaciones de..., puramente inesencial a los presentes efectos y que además se muestra de liquidación de la empresa “C.F., S.A.” como tal (fue declarada en quiebra en 24.03.00), eran trabajadores indiferenciados de los centros de la empresa “C.F.”, trabajadores de esta empresa y sus centros como unidad, afectando a ambas empresas recurrentes y respecto a los mismos la subrogación operada por sus respectivas

adquisiciones de la infraestructura de la empresa, para la cual los actores prestaban servicios y con la que estaban objetivamente vinculados hasta que fueron despedidos. Y es que no asumieron sus obligaciones al efecto, en concreto al tiempo y ex post tal decisión extintiva. Por ello, las referidas empresas deben responder de los despidos como ha resuelto la sentencia de instancia en aplicación del art. 44 E.T., procediendo el rechazo de los motivos esgrimidos en los recursos vía art. 191.c) L.P.L. así como de las argumentaciones que los acompañan. Así pues, por las razones expuestas, y en lo oportuno por las de la sentencia de instancia, se confirma esta resolución, no apreciándose por el tribunal las vulneraciones denunciadas. Proceden costas (art. 233.1 L.P.L.) respecto del recurso de “F.B., S.L.”, por impugnado por codemandada con postura procesal en confrontación con la de aquélla.

Fallamos

Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por “S.P.F., S.L.” y por “F.B., S.L.” contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña de fecha 27.05.00 en Autos nº 256/2000, seguidos a instancia de doña M.D.C.S. y otros frente a las recurrentes y otros, confirmamos la sentencia recurrida. Se imponen a la recurrente “F.B., S.L.” las costas causadas por su recurso, que abarca la suma de 25.000 ptas. como honorarios del letrado de la parte que lo ha impugnado. Y dése a los depósitos constituidos el destino legal.

3073 RECURSO Nº 4.733/00

S. S.

ACOSO SEXUAL. CONCEPTO. EXISTE, Á VISTA DAS CIRCUNSTANCIAS DE FEITO. INDEMNIZACIÓN ADICIONAL. NON PODE COMPUTARSE O QUEBRANTO ECONÓMICO DERIVADO DA EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO E DA AUSENCIA DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO CANDO NON SE ACCIONOU POR DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

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. 4.733/00 interpuesto por demandante y demandadas contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO: Que según consta en autos se presentó demanda por M.J.C.C. en reclamación de tutela de derechos fundamentales siendo demandado J.C.R., la empresa “S.W.R., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 387/00 sentencia con fecha veintidós de julio de dos mil por el juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO: Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- La demandante doña M.J.C.C., mayor de edad y con D.N.I. núm..., prestó servicios para la empresa “S.W.R., S.L.”, dedicada a la actividad de alimentación, desde el día 23 de abril de 1998 con contrato suscrito con la citada empresa, categoría de reponedora y prestando servicios en el supermercado de dicha empresa sito en los números... de la C/..., siendo cesada el día 6 de junio por finalización del contrato; del 7 de junio al 6 de noviembre de 1999 prestó servicios como reponedora para la citada empresa en el supermercado sito en la C/..., mediante contrato suscrito con la empresa de trabajo temporal “T., S.L.”, siendo cesada por finalización de contrato. Desde el día 25 de octubre de 1999 hasta el 31 de marzo del presente año la demandante permaneció en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y, una vez que fue dada de alta, acudió a la empresa “S.W.R., S.L.” solicitando trabajo, suscribiendo con ésta el día 3 de abril nuevo contrato temporal por 6 meses de duración hasta el 2 de octubre del presente año, categoría de reponedora y un período de prueba de un mes, siendo cesada mediante carta de fecha 6 de abril con efectos desde esa fecha por no superar el período de prueba. La actora percibía un salario mensual prorratoeado de 124.528 ptas. Segundo.- El demandado don J.C.R., supervisor de los supermercados “S.W.R., S.L.” en Vigo, solía hacer comentarios soeces sobre las empleadas de los supermercados, entre ellas la actora, sobre su ropa interior e indicándoles la ropa que debían ponerse para ser más atractivas. En junio de 1999, cuando la actora bajaba de la oficina del supermercado, en la que se hallaba la segunda encargada doña M.C.I., por una escalera que exige hacerlo de espaldas, el Sr. C. la cogió por los glúteos, ante lo cual la actora dio un salto para alejarse de él; la segunda encargada no puso los

hechos en conocimiento de la dirección de la empresa. En días posteriores, estando la actora colocando unos botes de leche condensada, el Sr. C. se le acercó y le dijo que no los estaba colocando bien y que como castigo tenía que acostarse una noche con él. Tercero.- El día 3 de abril de este año la actora, tras firmar el contrato, trabajó durante todo la jornada de mañana y se fue a casa, donde comentó que con motivo de la firma del contrato del Sr. C. le había dicho que tenía que pasar una prueba sexual con él y con el encargado del supermercado, el Sr. M.V., circunstancia que no consta acreditada. Ese día por la tarde la actora no trabajó ni volvió a hacerlo pero fue al supermercado e indicó al encargado que dejaba de trabajar porque el puesto que le habían dado no era el que quería y que el Sr. C. la acosaba, circunstancia que el encargado comentó a éste que llamó a la actora por teléfono diciéndole que le pedía disculpas si en algo la había ofendido, si bien no reconoció ni negó los hechos que la actora le imputaba. Cuarto.- El Instituto Nacional de Empleo denegó a la demandante las prestaciones por desempleo y ésta y su padre mantuvieron una reunión con el Sr. L.G., delegado de “S.W.R., S.L.” en Pontevedra, en los locales de Comisiones Obreras para tratar de solucionar el tema de las prestaciones por desempleo de la actora. De nuevo tuvieron las mismas partes, junto con el Sr. C., una reunión en el “H.B.B.” para tratar el tema del desempleo. Y los tres primeros tuvieron una segunda reunión en Comisiones Obreras donde trataron el tema del desempleo de la actora y del acoso sexual a que ésta decía que era sometida por el Sr. C. Q.- Ante las manifestaciones de la actora de que era acosada sexualmente por el Sr. C., Sr. L.G., inició averiguaciones y, tras hablar con las partes y con otras personas relaciones con ellas y con la empresa, concluyó que no tenía motivos para dar por acreditadas las manifestaciones de la demandante. Sexto.- La actora demanda por acoso sexual y solicita una indemnización de 10 millones de pesetas, que se publique la condena en el centro de trabajo y que de cuenta de la misma a la Inspección de Trabajo y al Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando en parte la demanda interpuesta por doña M.J.C.C. contra la empresa “S.W.R., S.L.” y don J.C.R., debo declarar y declaro que los citados demandados vulneraron los derechos fundamentales de la actora a su dignidad e intimidad personal, así como a la libertad sexual, y los condeno, de forma solidaria, a que abonen una indemnización de 200.000 pesetas por los daños morales sufridos por la demandante, desestimando las demás pretensiones deducidas en la demanda, de las que

absuelvo a los citados demandados. En este procedimiento intervino como parte el Ministerio Fiscal.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia que estimó en parte la demanda rectora de los autos se alzan ambas partes solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones, y, comenzando por el recurso de los codemandados, primero en el tiempo y además porque su acogimiento implicaría la innecesidad de análisis del recurso de la parte actora, se insta, en primer lugar la revisión del relato fáctico, con amparo en el art. 191.b) LPL, al objeto de que del ordinal segundo se suprima, en parte, el primer inciso que dice: “El demandado don J.C.R., solía hacer comentarios soeces sobre las empleadas de los supermercados, entre ellas la actora, sobre su ropa interior e indicándoles la ropa que debían ponerse para ser más atractivas”; cita en apoyo de su pretensión el escrito de demanda folios 1 a 4 de los autos, alegando que en demanda no se efectúa tal imputación por lo que le produce indefensión tal extremo, al no poder defenderse del mismo y que tal afirmación es genérica e inconcreta. La parte actora, impugnante del recurso se opone a dicha supresión.

No se admite la revisión postulada por cuanto, la afirmación que vierte el juzgador de instancia, la ha obtenido de la valoración conjunta de la prueba tal como le autoriza el art. 97.3 LPL., sin que exista –ni se cita-, documento o pericia que demuestre el error del juzgador al realizar tal afirmación, sin que por otra parte pueda limitarse el debate a las estrictas afirmaciones contenidas en la demanda para limitar el contenido de la sentencia a tales alegaciones, pues la parte conoce exactamente con la demanda en que consiste la imputación que se le efectúa, -acosar sexualmente a la actora-, y de tal imputación puede defenderse aportando los medios de prueba que estime oportunos, incluso de carácter genérico destinados a acreditar la conducta habitual del demandado, pero aún más la referencia a la actitud del codemandado con otros productores aparece indicada –si bien por referencias-, en el hecho cuarto de la demanda, por lo que la afirmación judicial de la conducta del actor en su comportamiento habitual, no implica indefensión alguna para el mismo y permite en sede jurídica extraer las conclusiones oportunas como un

indicio mas a valorar, por ello se mantiene intacto el relato histórico.

SEGUNDO.- En sede jurídica, los demandados recurrentes, al amparo del art. 191.c) LPL denuncian la infracción del art. 4.2.e) LET, argumentando, en resumen, que sólo constan probados dos hechos concretos y aislados en el mes de junio, de contenido sexual, por lo que: dada la duración del contrato (abril 98 a octubre 99), que es la propia actora la que vuelve a la empresa a pedir trabajo el 31.03.00, que se firma el contrato el 03.04.00 comenzando a trabajar ese día por la mañana –sin incidente alguno en la jornada-, que es la actora la que abandona el trabajo (no acreditándose la imputación de acoso que efectúa), y que la demanda de conciliación no se produce hasta junio, estiman los recurrentes que, por si solos, aquellos dos actos no pueden ser considerados como constitutivos de acoso sexual pues ni existe actitud persistente ni reacción inmediata de la actora frente a aquella conducta.

Centrado así el debate, se ha de partir de que en el art. 4 LET se recogen los derechos laborales del trabajador, entre estos derechos resalta la consideración debida a la dignidad del trabajador, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual (art. 4.2, e), por otra parte, sobre el empresario recae el deber de vigilar que las circunstancias en que se realice el trabajo no mengüen la dignidad humana del trabajador, derecho éste de proyección constitucional (art. 10 de la Constitución), que ostenta este frente al empresario, y frente a los demás trabajadores. La doctrina científica que se ha ocupado del tema distingue entre “chantaje sexual” y “acoso sexual ambiental”, el primero se produce cuando el trabajador es requerido sexualmente, explícita o implícitamente, por el empresario o un superior jerárquico, con la promesa de experimentar una mejora, o la amenaza de sufrir un mal, en sus condiciones y expectativas laborales, en función de que acepte o no al requerimiento formulado; el acoso sexual ambiental se produce cuando el sujeto activo del acoso sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador, sin que tal contaminación del ambiente de trabajo conlleve una específica repercusión negativa en la permanencia en el trabajo o en las condiciones laborales. En los presentes autos se enjuicia la existencia de este segundo supuesto.

Esta sala, en S. de 23 de julio de 1994, definió el acoso sexual en el trabajo, como “la conducta de perseguir o fatigar a una persona ocasionándole molestias y trabajos mediante propuestas de naturaleza sexual que resultan ofensivas para la víctima”, y en cuanto a los requisitos exigidos para su existencia se estableció, en S. de 9 de

febrero 1995 (en resumen), que es precisa la concurrencia de dos elementos esenciales para afirmar la existencia de acoso sexual: 1º) una manifestación de claro contenido sexual o libidinoso, ya sea de forma física o de palabra, directa o a través de insinuaciones que claramente persigan aquella finalidad; y 2º) una negativa clara y terminante por parte de la persona afectada, al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del sujeto activo, (según matización de STCo. de 13.12.99).

En el supuesto enjuiciado, existen datos, en el relato de lo sucedido que revelan la concurrencia de los citados requisitos: a) no hay duda de que se produjo una conducta con tendencia libidinosa y, en concreto, un tocamiento (en junio), y comentarios verbales de tal naturaleza, al menos una vez también en junio por parte del codemandado, superior de la actora; b) también ha quedado claro que tal conducta no era deseada por la actora que se apartó violentamente del contacto físico y rechazó la propuesta de aquel; tal conducta fue lo suficientemente grave, por su intensidad y reiteración –ya que el codemandado incidía con habitualidad en comentarios soeces sobre las empleadas, sobre su ropa interior, vestimenta etc. siendo la actora objeto de dichos comentarios -, que es asumible que generó un entorno laboral hostil e incómodo, objetivamente considerado, para la víctima, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal, consecuentemente no incurre la resolución incurrida en el defecto imputado, sino que realiza recta aplicación de la norma invocada como vulnerada, por ello se desestima el motivo y por ende el recurso de los codemandados.

TERCERO.- La parte actora, con respeto del relato fáctico, en sede jurídica, al amparo del art. 191.c) LPL, denuncia como infringido el art. 180.1 LPL argumentando que la indemnización fijada en la resolución recurrida debe ser incrementada con otra que atienda al resarcimiento del daño material ocasionado a la actora, y que cuantifica en atención a la indemnización que le hubiere correspondido por despido improcedente mas el importe de la prestación por desempleo que no ha podido percibir al cesar voluntariamente en el trabajo, por causa del acoso sexual al que fue sometida, indemnización que fija en 311.320 ptas. y en 523.017 ptas. respectivamente, en total 834.337 ptas.

Esta sala tiene declarado, así S. de 17.02.95 que si bien es posible apreciar conjuntamente perjuicios materiales y morales, especialmente cuando

aquellos derivan de éstos, sin embargo cuando unos y otros se planteen en vías procesales independientes, con tratamiento específico en cada una de ellas debe declararse la improcedencia de tomar en cuenta a efectos indemnizatorios los daños materiales que pudieran derivarse de una eventual pérdida del puesto de trabajo, puesto que este aspecto sería objeto de indemnización, en su caso, con cargo al empresario y en el pleito sobre despido o rescisión de contrato a ejercitarse oportunamente, si a mayor abundamiento en el presente supuesto resulta probado que el empleador no despidió a la actora, la cesó por no superar el período de prueba sin que esta reclamara contra dicho cese, ni esta ejercitó acción de rescisión de contrato, no cabe ahora determinar una indemnización por daños materiales cuantificada en base a la pérdida del puesto de trabajo, máxime cuando atribuida dicha pérdida a la actitud del codemandado el primer día de trabajo, no logró acreditar las imputaciones que le efectúa consecuentemente tal cese ha de verse ajeno a la previa conducta de acoso, pues el nuevo contrato fue celebrado por la actora cuando la conducta de acoso ya había cesado y se había producido la extinción de la relación laboral durante la que se había producido; en cuanto a la indemnización por la pérdida de la prestación de desempleo, en primer lugar no consta acreditada la solicitud de la prestación de desempleo ni la denegación de la misma ni en su caso la impugnación de dicha decisión administrativa, de otra parte, debe correr igual suerte por cuanto desvinculado el cese de la actora de las imputaciones de acoso al iniciar la actividad laboral en el último contrato, solo cabe calificar tal cese de voluntario, subsidiariamente, sería la propia conducta de la demandante la que le coloca en tal situación por cuanto ni siquiera demandó frente al cese patronal por no superar el período de prueba, por todo lo cual se desestima el recurso planteado.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 202 LPL al confirmarse la resolución recurrida procede decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir y dése a las consignaciones efectuadas el destino legal. Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 233 LPL, procede imponer las costas del presente recurso a los codemandados recurrentes, condenándoles solidariamente al abono de 25.000 ptas. en concepto de honorarios de letrado de la parte actora impugnante del recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos los recursos de suplicación formulados, contra la sentencia dictada el 22.07.00 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo en autos nº 387-2000, sobre tutela de derechos fundamentales, por los codemandados J.C.R. y la empresa "S.W.R., S.L.", así como por la actora M.J.C.C. y en consecuencia confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Una vez firme esta resolución dése a las consignaciones efectuadas el destino legal y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir. Igualmente, procede imponer las costas del presente recurso a los codemandados recurrentes, condenándoles solidariamente al abono de 25.000 ptas. en concepto de honorarios de letrado de la parte actora impugnante del recurso.

3074 RECURSO N° 4.849/00

S. S.

CONTRATO DE OBRA OU SERVICIO DETERMINADO. É LÍCITA A SÚA UTILIZACIÓN NUNHA ADMINISTRACIÓN LOCAL PARA O DESENVOLVEMENTO DE PROGRAMAS FINANCIADOS CON CARGO A PRESUPOSTOS DOUTRAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS. O CESAMENTO CONSTITÚE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE SE DITOS PROGRAMAS E FINANCIAMENTO NON SE EXTINGUIRON.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

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. 4.849/00, interpuesto por doña M.J.F.F. y otras y el Ayuntamiento de Lugo, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.J.F.F., doña M.L.T.F., doña E.B.M., doña M.J.I.S., doña J.P.A., doña M.J.R.M., doña M.C.C.P., doña M.M.I.M., doña H.P.F. y doña M.S.R.R., en

reclamación de DESPIDO, siendo demandado Ayuntamiento de Lugo y la entidad Cruz Roja Española, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 353/00 sentencia con fecha 29 de junio 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: "1º) Las actoras en el procedimiento, doña M.J.F.F., con D.N.I..., doña M.L.T.F., con D.N.I. nº..., doña E.B.M., con D.N.I. nº..., doña M.J.I.S., con D.N.I. nº..., doña J.P.A., con D.N.I. nº..., doña M.J.R.M., con D.N.I. nº..., doña M.C.C.P., con D.N.I. nº..., doña M.S.R.R., con D.N.I. nº..., doña M.M.I.M., provista de D.N.I. nº... y doña H.P.F., con D.N.I. nº..., todas ellas mayores de edad y vecinas de Lugo, salvo doña M.S.R.R., vecina de..., han venido prestando servicios por cuenta y orden del codemandado Excmo. Concello de Lugo, con la categoría profesional de trabajadoras de familia todas ellas, salario bruto mensual de 195.000 ptas. con inclusión de la prorrata de pagas extras y centro de trabajo Centro de Servicios Sociales... Lugo, con antigüedades respectivas de: 30.03.98, 26.01.98, 26.12.97, 15.09.97, 12.01.98, 12.01.98, 16.09.99, 26.12.97, 26.01.98, 18.05.98.

2º) No consta ostenten o hayan ostentado las actoras en el año anterior al cese la condición de representante (s) legal (es) o sindical (es) de los trabajadores.- 3º) La relación laboral con todas ellas se estipuló mediante respectivos contratos de trabajo de duración determinada, en la modalidad de realización de una obra o servicio determinado, consistente en "la realización de las funciones establecidas en la Orden de 22.07.96, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio", salvedad hecha del concertado con doña M.J.I.S., en el que el objeto previsto lo fue "la realización de las tareas propias de categoría profesional, con especial dedicación en la atención, coordinación y control en los pisos de acogida municipales" (folio 265 útil). Las trabajadoras demandantes nunca desempeñaron funciones ajenas al objeto contractual.- En todos ellos se estipuló una duración anual (12 meses), salvo en el concertado el 16.09.99 con la actora doña M.C.C.P., registrado en la oficina de empleo de Lugo el día 17.09.99, en el que la duración pactada lo fue de 3 meses y 16 días, siendo prorrogado el 30.12.99 por 3 meses, hasta 31.03.00.- El celebrado con doña M.J.F.F. el 30.03.98, registrado en la Oficina de Empleo de Lugo el 31.03.98, fue objeto de 1ª prórroga el 30.03.99 por 6 meses, 2ª prórroga el 30.09.99 por 3 meses y 1 día y última el 30.12.99 por 3 meses, hasta 31.03.00.- El concertado doña M.L.T.F. de 26.01.98, registrado en la oficina de empleo de Lugo el mismo día, se prorrogó por vez 1ª el

26.01.99 por 6 meses, por 2^a vez el 26.07.99 por 6 meses y por último el 26.01.00 por 2 meses y 6 días, hasta 31.03.00.- Con doña E.B. se concertó el 26.12.97, se registró en la oficina de empleo de Lugo 3 días después, prorrogándose el 26.12.98 por 6 meses, el 26.06.99 por 6 meses y el 22.12.99 por 3 meses y 6 días, hasta 31.03.00.- El celebrado con doña M.J.I.S., de fecha 15.09.97 y registro el 17.09.97, fue prorrogado el 15.09.98 por 12 meses, el 15.09.99 por 3 meses y 16 días y el 30.12.99 por 3 meses, hasta 31.03.00.- Con doña J.P.A., se firmó el 12.01.98, se registró en la oficina de empleo de Lugo el 18 siguiente, prórrogas: 12.01.99 por 6 meses, 12.07.99 por 6 meses, y 12.01.00 por 2 meses y 20 días, hasta 31.03.00.- Con la actora doña M.J.R.M., ídem que con la precedente demandante Sra. P.A.- El concertado con doña M.S.R.R., de fecha 26.12.97 y registro 3 días después, fue objeto de una 1^a prórroga el 26.12.98 por 6 meses, de una 2^a por 6 meses, asimismo el 26.06.99 y el 22.12.99 de la última por 3 meses y 6 días, hasta 31.03.00.- Doña M.M.I.M. se firmó el 26.01.98, con registro de la misma fecha en la oficina de empleo de Lugo, y prórrogas: 26.01.99 de 6 meses de duración, 26.07.99 de 6 meses y última el 26.01.00 de duración 2 meses y 6 días, hasta 31.03.00.- 4º) A mediados de febrero de 2000 unas, principios de marzo de 2000 otras, reciben todas ellas comunicación empresarial escrita del tenor (sic): "Por medio da presente e para os oportunos efectos, notifícole que o vindeiro día 31 de marzo de 2000, remata a relación laboral que lle une a este concello, polo que, na indicada data deixará de prestar os seus servicios a esta entidade. Lugo, 1 de febreiro de 2000. O ALCALDE".- La medida que vencía el término contractualmente estipulado con cada trabajadora, y las respectivas prórrogas de sus contratos, las actoras iban recibiendo comunicaciones empresariales escritas individuales, de aviso de extinción de la relación laboral, del mismo o similar tenor que la arriba transcrita.- 5º) El 30.03.00 el CONCELLO DE LUGO y la CRUZ ROJA ESPAÑOLA suscriben convenio de colaboración para la prestación del servicio de ayuda a domicilio, obra en autos a los folios 53º a 62º útiles y se tienen aquí por incorporado y reproducido en su contenido, interesando destacar de su clausulado lo siguiente: "La CRUZ ROJA ESPAÑOLA prestará los servicios señalados, que serán desempeñados necesariamente por las trabajadoras (es) auxiliares de ayuda en el hogar. Estas/os trabajadoras (es) recibirán de la CRUZ ROJA la formación permanente necesaria para el desempeño de sus funcionarios y serán coordinados por un (a) trabajador (a) social de la CRUZ ROJA. La CRUZ ROJA ESPAÑOLA asumirá por su trámites reglamentarios al personal que actualmente presta estos servicios en el CONCELLO DE LUGO (en la actualidad

existen 17 trabajadoras de familia con contratos laborales de carácter temporal). Asimismo, y de cara a nuevas contrataciones, cobertura de bajas laborales por enfermedad y sustitución de vacaciones, dará preferencia a aquellas personas que estuvieran incluidas en programas de inserción promovidos desde el CONCELLO" (f.57º).- "además de los servicios básicos descritos en la cláusula anterior, la CRUZ ROJA ESPAÑOLA comprométese a prestar servicios de carácter complementario, que serán prestados por personal voluntario entendido como personas que prestan sus servicios de forma libre y desinteresada, apoyando la labora de los profesionales y sin sustituirles en su trabajo. Su elección, formación y organización correrá a cargo de la CRUZ ROJA, y estarán cubiertos por un seguro de responsabilidad civil (f.58º).- "En ningún caso la prestación del personal de ayuda en el hogar supondrá relación laboral ninguna con el EXCMO.CONCELLO DE LUGO, estando obligada la CRUZ ROJA ESPAÑOLA a cumplir todas las disposiciones vigentes en materia laboral y de seguridad social, así como a la cobertura correspondiente de la responsabilidad civil de su personal.- La organización para la prestación del servicio de ayuda en el hogar será competente de la CRUZ ROJA ESPAÑOLA, de acuerdo con las directrices técnicas del departamento de servicios sociales del CONCELLO, con los criterios generales siguientes: 1.- La recepción de la demanda y valoración de los casos las realizarán las (os) trabajadoras (es) sociales del CONCELLO así como el diseño de la intervención y la asignación de las tareas que se consideren oportunas, evaluando en coordinación con los profesionales responsables de la CRUZ ROJA. En todo caso, será de responsabilidad municipal la propuesta de intervención, modificación o finalización del servicio, determinando las características de éste y el tiempo necesario de atención.- 2.- Asignado el servicio, el departamento municipal de Servicios Sociales comunicará el inicio a la Cruz Roja por escrito, determinando: 2.1 El beneficiario del servicio.- 2.2 El informe social de la situación del beneficiario.- 2.3 La propuesta de intervención" (folio 59º).- "La CRUZ ROJA ESPAÑOLA dará las instrucciones precisas a su personal con objeto de cubrir las prestaciones que se le asignen, siendo la responsable de realizar las propuestas de distribución de las/los trabajadoras (es), horarios, etc., siempre en función de los criterios más generales que los responsables municipales susciten, tratando de que existan los menores cambios en la atención al usuario con el fin de evitar desorientaciones y desajustes en la intimidad familiar" (f. 60º).- "El CONCELLO podrá, en su futuro, establecer un convenio para el servicio de TELEASISTENCIA con la CRUZ ROJA ESPAÑOLA, a razón de 20.000 ptas. por

usuario y año “ (f.61º). Consistente éste en apoyo inmediato al usuario vía telefónica cuando ante situaciones imprevistas o de emergencia pida ayuda, recordatorio de visitas médicas, toma de medicación...- “El presente convenio tendrá una vigencia de doce meses, contados desde el día de su suscripción, y se prorrogará por iguales períodos en el caso de que no exista denuncia expresa de una de las partes en el plazo de dos meses antes de su vencimiento inicial o de cualquiera de sus prórrogas.- El presupuesto económico para realizar el servicio de ayuda en el hogar aportado por el CONCELLO DE LUGO asciende al importe de 34.750.000 ptas.- El precio unitario por hora efectiva de prestación del servicio, con todos los gastos e impuestos incluidos, se fija en 1.390 ptas.- La CRUZ ROJA ESPAÑOLA presentará mensualmente una relación en la que se detalle el número de horas reales de prestación del servicio y, con la conformidad previa de los responsables municipales, el CONCELLO abonará su importe en los dos meses siguientes a su presentación.- Para la ejecución del servicio de ayuda en el Hogar, la CRUZ ROJA ESPAÑOLA cuenta con organización, medios personales, técnicos, etc. suficientes para atender una media de 25.000 horas(año, que se incrementarán de ser necesario el aumento del servicio o requerirse para su correcto funcionamiento y existir disponibilidad presupuestaria” (f.62º).- 6º) En el mes 03/00 el CONCELLO DE LUGO contaba con una plantilla de 760 trabajadores, repartidos del modo siguiente: * 466 Funcionarios de Carrera; * 3 Funcionarios de Empleo; *291 Laborales, de ellos 106 Fijos y 185 Temporales.- El número de trabajadores que tenía formalizado contrato de obra o servicio determinado con el CONCELLO, para la prestación del servicio de ayuda a domicilio y que finalizaron su prestación de servicio el día 31.03.00, era de 15 (f. 63º útil).- 7º) Dada la asunción convenida con el CONCELLO por la CRUZ ROJA del personal laboral temporal (17 trabajadoras de familia) que venía prestando en el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LUGO tales servicios de ayuda a domicilio, el último informó de los trámites y gestiones que se estaban realizando al comité de empresa y mantuvo reuniones informales con las trabajadoras, informándolas un responsable municipal de que estaban negociando con CRUZ ROJA ESPAÑOLA para que ésta las admitiera en las mejores condiciones salariales posibles.- El Secretario de la CRUZ ROJA ESPAÑOLA en reunión mantenida con las trabajadoras de familia temporales, les expuso en líneas generales sus condiciones de trabajo en esta entidad, unas 98.000 ptas. brutas mensuales, seguridad social correspondiente, jornada partida o no según necesidades, 40 horas semanales, 1 mes de vacaciones, contratación temporal por

obra o servicio determinado, antigüedad de 01.04.00... 8º) Las diez demandantes, como no vieran convenir a su derecho las citadas condiciones, no se incorporaron el 1-4-00 a prestar servicios en la CRUZ ROJA ESPAÑOLA, si que lo hicieron 5 de las 17 trabajadoras de familia, Sra. P.R.V., M.S.Q., M.E.G.L., M.C.C.L. y doña M.M.P.C. (folio 64º útil y confesiones judiciales de nueve de las diez actoras).- 9º) Las restantes dos trabajadoras de familia, que han depuesto en autos como testigos, doña M.B.V. y doña C.V.V., tampoco aceptaron pasar a integrarse en la plantilla de CRUZ ROJA ESPAÑOLA, y como sus contratos (o prórrogas de éstos) vencieron luego de 31.03.00, también tienen interpuesta ulterior reclamación previa ante el EXCMO. CONCELLO DE LUGO, en los mismos términos que los de la actual demanda.- 10º) Doña M.M.I.M. se encuentra en situación de IT contingencias comunes desde 08.02.00 por “hiperemésis gravídica”, con sospecha de amenaza de aborto diagnosticada por su Ginecólogo.- 11º) Las actoras accedieron a su respectivo PT temporal en el CONCELLO DE LUGO tras superar el correspondiente proceso selectivo. Recientemente, 01.05.00, se ha anunciado procedimiento selectivo (concurso-oposición) por el CONCELLO DE LUGO para cubrir temporalmente diversas plazas en éste, entre ellas una de auxiliar de hogar, y otra de trabajadora social, requiriendo el concello a los aspirantes como titulación imprescindible para poder optar a ellas la respectiva de Certificado de Escolaridad y de Título de Trabajador Social.- 12º) Con fecha 30.08.96 se suscribe convenio de cooperación entre la Xunta de Galicia (Consellería de Sanidade e Servicios Sociais) y el CONCELLO DE LUGO para la prestación de los servicios sociales de atención primaria.- Obra en autos a los folios 189º a 196º útiles, y por obvias razones de brevedad se da aquí por incorporado en su íntegro contenido.- 13º) Por Órdenes de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais da Xunta de Galicia de fechas 16.12.96, 11.03.98 y 30.12.98, publicadas en DOG con fechas respectivas 13.01.97, 25.03.98 y 15.01.99, se regulan las ayudas de la Comunidad Autónoma de Galicia para el mantenimiento, realización de programas e inversiones destinadas a la prestación de servicios sociales por las Corporaciones Locales.- En base a ellas, y a las correspondientes solicitudes del CONCELLO DE LUGO, se conceden a éste por la Xunta de Galicia las siguientes ayudas por el específico concepto de ayuda al hogar: * Al amparo de la Orden de 16.12.96: 23.550.000 ptas. por Resolución del Conselleiro de Sanidade e Servicios Sociais de data 23-abril-97.- * Bajo la cobertura de la Orden de 11.03.98: 24.000.000 ptas. por Resolución de fecha 5-agosto-98.- * Al amparo de la Orden de 30.12.98: 24.000.000

ptas., en virtud de Resolución de data 9-junio-99 (Folios 145º a 188º útiles y 413º a 436º de autos).- 14º) El servicio de ayuda en el hogar y el de pisos de acogida a mujeres maltratadas, entre otros, forman parte de los servicios sociales del CONCELLO DE LUGO, y siguen estando a fecha de hoy subvencionados por la Xunta de Galicia (folio 475º útil).- 15º) El artículo 28.3) del Convenio Colectivo Único de aplicación al personal laboral del CONCELLO DE LUGO, prevé: “En caso de despido improcedente y dentro del plazo señalado legalmente, una vez dictada la sentencia oportuna por la Magistratura de Trabajo, se constituirá una Comisión Mixta compuesta por tres representantes del Comité de Empresa y tres en representación de la Corporación, quienes en total paridad estudiarán los condicionamientos que motivaron el despido, siendo necesaria para la indemnización una postura unánime de dicha comisión. De no producirse tal unanimidad, se procederá a elevar o a adoptar la solución por la que, en su caso, opte el trabajador”.- 16º) Como consecuencia del convenio de 30.03.00 entre el CONCELLO DE LUGO y la CRUZ ROJA ESPAÑOLA, el 1º precisó efectuar una modificación del presupuesto general de 2000, vía transferencia de crédito, disminuyendo el crédito existente en la partida presupuestaria 315.1.130 y aumentándolo en la partida 315.1.489, por el importe correspondiente al resto del año (folios 438º, 448º, 479º y 489º).- 17º) Con fecha 04.04.00 presentaron las hoy demandantes reclamación previa ante el CONCELLO DE LUGO (folios 9º a 16º y 460º a 474º útiles). Hasta la fecha no consta hayan recibido las actoras contestación o resolución expresa.- 18º) La actual demanda, contra el CONCELLO DE LUGO y la CRUZ ROJA ESPAÑOLA, fue repartida a este Juzgado de lo Social el día 16-mayo-2000, luego de su presentación y registro ante el decanato de los de Lugo con data 11.05.00.- Se ha agotado correctamente la vía previa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la pretensión subsidiaria de la demanda sobre despido, deducida por doña M.J.F.F., doña M.L.T.F., doña E.B.M., doña M.J.I.S., doña J.P.A., doña M.J.R.M., doña M.C.C.P., doña M.S.R.R., doña M.M.I.M. y doña H.P.F., contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LUGO y la CRUZ ROJA ESPAÑOLA, desestimando las excepciones de caducidad de la acción y falta de conciliación previa hechas valer por esta última Entidad, debo declarar y DECLARO LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO operado por el CONCELLO DE LUGO respecto de las diez demandantes, y, en su consecuencia condeno al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LUGO a que, en el plazo de cinco días desde la notificación de la

sentencia, opte entre la readmisión de las trabajadoras accionantes o el abono a las mismas de una indemnización respectiva de QUINIENTAS OCIENTA Y CINCO MIL PESETAS (585.000 PTAS), SEISCIENTAS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTAS CINCUENTA PESETAS (637.650 PTAS), SEISCIENTAS SESENTA Y UNA MIL CINCUENTA PESETAS (661.050 PTAS), SETECIENTAS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTAS CINCUENTA PESETAS (742.950 PTAS) SEISCIENTAS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTAS VEINTICINCO PESETAS (646.425 PTAS), SEISCIENTAS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTAS VEINTICINCO PESETAS (646.425 PTAS), CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTAS CINCUENTA PESETAS (157.950 PTAS), SEISCIENTAS SESENTA Y UNA MIL CINCUENTA PESETAS (661.050 PTAS), SEISCIENTAS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTAS CINCUENTA PESETAS (637.650 PTAS) Y QUINIENTAS CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTAS SETENTA Y CINCO PESETAS (546.975 PTAS), entendiéndose que de no optar la empresa por la readmisión o por la indemnización procede la primera, y, además, en uno y otro caso, al pago de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, y que hasta la fecha de la presente resolución y a razón de 6.500 ptas. diarias de sueldo ascienden a la suma de QUINIENTAS OCIENTA Y CINCO MIL PESETAS (585.000 PTAS) para cada una de las diez demandantes.- Caso de optar en el plazo legal antes referido el CONCELLO DE LUGO por la indemnización, deberá aportarse al tiempo certificación del Sr. Secretario de la Corporación Local en el sentido de que ésta fue la opción/postura unánime de la Comisión Mixta a la que alude el artículo 28.3) del Convenio Colectivo aplicable, B.O.P. de Lugo nº 22, 28-enero-92.- SE ABSUELVE de los pedimentos de la demanda rectora de la litis a la entidad CRUZ ROJA ESPAÑOLA, por falta de legitimación pasiva de ésta”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Ante la sentencia de instancia –que declaró improcedente el despido de las diez demandantes, con condena del ayuntamiento de Lugo y absolución de la Cruz Roja Española-, formuló recurso de suplicación, tanto el citado ayuntamiento, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que se adicione al hecho probado quinto de aquélla que “como consecuencia de dicho

convenio, la prestación directa del servicio de ayuda a domicilio por parte del ayuntamiento de Lugo terminó el 31 de marzo de 2000, y, desde esa fecha, la Cruz Roja pasó a prestar el servicio en el término municipal de Lugo”; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 15.1.a) del mismo texto y de la jurisprudencia, que los interpreta; como las actoras, por la vía del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, alegando infracción de los artículos 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- No es viable el primer motivo del recurso, planteado por el ayuntamiento de Lugo, pues, del análisis del contenido de la adición fáctica, que con él se pretende, se desprende que tiene un claro matiz valorativo, y ello obsta su posibilidad, dado que no encaja en un motivo, cual es el previsto en el apartado b) del artículo 191 del TRLPL, que tiene como único objeto revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

TERCERO.- A efectos de resolver el segundo motivo de recurso, planteado por el ayuntamiento de Lugo, y el formulado por las demandantes, es conveniente hacer constar: a) que las Administraciones Pùblicas Locales pueden acudir a los contratos de trabajo temporales, en la modalidad de obra o servicio determinado, para realizar tareas de “auxiliar de ayuda de domicilio”, mientras exista financiación de las correspondientes Comunidades Autónomas, pues concurren los requisitos establecidos en los artículos 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2.104/1984, ya que la singularidad que el servicio tiene respecto al ayuntamiento, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención -así lo ponen de relieve las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre, 18 y 28 de diciembre de 1998, etc, al analizar supuestos análogos al que aquí se plantea, referentes al servicio de ayuda a domicilio, señalando que es uno de los generales, establecidos normalmente en la normativa de las Comunidades Autónomas, y que los ayuntamientos realizan dentro de los planes de descentralización previstos con el régimen de ayudas y subvenciones que se concedan a dichos entes locales-; b) que resultó acreditado, con relación al tema debatido -ya que así se expone, sin contradicción, entre otros extremos, en la relación fáctica de la sentencia de instancia-, que las actoras vinieron prestando servicios por cuenta del ayuntamiento de Lugo, con la

categoría profesional de trabajadoras de familia, mediante contratos de trabajo, de duración determinada, en la modalidad de realización de una obra o servicio determinado, consistente en “la realización de las funciones establecidas en la orden de 22.07.96, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio” -excepto una de ellas, doña M.J.I.S., con relación a la que objeto previsto fue “la realización de las tareas propias de su categoría profesional, con especial dedicación en la atención, coordinación y control en los pisos de acogida municipales-; hasta que, a mediados de febrero unas, y a principios de marzo otras, de 2000, recibieron comunicaciones escritas, notificándoles que el 31 de marzo de dicho año, finalizaban las respectivas relaciones laborales; c) que, en fecha 30 de marzo de 2000 -que se corresponde con la del día anterior al notificado a las actoras como el del punto final de sus correspondientes relaciones laborales-; siguiendo vigentes el convenio de cooperación, suscrito el 30 de agosto de 1996, entre la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia y el ayuntamiento de Lugo, para la prestación de los servicios sociales de atención primaria; las ordenes de dicha consellería, regulando las ayudas de la Comunidad Autónoma de Galicia para el mantenimiento, realización de programas e inversiones destinadas a la prestación de servicios sociales por las Corporaciones Locales; y las ayudas de la Xunta al Ayuntamiento, por el específico concepto de ayuda al hogar y pisos de acogida a mujeres maltratadas; el ayuntamiento de Lugo y la Cruz Roja Española, suscribieron un convenio de colaboración para la prestación del servicio de ayuda a domicilio, en el que, entre otros extremos, se hizo constar, que “la Cruz Roja Española prestará los servicios señalados, que serán desempeñados necesariamente por las trabajadoras (es) auxiliares de ayuda en el hogar...”, que “la Cruz Roja Española asumirá por sus trámites reglamentarios al personal que actualmente presta estos servicios en el Concello de Lugo (en la actualidad existen 17 trabajadoras de familia con contratos laborales de carácter temporal)...”, que “en ningún caso la prestación del personal de ayuda en el hogar supondrá relación laboral ninguna con el Excmo. Concello de Lugo, estando obligada la Cruz Roja Española a cumplir todas las disposiciones vigentes en materia laboral y de seguridad social, así como a la cobertura correspondiente de la responsabilidad civil de su personal...”, etc.; y d) que las diez demandantes, no aceptaron las condiciones, que les impuso la Cruz Roja Española, para incorporarse a prestar servicios en ésta el 1 de abril de 2000, entre ellas percibir un salario aproximado de 90.000 pesetas brutas mensuales, Seguridad Social correspondiente, jornada partida o no según necesidades, 40 horas semanales, un

mes de vacaciones, contratación temporal por obra o servicio determinado, antigüedad de 01.04.00... muy distintas, algunas de ellas, a las que venían percibiendo, pues su salario bruto mensual era de 195.000 pesetas, y su antigüedad databa, según los casos, de los años 1997, 1998 y 1999-.

CUARTO.- Sostiene el ayuntamiento demandado, en el segundo motivo del recurso, que el cese de las actoras, contratadas temporalmente en la modalidad de obra o servicio determinado, el día 31 de marzo de 2000, no constituyó un despido, sino extinción de sus contratos, al amparo del artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, por haber expirado el tiempo convenido y haberse realizado el servicio para el que las contrató; pero, por la sala, no puede compartirse tal apreciación, porque los contratos temporales de obra o servicio determinado –que no puede pasar desapercibido que, aunque su ejecución está limitada en el tiempo, su duración es, en principio, incierta (artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores)-, concertados entre el ayuntamiento demandado y las actoras, no habían quedado extinguidos, como exige el artículo 49.1.c) del citado estatuto, por la realización de la obra o servicio objeto de los mismos, cuando, la entidad local, unilateralmente, lo decidió, el 31 de marzo de 2000, dado que, por una parte, la prestación del servicio de ayuda a domicilio, para el que habían sido contratadas, seguía vigente en esa fecha, con autonomía y sustantividad propia, en cuanto dependiente de los dos factores ajenos al ayuntamiento, de los que dependía la duración: el concierto con la Administración Autonómica y la concesión de las correspondientes subvenciones; y, por otra, carecía de trascendencia, a estos efectos, que, coincidiendo con esa fecha, hubiere aparecido en escena, suscribiendo un contrato con la entidad local, para realizar dicho servicio, la Cruz Roja Española, pues si ello sucedió así fue, no porque hubiere terminado el concierto con la Xunta de Galicia y hubiere cesado la correspondiente subvención por parte de ésta; sino porque el ayuntamiento, por propia conveniencia, así lo quiso, sin contar con las personas con las que lo tenía concertado –entre ellas las demandantes, que, haciendo uso de sus derechos, no quisieron pasar a formar parte de la plantilla de la Cruz Roja Española, al ofrecerles ésta unas condiciones laborales, notoriamente inferiores a las que venían disfrutando.

QUINTO.- Fundamentan su recurso las demandantes en que, como el servicio, para el que habían sido contratadas, tenía el carácter de primario, básico y permanente dentro de las actividades propias del ayuntamiento; y como concertaron un trabajo con éste para desempeñar un contrato de estas características; tienen el carácter de fijas, y, por lo tanto, no son susceptibles de extinción sus relaciones laborales,

por término o conclusión del servicio; y, por lo tanto, las extinciones de sus contratos, constituyen, o bien un despido colectivo, en el supuesto de alcanzarse los umbrales numéricos, que contempla el artículo 51 del ET, o bien, en otro caso, un despido objetivo; procediendo, ante ello, declarar la nulidad de las extinciones contractuales y condenar al ayuntamiento a readmitirlas, con abono de los salarios de tramitación; pero, tampoco en este caso la sala puede compartir tal argumentación, ya que, partiendo de lo que ya se expuso en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, ni cabe considerar que el servicio contratado sea primario, básico y permanente dentro de las actividades propias del ayuntamiento, cuando, según se desprende de la normativa de la Xunta de Galicia, que se cita en la relación fáctica de la sentencia de instancia, el servicio de ayuda a domicilio era uno de los generales de los servicios sociales de la Xunta de Galicia, que los ayuntamientos realizaban dentro del plan de descentralización, previsto, con el régimen de ayudas y subvenciones que concedía; ni procede considerar a las demandantes trabajadoras fijas, cuando, según se deduce, igualmente, de lo expuesto en dicho fundamento de derecho, la naturaleza jurídica de sus respectivas relaciones laborales con el ayuntamiento, como derivadas de la celebración de contratos temporales de obra o servicio determinado; no ofrece duda.

SEXTO.- Todo lo anterior lleva a la desestimación de los dos recursos de suplicación planteados, y a la confirmación del fallo de la resolución impugnada. Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación de los recursos de suplicación, planteados por el ayuntamiento de Lugo, y por doña M.J.F.F. y otras, contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. magistrado-juez de lo Social nº 1 de Lugo, en fecha 29 de junio de 2000; debemos confirmar y confirmamos, el fallo de la misma. Se impone al ayuntamiento de Lugo las costas del recurso por el planteado, con inclusión de los honorarios de los letrados impugnantes, que se fijan, en cada caso, en la suma de 50.000 pesetas.

3075 RECURSO N° 3.284/97

S. S.

RESPONSABILIDADE EN ORDE ÁS PRESTACIÓN. INCAPACIDADE PERMANENTE PARCIAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABALLO. DESCUBERTOS CONTINUADOS DA EMPRESA. SUCESIÓN DE EMPRESA. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA DA

SUCESORA, PREVIO ANTICIPO DA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABALLO E ENFERMIDADES PROFESIONAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintinueve 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 3.284/97, interpuesto por “G., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 433/96 se presentó demanda por Mutua “F.”, en reclamación de Incapacidad por accidente siendo demando el “G., S.A.”, “G.M.G., S.A.”, don J.G.G., Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha diez de abril de mil novecientos noventa y siete por el juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- El trabajador codemandado J.G.G., nacido el día 19.09.43, viene prestando servicios para la empresa codemandada “G.M.C., S.A.” y ello con la categoría profesional de Oficial de 3^a taller y una base reguladora a efectos de accidente de trabajo de 4.371 ptas./día, y el día 25.02.94 sufrió un accidente de trabajo al sobrevenirle una lumbalgia de esfuerzo, causando baja con dicha fecha y alta con secuelas el 29.03.94, el 13.09.94 vuelve a causar baja por recaída siendo intervenido quirúrgicamente por hernia discal. 2º.- Que tramitado ante el Instituto Nacional de la Seguridad social el correspondiente expediente, la Mutua propuso al Instituto Nacional de la Seguridad Social la declaración de invalidez permanente en el grado de parcial para la profesión habitual, con indemnización a tanto alzado a cargo de la empresa por estimar la mutua que existe responsabilidad empresarial. 3º.- Que con fecha de 26.04.96 el Instituto Nacional de la Seguridad social dictó resolución declarando al trabajador J.G.G. afecto de invalidez permanente en el grado parcial, con derecho a percibir una indemnización a tanto alzado en cuantía de

3.147.120 ptas., cuyo pago deberá serle efectuado por la Mutua “F.”. 4º.- Que contra la anterior resolución interpuso la Mutua escrito de reclamación previa solicitando que se declare responsable del pago de la indemnización a tanto alzado a la empresa “G.M.C., S.A.”, dada su situación de descubierto en las cotizaciones a la Seguridad Social desde enero de 1991, reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 31.05.96. 5º.- Que según certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social de fecha 20.09.96, la empresa “G.M.C., S.A.” mantiene una deuda correspondiente al período del 1/91 al 9/94 de 268.966.516 ptas. 6º.- Que con fecha de 12.09.95 se procedió por la Unidad de Recaudación Ejecutiva a la notificación de subasta de bienes inmuebles a la empresa “G.M.C., S.A.”, autorizada por el Director Provincial de la Seguridad Social, señalando como fecha de subasta el 10.10.95, siendo los tipos de la subasta: lote único 103.096.841 ptas. (1^a licitación) y 77.322.631 ptas. en la 2^a licitación, habiéndose adjudicado los bienes muebles por 48.500.000 ptas. (y un valor de tasación de 145.490.000 ptas.) al adjudicatario “C. y S.G., S.L.”. 7º.- Que según consta en laudo arbitral que la empresa “G., S.A.” se constituyó el 29.10.94 y el 01.03.95 integra personal procedente de la empresa “G.M.C., S.A.” reconociendo la antigüedad ostentada en la anterior empresa a este personal y el 01.04.95 se da alta en esta última empresa a la mayor parte de personal de los trabajadores de “G.M.C., S.A.” y adquiriendo algunos de los activos de “G.M.C., S.A.”, pero no la totalidad de los activos, no constando que ambas empresas tengan accionariado común. Que la empresa “G.M.C., S.A.” desapareció con la integración en la sociedad anónima “G., S.A.”. 8º.- Se presentó demanda ante esta jurisdicción social con fecha de 18 de junio de 1996. 9º.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del procedimiento, a excepción del término para dictar sentencia, dado el excesivo volumen de asuntos existentes en este juzgado, así como la existencia de asuntos urgentes de carácter preferente”.

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 por la codemandada “G., S.A.” y estimando la demanda interpuesta por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social número 61 “F.” contra la empresa “G.M.C., S.A.”, empresa “G., S.A.”, don J.G.G., Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social debo declarar y declaro la responsabilidad principal del abono de la prestación de invalidez en grado de

parcial que corresponde al trabajador J.G.G. a la empresa “G.M.C., S.A.”, con la responsabilidad solidaria de su sucesora empresa “G., S.A.” y la mutua patronal tras cumplir su obligación de anticipar el pago de la prestación queda subrogada en los derechos del beneficiario también frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social subordinada a que resulte la insolvencia de las empresas”.

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, después de desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva, alegada por la codemandada “G., S.A.”, declara que la responsabilidad principal del abono de la prestación de incapacidad parcial que corresponde al trabajador J.G.G. a la empresa “G.M.C., S.A.” con la responsabilidad solidaria de su sucesora empresa “G., S.A.”, y la mutua patronal tras cumplir su obligación de anticipar el pago de la prestación queda subrogada en los derechos del beneficiario también frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social subordinada a que resulte la insolvencia de las empresas. Este pronunciamiento se impugna por la empresa codemandada “G., S.A.”, la que construye el primero de los motivos de suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, formulando dos peticiones revisoras: una, que al hecho probado 2º de la sentencia se adicionen las siguientes expresiones: “...“G., S.A.” y subsidiariamente el propio INSS...”, de modo que el mencionado hecho probado quede redactado así: “2º.- Que tramitado ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social el correspondiente expediente, la mutua propuso al INSS la declaración de invalidez permanente en el grado de parcial para la profesión habitual, con indemnización a tanto alzado a cargo de la empresa “G., S.A.” y subsidiariamente el propio INSS por estimar la mutua que existe responsabilidad empresarial”, y otra, que se suprima en el hecho probado 7º la expresión “que la empresa “G.M.C., S.A.” desapareció con la integración en la Sociedad Anónima “G., S.A.”. Se accede a la primera de las revisiones, a la vista del escrito de reclamación previa, que obra a los folios 78 y 79 de las actuaciones –invocado por la recurrente en apoyo de tal petición.- En cuanto a la segunda, no se acepta, al no citarse por la recurrente medio de prueba alguno, idóneo a tal

fin –documental o pericial-, que pudiera fundamentarla, incumpliendo, de este modo, lo preceptuado en los arts. 191, letra b) y 194.3, ambos de la Ley Rituaria Laboral.

SEGUNDO.- Con sede en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral, en el primero de los motivos dedicados a censura jurídica, se achaca a la sentencia recurrida evidente infracción, por aplicación indebida, del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 6.4 y 7.1 del Código Civil y arts. 96 y 97 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Decreto 2.065/74, de 30 de mayo; por estimar, esencialmente: a) que es totalmente refutable la argumentación del juzgador de instancia, en cuanto a la falta de legitimación pasiva de la recurrente, alegada por ésta, de que es sucesora de la empresa “G., S.A.”, al no contemplar la demanda, en el relato fáctico, una conclusión mínimamente razonable de la existencia de sucesión empresarial en la que funde el aserto plasmado en tal sentido; b) que existe aplicación indebida de los arts. Citados de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, aplicable por razones de derecho intertemporal, con arreglo a los que la responsabilidad directa del pago de la prestación de incapacidad permanente parcial es de la propia mutua, y que no cabe duda –cita las sentencias de este tribunal de 12.04.96 y 31.05.96- de que la reiteración en los descubiertos deriva en responsabilidad empresarial, pero en caso de insolvencia de la empresa habrá de responder el I.N.S.S. y la T.G.S.S., cual resulta en el caso presente, al inferir que “G., S.A.” bien podría ser insolvente provisional por la venta de sus bienes muebles en pública subasta; c) que si bien el citado art. 97.2 de la L.G.S.S. de 30 de mayo establece la responsabilidad solidaria de las deudas, en caso de sucesión de empresa, del cessionario, ha de apreciarse previamente que los bienes muebles de “G., S.A.”, son subastados por débitos a la Seguridad Social que ascienden a 268.965.516 ptas. aún cuando la juzgadora cite indebidamente el período a que corresponde el débito, la Tesorería aportaría a la mutua las cantidades percibidas en la subasta, a los efectos de recuperar ésta los descubiertos de primas; estando comprendido dentro del período de descubierto la contingencia de A.T. y E.P., por lo que la demandante tenga recuperadas cuotas que determinarían la obligación de atender a la responsabilidad impuesta por el I.N.S.S.; y por otro lado, añade la recurrente, la mutua demandante no ha procedido a anticipar el abono de la prestación de I.P.P. para ejercitar los derechos que le asisten como subrogada, si bien habría de resarcirse del I.N.S.S. y la Tesorería como responsables subsidiarios, sin pretender el abono de una empresa ajena.

En el segundo de los motivos destinados al examen de infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia, la recurrente se limita a hacer una serie de consideraciones sobre la inexistencia de sucesión empresarial, por falta de los requisitos fijados por la doctrina legal –siendo de resaltar la afirmación que hace de que la recurrente se constituye en 24.09.94 y por evidentes criterios políticos es “obligada políticamente” (condiciones impuestas para acceso a subvenciones) a recoger a parte del personal de “G., S.A.”, de lo que no cabe inferir una sucesión empresarial, ni aparente ni probada, invocando el art. 3.1 del Código Civil para interpretar el art. 44 del E.T.- por estimar que no ha existido cambio de titularidad, sino nacimiento de una nueva empresa, con personalidad jurídica independiente, distinto accionariado, por nuevas aportaciones de también nuevos socios, dedicada a un objeto social distinto y desligada totalmente de “G.M.C., S.A.”. Citan las sentencias de esta sala de 18 y 27 de julio de 1994 y el art. 38 de la Constitución. Y en el tercero, y último, de los motivos dedicados al examen del derecho aplicado en la sentencia, la recurrente simplemente aduce –sin cita de norma jurídica o doctrina jurisprudencial alguna- que no es empresa asociada a “F.”, puesto que cuando ocurre el accidente (25.02.94) no había sido constituida, perteneciendo el accidentado a la plantilla de “G., S.A.” y que si bien a posteriori le integra en su plantilla, por la razones, dice, de corte político antes expuestas, las responsabilidades del accidente en cuanto a la indemnización de secuelas se retrotraen a la fecha del accidente, de lo que no tiene que hacer frente por no existir relación laboral con el actor (sic).

TERCERO.- La única cuestión planteada en el recurso, gira alrededor de si la responsabilidad del abono de la prestación por incapacidad permanente parcial que corresponde al trabajador codemandado J.G.G. debe imponerse con el carácter solidario que proclama la sentencia recurrida, o si, por el contrario, la empresa que recurre no debe asumir la carga-deber que en el pronunciamiento se le impone. El dilema debe resolverse a favor de la tesis mantenida por el juzgador de instancia, ya que si el antes nombrado trabajador, en resolución del codemandado Instituto Nacional de la Seguridad Social, de fecha 26 de abril de 1996, ha sido declarado afecto de incapacidad permanente, en el grado de parcial, derivada de accidente de trabajo ocurrido el día 25 de febrero de 1994, con derecho a percibir una indemnización a tanto alzado de tres millones ciento cuarenta y siete mil ciento veinte pesetas, cuyo pago deberá serle efectuado por la demandante, mutua “F.”; mientras que el fallo objeto de recurso declara la responsabilidad principal del abono de la indicada

prestación a la empresa, también demandada, “G.M.C., S.A.” –responsabilidad esta que había sido solicitada por la mutua actora, en la reclamación previa que formuló frente a la resolución que reconoció la incapacidad permanente antedicha, que fue desestimada-, por descubiertos en la cotización a la Seguridad Social, durante el período comprendido entre el mes de enero de 1991 al de septiembre de 1994, ascendiendo la deuda a 268.966.513 ptas., pronunciamiento este que no ha sido impugnado, siendo, por tanto, firme. Y señalándose en el mismo la responsabilidad solidaria de la empleadora que recurre; fundamentándose esta última responsabilidad por el juzgador de instancia en la sucesión empresarial asumida por la recurrente, ex. art. 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 127.2 L.G.S.S. Siendo esta responsabilidad, como antes queda dicho, la que configura toda la temática litigiosa en este trámite procesal. Debiendo, como queda apuntado, compartirse el criterio que mantiene el “iudex a quo”; teniendo en cuenta, primordialmente, como se describe en el hecho probado séptimo de la sentencia recurrida que la empresa “G.M.C., S.A.” desapareció con la integración en la sociedad anónima “G., S.A.”; sin olvidar que en el propio hecho probado se afirma, así bien, que esta última integró personal procedente de aquella, reconociendo la antigüedad ostentada en la anterior empresa.

CUARTO.- Por todo lo que queda expuesto, procede rechazar la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del suplicado, con los efectos jurídicos-procesales previstos en los arts. 202.3 y 4 y 233.1, ambos de la Ley de Trámites Laboral. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “G., S.A.” contra la sentencia de fecha diez de abril de mil novecientos noventa y siete, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Vigo, en proceso promovido por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales “F.”, frente a la recurrente, la empresa “G.M.C., S.A.”, don J.G.G., el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Se decreta la pérdida del depósito necesario que la recurrente ha constituido para recurrir, manteniéndose el aseguramiento –aval- que ha prestado, a la que, asimismo, se condena a que abone a la parte contraria la cantidad de veinticinco mil pesetas, en concepto de honorarios de su abogado que ha actuado en el recurso.

3076 RECURSO N° 4.680/00

S. S.

CALENDARIO LABORAL. SEN TERSE ACORDADO, A EMPRESA ANUNCIA CON UN DÍA DE ANTELACIÓN QUE O SEGUINTE LABORABLE SERÁ DE COMPENSACIÓN E, POR TANTO, NON SE TRABALLARÁ. *MORA ACCIPIENDI. MALA FE NA NEGOCIACIÓN POR AMBAS PARTES. DESESTIMACIÓN DE CONFLICTO COLECTIVO.*

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

A Coruña, a treinta 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. 4.680/00 interpuesto por don E.A.A. y otros contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don E.P.P., don L.F.M.C., don J.L.P.P., doña E.R.G., doña P.A.A. y don J.R.G.B. en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandada la empresa “C.C.E., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 358/00 sentencia con fecha 14 de julio de dos mil por el juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Don E.P.P., con D.N.I. número..., don L.M.C., con D.N.I. número..., don J.L.P.P., con D.N.I. número..., doña E.R.G., con D.N.I. número..., doña P.A.A., con D.N.I. número... y don J.R.G.B., con D.N.I. número..., todos ellos mayores de edad, como miembros del comité de empresa de “C.C.E., S.A.” plantearon la presente demanda de conflicto colectivo, que afecta a toda la plantilla de la empresa (50 trabajadores)./ 2º.- Las partes, representantes de los trabajadores y empresa vienen negociando el “calendario laboral”, intentando llegar a un acuerdo. Esta negociación se viene realizando desde el año pasado. Para el mes de enero de este año se llegó a un acuerdo (parcial) y se continuó negociando

para fijar el calendario definitivo./ 3º.- El día 3 de febrero la empresa expone una nota de servicio (nº 5/00) haciendo saber que el día siguiente, 4 de febrero, será día de compensación para todo personal de los turnos complementarios a los fines de semana. Dicha nota se expuso al finalizar el turno de 6:30 a 14:30 horas. Los trabajadores comparecieron a trabajar el día 4, diciéndoles la empresa que no era día de trabajo; no obstante permanecieron en las dependencias de la empresa a instancia del comité./ 4º.- El comité de empresa por su parte, publicó la nota informativa siguiente: “El comité de empresa reunido el día 1 de febrero con la dirección de la misma, le transmitió que al no haber acuerdo en el calendario laboral, el viernes día 4 todo el personal tiene que trabajar ya que es un día laborable en todos sus efectos.- ante la nota publicada por la empresa, el comité no acepta la misma, con lo cual asume toda la responsabilidad y se reserva las acciones legales que en su momento tanga que llevar a cabo.- El comité informará al personal de los cambios que se lleven a cabo”. Dicha nota no tiene fecha./ 5º.- La inspección de trabajo giró visita de inspección a la empresa el día 4 de febrero, requiriendo a susodicha empresa para que en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 1/95 (ETT) procederá a establecer el calendario laboral para este año 2000, con inclusión de los días de compensación aplicable a la plantilla./ 6º.- El mismo día 4 la empresa publica la nota de servicio nº 6/00, comunicando que los calendarios están expuestos en el tablón de anuncios. En el de febrero figura señalado como día de compensación el 4 de febrero. La Inspección de Trabajo, ante la denuncia presentada por el miembro del comité, don E.P.P., informó sobre el requerimiento hecho a la empresa, que debía fijar y poner en conocimiento de los trabajadores los horarios de trabajo y los días de compensación, conforme al convenio colectivo. Y que había sido requerida para que se abstuviese de fijar, con carácter general, los días de compensación con premura de tiempo como ocurrió el día 4 de febrero de 2000./ 7º.- El día 11 de febrero se realizó la reunión ordinaria del mes, con orden del día, en el que figuraba punto 10º calendario laboral, que dice: “Se revisará por ambas partes las anomalías existentes en los calendarios que entregó la empresa e hizo públicos en los tablones de anuncios, puesto que en algunos de ellos, no aparece la totalidad de los días de vacaciones, se revisará por parte de la empresa.- La empresa indica con respecto a la reclamación del complemento por cambio de vacaciones, del turno de fin de semana, que está dispuesta a que este punto sea sometido a una mediación por parte del AGA asumiendo lo que este organismo decida.- Con respecto al día 4, en el que vino la gente a trabajar, y la empresa no le dio trabajo la

empresa dice que este día fue de compensación; después de intercambiar varias opiniones al respecto, la empresa sigue manteniendo su criterio”./ 8º.- El artículo 23 del convenio colectivo vigente dice: “JORNADA LABORAL. La jornada laboral será de 40 horas semanales de trabajo efectivo distribuidas en jornadas diarias de 8 horas de lunes a viernes.- con objeto de que el cambio de jornada semanal realizado en 1995 de 38,33 a 40 horas y de la jornada diaria de 7,666 a 8 no suponga incremento de la jornada laboral considerada en cómputo anual, se disfrutarán DOCE días laborables de lunes a viernes, que serán fijados en el calendario laboral correspondiente, disfrutándose preferentemente los puentes naturales y el resto en épocas de baja demanda de trabajo.- La jornada anual para 1999 será de 1.696 horas. La que corresponde a 2000 será de 1.680 horas.- Durante la vigencia del presente Convenio, las paradas para tomar el bocadillo no se computarán como trabajo efectivo”./ 9º.- Se intentó conciliación entre el Servicio de Mediación, Arbitraxe e conciliación que resultó sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: que desestimando la demanda planteada por don E.P.P., don L.F.M.C., don J.L.P.P., doña E.R.G., doña P.A.A. y don J.R.G.B., como miembros del comité de empresa, contra “C.C.E., S.A.”, debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones de la demanda”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Los demandantes recurren la sentencia de instancia que desestimó su acción por conflicto colectivo, y solicitan con amparo procesal correcto examinar el derecho que contiene, por entender que infringe los artículos 34.6, 82.1, 2, 3 del estatuto de los trabajadores (ET) y 23 del convenio colectivo de empresa, pues en el ámbito de las negociaciones del calendario laboral para el año 2000, la empresa decidió unilateralmente que el día 04.02.00 sería de compensación y lo notificó a los trabajadores el día anterior.

SEGUNDO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1) Desde finales de 1999, las representaciones de la demandada “C.C.E., S.A.” y de sus trabajadores negocian el calendario laboral del año 2000; llegaron a un acuerdo para el mes de enero y siguieron las negociaciones para el resto del año. 2) El 03.02.00, al finalizar turno de 6,30 horas a 14,30 horas, la empresa

publicó la nota nº 5/2000, haciendo saber que el día siguiente lo sería de compensación para todo el personal de los turnos complementarios a los fines de semana. 3) La representación social publicó la siguiente nota: “El comité de empresa reunido el día 1 de febrero con la dirección de la misma, le transmitió que al no haber acuerdo en el calendario laboral, el viernes día 4 todo el personal tiene que trabajar ya que es un día laborable a todos los efectos. Ante la nota publicada por la empresa, el comité no acepta la misma, con lo cual asume toda la responsabilidad y se reserva las acciones legales que en su momento tenga que llevar a cabo. El comité informará al personal de los cambios que se lleven a cabo”. La nota no tiene fecha. 4) El 04.02.00 los trabajadores acudieron a trabajar; la empresa les comunicó que no era día de trabajo, no obstante permanecieron en su dependencias a instancia del comité de empresa. 5) El 04.02.00 la inspección visitó la empresa y le requirió para establecer el calendario laboral ese año, con inclusión de los días de compensación aplicables a la plantilla. 6) El 04.02.00 la empresa publicó la nota nº 6/2000, haciendo saber la exposición de los calendarios en el tablón de anuncios; en el de febrero, el día 4 figura como de compensación. 7) El 11.02.00 las partes celebraron la reunión ordinaria mensual; con respecto al punto 10º (calendario laboral) se consigna: “Se revisará por ambas partes las anomalías existentes en los calendarios que entregó la empresa e hizo públicos en los tablones de anuncios, puesto que en algunos de ellos, no aparece la totalidad de los días de vacaciones, se revisará por parte de la empresa. La empresa indica con respecto a la reclamación del complemento por cambio de vacaciones, del turno de fin de semana, que está dispuesta a que este punto sea sometido a una mediación por parte del AGA asumiendo lo que este organismo decida. Con respecto al día 4, en el que vino la gente a trabajar, y la empresa no le dio trabajo la empresa dice que este día fue de compensación; después de intercambiar varias opiniones al respecto, la empresa sigue manteniendo su criterio”. 8) El 17.04.00 la inspección informó, respecto de la denuncia formulada contra la demandada por un miembro del comité de empresa, sobre el requerimiento para fijar y poner en conocimiento de los trabajadores los horarios de trabajo y los días de compensación conforme al convenio colectivo, y que la empresa fue requerida para abstenerse de fijar con carácter general los días de compensación con premura de tiempo como ocurrió el 04.02.00.

TERCERO.- Los datos objetivos reseñados llevan a desestimar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- La fijación del calendario laboral se integra en las facultades de dirección y organización empresarial, prevista en

los artículos 5.c) y 20 ET, sin perjuicio de las limitaciones legales (art. 34 ET) o pactadas (art. 23 de convenio) sobre el particular. 2ª.- La incidencia litigiosa no surge una vez establecida la jornada de trabajo, de modo que la decisión de la empresa no implicó una alteración del calendario preestablecido, sino antes, es decir, durante las negociaciones -frustradas- para la fijación del correspondiente a los meses de febrero a diciembre de 2000; en este ámbito, la normativa aplicable (arts. 34.6 y 69.4, 9, 11 ET; disposición adicional tercera Real Decreto 1.561/95 de 21-9, Jornadas especiales de trabajo) no impone la necesidad de acuerdo entre las partes de la relación laboral, limitándose a atribuir a la representación social la emisión del informe respectivo. 3ª.- En el proceso negociador, empresa y trabajadores no observaron la buena fe que informa las relaciones laborales: a) La demandada porque, aunque entendamos que el día acordado de compensación se aproximó, por recaer en viernes, a las exigencias del artículo 23 de convenio ("...se disfrutarán doce días laborales de lunes a viernes... disfrutándose preferentemente los puentes naturales y el resto en épocas de baja demanda de trabajo"), publicó la decisión litigiosa un día antes de su efectividad en lugar de hacerlo con la suficiente antelación para que sus destinatarios pudieran planificar adecuadamente el descanso. b) La representación social porque, a su instancia, los trabajadores acudieron y permanecieron en las instalaciones de la empresa la jornada de no actividad, a pesar de haber conocido la decisión discutida al menos tres días antes de su vigencia, cual se infiere de la nota del comité de empresa recogida en el apartado 3) de nuestro fundamento segundo, circunstancia que debió concluir en la inactividad y, en su caso, en la posterior reclamación que tuvieran por conveniente. Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de don E.A.A. y otros contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Vigo, de 14 de julio de 2000 en autos nº 274/2000, que confirmamos.

3077 RECURSO N° 4.694/00

S. S.

INCONGRUENCIA INTERNA DA SENTENCIA. ESTIMACIÓN PARCIAL DO RECURSO. PLUS DE PENOSIDADE. CRITERIOS PARA A SÚA CONCESIÓN. PERSOAL LABORAL Ó SERVICIO DA XUNTA DE GALICIA.

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

A Coruña, a treinta 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. 4.694/00 interpuesto por CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don A.V.I. y otros en reclamación de PLUS PENOSIDAD siendo demandado CONSELLERÍA DE SANIDADE E S.S. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 167/96 sentencia con fecha veintiséis de julio de dos mil por el juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Probado que los demandantes prestan servicios en la Residencia de Ancianos "N.S.M.", sita en..., de la provincia de Orense, y dependiente de esta consellería, con la antigüedad, categoría profesional y salario bruto mensual siguientes: 1. A.V.I., desde el día 01.12.81, categoría profesional de subgobernante. 2. F.I.S., desde el día 01.07.70, con la categoría profesional de Oficial de 1ª mantenimiento. 3. A.T.B., desde el día 01.10.69, con la categoría profesional de Oficial de 1ª mantenimiento. 4. J.R.A.R. desde el día 29.09.95, con la categoría profesional de Oficial de 1ª conductor. 5. M.B.L.R., desde el día 07.12.95, con la categoría profesional de Oficial de 2ª de cocina. 6. D.G.S., desde el día 10.06.85, con la categoría profesional de peón especializado. 7. C.B.N., desde el día 03.04.95, con la categoría profesional de auxiliar de clínica. 8. A.F.P., desde el día 01.01.77, con la categoría profesional de auxiliar de clínica. 9. J.R.R., desde el día 01.02.70, con la categoría profesional de auxiliar de clínica. 10. A.S.R., desde el día 01.01.71, con la categoría profesional de auxiliar de clínica. 11. P.N.D., desde el día 01.11.74, con la categoría profesional de auxiliar de clínica. 12. C.F.M., desde el día 28.04.94, con la categoría profesional de auxiliar de clínica. 13. C.P.F., desde el día 05.04.94, con la categoría profesional de auxiliar de clínica. 14. C.N.D., desde el día 02.05.73, con la categoría profesional de auxiliar de clínica. 15. M.F.O.P., desde el día 01.01.77, con la categoría profesional de auxiliar

de clínica. 16. J.N.D., desde el día 01.04.92, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 17. P.B.B., desde el día 18.11.92, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 18. R.G.C., desde el día 01.12.92, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 19. R.Q.B., desde el día 15.09.92, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 20. J.G.C., desde el día 24.04.92, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 21. M.C.M., desde el día 18.11.92, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 22. M.S.M.G., desde el día 24.04.92, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 23. R.M.C.P., desde el día 22.01.93, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 24. M.G.F., desde el día 10.06.85, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 25. S.Q.S., desde el día 14.06.84, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 26. A.P.G., desde el día 15.09.92, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 27. E.A.R., desde el día 20.01.92, con la categoría profesional de camarera limpiadora. 28. M.D.V.H., desde el día 23.02.89, con la categoría profesional de ATS enfermera. Todos ellos percibiendo un salario bruto mensual según Convenio Colectivo aplicable./Segundo.- La Residencia N.S.M. de... (Ourense) de la Tercera Edad. tiene 136 plazas, en la actualidad ocupadas 122, con una edad media de 80 a 83 años en la fecha 03.05.00 en la que la Inspección de Trabajo visitó dicha residencia en cumplimiento de diligencia para mejor proveer, acordada por este juzgado./Tercero.- En la fecha de la visita de la Inspección de Trabajo a la Residencia N.S.M. (03.05.00) los demandantes F.I.S., A.T.B., J.R.A.R., M.B.L.R., C.B.N., J.N.D., R.G.C., M.C.M., R.M.C.P., A.P.G., E.A.R. ya no prestaban sus servicios en dicha residencia./Cuarto.- Las funciones que desarrollan las auxiliares de enfermería son las siguientes: vestir y asear directamente a los ancianos (incluyendo baño y cambio de pañales) servir comidas en las camas, hacer y cambiar las mismas, suministrar medicación y realizar la limpieza de las habitaciones. Asimismo acompañan a los residentes a consultas médicas a diversos centros sanitarios./Quinto.- Las demandantes agotaron la vía previa administrativa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por don A.V.I., don F.I.S., don A.T.B., don J.R.A.R., doña B.L.R., doña D.G.S., doña C.B.N., doña A.F.P., don J.R.R., doña A.S.R., doña P.N.D., doña C.F.M., doña C.P.F., doña C.N.D., doña M.F.O.P., doña J.N.D., doña P.B.B., doña R.G.C., doña R.Q.B., doña J.G.C., doña M.C.M., doña M.S.M.G., doña R.M.C.P.,

doña M.G.F., doña S.Q.S., doña A.P.G., doña E.A.R. y doña M.D.V.H. debo declarar y declaro el derecho de los demandantes a percibir el plus de penosidad mientras desempeñen las funciones que se recogen en el apartado 4 de los hechos probados de esta resolución y en la cuantía que legalmente la Xunta de Galicia asigne por tal concepto; en consecuencia de tal declaración debo condenar y condeno a la demandada a que abone a los demandantes el plus de penosidad en la cuantía que anualmente se fije por la Xunta de Galicia y en los términos de esta resolución; así mismo debo condenar y condeno a la demandada a que abone a cada uno de los demandantes la cantidad de 146.440 pesetas en concepto de plus de penosidad correspondiente al período de enero a diciembre, ambos inclusive de 1995, excepto a los demandantes J.R.A.R. al que abonará 42.437 pesetas, a B.L.R. a la que abonará 17.433 pesetas, C.B.N. a la que abonará 101.779 pesetas; debiendo absolver a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, parcialmente estimatoria de la demanda y reconocedora del plus de penosidad a todos los accionantes, el recurso plantea como primer motivo –vía art. 191.a) LPL– la infracción de los arts. 120.3 CE y 359 LEC. 1.- Se basa tal planteamiento en que la sentencia es incongruente, pues razonando –fundamento primero– la procedencia de reconocer el plus a quienes realizan funciones de Auxiliares de Enfermería, sin embargo la parte dispositiva atribuye el mencionado plus a todos los actores, que ostentan diversas categorías profesionales y realizan los diferentes cometidos que se relatan en el ordinal primero de los HDP. 2.- Ha de admitirse lo que resulta una innegable incongruencia interna, por falta de coherencia entre la fundamentación y el fallo. Tal como recordaba la SST 26-mayo-99 Ar. 4.994, la doctrina del Tribunal Constitucional es constante al afirmar que la incongruencia vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión que prescribe el art. 24.1 CE (así, SSTC 20/1982; 91/1995, 56/1996, 136/1998, de 29-junio; y 1/1999, de 25 de enero); y que tal categoría jurídica incluye –entre otros supuestos– la incongruencia interna, para la que el Tribunal Supremo ha acordado la nulidad de la sentencia recurrida (SSTS 14-diciembre-93 Ar. 9.782 y 23-diciembre-93 Ar. 10.002), señalando que se trata de una cuestión de derecho necesario que afecta al orden público del proceso y que –por tanto– tiene que ser examinada por la sala, incluso de oficio, habida cuenta de que el aludido defecto supone violación del art. 359 LEC, que exige que las sentencias sean «claras y precisas», a la par que infringe el art. 120.3 CE, porque si la decisión adoptada no tiene apoyo en los fundamentos de Derecho de tal sentencia, es obvio que la misma no está motivada ni razonada. 3.- De todas formas considera este tribunal que la deseable economía del proceso no debe llegar a tan drástica solución, habida cuenta de que con el defecto examinado no se causa indefensión alguna a la parte recurrente. En efecto, si el argumento de la decisión es que el trabajo de las auxiliares de clínica comporta una especial dificultad, por cuidar –en “actuación directa”, se dice concretamente por el magistrado– de personas ancianas con múltiples deficiencias físicas y psíquicas, la razonable consecuencia de que erróneamente se reconozca el plus de penosidad también a subgobernante, oficiales de mantenimiento, personal de cocina, conductor, peón especializado y camareras-limpiadoras de la misma Residencia de Ancianos, no ha de ser la de anular la decisión recurrida para que en nueva resolución se acomode la parte dispositiva a lo previamente razonado, sino –a lo que creemos–

revocar el fallo y ajustarlo a la fundamentación, que obviamente compartimos.

SEGUNDO.- Con carácter subsidiario se solicita la revisión de los HDP, al objeto de que el ordinal cuarto se complemente con el texto que sigue: “Son auxiliares de enfermería, los que como auxiliares de clínica, se enumeran en el hecho probado primero, desde el nº 7 al 15, ambos inclusive”. No se acepta la modificación propuesta, por redundante. Es obvio que el magistrado denomina en la fundamentación jurídica “auxiliares de enfermería” a quienes en el primero de los HDP atribuye categoría profesional de “auxiliares de clínica”; denominación legal vigente aparte, uno y otro nombre son histórica y usualmente referidos al mismo grupo profesional, y en el caso de autos –habida cuenta de la limitada relación de interesados que se hace en el fundamento primero– la precisión terminológica que se solicita es completamente ociosa; lo mismo que su identificación numérica o nominativa.

TERCERO.- Ya en el apartado de examen del derecho, por el cauce del art. 191.c) LPL, el recurso denuncia interpretación errónea del art. 27.b).3 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia. 1.- Con este motivo se censura que el Magistrado hubiese atribuido el plus de penosidad a quienes no se hallan al cuidado –atención directa– de los ancianos internados. Ha de recordarse que el precepto al que la censura se refiere dispone respecto de los pluses de peligrosidad, toxicidad y penosidad, que «estos complementos salariales, de naturaleza funcional y ocasional, sólo se derivarán de las características especiales de un determinado puesto de trabajo, medidas objetivamente». Y esta Sala ha venido afirmando en diversas resoluciones (así, las SSTS Galicia 30-mayo-98 R. 4.280/95 y 15-marzo-99 R. 1.131/96) que el criterio determinante para el reconocimiento del plus apunta a una excepcionalidad o inusualidad que se traduce en una dificultad superior a la correspondiente a la misma actividad profesional en el entorno habitual de la misma, lo que –en el concreto caso de autos– únicamente se corresponde con la descripción fáctica realizada por el magistrado y tan sólo referida a las auxiliares de clínica, con cometido –en el centro de trabajo de autos– consistente en “vestir y asear directamente a los ancianos, incluyendo baño y cambio de pañales, servir comidas en las camas, hacer y cambiar las mismas, suministrar medicación y realizar la limpieza de las habitaciones. Asimismo acompañan a los residentes a consultas médicas a diversos centros sanitarios”. 2.- Reiterando criterio expuesto en precedente sentencia de 15-noviembre-99 R. 3.833/96, negamos a los restantes colectivos profesionales del centro “N.S.M.” la inusualidad laboral que es

presupuesto del plus cuestionado, siendo en este sentido de la más completa rotundidad el informe de la Inspección de Trabajo –interesado para mejor proveer–, que el magistrado parece seguir en su integridad fáctica, en el que se destaca pormenorizadamente lo que *a sensu contrario* se desprende de la propia sentencia, esto es, que el contacto personal corresponde exclusivamente a las tan aludidas auxiliares; y que el resto de los trabajadores no tiene otro contacto “inmediato” con los residentes que el meramente accidental y no justificativo de un plus que retribuye de manera singular un inusual trabajo. Y en este sentido ha de destacarse que el acceso a las dependencias de la cocina no está permitido a persona ajena al cometido realizado en tales dependencias, que los oficiales de mantenimiento no tienen –está prohibido– colaboradores entre los residentes, que el oficial conductor traslada a los residentes acompañado de un auxiliar de clínica. En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación parcial y subsidiaria del recurso interpuesto por la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS, revocamos en parte la sentencia que con fecha 26-julio-2.000 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº tres de los de Ourense, y acogiendo la demanda formulada por los actores C.B.N., A.F.P., J.R.R., A.S.R., P.N.D., C.F.M., C.P.F., C.N.D. y M.F.O.P. declaramos el derecho de los mismos a percibir el plus de penosidad en los términos indicados en la decisión recurrida y al abono de las cantidades que en la misma se les atribuye, condenando a la demandada a pasar por tales declaraciones. Y absolvemos a la recurrente de las pretensiones de los codemandantes A.V.I., F.I.S., A.T.B., J.R.A.R., M.B.L.R., D.G.S., J.N.D., P.B.B., R.G.C., R.Q.B., J.G.C., M.C.M., M.S.M.G., R.M.C.P., M.G.F., S.Q.S., A.P.G., E.A.R. y M.D.V.H., cuyas demandas desestimamos.

3078 RECURSO N° 4.916/00

S. S.

ABANDONO DE POSTO DE TRABALLO. NON EXISTE. NON DEBE ENTENDERSE POR TAL O NON REINGRESO DO TRABALLADOR CANDO SE LLE DECLARA EN ALTA SEN QUE PASE A INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL, SE A EMPRESA É SABEDORA DA SITUACIÓN DE ENFERMIDADE DO TRABALLADOR. A CONDUCTA DA EMPRESA DE NON

READMITILO Ó TRABALLO CONSTITÚE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a treinta 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. 4.916/00 interpuesto por “C.V., S.A.U.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO. Que según consta en autos se presentó demanda por don E.N.F. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “C.V., S.A.U.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 313/00 sentencia con fecha dieciocho de julio 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 el actor, don E.N.F., viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 25 de marzo de 1983, con la categoría profesional de “mecánico de mantenimiento de 1º” y percibiendo un salario mensual de 206.434 pesetas brutas con prorrata de pagas extraordinarias.- 2º) Que el actor permaneció en situación de Incapacidad Temporal desde el 02.08.97 hasta el 01.02.99, y una vez finalizada tal situación y ser dado de alta por agotamiento del plazo solicitó la prórroga de la baja, habiéndosele concedido hasta el 13.06.99.- 3º) Que en fecha 14.06.99 el actor se reincorporó a la empresa, y al día siguiente, 15.06.99, sufrió una recaída del estado patológico que presentaba, causando nuevamente, baja en dicha fecha y citado para la Inspección Médica del SERGAS el 08.07.99, e ingresado nuevamente en el “H.J.C.” de esta ciudad el 22.07.99 donde permaneció ingresado hasta el 19.08.99 y quedando nuevamente citado para un reconocimiento dentro de un mes.- 4º) Que en fecha 23.07.99, estando el actor ingresado en el “H.J.C.”, la empresa demandada le remitió carta indicándole que tenía a su disposición las cantidades relativas al último período trabajado en la empresa, ante lo cual el demandante presentó papeleta de conciliación por despido ante el SMAC, celebrándose el correspondiente acto de conciliación el 24.08.99 “con avenencia”, manifestando la empresa que no existía despido sino agotamiento del tiempo de la prestación de

Incapacidad.- 5º) Que el actor ingresó en el "H.J.C." el 27.09.99 a fin de ser intervenido quirúrgicamente, permaneciendo internado hasta el 04.10.99, y tras continuar sometido a nuevas pruebas ingresó nuevamente en dicho hospital el 02.03.00 hasta el 14.03.00, fecha en la cual fue dado de alta hospitalaria.- 6º) Que al día siguiente del alta el 15.03.00, cuando el actor intentó reincorporarse a su puesto de trabajo, la empresa demandada le negó la reincorporación al mismo hasta que no aportase el parte de baja de 14.06.99 y documentación médica al respecto, habiendo aportado el actor el 23.03.00 los ingresos sufridos desde el 15.08.99 hasta la fecha, así como a las distintas pruebas a las que estuvo sometido, y al no obtener respuesta por parte de la empresa el actor interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC por despido el 28.08.00.- 7º) Que con posterioridad a la interposición de papeleta conciliatoria ante el SMAC por despido, la demandada remitió carta al actora a modo de conducto notarial de 31.03.00, en la que se manifestaba que: "al no pasar el actor, tras haberse agotado la Incapacidad Temporal, a Invalidez Permanente, ni reincorporándose a su puesto de trabajo, ha abandonado el mismo, por lo que no puede acceder a reiniciar la relación laboral que había extinguido voluntariamente" (carta que obra unida a las actuaciones y cuyo contenido se da por reproducido).- 8º) Que al actor le fue denegada la prestación de invalidez permanente solicitada en virtud de resolución del I.N.S.S. de fecha 02.08.99, y tras se impugnada en vía judicial, fue desestimada tal pretensión en virtud de Sentencia dictada por el Juzgado de lo social nº 3 de esta ciudad de fecha 14.02.00.- 9º) Que el actor no ha ostentado la cualidad de representante de los trabajadores.- 10º) 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 estimando la demanda interpuesta por don E.N.F., contra la empresa "C.V., S.A.U.", debo declarar y declaro la improcedencia del despido, condenando a dicha demandada a que, en el plazo de cinco días, opte por la readmisión del actor en su puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 5.263.965 pesetas, más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la presente resolución".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre la empresa demandada la sentencia de instancia que estimó la pretensión de despido del trabajador demandante, condenando a la recurrente a soportar las consecuencias legales

inherentes a la declaración de improcedencia del cese del actor, esto es, a optar por la readmisión del mismo o indemnizarle en la cuantía de 5.263.965 ptas. más los salarios de trámite. Y frente a esta decisión se interpone recurso por la empresa "C.V., S.A.", planteando inicialmente – por el cauce procesal adecuado- una revisión del relato probatorio, solicitando en los dos primeros motivos de recurso que al ordinal 3º de hechos probados, se añadan los dos párrafos siguientes: "El actor causó alta con efecto de 16.06.99, por agotamiento de plazo"; y, además, "en fecha 08.07.99 la Inspección Médica del SERGAS dio de alta en I.T. al actor, por agotamiento de plazo, con efectos de 16.06.99". Los motivos se acogen por la sala por que así consta en los distintos documentos en que se sustenta la revisión, aunque las adiciones interesadas ya se advierte que son intranscendentales para alterar la decisión del litigio, porque con posterioridad a dicha alta de 08.07.99 (con efectos retroactivos de 16.06.99) el actor precisó nada menos que tres internamientos hospitalarios de varios días cada uno.

SEGUNDO.- En sede jurídica sustantiva, denuncia la patronal recurrente infracción del art. 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 45 a 48 del mismo texto legal y jurisprudencia de aplicación. Alega la parte recurrente que dado el tiempo en el que el trabajador permaneció de baja, sin intentar reincorporarse a la empresa hasta el mes de marzo último, demuestra su propósito de no volver a trabajar en la misma, y que en los períodos intermedios entre los distintos ingresos hospitalarios pudo haber intentado la reincorporación, pero no lo hizo. Partiendo del relato probatorio contenido en la sentencia que se impugna, con la modificación aceptada por vía de revisión, los hechos a enjuiciar pueden resumirse así: A).- El trabajador demandante, con antigüedad en la empresa desde el 25 de marzo de 1983, categoría profesional de mecánico de mantenimiento y 206.434 ptas. de retribución mensual causó baja por accidente no laboral, iniciando proceso de Incapacidad Temporal hasta el 1º febrero 1999, que causa alta por agotamiento. Solicitada prórroga de la baja de incapacidad le es concedida hasta el 13 junio 1999. B).- El 14 junio 99 el actor se reincorpora a la empresa, y al día siguiente (15.06.99) sufre recaída del proceso patológico que presentaba, causando nueva baja laboral. La Inspección Médica del SERGAS le cita a reconocimiento el 8 julio 99, y le da de alta con efectos retroactivos de 16 junio 99.- C).- El 22 julio 1999 ingresa nuevamente en el "H.J.C." de La Coruña donde permaneció internado hasta el 19 agosto 99, quedando citado para revisión -consultas externas- el 09.09.99, y controles por su médico de cabecera. D) Encontrándose ingresado en dicho hospital, con fecha 23.07.99 la empresa

demandada le remitió carta poniendo a su disposición las cantidades relativas al último período trabajado en la empresa. Al recibir dicha comunicación el actor presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC, celebrándose acto conciliatorio el día 24.08.99 que concluyó "con avenencia", manifestándose en dicho acto por el representante legal de la empresa que no existía despido, sino agotamiento del tiempo de prestación de Incapacidad. E).- En fecha 27.09.99, nuevamente el actor precisa ser internado en el Centro Hospitalario "J.C.", para ser intervenido quirúrgicamente, causando alta hospitalaria el 4 octubre 1999. F).- Tras sometimiento a diversas pruebas médicas, el 2 de marzo de 2000 ingresa de nuevo en dicho Hospital hasta el día 14 del mismo mes, fecha en la que causa alta hospitalaria.- G).- Al siguiente día (16.03.00) el actor intenta reincorporarse al trabajo, y la empresa demandada lo impide, requiriéndole para que aporte todo el historial médico y documentación que justifique su ausencia al trabajo hasta la indicada fecha, y el actor el 23 marzo 2000 aporta informes médicos acreditativos de los ingresos hospitalarios, así como de las distintas pruebas a que fue sometido. Constando, también, requerimiento notarial de fecha 15.03.00 por el cual el actor requiere a la demandada para que le indique las causas por las que le deniega tal reincorporación. Presentada la documentación indicada y ante la falta de respuesta de la empresa, el actor presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC, EL 28.03.00 (no el 28.08.00 como por error consta en el relato probatorio de la sentencia) celebrándose acto de conciliación el 7 de abril siguiente que concluyó sin avenencia. H).- Y con posterioridad a la interposición de la papeleta conciliatoria ante el SMAC, la empresa remitió al actor por conducto notarial de fecha 31 marzo 2000, comunicación en la que consta, entre otras afirmaciones, que "al agotarse la I.T. no pasó Vd. a situación de Invalidez Provisional o Invalidez Permanente, ni se reincorporó a su puesto de trabajo, ha abandonado voluntariamente el mismo, por lo que no puede reiniciar la relación que había extinguido voluntariamente. Partiendo de las circunstancias prácticas expuestas la cuestión litigiosa se centra en determinar si existió abandono voluntario e injustificado del puesto de trabajo por parte del demandante (tesis que sostiene la empresa); o si, por el contrario, las ausencias durante tan largo período de tiempo se hallan justificadas y la negativa empresarial a que el actor pueda reincorporarse a su puesto de trabajo entraña un cese que la juzgadora de instancia califica de improcedente. La sala se inclina por esta última solución por ser la que realmente se ajusta a derecho. Es cierto que el art. 5.g) del E.T. impone a los trabajadores cuantos deberes se deriven de los respectivos contratos de

trabajo, apartado en el que cabe incluir la obligación del trabajador de presentar a la empresa todos los partes e informes médicos acreditativos de la situación de baja por incapacidad; ahora bien, lo verdaderamente trascendente para que la inasistencia esté justificada es que la enfermedad exista y que sea conocida por el empresario. Y estas dos circunstancias concurren, sin el menor género de dudas, en el presente caso. Sobre la enfermedad del trabajador no existen dudas, dados los diversos ingresos hospitalarios sufridos, practicándose incluso una intervención quirúrgica. Y sobre el conocimiento de la empresa de la enfermedad tampoco existen, por cuanto tuvo conocimiento inicial del accidente no laboral y de la baja del actor, y además, cuando en el mes de julio/99 le anunció una liquidación que el actor interpretó erróneamente como un cese, presentando papeleta de conciliación ante el SMAC, este hecho coincidió con uno de los internamientos hospitalarios del actor, y en el acto conciliatorio -que concluyó con avenencia- el representante de la empresa expresamente reconoce que no había existido despido. Es decir, que durante todo el largo periplo de la enfermedad del actor, no existe una sólo acto o conducta empresarial que denote la decisión unilateral de extinguir la relación laboral. Y la voluntad del trabajador de mantener viva la misma, también se manifiesta claramente con la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC -anteriormente referida-. De ahí que la magistrada de instancia acierte plenamente cuando reconduce todo el tema litigioso a lo que acontece en el mes de marzo de 2000, porque con anterioridad no cabe considerar injustificada la ausencia al trabajo del demandante porque realmente estaba enfermo, y porque esta circunstancia la conocía la empresa. Y tal conocimiento resulta decisivo a la hora de enjuiciar todo el relato histórico, teniendo declarado el Tribunal Supremo que en caso de enfermedad acreditada, la presentación de los distintos informes médicos -o de los partes de baja- es una obligación meramente formal, por encima del cual prevalece el conocimiento real de la empresa de la enfermedad del trabajador, sin que la ausencia "pueda valorarse como ausencia injustificada al trabajo y, por ello, carece de las notas de gravedad y culpabilidad que exige el art. 54.1 del E.T. para que acarree el despido..." (STS 8-octubre-1987; Ar. 6.972). En el presente caso, no nos hallamos tampoco ante las situaciones que se enjuician en las sentencias que la recurrente cita en su recurso, relativas a la impugnación de la resolución administrativa, con ausencia al trabajo mientras se tramita la impugnación. La simple impugnación de las resoluciones administrativas, no mantienen automáticamente en vigor la suspensión del contrato hasta que

exista una decisión judicial firme, pero nada de eso ocurrió en el caso que se enjuicia. Es cierto que el actor instó la tramitación de un expediente de Invalidez –de cuya tramitación tenía pleno conocimiento la empresa, según se afirma en la resolución recurrida-, pero también es cierto que dicho expediente se resolvió mientras el actor permanecía enfermo y con ingresos hospitalarios, y cuando se produjo el último ingreso (del 2 marzo al 14 siguiente), el proceso de invalidez ya había concluido por sentencia de 14 febrero 2000. Dejando sentado, pues, que la empresa tuvo perfecto conocimiento de la enfermedad del actor-conclusión alcanzada por la juzgadora de instancia valorando la prueba según razona en el segundo de los fundamentos-, debe examinarse lo sucedido en el mes de marzo 2000, cuando tras la última alta hospitalaria el acto trata de reincorporarse a su puesto de trabajo. Hasta esa fecha, resulta indiscutible la inexistencia de ninguna decisión empresarial de extinguir la relación laboral, que debe considerarse plenamente vigente. Pues bien, si esa relación se halla viva, y el trabajador trata de reincorporarse a su puesto de trabajo, y la empresa se opone alegando ausencias injustificadas al trabajo, cuando era conocedora de la enfermedad del actor –como ya se dijo-, resulta indiscutible que ahora sí existe una decisión empresarial –por primera vez- de ruptura de dicha relación, se trata de una decisión unilateral totalmente injustificada por las razones expuestas, esto es, porque las ausencias del trabajador no fueron caprichosas, y arbitrarias sino por motivos de enfermedad. Y mientras el trabajador se halla enfermo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45.1.c) del E.T. se produce la suspensión del contrato de trabajo, con obligación empresarial de reservar su puesto de trabajo, abarcando dicha suspensión no solamente el tiempo en que el trabajador permanece en situación de I.T., sino también las sucesivas prórrogas por enfermedad. En resumen, la sala considera que existió una realidad justificativa de la incomparecencia al trabajo por el actor, realidad conocida por la empresa. Consecuentemente la inasistencia no fue voluntaria ni caprichosa, por lo que la decisión de la empresa de no permitir la reincorporación del actor a su puesto de trabajo tras el último alta hospitalaria, entraña un despido improcedente, en aplicación de lo dispuesto en el art. 55.4 del E.T. y 108.1 de la L.P.L., lo que conduce a la desestimación del recurso y confirmación del fallo que se impugna, con las consecuencias previstas en los artículos 202.1.3 y 4 y 233.1, ambos de la L.P.L. Por todo ello:

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa “C.V., S.A.U.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de A

Coruña, de fecha dieciocho de julio de dos mil, dictada en autos seguidos a instancia de don E.N.F. contra la empresa recurrente sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Se decreta la pérdida del depósito necesario que la empresa ha constituido para recurrir, al que se dará el destino legal, una vez haya adquirido firmeza la presente resolución; manteniéndose el aseguramiento prestado y se condena a la recurrente, a que abone a la parte contraria, en concepto de honorarios de su abogado, la cantidad de veinticinco mil pesetas.

3079 RECURSO N° 3.628/97

S.S.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA. DIFERENCIA ENTRE CADUCIDADE DA INSTANCIA E CADUCIDADE DA ACCIÓN. ACCIDENTE DE TRABALLO. INFARTO DE MIOCARDIO CON SÍNTOMAS QUE APARECEN DURANTE O TEMPO E NO LUGAR DE TRABALLO. PRESUNCIÓN DE LABORALIDADE NON DESVIRTUADA POLA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABALLO E ENFERMIDADES PROFESIONAIS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Domínguez López

A Coruña, a uno de diciembre 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. 3.628/97 interpuesto por “M.M.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por M.D.Q.B. en reclamación de viudedad siendo demandado “R.T.V.E., S.A.” (RETEVISIÓN), INSS, TGSS y “M.M.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 777/96 sentencia con fecha 5 de diciembre de 1996 por el Juzgado de referencia que estima la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- Don J.G.G., DNI nº..., afiliado con el número... al Régimen General de la Seguridad Social, prestaba servicios en la empresa RETEVISIÓN, en un primer momento, como vigilante jurado, y, en un momento posterior, a consecuencia de una reconversión, como ayudante de mantenimiento. Su base de cotización, para contingencias profesionales era de 260.820 ptas. mensuales.- 2º) En el centro de trabajo, de 1992 a 1994, el ambiente laboral estaba crispado, a consecuencia de diversos incidentes entre el personal y su jefe inmediato.- 3º) Fue sancionado el trabajador, a 01.03.1993, con amonestación, por un incidente con su jefe inmediato, producido a 14.08.1992, tramitándose ínterin el expediente disciplinario.- 4º) A 17.11.1994 el trabajador, sobre las 16,00 ó 17,00 horas, se encontraba desplazado, en el Centro de..., realizando él solo la limpieza de matorral. Encontrándose mal, con dolor en el pecho y en el brazo izquierdo, solicitó ayuda por la emisora, prestándosele el número de la Policía Nacional destinado a vigilancia forestal, el cual, en su vehículo, lo condujo a su domicilio particular.- 5º) Con fecha 21.11.1994 fue ingresado, con diagnóstico de crisis coronaria, en el Servicio de Urgencia del Hospital Provincial de Pontevedra. El fallecimiento se produjo, sobre 5 horas después, por infarto agudo de miocardio. Se recogen, como antecedentes, el de fumador y el de tratamiento de hipertensión arterial.- 6º) La esposa del trabajador, doña M.C.Q.B., DNI..., solicitó a 18.04.1996 las prestaciones de viudedad, derivadas de la contingencia de accidente de trabajo, ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, siéndole denegada, en resolución de 25.05.1996 del referido Instituto “por cuanto la prestación solicitada ya le fue reconocida y la viene percibiendo; por lo que atañe a la posible consideración del fallecimiento del causante como derivado de accidente laboral, corresponde a la Mutua Patronal Aseguradora de dicho riesgo pronunciarse en tal sentido previa emisión por parte de la empresa del preceptivo parte de accidente, así como el reconocimiento a las prestaciones a que hubiere lugar (art. 30 y 31 de la O.M. de 13.02.67)”. Interpuesta reclamación previa administrativa, le fue denegada en Resolución de 12.09.96 del referido Instituto.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Estimando la demanda interpuesta por doña M.C.Q.B., contra el ente público RETEVISION, la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesional de la Seguridad Social número 269 “M.”, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA

SEGURIDAD SOCIAL, declaro que el fallecimiento de don J.G.G. lo fue con ocasión o por consecuencia de su trabajo por cuenta ajena, y, en consecuencia, condeno a la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesional de la Seguridad Social “M.”, a abonar a doña M.C.Q.B. una pensión de viudedad, con efectos de 18.04.1996, en la cuantía mensual del 45% de su base reguladora de 260.820 ptas. mensuales, esto es, 117.368 ptas., siendo responsable subsidiario, como fondo de accidente de trabajo el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin perjuicio de las obligaciones, en cuanto reaseguradora, de la Tesorería General de la Seguridad Social. Queda absuelto el Ente Público RETEVISION.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que acogió la demanda rectora de los autos y declaró que el óbito del causante se produjo en accidente de trabajo, la Mutua demandada interpone recurso de suplicación interesando, bajo cita procesal adecuada [art. 191 letras b) y c) de la LPL], la revisión de hechos probados y el examen de la normativa aplicada en la sentencia, pidiendo que se rechace el carácter laboral de la causa del fallecimiento del operario.

Las modificaciones históricas que se propugnan consisten en: A) Para que en el ordinal primero se adicione la expresión: “El cambio de puesto de trabajo antes referenciado se produjo a raíz de la comunicación que la empresa dirigió al Sr. G.G. el 10.01.91”; cita en apoyo de su propuesta el documento obrante al f. 154 de los autos.

No se admite la revisión por cuanto del documento que se cita no resulta la fecha que se señala para el cambio, de hecho en tal documento se recomienda al causante que se estudie la posibilidad del cambio de puesto de trabajo que se le ofrece, mas del mismo no puede deducirse ni que aceptase el cambio, ni si se llegó a producir bien voluntariamente bien con carácter forzoso ni cuando.

B) Para que se supriman los hechos declarados probados segundo y tercero y se substituyan por otro que diga: “El Sr. G.G. en su puesto de vigilante jurado estaba sometido a la responsabilidad de portar armas, realizando turnos nocturnos en centros aislados. Cuando se produjo su cambio de puesto al de ayudante de

mantenimiento su actividad se refería a labores de conservación y mantenimiento”; subsidiariamente que se adicione la propuesta a la anterior redacción. La revisión se funda en los documentos obrantes a los folios 154 y 155 de los autos.

No se admite la supresión de dichos ordinales y su substitución por la propuesta, por cuanto de tales documentos no se colige la inadecuación a la realidad de lo afirmado por el juzgador de instancia, por otra parte los documentos que se cita han sido elaborados por la empleadora del actor y constituyen opiniones o valoraciones particulares de la misma, cuya certeza no consta, por ello se mantiene intacto el relato judicial.

C) Para que al ordinal quinto se adicione la siguiente expresión: “La hipertensión arterial la padecía desde hacía unos diez años. El perito médico compareciente señala que el tabaquismo aumenta de 5 a 10 veces las posibilidades de infarto”; no cita documento alguno en apoyo de su propuesta, debiendo entenderse que se fundamenta en la pericial rendida en juicio, de la cual no resulta la antigüedad en la hipertensión arterial, por lo que se refiere a la incidencia del consumo del tabaco sobre las posibilidades de sufrir un infarto, la afirmación pericial es de índole genérica, sin precisión alguna en relación con el causante y por lo tanto intranscendente a los fines del litigio por lo que tampoco se admite su adición.

D) Para que en el ordinal sexto se adicione la siguiente expresión: “la propia actora reconoce que viene percibiendo pensión de viudedad derivada de enfermedad común”; no cita documento que justifique la revisión, defecto que conlleva el rechazo de la misma, y a mayor abundamiento se deduce del mismo ordinal tal extremo, por lo que se mantiene intacto tal hecho probado.

SEGUNDO.- En sede jurídica, con correcto amparo procesal, se denuncia en un primer motivo la caducidad de la acción, citando como infringidos los art. 89.1 y 2 de la LPAC 30/92, argumentando que al haberse tramitado un primer expediente administrativo en el cual se reconoció a la actora la prestación de viudedad como derivada de enfermedad común, no cabe reabrir de nuevo el debate mediante la presentación de una nueva reclamación previa, pues la acción queda caducada al no haberse atacado la resolución inicial que concedió la prestación por aquella contingencia. El precepto denunciado establece: “1. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Cuando se trate de

cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto en aquéllos por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba. 2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.” La doctrina viene a establecer que efectivamente, si no se recurre en tiempo y forma frente a la resolución administrativa que reconoce o deniega una prestación de seguridad social, precluye el derecho a impugnarla y obtener una resolución judicial sobre el objeto litigioso efecto conocido como caducidad de la instancia, mas también tiene establecido que una cosa es al caducidad de la instancia derivada de un concreto expediente administrativo y otra la caducidad de la acción, pues mientras no transcurra el plazo de prescripción del derecho invocado -establecido legalmente, o en su caso de ser imprescriptible (las prestaciones derivadas de muerte y supervivencia lo son ex art. 178 Ley General de Seguridad Social)-, la acción podrá ser ejercitada mientras perdure aquel derecho, previo el seguimiento de la vía administrativa correspondiente, y esto es lo que acontece en el presente supuesto; a mayor abundamiento, la cuestión relativa a la contingencia de que deriva la prestación reconocida no fue objeto de debate ni de resolución específica, al no ser discutida en aquel expediente, pero aunque lo hubiera sido el único efecto de la falta de impugnación judicial de dicho extremo sería la susodicha caducidad de la instancia, por ello reabierto y tramitado el expediente nuevamente, no cabe apreciar la concurrencia del invocado obstáculo procesal.

Continúa la parte con este motivo, invocando la vulneración del art. 72.1 LPL, aferrándose a la pervivencia del expediente inicial y considerando por tanto nula la reclamación previa planteadas y, como corolario del argumento, incongruencia entre la demanda y el expediente administrativo; después de lo razonado con anterioridad el motivo no puede ser acogido, pues nos hallamos ante un nuevo expediente y una nueva acción ejercitada y por tanto la demanda que se ciñe en sus pretensiones a las anunciadas en la reclamación previa no incurre en el defecto imputado, por lo que se rechaza el argumento, y así como el de indefensión de la recurrente por no haber sido parte en el expediente al ser doctrina reiterada que “la naturaleza puramente instrumental del procedimiento social, ha llevado a resolver a los Tribunales de Justicia que no cabe

denunciar las infracciones cometidas en la vía administrativa previa, bastando con constatar que ésta se ha seguido, como puerta que abre el proceso y permite en él atacar la cuestión de fondo resuelta por dichos órganos, no pudiendo predicar la vuelta atrás, ya que la misma constituiría una dilación carente de base razonable", lo que unido a que la recurrente fue emplazada con copia de la demanda, acudió a juicio donde pudo efectuar la defensa que estimó oportuna, ninguna indefensión se le ha producido que merezca especial amparo.

TERCERO.- En un segundo motivo se viene a denunciar la incorrecta aplicación del art. 84.2 e) de la Ley General de Seguridad Social, con cita del criterio sostenido por esta Sala y otros TS de Justicia que cita, argumentando que entre el óbito del causante y el trabajo no existe relación de causalidad, sino que se trata de una enfermedad común ajena a la actividad laboral.

Los datos esenciales del supuesto controvertido son los siguientes: a) el causante, con antecedentes de fumador y a tratamiento de hipertensión arterial, venía prestando sus servicios como ayudante de mantenimiento, b) el día 17.11.94, cuando se hallaba realizando sus tareas habituales en el Centro de... (limpieza de matorral), se encontró mal por dolor en el pecho y en el brazo izquierdo, solicitó ayuda por la emisora siendo trasladado a su domicilio por un Policía Nacional destinado a vigilancia forestal; c) el 21.11.94 fue ingresado en el Servicio de Urgencias del H. Provincial de Pontevedra, falleciendo, sobre cinco horas después por infarto agudo de miocardio; d) en el centro de trabajo del actor existía ambiente laboral crispado en el período de 1992 a 1994, habiendo sido sancionado el actor, con amonestación, el 01.03.93.

La cuestión planteada en este recurso versa sobre el alcance de la presunción de laboralidad de un accidente, a los efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, cuando las lesiones, o como sucede en el presente caso, los síntomas de la dolencia cardíaca, que días más tarde fue causa de la muerte del trabajador, se han producido o han surgido durante el tiempo y lugar de trabajo, presunción contemplada en el citado artículo 115.3 de la LGSS de 1994.

Se trata de saber si el proceso patológico derivado de una enfermedad de las llamadas de trabajo - en el litigio: infarto agudo de miocardio- pueden acogerse a esta presunción de laboralidad. El Tribunal Supremo -Social- en Sentencia de 17 junio 1997 (RJ 1997\4.762), ha señalado que: "hay que partir del presupuesto de que el concepto de lesión constitutiva del accidente de

trabajo, al que se refiere el artículo 115 de la Ley General de Seguridad Social, 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; que reiterada jurisprudencia de esta Sala dictada en unificación de doctrina (Sentencias de 27 octubre 1992 [RJ 1992\7.844], 27 diciembre 1995 [RJ 1995\9.846], 15 febrero 1996 [RJ 1996\1.022] y 27 febrero 1997 [RJ 1997\1.605] y las dictadas en casación ordinaria que en ellas se citan) han declarado que la presunción contenida en el artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, -por virtud de la que se estimará, salvo prueba en contrario, que son accidente laboral las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en lugar de trabajo-, alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades que se manifiesten durante el trabajo en la circunstancia antes descrita, y que tal presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, y el siniestro".

Trasladando la anterior doctrina al supuesto presente, ninguna de estas circunstancias destructivas de la presunción de laboralidad acontecen. Inalterado el hecho de que los primeros síntomas aparecieron en tiempo y lugar de trabajo, desarrollando una actividad de esfuerzo físico, la mutua recurrente ninguna prueba ha proyectado para desvirtuar, con contundencia, que el esfuerzo en el trabajo fuera elemento extraño y no coadyuvante a la aparición del dolor torácico y del brazo izquierdo, no se ha acreditado de manera concluyente y rotunda que el elemento desencadenante se debiera a causas extrañas de la relación laboral, pues a los efectos de declarar el infarto de miocardio como accidente de trabajo, en el estado actual de la ciencia médica, cabe tener por cierto que tal enfermedad puede verse influida por factores de índole vario, entre ellas estrés, el esfuerzo o la excitación (STS de 23/7/99), siendo irrelevante que el trabajador presentase factores de riesgo, tales como tabaquismo o angina de pecho (STS 7/5/99).

Todo lo anterior conduce a concluir que la sentencia de instancia no infringió, en su aplicación, el artículo 115.3 TRLGSS, antiguo 84.3 de dicho texto legal de 1974, denunciado, procede por lo tanto, previa desestimación del recurso, confirmar la resolución recurrida.

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por la Mutua “M.” contra la sentencia dictada el 05.12.96 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, en autos nº 777-96 sobre prestaciones de viudedad, seguidos a instancias de M.C.Q.B. contra la recurrente, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de Seguridad Social y “R.T.V.E., S.A.” (RETEVISIÓN), resolución que se mantiene en su integridad.

3080 RECURSO N° 3.980/00

S.S.

CONFLICTO COLECTIVO. TRÁMITE PREVIO ANTE A COMISIÓN PARITARIA. INNECESARIO. NON SE TRATA DA INTERPRETACIÓN DUNHA CLÁUSULA CONVENCIONAL. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL: INEXISTENTE. NON SE TRANSMITEN ELEMENTOS PATRIMONIAIS ENTRE A ANTERIOR E A POSTERIOR CONCESIONARIA, SEN QUE A SUBROGACIÓN VEÑA IMPOSTA POLO CONVENIO COLECTIVO NIN POLO PREGO DE CONDICIÓNS. CONTRATO DE OBRA E SERVICIO DETERMINADO COINCIDENTE COA DURACIÓN DA CONTRATA ADMINISTRATIVA. DEBE CONSIDERARSE AXUSTADO A DEREITO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a cinco de diciembre 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. 3.980/00 interpuesto por la empresa “G.S.E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno se Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por los sindicatos Confederación Intersindical Galega (CIG), Unión General de Trabajadores de Galicia (UGT) y el sindicato nacional de Comisiones Obreras

(CC.OO) de Galicia en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandados la empresa “G.S.E., S.A.” y la “C.E.G.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 374/00 sentencia con fecha treinta 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.-** Que la demandada “G.S.E., S.A.” es la adjudicataria desde el día uno de abril de dos mil de los Servicios de Operación, Supervisión Técnica y Apoyo a las Funciones Administrativas de la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061./ **SEGUNDO.-** que en el momento de hacerse cargo de la citada contrata la demandada “G.S.E., S.A.” procedió a dar de alta a todos los trabajadores que prestaban servicios para la anterior concesionaria “S.I.S., S.A.”, salvo a la responsable del servicio, solicitando a los trabajadores, en fechas posteriores, la suscripción de contratos por obra o servicio determinado, en el que no se reconocían sus antigüedades ni se respetaban la totalidad de las condiciones de trabajo pactadas con la anterior concesionaria del servicio, manifestando que no se admitía la subrogación de sus contratos por entender que no era de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y que tampoco admitían la representatividad del Comité de Empresa ni de Sindicato Confederación Intersindical Galega para negociar nada, negándose los trabajadores a suscribir los nuevos contratos./ **TERCERO.-** Que por escrito de fecha diez de abril de dos mil se comunicó a todos los trabajadores que como consecuencia del proceso que determina el artículo 15 del Convenio Colectivo de Telemarketing la empresa decidió proceder a sus contrataciones, añadiendo que la naturaleza de sus contratos era por obra o servicio determinado y que se regirían por las estipulaciones contenidas en el convenio de Telemarketing, contestando los trabajadores, por medio de sus representantes, en Asamblea celebrada el catorce de abril de dos mil que entendían que no era de aplicación el artículo 15 del Convenio y que la empresa tenía que subrogarse en todas las condiciones de trabajo por ser de aplicación el artículo 44 del Convenio Colectivo./ **CUARTO.-** Que los trabajadores que prestan servicios en la Central de coordinación de Urgencias Sanitarias 061 tenían suscritos con la anterior concesionaria varios pactos en los que se contemplaban retribuciones superiores a las especificadas en el Convenio Colectivo de empresas de Telemarketing, regulación de guardias localizadas y retribución de las mismas, cuadrantes de trabajo, descansos, etc./ **QUINTO.-** Que las centralitas, ordenadores, mesas, sillas, cascós, etc. no son de titularidad de la nueva concesionaria y los uniformes del personal fueron

facilitados por la anterior concesionaria./ **SEXTO.**- Que la primera concesionaria del Servicio en el año 1995 fue la empresa “T.A., S.A.” con la que los actores suscribieron contrato de obra o servicio determinado y desde mayo de 1997 “S.I.S., S.A.”, quien se subrogó en los contratos de los trabajadores./ **SÉPTIMO.**- Que en el pliego de condiciones para la contratación del servicio, cláusula séptima, punto g) se establece la obligatoriedad de contar con la totalidad de la plantilla actual y habiéndose entregado a las interesadas en el concurso los pactos suscritos con los representantes de los trabajadores a fin de que conociesen la realidad y el coste de funcionamiento del servicio./ **OCTAVO.**- Que en diciembre de 1998 se dictó Auto arbitral de Elecciones Sindicales, por el que se reconoció el derecho de los trabajadores de la empresa adjudicataria de los Servicios de Teleoperación de la Central de coordinación y Urgencias Sanitarias 061, a constituir Comité de Empresa propio en tal servicio al considerar el mismo como una Unidad Productiva dotada de individualidad propia dentro de la empresa./ **NOVENO.**- Que la Confederación Intersindical Galega ostenta la condición de Sindicato más representativo, perteneciendo a ella la totalidad de los miembros del Comité de Empresa y afectando el Conflicto a la totalidad de la plantilla de 70 trabajadores./ **DÉCIMO.**- Que se intentó la celebración de conciliación por el procedimiento previsto en el AGA, celebrándose el correspondiente acto de fecha diez de mayo de dos mil con el resultado de celebrado sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que desestimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda formulada por la representación de la empresa “G.S.E., S.A.” Y estimando la demanda formulada por el Sindicato Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), el Sindicato Unión General de Trabajadores de Galicia, y el Sindicato Nacional De Comisiones Obreras De Galicia, contra la empresa “G.S.E., S.A.”, debo de declarar y declaro el derecho de todos los trabajadores que prestan servicios para la demandada en la Central de coordinación de Urgencias Sanitarias 061 y en las dependencias administrativas de la Fundación a ser subrogados por la nueva adjudicataria del servicio, respetando todas sus anteriores condiciones de trabajo, que no resulta de aplicación al presente caso lo dispuesto en el artículo 15 del convenio colectivo de empresas de telemarketing y que la utilización en este caso de contratos por obra o servicio determinado es fraudulenta, reconociéndose a los citados trabajadores el carácter de fijos y su derecho a la antigüedad desde el inicio de las

relaciones laborales en la Fundación 061, condenando a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones y a que las cumpla y acate”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, desestimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, y estimando la demanda de Conflicto Colectivo formulada por los sindicatos Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), la Unión General de Trabajadores de Galicia (U.G.T.) y el sindicato nacional de Comisiones Obreras de Galicia (CC.OO.), contra la empresa “G.S.E., S.A.” y la “C.E.G.”, declaró el derecho de todos los trabajadores que prestan servicios para la demandada en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias 061 y en las dependencias administrativas de la Fundación a ser subrogados por la nueva adjudicataria del servicio, respetando todas sus anteriores condiciones de trabajo; que no resulta de aplicación al presente caso lo dispuesto en el art. 15 del Convenio Colectivo de empresas de telemarketing y que la utilización en este caso de contratos por obra o servicio determinado es fraudulenta, reconociéndose a los citados trabajadores el carácter de fijos y su derecho a la antigüedad desde el inicio de las relaciones laborales en la Fundación 061, condenando a la demandada a estar y pasar por estas declaraciones y a que las cumpla y acate. Decisión judicial que es recurrida por la representación de la empresa demandada; interesando como primer motivo de recurso y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados, a fin de que se adicione al ordinal sexto un texto del tenor literal siguiente: “T.A., S.A.” y “S.I.S., S.A.”, tienen el mismo CIF... y en varios de los contratos suscritos con los trabajadores estuvieron representadas por el mismo apoderado don J.G.P.”. Adición que merece favorable acogida al estar acreditada por la documental obrante en autos.

Se pretende igualmente se adicione un nuevo ordinal, el 11º, del tenor literal siguiente: “Los 71 trabajadores afectados por el Conflicto firmaron el correspondiente finiquito por fin de campaña con la empresa “S.I.S., S.A.” con reserva para reclamar cantidades pendientes”. Adición que igualmente se acepta, al estar acreditada por la documental que se cita en el recurso y se tiene por reproducida.

Interesa también se suprime el ordinal tercero y sea sustituido por otro del tenor literal siguiente: "Que por escrito de 10.04.00 "G.S.E., S.A." comunicó a los trabajadores que como consecuencia del proceso que determina el art. 15 del Convenio Colectivo de telemarketing, se decidió contratarle con la categoría de Teleoperador para la prestación de servicios para esta Empresa con efectos del día 1 de abril de 2000. La naturaleza de su contrato es por Obra o Servicio determinado y, por tanto, supeditado su término a la duración del contrato que hemos suscrito con la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061. Esta relación laboral y sus condiciones de trabajo quedan sometidas a las estipulaciones que contiene el Convenio Colectivo del Sector de Telemarketing, publicado por Resolución de 10 de marzo de 1999 (BOE nº 77 de 31 de marzo de 1999). Si en el plazo de cinco días desde la recepción de la presente, no nos comunica fehacientemente su negativa a su contratación, entenderemos que la acepta; en este caso deberá procederse a formalizar la correspondiente documentación laboral". Sustitución fáctica que no resulta admisible, por cuanto lo fundamental de la misma ya figura en el hecho probado de la sentencia recurrida, sin que resulten aceptables simples modificaciones accesorias o de matiz.

SEGUNDO.- El segundo motivo, con adecuado amparo procesal sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida, denuncia infracción del art. 62.e) en relación con el último párrafo del art. 63, ambos del Convenio Colectivo de Trabajo-Telemarketing, publicado en el BOE nº 77/1999 de 31.03.99, por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10.03.99; y ello por entender que concurre la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, al no haber planteado el tema ante la Comisión Paritaria del Convenio en los términos previstos en los artículos 62 y 63, ya que -a su juicio- sería preceptiva la intervención de dicha Comisión, de forma previa a la vía administrativa y judicial, en relación con los conflictos colectivos que puedan ser interpuestos por quienes estén legitimados para ello, con respecto a la aplicación de los preceptos derivados del presente Convenio Colectivo, lo que no se había hecho en el caso de autos.

La alegada excepción no resulta acogible, por cuanto el objeto del presente conflicto versa sobre la interpretación de una norma estatal, cual es el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, de una normativa de la Unión Europea -la directiva 98/50 sobre traspasos de empresas que modifica la directiva 87/177-, y del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos por obra o servicio determinados, en relación con la

aplicación o no del art. 15 del Convenio de Telemarketing, lo que no exige plantear la cuestión, con carácter previo, ante la Comisión Paritaria del Convenio. El motivo, por tanto, ha de ser desestimado.

TERCERO.- También por el cauce procesal del art. 191.c) LPL, formula la empresa recurrente el motivo tercero de suplicación, en el que denuncia infracción por aplicación indebida del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y de las directivas Comunitarias 77/187 y 98/50. Funda tal motivo, por un lado, en que no se trata de un supuesto de subrogación empresarial, ya que de acuerdo con la doctrina sentada por las STS de 10.12.97, 09.02.98, 12.03.97, 30.09.99 y 01.12.99, sólo se puede aplicar el art. 44 del ET cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial, no existiendo aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial. Y, por otro, porque la cláusula 7º.g) del Pliego de condiciones para la contratación del servicio sólo obliga, según expresa literalmente, a "contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal", lo que no se cuestiona, ya que la "G.S.E., S.A." no sólo ha contado, sino que ha contratado, excepto una persona, a todo el personal, y ello pese a que el 15.b).1 del Convenio colectivo obliga a contratar, como máximo, al 75% de los teleoperadores que estaban contratados por la anterior empresa que prestaba el servicio.

Partiendo de los hechos declarados probados y de las modificaciones aceptadas, el tema fundamental que plantea el motivo consiste en determinar si como entendió el magistrado de instancia, de acuerdo con lo sostenido por los Sindicatos demandantes, se da un supuesto de subrogación empresarial, de tal modo que la nueva empresa debe respetar todas las anteriores condiciones de trabajo de los trabajadores, o por el contrario, es aplicable el art. 15 del Convenio Colectivo de empresas de Telemarketing que permite celebrar nuevos contratos tal como entiende la empresa demandada-recurrente. En tal sentido procede hacer las siguientes consideraciones: 1.- Conforme tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras, en las Sentencias de la Sala 4ª del TS de 9 julio 1991 (Ar. 1991/5.879), 30 diciembre 1993 (Recurso 3.218/1992), 5 abril 1993 (Ar. 1993/2.906), 23 febrero 1994 (Ar. 1994/1.227), 12 marzo 1996 (recurso 945/1995) y 25 octubre 1996 (Ar. 1996/7.793), 10 diciembre 1997 (Ar. 1998/736), 30 septiembre 1999 (Ar. 1999/9.100), 1 diciembre 1999 (Ar. 2000/516), "en los supuestos de sucesión de contratas, la pretendida transmisión de contratas

no es tal, sino finalización de una contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, de ahí que para que la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la antigua se produzca tenga que venir impuesto por norma sectorial eficaz que así lo imponga o por el pliego de condiciones que pueda establecerla, aceptada por el nuevo contratista; ...en otro caso, sólo podrá producirse aquélla, conforme a lo dispuesto en el art. 44 del ET cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pero sin que exista aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, pues "la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de substrato a una actividad independiente" (STS/IV citada 30 diciembre 1993).

En el derecho comunitario habrá de estarse a la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresa, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Según su artículo 1.1, esta Directiva "se aplicará a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión". Esta Directiva de 1977 ha sido modificada en sus artículos 1 a 7 por la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio de 1998; ahora se precisa que el traspaso de empresa requiere "el de una entidad económica que mantenga su identidad" (artículo 1.1.b)). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se contiene, entre otras, en las Sentencias de 14 abril 1994 (TJCE 1994/54) -Asunto Schmidt-, 19 septiembre 1995 (TJCE 1995/154) -Asunto Rygaard-, 7 marzo 1996 -Asuntos Merckx y Neuuhuys/Ford Motors-, habiéndose pronunciado en su Sentencia de fecha 11 marzo 1997 (TJCE 1997/45) (caso Süzen-Zehnacker, asunto C-13/1995), en un litigio sobre sucesión de contratas, para la limpieza de los locales de un establecimiento de enseñanza secundaria, en el sentido de que la previsión del artículo 1.1 de la Directiva no se aplica en un cambio de contratista, "si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial,

en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de la contrata". Asimismo, en la Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (TJCE 1998/309) (asuntos acumulados C-173/1996 y 247/1996), la respuesta es igualmente terminante: la Directiva sería aplicable "siempre y cuando la operación vaya acompañada de la transmisión entre ambas empresas de una entidad económica (...). La mera circunstancia de que las prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y el nuevo concesionario o adjudicatario de la contrata sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad". 2.- Y en el presente caso, esa pretendida sucesión empresarial -ex art. 44 ET- no puede ser apreciada al no haberse producido la transmisión a la nueva concesionaria de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pues consta probado que toda esa infraestructura consistente en centralitas, ordenadores, mesas, sillas, cascos etc., incluido el centro de trabajo, indispensables para el funcionamiento del Servicio de Teleoperación de la Central de Cordinación de Urgencias Sanitarias 061, no son de la titularidad de la anterior ni de la nueva concesionaria, sino que pertenecen a la comitente "Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061", sin que tampoco resulte aplicable el art. 1 Directiva 77/187 CEE, aclarada por la Directiva 98/50 CE, de 29 de junio de 1998, ya que la operación no fue acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni, en último término, cabe apreciar esa pretendida subrogación empresarial del hecho de que el nuevo empresario haya procedido a contratar a la práctica totalidad de la plantilla de la anterior concesionaria, pues la Sentencia de fecha 11 marzo 1997 (TJCE 1997/45), se cuida de argumentar para llegar a esta última conclusión que "en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa *fundamentalmente en la mano de obra*, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una *entidad económica*, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea", siendo así que en el presente caso no cabe hablar de una entidad económica que descansen básicamente en la mano de obra, pues se está en presencia de un Servicio de Operación, Supervisión Técnica y Apoyo a las funciones administrativas de una Fundación Pública de Urgencias Sanitarias, que

exige necesariamente no sólo trabajadores cualificados (operadores, radiooperadores etc...), sino una indispensable infraestructura económica provista de medios tecnológicos, que en ningún momento fueron transmitidos a la nueva concesionaria. Igualmente, resulta intranscendente a los efectos de apreciar la referida subrogación empresarial, que la Delegación Provincial de Trabajo hubiese dictado Laudo Arbitral considerando como centro de trabajo independiente a la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias 061, a los efectos de celebrar en la misma elecciones a representantes sindicales, ya que ello nada tiene que ver con la existencia o no de subrogación empresarial por la mera sucesión temporal de contratas de actividad, sin transmisión del mínimo soporte patrimonial a la nueva concesionaria. 3.- En íntima conexión con lo anterior, tampoco la Sala estima que la subrogación empresarial que se invoca por el Sindicato demandante venga impuesta a la recurrente por la cláusula 7^a.g) del Pliego de condiciones para la contratación del servicio, pues la misma sólo obliga a "contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal", pero no impone a la nueva empresa concesionaria la subrogación en los derechos y obligaciones laborales de un empleador anterior en el supuesto de terminación de una contrata de servicio. Dicha cláusula resulta compatible con el art. 15 del Convenio colectivo de Telemarketing aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 marzo 1999, que como Pacto colectivo de naturaleza estatutaria es fuente primaria de la relaciones laborales y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 82 del ET, obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Por ello, cuando la cláusula 7^a.g) del Pliego obliga a la nueva concesionaria a "contar" con la totalidad del personal, debe interpretarse en el sentido de entenderla como perfectamente compatible con el art. 15.a) del Convenio colectivo, cuando señala que la nueva contratista vendrá obligada, "en primer lugar, y en cualquiera de los supuestos que luego se señalan, a incorporar al personal de la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección de la nueva plantilla". Y esto es precisamente lo que ha hecho la empresa demandada, que ha contado con la práctica totalidad del personal anterior, incorporándolo a ese proceso de selección de la nueva plantilla y suscribiendo posteriormente con ellos un nuevo contrato, tras haber firmado los trabajadores afectados por el Conflicto el correspondiente finiquito por fin de campaña con la empresa "S.I.S., S.A.", con reserva para reclamar cantidades pendientes, tal como previene el art. 15.c) del referido Convenio. No cabe, por tanto,

sostener -como postulan los demandantes- que el aludido art. 15 del Pacto Colectivo no resulta aplicable, ya que dicho Convenio es el resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, y constituye la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva, y que -como ya se dijo- obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia (art. 82 ET), de tal modo que la interpretación de la cláusula 7^a.g) del Pliego de Condiciones ha de ser una interpretación sistemática acorde con el Pacto Colectivo, y que viene impuesta por la propia dicción de la referida cláusula.

CUARTO.- Finalmente, y al amparo del art. 191.c) de la LPL, formula la empresa demandada el cuarto y último motivo de suplicación, en el que denuncia infracción por no aplicación del art. 13.2 en relación con el aludido art. 15.b).1 del Convenio Colectivo de Telemarketing los contratos realizados para obra o servicio determinado eran perfectamente legales sin que hubiera habido fraude de ningún tipo y que a tales efectos debía entenderse que tienen sustantividad propia todas las campañas o servicios contratados por un tercero para la realización de actividades o funciones cuya ejecución en el tiempo es, en principio, de duración incierta y cuyo mantenimiento permanente hasta la finalización de la campaña o cumplimiento del servicio objeto del contrato.

La censura jurídica que se denuncia también ha de tener favorable acogida, pues la cuestión relativa a la legalidad del contrato de obra o servicio vinculado a la duración de una contrata administrativa, por entender que se cumplen los requisitos de tener autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, ha sido ya resuelta por la Sala 4^a del TS en sus Sentencias de 15 de enero de 1997 (Ar. 501), 18 y 28 de diciembre de 1998 (Ar. 307 y 387), y 8 de junio de 1999 (Ar. 5.209), en las que, tras reconocer la existencia de algunas divergencias de criterio sobre la posibilidad de que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral, en el marco de un contrato de obra o servicio determinado, sienta como doctrina unificada la siguiente: 1º) Se recoge, en primer lugar, que en estos casos es claro que no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal, "un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización". 2º) Pero se

reconoce que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, que “esa necesidad está objetivamente definida y que ésa es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”. 3º) Se precisa también que no cabe objetar que “la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) y que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente (razonamiento éste que utiliza la sentencia de instancia), pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”. No cabe hablar, por tanto, en este caso de fraude de ley, debiendo acogerse el recurso con la consiguiente revocación del fallo impugnado y desestimación íntegra de la demanda con absolución de todos los demandados al encontrarse en la misma posición procesal y material.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa “G.E.S., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago de Compostela, de fecha treinta de junio de dos mil, dictada en autos núm. 374/00, y con revocación de la misma, debemos desestimar y desestimamos la demanda promovida por el sindicato Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), la Unión General de Trabajadores de Galicia (U.G.T.) y el sindicato nacional de Comisiones Obreras de Galicia (C.C.O.O.), con absolución de los demandados la empresa “G.E.S., S.A.” y la “Confederación de Empresarios de Galicia”.

3081 RECURSO N° 4.224/00

S.S.

LITISPENDENCIA: NON EXISTE ENTRE UN PROCESO DE DESPEDIMENTO E UN RECURSO PRESENTADO ANTE A

XURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA RELATIVO Á ORDE MATERIALMENTE COMPETENTE. SOBRESEMENTO NUN PROCESO PENAL: NON IMPLICA A INEXISTENCIA DE CAUSA DE DESPEDIMENTO. DESPEDIMENTO NULO POR VIOLACIÓN DA GARANTÍA DE INDEMNIDADE. RELACIÓN DE CAUSALIDADE ENTRE QUERELA E DESPEDIMENTO DO ACTOR.

PONENTE: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a siete de diciembre 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 4.224/00 interpuesto por don A.S.A. y por la Cámara Oficial de Comercio, Industria y navegación de A Coruña contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 265/00 se presentó demanda por don A.S.P. en reclamación sobre despido siendo demandada la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de A Coruña en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 de mayo de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El actor presta servicios para la demandada con la categoría de Técnico Comercial, desde el 1 de abril de 1986./ Segundo.- El Comité Ejecutivo de la Corporación demandada en sesión de 23 de marzo de 1994, acordó iniciar expediente disciplinario, para lo que se nombra Instructor y Secretario, lo que se comunica al actor el 9 de mayo de 1994, en situación de IT desde el 28 de abril de 1994, con alta el 5 de septiembre./ Previamente el 12 de noviembre de 1993 dos personas, nombradas al parecer instructores del expediente informativo seguido al actor, informan al Comité ejecutivo de presuntas conductas irregulares de éste./ Tercero.- Con fecha 27 de julio, el Presidente accidental de la Cámara adopta el acuerdo de suspender cautelarmente de empleo al actor, acuerdo

notificado al mismo el día de su incorporación tras la situación de IT. El acuerdo de suspensión es ratificado por el Comité Ejecutivo en octubre de 1994, que lo extiende hasta la finalización del expediente disciplinario. Los motivos de la misma recogidos en el acta son la denuncia presentada por el actor ante el Ministerio Fiscal imputando delito social, malversación de caudales públicos, amenazas y coacciones, así como delito de persecución, contra el Presidente de la Cámara, Secretario General y Letrado Asesor de la misma./ Cuarto.- El actor recurre el acuerdo del Comité Ejecutivo, recurso desestimado por resolución de 3 de octubre de 1994. Además se acuerda ampliar el expediente disciplinario y suspender la resolución del mismo hasta que resuelva el Juzgado de Instrucción número dos en el procedimiento iniciado al efecto en virtud de las denuncias formuladas por el actor./ El actor recurre ante la Consellería de Industria el acuerdo señalado anteriormente, siendo resuelto en fecha 2 de marzo de 1995, anulando el acuerdo de ampliación del expediente debiendo la Corporación continuar con la resolución del mismo, y declarando la validez de la suspensión acordada./ Quinto.- Esta última resolución es recurrida ante el TSJ de Galicia, en vía Contencioso Administrativa, que dicta auto el 14 de junio de 1995, declarando la suspensión del acto recurrido./ La reincorporación del actor se produce en agosto de 1995, a requerimiento de la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo, dadas las reiteradas negativas de la Cámara a dar cumplimiento a la sentencia./ Sexto.- En septiembre de 1995, se resuelve el expediente disciplinario. La primera declaración del actor en el expediente es de septiembre de 1994. El pliego de cargos se notifica al actor en julio de 1995. En el mismo sustancialmente se le imputa disminución del rendimiento, desconsideraciones a superiores, indisciplina y falta de respeto a superiores y compañeros, todo ello en base al contenido de la carta de sanción que se da por reproducida./ La propuesta de sanción se concreta en la suspensión de empleo y sueldo durante once meses./ Nada se señala a la causa alegada como motivación de suspensión cautelar./ Séptimo.- El TSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, con fecha 22 de julio de 1998, dicta sentencia declarando la incompetencia de la citada jurisdicción para conocer de la demanda formulada por el hoy actor, en relación con la suspensión cautelar llevada a cabo por la Cámara, derivando la reclamación a la Jurisdicción Social./ Octavo.- El actor formuló denuncia ante el Ministerio Fiscal derivando posibles responsabilidades penales al Presidente, Secretario General y Asesor de la Cámara demandada. No consta sobreseimiento de dicha denuncia, sino la resolución de un recurso de queja derivado de la incoación del

procedimiento regulado en el art. 790 de la L.E.C. en relación con algunas de las conductas imputadas./ Noveno.- Este juzgado dicta sentencia con fecha 9 de febrero de 1999, autos 747/98 declarando la nulidad de la medida cautelar de suspensión de empleo y sueldo y condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad de 2.500.000 pts. como indemnización de daños morales. El TSJ de Galicia confirma la sentencia pero revoca la indemnización al considerar que había prescrito el derecho a la misma./ Décimo.- El actor recurrió en vía contencioso administrativa la sanción impuesta, resolviendo dicha jurisdicción en el sentido de estimarse incompetente para resolver, por serlo la jurisdicción laboral./ Undécimo.- Con fecha 30 de julio de 1996, al actor se le comunica la sanción de separación definitiva del servicio, por transgresión de la buena fe contractual, imputándole los siguientes hechos:/ Con fecha 6 de septiembre de 1995 se notificó a don A.S.P. la resolución de un expediente disciplinario, por el que se le impuso una sanción de 11 meses de suspensión de empleo y sueldo por los hechos que se le imputaron en él. A lo largo de la tramitación de dicho expediente, se adoptó la medida cautelar de suspenderlo de empleo, que no de sueldo, por decisión del Comité Ejecutivo de la Cámara, de 8 de marzo de 1995. Tras agotar la vía administrativa, las resoluciones de la Cámara fueron objeto de sendos recursos contenciosos administrativos números 917/95 y 1.235/95 interpuestos por el Sr. S. ante la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Mediante pieza separada suplicó la suspensión de los efectos del acto recurrido es decir, que no fuera efectiva la suspensión cautelar de empleo mientras se resolvían los recursos. La Sala, por Auto de 14 de junio de 1995 declaró la suspensión solicitada por el Sr. S. "del acto impugnado, providencia del Presidente accidental de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de A Coruña de 27 de julio de 1994". El citado auto fue notificado a la Cámara de Comercio el 4 de julio de 1996, con la advertencia de que tal resolución no era firme por cabrer contra ella recurso de súplica./ En fecha anterior a esta notificación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, concretamente el 23 de junio, el citado empleado se personó en la Cámara en dos ocasiones: la primera, solo; la segunda, acompañado de un notario, pretendiendo que se readmitiera con carácter inmediato, mostrando un testimonio del Auto del Tribunal Superior de Justicia dirigido a él, auto, que, por otra parte y tal y como se dice anteriormente no había sido notificado en esa fecha del 23 de junio -lo fue el día 4 de julio- a la representación legal de la Cámara que se había personado en tiempo y forma, y en el que se apreció el defecto de no

incluir en su texto el recurso que cabía contra él./ Con fecha 7 de julio se personó nuevamente en la Cámara acompañado de notario con la misma pretensión por tercera vez. Fue también rechazada por el Secretario y Asesor Jurídico, ya que el auto de suspensión de efectos de la decisión del Comité Ejecutivo de suspenderle de empleo - ahora ya notificado a la Cámara- era declarado no firme por la propia Sala y se estaba preparando contra él el correspondiente recurso de súplica. Con fecha 16 de agosto se notificó a la Cámara la Providencia de 11 de agosto de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y, a instancia del Sr. S., se remitió testimonio de lo actuado en la pieza separada al Juzgado de Instrucción de guardia por si concurriera existencia de delito de desobediencia por parte del Sr. don J.A.Q.P., a la vez que se le requería para que, en el plazo no superior a cinco días ejecutase lo acordado en el Auto de fecha 14 de junio de 1995, mandato que se cumplió de forma inmediata por parte de la Cámara, reincorporando al Sr. S. a su puesto de trabajo./ Como consecuencia de la acción directa del Sr. S. se incoaron por el Juzgado de Instrucción nº 1, diligencias previas 2.104/95-G, resultando imputado el Presidente de la Cámara./ Con posterioridad se procedió a su archivo por el Juzgado, mediante auto de 19 de febrero de 1996. Este auto de archivo, aunque se recurrió por la Fiscalía, fue resuelto definitivamente por el Juzgado de Instrucción nº 1, por lo que al inhibirse a favor del J.I. nº 2, pende en éste la resolución definitiva de las diligencias instruidas a estos efectos./ A la vista del Auto de inhibición del Juzgado de Instrucción nº 1 y su remisión a las diligencias previas nº 1.574/95-I, del Juzgado de Instrucción nº 2, desconocidas hasta ese mismo momento de la notificación por los órganos de la Cámara, es cuando la Corporación tiene conocimiento de la existencia de una denuncia directa del Sr. S. contra determinados órganos de la Cámara -tal y como se señala a continuación-. A la vista de esta primera información, se examinaron las citadas diligencias, examen del que ha resultado:/ a) Que el Sr. S. por escrito de fecha 23 de junio de 1995, denunció mediante querella -en expresión del Juzgado de Instrucción nº 2- al Secretario General Accidental y Asesor Jurídico de la Cámara imputándole una conducta penalmente reprochable por atentar, en su opinión, contra el principio de autoridad de los Órganos Jurisdiccionales al no haber atendido con carácter inmediato su petición de reincorporación, efectuada el 23 de junio de 1995./ b) Que por su escrito de fecha 7 de julio de 1995 también se querelló contra el Secretario General y contra el Presidente de la Cámara, imputándoles a ambos una conducta penalmente reprochable por igual motivo que el expuesto en la denuncia anterior de 23 de junio de 1995./ c) Que el Juzgado de

Instrucción nº 2 procedió al archivo de estas diligencias planteándose su inhibición a favor del Juzgado de Instrucción nº 1, como antes se ha reseñado, mediante Auto de 9 de abril de 1996. En este auto el J.I. nº 2 expresa las condiciones requeridas para la existencia de delito de desobediencia, consistentes en que: existe un mandato expreso, claro y terminante que emane de autoridad competente y que deba ser acatado; un requerimiento formal y legal a la persona que tenga el deber de cumplirlo; y una obstinada oposición del requerido al cumplimiento./ - En la fecha de interposición de la querella (23.06.95) no se había cometido delito de desobediencia alguno, por cuanto que no había requerimiento formal y legal a la persona obligada a su cumplimiento; el requerimiento del Tribunal no podía ser suplido por requerimientos notariales, ya que la competencia para hacer cumplir lo juzgado corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales (artículo 117.3 de la C.E.); y en la fecha de presentación de la querella (23.06.95), la resolución de 14 de junio aún no era firme, puesto que no había transcurrido el plazo de cinco días para la interposición del recurso de súplica, que debía contarse desde la notificación al representante de la Xunta, cosa que se hizo el día 23 de junio./ En fecha posterior a las querellas formuladas por el Sr. S., la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Auto de 8 de septiembre de 1995, declaró en su fundamento jurídico primero que las notificaciones efectuadas por el citado empleado carecían de eficacia jurídica al no estar ni realizadas por la Sala ni haberse hecho en debida forma (art. 260 a 266 de la L.E.C.) y no constar en el testimonio del auto entregado a la Cámara por el Sr. S. mediante notificación notarial, los recursos que procedían contra la citada resolución de la Sala de 14 de junio de 1995./ En la comunicación de la sanción se le señala al actor que contra la misma podrá interponer recurso de alzada ante la Dirección General de Comercio de la Xunta de Galicia, previo a las acciones que tenga por conveniente ante la jurisdicción social./ Dicho recurso es resuelto por la Consellería de Industria el 19 de septiembre de 1996, que declara la inadmisión del mismo por incompetencia en razón de la materia, debiendo el recurrente acudir a la jurisdicción social, y señalando como recurso procedente contra dicha resolución el Contencioso Administrativo./ Interpuesto este último es desestimado en sentencia de 13 de octubre de 1999, inadmitiéndolo al entender la incompetencia de la jurisdicción administrativa, a favor de la social./ Duodécimo.- En relación con las denuncias formuladas por el actor, y recogidas en la carta de despido, la Cámara no aporta documentación alguna en relación con la denuncia del actor recogida con la letra b) de la

página tres de la carta de despido. El actor aporta certificación del Juzgado de lo Penal número Uno relativa a la pendencia de juicio oral derivado de Procedimiento Abreviado número 81/97. En el mismo el Fiscal califica los hechos denunciados por el hoy actor contra G.O., Secretario de la Cámara, F.M.P. y J.L.M. como constitutivos de delitos de falsedad./ Décimo tercero.- Con respecto al hecho relatado en la letra a) de la misma página anteriormente citada, consta el Auto de sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción número dos el 25 de junio de 1997, de la denuncia presentada por el actor por desobediencia contra don J.F.M./ Décimo cuarto.- El salario del actor en la fecha del despido era de 3.645.610 pts./ Décimo quinto.- El actor figura de alta desde el 02.11.99, y continúa en la actualidad en la empresa “E.C.A.”, percibiendo según contrato un salario mensual de 1.000 pts(sic). Desde el año 1995 es accionista de la empresa “P.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO/ Que estimando la demanda formulada por don A.S.P. declaro la improcedencia de su despido y condeno a la empresa CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE A CORUÑA, a que a su elección, que ha de efectuarse en el plazo de cinco días, lo readmita en su puesto y condiciones de trabajo o lo indemnice con la cantidad de cuatro millones setecientas diez mil setecientas veinte pesetas (4.710.720 pts.), con abono en todo caso de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de esta sentencia, y que hasta la fecha ascienden a la cantidad de catorce millones veinticinco mil ochocientas noventa y cinco pesetas (14.025.895 pts.)”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se interpone recurso de Suplicación contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 2000 del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, seguido a instancia de don A.S.P. contra la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de A Coruña, tanto por la parte actora como por la demandada.

En primer lugar, al amparo del art. 191.b) de la L.P.L. se alega por los recurrentes revisión de los hechos declarados probados en la sentencia, así el

actor pretende que al hecho probado segundo, el cual dice: “El Comité Ejecutivo de la Corporación demandada en sesión de 23 de marzo de 1994, acordó iniciar expediente disciplinario, para lo que se nombra Instructor y Secretario, lo que se comunica al actor el 9 de mayo de 1994, en situación de IT desde el 28 de abril de 1994, con alta el 5 de septiembre./ Previamente el 12 de noviembre de 1993 dos personas, nombradas al parecer instructores del expediente informativo seguido al actor, informan al Comité ejecutivo de presuntas conductas irregulares de éste” para que se añada un párrafo cuyo tenor literal sería: “Con anterioridad, el actor había presentado denuncia ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 29.07.93, por supuestas irregularidades en la expedición por la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de A Coruña, de certificados de asistencia a cursos de formación empresarial, de esta denuncia ha resultado el Procedimiento Abreviado nº 81/97 y juicio oral nº 437/99 del Juzgado de lo Penal nº 1 de A Coruña”, en base a los documentos que cita (denuncia, certificado Secretario Juzgado Penal nº 1, acusación Ministerio Fiscal).

No se accede a dicha pretensión por ser innecesaria, ya que el hecho probado duodécimo de la sentencia recoge dicho contenido, el cual dice: “En relación con las denuncias formuladas por el actor, y recogidas en la carta de despido, la Cámara no aporta documentación alguna en relación con la denuncia del actor recogida con la letra b) de la página tres de la carta de despido. El actor aporta certificación del Juzgado de lo Penal número Uno relativa a la pendencia de juicio oral derivado de Procedimiento Abreviado número 81/97. En el mismo el Fiscal califica los hechos denunciados por el hoy actor contra G.O., Secretario de la Cámara, F.M.P. y J.L.M. como constitutivos de delitos de falsedad.”

Amparado en el mismo motivo se pretende adicionar un nuevo párrafo al hecho probado quinto el cual dice: “Esta última resolución es recurrida ante el TSJ de Galicia, en vía Contencioso Administrativa, que dicta auto el 14 de junio de 1995, declarando la suspensión el acto recurrido./ La reincorporación del actor se produce en agosto de 1995, a requerimiento de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, dadas las reiteradas negativas de la Cámara a dar cumplimiento a la sentencia”, cuyo tenor literal sería: “Por Providencia de 11.08.95, la Sala de lo Contencioso Administrativo acuerda remitir testimonio de lo actuado en la pieza separada de suspensión al Juzgado de Instrucción de guardia por si concurriera existencia de delito por parte del Sr. don J.A.Q.P., Presidente de la Cámara Oficial de

Comercio, Industria y Navegación de A Coruña" en base a la documentación que cita (Providencia). Dicha adición es innecesaria al venir expresamente recogido en el párrafo 3º del hecho probado 11º de la sentencia. Finalmente el actor amparado en el mismo motivo para adicionar un nuevo hecho probado cuyo tenor literal sería: Decimosexto.- "El actor, durante el proceso de expedientes disciplinarios y despido sufrió baja laboral motivada por estrés, ansiedad y úlcera, y asimismo tuvo que cesar en su actividad profesional independiente motivado por las dolencias anteriores", en base a los documentos que cita. Siendo innecesario el mismo ya que en el hecho probado segundo recoge el tiempo en el que se ha encontrado el actor en incapacidad temporal, por lo cual se desestima la pretensión.

Por parte de la Cámara demandada amparado en el mismo motivo para que se añada el siguiente hecho probado: "Decimosexto.- La Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de A Coruña en su comunicación de despido o separación definitiva del servicio de 30 de julio de 1996, y la Dirección General de Comercio y Consumo de la Xunta de Galicia, en su resolución de 19 de septiembre de 1996, comunicaron a don A.S.P. que la acción contra el despido debía ser ejercitada ante los Tribunales del Orden Jurisdiccional Social", en base tanto a la comunicación como a la resolución que cita que obra en las actuaciones. Dicha adición es innecesaria ya que el contenido de la misma aparece reflejado en el hecho probado undécimo de la sentencia recurrida, que se da aquí por reproducida, en consecuencia, se desestima el motivo del recurso.

SEGUNDO.- Por parte de la Cámara demandada, se alega, al amparo del art. 191.a) de la L.P.L. al producirse infracción del art. 90.2 de la L.P.L. ha ocasionado indefensión interesando la nulidad de actuaciones para que en el momento anterior al acto de juicio se practique la prueba documental que esa parte requería. Según consta en el folio 21 de las actuaciones la Cámara recurrente interesó práctica de prueba documental anticipada al acto de juicio, con fecha de entrada 3 de mayo de 2000; el mismo día consta Providencia del Juzgado denegando la misma, "sin perjuicio de que se estime necesario se acuerde para mejor proveer" (folio 30), no consta que dicha resolución haya sido notificada al interesado; en el acta de juicio (folio 32) se dice: "reiterando documental solicitada en escrito de 02.05.2000" sin hacer expresa mención de protesta por no haberse practicado la misma, dejándolo, en consecuencia al arbitrio judicial como "diligencia para mejor proveer". En consecuencia, no se ha producido la indefensión que se alega ya que pudo en el acta de juicio manifestar la protesta

por su no práctica, y en contra lo que se hizo, es dejarlo a la posibilidad de que el juez lo practique, si lo estima necesario (art. 340 L.E.C.) como diligencia para mejor proveer. No vulnerándose el principio de tutela judicial efectiva.

Por ello, se desestima el motivo del recurso.

TERCERO.- El recurrente Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de A Coruña, alega, al amparo del art. 191.c) de la L.P.L. infracción del art. 533.5º de L.E.C. en relación al art. 1.252 del Código Civil por considerar que existe litispendencia por estar pendiente el recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J.G. de 17.05.2000. Igualmente infracción del art. 59.3 del E.T. y 103.1 de la L.P.L. en relación con el art. 5.3 de la L.J.C.A. por entender que la acción de despido ha caducado. Infracción del art. 54.2.d) del E.T. por transgresión de la buena fe al denunciar un delito que ha resultado archivado; y asimismo infracción del art. 56.b) del E.T. en relación con el art. 119.2 de la L.P.L. por considerar que el trabajador ha actuado procesalmente con abuso de derecho y como ha sido el causante de las demoras en la tramitación del expediente judicial debe ser privado por el Juez de la percepción de los salarios de tramitación.

En primer lugar no existe litispendencia, no sólo porque nos hallamos ante diversos órdenes jurisdiccionales (social y contencioso-administrativo) sino porque no existe identidad en la causa de pedir, ya que la sentencia que recurre en casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo sólo versa en la incompetencia de jurisdicción sin entrar en el fondo del asunto y la del orden social se refiere a determinar si los hechos del actor son o no susceptibles de despido.

Se desestima también la segunda de las infracciones citadas, porque tal y como se recoge en el hecho probado undécimo párrafo final: "En la comunicación de la sanción se le señala al actor que contra la misma podrá interponer recurso de alzada ante la Dirección General de Comercio de la Xunta de Galicia, previo a las acciones que tenga por conveniente ante la jurisdiccional social. Dicho recurso es resuelto por la Consellería de Industria el 19 de septiembre de 1996 que declara la inadmisión del mismo por incompetencia en razón de la materia, debiendo el recurrente acudir a la jurisdicción social, y señalando como recurso procedente contra dicha resolución el Contencioso Administrativo. Interpuesto este último es desestimado en sentencia de 13 de octubre de 1999 inadmitiéndolo al entender la incompetencia de la

jurisdicción administrativa, a favor de la social". Es decir, como se argumenta también en el fundamento jurídico primero de la sentencia, dada la confusión de las indicaciones que se le hacen al demandante ante el orden jurisdiccional al que debe acudir, no se le puede imputar la demora en la tramitación del procedimiento en aras al principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE). En este sentido, una vez que acude a una jurisdicción, concretamente la contencioso-administrativa con fecha 13.10.99 se resuelve por la Sala del T.S.J.G. la incompetencia de jurisdicción que se notifica el 29.02.2000 con auto de aclaración el 17.03.2000, interponiendo la demanda ante el orden social el 04.04.2000, en consecuencia no han transcurrido los 20 días señalados para la caducidad en el ejercicio de la acción de despido.

Se desestiman igualmente las otras dos infracciones alegadas por cuanto que el sobreseimiento de una denuncia penal implica que en la conducta no se han encontrado pruebas que permitan encajarlo en el tipo penal; el actor simplemente denunció unos hechos y corresponde al juzgado calificarlos, no implicando la mera interposición de la misma transgresión de la buena fe, ya que los hechos existían, con independencia de su calificación penal, como así se ha recogido en el hecho probado undécimo, cuando se dice: "Con fecha 7 de julio se personó nuevamente en la Cámara acompañado de notario con la misma pretensión por tercera vez. Fue también rechazada por el Secretario y Asesor Jurídico, ya que el auto de suspensión de efectos de la decisión del Comité Ejecutivo de suspenderle de empleo –ahora ya notificado a la Cámara- era declarado no firme por la propia Sala y se estaba preparando contra él el correspondiente recurso de súplica. Con fecha 16 de agosto se notificó a la Cámara la Providencia de 11 de agosto de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y, a instancia del Sr. S., se remitió testimonio de lo actuado en la pieza separada al Juzgado de Instrucción de guardia por si concurriera existencia de delito de desobediencia por parte del Sr. don J.A.Q.P., a la vez que se le requería para que, en el plazo no superior a cinco días ejecutase lo acordado en el Auto de fecha 14 de junio de 1995, mandato que se cumplió de forma inmediata por parte de la Cámara, reincorporando al Sr. S. a su puesto de trabajo./ Como consecuencia de la acción directa del Sr. S. se incoaron por el Juzgado de Instrucción nº 1, diligencias previas 2.104/95-G, resultando imputado el Presidente de la Cámara". No existiendo abuso de derecho cuando se ejercitan las acciones que legalmente le corresponden en base a las indicaciones que se le han señalado en las propias resoluciones al actor.

Por todo lo cual se desestima el recurso planteado.

Por escrito con fecha de entrada de 20 de octubre de 2000 se interesaba por el demandado la incorporación del Auto de fecha 01.06.2000 (notificado el 14.06.2000) de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor ante el auto que acordaba el archivo de las actuaciones por delito de desobediencia. Al encontrarse ante un supuesto de los recogidos en el art. 231 de la L.P.L. en relación con el art. 506 de la L.E.C. procede acordar su unión al recurso planteado.

CUARTO.- Por la parte actora, amparada en el art. 191.c) de la L.P.L. se alega infracción por interpretación errónea del art. 55.5 y 4.2.c) del E.T., así como infracción del art. 24 y 14 de la C.E. y 5.c) del Convenio 158 de la O.I.T. y Sentencias del T. Constitucional 143/93 de 18 de enero, 7/93 y 54/95 en relación con el art. 108.2 de la L.P.L. por considerar que la actuación de la Cámara tras la denuncia del actor ante la Fiscalía el 29.07.93 y los motivos alegados en la carta de despido, vulneran sus derechos fundamentales y su garantía de indemnidad. Es necesario apuntar que en el ámbito de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. El art. 5.c) del Convenio 158 de O.I.T. ratificado por España (B.O.E. de 29 de junio de 1985) excluye como causa válida de terminación del contrato el despido como respuesta al ejercicio de acción judicial, "el haber planteado una queja o haber participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes", "aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente". En esta misma dirección se ha pronunciado el T. Constitucional en sentencia 14/93 la cual considera que dentro del derecho de tutela judicial efectiva se halla la garantía de indemnidad, en virtud de la cual el ejercicio de la acción judicial no puede derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas, determinando que en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos, de manera que para apreciar que se ha producido la vulneración por parte del empresario, del aludido derecho fundamental, han de existir indicios racionales de

que el despido se ha producido". Según se declara en hechos probados: A) Se acuerda la suspensión cautelar de empleo del actor "los motivos de la misma recogidos en el acta son la denuncia presentada por el actor ante el Ministerio Fiscal imputando delito social, malversación de caudales públicos, amenazas y coacciones así como delito de persecución, contra el Presidente de la Cámara, Secretario General y Letrado asesor de la misma" (hecho probado tercero, también en conexión en el hecho probado octavo). B) En el hecho probado noveno se recoge que por Sentencia de 09.02.99 del Juzgado Social 3 de A Coruña se declara la nulidad de la medida cautelar condenando a la demandada a abonar una cantidad como indemnización, sentencia confirmada por el T.S.J.G. salvo la indemnización que se declara prescrita. C) En el hecho probado undécimo se le comunica el 30 de julio de 1996 la sanción de separación definitiva del servicio por transgresión de la buena fe contractual por considerar (más detalladamente recogido en el hecho probado) que "el Sr. S. por escrito de fecha 23 de junio de 1995 denunció mediante querella – en expresión del Juzgado de Instrucción nº 2- al Secretario General accidental y Asesor Jurídico de la Cámara imputándole (también) una conducta penalmente reprochable por atentar, en su opinión contra el principio de autoridad de los órganos jurisdiccionales al no haber atendido con carácter inmediato su petición de reincorporación, efectuada el 23 de junio de 1999" "por escrito de fecha 07.07.95 también se querelló contra el Secretario General y contra el Presidente de la Cámara" por igual motivo. D) En conclusiones nos encontramos con una primera denuncia que ha sido calificada por el Ministerio Fiscal como falsedad (hecho probado duodécimo) realizada por el actor contra determinadas personas que ocupan cargos representativos en la Cámara. La anterior denuncia dio lugar a una sanción cautelar que fue anulada por el órgano judicial. Y posteriormente otra querella del actor que dio lugar al despido, con independencia de que la misma se haya archivado (por delito de desobediencia).

En consecuencia existe una relación de causalidad entre las denuncias que interpone el actor y las sanciones que se le imponen por el empresario vulnerando por ello el principio de indemnidad, como derecho fundamental que da lugar a la NULIDAD del despido y en consecuencia a la reincorporación inmediata del actor en su puesto de trabajo (art. 55.6 E.T.). No procede la indemnización de 12 millones de pesetas por daños morales, por cuanto que la misma queda cubierta por los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta que el actor consiguió un nuevo empleo.

QUINTO.- De conformidad así lo dispuesto en el art. 233 de la L.P.L. y resultando vencida la parte recurrente se impone la condena en costas, incluidos los honorarios del Letrado impugnante que se cifran en 25.000 pts.

Fallamos

Estimando el recurso planteado por el actor don A.S.P. contra la sentencia de fecha quince de mayo de dos mil seguido a instancia del mismo contra la CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE A CORUÑA se revoca la misma en el sentido de considerar el despido nulo y condenar a la empresa a la inmediata reincorporación del actor en su puesto de trabajo, con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia que se cifraron en 14.025.895 pts. (CATORCE MILLONES VEINTICINCO MIL OCHOCIENTAS NOVENTA Y CINCO PESETAS).

3082 RECURSO N° 4.667/00

S.S.

CONFLICTO COLECTIVO. COMPETENCIA FUNCIONAL. CORRESPONDE Á AUDIENCIA NACIONAL COÑECER SOBRE A IMPUGNACIÓN DUNHA ORDE QUE PODE CONTRAVIR NORMATIVA DA MESMA, CANDO A DITA ORDE PRODUCE EFECTOS TRANSCENDENDO O ÁMBITO DUNHA COMUNIDADE AUTÓNOMA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Pilar Yebra Pimentel Vilar

A Coruña, a doce de diciembre 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. 4.667/00 interpuesto por don M.A.A.S. (delegado sindical) y don M.F.C., en representación del (C.I.G.) contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.A.A.S. (delegado sindical) y don M.F.C., en representación del (C.I.G.) en reclamación de CONFLICTO COLECTIVO siendo demandado RED NACIONAL DE FERROCARRILES ESPAÑOLES (RENFE) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 240/00 sentencia con fecha veintiséis de mayo de dos mil por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- Los actores don M.A.S., delegado sindical y don M.F.C., que actúa en nombre y representación de la Central Sindical Confederación Intersindical Galega (C.I.G.), presentan demanda de conflicto colectivo frente a la empresa Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE), solicitando la nulidad o improcedencia de las consignas nº 178 y 174 en lo referente a la obligación del cierre de la semibarrera del paso a nivel situada en plena vía en el Km 409/597.- **SEGUNDO.**- La cuestión litigiosa afecta a los tres factores de circulación de la Estación de P..., los cuales actúan por turnos y actúan como jefe de estación.- **TERCERO.**- En la Estación de P. existen varios pasos a nivel, en concreto los pasos a nivel en los puntos Kilométricos 410/226 y 410/738, los cuales tienen un sistema de protección de semibarreras automáticas, y el paso a nivel del punto Kilométrico 409/597, que está en plena vía.- **CUARTO.**- La Orden Ministerial de fecha 01.12.1994 establece en el art. 18 lo siguiente “Aplicación de la protección de clase E. La protección de clase E, se establecerá únicamente con carácter transitorio hasta tanto se proteja el paso con la protección de clase B o C que en cada caso corresponda”.- **QUINTO.**- En fecha 31 de julio de 1998 RENFE solicitó del Ministerio de Fomento el cambio de protección de acuerdo con la legislación vigente, solicitando la instalación de barreras automáticas en el paso a nivel punto Kilométrico 409/597 de la línea férrea Palencia La Coruña, carretera denominada de Nadela a Campos de Vila, contestaron el Ministerio de Fomento de forma positiva.- **SEXTO.**- En el punto Kilométrico 409/597 existía con anterioridad a la instalación de las semibarreras automáticas, una guardería a pie de paso.- **SÉPTIMO.**- Cuando existía la guardería a pie de paso, los jefes de estación comunicaban por teléfono al guardavía que cerrara las barreras, en la actualidad con el sistema de protección de semibarreras automáticas, se cierran automáticamente en algunos casos y en otros los propios jefes de estación las cierran adicionando

unos mandos que están en la propia estación.- **OCTAVO.**- El paso a nivel del punto Kilométrico 409/597 está en plena vía, es decir entre dos estaciones, si bien esta afectado por la estación de S..., al encontrarse a 900 metro de la estación.- **NOVENO.**- La consigna serie AO nº 178 de fecha 9 de febrero del 2000 se aplica a la línea 800 León a A Coruña, estación P. Kilómetro 410/496, la cual anula y sustituye la consigna serie AO nº 174 de fecha 14.01.00. En el punto relativo al accionamiento de las semibarreras automáticas del paso a nivel del Kilómetro 409/597 establece: “Las semibarreras que protegen el paso a Nivel del Km. 409/597 funcionan con semibarreras automáticas siempre que la estación esté cerrada y cuando ésta esté abierta para todas las circulaciones excepto Pasos Directos sentido A Coruña-Monforte y salidas hacia el lado Monforte. Cuando la estación esté abierta y para las circulaciones excepto pasos directos sentido A Coruña-Monforte y salidas hacia el lado Monforte. Cuando la estación esté abierta, y para las circulaciones que se dirijan hacia el lado Monforte, el jefe de Circulación, deberá ordenar el cierre de las semibarreras, procediendo de la siguiente forma.- Al abrir la estación llevará la maneta situada a la izquierda del cuadro desde la posición ESTACIÓN CERRADA a la posición NORMAL.- Al establecer un paso directo (hacia el lado Monforte) presionará los pulsadores CIERRE AUTOMÁTICO Y GENERAL.- Al establecer un itinerario de salida (hacia Monforte) presionará los pulsadores CIERRE INDIVIDUAL Y GENERAL.- Al cerrar la estación en servicio intermitente llevará la maneta situada a la izquierda del(sic) Cuando desde la posición normal a la posición ESTACIÓN CERRADA. El cuadro dispone, además de los siguientes elementos: Un pulsador ANULACIÓN, presionando el cual de forma simultánea con el GENERAL se producirá la apertura de las semibarreras, cuando por cualquier circunstancia fuera necesario abrir las después de haber ordenado su cierre.- Dos visores L.BL y L.AM que se ilumina cuando las señales de protección del paso a nivel lo hacen, respectivamente, en blanco o amarillo (Ar. 220 del R.G.C.)”. En las prescripciones generales se establece: “En los itinerarios de paso directo sentido A Coruña-Monforte o salida hacia el lado Monforte, el jefe de circulación, al establecerlos, deberá cerrar las semibarreras del aso a nivel del Km. 409/597,m según lo indicado en la descripción de este sistema. 2.- El jefe de circulación es el único responsable del manejo de los aparatos y señales enclavados, así como de que los pasos a nivel sean cerrados al tránsito de vehículos, antes de que puedan ser interceptados por una maniobra o circulación de entrada o salida de la Estación”. (Damos por reproducida la totalidad de la

consigna citada que consta en los autos).- DÉCIMO.- En La Coruña serie AO nº 174 de 14 de enero del 2000, que fue anulada por la Consigna AO nº 178, se establecía en relación con el paso a nivel punto Kilométrico 409/557 lo siguiente: “Existen dos cuadros de mando de semibarreras, cuyos esquemas están insertos en esta Consigna. Uno, para accionar las semibarreras Automáticas que protegen los pasos a nivel del Kms 410/226 y 410/738, y que esta relación con la cerradura Central. Otro, para accionar las semibarreras Automáticas que protegen el paso a nivel del Km. 409/557 y que no está relacionado con la cerradura Central. Estas semibarreras, que se comportan como Automáticas de plena vía cuando la estación de P. está cerrada, tienen la posibilidad de comportarse como enclavadas cuando la estación esta abierta; pero solamente se comportarán así, para los itinerarios de paso directo y de salida hacia el lado Palencia, pues cuando las circulaciones proceden de dicho lado, se comportarán siempre como automáticas. El citado Cuadro de mando dispone de una maneta de dos posiciones; una en posición vertical (fotula normal) cuando la Estación está abierta y otra en posición horizontal (rotulada estación cerrada), cuando la Estación está cerrada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don M.A.A.S. delegado sindical y don M.F.C., en representación de la Central Sindical Confederación intersindical Galega contra LA EMPRESA RED NACIONAL DE FERROCARRILES ESPAÑOLES (RENFE), no procediendo la anulación de las órdenes recogidas en las consignas serie AO nº 174 y 178 en lo referente a la obligación del cierre de las semibarreras del paso a nivel situado en el punto Kilométrico 409/567, absolviendo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda”.

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción alegada por estimar RENFE que la competencia correspondería a la Audiencia Nacional, y de inadecuación del procedimiento alegada por la demandada, desestima la demanda interpuesta por los actores contra la Empresa Red Nacional de Ferrocarriles Españoles, no

procediendo la anulación de las órdenes recogidas en las consignas serie AO nº 174 y 178 en lo referente a la obligación del cierre de las semibarreras del paso a nivel situado en el punto kilométrico 409/597, absolviendo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda.

Se alzan en Suplicación los actores y la RENFE, interponiendo sendos recursos, los actores lo articulan sobre tres motivos, en el primero y al amparo del apartado a) del art 191 de la LPL se solicita que se repongan los autos al estado que se encontraban en el momento en que se infringieron normas o garantías de procedimiento y ello al no figurar en el acta del juicio una relación correspondiente a la prueba documental de la parte actora; pretendiendo en el segundo revisión fáctica y denunciando en el tercero infracción jurídica; y la Renfe articula el recurso únicamente sobre un motivo apoyado en el art 191.c) de la LPL denunciando infracción jurídica, concretamente se denuncia violación, por no aplicación, del art 8 de la LPL; y ello por cuanto que se esta planteando la interpretación que debe darse al Reglamento General de Circulación (arts. 109, 110, 311.1, entre otros) en relación con la consigna dictada para la estación en que trabaja el actor.

Por razones de lógica procesal, la Sala entiende ser procedente entrar a conocer en primer término el recurso interpuesto por la empresa, toda vez que el mismo pretende declarar la incompetencia de jurisdicción por razón del objeto del juzgado de Lugo sin perjuicio del planteamiento que pudiera hacerse de la cuestión ante la Audiencia Nacional.

Las cuestiones de competencia de jurisdicción, tanto por razón de la materia como funcional, por afectar al orden público procesal pueden incluso ser apreciadas de oficio como claramente establecen los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la Ley de Procedimiento Laboral. Por la Renfe se alega, que la cuestión litigiosa estriba en la posible colisión de una orden empresarial cursada a través de un medio específico de la empresa, denominado “Consigna”, con la Normativa general de aplicación a los trabajadores de la empresa, y teniendo en cuenta que el ámbito empresarial es Nacional, excediendo el ámbito de una Comunidad Autónoma, la competencia para dilucidar la cuestión litigiosa corresponde a la Audiencia Nacional; y obra en los autos, a los folios 125 a 134 documental que acredita que en lugares de la geografía nacional como Soria y Granada, se ha aplicado la correspondiente consigna similar a la cuestionada en esta litis.

El promovido conflicto colectivo tiene por objeto las siguientes pretensiones: que se declare la nulidad de las ordenes recogidas en las consignas serie AO nº174 y 178 en lo referente a la obligación del cierre de las semibarreras del paso a nivel situado en el punto kilométrico 409/597.

Jurídicamente, se apoyan dichas pretensiones en los arts 110.12 del Reglamento General de circulación de Renfe, también el art 115, y el art 116 del anteriormente citado Reglamento. Que la cuestión litigiosa consiste en determinar si el establecimiento de semibarreras automáticas, con situación de enclavamiento y la correspondiente obligación por los Agentes de la Renfe en las Estaciones en que se de esta circunstancia, contraviene las obligaciones que a los factores de circulación corresponden por la normativa general aplicable a la empresa (Reglamento General de circulación y otros). Y de hecho de la documental obrante en autos resulta que en otros lugares de la geografía nacional como Soria o Granada, se ha aplicado la correspondiente consigna similar a la cuestionada en esta litis, por consiguiente y dado que el ámbito empresarial es Nacional y se está planteando la interpretación que debe darse al Reglamento general de circulación en relación con la consigna dictada para la estación concreta en que trabaja el actor, cuando en otras provincias se ha dictado consignas similares, si se divide la controversia por ámbitos territoriales inferiores al nacional, ello acarrearía el riesgo de sentencias contradictorias; por tanto en el caso debatido procede declarar la incompetencia funcional del juzgado de lo social de Lugo para conocer del presente conflicto colectivo de conformidad con lo prevenido en el art. 8 de la LPL ya que este ultimo precepto atribuye a la Audiencia Nacional el conocimiento en única instancia de los procesos, entre otros, de conflicto colectivo, cuando extienda sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma.

Que es justamente lo que ocurre en el conflicto colectivo examinado en los presentes autos; puesto que, afectando el problema controvertido a un ámbito superior al de una comunidad Autónoma, no cabe reducir artificialmente el ámbito real del conflicto, sino que hay que estar al que se deriva de la naturaleza de la pretensión ejercitada y que imponen su esencia y fundamentos sin consentirse el fraude procesal, que supone el adaptar el ámbito del conflicto a los intereses del promotor, limitándolo al de una sola Comunidad Autónoma y disponiendo así de las normas competenciales, que por su carácter de derecho necesario, son indisponibles para ninguna de las partes contendientes. Por ello procede declarar la incompetencia funcional del juzgado

para conocer de los presentes autos, con reserva del derecho de las partes a reproducir la cuestión contenciosa ante la Audiencia Nacional Sala de lo Social.

Fallamos

Que estimando la excepción e de incompetencia de jurisdicción por razón de la función, debemos declarar y declaramos incompetencia funcional del juzgado de instancia para el conocimiento de los presentes autos, con reserva del derecho de las partes a reproducir la cuestión contenciosa ante la Audiencia Nacional.

3083 RECURSO N° 2.149/97

S.S.

RECLAMACIÓN DA CONDICIÓN DE DIMINUÍDO, SEN QUE SE INTERESE PRESTACIÓN NON CONTRIBUTIVA. COMPETENCIA DA ORDE CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. O GRAO DE MINUSVALÍA SÓ PODE SER COÑECIDO POLA XURISDICCIÓN SOCIAL COMO CUESTIÓN INSTRUMENTAL PAR O RECOÑECEMENTO DUNHA PRESTACIÓN.

Ponente: Ilmo Sr. D. José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a quince de diciembre 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 2.149/97 interpuesto por don M.P.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 974/96 se presentó demanda por don M.P.C. en reclamación de OTROS EXTREMOS siendo demandada la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha diecisiete de marzo 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.- Que el actor don M.P.C. nacido el 18.02.48 solicitó de la Consellería demandada el 16.05.96 que le fuera reconocida la condición de minusválido. Que le fue desestimada al no superar el mínimo establecido del 33% para el reconocimiento de tal condición, siendo la disminución de su capacidad orgánica y funcional del 30%. SEGUNDO.- Disconforme el actor interpuso reclamación administrativa previa la cual fue desestimada, confirmando la decisión impugnada. TERCERO.- Con fecha 17.06.96 el Equipo de Valoración de Incapacidades de A Coruña dependiente de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais emitió dictamen técnico facultativo del siguiente tenor: Dictamen médico 25 unidades dictamen social 5 unidades, total 30 unidades. CUARTO.- Que las dolencias que padece el actor son artrosis postraumática de la rodilla derecha con limitación articular de 0-95° y lumboartrosis. Deambulación sin ayuda. Independiente en A.V.D.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don M.P.C. contra la CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS, debo absolver y absuelvo a la Entidad demandada de los pedimentos contenidos en aquélla”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestimando la demanda interpuesta por M.P.C. frente a la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais absolvio a la Entidad demandada de los pedimentos contenidos en aquélla, articula la parte actora el presente recurso de suplicación en base a dos motivos, al amparo, respectivamente de los párrafos b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, interesando en un primer motivo de recurso, la revisión del hecho probado cuarto de aquella resolución, y en un segundo motivo, denunciando la infracción, por no aplicación, del artículo 3 del R.D. 383/84 que establece el reconocimiento de la condición de minusválido si la minusvalía alcanza el 33 %, solicitando, en conclusión, que se revoque la sentencia de instancia y “se reconozca la condición de minusvalía de don M.P.C. con todo lo demás que proceda al particular en derecho”.

SEGUNDO.- El examen de las actuaciones y, en especial, la índole de la pretensión que se ejerce en demanda, en la que se postula la declaración de la condición de minusválido sin que se solicite, expresa ni tácitamente, el reconocimiento de prestación alguna, impone examinar de oficio - por ser cuestión que afecta al orden público procesal- la competencia de este Orden jurisdiccional, previo informe ya emitido en este trámite de suplicación por el Ministerio Fiscal art. 9.6 Ley Orgánica del Poder Judicial, siendo así que, en el presente supuesto, debe tenerse en cuenta que en el escrito de demanda, ratificado en el acto del juicio solicita la parte actora que se le declare en situación de minusvalía, después de que, en vía administrativa hubiese instado la misma pretensión, pero en modo alguno interesa una prestación de invalidez no contributiva, por lo que deviene inconscuso que el objeto de la litis se circumscribe a la consideración de si el interpelante debe o no ser declarado en situación de minusvalía, y al efecto, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 16.04.99, en referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1996, 27 de octubre de 1997 y 20 de junio de 1998, entre otras, dictadas en unificación de doctrina, “se atribuye competencia a la Jurisdicción Laboral cuando el grado de minusvalía es controvertido dentro de un procedimiento en el que, ya desde su inicio en la vía administrativa, se ha resuelto sobre una pensión no contributiva, pero no cuando esa cuestión es autónoma, y la única suscitada en el previo expediente administrativo, este sentido y no otro hay que dar a las Sentencias citadas, ya que en definitiva, el control jurisdiccional del grado de minusvalía determinado por resolución administrativa, sigue siendo de la competencia del orden contencioso-administrativo, y sólo accede, por conexión, al orden jurisdiccional social cuando el debate sobre el grado de minusvalía se integra en un procedimiento sobre prestaciones no contributivas por invalidez. Sin que a todo ello sea obstáculo el que, en las resoluciones administrativas, se haya señalado erróneamente esta jurisdicción como la competente, en cuanto que ello es cuestión de orden público procesal”, y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Aragón de 15.04.98, al decir que “es indudable (y hoy pacífico) que la Jurisdicción Social es competente para el conocimiento de los litigios sobre prestaciones no contributivas, no sólo por cuanto así deriva del art. 24 del Real Decreto 357/19, sino porque se trata de prestaciones de Seguridad Social, con todas sus consecuencias, dentro del TRLSS, y por ello la cobertura competencial (para conocer de los procesos sobre las prestaciones no contributivas) nos la da el art. 2.b) del TRLPL. Ahora bien, sin desconocer que la jurisprudencia

ha señalado, y es ya también pacífico, que dicha competencia se extiende también al reconocimiento del grado de minusvalía cuando, ante pretensión de pensión no contributiva inicial (lo que no es el caso), se cuestiona ese requisito, no es menos cierto que la sola y pura controversia sobre el grado, sin previo pedimento de la prestación, que el INSERSO (al no haberse solicitado) ni reconoció, ni denegó (ni, por tanto, se ha analizado la concurrencia, o no, de otros requisitos), sigue quedando fuera del ámbito competencial de este orden social y, por ello, debe hacerse el pronunciamiento ya anticipado, siguiendo la Sala el criterio ya exteriorizado con anterioridad en sus SS. 7 mayo 1997, 18 julio 1997 y 22 diciembre 1997 (análogas a AS 1997/4299). Y es que el Tribunal Supremo, en su doctrina de unificación, ha sustentado uniformemente la atribución competencial cuando el grado de minusvalía es controvertido dentro de un procedimiento en el que, ya desde su inicio en la vía administrativa, se ha resuelto sobre una pensión no contributiva, pero no cuando esa cuestión es autónoma, y la única suscitada en el previo expediente administrativo. Este, no otro, es el sentido de las SSTS, entre otras, 27 enero 1993 (RJ 1993/278), 8 marzo 1993 (RJ 1993/1718), 26 mayo 1993 (RJ 1993/6288), 3 mayo 1995 (RJ 1995/5353), 3 junio 1995 (RJ 1995/5898), 9 febrero 1996 (RJ 1996/2059) y 23 febrero 1996 (RJ 1996/1502). En suma, el control jurisdiccional del grado de minusvalía determinado por resolución administrativa, sigue siendo de la competencia del orden contencioso-administrativo; y sólo accede, por conexión, a este orden cuando ese aspecto se integre en un procedimiento sobre prestación no contributiva por invalidez. Salvo que, es claro, se trate de instrumentalizar una solicitud de prestación no contributiva, que, por otras causas, notoriamente no corresponda, para abocar la cuestión del grado a un orden jurisdiccional distinto del correspondiente, pues en tal caso se estaría intentando disponer por el administrado de normas sobre distribución de competencia que son indisponibles, que deben ser respetadas, mientras estén vigentes, en sus propios términos. Por fin, indicar que la remisión por la Administración, hoy recurrente, al orden jurisdiccional social no vincula a los órganos jurisdiccionales (sino a la inversa) ya que carece tal Administración de cualquier poder dispositivo sobre las normas distribuidoras de la competencia».

TERCERO.- En consecuencia con lo antedicho, procede, la desestimación del recurso de suplicación interpuesto, acogiendo, de oficio, la excepción de incompetencia de la Jurisdicción Laboral para la sustanciación del presente procedimiento.

Fallamos

Acogiendo de oficio la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, revocamos la sentencia de fecha 17 de marzo de 1997, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de esta Ciudad, en los autos nº 974/96, tramitados a instancia de Manuel Pereira Caamaño, frente a la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais y, en consecuencia, sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto, desestimamos la demanda, indicando a las partes que podrán hacer uso de su derecho ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3084 RECURSO N° 4.779/00

S.S.

CONTRATACIÓN TEMPORAL. A COMISIÓN DE IRREGULARIDADES POR PARTE DA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NON DÁ LUGAR Á CONVERSIÓN EN FIXOS DOS TRABALLADORES AFECTADOS, SENÓN Á OBRIGA DE QUE A PRAZA SE PROVEA POLOS MECANISMOS LEGAIS OPORTUNOS. CESAMENTO DE INTERINA POR INCORPORACIÓN DO TRABALLADOR PROPOSTO PARA A PRAZA. INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO.

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

A Coruña, a quince de diciembre 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. 4.779/00 interpuesto por doña S.R.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña S.R.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado CORREOS Y TELÉGRAFOS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 208/00 sentencia con fecha doce de junio de

dos mil por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Probado que la demandante, S.R.R., ha prestado servicios para la demandada desde el 01.10.93 como consecuencia de la suscripción de los siguientes contratos de trabajos temporales: 1º) Contrato de fecha 01.10.93 al amparo del Real Decreto 2.104/84 por vacaciones de A.R.V. y con duración hasta el 08.11.93; 2º) Contrato de fecha 09.11.93 al amparo del Real Decreto 2.104/84 por enfermedad de A.R.V., con duración hasta la fecha de incorporación al trabajo del sustituido; 3º) Contrato de fecha 19.02.95 de duración hasta el 18.05.95 por vacante temporal; contrato de 19.05.95 por interinidad./ **SEGUNDO.-** Con fecha 23.09.99 se convocó concurso de traslado que fue resuelto mediante resolución de 24.01.00, en la que se adjudicó a J.B.D. la plaza que desempeñaba la actora./ **TERCERO.-** Con fecha 13.03.00 la demandada notificó a la actora la finalización de la relación laboral que las vinculaba por incorporación de su titular, J.B.D./ **CUARTO.-** La demandante no ostenta cargo sindical alguno./ **QUINTO.-** La demandante agotó la vía previa administrativa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por S.R.R. contra CORREOS Y TELÉGRAFOS, 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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima la demanda por despido interpuesta por considerar que el cese de la actora en la plaza vacante que interinaba es ajustado a derecho al ser adjudicada a J.B.D. tras el correspondiente concurso de traslados la plaza que desempeñaba la actora. Su no conformidad motivó el presente recurso de suplicación que articula, con correcto amparo en el art. 191 apartado c) de la LPL, invocando un único motivo de recurso, en el que denuncia infracción del art. 15.3 del ETT, que sanciona los contratos temporales celebrados en fraude de ley, como si fueran auténticos contratos celebrados por tiempo indefinido, en relación con el art. 56 del ETT, invocando doctrina jurisprudencial consolidada, que sostiene que en la sucesión de

contratos temporales celebrados en fraude de ley basta que uno solo de la cadena sea fraudulento para convertir dicha relación eventual en otra de carácter indefinido, cuyo cese supone un despido que debe calificarse de improcedente. Es decir, fraudulento un contrato, dicho vicio contamina a la cadena sucesiva de contratos temporales, sin que exista posibilidad jurídica de subsanarlo; por lo que suplica la revocación de la sentencia y estimación de la demanda rectora.

Pues bien respecto de ello cabe decir que no puede olvidarse de todos modos que el Tribunal Supremo, en Sentencias de 20 enero y 27 marzo 1998 (RJ 1998\1.000 y RJ 1998\3.156), aquélla dictada en Sala General, sienta la doctrina de que las irregularidades en la contratación laboral por la Administración Pública no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza por el trabajador, pues ello vulneraría normas de derecho necesario y normas imperativas de selección, dado que en esta materia rigen normas de distintos ordenamientos -el laboral y el administrativo- que han de ser objeto de una interpretación integradora, pues mientras en el primero se protegen intereses privados, en el administrativo se consagran procedimientos de selección que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a los puestos en el sector público, y a partir de este principio se concluye que el trabajador no puede consolidar, sin superar los procedimientos de selección, la condición de fijeza en plantilla, aunque, ante contrataciones temporales efectuadas sin exacto sometimiento a la normativa que las regula, se mantenga la efectividad del contrato por tiempo indefinido hasta la cobertura de la plaza por los procedimientos reglamentarios.

Esta doctrina, conduce a estimar que la actora, aun cuando desde el mes de octubre de 1993 hubiese estado en una situación de irregularidad, en lo que a su relación laboral se refiere, sólo conservaba el derecho a permanecer en su puesto de trabajo, sin límite temporal alguno, hasta que la plaza fuera cubierta reglamentariamente, y como el cese que se le ha impuesto responde a que dicha cobertura se ha producido, no es dable admitir que haya tenido lugar el despido.

En el supuesto de autos se vuelve así a plantear el problema de la contratación laboral de las Administraciones Públicas, en el que se ha producido una evolución significativa de la doctrina en los últimos años, transcribiendo la STS 20.01.1998 (RJ 1998\1.000), y en el mismo sentido las de 21.01.1998 (RJ 1998\1.138), 05.10.1998 (RJ 1998\8.659), 10.11.1998 (RJ 1998\9.542 y RJ 1998\9.543), 18.11.1998 (RJ 1998\9.994 y RJ 1998\10.000) y 03.02.1999 (RJ 1999\1.152), ya que una primera línea

doctrinal valoró la especial posición de las Administraciones Públicas en la contratación laboral de carácter temporal para concluir que, como regla general y salvo supuestos especialmente cualificados, las irregularidades que puedan cometer las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal, a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución de un contrato con carácter indefinido, que debe proveerse de acuerdo con los principios de publicidad y mérito, siendo aclarado tal criterio, precisando que la irregularidad en la modalidad contractual temporal aplicada no debe determinar la transformación del contrato en indefinido, pero que esa contratación irregular pone normalmente de relieve que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal, el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva, en lo que puede calificarse como interinidad de hecho. A partir de la sentencia de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991\1.875) la doctrina del Tribunal Supremo se orientó en distinto sentido, considerando que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza, siendo de nuevo matizada esta posición a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996\7.492), en la que se establece que la contratación en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Las Administraciones Públicas, por tanto, están situadas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 14 y 103 CE, en el acceso al empleo público, razones que indujeron al Tribunal Supremo, a declarar el carácter

indefinido de los contratos celebrados por la Administración de forma irregular, fuera de las pautas legales imperativas indicadas, en el sentido de que no está sometido directa o indirectamente a un plazo, pero sin que ello sea obstáculo a que la Administración esté obligada a adoptar las medidas precisas para la provisión regular del puesto de trabajo. Y, producida esta provisión en la forma que legalmente sea procedente, existirá una causa de extinción contractual, pues se encuentra sometida la relación laboral en cuanto al régimen de extinción del contrato de trabajo, a la normativa común del ET en la materia, dentro de la cual existen causas lícitas o procedentes en cuya virtud la Administración empleadora puede dar por terminada la relación contractual de trabajo.

En el presente supuesto la recurrente que inició la relación laboral con el Organismo Autónomo demandado el 01.10.93 en virtud de diferentes contratos temporales los dos primeros al amparo de los reales decretos 2.104/84 por vacaciones y por enfermedad de A.R. y por vacante temporal el tercero y el último por interinidad, independientemente de las posibles irregularidades cometidas en su contratación, laboral (lo cual por otra parte no ha resultado acreditado en autos, y habiéndose además extinguidos los mismos al cesar las causas de la contratación siendo los mismos liquidados sin que conste que la actora presentara reclamación alguna, con lo cual decaería el presunto fraude). Pero es que además el último contrato suscrito es de interinidad hasta que se ocupara la plaza de forma reglamentaria, lo que se hizo el 13.03.2000 como bien razona la sentencia de instancia "in fine", de conformidad con lo dispuesto en el art. 49 del ET, al no haber existido despido. Por tanto, no admitiéndose que haya tenido lugar el despido, procede confirmar la sentencia que se pronuncia, imponiéndose en consecuencia desestimar el recurso que contra ella infundadamente se formaliza.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación interpuesto por doña S.R.R., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Ourense, de fecha doce de junio de dos mil, dictada en autos núm. 208/00 seguidos a instancia de la recurrente contra CORREOS Y TELÉGRAFOS sobre DESPIDO, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

3085 RECURSO N° 5.104/2000

S.S.

**EXTINCIÓN DE CONTRATO TEMPORAL
EVENTUAL. COMO SE ESPECIFICARA CON
PRECISIÓN E CLARIDEADE A CAUSA, O
CESAMENTO MERECE A CONSIDERACIÓN
DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.
ENCADEAMENTO DE CONTRATOS.
EXAME DAS SUCESIVAS RELACIÓNNS A
TERMO.**

Ponente: Ilmo Sr. D. Juan Luis Martínez López

A Coruña, a quince de diciembre 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 5.104/00,
interpuesto por don S.P.C. contra la sentencia del
Juzgado de lo Social Núm. cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 407/00 se presentó demanda por don S.P.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa “G.E.S.E.C.O., S.A.” y la empresa “U., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 31 de agosto 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.- Que el demandante don S.P.C. vino prestando sus servicios para la demandada “U., S.A.” con antigüedad de 07.07.99, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, celebrado al amparo del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores y bajo la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, contrato con vigencia hasta el 30 de setiembre de 1999, en cuya fecha fue finiquitado y debidamente indemnizado el actor. Posteriormente suscribió nuevo contrato, en fecha 01.10.99 esta vez bajo la modalidad de interinidad, para cubrir la plaza del trabajador don R.Y.E. con situación de Incapacidad Temporal y hasta su reincorporación definitiva. Todos ellos con la categoría

profesional de peón, percibiendo un salario mensual según Convenio Colectivo.-
SEGUNDO.- Con fecha 29.02.00, la empresa “GESECO, S.A.” se subrogó en el servicio de la anterior adjudicataria, “U., S.A.”, comunicando ambas empresas en fecha 28.02.00 a los trabajadores entre ellos el demandante, la nueva situación y la subrogación en sus derechos y obligaciones.- **TERCERO.**- Con fecha 13.04.00 la empresa “GESECO, S.A.” comunicó al actor la finalización de su contrato de trabajo por cese en la situación de interinidad por haberse jubilado el trabajador don R.Y. a quien estaba sustituyendo.-
CUARTO.- En fecha 10.05.00 se celebró acto de conciliación ante le Instituto de Mediación Arbitraje y Conciliación con resultado de sin avenencia.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda deducida por don S.P.C. contra sus servicios par la demandada “U., S.A. y “GESECO, S.A.” debo absolver y absuelvo a la parte demandada de todos los pedimentos contenidos en 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.- Recurre el trabajador la sentencia de instancia que desestima la demanda sobre despido, postulando la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida y denunciando la infracción de normas sustantivas. La revisión solicitada tiene por objeto suprimir “...y debidamente indemnizado”, así como añadir al ordinal primero tras “el actor” el siguiente texto: “la cláusula sexta del contrato referida a su objeto figura en blanco, sin identificar ni determinar las circunstancias de la producción”. Por lo que el hecho probado primero quedaría redactado del siguiente modo: “Que el demandante don S.P.C. viene prestando sus servicios para la demandada “U., S.A.” con antigüedad de 07.07.99, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, celebrado al amparo del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores y bajo la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, contrato con vigencia hasta el 30 de setiembre de 1999, en dicha fecha fue finiquitado el actor. La cláusula sexta referida al objeto del contrato figura en blanco, sin identificar ni determinar las circunstancias de la producción. Posteriormente suscribió nuevo contrato, en fecha 01.10.99 esta vez bajo la modalidad de interinidad, para cubrir

la plaza del trabajador don R.Y.E. en situación de Incapacidad Temporal y hasta su reincorporación definitiva. Todos ellos con la categoría profesional de peón, percibiendo un salario mensual según Convenio Colectivo”.

Petición que se acepta al encontrar apoyo, la supresión solicitada en el folio 68 consistente en el recibo de finiquito del primer contrato en dónde no figura referencia alguna a indemnización, y el texto que se incorpora en el contrato de trabajo obrante a los folios 58 y 59.

En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción, por errónea interpretación y no aplicación del artículo 3.2.a) del R.D. 2.720/1998 de 18 de diciembre, en relación con el artículo 15.1 del vigente Estatuto de los Trabajadores, artículos 3, 6.4 y 7 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 y 35 de la Constitución Española y de la Jurisprudencia del T.S. reflejada en la sentencia de 11.03.97 alegando, en esencia, que en el contrato de trabajo suscrito no hay referencia alguna sobre su causa, ni se concretan las circunstancias de la producción que lo justificó, apareciendo en blanco el objeto del mismo, sin que la empresa en ningún momento acreditara la concurrencia de las circunstancias que justificaran la celebración del contrato, por lo que se genera la presunción del contrato por tiempo indefinido al haberse celebrado en fraude de ley.

Es preciso señalar que para todos los contratos temporales enunciados en el artículo 15 del estatuto de los Trabajadores, el R.D. 2.720/1998 de 18 de diciembre exige mención de la causa de temporalidad, es decir: especificación de la obra y servicio que constituya el objeto del contrato homónimo (art. 2.a)); consignación de la causa o circunstancia que justifique la eventualidad (art. 3.a) e identificación del trabajador sustituido y de la causa de sustitución (art. 4.a)). En concreto establece que el contrato eventual por circunstancias de la producción tendrá el siguiente régimen jurídico: a) El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo.

Con carácter general, la Jurisprudencia viene entendiendo que el contrato temporal deviene indefinido cuando no se menciona la causa legal u objetiva a la que cada contrato responde, debiendo expresarse ésta con claridad sin que resulte suficiente la repetición literal del artículo 15.1 E.T. (entre otras muchas, TS 26 de febrero de 1996). Por su parte las SSTS/IV de 24 junio 1996 (RJ 1996/5.303) (recurso 150/1996), 25 noviembre 1996 (RJ 1996/8.721) (recurso 3.075/1996), 17 diciembre 1996 (RJ 1996/9.715)

(recurso 1.006/1996), 10 diciembre 1996 (RJ 1996/9.139) (recurso 1.989/1995) y 30 diciembre 1996 (RJ 1996/9.864) (recurso 637/1996), parten de que el válido acogimiento de la modalidad contractual que se establecía en el artículo 15.1.b) ET/1980, en relación con el artículo 3.º del Real Decreto 2.104/1984, no sólo requiere que “se concierten para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa”, sino además que, al ser concertado, sea consignada con precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique, circunstancia esta que no concurre en el supuesto enjuiciado, lo que comporta, en suma, entender que la relación laboral traída al proceso devino en por tiempo indefinido, sin que ello pierda consistencia por la celebración del último contrato suscrito entre las partes, pues tratándose de una relación laboral continua esta no puede quedar limitada al examen del último contrato que carece de valor para transformar en temporal aquella relación indefinida.

En consecuencia procede estimar el recurso de suplicación formulado y revocar la resolución recurrida, debiendo recaer la condena únicamente sobre la empresa “GESECO, S.A.” que se subrogó en el servicio de la anterior adjudicataria “U., S.A.”.

fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por don S.P.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número cuatro de A Coruña de fecha 31 de agosto de 2000, con revocación de la misma y estimando la demanda formulada se declara la improcedencia del despido, condenando a la codemandada “GESECO, S.A.” a readmitir al actor en su puesto de trabajo, o a indemnizarlo en legal forma, debiendo abonarle, en ambos casos, los salarios de tramitación. Se absuelve libremente a la Empresa “U., S.A.”.

3086 RECURSO Nº 5.112/2000

S.S.

EXTINCIÓN DO CONTRATO POR INCUMPRIMENTO DO EMPRESARIO. FALTA DE PAGAMENTO SALARIAL. SE NON É SUFICIENTEMENTE GRAVE, NON XUSTIFICA A EXTINCIÓN, DE XEITO QUE NON ABONDA CO ATRASO ESPORÁDICO. FALTA DE OCUPACIÓN EFECTIVA DA TRABALLADORA: NON SE APRECIA. REALIZACIÓN DE TRABALLO EFECTIVO

SUBSEGUINTE A BAIXAS MÉDICAS. INEXISTENCIA DE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DAS CONDICIÓNS DE TRABALLO.

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

A Coruña, a quince de diciembre 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. 5.112/2000 interpuesto por doña A.J.F.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña A.J.F.G. en reclamación de EXTINCIÓN DE CONTRATO siendo demandada la empresa “S.R., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 581/2000 sentencia con fecha 2 de octubre de dos mil por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- La actora en el procedimiento doña A.J.F.G., mayor de edad, nacida en fecha 03/69, provista de DNI nº..., vecina de Lugo, viene prestando sus servicios por cuenta y orden de la patronal “S.R., S.L.”, con domicilio social en Lugo..., CIF..., dedicada a la actividad económica de asesoramiento, haciéndolo bajo las siguientes circunstancias laborales: * Ininterrumpidamente desde 10.06.1997. * Centro de Trabajo: Plaza Mayor..., Lugo. * Categoría Profesional: Administrativo-Oficial de 1^a, por lo que le correspondería percibir una retribución bruta mensual de 147.182 ptas., con inclusión de la prorrata de las gratificaciones extraordinarias en el nº de cuatro. * Funciones: elaborar informes precontenciosos de morosos de distintas entidades bancarias, principalmente “C.G.”; elaborar y verificar informes registrales para distintas entidades bancarias; atención telefónica de los clientes; tratar con los distintos registros de la propiedad a nivel nacional solicitando las notas simples informativas necesarias para poder elaborar los distintos informes, así como para aclarar las dudas surgidas en relación con los mismos; archivar; ocasionalmente ir a Correos;

realizar gestiones y recados fuera de la empresa. * Contrato de trabajo: temporal, de duración determinada, en la modalidad de realización de una obra o servicio determinados, siendo empero sus funciones en la Patronal las habituales ordinarias de ésta./ 2º).- A mediados de mayo de 2000 la actora comunicó a la Patronal su deseo e intención de causar baja voluntaria en la empresa por intereses personales con efectos de 31.05.00, preparando la última toda la documentación procedente sobre baja voluntaria de la trabajadora. Empresario y trabajadora acordaron que esos días que restaban de mayo de 2000, la demandante instruiría a otra trabajadora de la Patronal, en concreto doña M.V.M., en las específicas funciones de relación con los clientes, conocimiento de éstos, técnica de trabajo y verificaciones registrales, que hasta entonces venía desarrollando la actora./ 3º).- La demandante en una conversación mantenida con M.T.G.R. le dijo que gracias a que ella se iba voluntariamente de la empresa la otra tendría trabajo, de hecho la Sra. G.R. fue contratada por la Patronal con efectos de 01.06.00 para sustituir con la categoría de auxiliar administrativo a doña M.V.M., que, a su vez, iba a sustituir a la demandante una vez cesara ésta voluntariamente el 31.05.00./ 4º).- Llegado el 31.05.00 la actora se retractó de su cese voluntario al no quererle firmar el empresario la documentación precisa para la percepción del paro, ya que la actora había solicitado baja voluntaria y no le correspondía percibir siendo así prestaciones por desempleo, amén de que de hacerlo el empresario perdería las correspondientes bonificaciones por la contratación de la trabajadora Sra. G.R./ 5º).- La actora el 01.06.00 comenzó a disfrutar sus vacaciones y el 02.06.00 fue baja médica en I.T. contingencias comunes por proceso depresivo, del que causó alta médica por mejoría que le permitía realizar su trabajo habitual el 14.07.00 (viernes)./ 6º).- El 17 de julio de 2000 (lunes) se reincorporó a su PT y a las 08:20 empezó a grabar una conversación mantenida con el Jefe, preguntándole que tareas iba a realizar, contestándole éste en el curso de la misma que, visto lo que había sucedido, de ahora en adelante hasta que se jubilara lo único que iba a hacer era archivar, ir a Correos, recados y como mucho llevar algún sobre a un banco, que se olvidase de la relación con los clientes y demás gestiones que venía realizando para la Patronal porque había fallado a ésta. Posteriormente, al otro día de julio de 2000, grabó a las 08:15 horas una conversación en la que el empresario le ordenaba archivar y guardar determinada documentación no por orden de número sino por orden alfabético, y a una indicación de la demandante relativa a lo que pasaría cuando ella se fuese, el empresario le respondió que como ni ella sabía cuando se iba a ir a lo mejor otro día tendría que ordenar y

clasificar esa misma documentación por orden de dígitos./ 7º).- Entre el 17-julio-00, fecha de reincorporación de la actora a su PT, y el 02.08.00, en que fue nueva baja médica en I.T. contingencias comunes con el mismo diagnóstico (trastorno depresivo), situación en la que continuaba a fecha del juicio, la actora acudió unos 6 días laborables a trabajar, y lo único que hizo fue archivar en la mesa que, al efecto, existe en las oficinas, y en la que tanto ella como sus demás compañeros se sentaban cuando realizaban tales tareas de archivo./ 8º).- Los días que faltó en el período arriba indicado acudió a consultas médicas. Las íntegras funciones de la demandante a partir del 31.05.00 pasaron a ser desarrolladas por doña M.V.M./ 9º).- A la actora la patronal le adeuda los salarios o prestación de IT de junio/00, julio/00 y extra de julio/00, no presentándose a cobrar en la Empresa la actora los días de pago de las nóminas (entre el 7 y 10 de cada mes), y reconociendo la demandante en judicial confesión que nunca reclamó su abono del empresario. La Patronal paga y viene pagando puntualmente a todos sus operarios./ 10º).- Con fecha 02.08.00 presentó la demandante papeleta conciliatoria ante el S.M.A.C. sobre Extinción Contractual. Se celebró el 18.08.00 el preceptivo acto de conciliación previa que concluyó “sen avinza”. 11º).- Se interpuso demanda que fue turnada a este Juzgado de lo Social el día 25.08.00, luego de su presentación y registro ante el Decanato de los de Lugo el día 21-agosto-2000”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda deducida por doña A.J.F.G., en Proceso de Extinción de Contrato, contra la Patronal “S.R., S.L.”, debo absolver y ABSUELVO a la demandada de los pedimentos de la demanda rectora del procedimiento”.

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 actora en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se estime la demanda “declarando extinguido el contrato de trabajo que une a la actora con la empresa demandada, condenando a ésta a abonar una indemnización...”, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la revisión del H.P. 1º (motivo 1º) y denuncia la infracción del art. 50 E.T. en la forma que desarrolla en el motivo 2º del recurso).

SEGUNDO.- La revisión que del H.P. 1º interesa el recurso se articula en la siguiente integral forma: A) Con carácter principal, pide la parte se modifique el H.P. 1º parágrafo 1º en lo relativo a la categoría profesional y el salario, sustituyendo los que declara la sentencia recurrida (Administrativo-Oficial de 1ª y 147.182 ptas. mes con prorrata de 4 pagas) por los de “Jefa de 2ª- Administrativa, por lo que le corresponde percibir una retribución bruta mensual de 160.172 ptas. con inclusión de la prorrata de las gratificaciones extraordinarias en nº de cuatro”. Al efecto, se invoca la documental de los folios 31 a 35, 49 a 62, 102 a 108 y 110 de los autos. B) Subsidiariamente, se pide que se modifique el H.P. 1º en lo relativo al salario “asignándole al cantidad de 151.715 ptas.”, es decir declarando que “a la actora le corresponde percibir una retribución bruta mensual de 151.715 ptas., con inclusión de la prorrata de las gratificaciones extraordinarias en nº de cuatro”, no alegando al efecto otra prueba concreta distinta de la antes dicha.

TERCERO.- La revisión instada no prospera: A) En lo relativo a la categoría, la que declara la sentencia de instancia de Administrativo-Oficial de 1ª tiene fundamento en prueba cierta, que valorada oportunamente dentro del conjunto probatorio por el Juzgador de Instancia en utilización de las facultades que le reconoce el art. 97.2 L.P.L. el recurso en absoluto desvirtúa o justifica error al respecto. En este sentido: 1.- La recurrente viene a reclamar la categoría de Jefa 2ª Administrativa en razón de que -dice- se le abonaba el salario correspondiente a esa categoría, citando en concreto la documental de los folios 31 a 35, 49 a 62, 102 a 108 y 110, que contienen lo siguiente: hojas de salario de la actora (F. 31 a 35), que aparte de reflejar el salario recogen como categoría la de “Administrativo”; el texto del Convenio colectivo para el sector de oficinas y despachos de la provincia de Lugo (F. 49 a 62), que evidentemente no justifica en sí mismo que la actora tuviera en la empresa demandada la categoría que reclama; de nuevo el texto del Convenio citado (F. 102 a 108); y una nueva hoja de salarios de la actora correspondiente al mes de mayo de 2000 (F. 110), que aparte del salario explícita como categoría laboral la de “Administrativo”. 2.- El mero hecho de la cuantía salarial que percibía la actora no constituye, por sí solo, factor determinante a efectos de revisar la categoría que se declara probada, pues la percepción de un salario superior al fijado en convenio para la categoría del trabajador según contrato y nóminas lo único que justifica fehaciente e inequívocamente es la existencia de un salario “mejorado” sobre el de convenio; factible sin otra consecuencia o repercusión desde

el momento que el salario –convenio es de “mínimos” y mejorable por acuerdo y/o decisión empresarial al efecto. 3.- Si lo anterior ya desautoriza la revisión instada, lo viene a ratificar lo siguiente, que pone de relieve el fundamento probatorio cierto que tiene la categoría profesional que declara la sentencia de instancia: los contratos de trabajo suscritos y hojas de salarios (folios 26 y 27 y 30, y 32 y siguientes y otros) indican como categoría profesional la de “Administrativo”; asimismo, las funciones que hacía la actora según el propio H.P. 1º no encajan en la categoría de Jefa Administrativa de 2ª, no compatibilizando con lo dispuesto al respecto en el art. 18 del Convenio de autos y correspondiendo a la reconocida por la empresa (según el Convenio y la Ordenanza a la que se remite); cierta testifical puso de relieve en juicio que las funciones de la actora eran sustancialmente iguales a las de los demás trabajadores.

Y B.- En lo relativo al salario, el que declara la sentencia de instancia de 147.182 ptas., con prorrata de cuatro pagas extras, tiene también fundamento cierto, en razón del Convenio colectivo vigente para el sector de Oficinas y Despachos de la Provincia de Lugo y el salario último que fija para la categoría de la actora de Administrativo-Oficial 1ª (1.666.208 ptas. anuales, en 16 pagas, más un 6% por trienio cumplido, en total 1.766.180 ptas.; es decir, 147.182 ptas. en 12 mensualidades, con prorrata). No cabe reclamar salario correspondiente a la categoría de Jefa de 2ª Administrativa, puesto que no se justifica tal categoría sino la de Administrativo-Oficial de 1ª, como ya quedó razonado. Tampoco procede el salario de 151.715 ptas. que se solicita subsidiariamente en el recurso, dado que no cabe aplicar las nuevas tablas o disposiciones salariales que prevé el Convenio para el año 2000 sobre el salario mejorado, como dice la parte (“...sin tener en cuenta el salario que le era abonado con anterioridad y sobre el que procede aplicar los incrementos establecidos por el nuevo Convenio de aplicación”), pues en el contexto del proceso presente y considerando asimismo la compensación y absorción (art. 23 del Convenio de autos y art. 26 E.T.), lo que resulta procedente es tomar el salario según Convenio si éste, en su conjunto y cómputo anual, es superior al que se venía percibiendo. Así pues, se rechaza el motivo de recurso articulado al amparo del art. 191.b) L.P.L.

CUARTO.- El amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia el recurso, en primer término, la infracción del art. 50.1.b) E.T. por impago de la retribución correspondiente a ciertas mensualidades; en concreto, se dice: “...Pues

bien, es claro que en el presente caso existe el impago de más de 3 mensualidades que afirma la juzgadora para poder atender a esta causa de extinción por voluntad de trabajador...”. Y en segundo lugar, denuncia la infracción del art. 50.1.a) y c) E.T. en función de una falta de ocupación efectiva y/o de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redundan en perjuicio de la formación profesional del trabajador o menoscaban su dignidad; argumentando al efecto, en esencia: “...existe una actitud de la empresa claramente vejatoria hacia la actora por un cambio de decisión respecto a su cese que conlleva que el empresario modifique sus funciones asignándole funciones que hasta la fecha no le habían sido encomendadas, o que si bien si le habían sido encomendadas no con la intención que en la actualidad se le dan y eliminando aquellas otras funciones de mayor entidad y llegando incluso a asignarle un nuevo puesto físico en la empresa, sin que deba apreciarse, por la juzgadora de instancia, que...”. Tales denuncias han de ser examinadas sobre los HDP de la sentencia de instancia, que salvo en el examinado H.P. 1º no han sido objeto de revisión por la obligada vía del 191.b) L.P.L.

QUINTO.- En lo relativo al impago de ciertas retribuciones (art. 50.1.b) E.T.), lo que al respecto declara probado la sentencia recurrida (H.P. 9º) es lo siguiente: “a la actora la patronal le adeuda los salarios o prestación de I.T. de junio/00, julio/00 y extra de julio/00, no presentándose a cobrar en la empresa la actora los días de pago de las nóminas (entre el 7 y 10 de cada mes), y reconociendo la demandante en judicial confesión que nunca reclamó su abono del empresario. La patronal paga y viene pagando puntualmente a todos sus operarios”. Este declarado adeudo (el que se decía en demanda) no posibilita, por sí mismo, la extinción del contrato por virtud de la causa que se alega prevista en el art. 50.1.b) del E.T., u otra, como considera la sentencia de instancia. En torno a los requisitos que ha de tener la deuda que mantenga el empresario a los efectos del art. 50.1.b) E.T., aparte de ser vencida y exigible... ha de encerrarse un incumplimiento grave. Y para cumplir con el requisito de la gravedad se requiere que el incumplimiento empresarial tenga entidad oportuna en el tiempo y en la cuantía de los salarios (o de la prestación de I.T. y/o mejora voluntaria que en su caso complemente la prestación) debidos. La jurisprudencia (por ejemplo, STS de 24/3/92) ha puntualizado que a efectos resolutorios del contrato a instancia del trabajador por falta o retraso en el pago de conceptos salariales -o en su caso de determinados conceptos no salariales- el impago no ha de ser un mero retraso esporádico sino un comportamiento continuado y persistente, expresivo de un incumplimiento grave. Así, no se

ha considerado incumplimiento de suficiente gravedad para justificar la acción resolutoria la falta de pago de una mensualidad o de dos consecutivas (STS 15/12/86, 12/3/87...), o de dos y una extra o de tres mensualidades (STS de 12/2/90 y 25/9/95)...; y en caso de impago de prestación de I.T., frecuentemente acompañado del impago de la mejora voluntaria que complementa la prestación, en un período de 4 meses se consideró incumplimiento empresarial grave (STS 22/5/95), no el de 3 meses (STS País Vasco de 9/7/96)...

En el caso presente no existe la entidad que requiere el incumplimiento empresarial en términos del art. 50.1.b) (o del art. 50.1.c) por el incumplimiento que se analiza) del E.T. Y es que: A) El impago de que se trata cuantitativamente está dentro de los parámetros oportunos para concluir que, salvo circunstancias especiales, por sí solo no justifica la gravedad del incumplimiento, ya que la deuda corresponde a los meses de junio y julio y extra de julio de 2000. Y B) Las circunstancias que concurren ratifican la inexistencia de la gravedad que requiere la causa resolutoria. Por un lado, la empresa “paga y viene pagando puntualmente a todos sus operarios”; se trata, pues, de una empresa habitualmente “cumplidora” de sus obligaciones salariales. Por otro lado, en el surgimiento de la deuda salarial y de I.T. con la actora existió por parte de la empresa más que una conducta “activa” y expresa de negativa al pago, esencialmente de pasividad, puesto que (H.P. 9º) la actora no se presentó a cobrar en la empresa los días de pago de nóminas y no reclamó su abono del empresario; postura tanto más relevante cuanto que la dicha actora comenzó vacaciones el 01.06.00, fue baja médica el día siguiente, causó alta y se incorporó a su trabajo el 17.07.00 y hasta una nueva baja el 02.08.00, acudió a trabajar unos 6 días laborables (H.P. 5º, 6º y 7º), presentando la demanda conciliatoria para la extinción contractual ya el día 02.08.00 (H.P. 10º y F. 4). En suma, la deuda constatada no encierra, en sí y por sí misma, causa resolutoria al amparo del art. 50.1.b) (ó c)) E.T.; precepto que la sentencia recurrida aplica debidamente.

SEXTO.- Se denuncia, por último, infracción del art. 50.1.a) y c) E.T. por derivación de la posible existencia de una falta de ocupación efectiva relevante a estos efectos y/o de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo con perjuicio de la formación profesional o con menoscabo de la dignidad del trabajador.

El examen de la denuncia se ha de hacer a partir de los hechos que declara probados la sentencia recurrida; y que en lo fundamental que aquí interesa son los siguientes: A) La actora viene

trabajando para la empresa “S.R., S.L.”, dedicada a la actividad económica de asesoramiento, desde 10.06.97, con la categoría, salario y funciones que se concretan en el H.P. 1º. B) A mediados de mayo de 2000, la actora comunicó a la empresa su intención de causar baja voluntaria en la misma por intereses personales en 31.05.2000, acordando ambos que los días que restaban del mes los dedicase la actora a instruir a otra trabajadora, M.V.M., en las funciones que hasta entonces venía realizando de relación con los clientes, técnica de trabajo y verificaciones registrales, llegando a contratar la empresa demandada con efectos de 01.06.2000 a otra trabajadora para sustituir a la que supliría a la actora una vez que ésta cesara voluntariamente el 31.05.2000 (H.P. 2º y 3º). C) Llegado el día 31.05.2000 la actora se retractó de su decisión al no querer firmarle la empresa documentación que le posibilitaría percibir el desempleo, pues no era la propia de un cese voluntario (H.P. 4º). D) Tras ello, la actora comenzó disfrute de vacaciones el 01.06.2000, pero al día siguiente causó baja e inició I.T. por proceso depresivo, causando alta médica el 14.07.2000 (viernes); reincorporada el 17 siguiente (lunes), a las 8,20 horas grabó conversación con su jefe en los términos que constan en el H.P. 6º, e igual al otro día de julio (H.P. 5º y 6º). E) El día 02.08.2000 la actora volvió a causar baja médica e iniciar I.T., situación que se mantenía a la fecha del juicio de instancia; constando que los 6 días laborales en que acudió a trabajar desde el 17 de julio, la actora lo único que hizo “fue archivar en la mesa que, al efecto, existe en las oficinas, y en la que tanto ella como sus demás compañeros se sentaban cuando realizaban tales tareas de archivo” y que “las íntegras funciones de la demandante a partir del 31.05.2000 pasaron a ser desarrolladas por doña M.V.M.” (H.P. 7º y 8º). Y F) En fecha 02.08.2000 la actora presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC sobre extinción contractual (H.P. 10º).

SÉPTIMO.- En torno al art. 50.1.c) E.T., el incumplimiento de la obligación empresarial de que se trate ha de ser considerado grave para que fundamentalmente la acción resolutoria, sin que realmente afecte la existencia de culpabilidad. En tal contexto, el requisito de la gravedad se refiere a una especial intensidad de la infracción empresarial, susceptible de ser valorada objetivamente. Esta, en el ámbito de la falta de ocupación como causa, se traduce en una consideración del tipo de la medida empresarial, su dimensión y entidad, apreciándose la existencia de causa resolutoria cuando la falta de ocupación efectiva es abusiva e injustificada, con una valorable duración...

Por su parte, las modificaciones en las condiciones de trabajo se exigen en el propio art. 50.1.a) E.T. que sean sustanciales y que redunden en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad del trabajador. Es decir, que ni siquiera cualquier modificación sustancial permite la resolución vía art. 50.1.a), sino tan solo aquellas que vienen cualificadas por el perjuicio adicional tipificado que supone la lesión a la formación profesional o el menoscabo a la dignidad del trabajador. En este sentido, no se ha admitido el perjuicio a la formación en supuestos de mera movilidad horizontal o dentro de la misma categoría o grupo profesional /(STS de 3/12/90 y 16/1/91), o cuando al trabajador se le proporcionaban tareas propias de su categoría profesional (STSJ de Cataluña de 22/3/95 y 10/10/94, Galicia de 11/11/96...), ni cuando se produce un cambio de funciones enmarcado en un proceso de reorganización empresarial sin menoscabo de la categoría profesional (STSJ Cataluña de 6/10/95) ni en una reducción de funciones o destino muy transitorio a otras inferiores... Y en lo que atañe al menoscabo de la dignidad del trabajador, normalmente se le identifica, vinculándolo con lo anterior, con un perjuicio especialmente grave en la formación profesional, considerando la dignidad del trabajador como el respeto que merece ante sus compañeros de trabajo y sus jefes como persona y como profesional.

A partir de todo ello y de la situación acreditada que se dejó expuesta en el fundamento anterior, por las siguientes consideraciones se rechaza la infracción que del art. 50.1.a) y c) E.T. se denuncia: A) No hay en el caso presente una falta de ocupación efectiva que pueda propiciar la pretendida extinción de la relación. Por un lado, en el período del 01.06.2000 hasta el proceso (la época aquí trascendente) la actora acudió a trabajar 6 días, estando los restantes del dicho período de vacaciones y baja e I.T. Por otro lado, en estos 6 días citados la actora trabajó efectivamente; en concreto, estuvo archivando en la mesa de la oficina al efecto, constituyendo tal labor una de las que de siempre constitúan sus funciones (H.P. 1º; y Fundamento jurídico 2º de la sentencia de instancia: "...archivando, tarea que forma parte de su cometido profesional según ella misma reconoció en judicial confesión..."). Por último, el cambio de tareas respecto de las que hasta el 31.05.2000 venía efectuando la actora se debió a las vicisitudes habidas en la empresa al hilo de su anunciada baja voluntaria para tal fecha, propiciando que la empresa hubiese de decidir que fuese otra trabajadora la que las pasase a efectuar; esto, al margen de lo que acto seguido se razonará, pone de relieve que la empresa adoptó medidas de reorganización ante la situación finalmente creada con motivo de que

la actora no cesó el 31.05.2000 como había anunciado, en cuyo contexto, si bien redujo las funciones de la actora (al menos en los 6 días que trabajó), lo hizo dándole ocupación, y una ocupación que también estaba entre las funciones que anteriormente venía efectuando.

Todo ello, en fin, significa que ni por dimensión temporal ni por contenido de la decisión empresarial y situación que propició existe causa para extinguir el contrato por falta de ocupación efectiva; ni en sí misma ni puesto en relación lo sucedido con el impago salarial antes analizado y con lo que se alega al hilo de aducir la causa del art. 50.1.a) E.T. y para sostener su concurrencia en todo caso. Y B) Y es que tampoco se observa la existencia de una modificación sustancial de condiciones causante de perjuicio en la formación profesional o menoscabo de la dignidad del trabajador: Valorando el adeudo que refleja el H.P. 9º, así como la ocupación de la actora en la empresa habida a partir del 31.05.2000, nada de ello cobra otra dimensión a los efectos del art. 50.1.a) tomando en consideración el resto de lo acaecido entre empresa y actora; en concreto y en especial, el contenido de las dos conversaciones habidas en el mes de julio que se relatan en el H.P. 6º de la sentencia de instancia.

En aquellos seis días laborables dichos, lo que la actora hizo fue "archivar"; y tal venía siendo una de sus funciones en la empresa. Considerando lo anterior, si efectivamente el responsable empresarial le manifestó el 17.07.2000 que lo único que iba a hacer era archivar, ir a Correos, recados... (todo funciones que anteriormente también realizaba conforme al H.P. 1º) en los términos que aparecen en el H.P. 6º, teniendo en otro día de julio la continuación que se describe en el mismo H.P., es lo cierto que todo ello, en el contexto en que se produjo, y que analiza la sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico 4º, no supone en sí causa resolutoria, ni propicia que lo sea lo demás ya valorado o acreditado.

La relación de la actora con y en la empresa aparece como absolutamente normal hasta que aquella se retractó de su anunciada decisión de cesar voluntariamente en 31.05.2000; retractación que además de venir motivada por razones de la trabajadora inasumibles (no acceder la empresa a documentar el cese en la forma precisa para posibilitar un desempleo que por cese voluntario no le correspondería), propició en la empresa alteraciones trascendentes a nivel de personal y organización, dado que ya tenía una trabajadora preparada para hacerse cargo de las funciones de la actora (incluso instruida por ésta) y el compromiso de contratar a otra para suplir a la anterior. Esto, junto al hecho de que la actora no trabajó efectivamente a partir del 01.06.2000 por

vacaciones y baja, llevó a que la empresa acometiera de forma razonable y prácticamente necesaria una cierta reorganización, cuyo punto de partida obligado fue que las funciones que venía efectuando la actora las pasara a realizar la persona que ante su marcha iba a ocupar el puesto; esto explica –y a los presentes efectos justifica suficientemente- que cuando el 17 de julio la actora se reincorporó al trabajo, el cargo empresarial responsable adoptase la decisión de encomendarle funciones de archivo, en todo caso dentro de las que venía realizando anteriormente. Y de ahí también los crispados términos de las conversaciones que grabó la actora; en ningún caso por sí mismos y en el contexto en que aquellas se produjeron reveladores de una intención y actuación vejatoria empresarial; conversaciones por encima apreciadas motivadamente por el Juzgador de Instancia –y en opinión de la sala, correctamente- como “provocadas” por la trabajadora, “buscadas de propósito” por esta con el fin de obtener un cierto motivo para resolver su contrato de trabajo, dado que su intención (explicitada a sus compañeros de trabajo, dice la sentencia recurrida) no era permanecer en la empresa por tener otros planes en su opinión mejores (en el Fundamento jurídico 4º de la sentencia recurrida, se dice: “...se trata de declaraciones del empresario no espontáneas sino provocadas o motivadas por la trabajadora, buscadas de propósito de caras al éxito de la pretensión judicial que ya anidaba plantear: no se va el 31.05.00 porque el empresario no accedió a falsear la documentación...”).

Estos hechos hacen que ni de las manifestaciones de la empresa en sí mismas, insertas en su contexto causal y valorando intenciones de los protagonistas, ni de sus actuaciones anteriores, concomitantes y subsiguientes pueda concluirse la existencia de causa resolutoria del art. 50 del E.T. como sostiene el recurso; apreciándose, efectivamente, que subyace en la pretensión extintiva contractual articulada un ejercicio prematuro, sin causa oportuna, del derecho que la ley contempla al efecto y claramente anómalo.

OCTAVO.- Por las razones expuestas, la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción normativa que al amparo del art. 191.c) L.P.L. denuncia el recurso, habiendo desestimado la demanda en virtud de una aplicación oportuna del art. 50 E.T. Consiguientemente, el recurso se rechaza y la resolución impugnada se confirma.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña A.J.F.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo de fecha 02.10.2000 en autos nº 581/2000,

seguidos a instancia de la recurrente frente a la empresa “S.R., S.L.”, confirmamos la sentencia recurrida.

3087 RECURSO N° 5.176/00

S.S.

COMPETENCIA DE XURISDICCIÓN. RESPONSABLE DE PRENSA. EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABALLO E DESPEDIMENTO VERBAL. CORRESPONDEN INDEMNIZACIÓN E SALARIOS DE TRAMITACIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Mariño Cotelo

A Coruña, a quince de diciembre 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 5.176/00 interpuesto por doña D.V.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 360/00 se presentó demanda por doña D.V.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el “C.F.” de Lugo en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha veintinueve de agosto 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, doña D.V.R., cuyos datos personales constan en autos, vino prestando sus servicios como responsable de prensa para la empresa “C.F.” de Lugo dedicada a la actividad de Sociedad recreativa, con las siguientes circunstancias laborales: antigüedad 3 de junio de 1996, salario 500.000 pesetas anuales, la actora desarrolla su trabajo en horario de 5 a 8 de la tarde. **SEGUNDO.-** La actora fue despedida verbalmente el 31 de marzo de 2000.

TERCERO.- Se presentó papeleta de conciliación el 19 de abril de 2000 celebrándose el preceptivo acto el 5 de mayo de 2000 con el resultado de sin avenencia. **CUARTO.-** La actora presta sus servicios como coordinadora de prensa para el

Colegio Oficial de Enfermería, mediante contrato de trabajo a tiempo parcial celebrado el 25 de enero de 1996, en horario de 11 a 13 horas de lunes a viernes”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, desestimando la excepción de Incompetencia de la Jurisdicción por razón de la materia invocada por la representación del “C.F.” y entrando en el fondo del asunto, estimando la demanda presentada por doña D.V.R. contra la empresa “C.F.”, declaro que el cese de la actora, producido el treinta y uno de marzo de dos mil constituye un despido improcedente y en consecuencia condeno a la mencionada patronal a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio equivalente a DOSCIENTAS TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTAS NOVENTA Y CUATRO (234.394) pesetas. En todo caso deberá abonar a la actora los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de esta sentencia que hasta la presenta resolución se elevan a DOSCIENTAS NUEVE MIL SETECIENTAS TREINTA Y NUEVE (209.739) pesetas. De no optar en el mencionado plazo entre readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera”.

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.- Contra la sentencia de instancia que “desestimando la excepción de incompetencia de la Jurisdicción por razón de la materia invocada por la representación del “C.F.” y entrando a resolver el fondo del asunto, estimando la demanda presentada por D.V.R. contra la empresa “C.F.” declaró que el cese de la actora producido el treinta y uno de marzo de dos mil, constituye un despido improcedente y en consecuencia condenó a la mencionada patronal a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o una indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio equivalente a 234.394 pesetas. En todo caso deberá abonar a la actora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia que hasta la

presente resolución se elevan a 209.739 pesetas. De no optar en el mencionado plazo entre readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera”, se alza en suplicación la demandante articulando su recurso en base a dos motivos, en el primero de los cuales, con amparo procesal en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende la revisión del ordinal primero de la sentencia de instancia y en un segundo motivo, denuncia, con amparo procesal correcto, la infracción de los artículos 11, 21 y 22 del Convenio Colectivo para el sector de la Hostelería de la Provincia de Lugo, en relación con la tabla salarial correspondiente al año 1998 que allí obra.

SEGUNDO. En orden a la modificación del ordinal primero del relato histórico, pretende que se revise el mismo a fin de que se haga constar que el salario es el de 64.560 pesetas mensuales (2.155 pesetas diarias).

Apoya su pretensión en el documento del folio 55, certificación del secretario del “C.F.” de 39.09.96, en la que se basó la Juzgadora “a quo” para la determinación del salario a que se contrae el hecho probado primero, así como la documental de los folios 72, 73 y 78 de autos, donde se contiene el Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Lugo, inserto en el BOP nº 249 de 30.10.98.

Como ha venido estableciendo este Tribunal, 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.- La aplicación de la doctrina antedicha al presente caso, lleva aparejada la

desestimación de la pretensión de la demandante encaminada a la modificación del ordinal primero de la resolución de instancia en orden a fijar el salario de la actora y ello en atención a que, por más que el documento del folio 55 recoge una cantidad que coincide con la ya reflejada en el texto original del ordinal controvertido, sin que sea dado a la parte sustituir por su interesado y subjetivo criterio el objetivo e imparcial del Juzgador, no puede soslayarse que el invocado Convenio Colectivo por más que no constituye documento hábil a efectos de revisión como ponen de relieve las Sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia de 2 junio 1995 y 16 y 17 enero, 2 y 5 febrero, 22 mayo y 27 junio 1996; de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 26 septiembre 1995; de Madrid de 18 septiembre 1995 y 18 enero 1996; del País Vasco de 21 y 28 mayo 1996; de Cantabria de 21 enero 1997; de la Comunidad Valenciana de 6 febrero 1997; de Castilla-La Mancha de 24 abril y 4 julio 1997; de Castilla y León, con sede en Burgos, de 26 mayo 199(sic); y de Extremadura de 1 septiembre 1997 y 29 de junio de 1998, pues, en síntesis, más que un documento se trata de una norma pactada entre la patronal y los trabajadores, y no ostenta la naturaleza de hecho, sino de norma jurídica, lo que impide la posibilidad de fundamentar en el mismo cualquier revisión fáctica; en consecuencia, ha de permanecer inalterado el hecho primero de la sentencia de instancia.

CUARTO.- Y la misma suerte desestimatoria ha de acompañar a la censura jurídica a que se contrae el motivo segundo, relativa a la infracción de los artículos 11, 12 y 21 del tan citado Convenio de Hostelería, referidos al plus de transporte, complemento de antigüedad y gratificaciones extraordinarias de casinos y sociedades recreativas, pues inalterados los ordinales que constituyen el relato histórico de la sentencia de instancia, donde en el primero de los mismos se hace mención a que “la actora vino prestando sus servicios como responsable de prensa para la empresa “C.F.” de Lugo dedicada a la actividad de sociedad recreativa”, no puede acogerse la tesis de que, por analogía “al no existir una categoría profesional de periodista o análoga”, como expresa la propia recurrente, se pretenda aplicar al caso que nos ocupa lo previsto en la meritada norma convencional para supuestos y actividades laborales distintos al que se refiere el presente procedimiento.

QUINTO.- En consecuencia con lo expuesto, procede la desestimación del recurso articulado por D.V.R. y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por D.v.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, de fecha 29 de agosto de 2000, en autos nº 360/00, sobre despido, confirmamos dicha resolución.

3088 RECURSO N° 5.032/00

S. S.

DESPEDIMENTO NULO DE TRABALLADORA EMBARAZADA SEN QUE SE ACREDITE A EXISTENCIA DE INCUMPRIMENTO GRAVE E CULPABLE E SEN QUE SE CONCRETEN SUFICIENTEMENTE NA CARTA DE DESPEDIMENTO OS FEITOS IMPUTADOS. ATRASOS DERIVADOS DE CONSULTAS MÉDICAS XINECOLÓXICAS.

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

A Coruña, a dieciséis de diciembre 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. 5.032/00 interpuesto por “P.A.S., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña E.P.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “P.A.S., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 468/00 sentencia con fecha nueve de octubre de dos mil por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- Doña E.P.M., mayor de edad..., fue contratada el 15.03.1994 por la empresa “P.A.S., S.L.”, prestando servicios en el momento del despido, con la categoría profesional de auxiliar administrativa y un salario de 146.202 pesetas mensuales, incluido prorrato de pagas extraordinarias. No obstante no ostentó, en dicho

año, la condición de Delegado de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical. Tampoco consta su afiliación sindical/ Segundo.- En el contrato de trabajo se estipuló una jornada de 40 horas semanales, de lunes a sábado sin especificarse el horario, ni consta que, en algún escrito posterior, se estipulase un horario rígido de trabajo./ Tercero.- La trabajadora, de 13.06.2000 a 26.06.2000 entró a trabajar las siguientes horas:

	MAÑANA	TARDE
Martes 13	10:20	16:45
Miércoles 14	10:15	16:45
Jueves 15	9:05	16:45
Viernes 16	9:55	17:05
Lunes 19	9:30	17:10
Martes 20	10:15	17:10
Miércoles 21	10:15	17:20
Jueves 22	9:55	16:40
Viernes 23	9:30	17:20
Lunes 26	9:55	16:55

Cuarto.- Como consecuencia de su embarazo, la trabajadora acudió, en diversas ocasiones, a controles médicos./ Quinto.- También consta que, desde hace al menos un año, la trabajadora viene entrando al trabajo sin cumplir un horario rígido.- Sexto.- Le envió la empresa el 27.06.2000 el siguiente telegrama: “Muy Sra. Mía.- La dirección de la empresa “P.A.S., S.L” ha acordado proceder a su despido con efectos desde esta fecha y por los motivos siguientes incumplimiento de la jornada laboral entrando todos los días una hora u hora y media más tarde del horario establecido (9 a 1 y de 4 a 8) trato inadecuado a los clientes que supone grave perjuicio económico a la empresa que viene sufriendo numerosas bajas en la cartera de clientes, extralimitación de facultades contraviniendo las instrucciones de la empresa”./ Séptimo.- No quedaron acreditados el trato inadecuado a clientes ni extralimitación alguna de facultades./Octavo.- Se intentó sin avencencia la conciliación obligatoria previa ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Estimando la demanda interpuesta por doña E.P.M. contra la Entidad Mercantil “P.A.S., S.L”, declaro la nulidad del despido de la trabajadora y, en consecuencia, condenó a la empresa a su inmediata readmisión con el abono de los 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.- La empresa demandada recurre la sentencia de instancia, que declaró nulo el despido de la trabajadora 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: A) Sustituir el apartado 2º (“En el contrato de trabajo se estipuló una jornada de 40 horas semanales, de lunes a sábado, sin especificarse el horario, ni consta que, en algún escrito posterior, se estipulase un horario rígido de trabajo”) por: “Si bien no se especifica en el contrato de trabajo un horario laboral, ha de concluirse que de la prueba practicada claramente se aprecia la existencia de un horario rígido de trabajo, lo que se desprende además, de la propia conducta seguida por la trabajadora habiendo realizado actos demostrativos de que a las 9’00 horas debía estar en la oficina, tales como conectar el desvío de llamadas o excusar de forma reiterada e incoherente sus ausencias de la oficina”. B) Sustituir el apartado 4º (“Como consecuencia de su embarazo, la trabajadora acudió, en diversas ocasiones, a controles médicos”) por: “El certificado médico acompañado no justifica ni excusa una falta de puntualidad realizada de forma continua y sistemática que en modo alguno puede responder a la necesidad de acudir a un control médico que necesariamente como control que es tiene el carácter de periódico”. C) Sustituir el apartado 5º (“También consta que, desde hace al menos un año, la trabajadora viene entrando al trabajo sin cumplir un horario rígido”) por: “El comportamiento y proceder de la trabajadora nunca fue tolerado, habiendo constancia de que la misma fue recriminada por ello y apercibida con la posibilidad del despido de no modificar su actitud, delatando su forma de proceder la existencia de ánimo de ocultar sus ausencias de la oficina”. Las pretensiones no se aceptan:

* La primera porque, al tiempo que reconoce la veracidad de la afirmación judicial sobre la inexistencia de horario de trabajo, no sugiere ningún dato objetivo propio del relato de hechos, sino que ofrece una valoración -subjetiva- de algunas pruebas practicadas y de la conducta que atribuye a la demandante, o remite a medios probatorios no autorizados (testifical y confesión) para lograr la revisión de hechos, todo lo que infringe las exigencias de los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de procedimiento laboral.

* La segunda porque, aparte de que la sentencia ya califica las consultas ginecológicas de la actora como periódicas u occasioales, reitera la remisión

a prueba inhábil (testifical) para acreditar el error judicial fáctico.

* La tercera, porque incide en la deficiencia señalada en los apartados anteriores y, además, se sustenta en argumentos que no cuentan con respaldo probatorio.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia infringidos: A) El artículo 55.1 del Estatuto de los trabajadores (ET), pues la carta de despido consignó datos suficientes de la conducta imputada, al indicar circunstancias de tiempo y de lugar así como las franjas horarias en las que se cometían las faltas de puntualidad, sin que la trabajadora aportara certificado médico acreditativo de los controles ginecológicos que siguió con el fin de desvirtuar aquélla. B) El artículo 54.2 ET en relación con los artículos 72.3 del convenio colectivo de agentes mediadores privados de seguros y 1.214 del Código civil, pues la conducta imputada fue grave, culpable y reiterada al acreditarse diecinueve faltas de puntualidad en el plazo de diez días, con una media aproximada de dos horas diarias de retraso a la entrada en el trabajo.

CUARTO.- Los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1) La demandante trabajó para la recurrente desde el 15.03.94, categoría de auxiliar administrativa y salario de 146.202 pesetas mensuales. 2) El contrato estableció una jornada de 40 horas semanales, de lunes a sábado, sin especificarse el horario, que tampoco consta en ningún otro escrito; desde hace menos de un año, viene entrando al trabajo sin cumplir un horario rígido. 3) En el período 13/26-6-2000, comenzó a trabajar a las siguientes horas: Mañanas.- Día 13 - 10'20 horas; 14 - 10'15; 15 - 9'05; 16 - 9'55; 19 - 9'30; 20, 21 - 10'15; 22 - 9'55; 23 - 9'30; 26 - 9'55. Tardes.- Días 13, 14, 15 - 16'45 horas; 16 - 17'05; 19, 20 - 17'10; 21 - 17'20; 22- 16'40; 23 - 17'20; 26 - 16'55. 4) Como consecuencia de su embarazo, acudió a controles médicos en diversas ocasiones. 5) El 27.06.2000 recibió el siguiente telegrama: "Muy Sra. mía La dirección de la empresa "P.A.S., S.L." ha acordado proceder a su despido con efectos desde esta fecha y por los motivos siguientes incumplimiento de la jornada laboral entrando todos los días una hora u hora y media más tarde del horario establecido (9 a 1 y de 4 a 8) trato inadecuado a los clientes que supone grave perjuicio económico a la empresa que viene sufriendo numerosas bajas en la cartera de clientes, extralimitación de facultades contraviniendo las instrucciones de la empresa". 6) No resultaron acreditados el trato inadecuado a los clientes ni extralimitación alguna de facultades.

QUINTO.- Los datos objetivos reseñados en el fundamento anterior llevan a desestimar el

recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1ª.- La jurisprudencia (ss. 12-11, 13-12-90) afirma que la carta de despido no impone una descripción pormenorizada de los hechos que lo motivan, pero ha de proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los mismos para que pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de defensa que juzgue convenientes a sus intereses. En el caso, el texto de la comunicación de despido que la recurrente dirigió a la actora, transcrita en el apartado 5) del fundamento que precede, revela su carácter abstracto o genérico incompatible con aquellas mínimas exigencias. 2ª.- La segunda infracción normativa carece de la exigible base de hecho para declarar la gravedad, culpabilidad y reiteración del comportamiento de la trabajadora, como solicita la empresa.

Así y en relación con lo consignado en el apartado anterior, la atribuida falta de puntualidad abarca toda la relación laboral (iniciada en 1994), por lo que carece de conexión con la prueba practicada, que se limitó a un período específico (13/26-6-2000) o, como afirma la sentencia recurrida, demuestra la tolerancia empresarial que desvirtúa su eficacia.

Es cierto que en la práctica totalidad de aquellos días la demandante comenzó a trabajar a unas horas que ordinariamente implican un retraso notorio, pero también es verdad, junto a la falta de exigencia o rigor de una jornada diaria específica, que su estado de embarazo y visitas ginecológicas pudieron haber coincidido o ser la razón de aquellas incorporaciones laborales tardías; esta incertidumbre no puede perjudicarle porque, a tales efectos, la empresa debió concretar en la comunicación de despido, como le era exigible según el artículo 1.214 del Código civil y la jurisprudencia antes citada, las fechas de impuntualidad para que la destinataria pudiera alegar y probar lo que a su derecho conviniera, sobre todo si tenemos en cuenta que la efectividad de esta causa de despido requiere su no justificación. 3ª.- Como afirma la sentencia, no hay siquiera indicio para afirmar la atención inadecuada a los clientes y la inobservancia de las instrucciones de trabajo también alegadas como base de la decisión empresarial impugnada. 4ª.- La calificación de improcedencia que, en principio, correspondería al despido litigioso se transforma en la de nulidad porque así lo sanciona el artículo 55.5.b) ET (según Ley 39/99 de 5-11, Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras).

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 202 de la Ley de procedimiento laboral, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y al aseguramiento de la cantidad objeto de condena.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de “P.A.S., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, de 9 de octubre de 2000 en autos nº 468/2000, que confirmamos.

3089 RECURSO N° 4.825/00

S.S.

CONTRATACIÓN TEMPORAL NO ÁMBITO DA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. SOMETEMENTO Á LEGALIDADE LABORAL E ADMINISTRATIVA. A FRAUDE DE LEI IMPLICA A CLARA VONTADE DE ELUDIR UN MANDATO IMPERATIVO, MÁS ALÁ DO SIMPLE INCUMPRIMENTO DE DETERMINADAS FORMALIDADES. CONTRATO DE INTERINIDADE POR VACANTE. EXTINCIÓN POR ADSCRICIÓN TEMPORAL Ó POSTO DUNHA TRABALLADORA LABORAL FIXA. INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO.

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

A Coruña, a diecinueve de diciembre de do 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. 4.825/00 interpuesto por doña O.V.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña O.V.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandada Consellería de Educación e ordenación Universitaria – Xunta de Galicia, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 386/00 sentencia con fecha 27 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.- la actora, doña O.V.C., mayor de edad, con DNI nº..., prestó sus servicios para la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria desde el día 29 de octubre de 1998 (1 año y 5 meses), ostentando la categoría profesional de Ayudante de Cocina (en el Colegio de... Lugo); por lo que le corresponde el sueldo de 156.000 ptas. mensuales, equivalentes a 5.200 ptas. diarias, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. 2.- La actora y la Consellería demandada firmaron en fecha 29.10.98 un contrato de interinidad por vacante de duración determinada, celebrado al amparo del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre (BOE 30.12.97). La categoría era de Ayudante de cocina, grupo V en el centro de trabajo de C.E.I.P... (Lugo). En el código de puesto se hace constar “posto nova creación”. En la cláusula sexta se dice expresamente: “A duración do presente contrato estenderase dende o día 29.10.98 ata que se proceda á cobertura do posto de traballo por algúns dos sistemas de provisión legal ou reglamentariamente previsto, se reconverta, suprime ou se amortice”. 3.- En fecha 08.03.00 la Consellería de Educación establece una diligencia haciendo constar que el puesto de traballo que con carácter de interinidad venía ocupando la actora se identifica por resolución de 28.05.99, por lo que se ordena la publicación del acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia, de 27 de mayo de 1999, por la que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, publicada en D.O.G. nº 116 de 18 de junio de 1999, dando al puesto de trabajo que ocupaba doña O.V.C., como Ayudante de Cocina, grupo V, categoría 1, el código CD.C. 99.40.106.27001.004, en el centro de trabajo CEI “...” de Lugo. 4.- En fecha 24 de marzo de 2000 la Consellería de Educación e Ordenación universitaria remite a doña O.V.C. la siguiente carta: “A Dirección Xeral da Función Pública de conformidade co establecio no art 7.a.7 do convenio e no uso das competencias atribuídas polo Decreto 262/1994, de 29 de xullo, e a Orde da Consellería da Presidencia e Administración Pública de data 22 de febreiro de 1999, resolve adscribir temporalmente a C.M.D. D.N.I. nº..., contratada laboral fixa da Xunta de Galicia, ao posto que a seguir se indica:

Denominación: Axudante de Cociña

Código: ED.C99.40106.27001.004

Grupo: V

Categoría 1

Centro de trabajo: CEIP...

Como no devandito posto de traballo se atopa dona O.V.C., Axudante de Cociña, cun contrato de interinidad por vacante dende o día 29 de outubro de 1998, ista Delegación de Educación

comúncale que cesará no citado posto por incorporación da titular adscrita con data 26 de marzo de 2000.- Lugo, 24 de marzo de 2000”. 5.- Doña C.M.D., D.N.I. nº..., contratada laboral fija de la Xunta de Galicia, en fecha 27.03.00 tomó posesión del puesto de trabajo de la actora, identificado con el código ED.C99.40.106.27001.004, como Ayudante de cocina, en e Centro CEIP..., en adscripción libre designación, por remoción o supresión del puesto de trabajo. Doña C. con anterioridad prestaba sus servicios como Ayudante de Cocina en la escuela hogar “A...” de Sarria que ha desaparecido. 6.- La actora no está de acuerdo con su cese, al entender que ha existido un despido, presentando reclamación previa en fecha 13 de abril del 2000, siendo desestimada por resolución de fecha 12.05.00. 7.- En fecha 19 de mayo de 2000 la actora interpone demanda contra la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, solicitando se declare que su despido fue nulo o improcedente. 8.- La actora no ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario planteada por CONSELLERÍA DE EDUCACION E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA, y que desestimo la demanda planteada por doña O.V.C. contra CONSELLERÍA DE EDUCACIÓN E ORDENACIÓN UNIVERSITARIA, absolviendo a la parte demandada 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.- Recurre la actora en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se declare que su cese constituyó un despido nulo o improcedente con sus consecuencias correspondientes, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la revisión de los H.D.P. y denuncia la infracción del art. 12.8 Ley 4/88 y 55.4 del E.T., con cita también del art. 29.2 de la Ley 4/88 y de la C.E.

SEGUNDO.- Interesa el recurso, en primer lugar, la supresión de lo siguiente que consta en el H.P. 5º: “...tomó posesión del puesto de trabajo de la actora...”. No se alega al efecto prueba documental o pericial concreta, como prevén los arts. 191.b) y 194 L.P.L., sino que la inclusión en el H.P. del párrafo cuestionado “hace

intrascendente cualquier debate jurídico, puesto que ya implica que existió un cese conforme a derecho, por lo que entendemos procedente la supresión de la dicción anteriormente citada”.

Aparte de que en todo caso -y como viene a reclamar el motivo revisor- la sentencia recurrida también razona y expresa en clave de argumentación jurídica la conclusión de que “la plaza ocupada por doña O. y doña C. es la misma” en su fundamento jurídico 3º, la revisión no prospera.

Lo que se declara en el H.P. 5º es que la contratada laboral fija de la Xunta de Galicia C.M.D. tomó posesión del puesto de trabajo de la actora identificado con el código ED. C99.40.106.27001.004... Y esto, como reflejo de una determinada situación también fáctica, está acreditado en los autos, puesto que así se constata a través de prueba documental oportuna; como en concreto es la obrante a los folios 17 a 24, 31 a 33 y 65 a 68. Referida documental en conjunto explicita -como también razona la sentencia recurrida- que el puesto ocupado por la actora conforme al contrato suscrito, de nueva creación, en la resolución de fecha 28.05.99 (DOG de 18.06.99), que ordena publicar acuerdo de la Xunta de Galicia del día anterior modificando la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, fue designado identificadamente del siguiente modo: denominación ayudante cocina. Grupo V. Categ. 1. Código de puesto: ED C99.40.106.27001-004. Centro de trabajo: CEIP...Lugo (expresión de lo cual es la diligencia del folio 19, y el H.P. 3º, en armonía con la documental citada); puesto este del que aparece cesando la actora en 27.03.2000 (folio 17) y tomando posesión en el propio día C.M.D. (folio 20). Por tanto, sin perjuicio de valorar en derecho el origen de la relación laboral de la actora y el iter seguido en la identificación del puesto de trabajo por ella ocupado, a partir de que el contrato de interinidad mediante el que inició su relación con la demandada era para ocupar puesto de nueva creación (“con cargo al cupo 98/99”: folios 27 a 29), es lo cierto que del H.P. 5º no procede suprimir el párrafo cuestionado, puesto que resulta expresión de una situación real oportunamente constatada y cuya calificación o consideración acerca de si la misma es o no antijurídica a los efectos de demanda ha de hacerse (en los términos antes apuntados) al examinar el derecho aplicado; como en todo caso también hace la sentencia de instancia en sus fundamentos jurídicos

TERCERO.- Con invocación de la documental de los folios 31 y 65 a 68 de los autos, interesa el recurso se añada un nuevo H.P., identificado como 2º bis, del siguiente tenor: En fecha

18.06.99 fue publicado en el D.O.G. la creación de un puesto de trabajo de ayudante de cocina en el centro de... de Lugo, código nº ED C99.40.106.27001.004. Efectivamente, a los folios invocados obra ejemplar del D.O.G. de 18.06.99 en que se publica la resolución de 28.05.99 por la que se ordena la publicación del acuerdo del Consello de la Xunta de 27.05.99 por el que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria; y en la relación que contiene aparece dentro del apartado "personal laboral. Creaciones" el que se dice en el texto revisor: centro de destino CEIP de...(Lugo) ED.C99.40.106.27001.004, ayudante de cocina. Si bien esto cabe declararlo probado, aunque en realidad está ya reflejado en el H.P. 3º y fundamento jurídico 3º de la sentencia recurrida, en todo caso lo que publica el DOG citado debe ser insertado en el contexto de los íntegros H.D.P., en particular en el 3º, y así valorado en términos de derecho aplicado.

CUARTO.- Finalmente, solicita el recurso con base en la documental de los folios 69 a 82 que se declare como nuevo H.P., identificado como 9º, lo siguiente: En el momento en que fue cesada la actora, 24.03.2000, existían diversos puestos de trabajo, del mismo grupo y categoría profesional que el que ostentaba la actora, vacantes y sin cubrir. Lo que obra a los folios 69 a 82 es, en lo esencial, la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, con indicación de vacante o no a la fecha de la resolución y publicación, febrero de 2000. De esta manera, lo único que procede es incorporar a los H.D.P. la relación de puestos que en la documental invocada aparecen como vacantes a la fecha a que tal documental se contiene.

QUINTO.- Al hilo de la infracción normativa que denuncia el recurso al amparo del art. 191.c) L.P.L., la demandante alega, en primer lugar, que su cese constituyó en realidad un despido improcedente dado que "el puesto que pasó a ocupar doña C.M. no es aquel que la actora estaba desempeñando", concluyendo las argumentaciones en tal sentido afirmando que "el hecho de que las dos plazas fuesen distintas supone una ausencia de causa para el cese de la actora por lo que se debe declarar que este fue en realidad un despido....".

SEXTO.- Este Tribunal, en sentencias como las de 24.06.94, 02.04.96, 20.11.96, 12.03.99..., tiene declarado que la complejidad que plantea la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas, responde -según es común doctrina- a que en la misma concurren ordenamiento jurídicos diversos (el laboral y el

administrativo) que obedecen a principios que incluso llegan a ser contrapuestos, y cuya interpretación integradora no siempre resulta fácil. Con ello es claro que se justifica una línea jurisprudencial no siempre coincidente, pero en la que parecen consolidarse determinados planteamientos, y entre ellos los siguientes: a) con carácter general puede afirmarse que cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios (en el sentido a que se refiere el art. 1.2 E.T.) y celebran contratos temporales, el principio de legalidad establecido por el art. 9.1 CE les lleva a sujetarse a la normativa general, coyuntural o sectorial, debiendo someterse -con el mayor rigor posible- a las específicas normas reguladoras del contrato de trabajo, y que su especial posición respecto a la selección del personal a su servicio no puede legitimar, siempre y en todo caso, una inercia en los mecanismos propios de selección que justifique el uso anormal y antirreglamentario de fórmulas sustitutorias de contratación laboral, en manifiesto quebrantamiento de la normativa reguladora de ésta última y en notorio perjuicio de las personas que acceden a tal forma de vinculación jurídica; b) a la par, la Administración Pública se halla sujeta en materia de selección de su personal a los principios de igualdad, de mérito y de capacidad (arts. 14 y 103 CE) y a la preceptiva oferta pública de empleo mediante la oportuna convocatoria a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición (art. 19 ley 30/1984, de la Función Pública), lo que lleva a que no sea dable presumir el fraude e su actuación seleccionadora y contratación, cuando las Instituciones y Entidades de las diversas Administraciones utilizan los instrumentos legales para subvenir al desempeño temporal de vacantes; c) las posibles irregularidades que afecten a la referida contratación de personal a su servicio no necesariamente determina la atribución con carácter indefinido de un contrato de trabajo, no bastando con que concurra una simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, sino que es preciso que se incurra en un defecto esencial que lleve a hacer subsistir la relación laboral más allá del tiempo pactado.

De otra parte, como también tiene indicado este Tribunal en numerosas ocasiones, el fraude de ley es algo más que la simple omisión de determinadas formalidades en la constitución de la relación jurídica y requiere una clara voluntad de eludir un mandato imperativo, por lo que los defectos en la contratación no conllevan la aplicación del 6.4.CC, sino tan sólo en el supuesto de que resulten demostrativos de aquella voluntad de obtener un resultado prohibido por el

ordenamiento jurídico (a modo de ejemplo, la STS de 04.04.90 Ar. 3.104).

SÉPTIMO.- Lo que se constata en el proceso es lo fundamental siguiente: A) La actora comenzó a prestar servicios para la demandada en 29.10.98, suscribiendo al efecto contrato de interinidad por vacante de duración determinada, al amparo del art. 15 E.T.; la categoría era ayudante de cocina, en el C.E.I.P. “...” de Lugo y el “código del puesto” el de “puesto de nueva creación”, pues según obra en la autorización de cobertura (folios 27 a 30) era puesto de trabajo de nueva creación con cargo al cupo 98/99. B) En el D.O.G. de 18.06.99 se publica Resolución de 28.05.99, que ordena publicar acuerdo del Consello da Xunta de Galicia por la que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Consellería demandada, obrante a los folios 65 y ss. C) En 08.03.00 se hace constar por diligencia del oportuno responsable de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria que el puesto ocupado interinamente por la actora se identifica por resolución de 28.05.99... por la que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria, la aludida publicada en el D.O.G. de 18.06.99, como el de ayudante cocina, grupo V, categ. 1, código de puesto: ED.C99.40.106.27001.004. Centro de trabajo: CEIP “...” Lugo; tal como el puesto figuraba en aquel D.O.G. d) En fecha 24.03.2000 la demandada remitió a la actora la carta que se transcribe en el H.P. 4º, comunicándole su cese por incorporación de la titular adscrita C.M.D., contratada laboral fija, al puesto que ocupaba interinamente, el de Ayudante Cocina... Código ED.C99.40.106.27001.004 y E) C.M.D., contratada laboral fija de la Xunta de Galicia y que anteriormente prestó servicios como ayudante de cocina en la Escuela Hogar “A...” de Sarria y que ha desaparecido, tomó posesión en 27.03.00 de aquel citado puesto, que hasta entonces ocupado por la actora propició su cese en esta misma fecha.

Se concluye a partir de lo expuesto que al ser cesada la actora por virtud de que tomó posesión del puesto por ella ocupado interinamente, designado con el código ED.C99.40.106.27001.004, la adscrita reglamentariamente al mismo C.M.D., trabajadora laboral fija, ello constituye causa legal de terminación del contrato, un cese por una cobertura reglamentaria del puesto, de acuerdo con el contrato mismo suscrito al inicio de la relación (cláusula 6º en particular; H.P. 2º y folio 18) y la regulación legal correspondiente. En concreto, la trabajadora fija doña C., cuyo puesto anterior en la Escuela-Hogar “A...” de Sarria había desaparecido, ocupó el puesto de la actora por virtud de la adscripción temporal al mismo

que hizo la demandada aplicando el art. 7-A-7 del Convenio Colectivo (folio 21); adscripción que aunque provisional no modifica la causa de extinción contractualmente prevista de la interinidad, como ha considerado este TSJ en sentencias como la de 06.05.99, que invoca la doctrina del T.S. de que la ilicitud del cese de un trabajador interino surge solamente cuando se le cesa para nombrar a otro con la misma cualidad, pero no cuando se trata de personal fijo.

Nada de ello se ve desvirtuado por las vicisitudes que constan en torno al puesto ocupado por la actora y su identificación. El contrato de interinidad suscrito el 29.10.98 indicaba que el puesto a ocupar por la actora era el de ayudante de cocina, grupo V, en el centro de trabajo CEIP “...”, y si bien en el “código de puesto” se concretaba solamente “puesto de nueva creación”, sucedía que, efectivamente, era puesto de trabajo de nueva creación “con cargo al cupo 98/99”, según consta en el contrato y en la autorización de su cobertura temporal que en fecha 26.10.98 dieron el Inspector General de Servicios-Consellería de Presidencia y el Director General de Presupuestos-Consellería de Economía e Facenda (folio 28 y 30), y -como lo pone de relieve la documental aportada por la Consellería demandada, y específicamente la diligencia que refiere el H.P. 3º- en la relación de puestos que aprobó el Consello de la Xunta de Galicia en 27.05.99, modificativa de la relación de los puestos de trabajo de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, publicada mediante resolución de 28.05.99 en el D.O.G. de fecha 18.06.99, se refleja y se designa como puesto de nueva creación ya el código oportuno, el ED. C99.40.106.27001.004; actuación integral administrativa que en absoluto impide la válida y legítima relación laboral de interinidad de la actora sobre un puesto de trabajo debidamente identificado, con raíz en el contrato suscrito y ocupación por ello de un puesto de nueva creación, con subsiguiente posterior designación del código de puesto (como de tal nueva creación), según figura en D.O.G. de 18.06.99 a través de actuación del órgano correspondiente.

Este puesto ocupado por la demandante e identificado es el mismo al que fue destinada la trabajadora fija C.M. y del que tomó posesión, con cese de aquélla, el día 27.03.2000, figurando tanto en el cese como en la toma de posesión dichos el puesto concreto identificado, incluido el código antes indicado ED. C99.40.106.27001.004. Ello determina el rechazo de la alegación de recurso examinada, no existiendo la infracción que se denuncia y pretende.

OCTAVO.- También se alega en el recurso, en esencia, para el caso “de que la plaza fuese la misma” y si bien, en tal supuesto, “parecería conforme a derecho el cese de la actora una vez que se supo que C.M. fue adscrita a la citada plaza”, que aun cuando la actuación de la Consellería no supusiera en un primer momento conculcación de ningún texto legal de rango inferior “sí podemos apreciar que no fue conforme a los mandatos constitucionales...”, en alusión al principio de estabilidad en el empleo y a que existiendo otras plazas vacantes y sin ocupar, debía haber sido adscrita doña C. a cualquiera de ellas “sin perjudicar a la actora”.

Con independencia de la existencia de plazas vacantes, es lo cierto que la demandada procedió a adscribir provisionalmente a una trabajadora fija al puesto ocupado interinamente por la actora no sólo aplicando el art. 7-A-7 del Convenio Colectivo, sino en uso legítimo de sus facultades legales de autoorganización administrativa, considerando lo más adecuado y necesario para el debido funcionamiento del servicio afectado ocupar el puesto de que se trataba con un trabajador fijo y mediante aquella adscripción. En esta decisión y criterio no subyació actuación arbitraria o no protegible alguna que conste, que tampoco en concreto se explicita en el recurso; al contrario, pues incluso en el motivo del recurso se dice que la actuación de la Consellería no supuso conculcación de la legalidad ordinaria. En tales circunstancia, la mera invocación del texto constitucional que se hace en absoluto deslegitima el cese de la actora por consecuencia de la ocupación de su puesto por un trabajador fijo, en cuyo contexto la determinación concreta de la plaza o puesto afectado no es más que exponente de una evaluación o ponderación de necesidades por parte de la Administración a partir de unas posibilidades legales y en función de unos intereses supraindividuales, ante los que en todo caso no puede primar el interés particular de la demandante; cuya vinculación laboral era, no se olvide, temporal y condicionada según el contrato mismo que suscribió a la cobertura del puesto por alguno de los sistemas de provisión reglamentariamente previstos, como así ocurrió. No se admite, pues la infracción constitucional que se pretende.

NOVENO.- Por las razones expuestas, y en lo oportuno por las que contiene la sentencia recurrida, la infracción normativa que denuncia el recurso al amparo del art. 191.c) L.P.L. no resulta acogible, procediendo el rechazo del recurso mismo y la confirmación de la resolución impugnada.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña O.V.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo de fecha 27.06.2000 en autos nº 386/2000, seguidos a instancia de la recurrente frente a la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria - XUNTA DE GALICIA, confirmamos la sentencia recurrida.

3090 RECURSO N° 5.148/00

S. S.

CONTRATO DE OBRA E SERVICIO. EXTINCIÓN POR FINALIZACIÓN DA OBRA DURANTE INCAPACIDADE TEMPORAL DO TRABALLADOR. NON CONSTITÚE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.

Ponente: Ilmo Sr. D. José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a diecinueve de diciembre 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 5.148/00, interpuesto por don J.A.C.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 415/00 se presentó demanda por don J.A.C.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el RENFE, empresa “C.O.S.F.E., S.A.” y “C.O.A., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 28 de setiembre 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.- El actor don J.A.C.P., vino prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa codemandada “C.O.A., S.L.”, desde el 27 de octubre pasado, en virtud de contrato para obra o servicio determinado, ostentando la categoría profesional de peón y percibiendo un salario mensual de

135.024 pesetas incluido el prorratoe de las pagas extraordinarias.- La cláusula séptima del contrato establece que se realiza para la obra: "Limpieza vías Renfe en tramos... (Ourense) – Vigo – ... (León)." .- Dicho contrato figura incorporado a autos teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido.- SEGUNDO.- En fecha 29 de mayo pasado, la empresa codemandada "C.O.A., S.L.", entregó al actor comunicación escrita, del siguiente tenor literal: "Estimado colaborador" .- Finalizando el día diecisésis de junio del año 2000, la ejecución de la obra para cuya realización fue contratado, le comunicamos que con esa fecha daremos por resuelta la relación laboral que le ha vinculado con esta empresa.- Todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 19, apartado 1.c) del R.D. Leg. 1/1995, de 24 de marzo en los arts. 2 y 8 del R.D. 2.720/1998, de 18 de diciembre y la cláusula séptima del contrato de trabajo suscrito por Vd. con fecha veintisiete de octubre del año 1999.- Con el presente escrito se le adjunta propuesta de liquidación o finiquito, informándole igualmente acerca del derecho que ostenta a estar asistido por un representante de los trabajadores en el momento de la firma del mismo.- Con el ruego de que sirva firmar el presente escrito,

Recibí, el trabajador La empresa
D. J.A.C.P.
El día 29-05-2000"

TERCERO.- Las obras consistentes en la limpieza de vías de Renfe en el trayecto... (León), ... (Ourense) y Vigo, realizadas por la empresa "C.O.A., S.L.", subcontratadas por la empresa "C.O.S.F.E., S.A.", habían finalizado el 16 de junio pasado.- CUARTO.- El actor permaneció en situación de I.T. derivada de accidente de trabajo desde el 02.06.00 al 16.06.00.- QUINTO.- Se agotó la vía previa administrativa"

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.A.C.P. contra las empresas "C.O.A., S.L.", RENFE y "C.O.S.F.E., S.A.", debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y, en consecuencia, absuelvo a los demandados de las pretensiones en su contra esgrimidos.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme el actor con que, en la sentencia de instancia, se desestima su demanda, dirigida a que se declare la improcedencia del cese de la relación laboral, que tuvo con la empresa demandada; formula recurso de suplicación, en primer lugar, por la vía del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que, en el hecho probado tercero de aquélla –que comienza diciendo que "las obras consistentes en la limpieza de vías de RENFE en el trayecto... (León), ... (Ourense) y Vigo, realizadas por la empresa "C.O.A., S.L.", y que fueron subcontratadas por la empresa "C.O.S.F.E., S.A."...-, se sustituya la frase, que sigue, a continuación, "...habían finalizado el 26 de junio pasado", por "habían finalizado el 29 de mayo de 2000, certificando el director-gerente de "C.O.S.F.E., S.A.", que el 29 de mayo del año 2000, "C.O.A., S.L." ha finalizado y realizado conforme a presupuesto y plazo de ejecución las obras de limpieza de RENFE de los tramos indicados anteriormente"; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando infracción, por error en la interpretación, del artículo 2.2.b) del Real Decreto 2.720/1998, en relación con los artículos 8.1.a) y 8.2 del mismo texto, y 55.3, 56 y 42.2. del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- No existe base para efectuar la revisión fáctica, que se pretende con el primer motivo del recurso, ya que –aparte de que el demandante la apoya en una prueba que, dadas sus características, no es, propiamente, el medio documental, a que hace referencia el apartado b) del artículo 191 del TRLPL, pues la llamada certificación, que emite, acerca de la fecha de finalización de las obras, el director-gerente de la empresa contratista de las mismas, esconde una auténtica prueba testifical encubierta-, lo cierto es, en todo caso que, lo expuesto en ella, aunque fuere cierto, no serviría para distinguir, adecuadamente, si la fecha a que se refiere es la de terminación formal de las obras, o la real, dado que, por las circunstancias que fueren, no queda descartado que estas pudieren prolongarse algunos días más allá de los oficialmente utilizados, entre otras cosas, para, recoger los materiales empleados, etc.

TERCERO.- Igual suerte desestimatoria debe correr el segundo motivo del recurso, porque, de los datos fácticos, que se aportan, en la sentencia de instancia, sobre el tema debatido –que son los únicos que puede tener en cuenta la Sala en esta alzada, una vez que quedó descartada la revisión fáctica, propuesta, a través del primer motivo, y que se reducen a que el demandante vino prestando servicios, con la categoría profesional de peón, por cuenta de la empresa "C.O.A., S.L.", desde el 27 de octubre de 1999, en virtud de un

contrato para obra o servicio determinado, que tenía por objeto la “limpieza vías RENFE en tramos... (Ourense) –Vigo- ... (León)”, hasta el 16 de junio de 2000, al haberle comunicado por escrito la empresa el 29 de mayo anterior que, finalizada ese día la ejecución de la obra, daba por resuelta la relación laboral, que le vinculaba con ella; y a que dichas obras, que realizó la empresa “C.O.A., S.L.”, al haberlas subcontratado la empresa “C.O.S.F.E., S.A.”, finalizaron en esa fecha, en la que el demandante se hallaba en situación de incapacidad temporal desde el 2 del mismo mes y año-, nada cabe objetar a la decisión de la Sra. Juez “a quo” de tener por extinguido el contrato de trabajo, que unía a las partes, por la realización de la obra o servicio, que constituía su objeto; y, por ello, al ser ésta una de las causas de extinción legal de los contratos de trabajo, en cuanto prevista en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores; y, al no existir base alguna para que pueda prosperar la tesis del recurrente, en el sentido de que, en su contratación aparece, ante la contradicción de fechas existente sobre la finalización de la obra, fraude de ley, pues, ni esta contradicción fue acreditada –no se acoge, por las razones expuestas, la revisión, que se interesa, mediante el primer motivo, respecto a que la obra finalizó el 29 de mayo de 2000-, ni, en todo caso, constan en autos datos, de los que se pueda inferir, que concurren los requisitos, que serían necesarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.4 del Código Civil, para su presencia – que el empresario contrató al actor, al amparo de la normativa existente sobre el tipo de contratación temporal utilizada, persiguiendo el resultado, contrario al ordenamiento jurídico, de encubrir una relación laboral de carácter indefinido-. Por lo expuesto,

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de Suplicación, planteado por don J.A.C.P., contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de Ourense, en fecha 28 de setiembre de 2000, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

3091 RECURSO N° 5.220/00

S. S.

INCONGRUENCIA. NON EXISTE POR DECLARAR O DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE A CAUSA DA NULIDADE DO PERÍODO DE PROBA PESE A QUE O DEMANDANTE SIMPLEMENTE ALEGARA DESISTIMENTO EXTEMPORÁNEO. NON SE

PRODUCE INDEFENSIÓN DA EMPREGADORA.

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

A Coruña, a diecinueve de diciembre 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 5.220/00, interpuesto por el letrado don R.E.G.V., en nombre y representación de la empresa “C.G., S.L.”, contra sentencia del Juzgado de lo Social nº cuatro de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 474/00 se presentó demanda por don L.G.F., sobre DESPIDO, frente a la empresa “C.G., S.L.”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de septiembre del año en curso por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El demandante, don L.G.F., mayor de edad y con D.N.I. número..., viene prestando servicios para la empresa “C.G., S.L.”, dedicada a la actividad de construcción desde el día 01.06.00, con la categoría profesional de Oficial de 2^a y un salario mensual de 131.878 pesetas, incluido prorrato de pagas extraordinarias. Segundo.- Por medio de carta de fecha 20.07.00, se le comunicó que se extinguía su contrato de trabajo por no superar el período de prueba de dos meses consignado en el contrato. Tercero.- El actor había suscrito con dicha empresa contrato de trabajo de duración determinada, eventual por circunstancias de la producción, como cantero-oficial 2^a, con un período de prueba de dos meses. “C.G., S.L.” se constituyó por C.S.C. y su hijo J.M.S.N.,

los cuales ostentan la condición de administradores. Cuarto.- Presentada la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. el día 01.08.00, la misma tuvo lugar en fecha 18.08.00 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el actor el día 25.08.00. Quinto.- El actor había trabajado con anterioridad, del 01.04.99 al 15.09.99 y del 01.11.99 al 27.05.00 para C.S.C., como cantero”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don L.G.F., debo declarar y declaro improcedente el despido de que fue objeto el mismo con fecha 20.07.00 por parte de la empresa “C.G., S.L.”, a la que condeno a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución opte entre la readmisión del trabajador o abonarle una indemnización de 27.098 pesetas, así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, advirtiendo a la citada empresa que en caso de no optar en el plazo expresado se entenderá que procede la readmisión. Notifíquese... etc.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda, que declara la improcedencia del despido de que fue objeto el actor, con fecha de 20.07.2000, por parte de la empresa “C.G., S.L.” y condenó a la citada empresa a optar entre la readmisión del trabajador o el abono al mismo de una indemnización en cuantía de 27.098'- pts., así como los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, interpone recurso de Suplicación la empresa condenada, “C.G., S.L.”.

SEGUNDO.- El motivo de recurso, que ampara la recurrente en el art. 191, apartado c) de la Ley de Procedimiento Laboral, aduce que la sentencia incide en un vicio de incongruencia, con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con evidente indefensión que conllevaría su nulidad. Nuestro Ordenamiento jurídico configura el recurso de suplicación, otorgándole una naturaleza extraordinaria, de tal forma que el Tribunal no puede desbordar los cauces que el recurso le fija, de modo diverso al ordinario de apelación, en el que el órgano judicial *ad quem* goza de libertad de criterio para examinar la legalidad objetiva o procesal, la convicción sobre el aporte probatorio y la normativa procesal o sustantiva. Ello no obstante, cuando se trate de una alegada infracción procesal generadora de indefensión al gozar los preceptos reguladores del proceso de la naturaleza de normas de orden público y, por ende, de derecho necesario la obligación de velar por la pureza procesal de las resoluciones judiciales que se someten a su conocimiento permite su análisis de oficio al Tribunal Superior.

El art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral al definir los cauces procesales de acceso al recurso de suplicación remite a soluciones judiciales diversas: Si se estima el recurso de suplicación por quebrantamiento de normas procesales (cauce del art. 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral) el efecto es devolutivo a la instancia para la subsanación del quebrantamiento formal generador de indefensión. Si se produce error fáctico o quiebra de norma sustantiva (cauce de los apartados b) y c) de la Ley de Procedimiento Laboral) el efecto es revocatorio de la parte dispositiva de la sentencia recurrida, resolviendo la Sala sobre el fondo de la cuestión litigiosa, sin devolución de lo actuado a la instancia.

En el supuesto de autos, la empresa recurrente plantea el recurso de suplicación y lo ampara el art. 191, apartado c) de la Ley de Procedimiento Laboral porque razona que es incongruente (art. 359 de la LEC) la sentencia al modificar los términos de la demanda (que solicita la nulidad del despido por exceder el período de prueba pactado del máximo legal) y la sentencia estima que el período de prueba es nulo porque el empresario era conocedor de la calidad del actor como trabajador, porque ya prestó servicios para la empresa, aunque entonces lo fuese para empresario individual, hoy representante legal, y uno de los socios, con su hijo de la citada sociedad demandada-condenada.

En determinadas circunstancias la congruencia puede ostentar carácter sustantivo porque tal término permite dos acepciones, congruencia externa, cuando el fallo da más de lo pedido o menos de los pedido o algo distinto, la congruencia es apreciada comparando las pretensiones de las partes y la decisión judicial, y esta congruencia es procesal, y la congruencia interna, que es la que se exige del proceso lógico o razonamiento jurídico que toda sentencia impone y quiebra cuando el silogismo jurídico incurre en un defecto lógico en el análisis de la premisas o en la extracción de la conclusión. Esta congruencia no afecta a la forma en que la sentencia ha de dictarse, sino a su lógica interna y por tanto no es procesal sino sustantiva, lo que impone el uso del cauce del apartado c) de la Ley de Procedimiento Laboral. Por ello en el caso de autos el cauce invocatorio del quebrantamiento legal debió de ser el propio del art. 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral en vez del seguido –art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral– por el recurrente, con las consecuencias inherentes a la misma, porque el vicio de incongruencia que se reprocha es incongruencia con indefensión.

Aun cuando la utilización del cauce procesal inadecuado llevaría consigo el rechazo del examen del motivo, teniendo en cuenta la doctrina flexibilizadora de la exigencia de enervantes rigorismos formales, en aras de la tutela judicial efectiva, la cuestión es susceptible de examen; y la sentencia de instancia, estima la Sala que no incurre ni incide en la infracción que se le achaca, pues, no hay indefensión en la alegación efectuada por el actor en el acto de juicio, de nulidad de la cláusula de sometimiento a período de prueba por haber trabajado con anterioridad como cantero, alegación examinada y admitida en la sentencia, declarando la nulidad de dicha cláusula al resultar acreditado que los empresarios eran conocedores de la calidad del trabajo del actor como trabajador; máxime teniendo en cuenta que el contrato de trabajo suscrito por el actor con la empresa “C.G., S.L.”, lo fue con C.S.C. (para el cual el actor había prestado servicios en fechas inmediatamente anteriores), a la sazón representante legal de la citada sociedad, constituida por el mismo y su hijo, según consta en el immodificado relato fáctico de la sentencia de instancia. Por ello y sin necesidad de entrar en más consideraciones, no puede en modo alguno estimarse en la sentencia de instancia la denunciada infracción del artículo 359 de la L.E.C., y sin que pueda estimarse en modo alguno que la sentencia haya incurrido en indefensión, en un vicio de incongruencia por indefensión. Todo lo cual conduce a la desestimación del recurso interpuesto y consiguientemente a la confirmación de la sentencia de instancia.

En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por la empresa “C.G., S.L.” contra la sentencia de fecha 26 de septiembre del año en curso, dictada por el Juzgado de lo Social nº cuatro de los de Vigo en autos instados por don L.G.F. frente a la recurrente, sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

**3092 RECURSO Nº:
03/0007052/1997 Y 7053/97
(ACUMULADO)**

S.C.A.

INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA: COMPATIBILIZACIÓN DO PERCIBO DE PRESTACIÓN DE DESEMPREGO CO TRABALLO POR CONTA ALLEA. NON DEBE APRECIARSE. SENTENCIA DA ORDE SOCIAL QUE CARACTERIZA A RELACIÓN COMO ESPORÁDICA, A TÍTULO DE AMIZADE. PREEMINENCIA DA XURISDICCIÓN SOBRE A ADMINISTRACIÓN.

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

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de diciembre de dos mil.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007052/1997 y 7053/97 (acumulado), pende de resolución ante esta sala, interpuesto por C.P.R. Colegio..., con D.N.I..., domiciliado en C/... (A Coruña) y B.C.F., domiciliado en C/... representados y dirigidos por el Letrado don G.R.C., contra silencio Administrativo a recurso ordinario contra resolución del Secretario General de Empleo de 04.07.96 y 27.06.96 sobre acta de infracción nº

135/95, expte. 26/96; y sobre sanción expte. 32/96. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

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

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

III. No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 5 de diciembre de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. A través de los presentes recursos acumulados se impugnan por el trabajador y la propia empresa las resoluciones de la Administración Laboral que ratificaron la imputación a uno y otra, respectivamente, de las infracciones tipificadas en los arts. 30.3.1 de la Ley 8/88 (compatibilizar el percibo de prestaciones por desempleo con el trabajo por cuenta ajena) y 29.3.2 de la misma Ley (en su modalidad de dar ocupación a trabajadores titulares de prestaciones por desempleo cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral).

En sus respectivas demandas, trabajador y empresa, vienen a aducir que los hechos que se recogen en las actas de infracción no fueron constatados, ni contrastados ni probados por la Inspectora actante, pues “se basan en unas supuestas declaraciones anteriormente citadas que han sido explícitamente negadas y no existe ni en el acta ni en los informes posteriores ningún otro dato de comprobación directa que los avale”, lo que venía corroborado por el informe emitido por el propio Director Provincial de Trabajo al remitir las actuaciones a la Dirección General de Empleo, al advertir que en las actas no se consignaran

“constataciones y pruebas suficientemente sólidas como para fundamentar una propuesta de sanción de tanta gravedad”. Argumentan los demandantes que la Inspectora actuante no interpretara correctamente las declaraciones prestadas por el trabajador y el representante de la empresa en el momento de la visita de inspección, que claramente referían la existencia de una relación esporádica en la prestación de servicios docentes por parte del trabajador perceptor de prestaciones por desempleo por su condición de alumno del centro, no percibiendo, por tanto, remuneración económica, circunstancias éstas que fueron declaradas probadas por la propia Jurisdicción de lo Social, dejando sin efecto el alta de oficio del trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social.

II. Conviene reproducir los términos de una y otra acta de infracción en lo que a hechos y medios de comprobación utilizados se refiere, dejando al margen las calificaciones jurídicas.

En la primera se dice: “Que en virtud de comprobaciones efectuadas mediante visita al centro de trabajo y entrevista con representante de la empresa, trabajador y alumnos del centro, se ha constatado que el trabajador mencionado en el encabezamiento realizó trabajos por cuenta del empresario Colegio... desde el día 01.09.94, mientras que era perceptor de prestaciones por desempleo incompatibles con dichos trabajos, desde el día 12.02.94, y sin que en el momento de la colocación, la hubiera comunicado a la oficina de empleo correspondiente.

La segunda de las actas de infracción contiene un similar texto con las especificidades siguientes: se consigna la fecha de la visita (30.11.95), se identifica al representante de la empresa, especificándose que los alumnos examinados lo eran de 2º curso de F.P., aunque sin identificarlos personalmente, y que los servicios lo eran “como profesor de las asignaturas de contabilidad, matemáticas y estadística de Formación Profesional de 2º grado, siendo responsable de la enseñanza y calificaciones académicas”.

Frente a ese soporte fáctico y probatorio sustentador de la imputación de aquellas infracciones, la sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Social núm. uno de los de La Coruña, estimatoria de la demanda formulada contra el alta de oficio derivada de aquella actuación inspectora, tras dar por reproducido el contenido de dichas actas de infracción, declaró como probado que “don B. colaboró con carácter esporádico en el Colegio... como profesor de matemáticas y contabilidad, cuando había alguna vacante, sin recibir remuneración alguna por los servicios prestados, asistiendo a cambio a las

clases de informática que en dicho colegio se impartían como consecuencia todo ello de las buenas relaciones que mantenía con el Colegio mencionado por su condición de exalumno”, concluyendo que no concurrían los requisitos definidores de la relación laboral por cuenta ajena que señala el art. 1 del E.T.

Pues bien, ya no se trata de negarle a las actas que aquí se cuestionen la presunción de certeza o veracidad que por Ley tienen reconocida siempre que se ajusten a las prescripciones legales, como considerar que su contenido debe complementarse con lo actuado, probado, y declarado como tal por la referida sentencia del orden social, complemento que resulta de obligada exigencia no solo por el principio de preeminencia de la Jurisdicción sobre la Administración cuando aquella define elementos de orden laboral constitutivos de tipos infraccionales, como es el caso, sino también por el principio de vinculación positiva de los órganos del orden contencioso-administrativo a lo resuelto por los órganos de la jurisdicción social sobre la naturaleza jurídica de las relaciones que sirven de base a las actuaciones de la Administración Laboral y a las resoluciones administrativas confirmatorias de las actuaciones de la Inspección de Trabajo, al no resultar admisible que de la valoración realizada desde el mismo sector del ordenamiento jurídico pueda llegar a resultados y soluciones contradictorias por los Tribunales, aunque pertenezcan a órdenes jurisdiccionales distintos (STS 16 y 19 de diciembre de 1997 y 6 de marzo de 1998, entre otras).

Concorde con lo anterior, ya se concluye que la relación o prestación de servicios descrita en las actas de infracción se matiza en aquella sentencia como una relación esporádica, ocasional o puntual retribuida o compensada en especie en la forma ya relatada, y siendo ello así, como quiera que los tipos infraccionales imputados hacen alusión a la existencia de relación laboral, apuntando, no a cualquier ocupación o trabajo, sino a aquélla en que la actividad laboral incompatible se presente con visos de una relación adornada por las notas de cierta permanencia o continuismo, ajena, por tanto, a lo accidental o circunstancial, como sin duda ocurre con los trabajos esporádicos, los de tipo familiar o los realizados a título de buena vecindad, amistad o benevolencia (art. 1.3.d) y e) del E.T.), condiciones que aquí se dan conforme apreció aquella sentencia del orden social, por lo que se concluye que el tipo de actividad que desarrollaba el demandante resultaba inadecuada e insuficiente para integrar las infracciones imputadas, por lo que se está en el caso de estimar ambos recursos.

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

Fallamos

Que estimamos los recursos contencioso-administrativo núm. 7052/97 y 7053/97 (acumulado) deducido por C.P.R. Colegio... y B.C.F. contra Silencio Administrativo a recurso ordinario contra resolución del Secretario General de Empleo de 04.07.96 y 27.06.96 sobre acta de infracción nº 135/96, expte. 26/96; y sobre sanción expte. 32/96 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y en consecuencia anulamos las resoluciones recurridas, dejando sin efecto las sanciones impuestas. Sin imposición de costas.

**3093 RECURSO Nº:
03/0007192/1997**

S.C.A.

INFRACCIÓN GRAVE. TRANSGRESIÓN DE NORMATIVA DE XORNADA. TRABALLADORES QUE REALIZAN MÁIS HORAS DAS QUE ESTABLECEN OS SEUS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL. PROCEDIMENTO SANCIÓNADOR. PRESUNCIÓN DE CERTEZA DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL.

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

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de diciembre de dos mil.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007192/1997, pende de resolución ante esta sala, interpuesto por "R.A.S.C., S.L." representado por doña N.R.M. y dirigido por el Letrado don B.G.L., contra Resolución de 14.11.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais sobre acta de infracción nº 440/96; Expte. nº 288/96. Es parte la Administración demandada Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, representada por el Letrado

de la Xunta de Galicia. La cuantía del asunto es determinada en 100.000 ptas.

Antecedentes de hecho

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

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

III. No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 5 de diciembre de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. La resolución impugnada ratificó la imputación a la entidad demandante de la infracción grave tipificada en el art. 95.4 del Estatuto de los Trabajadores (R.D. Leg. 1/95) como "La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los arts. 23 y 24 a 38 de la presente Ley", con fundamento en el sustrato fáctico del acta de infracción, que resumidamente se refiere a que los tres trabajadores referenciados en el acta, recepcionista y monitores-socorristas, respectivamente, que tenían concertados sendos contratos de trabajo a tiempo parcial por 30 horas semanales, abonándose las remuneraciones y cotizándose a la Seguridad Social de conformidad con tal jornada, venían realizando una jornada de trabajo, especificada en el acta respecto de cada trabajador, que excedía de la pactada conforme a la modalidad contractual convenida, estimándose que los referidos contratos se habían formalizado en fraude de Ley 10/94, de 19 de mayo, con transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales mediante su utilización en fraude de ley.

Pues bien, frente a la resolución impugnada, la empresa demandante sustancia el presente recurso en dos motivos: a) infracción del art. 80.2 de la

Ley de Procedimiento Administrativo, pues la Administración no acordará la apertura de un período de prueba que posibilitase contradecir y desvirtuar la presunción de veracidad del acta; b) la incertezza de los hechos sustanciadores de la infracción imputada, pues difícilmente se podía admitir como realizada la jornada de trabajo que se dice confesada por los trabajadores, si se advertía que en la banda horaria de 8 a 11 horas, comprendida en el horario que dijeron realizar los trabajadores, la piscina era usada exclusivamente por el Ayuntamiento, no estando abierta al público, con la consiguiente innecesariadad de que la empresa demandante mantuviera personal propio en dicha instalación.

II. Por lo que al primer motivo de impugnación se refiere, significar que con independencia de que el procedimiento administrativo sancionador por infracciones en el orden social se rige por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo como así establece su Disposición Adicional 7^a, estableciendo la normativa específica una regulación propia de la prueba, en concreto, con la previsión en el art. 51.1.b) de la Ley 8/88, de que “el acta será notificada al sujeto responsable, quien dispondrá de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estimase pertinentes en defensa de su derecho, ante la autoridad competente para dictar resolución”, lo que significa que el interesado, al margen de poder hacer alegaciones, puede formular petición de práctica de prueba, siendo de destacar que toda la normativa que vino regulando hasta el presente los procedimientos sancionadores en esa materia (desde el Decreto 1860/75, hasta el reciente R.D.L. 5/2000, de 4 de agosto, que aprobó el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, pasando por la Ley 8/88, advierten de la presunción de certeza reconocible a los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados, esto es, dejando a la iniciativa del interesado (principio de rogación o de petición de parte) la posibilidad de la prueba.

Pues bien, en el presente caso, es de señalar que la demandante, pese a notificársele el acta de infracción, dándosele la posibilidad u oportunidad de ejercer su derecho de defensa mediante la formulación de alegaciones y la aportación de pruebas o la petición de apertura de prueba, hizo dejación de tales posibilidades, pues no se personó en el expediente, reaccionando cuando se le notificó la resolución sancionadora, mediante la interposición del oportuno recurso ordinario, donde nuevamente pudo aportar prueba, lo que así hizo, por lo que en esas condiciones,

difícilmente puede prosperar la pretensión de anulación de lo actuado con fundamento en la alegada violación de la prescripción contenida en el art. 80.2 de la Ley 30/92, pues ya no es sólo que sea más que dudoso que el órgano instructor viniere obligado a la apertura de oficio de un período probatorio, siendo así que dicha prescripción debe actuar cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, siendo así que aquí la empresa imputada no se dignó personarse, con lo que no pudo darse la hipótesis a que se refiere el precepto por mucho que la naturaleza del procedimiento así lo exigiera, es que, además, difícilmente se puede considerar que la omisión de tal trámite, aún estimando que fuera aplicable al presente caso, determinó o causó indefensión a la demandante en función de su propio comportamiento en sede del expediente sancionador, por lo que se está en el caso de desestimar el motivo analizado.

III. Por lo que se refiere al segundo de los motivos de impugnación, adelantar que el alegado de la demandante referido a que el Ayuntamiento de Oleiros tenía derecho a utilizar la piscina de lunes a viernes de 8 a 11 horas y que, por tanto, no estaba disponible para el público, por lo que resultaba incierto que los tres referidos trabajadores pudieran observar en algunos de los turnos una jornada de trabajo que abarcase esa banda horaria de 8 a 11 horas, no logra desvirtuar aquella presunción de certeza del hecho concreto recogido en el acta, cual es que los tres trabajadores realizaban una jornada de trabajo a tiempo completo pese a estar contrastados a tiempo parcial por 30 horas semanales, pues el propio calendario laboral expuesto en el centro de trabajo por cierto, sustituido por la empresa después de la visita de la inspección, desmiente aquel alegato, al constar allí que la jornada del primero y tercer turno de trabajo de lunes a sábado da comienzo a las 10 horas, debiendo advertirse que aún admitiendo que los tres trabajadores diesen comienzo a su jornada a las 10 horas, su jornada de trabajo excedería de las 30 horas semanales pactadas consecuente con aquella modalidad contractual si damos por buena la hora de finalización de la jornada laboral, aspecto este que no fue negado por la demandante. En todo caso, como informó la Inspectora actuante, el hecho de que dicho Ayuntamiento se reservara utilizar la piscina en aquella banda horaria, ello no obsta ni enerva la obligación que pesa sobre la empresa demandante, en su condición de explotadora de dichas instalaciones, de tener allí a su personal de recepción y a un socorrista desde el momento de la apertura del complejo, al margen de que lo ocupe en aquella banda horaria el Ayuntamiento, lo que justificaría, concorde con lo declarado por

los trabajadores ante la Inspectora actuante, la presencia de los mismos en aquella banda horaria. Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “R.A.S.C., S.L.” contra Resolución de 14.11.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, sobre acta de infracción nº 440/96; Expte. nº 288/96 dictado por Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais. Sin imposición de costas.

3094 RECURSO N° 4.682/00

S. S.

SUCESIÓN EMPRESARIAL NO ÁMBITO DO CONVENIO DE EMPRESAS DE TELEMARKETING. NON PODEN APRECIARSE. NON SE TRANSMITEN ELEMENTOS PATRIMONIAIS ENTRE A ANTERIOR E A NOVA CONTRATISTA DO SERVICIO SENÓN QUE SON TITULARIDADE DA EMPRESA PRINCIPAL, NIN O CONVENIO COLECTIVO IMPÓN A SUBROGACIÓN. LICITUDE DO CONTRATO DE OBRA OU SERVICIO VINCULADO Á DURACIÓN DUNHA CONTRATA. IMPOSIBILIDADE DE REABRIR O DEBATE SOBRE A PROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO SE EN CONCILIACIÓN PRE-PROCESUAL SE RECOÑECEU A IMPROCEDENCIA.

Ponente: Ilmo Sr. D. Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veintiuno de diciembre 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 4.682/00 interpuesto por doña N.G.Q. y la empresa “G.S.E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 355/00 se presentó demanda por doña N.G.Q. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el “G.S.E., S.A.” y “S.I., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de junio de 2000 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- La demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta de la mercantil “T., S.A.” dedicada a la actividad económica de Estudios de Mercado y Opinión Pública, con domicilio social en la C/...de Madrid, ostentando la categoría profesional de Teleoperadora (funciones de Encuestadora Telefónica), en virtud del contrato de trabajo de duración determinada y a tiempo parcial, cuyo objeto era la realización de una obra o servicio determinado en el Centro de Trabajo sito en la Avda... de A Coruña desde el 23 de mayo de 1995 hasta la finalización de la campaña con el “cliente Formación e Instrucción para el Programa de Urgencias y Emergencias Médicas.”.- SEGUNDO.- En fecha sin determinar y sin solución de continuidad en la prestación de servicios, la demandante y “T., S.A.” celebraron contrato de trabajo de duración determinada para el servicio determinado, al amparo del Real decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, con vigencia desde el 1 de marzo de 1996, a jornada completa (40 horas semanales de lunes a domingo), para el desempeño de las funciones propias de la categoría profesional de Teleoperadora (Encuestadora Telefónica) en el Centro de Trabajo sito en la Avda... de A Coruña –pactándose expresamente que la trabajadora podría ser trasladada a cualquier otro Centro de Trabajo sito en A Coruña-, de forma que su duración sería hasta la finalización de la campaña con el cliente Servicio de Emergencias Sanitarias 061.- TERCERO.- “T., S.A.” y “S.I.T., S.A.” constituyen a misma empresa, con idénticos objeto y domicilio social.- CUARTO.- La demandante, que fue dada de alta por “T., S.A.” ante la T.G.S.S. el 31 de mayo de 1995 y que, pese a la prestación ininterrumpida de servicios, tiene reconocida por “S.I.T., S.A.” una antigüedad que data del 1 de marzo de 1996 (así, Libro de Matrícula del Personal y nóminas), no volvió a suscribir nuevo contrato con dicha empresa por cuya cuenta prestó servicios primeramente, como se ha dicho en calidad de Teleoperadora, posteriormente (en fecha sin determinar) como Coordinadora y, finalmente, desde mediados del año 1999 con la categoría profesional de Responsable de Servicio (en la nómina de julio de 1999 ya figura con esta última

categoría).- QUINTO.- En su condición de Coordinadora y Responsable de Servicio realizaba las mismas funciones consistentes, fundamentalmente, en la elaboración de los calendarios de trabajo, el plan de vacaciones del personal, la resolución de las diferencias que se pudieran producir entre el personal (sólo si la diferencia era muy especial se llamaba al Sr. O., perteneciente a la Dirección de la empresa) e, incluso, la sustitución de alguna Teleoperadora si faltaba al trabajo.- SEXTO.- La demandante ha venido percibiendo durante 1999 y el primer trimestre del año 2000 un salario mensual de doscientas ocho mil trescientas treinta y tres pesetas (208.333 ptas.) con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, ascendiendo el salario correspondiente a su categoría profesional, según el Convenio Colectivo de Telemarketing (publicado en el B.O.E. de fecha 31 de marzo de 1999) a ciento noventa mil ochocientas treinta y seis pesetas (190.836 ptas.) brutas (ciento setenta y tres mil novecientas diecisésis pesetas (173.916 ptas.) de salario base más diecisésis mil novecientas veinte pesetas (16.920 ptas) de complemento de puesto de trabajo).- SÉPTIMO.- Mediante acuerdo de la Empresa “S., S.A.” con la representación legal de los trabajadores, a partir del día 1 de enero de 2000 todos los trabajadores del Servicio de Urgencias Médicas del 061 del Centro de Trabajo sito en el edificio de Usos Múltiples de la Xunta de Galicia en San Marcos (Santiago) –donde la actora prestó desde el comienzo de la precitada relación contractual sus servicios- consolidarían todas y cada una de las retribuciones que actualmente venían percibiendo.- OCTAVO.- El “INSTITUTO GALEGO DE MEDICNA TÉCNICA, S.A.”, con domicilio social en Area Central...(Santiago), celebró con “S.I.T., S.A.” en fecha 15 de febrero de 1997, contrato de prestación de los servicios de teleoperación y radioperación de la central 061, renovándose el 10 de marzo de 1998. En fecha 1 de abril de 1999, las mismas sociedades suscribieron contrato para la prestación de los servicios de Telemarketing para las Urgencias Sanitarias del 061 de Galicia, con vigencia hasta el 31 de marzo de 2000.- NOVENO.- Mediante comunicación de 15 de marzo de 2000, “S., S.A.” notificó a la actora que el 31 de marzo de 2000 quedaría rescindido el contrato de trabajo suscrito el 1 de abril de 1999 con el cliente “INSTITUTO GALEGO DE MEDICINA TÉCNICA, S.A.” cuyos derechos y obligaciones están subrogados por la Fundación Pública Urgencias Sanitarias 061 de Galicia, informándole que a partir de dicha fecha quedaría extinguida la relación laboral con la empresa según lo previsto en el Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre. Mediante comunicación de 15 de marzo de 2000, “S., S.A.” notificó a la actora que el 31 de marzo de 2000 quedaría rescindido el contrato de trabajo

suscrito el 1 de abril de 1999 con el cliente “INSTITUTO GALEGO DE MEDICINA TÉCNICA, S.A.” cuyos derechos y obligaciones están subrogados por la Fundación Pública Urgencias Sanitarias 061 de Galicia, informándole que a partir de dicha fecha quedaría extinguida la relación laboral con la empresa según lo previsto en el Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre.- DÉCIMO.- Dicha Fundación Pública, mediante expediente de contratación de servicios núm. 010/00 publicó el pliego de condiciones para la contratación de los servicios de operación, supervisión técnica y apoyo a funciones administrativas, fijándose en la especificación 7º, punto g), que “la empresa adjudicataria deberá contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal actual”, contrato adjudicado con efectos de 1 de abril de 2000 a la mercantil “G.S.E., S.A.” dedicada a la actividad económica del Telemarketing, con domicilio social en el... de Palma de Mallorca.- UNDÉCIMO.- La citada empresa “G.S.E., S.A.” ha contratado todo el personal que venía prestando sus servicios por cuenta de “S., S.A.” en dicho Servicio 061 con excepción de la demandante.- DECIMOSEGUNDO.- Todos los trabajadores de “S., S.A.” firmaron el finiquito ofrecido por la mencionada mercantil bajo un “no conforme”, con excepción de la demandante, que no firmó el mismo.- DECIMOTERCERO.- Los trabajadores contratados procedentes de “S., S.A.” recibieron una carta de GSE en las que se les invitaba a continuar prestando sus servicios por cuenta de ésta previa la firma de un nuevo contrato, habiendo aceptado la continuación de la prestación de servicios sin firmar el nuevo contrato ofrecido (al parecer, como contratos de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T.) ni el alta ante la T.G.S.S. (alta que, no obstante, procuró la empresa) porque “G.S.E., S.A.” se negaba a reconocerles la antigüedad en la anterior empresa así como el Comité de Empresa –constituido el 19 de enero de 1999-, llegando a convocar huelga por ello.- DECIMOCUARTO. La representación de la C.I.G. presentó, en fecha 16 de mayo de 2000, demanda de conflicto colectivo, turnada al Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Santiago, contra la empresa “G.S.E., S.A.” en súplica de que se declarase el derecho de todos los trabajadores que prestan servicios por cuenta de la misma en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias del 061 a ser subrogados por la nueva adjudicataria del Servicio, que se declare que no resulta de aplicación el art. 15 del Convenio de Telemarketing, y que se declare fraudulenta y contraria a Derecho la utilización de los contratos por obra o servicio determinado, reconociendo en consecuencia a los trabajadores su condición de fijos en el centro así como sus antigüedades desde el inicio de la prestación de

servicios en el 061.- DECIMOQUINTO.- “G.S.E., S.A.” viene desempeñando el servicio adjudicado con los mismos medios materiales y personal (como se ha dicho, con excepción de la demandante) con que se venía realizando la actividad con anterioridad al 1 de abril de 2000, perteneciendo dichos medios –con excepción de los uniformes o batines y los cascos- a la propia empresa (que utiliza los mismos que ya usaban los empleados de “S., S.A.”.- DECIMOSEXTO.- En fecha 5 de abril de 2000 la empresa “G.S.E., S.A” impidió a la demandante el acceso al trabajo, que había desarrollado como hasta entonces entre los días 1 y 4 de abril de 2000.- DECIMOSÉPTIMO.- La demandante no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.- DECIMOCTAVO.- Celebrado acto de conciliación ante el S.M.A.C. de la Xunta de Galicia en fecha 3 de mayo de 2000, devino en intentado sin efecto respecto de “S., S.A.” y en celebrado sin avenencia respecto de “G.S.E., S.A” que ofreció a la actora la suma de siete mil pesetas (7.000 ptas.) de indemnización y doscientas una mil trescientas treinta y ocho pesetas (201.338 ptas.) en concepto de salarios de trámite mediante cheque nominativo; la citada empresa ha realizado consignación judicial el 5 de mayo de 2000 por importe total de doscientas treinta y seis mil ciento cincuenta y dos pesetas (236.152 ptas.) (ingresado en el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de esta ciudad).”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando como estimo, en su pretensión subsidiaria, la demanda promovida por doña N.G.Q. frente a la empresa “G.S.E., S.A.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto la actora y condeno a dicha mercantil a que opte entre la readmisión de la trabajadora demandante en su puesto de trabajo o el abono de la cantidad de un millón quinientas veintitrés mil diecinueve pesetas (1.523.019 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 quinientas cuarenta y ocho mil quinientas setenta y seis pesetas (548.576 ptas.) en concepto de salarios de tramitación, y a un haber diario de seis mil novecientas cuarenta y cuatro ptas. (6.944 ptas.) desde la fecha hasta que se notifique la presente Sentencia, absolviendo a “S.I.T., S.A.” de las pretensiones deducidas en su contra en este procedimiento.”

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante y demandada siendo impugnado de contrario.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima, en su petición subsidiaria, la demanda, declarando la improcedencia del despido de la actora y condenando a la empresa codemandada “G.S.E., S.A.”, a soportar las consecuencias legales de tal declaración, fijando, al respecto, como importe de la indemnización la cantidad de un millón quinientas veintitrés mil diecinueve pesetas y la de los salarios de tramitación en quinientas cuarenta y ocho mil quinientas setenta y seis pesetas y a un haber diario de seis mil novecientas cuarenta y cuatro pesetas desde la fecha hasta la notificación de la sentencia; absolviendo a la también demandada “S.I.T., S.A.” de las pretensiones deducidas en su contra. Este pronunciamiento se impugna por la demandante y por la empresa condenada; las que construyen sus recursos del modo que se pasa a exponer.

SEGUNDO.- El recurso de la demandante dedica el primero de sus motivos a la revisión de hechos probados y, con cobertura en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, formula dos peticiones revisoras: una, que se modifique el hecho probado sexto, en el sentido de declarar que: “el salario percibido por la actora en cómputo anual en el año 99, ascendió a la cifra de 3.020.551 ptas., lo que implica un salario mensual con prorrato de extras de 251.712 ptas., abonándose mensualmente como salario fijo la cantidad de 208.333 ptas. y cada 2-3 meses, se abonaba una cantidad variable en concepto de “Incentivos”, continuando con la redacción del hecho diciendo... “ascendiendo el salario correspondiente a su categoría según convenio de telemarketing...”; y otra, que sea añadido un nuevo hecho probado del siguiente tenor: “Que en el mes de diciembre 98, se dictó Laudo Arbitral de Elecciones sindicales por el que se reconoció el derecho de los trabajadores de la empresa adjudicataria de los servicios de Teleoperación de la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias de Galicia 061, a constituir un Comité de Empresa propio en tal servicio al considerar el mismo como una Unidad Productiva dotada de individualidad propia dentro de la empresa”. No proceden las revisiones: la primera -que se pretende apoyar en la prueba documental obrante a los folios 40 a 52- porque implicaría una clara vulneración del principio de respeto a los actos propios, ya que en la demanda, -hecho primero-, ratificada en el acto del juicio, por la actora recurrente se ha fijado como salario el que señala la sentencia recurrida, por las razones que el juzgador “a quo” expone en el último párrafo del

fundamento de derecho segundo de su resolución, y la segunda, porque, aunque aparece avalada por la prueba documental que ocupa los folios 67 a 70, resulta intrascendente para el análisis y decisión de la temática litigiosa.

TERCERO.- En el primero de los motivos del recurso de la empresa, y con sede en el art. 191, apartado b), de la Ley Adjetiva Laboral, se solicita la modificación del hecho probado segundo, para que diga: “La demandante y “T., S.A.” celebraron el 01.03.96 un nuevo contrato de trabajo de duración determinada para obra o servicio, al amparo del RD. 2.546/1994 de 29 de diciembre, con vigencia desde el 1 de marzo de 1996 a jornada completa (40 horas semanales de lunes a domingo), para el desempeño de las funciones propias de la categoría profesional de teleoperadora (encuestadora telefónica) en el centro de trabajo sito en la Avda... de A Coruña, pactándose expresamente que la trabajadora podría ser trasladada a cualquier centro de trabajo sito en A Coruña y la duración del contrato sería hasta la finalización de la campaña con el cliente Servicio de Emergencias Sanitarias 061”. Se pretende apoyar la misma en el documento que ocupa los folios 37.37 vuelto y 208.208, vuelto. No se accede a ello, por cuanto la modificación que representa en el relato judicial el texto alternativo propuesto no vendría autorizada por la prueba de apoyatura, representada por el contrato de trabajo, en el que no consta fecha de su otorgamiento, ya que sólo se indica la fecha de presentación y nada refleja sobre la solución de continuidad. En todo caso la modificación resultaría intrascendente, al fijarse en el hecho que se pretende revisar la fecha de vigencia del contrato.

CUARTO.- Del inmodificado relato fáctico de la sentencia recurrida son de destacar los siguientes datos: A) La demandante, mayor de edad, prestó sus servicios por cuenta de la mercantil “T., S.A.” dedicada a la actividad económica de Estudios de Mercado y Opinión pública, con domicilio social en la C/... de Madrid, ostentando la categoría profesional de Teleoperadora (funciones de Encuestadora Telefónica), en virtud del contrato de trabajo de duración determinada y a tiempo parcial, cuyo objeto era la realización de una obra o servicio determinado en el Centro de Trabajo sito en la Avda.... de A Coruña desde el 23 de mayo de 1995 hasta la finalización de la campaña con el “cliente Formación e Instrucción para el Programa de Urgencias y Emergencias Médicas”. B) En fecha sin determinar y sin solución de continuidad en la prestación de servicios, la demandante y “T., S.A.” celebraron contrato de trabajo de duración determinada para o servicio determinado, al amparo del Real decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, con vigencia

desde el 1 de marzo de 1996, a jornada completa (40 horas semanales de lunes a domingo), para el desempeño de las funciones propias de la categoría profesional de Teleoperadora (Encuestadora Telefónica) en el Centro de Trabajo sito en la Avda... de A Coruña – pactándose expresamente que la trabajadora podría ser trasladada a cualquier otro Centro de Trabajo sito en A Coruña-, de forma que su duración sería hasta la finalización de la campaña con el cliente Servicio de Emergencias Sanitarias 061. C) “T., S.A.” y “S.I.T., S.A.” constituyen una misma empresa, con idéntico objeto y domicilio social . D) La demandante que fue dada de alta por “T., S.A.” ante la T.G.S.S. el 31 de mayo de 1995 y que, pese a la prestación ininterrumpida de servicios, tiene reconocida por “S.I.T., S.A.” una antigüedad que data del 1 de marzo de 1996 (así, Libro de Matrícula del Personal y nóminas), no volvió a suscribir nuevo contrato con dicha empresa por cuya cuenta prestó servicios primeramente, como se ha dicho en calidad de Teleoperadora, posteriormente (en fecha sin determinar) como Coordinadora y, finalmente, desde mediados del año 1999 con la categoría profesional de Responsable de Servicio (en la nómina de julio de 1999 ya figura con esta última categoría). E) En su condición de Coordinadora y Responsable de Servicio realizaba las mismas funciones consistentes, fundamentalmente, en la elaboración de los calendarios de trabajo, el plan de vacaciones del personal, la resolución de las diferencias que se pudieran producir entre el personal (sólo si la diferencia era muy especial se llamaba al Sr. O., perteneciente a la Dirección de la empresa) e, incluso, la sustitución de alguna Teleoperadora si faltaba al trabajo. F) La demandante ha venido percibiendo durante 1999 y el primer trimestre del año 2000 un salario mensual de 208.333 pesetas, con inclusión de la parte proporcional de pagas extras. G) Mediante comunicación de 15 de marzo de 2000, “S., S.A.” notificó a la actora que el 31 de marzo de 2000 quedaría rescindido el contrato de trabajo suscrito el 1 de abril de 1999 con el cliente “INSTITUTO GALEGO DE MEDICINA TÉCNICA, S.A.” cuyos derechos y obligaciones están subrogados por la Fundación Pública Urgencias Sanitarias 061 de Galicia, informándole que a partir de dicha fecha quedaría extinguida la relación laboral con la empresa según lo previsto en el Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre. H) Dicha Fundación Pública, mediante expediente de contratación de servicios núm. 010/00 publicó el pliego de condiciones para la contratación de los servicios de operación, supervisión técnica y apoyo a funciones administrativas, fijándose en la especificación 7^a, punto g), que “la empresa adjudicataria deberá contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal actual”, contrato adjudicado

con efectos de 1 de abril de 2000 a la mercantil “G.S.E., S.A.” dedicada a la actividad económica del Telemarketing, con domicilio social en el... de Palma de Mallorca. H) La citada empresa “G.S.E., S.A.” ha contratado a todo el personal que venía prestando sus servicios por cuenta de “S., S.A.” en dicho Servicio 061 con excepción de la demandante. I) Todos los trabajadores de “S., S.A.” firmaron el finiquito ofrecido por la mencionada mercantil bajo un “no conforme”, con excepción de la demandante que no firmó el mismo. J) Los trabajadores contratados procedentes de “S., S.A.” recibieron una carta de “G.S.E., S.A.” en las que se les invitaba a continuar prestando sus servicios por cuenta de ésta previa la firma de un nuevo contrato, habiendo aceptado la continuación de la prestación de servicios sin firmar el nuevo contrato ofrecido (al parecer, como contratos de duración determinada al amparo del art. 15 del E.T.) ni el alta ante la T.G.S.S. (alta que, no obstante, procuró la empresa) porque “G.S.E., S.A.” se negaba a reconocerles la antigüedad en la anterior empresa así como el Comité de Empresa –constituido el 19 de enero de 1999-, llegando a convocar huelga por ello. K) La representación de la CIG presentó, en fecha 16 de mayo de 2000, demanda de conflicto colectivo, turnada al Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Santiago, contra la empresa “G.S.E., S.A.” en súplica de que se declarase el derecho de todos los trabajadores que prestan servicios por cuenta de la misma en la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias del 061 a ser subrogados por la nueva adjudicataria del Servicio, que se declare que no resulta de aplicación el art. 15 del Convenio de Telemarketing y que se declare fraudulenta y contraria a Derecho la utilización de los contratos por obra o servicio determinado, reconociendo en consecuencia a los trabajadores su condición de fijos en el centro así como sus antigüedades desde el inicio de la prestación de servicios en el 061. L) “G.S.E., S.A.” viene desempeñando el servicio adjudicado con los mismos medios materiales y personal (como se ha dicho, con excepción de la demandante) con que se venía realizando la actividad con anterioridad al 1 de abril de 2000, perteneciendo dichos medios –con excepción de los uniformes o batines y los cascos- a la propia empresa (que utiliza los mismos que ya usaban los empleados de “S., S.A.”. LL) El día 5 de abril de 2000, la empresa “G.S.E., S.A.” impidió a la demandante el acceso al trabajo, que había desarrollado como hasta entonces entre los días 1 y 4 del mismo mes. M) La demandante no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. N) Celebrado acto de conciliación ante el S.M.A.C. de la Xunta de Galicia en fecha 3 de mayo de 2000, devino en intentado sin efecto respecto de “S., S.A.” y en celebrado sin

avenencia respecto de “G.S.E., S.A.”, que ofreció a la actora la suma de siete mil pesetas (7.000 ptas.) de indemnización y doscientas una mil trescientas treinta y ocho pesetas (201.338 ptas.) en concepto de salarios de trámite mediante cheque nominativo; la citada empresa ha realizado consignación judicial el 5 de mayo de 2000 por importe total de doscientas treinta y seis mil ciento cincuenta y dos pesetas (236.152 ptas) (ingresado en el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de esta ciudad).

A lo anterior debe añadirse que el proceso de conflicto colectivo promovido en la demanda a que se remite el apartado K) del párrafo que precede, ha sido resuelto en sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Santiago de Compostela, de fecha 30 de junio de 2000, que estimó la demanda; e interpuesto recurso de Suplicación contra la misma por la empresa codemandada, “G.S.E., S.A.”, esta Sala en sentencia de fecha cinco del corriente mes de diciembre -recurso núm. 3.980/00- lo estimó y, revocando la sentencia recurrida, desestimó la demanda, con absolución de los demandados la empresa “G.S.E., S.A.” y la Confederación de Empresarios de Galicia.

QUINTO.- En el segundo, y último, de los motivos del recurso de la parte demandante se denuncia infracción, por aplicación indebida, del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 26. del mismo Texto legal; por estimar que deben modificarse las cantidades que en la sentencia se fijan, en concepto de indemnización y salarios de trámite, siendo sustituidas por las que la recurrente indica. La censura no puede prosperar, por haberse rechazado la primera de las revisiones fácticas postuladas por la recurrente y depender del éxito de ésta la viabilidad del reproche jurídico que se analiza.

SEXTO.- En el campo del derecho, y con amparo en el art. 191, letra c), de la Ley de Trámites Laboral, se construyen los motivos segundo, tercero y cuarto -último-, del recurso de la empresa demandada, en los que se denuncian, respectivamente, las siguientes infracciones de normas: A) Infracción, por aplicación indebida, del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y de las Directivas Comunitarias 77/187 y 98/59; por estimar, esencialmente, con cita de numerosa doctrina jurisprudencial, que no se ha producido una sucesión empresarial en los términos que contempla el citado art. 44 del Estatuto, ya que la cláusula 7^a g) del Pliego de Condiciones sólo obliga a contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal, lo que no se cuestiona ya que la recurrente no solo ha contado, sino que ha contratado, excepto a la actora, a todo el personal

de “S.I., S.A.”, habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 13.2 y 15 del Convenio Colectivo de Telemarketing.

B) Infracción, por aplicación indebida, de los arts. 55.4 y 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 15.b).1 y c), por no haber sido aplicados, del Convenio Colectivo de Trabajo Telemarketing -B.O.E. de 31 de marzo de 1999 y que se refiere al cambio de empresa de telemarketing en la prestación de servicios a terceros, por considerar, sustancialmente, que la actitud de la recurrente de no dar trabajo a la demandante ni proceder a su contratación con efectos de 1 de abril de 2000 no es constitutiva de despido improcedente, ni por ello, debió ser condenada en los términos que el fallo de la sentencia de instancia contiene, ya que en aplicación de la antes citada cláusula 7^a.g) del pliego de condiciones, aunque se aceptara que la recurrente estaba obligada a contratar a la actora en vez de, como estima, solo contar con ella a la hora de seleccionar al personal, y aunque aquella condición es una mejora sobre los mínimos de Convenio que habla de cuando menos contratar al 75%, y la sentencia recurrida hace olvido del incumplimiento por parte de la propia trabajadora de una condición inexcusable y de los efectos que dicho incumplimiento libre y voluntariamente asumido reportan a la hora de calificar la actitud siendo aquella condición la que se deriva del hecho de que la actora no firmó el finiquito con su empresa anterior “S.I.T., S.A.” trámite previo imprescindible, como establece el art. 15.c) del Convenio, cuyo contenido transcribe literalmente la recurrente, exigiéndose en el mismo, entre otros requisitos, que el trabajador haya firmado el finiquito de su relación laboral con la anterior empresa de Telemarketing; lo que no hizo la demandante y si ésta considerase, como hizo el resto del personal, que la firma del finiquito oportuno y prudente hacer constar en el documento liquidatorio su reserva para reclamar lo que estimara oportuno. Estimando, en definitiva, que si la actora no finiquitó su contrato de trabajo con “S.I., S.A.”, ninguna responsabilidad cabe contra la recurrente tanto hasta el 31 de marzo de 2000 como a partir del 1 de abril del mismo año. C) Infracción, por aplicación parcialmente indebida, de los arts. 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los 15.b), 1.c) y 13.2, por no haber sido aplicados, del Convenio Colectivo de Trabajo Telemarketing, en cuanto se refieren al cambio de empresa de telemarketing en la prestación de servicios a terceros y al contrato para obra o servicio determinado; argumentando, en lo esencial, que la sentencia de instancia la condena erróneamente, por la improcedencia del despido de la actora, al abono de una indemnización y salarios de trámite muy superior a la que procede,

ya que toma como referencia, a efectos de antigüedad, la del inicio de la prestación de servicios -23 de mayo de 1995- para “S.I., S.A.” entonces denominada “T., S.A.”, estimando la recurrente que la antigüedad a considerar para su condena sería la de 1 de abril de 2000 y el salario, con prorrata de pagas extras de 208.333 pesetas que la actora percibía el 31 de marzo de 2000, estimando que el que corresponde, para su condena, desde 1 de abril de 2000 es el de Convenio de 190.836 pesetas establecido por el juzgador “a quo” en el hecho probado sexto y, finalmente, que el juzgador no respetó los límites en la fijación de los salarios de trámite, desde la fecha del despido hasta y la del reconocimiento de su improcedencia en el SMAC, con puesta a disposición de los salarios de trámite. Estimando, por ello, la recurrente que el juzgador de instancia sólo debió apreciar a la hora de calificar la no contratación de la demandante como despido improcedente y fijar la indemnización y salarios de trámite teniendo en cuenta, por un lado, la existencia de un contrato por obra o servicio determinado desde 1 de abril de 2000, y por otro, la categoría de teleoperador de la actora y un salario de Convenio de 190.836 pesetas, aunque la recurrente reconoció la improcedencia del despido ante el SMAC y puso a disposición de la conciliante las sumas que por indemnización y salarios de tramitación no se corresponden siquiera con el salario de Convenio, sino por el fijado por la trabajadora de 208.333 pesetas en la papeleta de conciliación y después ratificado en la demanda; suma que fueron consignadas en el plazo de 48 horas posteriores al acto de conciliación .

La censura jurídica habrá de aceptarse, en parte, por las siguientes consideraciones: 1^a.- Se da por reproducida, lo que se hace en parte a continuación, en lo que afecta a la presente controversia, la argumentación contenida en la sentencia de esta Sala a que se refiere el apartado último del fundamento de derecho cuarto de los que anteceden. 2^a. No puede apreciarse la existencia de sucesión empresarial -ex art. 44 del Estatuto de los Trabajadores-, al no haberse producido la transmisión a la nueva concesionaria de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pues consta probado que toda esa infraestructura consistente en centralitas, ordenadores, mesas, sillas, cascos etc. incluido el centro de trabajo, indispensables para el funcionamiento del Servicio de Teleoperación de la Central de Coordinación de Urgencias Sanitarias 061, no son de la titularidad de la anterior ni de la nueva concesionaria, sino que pertenecen a la comitente “Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061”, sin que tampoco resulte aplicable el art. 1 Directiva

77/187 CEE, aclarada por la Directiva 98/50 CE, de 29 de junio de 1998, ya que la operación no fue acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial ni, en último término, cabe apreciar esa pretendida subrogación empresarial del hecho de que el nuevo empresario haya procedido a contratar a la práctica totalidad de la plantilla de la anterior concesionarias, pues la Sentencia de fecha 11 de marzo 1997 (TJCE 1997/45), se cuida de argumentar para llegar a esta última conclusión que “en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea”, siendo así que en el presente caso no cabe hablar de una entidad económica que descansase básicamente en la mano de obra, pues se está en presencia de un Servicio de Operación, Supervisión Técnica y Apoyo a las funciones administrativas de una Fundación Pública de Urgencias Sanitarias, que exige necesariamente no solo trabajadores cualificados (operadores, radiooperadores, etc...), sino una indispensable infraestructura económica provista de medios tecnológicos, que en ningún momento fueron transmitidos a la nueva concesionaria. 3ª.-Tampoco se estima que la subrogación empresarial venga impuesta a la recurrente por la cláusula 7ª.g) del Pliego de Condiciones para la contratación del servicio, pues la misma solo obliga a “contar para la prestación del servicio con la totalidad del personal”, pero no impone a la nueva empresa concesionaria la subrogación en los derechos y obligaciones laborales de un empleador anterior en el supuesto de terminación de una contrata de servicio. Dicha cláusula resulta compatible con el art. 15 del Convenio colectivo de Telemarketing aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 10 de marzo 1999, que como Pacto colectivo de naturaleza estatutaria es fuente primaria de las relaciones laborales y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 82 del ET, obliga a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Por ello, cuando la cláusula 7ª.g) del Pliego obliga a la nueva concesionaria a “contar” con la totalidad del personal, debe interpretarse en el sentido de entenderla como perfectamente compatible con el art. 15.a) del Convenio colectivo, cuando señala que la nueva contratista vendrá obligada, “en

primer lugar, y en cualquiera de los supuestos que luego se señalan, a incorporar al personal de la campaña o servicio finalizado, al proceso de selección de la nueva plantilla”. 4ª.-La modalidad contractual de obra o servicio determinado, vinculada a la duración de una contrata administrativa, es perfectamente conforme al ordenamiento jurídico, como ha proclamado el Tribunal Supremo -Sala Cuarta-, en sentencias de 15 de enero de 1997, 28 de diciembre de 1998 y 8 de junio de 1999, al declarar que se cumplen los requisitos de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa y que ello no consagra ninguna arbitrariedad, pues lo que se autoriza es la limitación del vínculo contractual cuando la terminación de la contrata opera por causa distinta de la voluntad del contratista y por ello si es éste el que denuncia el vencimiento del término o si el contrato termina por causa a él imputable no podrá invocar válidamente el cumplimiento del término. 5ª.-Aplicada al caso litigioso la doctrina jurisprudencial referida en la consideración inmediata anterior, conduce a estimar que la relación jurídico-laboral que vinculaba a la actora con la empresa cointerpelada “S.I., S.A.” se ha extinguido el día 31 de marzo de 2000, partiendo de la situación fáctica descrita en el apartado G) del fundamento de derecho inmediato anterior. En consecuencia, la relación contractual de la accionante con la empresa codemandada “G.S.E., S.A.” se inició el día 1 de abril siguiente, siendo ésta la fecha a tener en cuenta a los efectos de la pretensión deducida en la demanda. 6ª.- Es reiterada doctrina de Suplicación (sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León, Comunidad Valenciana y este Tribunal, de 19 de septiembre de 1995, 28 de enero de 1997 y 17 de septiembre de 1996, respectivamente, entre otras) que reconocida la improcedencia del despido en el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación y realizada la consignación en tiempo hábil (cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración del acto de conciliación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores), el litigio queda ya centrado ante el órgano de lo social en la mera discusión sobre la cuantía de la indemnización, con la cuantía del salario a tomar como baremo o por la discusión sobre la antigüedad real en la empresa; con la imposibilidad de que en el acto del juicio se pretenda por la empleadora introducir la discusión sobre la eventual procedencia del despido enjuiciado. Por ello, teniendo en cuenta la situación que se describe en el apartado N) del fundamento jurídico cuarto que antecede, la empleadora que recurre no podía plantear en la instancia, ni reiterar en el recurso, la declaración de improcedencia del despido objeto de debate. 7ª.- Si la antigüedad de la trabajadora accionante,

a tener en cuenta a los fines de la presente controversia, es la que antes queda apuntada, uno de abril de dos mil, y el día cinco del mismo mes ha tenido lugar el despido litigioso -al impedirle la patronal a la actora el acceso al trabajo, que había desarrollado como hasta entonces entre los días uno y cuatro del repetido mes de abril-, y por otro lado, la empresa ha efectuado la consignación de las cantidades a que se remite el apartado N) antes citado, la consecuencia no puede ser otra que la de dar acogida a la petición subsidiaria que se formula en el recurso.-

SÉPTIMO.- Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto por la demandante y dar acogida parcial al formulado por la empleadora codemandada; con los efectos previstos en los arts. 201 y 233, ambos de la Ley Rituaria Laboral. En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la demandante y estimando parcialmente, en su petición subsidiaria, el formulado por la empresa codemandada "G.S.E., S.A.", contra la sentencia de fecha veintitrés de junio de dos mil, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Santiago de Compostela, en proceso por despido promovido por doña N.G.Q. frente a la nombrada empresa y "S.I., S.A." debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia recurrida, condenando a la empresa recurrente a abonar a la actora, en concepto de indemnización, la cantidad de siete mil pesetas y en concepto de salarios de trámite la cantidad de doscientas una mil trescientas ochenta y ocho pesetas. Confirmándose los restantes pronunciamientos del fallo recurrido. Hágase devolución a la recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir. Se dispone la cancelación del aval prestado, en la cuantía que corresponda a la diferencia entre su importe y el de la presente condena. Sin imposición de costas.

**3095 RECURSO Nº:
03/0007262/1997**

S.C.A.

**INFRACCIÓN EN MATERIA DE EMPREGO.
GOZO INDEBIDO DE AXUDAS DE
FOMENTO DO EMPREGO. NON
CONCORRE: FALTA DE ÁNIMO
DEFRAUDATORIO DA EMPRESA.**

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

En la Ciudad de A Coruña, veintiuno de diciembre de dos mil.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007262/1997, pende de resolución ante esta sala, interpuesto por D.M.A.M.L., con D.N.I... domiciliado en... (Lugo), representado por don X.L.V. y dirigido por el letrado don R.F.V., contra Resolución de 13.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo sobre acta de infracción nº 94/96; Expte. 11222/96. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 500.000 ptas.

Antecedentes de hecho

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

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

III. No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. Por el presente recurso, se impugnan las resoluciones administrativas confirmatorias de acta de infracción, en la que se imputaba a la demandante la comisión de la infracción tipificada en el art. 28.3 de la Ley 8/88, con fundamento en que la empresaria demandante contratara a la trabajadora referenciada en el acta

en fecha 13 de septiembre de 1992, al amparo de la Ley 22/92, en su modalidad de transformación de contrato en prácticas en indefinido, razón por la cual se le concedieran los beneficios previstos en dicha ley, siendo así que la trabajadora causara baja en la empresa el 31 de mayo de 1995, sin que la empresa procediera a su sustitución por otro trabajador de las mismas características.

La demandante sustenta su postura impugnatoria en el siguiente alegato: que las resoluciones recurridas obvian una serie de circunstancias concurrentes en el devenir de los hechos que permitían concluir, de una parte, con la falta de ánimo defraudatorio en su comportamiento contractual, de otra, con la inexistencia de infracción de lo prevenido en el art. 5 de la Ley 22/92, o lo que es lo mismo, la no obtención indebida por su parte de los beneficios derivados de aquella contratación, que era el elemento normativo del tipo infraccional imputado, pues si bien era cierto que aquel precepto exige mantener la plantilla fija durante 3 años, y de producirse una vacante en dicho término a cubrirla en el plazo de un mes, y todo ello con la finalidad de crear empleo neto y evitar fraudes, tales finalidades se habían cumplido en el presente caso, pues la trabajadora cuya contratación fuera subvencionada cesara voluntariamente en la empresa en la fecha antes indicada, permaneciendo 2 años, 8 meses y 16 días en la empresa, procediendo esta de inmediato a cubrir la vacante por todos los medios posibles a su alcance, solicitando candidatos de la organización empresarial CEL y ante el propio INEM de la localidad de residencia y en otra limítrofe, ofertas de empleo que no obtuvieron su fruto por falta de candidatos idóneos, hasta que en fecha 13 de diciembre de 1995, esto es, siete meses después del cese de aquella trabajadora, se pudo cubrir la vacante con una trabajadora con la que se formalizó un nuevo contrato por tiempo indefinido.

II. Pues bien, quedando acreditados como quedan los extremos a que se refiere la demandante, los mismos se erigen en indicios reveladores de la no concurrencia en el presente caso del siempre necesario elemento de la culpabilidad, pues con quedar excluido el dolo antecedente necesario para la conformación de la primera de las modalidades comisivas del tipo (obtener indebidamente...), tampoco concurre el conformador de la segunda de las modalidades que es la aquí imputada (disfrutar indebidamente...) pues constatado que la trabajadora cesó de forma voluntaria en la fase final de su contratación, y que la empresario hizo todo lo posible por cumplir con el compromiso que aquella normativa le imponía en orden a mantener el nivel de empleo fijo, como era el de

cubrir la vacante mediante un contrato por tiempo indefinido y con una jornada al menos igual a la del contrato extinguido en el plazo de un mes, lo que no se logró sino pasado un tiempo, por cierto, no excesivo, y ello por causas ajenas a la voluntad de la empresaria, ya se advierte que la culpabilidad queda aquí quebrada o excluida, de tal suerte que dirigir en esas condiciones el juicio de reprochabilidad contra la empresaria demandante, representa tanto como actuar de forma automática la actividad sancionadora de la Administración, ignorando la vigencia en ese ámbito de los principios de culpabilidad, intervención mínima y, sobre todo, de no exigibilidad de otra conducta, concurrente aquí de forma clara, ello al margen de que el actuar de la demandante pueda tener otro tratamiento desde el punto de vista de las facultades fiscalizadoras que ostenta la Administración en materia de concesión de subvenciones, por lo que se está en el caso de estimar el recurso.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por D.M.A.M.L. contra Resolución de 13.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo sobre acta de infracción nº 94/96; Expte. 11222/96 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y en consecuencia, anulamos las resoluciones recurridas, dejando sin efecto la sanción impuesta. Sin imposición de costas.

3096 RECURSO N° 4.028/97

S. S.

PRESTACIÓN POR MORTE E SUPERVIVENCIA. SITUACIÓN ASIMILADA Á ALTA. CRITERIO FLEXIBILIZADOR E HUMANITARIO. INAPLICABLE POLA INTERCORRENCE DUN LARGO PERÍODO DE TEMPO SEN INSCRICIÓN DO CAUSANTE COMO DEMANDANTE DE EMPREGO. NON OBSTANTE, A SITUACIÓN DE INVALIDEZ NON CONTRIBUTIVA DEBE CONSIDERARSE DE ASIMILACIÓN Á ALTA, SE A ENFERMIDADE XORDE CON ANTERIORIDADE Á BAIXA NA SEGURIDADE SOCIAL. REQUISITO DE CARENCIA XENÉRICA. NON ANALIZADO NA INSTANCIA. ANULACIÓN DO PRONUNCIAMENTO DO MAXISTRADO A QUO.

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

A Coruña, a veintidós de diciembre 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. 4.028/97 interpuesto por doña A.M.C.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña A.M.C.A. en reclamación de VIUDEDAD y ORFANDAD siendo demandado I.N.S.S. y T.G.S.S. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 161/97 sentencia con fecha veintiocho de junio 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.**- Que la actora, nacida el día veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y dos, solicitó, en fecha quince de noviembre de mil novecientos noventa y seis, el reconocimiento y pago de la pensión de viudedad y la de orfandad de sus hijos menores de edad C. y A.S.C., nacidos el veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y el veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y dos, respectivamente, por el fallecimiento de su esposo don M.S.D., fallecido el día uno de octubre de mil novecientos noventa y seis, con el que había contraído matrimonio en fecha diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y nueve.” **SEGUNDO.**- Que por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de A Coruña, de fecha dos de diciembre de mil novecientos noventa y seis, se denegaron a la actora las prestaciones solicitadas por no estar el causante en alta o situación asimilada al alta y no acreditar un período mínimo de cotización de quinientos días en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. **TERCERO.**- Que el causante acredita mil ochocientos treinta y dos días cotizados al Régimen General de la Seguridad Social, en los siguientes períodos: desde el veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta y seis hasta

el treinta de junio de mil novecientos setenta y siete, desde el catorce de julio de mil novecientos setenta y siete hasta el cuatro de enero de mil novecientos setenta y ocho, desde el veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro hasta el treinta de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, desde el ocho de abril de mil novecientos ochenta y seis hasta el once de abril de mil novecientos ochenta y ocho, desde el doce de abril de mil novecientos ochenta y ocho hasta el once de abril de mil novecientos ochenta y nueve, desde el quince de mayo de mil novecientos ochenta y nueve hasta el catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y desde el quince de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve hasta el catorce de febrero de mil novecientos noventa, habiendo percibido el subsidio por desempleo desde el quince de marzo de mil novecientos noventa y hasta el catorce de septiembre de mil novecientos noventa y uno y permaneciendo inscrito como demandante de empleo hasta el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y tres, causando baja por no pasar revista e inscribiéndose nuevamente como demandante de empleo el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cinco, permaneciendo inscrito hasta el veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y seis, fecha en la que causó baja por no pasar revista. **CUARTO.**- Que el causante padecía un Astrocincroma II temporal izquierdo que fue intervenido en marzo de 1992 y tratado posteriormente con radioterapia, presentando en todo momento alteraciones de carácter y comportamiento, con pérdida de memoria, irritabilidad, etc., habiendo sido ingresado varias veces por Urgencias en el “H.X.G.”, habiéndosele reconocido en fecha dos de diciembre de mil novecientos noventa y tres una pensión no contributiva por invalidez, por presentar un menoscabo del 71%, con efectos desde el uno de septiembre de mil novecientos noventa y dos. **QUINTO.**- Que la base reguladora del causante es de cincuenta y seis mil seiscientas cincuenta y cuatro pesetas (56.654 pts) mensuales. **SEXTO.**- Que la actora formuló la preceptiva reclamación previa en fecha diecisiete de enero de mil novecientos noventa y siete, siendo desestimada por resolución de fecha doce de febrero de mil novecientos noventa y siete”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO.**- Que desestimado la demanda formulada por doña A.M.C.A., en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores de edad, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debía de absolver y absolvía a las entidades demandadas de los pedimentos contenidos en la misma”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia dictada por el juzgador de instancia, desestima la demanda formulada por la actora, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social absolviendo a las Entidades demandadas de los pedimentos contenidos en demanda.

Frente a esta resolución interpone recurso de suplicación la parte actora, fundamentando su impugnación en infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, articulando así el recurso de suplicación invocando un solo motivo al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando infracción de los artículos 174 y 175 del RD Legislativo 1/1994 en relación con los artículos 7, 8, 9, 16, 17 de la Orden de 13 de febrero de 1967 así como del art. 2 del RD Legislativo 1/1994 y art. 41 de la CE.

Alegando en síntesis la actora que su esposo no pudo pasar la revista de demandante de empleo el 26.08.96 debido a su gravísima enfermedad (Astracitoma II Temporal Izquierdo) que le ocasionaba una minusvalía del 73% e ingresos hospitalarios reiterados, el último el día 18.09.96, acudiendo a menudo a los servicios e urgencias, para recibir la correspondiente atención médica, circunstancias éstas en las que no es posible que el causante pudiese pasar revistas; y al mismo tiempo la baja del causante como demandante de empleo, por la no renovación de la demanda, es dudosa, toda vez que, reiterada jurisprudencia del TS, señala que el requisito de la renovación de la demanda, ni es constitutivo de derecho, ni tiene otro alcance que su consideración de falta leve o grave, y para que fuese formal dicha baja, tendría que ser notificada. Por ello ha de entenderse que el causante se encontraba, a la fecha de su fallecimiento, ocurrido el 01.10.96, en situación de asimilada a la del alta; solicitando en definitiva que se dicte sentencia revocando la de instancia y condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a la T.G.S.S., a las pensiones de viudedad y orfandad, con efectos del día 15 de noviembre de 1996, en la cuantía reglamentaria.

SEGUNDO.- Pues bien con respeto al requisito del alta o asimilada al alta, decir que es sabido que, de acuerdo con lo que establece el art. 124.1

de la L.G.S.S. en relación con el art. 174 y 172.1) es indispensable para causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia, y consiguientemente para lucrar la pensión de viudedad que la demandante postula, que el causante reúna el requisito general de estar en alta o situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia, pero en la exigencia de dicho condicionamiento, ha de tenerse en cuenta el criterio flexibilizador y humanitario que respecto a su alcance viene manteniendo la jurisprudencia de TS, en el sentido de que no debe mantenerse un rigor formalista, sino atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y de modo primordial a la regularidad del trabajo activo y a la permanencia y vinculación como trabajador y cotizante a la seguridad social.

Pero en el supuesto de autos el fallecido esposo de la actora no estaba en situación de alta o asimilada al alta, ya que la situación de paro o desempleo involuntario, no puede ser apreciada en quien durante un largo período de tiempo, como el de autos, permanece en tal situación de inactividad laboral, sin inscribirse como demandante de empleo, y sin que pueda atribuirse manifestación alguna expresiva de una evidente voluntad de trabajo. Que además el causante acredita únicamente 1.832 días cotizados en el período comprendido entre diciembre de 1976 y febrero de 1990, inscribiéndose como demandante de empleo hasta el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cinco no existiendo indicio del momento en que las dolencias del causante se manifestaron en toda su intensidad, y dado que el último período cotizado alcanza a más de 6 años antes de la fecha del fallecimiento, por lo que resulta inaplicable al supuesto de autos la doctrina jurisprudencial humanizadora y flexibilizadora del requisito del alta o asimilada al alta por lo que no puede estimarse que la sentencia recurrida haya incurrido en la infracción denunciada.

Por lo que respecta a la cuestión relativa a si la situación de ser el causante preceptor de una prestación de invalidez no contributiva es equivalente a una situación asimilada a la de alta para poder causar las prestaciones de viudedad y orfandad, decir que esta cuestión ha sido resuelta por el TS en sentencia de 26 de octubre de 1998, resolviendo recurso de suplicación para unificación de doctrina, en el sentido de que tanto el art. 158 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, como el art. 172 de vigente texto refundido de 1994 exigen para causar derecho a las pensiones de viudedad y orfandad cumplir el requisito de estar en alta en la seguridad social o asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo los supuestos de ser los

sujetos causantes o inválidos provisionales o pensionistas por invalidez permanente o jubilación ambas en su modalidad contributiva. Pero la cuestión a dilucidar, es la de si la situación de invalidez no contributiva ha de ser asimilada al alta en la seguridad social y para ello indica la sentencia del TS que ha de tenerse en cuenta la más reciente jurisprudencia en unificación de doctrina, señalando que “que hay que entender cumplido el requisito del alta cuando la enfermedad que determina la muerte se inicio bastante antes de producirse la baja en la seguridad social, ya que es aplicable que en tales circunstancias se hayan descuidado los resortes legales para continuar en alta, debiéndose añadir que los familiares más cercanos del causante no deben resultar perjudicados por la conducta pasiva del causante para permanecer en el ámbito de la seguridad social provocada por una enfermedad degenerativa, lo cual es concordante con lo establecido en el art. 41 de la CE que obliga a mantener un régimen público de seguridad social que garantice prestaciones ante situaciones de necesidad... Doctrina que por razón de analogía es aplicable a los supuestos en los que la enfermedad surgida con anterioridad a la baja de la seguridad social, determina la situación de invalidez con prestación no contributiva, pues en tales casos es precisamente la invalidez la que determina no solo la baja en la seguridad social, sino también la imposibilidad genérica para el trabajo: Como así ocurre en el litigio de autos ,y cuando además la reciente ley 66/97 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, modificó los arts 174 y 175 de la Ley General de la Seguridad Social suprimiendo el requisito del alta, para causar las prestaciones de viudedad y orfandad ,al reunir un determinado período de cotización prolongado. Por consiguiente ha de estimarse que la situación de invalidez no contributiva en que se encontraba el causante de la prestación ha de considerarse como situación asimilada al alta a los indicados efectos de causar derecho a las prestaciones de viudedad y orfandad.

Pues bien y dado que el juzgador de instancia no ha analizado el requisito de carencia de quinientos días dentro de los últimos cinco años, segundo de los motivos de denegación de la prestación alegada por la gestora, es claro que tal resolución no resuelve uno de los temas de discusión, por lo que deviene incongruente generando como tiene proclamado la doctrina de la sala, la nulidad de tal resolución recurrida, mandando reponer las actuaciones, al momento inmediatamente anterior a aquél en que fue dictada, a fin de que por el juzgador “a quo” dicte nueva resolución, a fin de que subsanando el error entre a decidir en su caso, también sobre la concurrencia o no del requisito de carencia

específica, pues la exhaustividad es requisito interno de la sentencia, que no queda observado cuando no se decide sobre todos los puntos esenciales y litigiosos del debate, y así el pronunciamiento desestimatorio y absolutorio de la –instancia no es excluyente de la incongruencia ,porque no resuelve todos los problemas planteados y el fallo carece de alcance decisario exigido en el art. 359 citado, el que resulta vulnerado al igual que el derecho constitucional a la tutela jurídica que implica el acceso al proceso, para obtener una resolución fundada, sobre el fondo de la cuestión debatida y sobre todos los extremos en que la misma quede planteada.

En consecuencia,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la actora contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social de Santiago de Compostela en fecha de veintiocho e junio de 1997, en los autos 161/97, debemos declarar y declaramos la nulidad de la sentencia, reponiendo los autos al momento anterior a aquél en que fue dictada a fin de que por el juzgador “a quo”, se dicte nueva resolución, subsanando el error padecido y a la vista de que se ha estimado que la situación de invalidez no contributiva en que se encontraba el causante es situación asimilada al alta a efectos de prestaciones por viudedad y orfandad, se resuelva, con plena libertad de criterio sobre la concurrencia o no del requisito de carencia específico, o sea de quinientos días en los últimos cinco años cotizados.

3097 RECURSO N° 4.088/99

S. S.

GRANDE INVALIDEZ. NON DEBE ESTIMARSE. O BENEFICIARIO PODE REALIZAR POR SI SÓ A MAIORÍA DOS ACTOS ESENCIAIS DA VIDA SEN NECESIDADE DE AXUDA DOUTRA PERSOA.

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

A Coruña, a veintidós de diciembre 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 4.088/99, interpuesto por el letrado don J.M.O.C., en nombre y representación de don J.J.S.B., contra sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 010/99 se presentó demanda por don J.J.S.B., sobre GRAN INVALIDEZ, frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha seis de julio de 1999 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.**- Que don J.J.S.B. figura afiliado a la Seguridad Social con el número..., teniendo acreditadas cotizaciones suficientes para causar pensión y siendo su profesión habitual de dependiente de comercio. **SEGUNDO.**- Que solicitó de la Entidad gestora demandada revisión de la prestación de invalidez permanente derivada de enfermedad común el día 16.06.98, la cual fue estimada el 09.10.98 a propuesta del E.V.I. de fecha 11.09.98, declarando al I.P. absoluta, según expediente administrativo que se reproduce. **TERCERO.**- Contra la anterior decisión se interpuso reclamación administrativa previa que fue desestimada. **CUARTO.**- Que en su estado clínico actual presenta: protusión discal L4-L5, con afectación radicular. Coxartrosis, gonartrosis, cirrosis C con pancitopenia y coagulopatía. **QUINTO:** La base reguladora asciende a 78.198'- pesetas”.

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.J.S.B. contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos contenidos en la misma. Notifíquese... etc.”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El demandante fue declarado en situación de invalidez permanente absoluta en vía administrativa y, formulada demanda en la que

postulaba la declaración de gran invalidez, la sentencia de instancia desestima su petición, y, disconforme con dicho pronunciamiento recurre el actor, articulando dos motivos de recurso, con correcto amparo procesal en los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, peticionando en el primero de ellos la revisión de hechos probados, y postulando en el segundo el examen del derecho aplicado.

SEGUNDO.- Por el cauce revisor se pretende que el hecho declarado cuarto quede redactado con el siguiente texto: “la demandante padece: lumbalgia de tipo mecánico persistente con compromiso radicular (protusión discal L5-S1). Estenosis del agujero de conjunción izquierdo. Lesiones no quirúrgicas y con severas dificultades para el tratamiento médico, tanto para la intolerancia digestiva como para los problemas de la coagulopatía. Cirrosis C con pancitopenia, condrocalcinosis articular secundaria a su proceso hepático. Cursa con hemocromatosis. Calcificaciones meniscales evidentes. reconocimiento de cristales en líquido articular, conformatorios de su condrocalcinosis. Coxartrosis con pinzamiento global de rápida evolución dada la evidencia de condrocalcinosis en las rodillas. Aurícula izquierda ligeramente dilatada. Hepatopatía crónica de etiología mixta, VHC, CHB, ETDH, Hernia discal. Alergia a la estronicina y penicilina. Espondiloartrosis y gonartrosis”.

Modificación que tiene su apoyatura en la documental obrante en los folios 9 a 15, consistentes en informes médicos. Y dicho motivo revisorio debe decaer, al no evidenciarse error alguno del juez *a quo* en la valoración del acervo probatorio, habiendo el mismo hecho uso de las facultades que al efecto le confiere el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y artículo 632 de la LEC. Siendo además de señalar que el juez *a quo* se basa en el informe médico de síntesis del Equipo de Valoración de Incapacidades.

TERCERO.- La parte actora aduce otro motivo al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando infracción por inaplicación del artículo 137.6 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando en esencia que el actor necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales para la vida, invocando sentencia del TS en el sentido de que aunque no basta la mera dificultad en la realización del acto no se requiere que la necesidad de ayuda sea continuada.

Estimando la Sala que no existe base para acoger el motivo aducido en el recurso, porque del inalterado relato fáctico, tras el fracaso del motivo

revisorio, consta que el actor padece las siguientes dolencias: "protusión discal L4-L5, con afectación radicular. Coxartrosis. Gonartrosis. Cirrosis C con pancitopenia y coagulopatía". Y con este cuadro clínico resultan acertados los razonamientos de la sentencia recurrida, por cuanto que el cuadro clínico que presenta el actor, esta situación clínica, este estado, no puede producir otra calificación distinta de la que se le ha reconocido, toda vez que no le impiden, como sería necesario para que pudiera prosperar su pretensión, realizar los principales actos de la vida, tales como desplazarse, comer, vestirse, etc. sin necesidad de ayuda de otras personas.

Que el art. 137.6 de la Ley General de la Seguridad Social requiere para reconocer el grado de gran invalidez que, por consecuencia de pérdidas anatómicas, se necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida, entendiendo que esta ayuda debe ser regular y continua o, al menos, frecuente, y, aunque no es necesario que se requiera para todas ellas, sí es exigible que lo sea para una parte importante de las mismas y no se entiende que exista tal necesidad cuando la ayuda sea ocasional, esporádica o para una sola de dichas necesidades; y como en el supuesto de autos las mermas que presenta el actor no son de tal intensidad que le impidan ejecutar por sí solo los actos esenciales de la vida, como pueden ser comer, vestirse, asearse, etc. sin necesidad de ayuda de otra persona, de manera regular, continua y frecuente, por lo que el grado de invalidez que le corresponde es el de absoluto, que ya le fue reconocido. Y al entenderlo de esta forma el juzgador de instancia, no ha infringido los preceptos antes citados, lo que lleva a desestimar el presente recurso y a confirmar el fallo que se recurre, con la consiguiente desestimación de la demanda .

En consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por don J.J.S.B. contra la sentencia de fecha seis de julio de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social nº dos de los de A Coruña en autos instados por el recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre GRAN INVALIDEZ, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

**3098 RECURSO Nº:
03/0007244/1997**

S.CA.

PRESUNCIÓN DE CERTEZA DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL. CREBA CANDO O FUNCIONARIO QUE ASINA A ACTA NON É O MESMO QUE CONSTATOU OS FEITOS.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veintidós de diciembre 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

El proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007244/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "A.S.C. y otros, C.B.", domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don M.P.P., contra Resolución de 20.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 419/96; Expte. 10763/96. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 501.000 ptas.

Antecedentes de hecho

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

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

III. No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. El presente recurso tiene por objeto determinar si la resolución impugnada es o no conforme con el ordenamiento, resolución en virtud de la cual se le impone a la empresa recurrente sanción de 501.000 ptas. por el quebrantamiento del art. 29.3.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La parte actora como basamento de su recurso alega que no existe prueba de la infracción denunciada, negando que la presunción de certeza del Acta de Infracción se extienda a las simples apreciaciones globales, juicios de valor, o calificaciones jurídicas del Inspector, invocando, al efecto, jurisprudencia ordinaria, al tiempo que alega defectos en la notificación del acta, pues se hizo a persona que no tiene vínculo con la empresa y advierte que el acta no la suscriben los Controladores Laborales que giraron visita conjunta al centro de trabajo sino la Controladora E.H.S. -c-1008/96, por lo que desconoce como esta constata los hechos reflejados en el Acta.

La parte demandada, a medio de su representación y defensa, alega que existen hechos objetivos para deducir de ellos la existencia de la denunciada confabulación o connivencia con el trabajador.

II. Planteada así la cuestión, lo primero que debe recordarse, es que las actas de Inspección levantadas “con todos los requisitos legales”, gozan de una presunción “iuris tantum” de certeza que alcanza a los hechos observados directamente por el funcionario actuante que queden reflejados en el acta, o que pueda deducir de elementos probatorios así mismo hechos constar en el acta, pero que no alcanza aquella presunción probatoria a meros juicios de valor del funcionario. Y solo verificado si poseen ese carácter se han de examinar los restantes motivos impugnatorios.

Esta presunción probatoria, en el caso de un procedimiento sancionador, como y ha declarado el Tribunal Constitucional, no quiere decir que la Administración no tenga la carga de probar los hechos por los que acusa, desplazando la carga de la prueba, sino que aquella presunción es un elemento de prueba que comporta la carga de recurrir por parte del administrado en sede judicial, donde podrá alegar la falta de prueba de los hechos denunciados, o de su culpabilidad necesaria que justifique la imposición de la sanción, y en tal sentido no significa que la intervención del funcionario público goce de

absoluta preferencia probatoria de modo que haga innecesaria la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia, pero sí es lo cierto que el Juez habrá de ponderar el contenido de la actuación administrativa, ya que ésta no tiene la consideración legal de simple denuncia de un particular, sino por así determinarlo la Ley, puede servir para destruir la presunción de inocencia del denunciado sin necesidad de reiterar en vía contencioso-administrativa la actividad probatoria de cargo practicada en la precedente vía administrativa.

A parte lo anterior, en las infracciones como la denunciada, solo se puede llegar a su constatación con la comprobación real de los hechos que le sirven de base por el funcionario que suscribe el Acta, en cuya extensión se observarán los requisitos legales previstos en el párrafo 1 del art. 52.2 de la LISS siempre que sea suscrita por los funcionarios actuantes, esto es por los que efectivamente comprobaron y reflejan los hechos en ella.

No reuniendo esos requisitos el acta adolece ciertamente de presunción de certeza, a tenor del art. 13 de la LIT y de la DA cuarta, por cuanto que los hechos consignados en la misma no fueron apreciados directamente por la funcionaria que suscribe el Acta, y como quiera que tal presunción de certeza solo alcanza a hechos que fueron constatados y consignados efectivamente por el funcionario actuante (Sentencia del TS de fecha 06.04.88, entre otras), cosa que aquí no aconteció, dicha Acta no goza de esa presunción de certeza, por lo que no es menester el examen de los restantes motivos impugnatorios.

Por lo precedentemente razonado, ha de estimarse pues el presente recurso contencioso-administrativo.

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

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por A.S.C. y otros, C.B.” contra Resolución de 20.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 419/96; Expte. 10763/96 dictado por Ministerio de Trabajo y

Seguridad Social; y en consecuencia, debemos declarar y declaramos la nulidad de la misma por no ser conforme a derecho y dejamos sin efecto la sanción impuesta por la infracción que se le imputa. Sin imposición de costas.

**3099 RECURSO Nº:
03/0007249/1997**

S.C.A.

INFRACCIÓN MOI GRAVE: CONIVENCIA CO EMPRESARIO PARA GOZAR INDEBIDAMENTE DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO. NON CONCORRE. TRABALLADOR QUE CESA VOLUNTARIAMENTE EN CONTRATO INDEFINIDO E É POSTERIORMENTE CONTRATADO EVENTUALMENTE POR OUTRA EMPRESA. PROBA DE PRESUNCIÓN. PRESUNCIÓN DE CERTEZA DAS ACTAS DA INSPECCIÓN DE TRABALLO E SEGURIDADE SOCIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veintidós de diciembre de dos mil.

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En el proceso contencioso-administrativo que, con el número 03/0007249/1997, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.P.V., con D.N.I... domiciliado en... (Lugo), representado por don J.M.G.M. y dirigido por el Letrado don M.N.P. (Habilitado), contra Resolución de 11.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad social de Lugo sobre acta de infracción nº 67/96; Expte. nº 9643/96. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 501.000 ptas.

Antecedentes de hecho

I. Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda

lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

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

III. No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2000, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I. El presente recurso tiene por objeto determinar si la resolución impugnada es o no conforme con el Ordenamiento, resolución en virtud de la cual se le impone al recurrente sanción de 501.000 ptas. por el quebrantamiento del art. 29.3.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. La parte actora como basamento de su recurso alega que no existe prueba de la infracción denunciada, negando que la presunción de certeza del Acta de Infracción se extienda a las simples apreciaciones globales, juicios de valor, o calificaciones jurídicas del Inspector, invocando, al efecto, diversa jurisprudencia ordinaria y del Tribunal Constitucional.

La parte demandada, a medio de su representación y defensa, alega que existen hechos objetivos para deducir de ellos la existencia de la denunciada confabulación o connivencia con el trabajador.

II. Planteada así la cuestión, lo primero que debe recordarse, es que las Actas de Inspección levantadas con todos los requisitos legales, gozan de una presunción "iuris tantum" de certeza que alcanza a los hechos observados directamente por el funcionario actuante que queden reflejados en el acta, o que pueda deducir de elementos probatorios así mismo hechos constar en el acta, pero que no alcanza aquella presunción probatoria a meros juicios de valor del funcionario.

Esta presunción probatoria, en el caso de un procedimiento sancionador, como ya ha declarado el Tribunal Constitucional, no quiere decir que la Administración no tenga la carga de probar los hechos por los que acusa, desplazando la carga de la prueba, sino que aquella presunción es un elemento de prueba que comporta la carga de

recurrir por parte del administrado en sede judicial, donde podrá alegar la falta de prueba de los hechos denunciados, o de su culpabilidad necesaria que justifique la imposición de la sanción, y en tal sentido no significa que la intervención del funcionario público goce de absoluta preferencia probatoria de modo que haga innecesaria la convicción judicial acerca de la verdad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia, pero sí es lo cierto que el Juez habrá de ponderar el contenido de la actuación administrativa, ya que esta no tiene la consideración legal de simple denuncia de un particular, sino que por así determinarlo la Ley, puede servir para destruir la presunción de inocencia del denunciado sin necesidad de reiterar en vía contencioso-administrativa la actividad probatoria de cargo practicada en la precedente vía administrativa.

Aparte lo anterior, en las infracciones como la denunciada, solo se puede llegar a su constatación mediante la prueba de presunciones, dado que la conducta tipificada consiste en una determinación volitiva de su autor, que no aflora al exterior por hechos realizados al amparo de normas legales, por cuanto que la trabajadora no solicitó prestaciones por desempleo, requiriéndose para su demostración que los hechos base de la deducción queden firmemente acreditados, y que entre los hechos presuntos y lo que se quiere demostrar (la connivencia en este caso) exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; es decir, que los hechos demostrados constituyan una prueba indiciaria suficiente para llevar a la convicción al juzgador de que se ha cometido la infracción denunciada, como así admite el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 3 de mayo de 1991.

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, no es de apreciar la existencia de la infracción denunciada, con base en los siguientes hechos demostrados: 1º) que la trabajadora, Dña. M., de 64 años de edad, en el momento de presentar su solicitud de prestaciones por desempleo, quedó, como se testimonia en el expediente, en traer un certificado de la Seguridad Social en el que conste que no tiene cotizaciones suficientes para acceder a la jubilación, certificado que está pendiente y que posibilitaría que pudiera seguir cobrando las prestaciones con más de 65 años; 2º) que con carácter previo había prestado servicios por cuenta bajo la dirección de la empresa “R.H.”, con la que había celebrado un contrato laboral de naturaleza indefinida, desde el 09.07.94 hasta que cesa voluntariamente en esa relación laboral, el 08.08.95, denunciando de esta empresa la negativa a entregarle ningún tipo de documentación; 3º) que el 16.10.95, fue contratada por la empresa ahora sancionada con

un contrato de obra o servicio determinado por el período de un mes, finalizado el cual solicitó, sin que conste se le haya concedido, prestación por desempleo.

Así las cosas, no consta que hay consumado la infracción prevista en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por cuanto que si la empresa recurrente celebra con la productora un contrato para dar salida a una cantidad de mercancía acumulada, concluir de este peculiar contrato, una connivencia para obtener prestaciones por desempleo, cuya vida laboral, precedente a la edad de la jubilación, ya no autorizaba ser perceptora de ellas y si de esa pensión de jubilación correspondiente, caso de tener cubierto el período de carencia, los indicios que autorizan a presumir aquella connivencia que pudiere constituir la infracción que se imputa a la empresa, resultan demasiado débiles en cuanto a su virtualidad probatoria.

Por lo precedentemente razonado ha de estimarse pues el presente recurso contencioso-administrativo.

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

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.P.V. contra Resolución de 11.11.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Lugo sobre acta de infracción nº 67/96; Expte. nº 9643/96 dictado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad social; y en consecuencia, debemos declarar y declaramos la nulidad de la misma por no ser conforme a derecho y dejamos sin efecto la sanción impuesta por la infracción que se le imputa. Sin imposición de costas.